

ANDREA BINDIG

Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form

Jus Internationale et Europaeum

106

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

106



Andrea Bindig

Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form

Zur Normativität humanitären Völkerrechts
im Spiegel der Philosophie
der symbolischen Formen Ernst Cassirers

Mohr Siebeck

Andrea Bindig, geboren 1981; Studium in Göttingen und Leuven; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Leibniz Universität Hannover; seit 2012 Richterin am Sozialgericht in Hannover.

e-ISBN PDF 978-3-16-153946-6

ISBN 978-3-16-153898-8

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Herr Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M., der das Erstgutachten erstellte, gab mir an seinem Lehrstuhl Raum und Zeit über Fragen nachzudenken, denen sich meine Arbeit zuwendet. Dafür danke ich ihm herzlich. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Kay Waechter ebenso sehr. Mein Dank gilt auch den Herausgebern dieser Schriftenreihe sowie dem Verlag für die Aufnahme zur Publikation.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat mich auf meinem Weg vielfältig begleitet. Dies betraf sowohl die Zeit meines Promotionsstudiums als auch die Zeit meines Studiums an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen und der Katholischen Universität Leuven. Insbesondere in einer schwierigen Situation zu Beginn meines Studiums habe ich durch sie wertvolle Unterstützung erfahren. Auch deshalb bin ich ihr zu tiefem Dank verpflichtet.

Nicht weniger dankbar bin ich denjenigen Menschen, die sich – frei nach Erich Kästners *Ansprache zum Schulbeginn* – wie Gärtner um die Hege und Pflege und Fragen der ihnen Anvertrauten – ob nun universitär oder schulisch – gekümmert haben und kümmern. Besonderer Dank gilt meinen Lehrerinnen und Lehrern in Leipzig, Fulda und Kassel, die einen wesentlichen Grundstein für die Suche nach Antworten auf Fragen und zur kritischen Auseinandersetzung gelegt haben.

Dem Lehrstuhlteam danke ich für die gemeinsame Zeit. Von den Menschen, die meinen Weg während der Promotion und darüber hinaus freundschaftlich begleitet haben und begleiten, möchte ich besonders Daniel Opper, Frank Groß und Tom Christian Ohse danken.

Mein innigster Dank gilt meiner Familie, vor allem meinen Eltern Monika Bindig in Dankbarkeit und Gottfried Bindig in dankbarer Erinnerung sowie Klaus und Renate Hage. Gleiches gilt Olaf Hage für unseren gemeinsamen Weg.

Hannover, Februar 2015

Andrea Bindig

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Die Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts – Kritik rechtsprechender und rechtswissenschaftlicher Standpunkte

Einleitung	2
1. Kapitel: Die relative Normativität des Völkerrechts	6
2. Kapitel: Die Sprache des humanitären Völkerrechts	98

Zweiter Teil

Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form – Normativität zwischen den Bedeutungsextremen des Zivilisationsweges

Einleitung	166
3. Kapitel: Erkenntnis als Ziel – Kantianische und Neukantianische Wurzeln der Symboltheorie Cassirers	173
4. Kapitel: Weltverstehen als Ziel – Cassirers Philosophie der symbolischen Formen	229
5. Kapitel: Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form – Normativität zwischen den Bedeutungsextremen des Zivilisationsweges des „animal symbolicum“	325
Zusammenfassung in Thesen	419
Literatur	461
Rechtsprechung	491
Register	495

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungen und Zeichen	XV

Erster Teil

Die Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts – Kritik rechtsprechender und rechtswissenschaftlicher Standpunkte

<i>Einleitung</i>	2
<i>1. Kapitel: Die relative Normativität des Völkerrechts</i>	6
A. Der einzelstaatliche Wille in der Rechtsprechung von StIGH und IGH	7
I. Der einzelstaatliche Wille als Begriff der internationalen Rechtsordnung	7
1. Völkerrechtliches Vertragsrecht	8
2. Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht	14
II. Völkerrecht als Begriff natürlicher Rechte und Gemeinschaftsinteressen	18
B. Der einzelstaatliche Wille im Verständnis völkerrechtswissenschaftlicher Positionen	30
I. Völkerrecht als Manifestation des freien Willens der Staaten	30
1. Voluntaristische Positionen	31
2. Die politische Seite des Rechts	34
3. Rechtsrealistische Positionen	37
a) Der New Haven-approach	37
b) Die Schule von Uppsala	38
4. Zusammenfassung	39
II. Erstes Objektivierungsmodell: Der staatliche Wille als Begriff der idealen und sozialen Sprache des Rechts	40
1. Kelsens juristischer Positivismus und Rechtserkenntnislehre	42

a) Der Begriff des Rechts: Recht und Völkerrecht als Zwangsordnung	44
b) Staat und Souveränität als Rechtsformbegriffe	48
c) Grundnorm, ideale Sprachform und Primat des Völkerrechts	50
2. Der Blick des Rechtswissenschaftlers auf die soziale Sprache des Rechts	58
a) Sprachanalytische Methode vis-à-vis transzendente Erkenntnis	58
b) Die rule of recognition aus Sicht von Teilnehmer und Beobachter	61
c) Die soziale Sprache des Völkerrechts	63
III. Zweites Objektivierungsmodell: Die Humanisierung des Völkerrechts – Völkerrecht als Sprache internationalen und transnationalen Zusammenlebens	65
1. Grundnormen: World Order Treaties, ius cogens, Pflichten erga omnes	66
2. Konstitutionalisierung und Fragmentierung: Zwei Verständnisse einer vom Wesen des Menschen her begründeten internationalen und weltzivilgesellschaftlichen Rechtsordnung	72
a) Die werthaltige Sprache völkerrechtlicher Normen	74
aa) Ein europäisches Modell	74
bb) Zwei Universalisierungsstrategien	78
cc) Gemeinsame Wertvorstellungen – gemeinsame Wertkonflikte	80
b) Völkerrecht als fragmentierte Ordnung der globalen Zivilgesellschaft	82
c) Transformationen staatlicher Souveränität	85
aa) Das liberale Netzwerk und Recht als kosmopolitisches Projekt	87
bb) Die fragmentierte Weltgesellschaft	89
cc) Die kommunitäre Wertegemeinschaft	92
dd) Zusammenfassung	94
C. Die relative Normativität des Völkerrechts: Recht als Abbild des einzelstaatlichen Willens – Recht als formal-objektive und material-werthaltige Sprache	95
2. Kapitel: Die Sprache des humanitären Völkerrechts	98
A. Rechtlicher Rahmen	101
I. Verhältnisbestimmungen	101
1. ius ad bellum und humanitäres Völkerrecht	101
2. Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht	102
a) Humanität als gemeinsame Idee	104
b) Die Idee der Humanität im Bereich der Kampfführung	107

c) Zusammenfassung	110
II. Spezifische Gestalt des Genfer Rechts von 1949 und seiner Zusatzprotokolle	111
1. Die Regeln internationaler bewaffneter Konflikte	112
a) Der Schutz der Zivilbevölkerung	113
b) Der Schutz der Kombattanten	115
2. Die Regeln nicht internationaler bewaffneter Konflikte	117
3. Das Dilemma: Die Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts und das <i>Nuclear Weapons</i> -Gutachten des IGH	118
B. Sollen und Sein: Argumentationslinien in der Rechtsprechung des IGH unter besonderer Würdigung des <i>Nuclear Weapons</i> -Gutachtens	122
I. Humanitäres Völkerrecht als Sollensordnung	122
1. Das <i>Nuclear Weapons</i> -Gutachten im Spiegel der Rechtsprechung des IGH	122
2. Das <i>Nuclear Weapons</i> -Gutachten im Spiegel objektivierender Positionen	127
a) Die soziale Sprache der internationalen Gemeinschaft und der Gerechtigkeitsgedanke der internationalen Rechtsordnung – Zur Verzahnung zweier Objektivierungsmodelle	127
b) Das Gemeinschaftsargument	129
3. Selbstverteidigungsrecht contra humanitäres Völkerrecht?	133
II. Humanitäres Völkerrecht und non liquet – zurück zu Lotus?	135
C. Völkerrecht als formale und materiale Sollensordnung – Über die Rationalisierung staatlicher Gewalt durch die Sprache des humanitären Völkerrechts	138
I. Humanitäres Völkerrecht als formale und materiale Schranke staatlicher Gewalt	138
1. Die formale Schranke: Der Begriff des humanitären Völkerrechts ..	139
2. Die materiale Schranke: Das werthaltige konstitutionalisierte humanitäre Völkerrecht	142
a) Werthaltige Grundnormen	143
b) Konstitutionalisierung humanitären Völkerrechts	149
3. Verzahnung formaler und materialer Standpunkte: Vernunft und Humanität als Ursprung der Normativität humanitären Völkerrechts	152
II. Non liquet: Sinngrenze des humanitären Völkerrechts?	154
1. Die zwei Dimensionen des non liquet: Unvollständigkeit – Unbestimmtheit	155
2. Der Umgang mit Sprachlücken durch internationale Gerichte	157
D. Die „relative Normativität“ humanitären Völkerrechts – Zusammenfassung und Fortgang	161

Zweiter Teil

Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form –
 Normativität zwischen den Bedeutungsextremen
 des Zivilisationsweges

<i>Einleitung</i>	166
<i>3. Kapitel: Erkenntnis als Ziel – Kantianische und Neukantianische Wurzeln der Symboltheorie Cassirers</i>	173
A. Die Transzendentalphilosophie Kants: Methodische Grundlegung mathematisch-naturwissenschaftlichen Denkens und des reinen Willens	176
I. Repräsentation – Die Beziehung zwischen dem Ich und der Wirklichkeit	178
1. Descartes' Zweifel und Einheit des Wissens	179
2. Leibniz' „Scienta generalis“, symbolische Erkenntnis und Ethikkonzeption	182
3. Kants Revolution	186
II. Synthesis – Der geistige Blickpunkt als Gravitationszentrum, Fundament und Konstrukteur	191
B. Transzendentallogische Rekonstruktion: Die Marburger neukantianische Schule	195
I. Rekonstruktion der Transzendentalphilosophie Kants: die transzendente Methode	199
1. Logizität: Beziehung der Philosophie zum Faktum der Wissenschaft, der Sittlichkeit, der Kunst	201
2. Reine Logik des Ursprungs und Richtungen des einen transzendentalen Bewusstseins	206
II. Kelsens Rechtserkenntnistheorie vis-à-vis Cassirers Kulturtheorie ...	212
III. Cassirers Weg – eine transzendentalphilosophische Kulturtheorie ...	220
1. Die Aktivität des Geistes als allgemeines Formprinzip: Kritik und Fortführung der Marburger Transzendentalphilosophie	221
2. Die Erweiterung der Revolution Kants: transzendentales Verständnis des sprachlichen Ausdrucks	226
<i>4. Kapitel: Weltverstehen als Ziel – Cassirers Philosophie der symbolischen Formen</i>	229
A. Die „Kritik der Kultur“ als Einsicht in die symbolische Wirklichkeit des Menschen	236

I.	Das humanistische Moment von Wirklichkeit und Kultur – Verquickung transzendentalphilosophischer und anthropozentrischer Motive in der Kulturphilosophie Cassirers	238
1.	Geistes- und kulturgeschichtliche Bedeutung des humanistischen Moments für die Moderne	239
2.	Die Kulturwirklichkeit als geistig-schöpferische Tat des „animal symbolicum“	243
II.	Symbolische Formung	246
1.	Schöpferische Vernunft – Verbindung von Sinn und Sinnlichem	249
2.	Mehrdimensionale Vernunft – Das Symbol als Weise der Selbsterkenntnis, symbolische Prägnanz und symbolische Funktionen	252
3.	Weltverstehen als plural-kontrastive Vernunft – „Kritik der Kultur“ als ein der Aufklärung entgegenstrebendes Kulturverständnis?	257
B.	Recht als symbolische Form	263
I.	Rechtswissenschaft definieren	266
1.	„Mathematisierung des Rechts“	268
2.	„Spontaneität des Geistes“ als Grundmoment von Rechtspositivismus und Naturrecht	271
3.	Recht als Phänomen des „Selbstbefreiungsprozesses“ – ius in bello und Menschenrechte als Paradigmen dieses Rechts- und Kulturverständnisses	273
II.	Recht und Sprache	280
1.	Der Rechtsbegriff: dimensionale Brücke des Ich zur sozialen Realität	283
2.	Raum-zeitlich universales Recht kraft „Versprechen“ und „Selbstbefehl“	287
3.	Staat und Recht als Repräsentationen des Menschen	292
III.	Recht und Mythos	298
1.	Das Wesen des Mythos: Begriff, Funktion, Ursprung und ideeller Fortschritt	301
2.	Urgrund in der Gegenwart: Der mythische Sinn von Recht und Staat und seine Technisierung	309
<i>5. Kapitel: Humanitäres Völkerrecht als symbolische Form – Normativität zwischen den Bedeutungsextremen des Zivilisationsweges des „animal symbolicum“</i>		<i>325</i>
A.	Die Sprache des humanitären Völkerrechts	326
I.	Die Idee des humanitären Völkerrechts und die Idee des Versprechens und Selbstbefehls	328

II. Humanisierung des Völkerrechts: Die Idee des Schutzes des Individuums in bewaffneten Konflikten am Beispiel der Entwicklung des Begriffs der Zivilbevölkerung	339
1. Mythos und Sprache: Vom „citizen“ zum „civilian“ – Zur Konzeption des Begriffs der Zivilbevölkerung	342
2. Die Universalisierung des Schutzes der Zivilbevölkerung in ethnischen Konflikten: Das Beispiel Jugoslawien im Spiegel der Rechtsprechung des ICTY	348
a) Der Konflikt in Jugoslawien und die Einrichtung des internationalen Ad-hoc-Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien als Mittel gegen die Sprachlosigkeit	349
b) Die Tadić-Rechtsprechung des ICTY	353
aa) Art. 2 ICTY-Statut: Der Schutz der Zivilbevölkerung als Schutz „ethnisch Zugehöriger“	357
bb) Art. 3 ICTY-Statut und der „human-being-oriented approach“	364
III. Die Idee der Verantwortung des Individuums	373
B. Die Normativität humanitären Völkerrechts: Die Bedeutung des staatlichen Willens zwischen den Sollensdimensionen Sprache und Mythos	379
I. Das Bild von Untergang und Überleben: Staatliche Letztwerte und kollektive Identitäten auf dem Balkan – das Beispiel Serbien	385
1. Das mythische Bild der serbischen Gemeinschaft: Slobodan Miloševićs Reden	386
2. Loyalität und Verantwortung: Das Verständnis des „Sprechens der serbischen Gemeinschaft“ bzw. des Ethnischen im Spiegel der Rechtsprechung des ICTY	396
a) Der Begriff der „geschützten Person“ nach Art. 4 Genfer Abkommen (IV.) und das Kriterium der Loyalität kraft ethnischer Bindungen	397
b) „Ethnische Säuberungen“ als Instrument zur Verwirklichung des großserbischen Plans und die Mehrdimensionalität der rule of law	400
c) Biljana Plavšićs Loyalität und Verantwortung	410
II. Schluss	415
 <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	 419
Literatur	461
Rechtsprechung	491
Register	495

