

LEGITIMITÄT UND LEGALITÄT IM VÖLKERRECHT
Die völkerrechtstheoretische Debatte um die Legitimität Governance-Strukturen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Fernando Muñoz Hernández
aus Quilpué (Chile)

Dekan:	Prof. Dr. Hermann Reichold
1. Berichtserstatter:	Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum
2. Berichtserstatter:	Prof. Dr. Martin Nettesheim
Tag der Mündlichen Prüfung:	28. Juli 2009

Christine Hofacker dankbar gewidmet

Danksagung

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum bin ich für seine Hilfe und seine Zeit tief verbunden. Bei ihm habe ich Vieles und Wichtiges gelernt.

Bei Herrn Prof. Dr. Martin Nettesheim möchte ich mich für das zweite Gutachten herzlich bedanken.

Zu Herrn Dr. Bernd Krehoff bin ich besonders zu Dank verpflichtet: Ohne seine Hilfe, ohne seine Zeit und guten Rat hätte ich es nie geschafft. Muchas gracias amigo Bernd.

Erstes Kapitel Legalität im Völkerrecht

Einleitung

1.1 Wie aus der „Legitimität“ „Legalität“ wurde: Das Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität

- 1.1.1 Der Legitimitätsbegriff vor der Französischen Revolution
- 1.1.2 Der Legitimitätsbegriff nach der Französischen Revolution

1.2 Die Differenzierung zwischen Legitimität und Legalität und ihr rechtsphilosophischer Hintergrund

- 1.2.1 Die Entstehung des modernen Staates und der liberale Rechtsstaat
- 1.2.2 Der rechtsphilosophische Hintergrund: Die Gesellschaftsvertragstheorien
- 1.2.3 Die Trennung von Legalität und Legitimität und der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts
- 1.2.4 Legitimationstheorien in der Gegenwart
- 1.2.5 Legitimationsarten

1.3 Legalität, Legitimität, Rechts- und Verfassungsstaat

- 1.3.1 Rechtsstaat und Legalität
- 1.3.2 Legitimität contra Legalität

1.4 Schlussfolgerungen

Zweites Kapitel Die völkerrechtliche Legalität.

Einleitung.

2.1 Das geltende Völkerrecht und seine wesentlichen Merkmale

2.1.1 Das Völkerrecht als Staatenrecht

2.1.2 Völkerrecht als Koordinationsrecht innerhalb der internationalen Rechtsordnung

2.1.3 Das Völkerrecht als Friedensordnung und Konfliktsteuerungssystem

2.1.4 Die doppelte Natur des Völkerrechts als politisches Recht und Wertordnung

2.1.5 Expansions- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts

2.2 Die internationale Rechtsordnung

2.2.1 Expansion der internationalen Rechtsordnung

- a) Expansion hinsichtlich der Rechtssubjekte (persönlicher Geltungsbereich)
- b) Expansion hinsichtlich der Regulierungsgegenstände (sachlicher Geltungsbereich)

2.2.2 Rechtsquellen

- a) Internationale Übereinkünfte
- b) Völkergewohnheitsrecht
- c) Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts

2.2.3 Rechtscharakter und Normativität des Völkerrechts

- a) Das Recht im Völkerrecht
- b) Normativitäts- und Geltungsgrundtheorien des Völkerrechts