Abkürzungen und Zeichen

Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
Afr. YBIL	African Yearbook of International Law
Albany L. Rev.	Albany Law Review
AJIL	The American Journal of International Law
a. M.	am Main (Ortsangabe)
Am. J. Juris.	The American Journal of Jurisprudence
Am. Soc'y Int'l. L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
Anm.	Anmerkung/en (Verweis auf eine andere Fußnote)
AÖG	Allgemeine österreichische Gerichtszeitung
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Arch. Gesch. Philos.	Archiv für Geschichte der Philosophie
Ariz. J. Int. & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az.	Aktenzeichen
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BdIP	Blätter für deutsche und internationale Politik
beispw.	beispielsweise
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BYBIL	The British Year Book of International Law
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo J. Int. & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
CCPR	Human Rights Committee
Chi. J. Int'l. L.	Chicago Journal of International Law
Chinese JIL	Chinese Journal of International Law
Colorado J. Int. Environ. L. Pol.	Colorado Journal of International Environmental Law and Policy
Col. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CYBIL	The Canadian Yearbook of International Law
Denv. J. Int'l. L. & Pol'y	Denver Journal of International Law & Policy
ders./dies.	derselbe/dieselbe
dt.	deutsch/e/er
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
e	electronic
ebd.	ebenda
ECHR	European Court of Human Rights
ECN	Ernst Cassirer Nachgelassene Manuskripte und Texte

ECW	Ernst Cassirer Werkeausgabe
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Endn.	Endnote
engl.	englisch/e/er
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUI	European University Institute
f./ff.	folgende Seite/fortlaufend
FA	Foreign Affairs
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
franz.	französisch/e/er/en
GA	General Assembly
GC	Grand Chamber
gem.	gemäß
Geo. L. J.	The Georgetown Law Journal
GLJ	German Law Journal
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv. Int'l. Rev.	Harvard International Review
hrsgg. v.	herausgegeben von
HILJ	Harvard International Law Journal
HLKO	Haager Landkriegsordnung
HRC	Human Rights Council
Hrsg.	Herausgeber
HSFK-Standpunkte	Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung – Standpunkte
HuV-I	Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften
IA	International Affairs
ICC	International Criminal Court
IGH/ICJ	Internationaler Gerichtshof/International Court of Justice
ICQL	International and Comparative Law Quarterly
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ILJ	International Law and Justice
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILC	International Law Commission
Int'l. Legal Theory	International Legal Theory
IPbpr	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
IRRC	International Review of the Red Cross
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
IUHEI	Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales
Jahrb. Int. Pol.	Jahrbuch Internationale Politik
J. Hist. Int'l. L.	Journal of the History of International Law
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JIEL	Journal of International Economic Law

JNA	Jugoslawische Volksarmee
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart
JPR	Journal of Peace Research
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kant-Studien	Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift der Kant-Gesellschaft
Kap.	Kapitel
lit.	littera (Buchstabe)
LJIL	The Leiden Journal of International Law
Mass.	Massachusetts
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Max Planck UNYB	Max Planck Yearbook of United Nations Law
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
mwN	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
n. Chr.	nach Christus
NGO	Nongovernmental Organization
N.J.	New Jersey
NJIL	Nordic Journal of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No./no.	Numero
Non-St. Actors & Int'l. L.	Non-State Actors and International Law
Nr.	Nummer
NYU J. Int'l. L. & Pol.	New York University Journal of International Law & Politics
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
Originalausg.	Originalausgabe
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RdC	Recueil des Cours
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RICR	Revue Internationale de la Croix-Rouge
Riv. d. Dir. Int'l.	Rivista di Diritto Internazionale
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SANU	serbisch, Abkürzung für: Serbische Akademie der Wissenschaften und Künste
SC	Security Council
SFRJ	Sozialistische Föderative Republik Jugoslawien
Stan. J. Int'l. L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
u. a.	und andere/unter anderem
UN	United Nations
unveränd.	unveränderte
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev	University of Pittsburgh Law Review
USA	United States of America

XVIII

Abkürzungen und Zeichen

VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
v.	versus
verb.	verbesserte
Verw.	Verweis
vgl.	vergleiche
vmtl.	vermutlich
VN	Vereinte Nationen
Vol.	Volume (Band)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YIEL	Yearbook of International Environmental Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZP I	Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte
ZP II	Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
...	Auslassungen durch die Verfasserin
(..., m.E.)	Wortefügung durch die Verfasserin
[...]	Buchstaben-/Silbenefügung durch die Verfasserin
§	Paragraph (Abschnitt, Kapitel)

Erster Teil

Die Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts –
Kritik rechtsprechender und rechtswissenschaftlicher
Standpunkte

Einleitung

Für das Verständnis der Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts ist es entscheidend, Klarheit darüber zu erlangen, von welchen Standpunkten aus Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Recht wahrnehmen. Warum Völkerrecht seine Adressaten bindet, ist eine seit Langem gestellte und unterschiedlich beantwortete Frage. In ihrem Zentrum steht die Figur des staatlichen Konsenses bzw. des einzelstaatlichen Willens, den die Rechtsprechungspraxis internationaler und transnationaler Spruchkörper sowie der völkerrechtswissenschaftliche Diskurs in den Blick nimmt: Auf seiner Grundlage entstehen zahlreiche völkervertragliche und völkergewohnheitsrechtliche Regeln – insbesondere die des humanitären Völkerrechts. Doch Recht, das allein als Abbild der einzelstaatlichen Entscheidung verstanden wird, ist nicht mehr als eine Momentaufnahme dieser faktischen Wirklichkeit: Den Grund seiner Verbindlichkeit aus einem gegebenen tatsächlichen Willen zu schließen bedeutet, dass diese Wirklichkeit das Recht – und nicht umgekehrt – das Recht Wirklichkeit gestaltet. Objektivierende Positionen verstehen den staatlichen Willen deshalb nicht als faktische Ressource der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen: Sie erkennen in ihm – einerseits – einen Teil der idealen und sozialen Sprache des Rechts und hegen ihn – andererseits – als Träger einer material-werthaltigen Sprache völkerrechtlicher Regeln ein. Das zwingende Völkerrecht – das *ius cogens* – und die Pflichten, die dem einzelne Staat gegenüber der Staatengemeinschaft als Ganzer – *erga omnes* – bestehen, drücken eine solche werthaltige Vorstellung internationalen und transnationalen Zusammenlebens in der „internationalen Rechtsgemeinschaft“ aus. Grundlegende, fundamentale und wesentliche Rechte binden gemäß dieser Begründung nicht kraft faktischen Konsenses, sondern kraft ihres ideellen vorpolitischen Gegebenseins: Sie durchdringen völkervertragsrechtlich positivierte und völkergewohnheitsrechtliche Regeln, das heißt sie rationalisieren staatliche Willensentscheidungen und staatliches Verhalten. Der subjektive Wille – das Sein des Rechts – zum einen, die Idee des Rechts – sein Sollen – zum anderen: Sie markieren die beiden Extrempunkte, von denen aus die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Regeln gedacht und begründet wird. Koskenniemi pointiert dieses auch als „relative Normativität“ völkerrechtlicher Normen bezeichnete Spannungsverhältnis:

“This is what legal theorists have sometimes called the law’s ‘relative autonomy’: embedded in the social context, law must still remain distinct from it. It is then the legal practitioner’s task to fix the place, each time anew, for a law between a fully subjective will and a fully objective power.”¹

Der subjektive Wille der Staaten und die von diesem abstrakte, objektive, rationalisierende Kraft des Rechts sind diejenigen Determinanten, von denen aus Rechtsprechung und völkerrechtswissenschaftliche Positionen völkerrechtliche Normen und deren Verbindlichkeit verstehen.

Der Erste Teil überblickt im ersten Kapitel die Frage der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen zunächst aus der Perspektive der Rechtsprechungsentwicklung von StIGH und IGH als Hauptrechtsprechungsorgane des Völkerbundes und der Vereinten Nationen: Beide Gerichtshöfe positionieren den staatlichen Konsens in das Zentrum der Entstehung völkervertragsrechtlicher Normen, doch hegen sie ihn normativ durch den Grundsatz *pacta sunt servanda* und den im Recht deklarierten fundamentalen, von einer staatlichen Willensentscheidung unabhängig gegebenen Gemeinschaftsinteressen ein. Darüber hinaus speichern völkergewohnheitsrechtliche, staatenübergreifend-verbindliche Normen in ihrer Voraussetzung der *opinio iuris* fundamentale Belange, die völkervertragliche Regeln durchdringen oder zum Ausgangspunkt der Überlegung zwingenden Völkerrechts werden, das abweichende völkervertragliche Bestimmungen außer Kraft setzt. In diesem Bewusstsein zwingender Normen und vor dem Hintergrund der Wiener Vertragsrechtskonvention gutachtet und entscheidet der IGH bzw. begründet eine Vielzahl richterlicher – häufig abweichender – Sondervoten die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen aus ihrer Sollens-Dimension, die in einer spezifischen Werthaltigkeit des in den Normen ausgedrückten und deklarierten Gemeinschaftsinteresses begründet liegt.

Der Rechtsprechungsentwicklung gegenüber steht ein Pluriversum völkerrechtswissenschaftlicher Standpunkte: Einige beantworten die Verbindlichkeitsfrage durch die Seins-Dimension völkerrechtlicher Normen, das heißt sie nehmen ihren Ausgang vom rechtskreierenden oder rechtsbefolgenden staatlichen Willen oder imaginieren diesen als Ausdruck eines Gefühls des Gebundenseins. Ihnen gegenüber verstehen objektivierende Standpunkte Recht als von tatsächlichen Faktoren und Momentaufnahmen unabhängige Ordnung, die kraft ihrer Idee selbst und kraft ihres werthaltigen Sinns transnationalen und internationalen Zusammenlebens gilt. Dem Recht wird hier eine von der empirischen Welt abstrakte Bedeutung zu Teil, genauso wie die Rechtsprechungsentwicklung von StIGH und IGH verdeutlicht, dass das einmal gegebene Wort bindet und besonders werthaltige und damit zwingende Gemeinschaftsinteressen unabhängig der staatlichen Willensentscheidung einerseits bestehen und gelten und ande-

¹ *M. Koskeniemi*, Foreword, in: O. A. Elias/C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, The Hague, 1998, S. xv ff., xviii.

rerseits vom staatlichen Konsens selbst getragen werden, das heißt Inhalt des Begriffs des staatlichen Willens sind. Rechtsprechung und objektivierende Positionen des Schrifttums entfalten so eine Emanzipationserzählung, die von der grundsätzlichen Notwendigkeit des staatlichen Willens als Rechtsentstehungsprämisse zu einem willensmodifizierenden rechtsnormfokussierten Verständnis der Bedeutung der staatlichen Entscheidung für die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen leitet: In ihrem Zentrum steht ein Verständnis des Rechts – ein Begriff des Rechts – als eine vom Wesen des Menschen – von Vernunft und Humanität – aus begründete und vom Wesen des Menschen her verstandene *rule of law* der internationalen Gemeinschaft,² eine „Sprache des Völkerrechts“, die verbindlich ist, weil sie Ausdruck einer staatlichen Willensentscheidung ist, die die im Wesen des Menschen liegende Fähigkeit zum Respekt und die Fähigkeit zur Selbstverpflichtung auf fundamentale Gerechtigkeitsvorstellungen repräsentiert. Mit anderen Worten: Die Sprache des Völkerrechts repräsentiert Respekt und Selbstverpflichtung der Staaten selbst.

Das zweite Kapitel vertieft das Verständnis von der Sprache bzw. Idee des Rechts als sollende, vom Menschen aus verstandene Ordnung für die Frage nach dem Grund der Verbindlichkeit humanitären Völkerrechts. In der Rechtsprechungsentwicklung des IGH, insbesondere in seinem Gutachten zur Rechtmäßigkeit des angedrohten oder tatsächlichen Einsatzes nuklearer Waffen und die dieses Gutachten flankierenden Entscheidungen, offenbart der Gerichtshof jene Emanzipationsvorstellung, die die völkervertraglichen Bestimmungen der Genfer Abkommen und ihre Zusatzprotokolle nicht allein als faktische Entscheidung der Staaten versteht, sondern in ihnen fundamentale Prinzipien erkennt, die staatenübergreifende unübertretbar-zwingende Belange ausdrücken. Aus dem Blickwinkel des IGH sind sie es, die als Inbegriff des staatlichen Willens gelten. Trotzdem bricht diese Emanzipationserzählung für den Fall der konkreten Bedrohung des staatlichen Überlebens: Aus Sicht der Richtermehrheit treffen grundlegende Regeln des humanitären Völkerrechts in diesem Fall keine Antwort. Hier schweigt das Recht, obwohl der Schutz der Zivilbevölkerung und obwohl die Vermeidung überflüssiger Verletzungen und unnötiger Leiden der an Feindseligkeiten beteiligten Kombattanten auf dem Spiel stehen. Abweichende Richtervoten stellen diese Entscheidung in Frage: Sie verweisen auf die Sollensdimension der Regeln des humanitären Völkerrechts – auf deren ideale und soziale Sprache und auf die ihnen innewohnende Idee der Humanität – und lehnen eine Argumentation ab, die den Fall der Bedrohung des staatlichen Überlebens in Ermangelung eines rechtlichen Rahmens als politische Frage der Entscheidung der Staaten, das heißt einer erst vorzunehmenden Regelung durch Staaten über-

² D. Thürer, *Irak-Krieg: Anstoß zu einem Neuüberdenken der völkerrechtlichen Quellenlehre? Gedanken aus dem Spannungsfeld von globaler Kommunikation und Konstitution*, AVR 41 (2003), S. 314 ff., 324 f.

lässt. Das völkerrechtswissenschaftliche Schrifttum spricht gar davon, dass der IGH ein Überleben des Staates thematisiere, doch eigentlich das Überleben des Rechts und der Idee der Humanität riskiere. Das unscharfe Argument des „staatlichen Überlebens“, in welchem der faktische Wille zu erstarken scheint, wird als Grenze der im Schrifttum und in der Rechtsprechung erzählten Emanzipation des Rechts vom faktischen staatlichen Willen verstanden: Seine Rückkehr im unregulierten „staatlichen Überleben“ sorgt für konsternierte Reaktionen auf diese faktischen Grenzen der rationalisierenden Kraft des Rechts,³ weil diese Grenzen seine Emanzipationserzählung in Frage stellen.