2.3 Legalität als Legalitätsrahmen

2.3.1 Konstitutionalisierung und Legalität

2.3.2 Fragmentierung und Legalität

2.3.3 Rechtslogische Prinzipien des Legalitätsrahmens

2.3.4 Grundlegende Prinzipien der UN als Legalitätsrahmen

2.3.5 Hierarchie und Legalität

2.3.6 Rechtsphilosophischer Hintergrund des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens

Drittes Kapitel Legalität und Legitimationskrise des Völkerrechts

Einleitung

3.1 Der geschichtliche und systematische Hintergrund der Legitimationsdebatte

3.2 Zwei Phänomene der Legitimationsfrage des Völkerrechts

3.3 Die Debatte über die Legitimation in der völkerrechtlichen Doktrin

3.4 Fragmentierung und *global governance* Institutionen: Herrschaft, Demokratie und Konsensprinzip im Völkerrecht

3.4.1 Das Konsensprinzip im Allgemeinen

3.4.2 Konsensprinzip und *global governance*

3.4.2.1 *Governance* und Staatswille

3.4.2.2 *Governance* und Demokratie

3.4.2.3 Buchanans und Keohanes emphatisch-demokratisch komplexes Legitimationsmodell als Alternativ zum Konsensprinzip

3.4.2.4 Schlussfolgerungen

3.5 Das Paradoxon der „illegalen Legitimität“

3.6 Schlussfolgerungen

Literaturverzeichnis

Einleitung

Leitgedanke dieser Arbeit ist die These, dass eine Schwächung der völkerrechtlichen Legalität im Namen der Legitimität unvorteilhaft ist. Die völkerrechtliche Legalität basiert nämlich auf den moralisch richtigen Gründen. Zumal stellt die Legalität an sich selbst einen moralischen Wert dar, der jedem Rechtssystem innewohnt, weil er im Grunde genommen Wesen und Funktion des Rechtes ausmacht, nämlich: Der Willkür Grenzen zu setzen und den Krieg als Mittel zur Konfliktaustragung zu verbannen. In Kants Worten: Frieden zu stiften ist das, was „den ganzen Endzweck der Rechtslehre“¹ ausmacht. Nichtsdestotrotz beinhaltet die Legalität im Verfassungsstaate nicht nur prozedurale, sondern auch inhaltliche Komponenten. Die Rechtsprinzipien, auf welchen die völkerrechtliche Legalität gründet und in deren Dienste sie steht, sind unabdingbar für eine auf Frieden gerichtete Rechtsordnung. Und dies weil sie gerecht sind: Sie gründen und begründen eine Friedensordnung.

Wandel und Kritik sollen völkerrechtsfreundlich und seinen Maßstäben gemäß erfolgen.

Das Recht stellt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit der ihm unterworfenen Subjekte dar, die ggf. mit Gewalt durchgesetzt werden kann. Die Möglichkeit, dem Recht durch Gewaltanwendung Geltung zu verschaffen, nennen wir „Herrschaft“. Und Herrschaft ist einer der zentralen Begriffe jedweder Legitimationsüberlegungen. Im Mittelpunkt steht dann die Frage, wie Herrschaft durch das Recht ausgeübt wird. Weil die Herrschaft, die hierbei gemeint wird, mittels eines politischen Gemeinwesens und in Bezug auf eine bestimmte Gemeinschaft oder Gesellschaft ausgeübt wird, bildet die Frage nach dem Bestand einer solchen der zweite zentrale Punkt. In enger Beziehung zu dieser Ansicht stellt sich die Frage nach den diesem Gemeinwesen zugrundeliegenden Werten, aus welchen es seine Legitimation schöpft. Die Legitimationsdebatte setzt also zwei Elemente voraus: auf der einen Seite die Idee von Herrschaft und ihre Notwendigkeit für die Regelung der

¹ Kant, Rechtslehre, Beschluss. Weischedel 1. Aufl. 1977, S. 479.

friedlichen Koexistenz; auf der anderen die Idee von Gemeinschaft / Gesellschaft mitsamt ihrer moralischen Vorstellungen.

Beide Aspekte werden in der Einleitung kurz thematisiert, denn eine akkurate Behandlung beider würde den Rahmen dieser Arbeit vollkommen sprengen. Sie sind für sie dennoch nicht unbedeutend, denn Herrschaftsform und Legitimationsparadigmen stehen in engem Zusammenhang. Was das Völkerrecht angeht, so scheint es zu einer neuen Herrschaftsform, die wir heute als *global governance* bezeichnen, zu tendieren, die nach neuen Legitimationsparadigmen verlangt. Hierbei entstehen Koordinationsprobleme zwischen alten und neuen Legitimationsformen, die zum Teil unter dem Begriff „Fragmentierung des Völkerrechts“ subsumiert werden können. Diese neue Herrschaftsform findet darüber hinaus im Rahmen einer internationalen Gemeinschaft statt, deren Bestand zwar von der herrschenden Lehre bejaht wird, aber nicht unumstritten bleibt. Die Fragen nach dem Wesen derselben und den in ihr herrschenden Werten bleiben nach wie vor offen.

Vor diesem Hintergrund wird im ersten Kapitel (1) der allgemeine Teil dieser Arbeit vorgetragen. Dass zwischen Legitimität und Legalität ein Spannungsverhältnis besteht, gilt heute als selbstverständlich. Dennoch war dies nicht immer so. Historisch gesehen deckte Legitimität ursprünglich den semantischen Bereich des Legalitätsbegriffs (1.1). Erst nach der Französischen Revolution findet ein Differenzierungsprozess statt im Laufe dessen aus der Legitimität die Legalität wurde (1.2). Der Gedanke des Legalitätsprimats vor Legitimationsüberlegungen entsteht im 19. Jahrhundert. Rechtsphilosophisch ist er zunächst das Ergebnis der Kuppelung von Recht und Moral nach neuen Kriterien; aber zweitens auch der strikten Trennung zwischen Recht und Moral, die Kant zu verdanken ist. Nicht ohne Bedeutung ist hierbei der dem Legalitätsbegriff zukommende einschränkende Charakter. Sie zielt auf die Errichtung eines auf dem gemeinsamen Willen basierenden, unparteilichen, das Zusammenleben ermöglichenden und deswegen gerechten Minimums. Legitimationsgrundlage dafür bildet also der Wille der Rechtssubjekte (*volenti non fiat iniuria*), die somit auch als Rechtsurheber angesehen werden können. Dabei wird der enge Zusammenhang zwischen