Im Argument des „staatlichen Überlebens“ bricht damit jenes Spannungsverhältnis, das als „relative Normativität“ des Völkerrechts – als dessen Sollen und Sein – bezeichnet wird. Zugleich zeigt es einem spezifisch objektiven Verständnis über die Verbindlichkeit von Völkerrecht und humanitärem Völkerrecht Grenzen auf: Es konzeptualisiert Recht vom Wesen des Menschen aus, doch verengt es dieses Wesen und die daran anschließenden Bedeutungen, die der Mensch seiner Wirklichkeit durch das Recht gibt, ausschnittshaft auf die Kraft der Vernunft und die Idee der Humanität – das heißt auf die Rationalität des Rechts, in dessen Zentrum das Fortschreiten des Menschen auf dem Weg der Zivilisation steht. Das „staatliche Überleben“ bleibt aus diesem Sollensverständnis der Sprache des humanitären Völkerrechts ausgeklammert: Es wird als Teil der faktischen Wirklichkeit verstanden, die der Rationalität des Rechts – seiner objektiven Kraft begründet durch das rationale Wesen des Menschen – und damit dem Fortschreiten des Menschen auf dem Weg der Zivilisation entgegenstrebt. Dabei verweist das „staatliche Überleben“ als Begriff, den der IGH als Rechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen selbst einführte, genauso auf eine spezifische Sollensdimension, die für den Begriff der Verbindlichkeit bzw. Normativität des humanitären Völkerrechts relevant bleibt.

³ C. Tomuschat, *Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte*, Heidelberg, 2004, S. 21.

1. Kapitel

Die relative Normativität des Völkerrechts

Das Statut des IGH nennt in Art. 38 Abs. 1 mit dem Völkervertragsrecht und dem Völkergewohnheitsrecht zwei völkerrechtliche Quellen, die den staatlichen Konsens zur Voraussetzung haben: Die Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge sind ausdrücklich durch die streitenden Staaten anzuerkennen, völkergewohnheitsrechtliche Normen sind Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung. „Consent“, „recognition“ und „acceptation“ bedingen die Entstehung und die Bindung an völkervertragsrechtliche und völkergewohnheitsrechtliche Normen. Sie sind Wegbereiter des Rechts, das eine subjektive Entscheidung der Staaten voraussetzt und zugleich seine Adressaten normativ binden soll.¹ Die Rechtsprechung des IGH akzentuiert entsprechend und gleichwie die vorangehende Rechtsprechung des StIGH den „freien Willen“ der Staaten als Ausgangspunkt völkerrechtlicher Regeln, doch zeigt sie zugleich auf dessen normative Einhegung: Neben den Grundsatz des *pacta sunt servanda* offenbaren völkerrechtliche Regeln staatenübergreifende Gemeinschaftsinteressen, die nicht kraft einer staatlichen Entscheidung bestehen, sondern die durch die völkervertraglichen Bestimmungen nur noch erklärt werden. Der staatliche Konsens wird so zum Referenzpunkt und Träger einer normativen Entwicklung des Völkerrechts selbst:² Er setzt Regeln, die staatenübergreifende material-werthaltige unübertretbare Interessen deklarieren; die als zwingende Normen im Sinne der Art. 53, 64 WVK sowie als Pflichten des einzelnen Staates gegenüber der internationalen Gemeinschaft als Ganzer bestehen; und die so die völkerrechtliche Ordnung normativ-hierarchisch strukturieren.³ Die Rechtsprechungsentwicklung von StIGH und IGH unterstützt damit ein Verständnis, nach dem der staatliche Wille als Rechtsbegriff der völkerrechtlichen Ordnung im Lichte dieser Ordnung zu lesen ist. – Völkerrechtswissenschaftliche Standpunkte sammeln sich an beiden Punkten dieser „relativen Normativität“ des

¹ *O. A. Elias/C. L. Lim* (Erster Teil, Einl., Anm. 1), S. 169, 193 ff., 202 f.

² *E. Hey*, *Teaching International Law. State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems*, *The Hague*, 2003, S. 1 ff., 7 ff., 19: „... state-consent is changing from being perceived as consent to a rule to consent to a process of normative development ...“

³ *J. A. C. Salcedo*, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, *EJIL* 8 (1997), S. 583 ff., 595; *M. Koskenniemi*, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, *EJIL* 8 (1997), S. 566 ff.

Völkerrechts⁴⁴. Während beispielsweise voluntaristische und rechtsrealistische Positionen die Geltungsfrage durch einen faktisch präsenten Willen der Staaten beantworten, setzen Rechtspositivisten wie Kelsen und Hart sowie der gegenwärtige Diskurs um das werthaltige, gemeinsame Interessen speichernde Völkerrecht dem faktischen Anlitz des einzelstaatlichen souveränen Willens ein Verständnis entgegen, das von der Idee des Rechts als eine auf Vernunft und Humanität beruhende Sollensordnung ausgeht und den staatlichen Willen als Element dieser Sollensordnung begreift, das heißt die einzelstaatliche subjektive Entscheidung als objektive durch Recht rationalisierte Entscheidung präsentiert. Die Frage nach dem Grund der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen zu beantworten erfordert deshalb zunächst eine grundsätzliche Unterscheidung der jeweiligen Standpunkte.

A. Der einzelstaatliche Wille in der Rechtsprechung von StIGH und IGH

I. Der einzelstaatliche Wille als Begriff der internationalen Rechtsordnung

Völkervertragliche Regeln entstehen durch souveräne Entscheidungen der Vertragsstaaten, setzen also die Zustimmung, durch diese Regeln gebunden sein zu wollen, voraus. Völkergewohnheitsrechtliche Regeln bestehen aufgrund einer staatenübergreifenden allgemeinen Staatenpraxis und Überzeugung, die aus der Mitte staatlicher Entscheidungen fließen. StIGH und IGH formulieren gewichtige Schranken dieses „freien Willens“ der Staaten: Dazu zählen der Grundsatz des *pacta sunt servanda* sowie fundamentale Prinzipien, die losgelöst ihrer völkervertraglichen Ausformulierung bestehen, durch das Völkervertragsrecht nur noch deklariert werden und ob ihrer universalen Ziele und Zwecke staatenübergreifend binden. Beispielsweise erfasst das humanitäre Völkerrecht mit der so genannten Martens'sche Klausel, die mit den Genfer Abkommen von 1949 und ihren Zusatzprotokollen von 1977 völkervertraglich Aufnahme fand, solche grundlegenden auch von einer Kündigung der Völkerverträge unabhängigen Prinzipien, die auch in Situationen gelten, für die keine entsprechende Regelung besteht.⁵ Der „freie Wille“ der Staaten wandelt zum Begriff der internationalen Rechtsordnung, die Regeln formuliert, die mit Zustimmung der Staaten gegebene bindende Worte repräsentieren und solche vopolitischen Prinzipien ausdrücken, die allein völkerrechtlich reformuliert werden.

⁴ D. Shelton, *International Law and 'Relative Normativity'*, in: M. D. Evans (Hrsg.), *International Law*, Oxford, 2. Auflage, 2006, S. 159 ff., 161 ff., 164 ff.

⁵ Diese für das humanitäre Völkerrecht wesentliche Klausel wird im zweiten Kapitel und im zweiten Teil dieser Arbeit gewürdigt.

1. Völkerrechtliches Vertragsrecht

In einem seiner ersten Gutachten wird der StIGH 1923 mit einer Frage über den Status von *Eastern Carelia*⁶ – einem Gebiet, das nach Beendigung des russisch-finnischen Krieges als autonome Region zum russischen Staatsgebiet kraft des Friedensvertrages von Dorpat zählt – konfrontiert, die der Gerichtshof jedoch unbeantwortet lässt. Grund dafür ist die fehlende Mitgliedschaft Russlands im Völkerbund, der den StIGH zur Klärung dieser Rechtsfrage gegenüber Russland beauftragt. Der Gerichtshof schlussfolgert:

“It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement. ... Such consent, however, has never been given by Russia.”⁷

Mangels einzelstaatlicher Zustimmung Russlands zur Satzung des Völkerbundes lehnt der StIGH eine gutachterliche Klärung ab: Eine anders lautende Entscheidung beeinträchtigt das fundamentale Prinzip des internationalen Rechts, die staatliche Unabhängigkeit, die im Konsens der Staaten zu einer völkerrechtlichen Regel zum Ausdruck komme.⁸ Der staatliche Konsens darf in den Augen der Richter nicht vorausgesetzt oder unterstellt werden.⁹ Erst das Vorliegen des einzelstaatlichen Willens bindet den jeweiligen Staat an die durch ihn konsentierete Bestimmung, in diesem Fall die Satzung des Völkerbundes.

Noch deutlicher nimmt der StIGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Lotus* zu der Bedeutung des Konsenses für die Bindung der Staaten an völkerrechtliche Regeln Stellung.¹⁰ Der Konflikt um die Jurisdiktionskompetenz eines türkischen Gerichts, den wachhabenden Offizier des Postschiffs S. S. Lotus in der Türkei wegen fahrlässiger Tötung von acht türkischen Staatsangehörigen anzuklagen, gegenüber derjenigen Kompetenz Frankreichs, als Flaggenstaat der S. S. Lotus das Geschehene durch französische Strafgerichte aufzuarbeiten, behandelt das Gericht vor dem Hintergrund seiner Einschätzung des Status quo der bestehenden internationalen Staaten- und staatlichen Rechtsbeziehungen. Der Gerichtshof beurteilt die Beziehungen der Staaten zueinander in den 1920er Jahren als Beziehungen unabhängiger Akteure, die frei darüber entscheiden, inwieweit sie sich zwischenstaatlich verpflichten, indem sie Regeln konsentieren, die beispielsweise die ausschließliche strafrechtliche Rechtsprechungszuständigkeit derjenigen Nation festschreiben, die Flaggenstaat eines Schiffs ist, das auf dem Gebiet der Hohen See eine Schiffskollision verursacht. Genau diese Be-

⁶ *Status of Eastern Carelia*, Advisory Opinion, PCIJ 1923, Series B, No. 5, S. 6 ff.

⁷ *Status of Eastern Carelia* (Anm. 6), S. 27 f.

⁸ *Status of Eastern Carelia* (Anm. 6), S. 27.

⁹ O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge, 2005, S. 262.

¹⁰ *Lotus (France v. Turkey)*, Judgement, PCIJ 1927, Series A, No. 10, S. 4 ff., 18.

stimmung kennt das Völkerrecht zum Zeitpunkt der Kollision des französischen und türkischen Schiffs weder vertraglich noch gewohnheitsrechtlich.¹¹ In den Augen der Mehrheit der Richter würde ohne Rückführung des Sachverhalts auf eine vertragliche oder gewohnheitsrechtliche Bestimmung die Unabhängigkeit der Staaten jedoch beeinträchtigt. Wie im Fall *Eastern Carelia* verweist der StIGH auf die Rolle des Konsenses für die Wahrung dieses fundamentalen Prinzips der internationalen Staaten- und Rechtsordnung:

“International law governs relations between independent States. 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 achievements of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.”¹²

Der StIGH erklärt den freien Willen der Staaten zur Voraussetzung allen darauf gründenden Rechts vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Natur. Solange dieser nach außen faktisch sichtbare und erkennbare Wille oder Konsens fehle, haben die Staaten ihre Souveränität nicht durch eine bindende Regel beschränkt¹³, und solange sieht sich auch der Gerichtshof außerstande, zu Gunsten eines Staates zu entscheiden, der sich auf eine fehlende Bestimmung beruft.

In seinem Urteil zur verweigerten Durchfahrt der *S. S. Wimbledon* durch den Kieler Kanal, der Nord- und Ostsee als Wasserstraße miteinander verbindet,¹⁴ beschäftigt sich der StIGH¹⁵ mit der Bindung des Deutschen Reiches an das im Versailler Vertrag gemäß Art. 380 bestimmte Nutzungsrecht aller mit Deutschland „im Frieden befindlichen Nationen für ihre Handels- und Kriegsschiffe“. Deutschland verweigert dem Dampfschiff die Benutzung, da es Kriegsmaterial nach Danzig transportiert, um Polen in seiner kriegerischen Auseinandersetzung mit Russland zu unterstützen. Deutschland beruft sich darauf, während des Konflikts gegenüber Russland und Polen verpflichtet zu sein, eine neutrale Stellung zu wahren. In seinem Urteil erwägt der Gerichtshof die grundsätzliche Bedeutung des Abschlusses von völkerrechtlichen Verträgen:

“The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be

¹¹ *Lotus* (Anm. 10), S. 25 ff., 31.

¹² *Lotus* (Anm. 10), S. 18.

¹³ *Lotus* (Anm. 10), S. 19.

¹⁴ Gemeint ist der damalige „Kaiser-Wilhelm-Kanal“, der 1948 in „Nord-Ostsee-Kanal“ umbenannt wurde.

¹⁵ *Wimbledon (His Britannic Majesty/France/Italy/Japan v. German Empire)*, Judgement, PCIJ 1923, Series A, No. 1, S. 15 ff.

exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty.”¹⁶

Es ist also der Vorzug jedes Staates, kraft seiner staatlichen Souveränität vertragliche Bindungen einzugehen; darin liegt aus Sicht des Gerichtshofs gerade kein Souveränitätsverlust. Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages durch einen Staat zeugt vielmehr von dessen souveräner Entscheidung: Die Übernahme vertraglicher Handlungs- oder Unterlassungspflichten versteht der StIGH deshalb nicht als Aufgabe, sondern als Bestätigung staatlicher Souveränität.