modernem Staat, Gesellschaftsvertragstheorien, Rechtsstaat und Legalität in den Vordergrund treten. Rechtsphilosophie und Politikwissenschaft befassen sich seit jeher mit der Legitimierung der Herrschaft. Mit dem liberalen Rechtsstaat schuf man ein auf die Ermöglichung des Zusammenlebens gerichtetes politisches Gebilde. Grundlage desselben ist die Unparteilichkeit des Rechts. Sie baut auf dem Verzicht auf „letzte Gründe“ und macht das Recht – so Habermas - zur Technik der „vorletzten Gründen“. Diese kommen durch ein auf Objektivität bzw. Unparteilichkeit gerichtetes, rechtliches Verfahren zur Geltung. Daraus lässt sich behaupten, dass die herrschende Legitimitätskonzeption nur kraft Legalität möglich ist (1.3). Hierbei werden die wichtigsten Aspekte dargelegt, welche Legalität von Legitimität trennen. Dementsprechend wird Legitimität als ein außerrechtlicher, dafür vormoderner Begriff präsentiert, welcher wegen seiner legalitätsrelativierenden Wirkung völkerrechtlich nicht ohne weiteres angewandt werden sollte.

Das zweite Kapitel (2) widmet sich der völkerrechtlichen Legalität. Dabei werden die wichtigsten Merkmale des geltenden Völkerrechts in Anbetracht des Wesens seiner Hauptakteure, nämlich der Staaten dargestellt: Das Völkerrecht ist trotz der Erscheinung weiterer internationaler Akteure und der zunehmenden Rechtssubjektivität des Individuums vornehmlich Staatenrecht. Daraus leitet sich seine Natur als Koordinationsrecht und Friedensordnung (machtbegrenzende Funktion des Völkerrechts – Die Relativierung dieses Aspektes bildet auch die Basis der Legitimationsdebatte), aber auch als Werteordnung und politisches Recht (machtunterstützende Funktion des Völkerrechts) ab (2.1). Die internationale Rechtsordnung erlebt einen Expansions- und Differenzierungsprozess hinsichtlich der Rechtssubjekte und Regulierungsgegenstände. Mit diesem Prozess stehen neue, flexiblere Rechtsquellen in engem Zusammenhang, die das Konsensprinzip als Normativitätsgrund des Völkerrechts infrage stellen (2.2).

Der offene Charakter des Rechtsquellensystems erlaubt es uns, von einem Legalitätsrahmen zu sprechen, dessen Legalitätskriterien sowohl formelle als auch materielle Aspekte mit einschließen. Das geltende Legalitätsverständnis steht unter dem Druck von zwei Tendenzen, nämlich

Konstitutionalisierung und Fragmentierung, die bezüglich der Legitimationsfrage besondere Relevanz erlangen.

Die erste Tendenz hängt eng mit der besonderen Rolle, die den Menschenrechten im Völkerrecht zukommen sowie mit der Errichtung von internationalen Strafgerichtshöfen zusammen. Beide Tatsachen werden von manchen Autoren als Konstitutionalisierungsprozess des Völkerrechts gedeutet. Da im Verfassungsstaate „Verfassungsmäßigkeit“ der Oberbegriff von „Legalität“ ist, verdient dieser vermeintlich entstehende Konstitutionalisierungsprozess unserer Aufmerksamkeit. Dabei wird geprüft, ob die Voraussetzungen, die diese Ansicht bestätigen, völkerrechtlich Bestand haben. Dementsprechend soll auch geprüft werden, welche Folgen sich daraus für unseren Legalitätsbegriff ergeben.

Eine zweite Entwicklung betrifft die sogenannten *self-contained regimes*. Die Vielzahl an multilateralen internationalen Organisationen, die in den letzten zwei Jahrzehnten entstanden sind sowie ihre besondere Qualität, die sich durch ihren Regulierungsanspruch in extenso bezüglich ganz bestimmter Bereiche zu erkennen gibt, lassen die Frage aufkommen, ob dieser Prozess zur Fragmentierung des Völkerrechts führen könnte; ob dadurch die allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsprinzipien hinsichtlich jener „geschlossenen“ Rechtsgebiete an Geltung verlieren würden. Die ILC beauftragte einer Subkommission mit der Aufgabe nach einer Antwort auf diese Frage zu suchen. Hierbei werden die wichtigsten Befunde der Subkommission vorgestellt und angesichts dessen wird dieser Prozess als eine Erweiterung der völkerrechtlichen Legalität interpretiert.