Die Rechtsprechung des IGH betont die Notwendigkeit des Konsenses für die Entstehung bindender völkervertragsrechtlicher Regeln, die nun ihrerseits staatliches Verhalten determinieren. Am Beispiel der Regelung der konsularischen und diplomatischen Beziehungen wird deutlich, dass die souveräne Entscheidung der Staaten völkervertragliches Recht hervorbringt, das Staaten auf wesentliche Ziele des internationalen Zusammenlebens verpflichtet. In seinem Beschluss im so genannten *Teheraner Geiselfall* unterstreicht der Gerichtshof die mit den völkervertragsrechtlichen Regeln verbundene Funktion der Ordnung und Koordinierung der internationalen Beziehungen der Staaten.¹⁷ In seinem späteren Urteil verweist das Gericht nochmals auf diese Aufgabe¹⁸ des Rechts, stabile und friedliche Beziehungen zu unterstützen und weiterzuentwickeln, und verdeutlicht den Schaden, den Iran verursacht, weil er nicht gegen die Geiselnahme des Personals der amerikanischen Botschaft in Teheran einschreitet:

“Such events cannot fail to undermine the edifice of law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules developed to ensure the ordered progress of relations between its members should be constantly and scrupulously respected.”¹⁹

Der IGH zeigt Ende der 1970er Jahre auf die geänderten internationalen Beziehungen: Statt staatlicher Koexistenz befinden sich die Staaten nun in internationalen Beziehungen, die vornehmlich durch Kooperationen geprägt sind. Anstelle individueller Staatsräson stellt der Gerichtshof „security and well-being of the complex international community“ in den Mittelpunkt. Das Recht der internationalen und konsularischen Beziehungen²⁰ ist in einem komplexer

¹⁶ *Wimbledon* (Anm. 15), S. 25.

¹⁷ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Beschluss, ICJ Reports 1979, S. 7 ff., 19 f., Nr. 38, 39, 40.

¹⁸ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgement, ICJ Reports 1980, S. 3 ff., 24, Nr. 45.

¹⁹ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Anm. 18), S. 43, Nr. 92.

²⁰ Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961; Vienna Convention on Consular Relations of 1963; Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, of 1973.

werdenden System internationalen Zusammenlebens für die internationale Sicherheit und zur Sicherung des Wohls der internationalen Gemeinschaft von besonderer Wichtigkeit. Seine Mitglieder, wie der Iran, sind durch ihre souveräne Zustimmung zu diesen Regeln verpflichtet. Ein einseitiges Vorgehen eines Staates entgegen seiner souveränen Entscheidung dysfunktionalisiert die Regeln und deren Ziele, das friedliche Zusammenleben der Mitglieder der internationalen Gemeinschaft zu unterstützen.

In seinem späteren Urteil in der Rechtssache *Nicaragua* ruft der Gerichtshof die frühere Rechtsprechung des StIGH ins Gedächtnis und markiert vor deren Hintergrund die Grenze der durch das Völkerrecht zu ordnenden internationalen Beziehungen: Die Vereinigten Staaten, die eine Rebellengruppe militärisch unterstützt, um auf den Sturz der nicaraguanischen Regierung hinzuwirken, begründet ihr Vorgehen damit, dass Nicaragua extensiv eine militärische Aufrüstungspolitik betreibe, die in den Augen der Vereinigten Staaten aggressive Absichten der Regierung Nicaraguas und deren potentielle Gefahr für die Region Mittel- und Nordamerikas offenbare. Die USA sieht darin einen Rechtfertigungsgrund, die rebellierenden Contras und deren Ziel, die Regierung zu stürzen, zu unterstützen. Der Gerichtshof widerspricht. Er rekurriert insbesondere auf die Bedeutung und Stellung des einzelstaatlichen Willens im Völkerrecht und in den internationalen Beziehungen:

“It is irrelevant and inappropriate ... to pass upon this allegation of the United States, since in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception.”²¹

Solange Nicaragua demnach keine völkervertraglichen Bindungen eingegangen oder völkergewohnheitsrechtlich verpflichtet ist, maßvoll militärisch aufzurüsten, ist es den Vereinigten Staaten nicht möglich, eine Aufrüstungsstrategie Nicaraguas zu definieren, diese als Sicherheitsproblem darzustellen und daraus die Konsequenz einer eigenen militärischen Strategie gegen die Regierung Nicaraguas zu ziehen. In Abwesenheit einer rechtlichen Übereinstimmung der Staaten verbleiben die dadurch zu organisierenden internationalen Beziehungen völkerrechtlich ungerichtet, denn die Staaten haben sich in diesem Punkt nicht darauf geeinigt, ihre Beziehungen zu koordinieren; erst die einzelstaatliche Zustimmung definiert rechtliche Bindungen und Pflichten und eine dadurch imaginierte Form des Zusammenlebens.

Die Frage der Verbindlichkeit völkervertragsrechtlicher Regeln ist damit nur zum Teil beantwortet: Völkervertragsrecht als Ausdruck souveräner Willensentscheidungen bindet Staaten kraft der in den vertraglichen Regeln ausgedrückten souveränen Übereinstimmung. StIGH und IGH strengen darüber hinausgehende

²¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, S. 14 ff., 135, Nr. 269.

Überlegungen an, den Grund der Verbindlichkeit des Rechts nicht in der Sphäre der souveränen Willensentscheidung allein zu belassen, sondern diese als Begriff des Völkervertragsrechts zu lesen und durch grundsätzliche Prinzipien einzuhegen. Zu diesen zählt *zum einen* der Grundsatz des *pacta sunt servanda*, den der StIGH in der Rechtssache *Wimbledon* umschreibt. Der Gerichtshof verdeutlicht hierbei insbesondere, dass Deutschland im Versailler Vertrag die Durchfahrt durch den Kieler Kanal akzeptiert hat und nun nicht zu Gunsten einer späteren Neutralitätsvereinbarung gegenüber dritten Staaten und entgegen seiner primären Pflichten aus Art. 380 des Versailler Vertrages handeln darf:

“She could not advance her neutrality orders against the obligations which she had accepted under this Article. Germany was perfectly free to declare and regulate her neutrality in the Russo-Polish war, but subject to the condition that she respected and maintained intact the contractual obligations which she entered into at Versailles”²²

Der einzelstaatliche Wille erwächst in die bindende Kraft einer Rechtsregel, die nicht durch weitere autonome Entscheidungen Deutschlands in Frage gestellt werden darf. Die Bestimmungen des Versailler Vertrages konstituieren Pflichten, durch die die Parteien des Vertrages gegenseitig und aneinander gebunden sind.²³ Entsprechend formuliert Richter Córdova in seinem abweichenden Votum im Fall der Anwendung der Haager Konvention von 1902 über die Vormundschaft von Kindern:

“I have always known the time-honoured and basic principle of *pacta sunt servanda*, which makes it impossible for the States to be released by their own unilateral decision from their obligations according to a treaty which they have signed.”²⁴

Nach diesem Verständnis gründet die Verbindlichkeit völkervertraglicher Regeln im „Begriff“ des staatlichen Willens, dem die grundlegende Idee immanent ist, nach der Staaten an ihr einmal gegebenes Wort gebunden sind. Darin liegt der Sinn des staatlichen Willens als Rechtsbegriff, der zu Erklärung der Verbindlichkeit völkerrechtlichen Vertragsrechts herangezogen wird.

Zum *anderen* gutachtet der IGH 1951 über die Möglichkeit der Vertragsstaaten der „Konvention zur Verhütung und Bestrafung von Völkermord“, gegenüber einzelnen Bestimmungen einzelstaatliche Vorbehalte erklären zu können. Völkerrechtliche Bestimmungen zur Regelung eines solchen Falles bestanden zum Zeitpunkt des Gutachtens nicht, doch hätten derartige Vorbehalte nach

²² *Wimbledon* (Anm. 15), S. 30.

²³ *Designation of the Workers' Delegate for the Netherlands*, Advisory Opinion, PCIJ 1922, Series B, No. 1, S. 3 ff., 19: „The engagement contained in the third paragraph is not a mere moral obligation. It is part of the Treaty and constitutes an obligation by which the Parties to the Treaty are bound to one another.“

²⁴ Dissenting opinion of R. Córdova zu: *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgement, ICJ Reports 1958, S. 55 ff., 139 ff., 141.

der bis dahin üblichen Verwaltungspraxis der Vereinten Nationen – unter deren Federführung die Konvention entstand – mitunter den Ausschluss dieser Vorbehaltsstaaten von der Konvention zur Folge gehabt. Der IGH erörtert in seinem Gutachten Grundsätzliches.²⁵ Zunächst wiederholt er die *Lotus*-Rechtsprechung des StIGH:

“It is well established that in its treaty relations a State cannot be bound without its consent, and that consequently no reservation can be effective against any State without its agreement thereto.”²⁶

Ohne einzelstaatliche Zustimmung sind danach also weder die Vorbehaltsstaaten an die Konvention gebunden noch diejenigen Staaten, die den Vorbehalt ihrer gegenüber nicht akzeptieren. Die Möglichkeit, einen Vorbehalt erklären zu können, ist in den Augen der Richter des IGH aber nicht allein von der Zustimmung oder Ablehnung der anderen Vertragsstaaten, das heißt von ihrer einzelstaatlichen Entscheidung, abhängig. Der IGH misst sie vielmehr daran, ob durch einen Vorbehalt und die Zustimmung zu diesem Vorbehalt die Ziele der Konvention gefährdet werden:

“It is also a generally recognized principle that a multilateral convention is the result of an agreement freely concluded upon its clauses and that consequently none of the contracting parties is entitled to frustrate or impair, by means of unilateral decisions or particular agreements, the purpose and *raison d'être* of the convention. ... The character of a multilateral convention, its purpose, provisions, mode of preparation and adoption, are factors which must be considered in determining, in the absence of any express provision on the subject, the possibility of making reservations, as well as their validity and effect. ... The first consequence arising from this conception²⁷ is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention).”²⁸

Mehrseitige Verträge, die nach dem Modus der Mehrheit der Zustimmenden geschlossen werden, bedingen, dem einzelnen Staat Freiräume zuzugestehen, die er während der Vertragsverhandlungen durch einen Vorbehalt zum Vertrag explizieren muss. Gerade dieser Vorbehalt darf das Regelungsziel selbst aber nicht in Frage stellen: Mit der von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommenen multilateralen Völkermordkonvention regeln Staaten

²⁵ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, S. 15 ff., 24.

²⁶ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 21.

²⁷ Gemeint ist die Verurteilung und Bestrafung von Völkermord als völkerrechtliches Verbrechen.

²⁸ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 21 f.

nicht originär staatliche Interessen, sondern den Schutz von Völkergruppen vor ihrer staatlich angeleiteten Auslöschung. Die Konvention formuliert Prinzipien, die Staaten unabhängig einer vertraglichen Pflicht binden, das heißt sie gelten unabhängig einer einzelstaatlichen Zustimmung: Das Verbot des Völkermordes wird von allen zivilisierten Nationen anerkannt und bindet kraft seines universalen und fundamentalen Zwecks. Der Gerichtshof unternimmt damit den Versuch, zwischen dem staatlichen Willen einerseits und dem normativen Bestand der Konvention andererseits zu vermitteln. Der IGH klärt, dass solche einzelstaatlichen souveränen Vorbehalte – mögen sie auch von den Vertragspartnern akzeptiert worden sein, doch der Konzeption der Völkermordkonvention zuwiderlaufen – die grundsätzliche Geltung der fundamentalen Prinzipien nicht berühren:

“It must clearly be assumed that the contracting States are desirous of preserving intact at least what is essential to the object of the Convention; should this desire be absent, it is quite clear that the Convention itself would be impaired both in its principle and in its application.”²⁹

Jeder Staat unterwirft sich insoweit dem Gebot der Einhaltung eines Minimums, das heißt der Wahrung und Achtung der grundlegenden Ziele und Zwecke des völkerrechtlichen Vertrages. Neben das Gebot des *pacta sunt servanda* stellt der IGH damit eine weitere grundlegende Idee, die fundamentale Ziele und Zwecke multilateraler Verträge von einseitigen staatlichen Vorbehalten und deren Zustimmungen, das heißt einzelstaatlichen Entscheidungen, loslöst bzw. einzelstaatliche Entscheidungen im Lichte dieser Ziele und Zwecke versteht.

2. Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht

Gem. Art. 38 IGH-Statut zieht der IGH nicht nur völkerrechtliche Verträge, sondern ebenso völkerrechtliches Gewohnheitsrecht als Maßstab seiner Rechtsprechungstätigkeit heran. Bereits in seiner *Lotus*-Entscheidung stellt der StIGH gewohnheitsrechtliche Regeln neben das Völkervertragsrecht – und unter die Voraussetzung des einzelstaatlichen Willens:

“The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed ... by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities.”³⁰

Im Unterschied zum Völkervertragsrecht verpflichten völkergewohnheitsrechtliche Regeln einzelne Staaten nicht aufgrund ihrer jeweiligen zustimmenden

²⁹ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 27.

³⁰ *Lotus* (Anm. 10), S. 18.

Entscheidung,³¹ sondern aufgrund einer Staatenpraxis, die allgemein als Recht anerkannt wird: In seinem Urteil in der Rechtssache *North Sea Continental Shelf* markiert der IGH die beiden Säulen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts:

“... two conditions must be fulfilled. No. only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief ..., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.”³²

Sehr deutlich unterscheidet das Gericht zwischen der Staatenpraxis einerseits und der *opinio juris*, die der IGH als ein „Gefühl“ und einem „Glauben“ daran, dass die Staatenpraxis eine zu befolgende Rechtsregel enthält, versteht. Die „settled practice“ – die Staatenpraxis – bedingt eine extensive und sichtbar einheitliche Übung.³³ Im vorangehenden *Asylum Case* formuliert der IGH klarer die Voraussetzungen, die eine solche Übung erhärten:

“The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law”³⁴

Eine einheitliche und konstante Staatenpraxis gründet auf unterschiedlichen, nach außen sichtbar werdenden, Faktoren. Zu diesen zählt der Gerichtshof u. a. die Ratifikationsdichte einer völkervertraglichen Regel, unter der die fraglichen Konventionen im *Asylum Case* leiden. Der IGH scheidet dabei Ratifikationen von politischen Zweckdienlichkeiten (*expediency*). Anders als der politische Eigennutz, der den unbeständigen-situativen Willen einzelner Staaten abbildet, führt die Ratifikation eines Vertrages zur Bestätigung und Zustimmung der

³¹ Nur im Rahmen des Zustandekommens einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel können Staaten Ablehnungen als „persistent objector“ formulieren: *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgement, ICJ Reports 1951, S. 116 ff., 131.

³² *The North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgement, ICJ Reports, 1969, S. 3 ff., S. 44, Nr. 77 f.

³³ *The North Sea Continental Shelf Cases* (Anm. 32), S. 43, Nr. 74. Siehe dazu ebenso die Rechtsprechung des StIGH: *Certain Questions relating to Settlers of German Origin in the Territory Ceded to Poland*, Advisory Opinion, PCIJ 1923, Series B, No. 6, S. 6 ff., 36 (speaking of „an almost universal opinion and practice“) sowie die Rechtsprechung des IGH in: *Fisheries Case* (Anm. 31).

³⁴ *Asylum (Colombia v. Peru)*, Judgement, ICJ Reports 1950, S. 266 ff., S. 277.

vereinbarten Vertragsregeln durch den Vertragsstaat.³⁵ Politische Erwägungen teilen diese Überlegung nicht. Sie formen den realen Willen eines Staates in seiner Rolle als politischer Akteur, nicht eine an den Staat als Normadressaten gerichtete normative Pflicht, ein normatives Sollen, wie es die Ratifikation eines Vertrages als Voraussetzung der Entstehung einer völkervertraglichen Bindung eines Staates herzustellen vermag.³⁶ Das Feld der politischen Handlungen führt entsprechend zu einzelstaatlichen Aktionen, die eine diffuse, nicht aber eine uniforme Staatenpraxis konstituieren. Demgegenüber sieht der Gerichtshof in einer gewissen Ratifikationsdichte völkerrechtlicher Verträge das Fundament, um eine allgemeine Staatenpraxis feststellen zu können. Einzelne Zuwiderhandlungen gegen völkervertraglich ratifizierte Regeln, die eine uniforme staatenübergreifenden Praxis begründen, führen nach der Rechtsprechung des IGH in *Nicaragua* daher auch nicht zur Ausbildung neuer Regeln. Sie manifestieren vielmehr individuell-singuläre Verstöße gegen das bestehende normative Sollen in Figur der vertraglichen und gewohnheitsrechtlichen Pflicht:

“In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.”³⁷

Abweichungen einzelner Staaten stellen „political expediencies“ dar, die aus Perspektive des Rechts die Zustimmung zu vertraglichen Bestimmungen und deren gewohnheitsmäßige Fortsetzung in der uniformen Staatspraxis nicht zu untergraben vermögen. Das Element der Staatenpraxis drückt sowohl in ihrer Entstehung als auch im Rahmen der Möglichkeit ihrer Modifikation ein Maß an staatenübergreifender Uniformität aus, die sodann durch nachträgliche einzelne tatsächliche Handlungen nicht veränderbar ist.

Der IGH benennt in seinem Urteil in der Rechtssache *North Sea Continental Shelf* mit der *opinio juris sive necessitatis* die zweite Säule einer gewohnheits-

³⁵ Siehe zur Bindung an Regeln eines völkerrechtlichen Vertrages den vorangehenden Abschnitt „Völkerrechtliches Vertragsrecht“ in Kap. 1, A., I., 1.

³⁶ Gem. Art. 11 WVK drücken Staaten ihr rechtliches Gebundensein u. a. durch Ratifikation, Annahme und Genehmigung aus. An alle drei Formen knüpft Art. 18 WVK die Pflicht, das Ziel und den Zweck eines Vertrages vor seinem Inkrafttreten nicht zu vereiteln, solange ein Staat nicht klar seine Absicht zu erkennen gibt, nicht Vertragspartei werden zu wollen, oder wenn er seiner Zustimmung, durch den Vertrag gebunden zu sein, Ausdruck verliehen hat. Bereits in dieser Vorphase ist das einzelstaatliche Verhalten am Maßstab des rechtlich noch nicht verbindlichen Vertrages eingebunden. Dazu auch: *L. Boisson de Chazournes/A.-M. La Rosa/M. M. Mbengue*, Art. 18 – Convention de Vienne de 1969, in: O. Corten/P. Klein (Hrsg.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, Band 1, Bruxelles, 2006, S. 598 ff., 590, No. 1: „L'article 18 témoigne de cette nature rebelle et complexe de la Convention de Vienne, nature tenant aux différentes interactions et interrelations que les traités font valoir entre le politique et le juridique.“

³⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Anm. 21), S. 98, Nr. 186.

rechtlichen Regel. Der Gerichtshof verbindet mit dieser ein Gefühl, ein Bewusstsein und einen Glauben,³⁸ das heißt Voraussetzungen, die eine individuelle Gewährwerdung jedes einzelnen Staates ausdrücken, die die sichtbare uniforme allgemeine Staatenpraxis zu kontrastieren scheinen. Diesen Vermutungen treten StIGH und IGH in einzelnen Urteilen entgegen: In *Wimbledon* untermauert der Gerichtshof seine Feststellung, indem er auf die „general opinion“ verweist, dass die Neutralität Deutschlands gegenüber dritten Kriegsparteien unangetastet bleibe, obwohl Deutschland solchen mit Kriegsmaterial beladenen Schiffe die Durchquerung des Kieler Kanals ermöglicht, deren jeweiliger Flaggenstaat Teilnehmer kriegerischer Auseinandersetzungen ist.³⁹ Darüber hinaus lenkt der IGH in seiner Entscheidung *Gulf of Maine*, in dem er die Zugehörigkeit des Festlandssockels zum Gebiet der Vereinigten Staaten und zu demjenigen Kanadas beurteilt, auf den völkergewohnheitsrechtlichen Status dessen, was die Parteien in der für das Verfahren relevanten Genfer Konvention über den Festlandssockel von 1958 völkervertraglich fassten.⁴⁰ So regelt Art. 6 der Konvention, dass in Abwesenheit vertraglicher Übereinkommen über die Zuordnung des Festlandssockels die Grenzziehung nach dem Prinzip der Gleichabständigkeit (principle of equidistance) zu bestimmen sei.⁴¹ Der Gerichtshof sieht darin aber mehr als eine bloße vertragliche Bestimmung. Er erkennt darin ein allgemeines Prinzip von gewohnheitsrechtlichem Ursprung:

“In contrast, the principle of international law – that delimitation must be effected by agreement – which ... is expressed in Article 6 of the 1958 Convention, and additionally, it may be thought, the implicit rule it enshrines, are principles already clearly affirmed by customary international law, principles which, for that reason, are undoubtedly of general application, valid for all States and in relation to all kinds of maritime delimitation.”⁴²

Hier deklariert das Vertragsrecht nur die ohnehin bestehende allgemeine Überzeugung und Praxis des Vorrangs zwischenstaatlicher Vereinbarungen zur Lösung von Festlandssockelkonflikten vor dem allgemeinen Prinzip der Gleichabständigkeit. Der individuellen gebührt daher das Vorrecht vor einer verallgemeinernden, die einzelstaatlichen Interessen nicht genügend würdigenden Lösung. Der Vorrang völkerrechtlicher Vereinbarungen über den Status quo

³⁸ *The North Sea Continental Shelf Cases* (Anm. 32).

³⁹ *Wimbledon* (Anm. 15), S. 28: „Moreover they are merely illustrations of the general opinion according to which when an artificial waterway ... has been permanently dedicated to the use of the whole world, ... that even the passage of a belligerent man-of-war does not compromise the neutrality of the sovereign State under whose jurisdiction the waters in question lie.“

⁴⁰ *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgement, ICJ Reports 1984, S. 288 ff., 290 ff., 291, Nr. 83.

⁴¹ *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Anm. 40), S. 291, Nr. 85.

⁴² *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Anm. 40), S. 292 f., Nr. 90.

des Festlandsockels vor dem gewohnheitsrechtlichen Prinzip der Äquidistanz bildet sich nicht nur vertraglich in der Reihenfolge ab, die in Art. 6 Abs. 1 und 2 der Genfer Konvention von 1958 vereinbart wurde, sondern Art. 6 seinerseits deklariert eine gewohnheitsrechtliche Regel dieses Vorrangs.

Die *opinio iuris* als zweite Säule völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts ist damit keine durch das individuelle Bewusstsein, den Glauben oder das Fühlen eines Staates bedingte Voraussetzung. Der IGH kleidet sie als generalisierendes Element aus, das im Zusammenspiel mit der Staatenpraxis zu einer allgemeinen, staatenübergreifenden Verbindlichkeit leitet. Neuere Entscheidungen des Gerichtshofs sehen die *opinio iuris* als Trägerin von Gemeinschaftswerten und Gemeinschaftsinteressen, die nicht zuletzt von der Generalversammlung der Vereinten Nationen in Resolutionen, zum Beispiel den Resolutionen zur Illegalität atomarer Waffen, expliziert werden und – wie der IGH in seinem *Nuclear Weapons*-Gutachten verdeutlicht – auf die Entstehung einer *opinio iuris* deuten:

“General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can ... provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio iuris*.”⁴³

Zwar verneint der Gerichtshof das Vorhandensein einer völkervertraglichen Regel, die Nuklearwaffen als völkerrechtswidrig behandelt; doch zeigt die Beziehung von *opinio iuris* und den Resolutionen der Generalversammlung, dass das Völkergewohnheitsrecht zum Speicher solcher Gemeinschaftsinteressen und solcher Gemeinschaftswerte wächst, die unabhängig des einzelstaatlichen Willens gelten, weil sie fundamentale Grundsätze und Prinzipien ausdrücken. Gegenüber dem Element der Staatenpraxis ist sie dasjenige Element, das völkergewohnheitsrechtliche Regeln im Lichte gemeinsamer staatenübergreifender Werte fortentwickelt, indem sie zum Absorptionspunkt dieser gemeinsamen staatenübergreifenden und universalen Werte wird.

Der staatliche Wille als Fundament der völkervertragsrechtlich und völkergewohnheitsrechtlich existenten Regeln absorbiert als Begriff dieser internationalen Rechtsordnung seinerseits diese Regeln, auf die sich Staaten verständigten und die fundamentale und universale Werte akzentuieren.

II. Völkerrecht als Begriff natürlicher Rechte und Gemeinschaftsinteressen

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges und nach der Gründung der Vereinten Nationen gegenwärtig das Völkerrecht eine Entwicklung, in deren Zentrum ein Verständnis natürlicherweise bestehender Rechte und Gemeinschaftswerte steht: Sie finden völkervertragsrechtlich in multilateralen Konventionen und völkergewohnheitsrechtlich in zwingendem Völkerrecht und Pflichten des einzelnen

⁴³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, S. 226 ff., 254 f., Nr. 70, 71.

Staates gegenüber der gesamten Staatengemeinschaft – erga omnes – Ausdruck. Die Rechtsprechung des IGH und richterliche Sondervoten erkennen in ihnen staatenübergreifende, universale Werte, die losgelöst von einzelstaatlichen Entscheidungen bestehen, völkervertragsrechtlich und völkergewohnheitsrechtlich aufgenommen werden, das heißt eine Rechtsordnung konstituieren, die vom staatlichen Willen als Begriff dieser Rechtsordnung getragen werden, Staaten binden und gegenüber jedem einzelnen Staat auch entgegen seines faktischen Willens gelten.

Das Gutachten⁴⁴ des IGH zu der Möglichkeit einzelner Staaten, Vorbehalte gegenüber der unter der Federführung der Vereinten Nationen entstandenen multilateralen „Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes“ anzubringen, und dennoch Vertragsstaat der Konvention zu sein, verdeutlicht die zwei Pole, die der Gerichtshof in seiner Entscheidung zusammenzuführen versucht: Anlass des Gutachtens waren die Einsprüche derjenigen Staaten, die der Konvention vorbehaltlos zustimmten und diese für sich als verbindlich erklärten, gegenüber solchen Staaten, die ihre Bindung unter die Bedingung punktueller Vorbehalte stellten. Im Ergebnis entscheidet eine knappe Mehrheit der Richter, dass Vorbehalte nur nach Maßgabe der Wahrung der Zwecke und Ziele der Konvention zulässig und Einsprüche gegen diese Vorbehalte nur dann berechtigt sind, soweit Vorbehalte die universalen Konventionsziele und -zwecke beeinträchtigen:

“The object and the purpose of the Convention thus limit both the freedom of making reservations and that of objecting to them. ... The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as a ‘crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses of humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations ... The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble of the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope.”⁴⁵

Der IGH hebt die Völkermord-Konvention aus dem Kanon anderer multilateraler Verträge heraus: Völkermord ist ein Verbrechen, dessen Verhütung und Bestrafung die Staaten bindet, ohne dass es dazu einer in der Konvention verankerten, durch die Staaten zugestimmten Regel bedarf. Der Gerichtshof rekurriert an dieser Stelle vielmehr auf das „Moralgesetz“ und den „Geist und die Ziele der

⁴⁴ Siehe die vorangehende Besprechung des Gutachtens ab Anm. 25.

⁴⁵ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 23 f.

Vereinten Nationen“. Der Wille der Konventionsstaaten stehe im Zeichen dieser Grundsätze und Prinzipien:

“The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. ... In such a convention the contracting States do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention, provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.”⁴⁶

Der Gerichtshof formuliert einen Maßstab bzw. einen Test, anhand dessen er aus seiner Sicht das Dilemma aufzulösen sucht, das sich aus einer absoluten Ablehnung derjenigen Staaten ergäbe, die solche Vorbehalte gegen einzelne Bestimmungen der Konvention äußern, die nach Maßgabe des „Tests“ die Zwecke und Ziele der Konvention nicht gefährden. Das universale Ziel der Konvention, Völkermord zu verhüten und zu bestrafen, lebt aber gerade von einer umfassenden Unterstützung durch alle Staaten und muss insoweit punktuelle, mit den Zielen der Konvention zu vereinbarende Vorbehalte ertragen. Die Mehrheit der Richter sucht einen Kompromiss zwischen der Unantastbarkeit der universal geltenden Ziele und Zwecke der Konvention und der einzelstaatlich-autonomen Entscheidung, sich einzelnen Konventionsregeln zu entziehen. Dass der Gerichtshof hierbei eine Gratwanderung vollzieht, verdeutlichen die abweichenden Richtervoten: Die Richter Guerrero, Sir McNair, Read und Mo bezweifeln bereits die Kompetenz des Gerichtshofs, jenseits der Bestimmungen der Konvention einen Maßstab entwickeln zu dürfen, anhand dessen die Möglichkeit von staatlichen Vorbehalten und Einsprüchen gegen diese Vorbehalte entschieden werden kann. Die Konvention enthalte insoweit keine aus dem staatlichen Konsens hervorgegangene Bestimmung, die nach den Kompetenzregeln des IGH-Statuts gemäß Art. 38 Gegenstand eines Verfahrens vor dem Gerichtshof werden könnte.⁴⁷ Ähnlich der *Lotus*-Entscheidung des StIGH rücken die abweichenden Richter den staatlichen Willen und die durch ihn begründeten Vertragsregeln in den Mittelpunkt ihres Votums:

“The consent of the parties is the basis of treaty obligations. The law governing reservations is only a particular application of this fundamental principle”⁴⁸

⁴⁶ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 23.

⁴⁷ Dissenting opinion of Judges J. G. Guerrero, Sir A. McNair, J. E. Read, H. Mo zu: *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 31 ff., 31, 42 f.

⁴⁸ J. G. Guerrero, Sir A. McNair, J. E. Read, H. Mo (Anm. 47), S. 31 f.