Beide Tendenzen scheinen das Konsensprinzip als Geltungsgrund des Völkerrechts zu relativieren und mit ihm auch das Projekt und den rechtsphilosophischen Hintergrund des geltenden Völkerrechts. Das geltende Völkerrecht ist das Ergebnis verschiedener Einflüsse und historischer Ereignisse: Der Aufklärung, der Vertragstheorien, der Philosophie Kants sowie des Anspruchs, einen Koexistenzrahmen zu schaffen, in dem verschiedene Moralvorstellungen miteinander zusammenleben können. Daneben wurde das Legalitätsverständnis auch von der Idee der Formalisierung und Objektivierung des Rechtes beeinflusst, das im Dienste und zum Zwecke der Unparteilichkeit des

Rechtes steht (2.3). Die völkerrechtliche Legalität gründet auf denselben Annahmen, von denen die rechtstaatliche Legalität herrührt. Daher stellt die Einführung des Legitimationsbegriffes in die völkerrechtliche Diskussion letzten Endes den ganzen Legalitätsrahmen infrage.

Im dritten Kapitel wird der geschichtliche und systematische Hintergrund wiedergeben, vor dem die rechtstheoretische Legitimationsdiskussion (3.1) stattfindet. Zwei Aspekte der Legimitationsdebatte sind hierbei zu thematisieren.

Der erste Aspekt steht in engem Zusammenhang mit dem Begriff der *global governance* oder *governance without government*. Aus der Politikwissenschaft importiert, bezieht man sich bei ihm auf eine bestimmte internationale „Herrschaftsform“, die ohne zentrale Institutionen durchkommt. Seine Entwicklung geht Hand in Hand mit der Entstehung von *self-contained regimes* und mit der Fragmentierungsgefahr der völkerrechtlichen Rechtsordnung. Problematisch dabei ist die Tatsache, dass sie ohne unmittelbare Bindung an den Staatswillen erfolgt und dementsprechend nach neuen Legitimationsparadigmen verlangt.

Der zweite Aspekt lässt sich auch als das Paradoxon der illegalen Legitimität zusammenfassen: Der von der NATO gegen Serbien geführte Kosovo-Krieg zählte nicht mit der Zustimmung des Sicherheitsrates der UNO und verstieß deswegen gegen die völkerrechtliche Legalität (Art. 51 UN-Statut). Trotzdem hielt man ihn für legitim, d.h. moralisch gerechtfertigt und in Anbetracht des vermuteten Völkermords an den Kosovaren für notwendig. Hierbei führte eine moralische Überlegung zum Abbruch der völkerrechtlichen Legalität, die als ein Hindernis für die „Gerechtigkeit“ angesehen wurde. Manche Autoren, etwa Koskenniemi, berichten von einem Ethisierungsprozess des Völkerrechts; andere wie Rabkin sprechen von einer *human rights crusade*, die das Bestreben nach *global governance* schüren sollte und somit die Souveränität des Staates untergrabe. Im Hintergrund steht die Frage nach einem aus humanitären Gründen gerechtfertigten Interventionsrecht. Die Figur wird immer wieder wegen ihrer Ähnlichkeit mit der Heiligen Allianz kritisiert, aber auch dort war die Rede vom Legitimationsprinzip, um die Restaurationspolitik voranzutreiben.

Das Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität ist unlösbar. Denn im Grunde genommen betrifft es die Beziehung zwischen kritischer und etablierter Moral. Aus dieser Beziehung heraus werden die Kräfte im Gang gesetzt, welche die Geschichte verändern. Nun geht es mir bei diesem letzten Punkt (Schlussfolgerungen) darum, dieser Tatsache Rechnung zu tragen und doch den Anspruch darauf zu erheben, dem unvermeidbaren Wandel Grenzen zu setzen, die mit jenen Prinzipien übereinstimmen, welche der völkerrechtlichen Legalität schon zugrunde liegen, denn sie basieren auf dem richtigen Grund, nämlich formeller Gerechtigkeit, deren Werk – so das bekannte Wort – der Friede ist. *Opus iustitiae pax.*