Die Entscheidung der Mehrheit der Richter fuße demgegenüber auf einer völkerrechtlich ungesicherten Grundlage, die das Dilemma universaler Geltung voraussehbar nicht lösen werde: Die Möglichkeit, Vorbehalte gegenüber Konventionsbestimmungen zu richten, erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass Staaten davon auch Gebrauch machen. Darunter leide der universale Charakter der Konvention, zumal die Definition der Zwecke und Ziele uneindeutig bleibe:

“But if the Genocide Convention is in any way unique, its uniqueness consists in the importance of regarding it as a whole and maintaining the integrity and indivisibility of its text”⁴⁹

Anstatt auf rechtlich nicht abgesicherte Moralvorstellungen abzustellen und diese zum Maßstab rechtlicher Entscheidungen heranzuziehen, nämlich solcher Entscheidungen über die Möglichkeit von Vorbehalten gegenüber Konventionsregeln, die diese Moralvorstellungen nicht berühren, rückt das Minderheitenvotum die Integrität und die Unteilbarkeit des Konventionstextes in den Mittelpunkt: Die Sprache des Rechts, die Sprache der Konvention gegen Völkermord, die keine Vorbehalte zulasse, forme aus dem völkerrechtlichen Vertrag jenen einzigartigen Text, dessen Bewahrung jegliche staatliche Vorbehalte ausschließe oder unter den Einwilligungsvorbehalt der restlichen Vertragsstaaten stelle. Demgegenüber verkehre sich die durch die Richtermehrheit favorisierte metarechtliche Lösung des Dilemmas in ihr Gegenteil: Welche Bestimmungen zu den werthaltigen im Sinne der Konvention zählen, sei in erster Linie eine Entscheidung der Mehrheit der Vertragsstaaten; die hohen Ideale der Konvention stehen damit in Abhängigkeit einer staatlichen Disposition; der universale Charakter sei so nur noch quantitativer, nicht aber mehr qualitativ-werthaltiger Art. Das Gutachten der Richtermehrheit gelange am Ende wiederum zu jenem Ausgangspunkt, den der StIGH in seiner *Lotus*-Entscheidung mit dem „freien Willen der Staaten“ pointiert.

Richter Alvarez eröffnet in seinem abweichenden Votum eine strikt akonsensualistisch-apositivistische Alternative, die in der Entscheidung der Richtermehrheit insoweit Aufnahme findet, als die Verhinderung und Bestrafung des Völkermords moralisch radiziert ist, das heißt keiner einzelstaatlich konsentierten vertraglichen Rechtspflicht bedarf. Alvarez unterscheidet die Konvention gegen Völkermord als Teil eines neuen, sich nach Ende des Zweiten Weltkrieges und nach Gründung der Vereinten Nationen herausbildenden multilateralen Völkervertragsrechts.⁵⁰ Alvarez zählt zu den Konventionen des *new international law* insbesondere solche, die – wie die Konvention gegen Völkermord – neue und wichtige Prinzipien des Völkerrechts deklarieren sowie solche, die ihrem Gegenstand nach ein soziales oder humanitäres Interesse zum Nutzen

⁴⁹ J. G. Guerrero, Sir A. McNair, J. E. Read, H. Mo (Anm. 47), S. 47.

⁵⁰ Dissenting opinion of Judge A. Alvarez zu: *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Anm. 25), S. 49 ff., 49 f., 50 f.

des Individuums verfolgen; diese multilateralen Verträge attribuiert Alvarez als universal: Sie sind in einem institutionell-staatenübergreifenden Diskurs durch Mehrheitsentscheid entstanden; durch sie auferlegen sich Staaten Pflichten, die in keinem individuellen, sondern in einem generellen bzw. gemeinsamen Interesse wurzeln, ein soziales oder humanitäres Anliegen in der Zukunft zu verwirklichen.⁵¹

“they ... have acquired a life of their own; they can be compared to ships which leave the yards in which they have been built, and sail away independently, no longer attached to the dockyard. These conventions must be interpreted without regard to the past, and only with regard to the future.”⁵²

Losgelöst von den Motiven ihrer (zwischenstaatlichen) Entstehung segelt die Konvention nur ihren eigenen Zielen verpflichtet und verantwortlich im Meer der internationalen Gemeinschaft, um diese ihren sozialen und humanitären Zwecken folgend zu gestalten.

In diese Richtung weist knapp zwei Jahrzehnte später die Rechtsentwicklung auf Ebene der Koordination der völkervertragsrechtlichen Beziehungen sowie die Rechtsprechung des IGH: Mit der 1969 geschlossenen Wiener Vertragsrechtskonvention entscheiden die Vertragsstaaten erstmalig, dass zwingende Normen des Völkerrechts („*jus cogens*“) entgegenstehendes Vertragsrecht außer Kraft treten lassen (Art. 53, 64 WVK). Welchen Inhalt diese zwingenden Normen tragen, ist in der internationalen Staatengemeinschaft jedoch umstritten.⁵³ Der IGH zeigt sich im Rahmen seiner Rechtsprechungstätigkeit entsprechend zurückhaltend: Er vermeidet solche Äußerungen, die zwingende Normen betreffen können;⁵⁴ der Begriff findet häufig nur in richterlichen Sondervoten⁵⁵ Erwähnung. Demgegenüber ordnen Ad-hoc-Strafgerichtshöfe, wie der Straf-

⁵¹ A. Alvarez (Anm. 50), S. 51 f.

⁵² A. Alvarez (Anm. 50), S. 53.

⁵³ Die verschiedenen Stellungnahmen sind im Waldock Report V zum ILC Draft 1963, Art. 53 VCLT, zusammengefasst. Dazu: R. G. Wetzel/D. Rauschnig, *The Vienna Convention on the Law of Treaties – Travaux Préparatoires*, Frankfurt a. M., 1978, S. 371 ff., 372 ff. Auf die Schwierigkeit ihrer Definition verweist: A. Lagerwall, *Article 64 – Convention de Vienne de 1969*, in: O. Corten/P. Klein (Hrsg.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, Band 3, Brüssel, 2006, S. 2209 ff., 2318, Nr. 25. Zudem wurde der Vorschlag, eine Liste zwingender Normen der WVK als Annex beizufügen, während der Wiener Konferenz zurückgewiesen: J. Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien, 1974, S. 119 ff.

⁵⁴ *North Sea Continental Shelf Cases* (Anm. 32), S. 42 f., Nr. 72.

⁵⁵ Dissenting opinion of Judge ad hoc M. Fernandes zu: *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgement, ICJ Reports 1960, S. 6 ff., 123 ff., 135 ff., Nr. 29 ff.; dissenting opinion of Judge K. Tanaka zu: *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa/Liberia v. South Africa) Second Phase*, Judgement, ICJ Reports 1966, S. 6 ff., 250 ff., 298 ff.; separate opinion of Judge N. Singh zu: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Anm. 21), S. 151 ff., S. 153.

gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, ausdrücklich das Verbot des Völkermordes als zwingendes Völkerrecht ein.⁵⁶

Retrospektiv verdeutlicht auch Richter Tanakas abweichendes Votum in *South West Africa Cases*, dass die internationale Rechtsordnung „natürliche Rechte“ inkorporiere: Anders als die Richtermehrheit bejaht Tanaka die Möglichkeit dritter Staaten, Menschenrechtsverletzungen vor dem IGH anzuklagen, die im konkreten Fall durch die Südafrikanische Union in Ausübung ihres durch den Völkerbund übertragenen Mandats für die ehemalige deutsche Kolonie Südwestafrika begangen werden. Er begründet seine Entscheidung, indem er das jeden Staat bindende Gemeinschaftsinteresse an der Funktionsfähigkeit des nach Gründung der Vereinten Nationen fortgesetzten Mandatssystems betont.⁵⁷ Tanaka sieht dieses Interesse berührt, wenn Mandatsträger – wie die Südafrikanische Union – Menschenrechte verletzen, obwohl sie als Beauftragte des Völkerbundes und der Vereinten Nationen deren Zielen und Grundsätzen verpflichtet sind:

“Each member of a human society – whether domestic or international – is interested in the realization of social justice and humanitarian ideas. The State which belongs as a member to an international organization incorporating such ideas must necessarily be interested. ... The State may become the subject or holder of a legal interest regarding social justice and humanitarian matters, but this interest includes the profound concern with the attitude of other States, particularly member States belonging to the same treaty or organization. In short, each State possess a legal interest in the observance of the obligations by other States.”⁵⁸

Im Verständnis Tanakas sind soziale Gerechtigkeit und humanitäre Ideen Interessen der Staaten: Ihre Nichtbeachtung berühre zugleich ein rechtliches Interesse aller Staaten, insbesondere derjenigen, die – wie der nichtbeachtende Staat – Teil derselben Organisation oder desselben Vertrages seien. In *South West Africa Cases* bringen Äthiopien und Liberia als dritte Staaten vor, die Südafrikanische Union verstoße durch ihre Apartheidspolitik gegen fundamentale Menschenrechte, das heißt gegen die in das Recht (der Mandatsvereinbarung und der Charta der Vereinten Nationen) inkorporierten moralischen Normen.⁵⁹ Unter Verweis auf das Gutachten zur Konvention gegen Völkermord argumentiert Tanaka, dass Staaten an Menschenrechte als zwingende natürliche Rechte des Menschen gebunden seien, die durch Mandatsvereinbarungen lediglich deklariert werden:

⁵⁶ *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Chamber, Judgement, 1. September 2004, S. 24 ff., 243 ff., 243 f., Nr. 680, Fn. 1690 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des ICTR.

⁵⁷ *K. Tanaka* (Anm. 55), S. 251 ff.

⁵⁸ *K. Tanaka* (Anm. 55), S. 253.

⁵⁹ *K. Tanaka* (Anm. 55), S. 281 nennt dies „naturalization between law and morals“; ebd., S. 290.

“A State or States are not capable of creating human rights by law or by convention; they can only confirm their existence and give them protection. The role of the State is no more than declaratory. ... Human rights have always existed with the human being. They existed independently of, and before, the State. Alien and even stateless persons must not be deprived of them. ... If a law exists independently of the will of the State ... because it is deeply rooted in the conscience of mankind and of any reasonable man, it may be called ‘natural law’ in contrast to ‘positive law’ ... If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, ... a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*.”⁶⁰

Das Verbot von Diskriminierung und Rassenseparation zählt Tanaka zu den natürlichen Rechten der Menschen, die als unantastbare zwingende (Menschen-) Rechte losgelöst von einer staatlichen Willensentscheidung gegeben seien und durch die Staatengemeinschaft völkerrechtlich nur noch festgestellt werden. Deren Verletzung bewertet Tanaka als Verletzung zwingender Rechtsinteressen, die auch von dritten Staaten, wie Äthiopien und Liberia, vor dem IGH geltend gemacht werden dürften. Trotz dieser so eindringlichen Argumentation folgt der Gerichtshof Tanaka nicht, doch greift er das darin liegende Moment der Pflichten erga omnes kurze Zeit später in *Barcelona Traction* auf.

In der Bestimmung einer Rechtsnorm als solche mit *jus cogens*-Qualität bleibt der Gerichtshof hingegen vage: In seinem Urteil zum durch Belgien gegen den Außenminister der Demokratischen Republik Kongo ausgestellten Haftbefehl wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und schwerer Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht (*Arrest Warrant*) votiert die Richtermehrheit für die Unantastbarkeit der Immunität der Repräsentanten souveräner Staaten für Handlungen, die sie im Rahmen ihres Amtes praktizieren.⁶¹ Der Umstand, dass die ehemalige belgische Kolonie Kongo ebenso souverän ist wie Belgien und dass insoweit auch dieselben internationalen Regeln völkervertraglicher und völkergewohnheitsrechtlicher Natur über die Immunität von Staatsoberhäuptern, Regierungschefs und Außenministern beide Staaten gleichermaßen binden und diesen Regeln auch kein weiteres Gewohnheitsrecht entgegensteht, leitet die Richtermehrheit zu der Einschätzung, dass die nationale Justiz Belgiens völkerrechtswidrig einen Haftbefehl gegen den kongolesischen Außenminister erließ.⁶² Allein Richter Al-Khasawneh verdeutlicht in seinem abweichenden Vo-

⁶⁰ K. Tanaka (Anm. 55), S. 297 f. Er stützt den zwingenden Charakter der Menschenrechte jedoch nicht auf die Rechtsquelle des Völkergewohnheitsrechts, das er noch zu sehr vom Element des staatlichen Willens beeinflusst sieht, sondern auf Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut – die allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts, die die staatliche Willensentscheidung prägen.

⁶¹ *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgement, ICJ Reports 2002, S. 3 ff., Nr. 51 ff. Zusammenfassend: J. Wouters/L. De Smet, The ICJ’s Judgement in the Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations, YIHL 4 (2001), S. 373 ff.

⁶² *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (Anm. 61).

tum eine über den binationalen Streit hinausgehende Gemeinschaftsdimension, die er in der effektiven Bekämpfung solcher schwerwiegenden Verbrechen erkennt, die gerade Repräsentanten des Staates in Ausübung ihres Amtes begehen:

“The effective combating of grave crimes has arguably assumed as *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance.”⁶³

Diese Gemeinschaftsdimension verkennt der Gerichtshof aber keineswegs: Er unterscheidet jedoch sehr genau die staatliche Jurisdiktionsgewalt von derjenigen der internationalen Gerichtsbarkeit, die nicht Organ eines einzelnen Staates sei und unparteiliche Ziele verfolge. Dies betont der IStGH mit Blick auf die Entscheidung *Arrest Warrant* im Fall der strafrechtlichen Verfolgung des sudanesischen Präsidenten Omar Al Bashir: Strafverfolgung durch solche internationalen Gerichte und Tribunale sei eine von der Staatenwelt weithin akzeptierte Praxis:

“First, as described above, immunity for Heads of State before international courts has been rejected time and time again dating all the way back to World War I. Second, there has been an increase in Head of State prosecutions by international courts in the last decade. Only one international prosecution of a Head of State had been initiated when the judgment in the ‘Arrest Warrant Case’ was rendered; this trial (Slobodan Milosevic) began only two days before this judgment was issued and its existence is not even referenced by the ICJ majority. Subsequent to 14 February 2002, international prosecutions against Charles Taylor, Muammar Gaddafi, Laurent Gbagbo and the present case show that initiating international prosecutions against Heads of State have gained widespread recognition as accepted practice.”⁶⁴

Den Begriff des „zwingenden“ Rechts aber vermeidet der IStGH.