1. Legalität im Völkerrecht

1.1 Wie aus der Legitimität Legalität wurde: Das Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität

Die Legitimationsidee wäre gegenstandslos und irrelevant, wenn sie sich nicht auf Macht bzw. Gewalt, rechtsphilosophisch gesehen auf „Herrschaft“ bezöge. Denn legitimiert wird eben die Herrschaft. Unter welchen Umständen die Ausübung von Herrschaft im Laufe der Geschichte für „rechtmäßig“ – denn dies bedeutet „legitim“ – gehalten wurde, ist eine Frage, deren Antwort mit den jeweils herrschenden Rechts- und Moralvorstellungen zusammenhängt. Die Stoiker sahen die Legitimität der Herrschaft „im ethischen Vorrang des Machthabers“² und zielten somit auf die Tugenden desselben, auf seine moralische Überlegenheit als Herrschaftsgrundlage ab. Die Legitimitätskriterien erstrecken sich von diesem subjektiven stoischen bis hin zu den rationellen, in die staatliche Struktur eingebauten, deswegen objektiven Legitimationsmaßstäben, die unsere Zeit prägen.

Die Legitimationsfrage der Herrschaft gewann erst an Bedeutung, als Recht und Macht zu Beginn der Neuzeit divergierten, d.h. als die religiöse Grundlage zerbrach, auf welcher die tatsächliche Ausübung der Herrschaft bis dahin beruhte. Die Erfahrung der Religionskriege sowie die strukturellen Umwandlungen der Gesellschaft und der Wirtschaft machten die auf Tradition und Gotteswillen basierten Legitimationstheorie unbrauchbar, um das neue Gemeinwesen, den modernen Staat, auf eine stabile Grundlage zu setzen. Säkularisierte, auf dem Willen des Bürgers beruhende Legitimationstheorien nahmen den Platz jener ein und lieferten das Fundament für die Differenzierung zwischen Legitimität und Legalität im 19. Jahrhundert.

Dass zwischen Legitimität und Legalität ein Spannungsverhältnis bestehen kann, halten wir spätestens seit der Veröffentlichung von Carl Schmitts (1888 – 1985) „Legalität und Legitimität“ (1932) für selbstverständlich. Doch das war nicht immer so. Blicken wir auf die

² Hans, Fenske; Mertens, Dieter; Reinhard, Wolfgang; Rosen, Klaus „Geschichte der politischen Ideen“, 2. Aufl. 2004, S. 102.

Geschichte des Legitimitätsbegriffes zurück, so entdecken wir einen gemeinsamen Ursprung von Legalität und Legitimität im lateinischen *lex*. Nähern wir uns also diesem Begriff, setzt sich die Erkenntnis durch, dass es eine Zeit gab, in der zwischen Legitimität und Legalität kein Unterschied bestand, genauer, in der „Legitimität“ als Hauptbegriff die Bedeutung von Legalität vollkommen einnahm. Erst im Laufe der Zeit wurde aus der Legitimität die Legalität. Ab diesem Moment kondensierte sich die Legalität zur Quelle aller Legitimität; man sprach von „Legitimität durch / kraft Legalität“. Dabei kam dem Legitimitätsbegriff legalitätskritischer Charakter zu. Somit wird er zum „externen Maßstab für die moralische Bewertung von Rechtsordnungen oder gar einer gesamten Rechtsordnung“³. Manche Autoren konzipieren eine Legalitätskorrigierende Funktion des Legitimitätsmaßstabes, der somit dazu herangezogen wird, „um von der Rechtsordnung, formal nicht gedeckte, aber moralisch notwendig empfundene Maßnahmen zu rechtfertigen“⁴ – dies ist der Ursprung des Paradoxons der „illegalen Legitimität“.

Auf den folgenden Seiten wird dieser Differenzierungsprozess dargestellt⁵. Dazu werden grob zwei historisch und rechtsphilosophisch deutliche Zeitperioden beschrieben: die erste erstreckt sich von der römischen Zeit bis zur Französischen Revolution; die zweite nimmt die Zäsur der Französischen Revolution zum Ausgangspunkt und reicht über das 19. Jahrhundert, in dem es zur Zäsur zwischen Legalität und Legitimität kam, bis in die Gegenwart.

1.1.1 Der Legitimitätsbegriff vor der Französischen Revolution⁶

In der **römische Jurisprudenz** steht der Begriff *legitimus* für gerecht und für Rechtmäßigkeit oder – anders ausgedrückt – für die Korrespondenz mit einem „Volksgesetz“ (*lex*) oder mit dem Recht im Allgemeinen; mit

³ Petersen, Niels „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“ 2009, S. 5.

⁴ Ebd. S. 5.

⁵ Die hierzu folgenden Aufführungen basieren auf „Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland“ Band 3, H - Me, herausgegeben von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhard Kosellek, 1982, S. 677 ff.

⁶ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 680 ff.

legitimus wird aber auch eine rechtliche Korrespondenzbeziehung zu den „Zwölf Tafeln“ bezeichnet, die sozusagen ein „Urrecht“, also ein unabänderliches, ursprüngliches und „vorstaatliches“ Recht der römischen Gemeinde darstellt. So nannte man z.B. *heres legitimus* den Erben, der bei *ab intestato* zu Erbschaften durch die Zwölftafelgesetze berufen war. Neben dieser privatrechtlichen Bedeutung belegte ein staatstheoretischer Aspekt den Legitimitätsbegriff: In diesem Zusammenhang unterschied Sallust (86 v. Chr. – 35 / 34? v. Chr.) zwischen einem freiheitlichen bzw. legitimen und einem kraft Willkür entarteten Königtum, einer Tyrannis.

Vor dem Hintergrund einer Rechtsvorstellung, die jedweden Widerspruch zwischen Legitimität und Legalität verwarf, die also eine „ursprüngliche(n) Einheit von positiver Geltung und moralischer Gültigkeit“⁷ postulierte und folgerichtig Recht, Gerechtigkeit und Sitte als zusammengehörig konzipierte, deutete **das Mittelalter**⁸ den Legitimitätsbegriff in vier Sinnrichtungen:

- In einem allgemeinen Sinn bedeutete *legitimus* „Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtsordnung“; dabei besagte *legalitas* „Rechtschaffenheit“.
- In einem privatrechtlich-staatstheoretischen Sinn knüpfte *legitimus* an der römischen Jurisprudenz und den Zwölftafelgesetzen an und wurde zum Legitimationsmaßstab der Herrschaft: Mit der Goldenen Bulle setzte Karl IV 1356 die Primogeniturerbfolge für die Kurwürde fest und machte die rechtliche Sukzession des ehelich Erstgeborenen (*heres legitimus*) zum Fundament der legitimen Herrschaft.
- In einem rechtsphilosophischen Sinn sprach man mit *legitimus* die Bedingungen der legitimen Herrschaft *in abstracto* an, insbesondere das Gemeinwohl als erstes Ziel des Herrschers.

⁷ Höffe, Otfried „Vernunft und Recht“, 2. Aufl. 1998, S. 25.

⁸ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 681 ff.

- Schließlich ist noch der staatstheoretisch-säkulare Sinn zu erwähnen. Im Streite zwischen Kaiser Ludwig des Bayern und dem Papst über die Ausübung der weltlichen Gewalt erarbeitete Ockham (1285 – 1347) die Bedingungen einer säkularen Ausübung derselben. Ockham sprach dem Kaiser die weltliche, dem Papst aber die geistliche Gewalt zu, wobei diese jene nicht umfasste. Dabei stieß er auf das Problem der Legitimität schaffenden Usurpation bzw. Tyrannis, also einer durch Legitimationsbruch etablierten neuer Herrschaft. Im Bewusstsein der Reichweite dieses Problems stellte Ockham auf die rechtfertigende Wirkung des Konsens bzw. der Akzeptierung durch die Untertanen ab, die laut ihm zu einer neuen Legitimationsbasis der Herrschaft führen konnte.

Im Mittelalter haben wir also mit einer Rechtsvorstellung und mit einer dementsprechend objektiven Rechtsordnung zu tun, die zwar die Idee der Limitation der Macht kennt und anerkennt, sie aber nicht institutionalisiert. Tatsächlich ergeben sich Einschränkungen für die verschiedenen Würdenträger bei der Herrschaftsausübung aus einem althergebrachten, göttlich fundierten und folgerichtig durch menschlichen Willen unabänderlichen Recht (Naturrecht), das jedem bestimmte Rechte und Pflichten gewährt und auferlegt. Die sich daraus ergebenden Limitationen waren das Ergebnis zweierlei: erstens des gleichzeitigen Zusammenbestehens verschiedenartiger, durch das Naturrecht einem jeden zugewiesenen und auf Tradition basierender Rechtsstellungen; zweitens der herrschenden Machtverhältnisse. Dieses Rechtssystem charakterisiert sich auch durch seinen heteronomen Charakter – der Mensch wird einfach in das System hineingeboren und kann es weder schaffen, noch modifizieren – und durch die Einheit von Moral und Recht. Darüber hinaus ist der Legitimationsmaßstab des Mittelalters zweiseitig: zum einen basiert er auf der Verpflichtung auf das Gemeinwohl und der Bindung an Fundamentalgesetze, Verträge und Naturrecht; zum anderen auf der rechtmäßigen Berufung des Herrschers (Erbfolge oder Wahl).