Zurückhaltend zeigt sich auch der IGH in seinem *Nicaragua*-Urteil, in dem er ausschließlich auf die Erwägungen der International Law Commission und der Streitparteien – die Vereinigten Staaten von Amerika und Nicaragua – zur Normenqualität des in Art. 2 Abs. 4 VN-Charta geregelten Gewaltverbots eingeht, dieses Vorbringen aber eben nicht dazu verwendet, das Gewaltverbot selbst als völkergewohnheitsrechtliche universale Norm – als *ius cogens* – zu bewerten, sondern allein dessen gewohnheitsrechtlichen Charakter zu verdeutlichen.⁶⁵ Und auch in seinem Gutachten zur Rechtmäßigkeit eines angedrohten oder tatsächlichen Einsatzes nuklearer Waffen vermeidet die Richtermehrheit eine Festlegung darauf, ob die Vielzahl vertragsrechtlich und gewohnheitsrechtlich deklarierter Grundsätze und Prinzipien des humanitären Völkerrechts zu den

⁶³ Dissenting opinion of Judge A. S. Al-Khasawneh zu: *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, (Anm. 61), S. 95 ff., 98, Nr. 7.

⁶⁴ *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Case No. ICC 02/05–01/09–139, Pre-Trial Chamber I, Decision, 12. Dezember 2011, S. 16 ff., 18, Nr. 38, 39.

⁶⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Anm. 21), S. 100 f., Nr. 190, S. 146 f., Nr. (4), (6).

Normen mit *ius cogens*-Qualität zu zählen sind, weil die das Gutachten verlangende Generalversammlung der Vereinten Nationen nicht nach dieser Qualifizierung gefragt habe.⁶⁶ Dennoch rekurriert der Gerichtshof ausführlich auf den universalen Charakter fundamentaler Normen des humanitären Völkerrechts, wie sie völkervertraglich insbesondere durch das erste Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen bestimmt werden, und zählt diese zu den „intransgressible principles of international customary law“, das heißt zu solchen „unübertretbaren“ völkergewohnheitsrechtlichen Normen, die alle Staaten binden,⁶⁷ und – ähnlich Art. 53 WVK – gegenüber entgegenstehenden Regeln Vorrang genießen.⁶⁸

Demgegenüber entwickelt der IGH in *Barcelona Traction* erstmalig und ausdrücklich so genannte *erga omnes*-Verpflichtungen eines Staates, die aus Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht universalen Charakters fließen. Sie umfassen beispielsweise das Gewaltverbot, das Völkermordverbot sowie fundamentale Menschenrechte, die Staaten gegenüber der internationalen Gemeinschaft als Ganzer verpflichten: Ihre Verletzung kann folglich von allen Staaten geltend gemacht werden, weil sie fundamentale Interessen der internationalen Gemeinschaft und nicht nur einzelstaatliche Interessen berühren.⁶⁹ Der Gerichtshof verweist in *Barcelona Traction* ausdrücklich auf seine Entscheidung zur Konvention gegen Völkermord aus dem Jahr 1951 und expliziert den *erga omnes*-Charakter dieses Verbots ebenso in seinem Urteil aus dem Jahr 1996 im Verfahren Bosnien-Herzegowinas gegen die Republik Jugoslawien.⁷⁰ Ob damit das Verbot des Völkermordes den Status zwingenden Völkerrechts teilt, beantwortet der Gerichtshof nicht.⁷¹ Die Pflichten *erga omnes*, die anders als zwingende Normen nicht von den Staaten durch die WVK vertraglich geregelt

⁶⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Anm. 43), S. 258, Nr. 83.

⁶⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Anm. 43), S. 257, Nr. 79.

⁶⁸ So insbesondere die Kommentierung von: A. Pellet in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm u. a. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, 2006, Art. 38 Rn. 281.

⁶⁹ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgement, ICJ Reports 1970, S. 3 ff., S. 32, Nr. 33, 34.

⁷⁰ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections*, Judgement, ICJ Reports 1996, S. 595 ff., Nr. 31.

⁷¹ Dies tut jedoch beispielhaft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Überprüfung der Verurteilung eines bosnischen Serben durch ein deutsches Gericht wegen des in Bosnien-Herzegowinas verübten Verbrechens des Völkermordes, BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2000, Az. 2 BvR 1290/99, NJW 2001, S. 1848 ff., 1849. Ebenso ordnet der Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien das Völkermordverbot als Norm mit *ius cogens*-Qualität ein: *Prosecutor v. Brđanin* (Anm. 56). Auch in der völkerrechtswissenschaftlichen Literatur wird vermutet, dass die in *Barcelona Traction* beispielhaft genannten Verbote, wie dasjenige des Völkermordes, zwingender Natur sind: J. A. Frowein, *Obligations Erga Omnes*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Band 3, Amsterdam, 1997, S. 757 ff., 757.

sind, doch in zeitlich unmittelbarem Zusammenhang zu deren Annahme 1969 durch den IGH in *Barcelona Traction* genannt werden,⁷² tragen ihrem Inhalt nach zugleich – bei aller Unsicherheit vor allem über den Inhalt zwingenden Völkerrechts – eine Wertvorstellung, die über das einzelstaatliche Interesse hinaus auf eine Gemeinschaftsdimension verweist, die insbesondere fundamentale und universale Menschenrechte sowie grundlegende Regeln des humanitären Völkerrechts⁷³ erfasst.

Zu diesem Fundament zählt die internationale Staatengemeinschaft spätestens seit der Erklärung der so genannten Rio-Prinzipien auf der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung im Jahre 1992 auch die nachhaltige Entwicklung der Umwelt durch den Menschen, der insbesondere bei der Verfolgung entwicklungs- und wirtschaftspolitischer Interessen die Belange der natürlichen Umwelt berücksichtigen soll.⁷⁴ In unmittelbarer Nachfolge zur Konferenz wird der IGH 1993 in einem bilateralen Streit zwischen Ungarn und der Tschechoslowakei angerufen, der im Schnittpunkt dieser widerstrebenden Belange steht: Beide Länder streiten um die Fortsetzung eines Staudammprojekts, das *Gabčíkovo-Nagymaros*-Projekt, das vorsieht, die Donau aus Gründen der Elektrizitätsgewinnung, des Hochwasserschutzes und der Erleichterung der Schifffahrt in einem Teilgebiet umzuleiten, was mit erheblichen umweltrelevanten Auswirkungen für Ungarn verbunden ist. Der Gerichtshof wird gefragt, inwieweit einerseits die faktische und rechtliche Beendigung des 1977 zwischen Ungarn und der Tschechoslowakei geschlossenen Vertrages über dieses Projekt durch Ungarn unter Hinweis auf Umweltrisiken und Risiken betreffend die regionale und überregionale Trinkwasserversorgung des Vorhabens rechtmäßig war und inwieweit andererseits die Tschechoslowakei das mittlerweile fortgeschrittene Staudammprojekt einseitig fortsetzen darf.⁷⁵ Der IGH wird damit vor die Lösung eines Konflikts gestellt, in dem von der ungarischen Seite das Staudammprojekt als umweltgefährdend dargestellt wird, das heißt als Risiko für die natürliche sowie für die auf die Bedürfnisse des Menschen

⁷² Zumindest kennt der IGH das Konzept von erga omnes Pflichten aus dem durch die ILC erarbeiteten – immer noch rechtsunverbindlichen – Entwurf über die „Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, S. Kadelbach, Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms, in: C. Tomuschat/J.-M. Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, 2006, S. 21 ff., 35, und erwähnt es erstmalig in *Barcelona Traction*, das heißt ein Jahr nach Beschließung der WVK 1969, die erstmalig völkervertragsrechtlich das ius cogens benennt.

⁷³ So ausdrücklich der IGH in: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, S. 134 ff., 199, Nr. 157.

⁷⁴ Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3–14 June 1992), UN A/CONF.151/26 (Vol. I): „Principle 1: Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.“

⁷⁵ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgement, ICJ Reports 1997, S. 7 ff.

vor allem an einer ungefährdeten Trinkwasserversorgung orientierten Umwelt; demgegenüber bekräftigt die tschechoslowakische Seite die in einem Zeitraum von zwanzig Jahren für das Projekt getätigten wirtschaftlichen Investitionen:

“Neither of the Parties contended that new peremptory norms of environmental law had emerged since the conclusion of the 1977 Treaty and the Court will consequently not be required to examine the scope of Article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty. ... By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. ... Their implementation thus requires a mutual willingness to discuss in good faith actual and potential environmental risks.”⁷⁶

Der Gerichtshof stellt den Vertrag als Ergebnis des zwischenstaatlichen Konsenses in den Mittelpunkt seiner Entscheidungsfindung und erklärt jede einseitige, gegen oder ohne den Willen einer der beteiligten Vertragsstaaten unternommene Beendigung oder einseitige Fortführung des Projekts als völkerrechtswidrige Störung des konsensbasierten Völkervertragsrechts, dessen Regeln beiderseitig im Sinne des Grundsatzes *pacta sunt servanda* binden.⁷⁷ Den Umweltschutz und das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung bewertet der IGH unter Rekurs auf sein *Nuclear Weapons*-Gutachten zwar als bedeutsam „for the whole of mankind“⁷⁸; doch sieht er in der konkreten Abstimmung der Ziele ökonomischer Entwicklung und dem Schutz der Umwelt nur ein „Konzept“, das nicht durch Richterspruch unter Anwendung zwingender Normen des Umweltvölkerrechts oder unter Auslegung der Bestimmungen des Vertrages von 1977 vorgegeben sei, sondern nur aufgrund bilateraler Verhandlungen durch Konsens – in Form einer zwischenstaatlichen Anpassung der in den Artikeln 15, 19 und 20 des Vertrages genannten allgemeinen Ziele an umweltvölkerrechtliche Ziele – erreicht werde.⁷⁹

Grundsätzlich avancieren der Schutz der Menschenrechte und der Schutz der Umwelt damit zu zentralen Themen der internationalen Gemeinschaft und finden – mit den Worten von Richter Alvarez – ihren Platz als *new international law*. Doch meidet der Gerichtshof im bilateralen Rechtsstreit um das *Gabčíkovo-Nagymaros*-Projekt jegliche Erörterung darüber, ob der Schutz der Umwelt im konkreten Fall entgegenstehende Vertragsregeln außer Kraft setzt. Das Echo auf diese Entscheidung fällt entsprechend zweigeteilt aus: Während einige Stimmen die Betonung der Bedeutung von Umweltschutzgesichtspunkten und

⁷⁶ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 67 f., Nr. 112.

⁷⁷ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 68, Nr. 114.

⁷⁸ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 41, Nr. 53.

⁷⁹ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 78, Nr. 140, 141.

eine allgemeine Bejahung zwingender Normen im Umweltvölkerrecht hervorheben,⁸⁰ sehen andere die entscheidende Chance vertan, die Entwicklung des Donauraums nicht dem bilateralen staatlichen Willensentscheidungen zu überlassen, sondern diese am universalen Maßstab der nachhaltigen Entwicklung zu messen.⁸¹ Die Mehrheit der Richter kann sich im Ergebnis nicht dem Sondervotum von Richter Weeramantry anschließen, der darauf dringt, Umweltrechte analog zwingender vopolitischer Menschenrechte zu verstehen, die unabhängig ihrer bilateralen völkervertraglichen Einpassung gelten und als grundlegende Gemeinschaftsinteressen zum Inhalt des staatlichen Willens werden:

“Environmental rights are human rights. Treaties that affect human rights cannot be applied in such a manner as to constitute a denial of human rights as understood at the time of their application. ... The ethical and human rights related aspects of environmental law bring it within the category of law so essential to human welfare that we cannot apply to today’s problems in this field the standards of yesterday. ... We have entered an era of international law in which international law subserves not only the interests of individual States, but looks beyond them and their parochial concerns to the greater interests of humanity and planetary welfare.”⁸²

Diesen Vorschlägen folgt der IGH nur sehr eingeschränkt: Er betont die sich im Bereich des Umweltvölkerrechts herausbildenden zwingenden Normen, die auch durch einzelne Vertragsregeln aufgenommen werden, doch schlichtet der Gerichtshof den Konflikt zwischen Ungarn und der Tschechoslowakei unter Hinweis auf deren freie Entscheidung, die widerstreitenden Belange von Umwelt, Wirtschaft und Entwicklung durch Verhandlungen – „by agreement“ – in Einklang zu bringen. In diesem Sinne versinnbildlicht die Erklärung von Richter Rezek den Gegenpol zu Weeramantrys naturrechtlich inspirierten Überlegungen:⁸³

“Treaties derive their force from the will of the States which conclude them. They do not have an objective value which makes them sacred”⁸⁴

Ihm gegenüber verdeutlicht der Gerichtshof aber genauso die fundamentale Bedeutung des Umweltschutzes nicht nur für das Gebiet einzelner Staaten, sondern für die gesamte Menschheit. Dafür steht das dictum des Urteils, das

⁸⁰ A. E. Boyle, *The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles*, YIEL 8 (1997), S. 13 ff., 20; P. C. de Castro, *The Judgement in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law*, YIEL 8 (1997), S. 21 ff., 25 f., 30 f.

⁸¹ S. Stec/G. E. Eckstein, *Of Solemn Oaths and Obligations: The Environmental Impact of the ICJ’s Decision in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, YIEL 8 (1997), S. 41 ff., 50.

⁸² Separate opinion of Vice-President C. G. Weeramantry zu: *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 88 ff., 114, 118.

⁸³ S. Stec/G. E. Eckstein (Anm. 81), S. 48.

⁸⁴ Declaration of Judgef. Rezek zu: *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Anm. 75), S. 86 f., 86.

auf die *newly developed norms of environmental law* verweist, die nicht einem individuellen Selbstinteresse der Staaten, sondern einem gemeinsamen Interesse der Menschheit Ausdruck verleihen.⁸⁵

In der Rechtsprechung von StIGH und IGH werden völkerrechtliche Regeln damit nicht mehr allein im Sinne des *Lotus*-Urteils als Manifestationen einzelstaatlicher Individualinteressen – des freien Willens der Staaten – verstanden, sondern als versprochene Gemeinschaftsinteressen, die Inhalt des einzelstaatlichen Willens als Begriff dieser internationalen Ordnung sind. Völkerrechtliche Normen implizieren damit die Idee einer internationalen Gemeinschaft und eines *ordre public* an universalen Gemeinschaftsvorstellungen, die grundlegende Interessen – wie das Verbot des Völkermordes, fundamentale Prinzipien des humanitären Völkerrechts, den Schutz von Menschenrechten oder den der Umwelt – zum Ausdruck bringen, die Staaten versprechen und sich selbst zur Pflicht machen. Darin liegt die Bedeutung des Verständnisses des einzelstaatlichen Willens als Rechtsbegriff einer internationalen Rechtsordnung, die ihm immanent ist.

B. Der einzelstaatliche Wille im Verständnis völkerrechtswissenschaftlicher Positionen

Den einzelstaatlichen Willen als „freien Willen“ der Staaten zu verstehen, stimmen einzelne völkerrechtswissenschaftliche Positionen insoweit zu, als sie völkerrechtliche Normen als Entscheidung der Staaten, als Politik und als Überzeugung fassen. Demgegenüber verstehen objektivierende Positionen den staatlichen Willen als Rechtsbegriff der staatlichen und der internationalen Rechtsordnung, der rechtspositivistisch-formal Zurechnungspunkt beider Ordnungen und sprachanalytisch Inbegriff der Sprache der internationalen Gemeinschaft ist sowie deren Grundnormen und die in diesen zum Ausdruck kommenden natürlichen fundamentalen Werte und Gemeinschaftsinteressen trägt.

I. Völkerrecht als Manifestation des freien Willens der Staaten

Im Mittelpunkt voluntaristischer, rechtsrealistischer und solcher Positionen, die die politische Seite des Rechts betrachten, steht ein Verständnis der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen kraft des einzelstaatlichen souveränen Willens der Staaten als faktische Ressource des Völkerrechts: Aus der voluntaristischen Perspektive insbesondere Weils leisten völkerrechtliche Normen die Koordination der zwischenstaatlichen Beziehungen und müssen deshalb unmittelbar an den freien Willen der Staaten, das heißt an die Entscheidungen der handelnden

⁸⁵ E. Hey (Anm. 2), S. 12 ff. 13 f.

Akteure gebunden sein; andere Modelle verstehen Völkerrecht als Träger politischer Entscheidungen, dessen Verbindlichkeit auf diesen Entscheidungen beruht, doch normativ durch den Grundsatz des *pacta sunt servanda* abgesichert wird; rechtsrealistische Positionen lokalisieren die Gründe der Geltung völkerrechtlicher Regeln auf Ebene der Rechtsbefolgung und im Rahmen einer Überzeugung der Staaten von deren Verbindlichkeit.

1. Voluntaristische Positionen

Voluntaristische Ansätze erklären die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen verschiedentlich – durch die Selbstbindung des einzelnen Staates oder kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung⁸⁶. Allen Ansätzen ist insoweit gemein, dass sie die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Regeln unter die Prämisse stellen, dass diese Bestimmungen eines auf den einzelstaatlichen Willen rückführbaren Konsenses bedürfen. Genauso wie der StIGH in seiner *Lotus*-Entscheidung schlussfolgert, ist danach der Wille eines Staates Ausdruck seiner staatlichen Autonomie bzw. Unabhängigkeit.⁸⁷ Erst das durch Konsens hervorbrachte Recht bindet seine einwilligenden Normadressaten. Eine über dieses Recht hinausgehende Sollensordnung kann das durch den Willen der Staaten hervorbrachte Recht nicht beeinflussen oder modifizieren und – damit zusammenhängend – eine Bindung des Staates an ein solchermaßen begründetes oder verändertes Recht hervorrufen. Ganz im Gegenteil: Völkerrecht wird als Ordnung verstanden, deren Funktion darin liegt, internationale Beziehungen, das heißt vor allem diejenigen Beziehungen seiner Hauptakteure, der Staaten, zu regeln.⁸⁸ Dieser Aufgabe wird das Völkerrecht aber nur dann gerecht, wenn die Akteure als Bezugspunkt völkerrechtlicher Regeln wahrgenommen werden. Weils voluntaristische Position pointiert dieses Verständnis im Besonderen: Völkerrecht, das sich nicht auf den kreierenden staatlichen Willen zurückführen lasse, könne nicht mehr seine Aufgabe erfüllen, nämlich zwischenstaatliche Beziehungen zu regeln. Weil verdeutlicht dies am Beispiel der völkervertraglichen diplomatischen und konsularischen Regeln des Schutzes des Botschaftspersonals: Auf ihrer Grundlage treten Staaten in friedliche Beziehungen zueinander. Das so hervorbrachte Recht kann dann aber kein von der staatlichen Willensentscheidung abstraktes, der staatlichen Entscheidung gar entgegengesetzbares Ei-

⁸⁶ So insbesondere die sowjetische Völkerrechtslehre von *G. I. Tunkin*, *Theory of International Law*, Cambridge (Mass.), 1974, S. 207 ff., 211 ff.

⁸⁷ *L. Henkin*, *International Law: Politics, Values and Functions*, RdC 216 (1989-IV), S. 11 ff., 46.

⁸⁸ *P. Weil*, *Towards Relative Normativity in International Law?*, AJIL 77 (1983), S. 413 ff., 413, Fn. 1 mit Verweis auf Guggenheims *TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* von 1967, der in enger Beziehung zu Kelsens Ideen einer REINEN RECHTSLEHRE steht, siehe dazu: *A. Rub*, Guggenheim und Kelsen: Orthodoxie und eigener Weg, in: R. Walter u. a. (Hrsg.), *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, Wien, 2004, S. 191 ff., 196 ff., 200.

genleben entwickeln, will es seiner Aufgabe nachkommen, zwischenstaatliche Beziehungen zu regeln.⁸⁹ Dieser Aufgabe diene das Völkerrecht allein:

“Absent voluntarism, international law would no longer be performing its function.”⁹⁰

In Auseinandersetzung mit den Positionen Kelsens und Guggenheims entwirft Weil sein Erklärungsmodell, in dessen Mittelpunkt der staatliche Wille als Voraussetzung der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Regeln steht. Weil rekurriert an vorderster Stelle auf einen Weggefährten und Bewunderer Kelsens am IUHEI, dem Genfer Professor für Völkerrecht Guggenheim.⁹¹ Weil verweist dabei auf Guggenheims zweite Auflage des *Traité de Droit International Public*, in der Guggenheim ganz bewusst unter Orientierung an Kelsens 1960 erschienener zweiter Auflage der *Reinen Rechtslehre* auf einer ersten Ebene das Völkerrecht normwissenschaftlich betrachtet, ehe er im Anschluss dessen Inhalte unter Einbezug anderer realwissenschaftlicher Disziplinen, insbesondere der Soziologie, bestimmt.⁹² Diese Reinigung der wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts von jedwedem Methodensynkretismus bleibt das rechtswissenschaftliche Anliegen sowohl Kelsens als auch Guggenheims in ihren jeweilig in zweiter Auflage erscheinenden Lehrbüchern. Gegenüber den Erstauflagen setzen sich beide Autoren noch intensiver mit den Realwissenschaften und deren Einbeziehung in eine rechtswissenschaftliche Betrachtung auseinander: Guggenheim wie Kelsen begrenzen deren Aussagegehalt auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts; auf die eigentlich normwissenschaftliche Ausrichtung des rechtswissenschaftlichen Erkennens sollen sie keinen Einfluss gewinnen. Die Inhalte des Rechts, nicht aber die Norm selbst, werden durch politische Entscheidungen determiniert, die eine psychosoziale Wirklichkeit offenbaren. Kelsen und Guggenheim blicken als Normwissenschaftler nicht auf diese Wirklichkeit, sondern auf die völkerrechtliche Norm als Rechtssatz und analysieren sie formal, das heißt ihres Inhalts und ihrer Geschichte entkleidet.⁹³ Weil modifiziert diese Position um einen Verweis auf Rousseau,⁹⁴ der unmittelbar auf denjenigen Guggenheims folgt: Er sucht Völkerrecht nicht nur wie Kelsen und Guggenheim rein normwissenschaftlich zu ergründen, sondern bestimmt dieses auch im Bewusstsein der

⁸⁹ P. Weil (Anm. 88), S. 419 f.

⁹⁰ P. Weil (Anm. 88), S. 420.

⁹¹ P. Weil (Anm. 88), S. 413 Fn. 1. Zahlreiche Verbindungslinien zwischen Guggenheim und Kelsen zeigt A. Rub (Anm. 88), S. 197, Fn. 52 auf. Von Beobachtern wird Guggenheims Werk in seiner Nähe zu Kelsens REINE RECHTSLEHRE beleuchtet: Siehe die Verweise bei A. Rub (Anm. 88), S. 191, Fn. 3 (Klinghoffer), Fn. 4 (Marek) und Fn. 5 (Kappeler) jeweils mit Textauszügen.

⁹² P. Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Band 1, Genève, 2. Auflage, 1967, S. v, 33.

⁹³ A. Rub (Anm. 88), S. 214.

⁹⁴ P. Weil (Anm. 88), S. 413, Fn. 2.

Funktion völkerrechtlicher Normen, auf die der StIGH bereits in *Lotus* Bezug nimmt und auf die auch Guggenheim hinweist:

„... le droit international public est l'ensemble des normes juridiques qui régissent les relations internationales.“⁹⁵

Die Aufgabe des Völkerrechts, die internationalen Beziehungen der Normadressaten zu regeln, ist eine inhaltsbestimmende Konstante des Völkerrechts, die über einen streng formalistischen Ansatz hinausgeht. Diese Verquickung von normativem Formalismus und inhaltlicher Tiefe entlehnt Weil dem Lehrbuch Rousseaus, der das Völkerrecht definiert als

„... de le situer dans les sciences juridiques et sociales, c'est-à-dire d'en préciser le contenu et la technique“.⁹⁶

Das Völkerrecht steht inmitten normwissenschaftlicher und sozialwissenschaftlicher Bedeutungen. Weil folgert:

“International law is therefore at once a ‚normative order‘ and a ‚factor of social organization‘.“⁹⁷

Völkerrecht als normative Ordnung versteht er aus einer formalen Perspektive, durch die hindurch Recht als soziale Realität – als Koordinator der internationalen Beziehungen – nicht außer Betracht gelassen werden darf, da die Koordination die ureigene Aufgabe und Leistung des Völkerrechts darstellt.⁹⁸ Diese Grundannahme führt Weil zur Rechtsprechung der beiden internationalen Gerichtshöfe Den Haags, die in *Lotus* und den nachfolgenden Entscheidungen jeweils völkerrechtliche Normen nicht nur als objektiv-formale Begriffsformationen verstehen, sondern darin die internationalen Beziehungen materialisieren.⁹⁹ Alle Versuche, dieses Zusammenspiel zwischen Norm und Normfunktion zu modifizieren, indem zwingende Normen – *ius cogens* – in Position gegenüber widerstrebendem Vertragsrecht gebracht werden, konterkarieren nach Weil diese Leistung: An die Stelle der souveränen Entscheidungen der Staaten träten dann Regeln, die solche Inhalte zum Ausdruck brächten, die dem „freien Willen“ der Staaten – verstanden als Wille zur Koordination der internationalen Beziehungen – fremd seien.

⁹⁵ P. Guggenheim (Anm. 92), S. 1.

⁹⁶ C. Rousseau, *Droit International Public*, Band 1, Paris, 1971, S. 13.

⁹⁷ P. Weil (Anm. 88), S. 413. Weil bezieht sich dabei auf eine Passage in Rousseaus Lehrbuch *DRIT INTERNATIONAL PUBLIC* (Anm. 96), S. 26: „Mais on peut aussi envisager le droit international en tant que facteur d'organisation sociale ...“

⁹⁸ Capps ordnet Weils Ansatz als Beispiel der „substantive legal positivistic tradition“ ein, die im Gegensatz zum Ansatz Kelsens, als Beispiel für einen „methodological legal positivist“, Bezug auf soziale Quellen – wie den souveränen Willen – nimmt: P. Capps, *Methodological Legal Positivism in Law and International Law*, ARSP-Beiheft 98 (2004), S. 9 ff., 10 ff.

⁹⁹ P. Weil (Anm. 88), S. 419 ff.

Unabhängig davon, dass sich auch darin eine Fortentwicklung der internationalen Beziehungen andeutet,¹⁰⁰ bricht Weil mit der Unterscheidung einer rein normbezogenen Betrachtung völkerrechtlicher Normen und ihrer inhaltlich-realen Dimension. Die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen gründet in Weils Verständnis nicht auf einem reinen normbezogenen Verständnis des Rechts und des staatlichen Willens als formalem Zurechnungspunkt. Weils Ansatz denkt die Verbindlichkeit des Völkerrechts vielmehr von seiner realen Dimension – der Koordination der internationalen Beziehungen – aus, die an die Annahme faktischer Willensentscheidungen und Beziehungen der Staaten gebunden ist.

2. Die politische Seite des Rechts

Henkin und Shaw vertiefen das Bild des zwischenstaatlichen Konsenses als Voraussetzung der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Regeln. In ihrem Verständnis trägt der staatliche Wille eine politische Entscheidung, die völkerrechtliche Normen aufnehmen: Der Wille des Staates bzw. seine Bindungsabsichten als Element des Konsenses sind der kreative Ausgangspunkt jeder völkervertragsrechtlichen Pflicht.¹⁰¹ Henkin verdeutlicht:

“First, law is politics. ... In fact, however, the distinction between law and politics is only a part-truth. In a larger, deeper sense, law is politics. Law is made by political actors, through political procedures, for political ends. The law that emerges is the resultant of political forces; the influences of law on state behaviour are also determined by political forces.”¹⁰²

Recht ist Produkt zwischenstaatlicher Interaktionen, damit Ergebnis politischer Entscheidungen. Recht, so Henkin, sei deshalb Politik. Demgegenüber lenkt Shaw am Ende der Einleitung seines Lehrbuchs zum Völkerrecht auf die symbiotische Beziehung von Recht und Politik:

“Law and politics cannot be divorced. They are not identical, but they do interact on several levels. They are engaged in a crucial symbiotic relationship.”¹⁰³

Sowohl Recht als auch Politik verbleiben aus Shaws Sicht selbstständig. Sie interagieren miteinander, ohne ihre Identität aufzugeben. Grundsätzlich wird das internationale Recht nicht als Vakuum gedacht, also als Nebeneinander von rechtlicher und politischer Sphäre, sondern in seinem Zusammenspiel mit der

¹⁰⁰ C. Tomuschat, Obligations arising for States without or against their Will, RdC 241 (1993-IV), S. 195 ff., S. 210 f.: „... today a community model of international society would seem to come closer to reality than any time before in history.“

¹⁰¹ K. Widdows, What is an Agreement in International Law?, BYBIL 50 (1979), S. 117 ff., 105; C. Chinkin, A Mirage in the Sand? Distinguishing binding and non-binding Relations between States, LJIL 10 (1997), S. 223 ff.

¹⁰² L. Henkin, International Law: Politics and Values, Dordrecht, 1995, S. 4.

¹⁰³ M. N. Shaw, International Law, Cambridge, 5. Auflage, 2003, S. 63 f.