Es ist ohnehin während dieses Zeitalters, dass die Errichtung eines neuen politischen Gemeinwesens, des modernen Staates, beginnt⁹: ein moderner Staat, dem eine friedens- und ordnungsstiftende Funktion zugesprochen wird. Der Zentralisierungsprozess der Macht in den Händen des Königs und die Territorialisierung der Herrschaft waren *conditio sine qua non* für die Entstehung des Flächenstaats. Dieser Prozess ging mit der Auslöschung der traditionellen, bis dahin erlaubten Selbsthilfe - alsdann als *violentia* gedeutet - einher, und zugunsten des staatlichen Gewaltmonopols (*iustitia*). Somit setzte sich die Unterscheidung zwischen rechter und unrechter, legitimer bzw. rechtmäßiger und illegitimer Gewalt durch.

Während der **Neuzeit**¹⁰ verfestigen sich eine religiöse und eine säkularisierte Deutung des Legimitätsbegriffs. Wie auch während des Mittelalters wird mit dem Adjektiv *legitimus* jene Lage angesprochen, in der die menschliche und die göttliche Ordnung im Einklang stehen. Was die säkularisierte Deutung betrifft, bezeichnete man nicht nur die Ernennung der Würdenträger durch Wahl oder Erbfolge als legitim, sondern auch die Ausübung der Herrschaft nach positiv geltendem Recht, im Einklang mit dem Volkswillen oder dem Gemeinwohl (Neustoizismus). Dabei klingt schon das Bestreben nach der Limitation der Allgewalt des Herrschers mit an. Hier geht es um ein Ziel, das besonders die sogenannten Monarchomachen¹¹ während des 16. und 17. Jhds. anstrebten.

Es sind dann auch die protestantischen Monarchomachen, welche ein mögliches Widerstandsrecht gegen die Tyrannei thematisieren. Dabei sprechen sie dem Begriff *legitimus* eine wichtige Rolle zu: Als illegitim galt die Machterlangung durch Usurpation, d.h. mittels betrügerischer Machenschaften, aber auch der Bruch des positiv geltenden Rechts.

⁹ Vgl. Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“, 2007, S. 36 ff.

¹⁰ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 684 ff.

¹¹ Monarchenbekämpfer. Sie vertraten die Limitation der Monarchenmacht durch die Rechte der Stände, als Vertreter des Volkes und opponierten gegen die Souveränitätstheorie Bodins. Ein Tyrann, ein die Herrschaft missbrauchender Herr dürfte abgesetzt bzw. getötet werden (Tyrannenmord). Die Idee der Legitimität des Tyrannenmords wurde von Thomas von Aquin (1225 – 1274) vorgetragen. S. dafür Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 685 ff.

Beide Umstände reichten jedoch nicht dazu aus, das Widerstandsrecht der Untertanen zu rechtfertigen, das ausschließlich für die Stände reserviert blieb. Die Ablehnung des Widerstandsrechts rührt von der Betrachtung des politischen Gemeinwesens als Ergebnis der göttlichen Allmacht und dementsprechend als Teil der Ordnung Gottes her.

In Deutschland stand der Gedanke der Ordnungsfunktion des Staates im Mittelpunkt der theoretischen Legitimitätskonstruktionen Pufendorfs¹². Weil der Staat den Sicherheitsforderung und dem Gemeinnutzens verpflichtet ist, schulden die Bürger ihm Gehorsam. Diese Verpflichtung besteht jedoch ausschließlich gegenüber einem über *potestas legitimus* verfügendem Staat, d.h. einem politischen Gemeinwesen, das in Einklang mit den Maximen des Naturrechts handelt: Da das Naturrecht allein die Voraussetzungen der friedlichen Koexistenz zwischen Menschen nicht schaffen kann und der Mensch Schutz „gegen die Übel, die dem Menschen vom Menschen drohen“¹³ braucht, wurde der Staat errichtet. Die Bürger bleiben jedoch auch bei einer illegitimen Herrschaftsausübung des Staates ausschließlich dem positiven Recht unterworfen. Ein Widerstandsrecht ist daher aus einem möglichen Verstoß des Staates gegen seine legitimierenden Ziele nicht zu entnehmen.

Bei Wolff¹⁴ (1679 – 1754) erlangt der Begriff *regnum legitimus* einen institutionellen, die staatliche Macht einschränkenden Charakter. Die Legitimation des Staates ist also Ergebnis der Mäßigung seiner Herrschaftsgewalt. Und dies erfolgt durch die Einschränkung jener durch Gesetze und die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz auf verschiedene Staatsorgane (Monarch und Parlament). In diesem Sinne sind bei Wolffs Theorie Elemente der konstitutionellen Monarchie zu erkennen¹⁵.

¹² Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 687; Brocker, Manfred „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl. 2007, S. 242 ff.; Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 129 ff.

¹³ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 131.

¹⁴ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 138 ff. / Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 688 ff.

¹⁵ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 140.

Im vorrevolutionären Frankreich Ende des 16. Jahrhunderts, also im Frankreich des **Absolutismus**¹⁶, erarbeiten die Rechtsdenker verschiedenartige Legitimationstheorien, in denen säkularisierte und naturrechtliche Argumente miteinander kombiniert werden und Souveränität zusammen mit Legitimität einen Komplex bildet. Jener Bildungsprozess, den wir seit dem Ende des Mittelalters verfolgen, die Entstehung des modernen Staates, ist bereits eine Tatsache - in Gestalt des absoluten Staates. 1791 wurden die königlichen Befugnisse zum ersten Mal in Frankreich verfassungsmäßig festgestellt. Bis zu diesem Zeitpunkt waren diese unbeschränkt. Dem König stand es ab 1791 zu, „alle Gewalt in Anspruch zu nehmen, die er für den Schutz von Frieden und Recht benötigte“¹⁷. Ausschließlich im Rahmen dieser seiner Prärogativen waren die Befugnisse des Königs uneingeschränkt, denn nach wie vor wird er von natur- und vernunftrechtlichen Verpflichtungen und Machtverhältnissen¹⁸ gebunden. Paradoxerweise wurde erst mit dem Triumph der französischen Revolutionäre der absolute Staat Wirklichkeit. Wir befinden uns in einer Epoche, in der ein Paradigmenwechsel ansetzt, dessen Vollendung erst die Aufklärung sah. Dadurch wurde die alte religiöse Legitimationsquelle durch säkularisierte Argumente abgelöst. Inmitten der Religionskriege und des Machtkampfes, den Papst, Kaiser und König um die weltliche Herrschaft seit längerer Zeit führten, trug Jean Bodin¹⁹ (1529 / 1530? - 1596) seine säkulare Souveränitätstheorie vor und entwarf eine überkonfessionelle Monarchie, die für Frieden und Ordnung im Staate sorgen sollte. Eine Monarchie, die Bodin *monarchie royale* nannte und mit dem Adjektiv *légitime* schmückte. Dabei zeichnete er ein echtes Legitimationssystem, in dem die Untertanen dem König, der König aber den Naturgesetzen (*iustice naturelle*) gehorchen sollten. Das Ergebnis dieses gestuften Gehorsams war die *amitié*

¹⁶ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 689 ff.

¹⁷ Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“ 2007, S. 37.

¹⁸ Tatsächlich uneingeschränkt waren die Könige in Schweden und Dänemark während des 16. und 17. Jahrhunderts, wo die Ständeversammlungen ausgeschaltet waren. Aus diesem Grund scheint der Begriff „Absolutismus“ vollkommen fehl am Platz zu sein. S. dafür Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“, 2007, S. 36 - 40.

¹⁹ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 90 ff. / Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 689 ff.

mutuelle (Solidarität) und die Eintracht zwischen König und Untertanen. Nur eine solche Monarchieart verdiene die Adjektive *royale* und *légitime*. Der regulierenden Macht des Königs stellt Bodin als Schranke die Gebote Gottes gegenüber sowie die natürlichen Gesetze und bestimmte allgemeine Rechtsgrundsätze. Darüber hinaus schloss Bodin der Souveränität gegenüber jedwedes Widerstandrecht aus. Auf diese Weise bereiteten Bodins Ideen Hobbes den Weg vor²⁰.

Die **Aufklärung**²¹ gestaltete nicht nur die gesellschaftlichen Strukturen (die *Bourgeoisie* fängt an, den Adel und die dementsprechende Privilegienordnung zu verdrängen), sondern auch das politische Denken um. Nicht mehr die Klugheit des Prinzen bei der Ausübung seiner Macht stand im Mittelpunkt der politischen Philosophie, sondern der Ausbau eines neuen, durch Vernunft und Freiheit regierten, auf das Gemeinwohl der Bürger abzielenden Staates. In dieser Zeit des Umbruchs vermochte eine religiöse Fundierung der Macht kaum ein Fundament für die neue Gesellschaft anzubieten. Die Basis der absoluten Monarchie wurde hierdurch ernsthaft in Frage gestellt.

Vier Aspekte werden während der Aufklärung mit dem Begriff „Legitimität“ in Verbindung gebracht:

- Ein privatrechtlicher Aspekt im Sinne von Ehelichkeit der Kinder oder vom Pflichtteil der Erben.
- Ein staatsrechtlicher Aspekt, bei dem der Gegensatz zwischen Usurpator / Tyrannei und legitimem Herrscher durch Wahl oder Sukzession nach wie vor angesprochen wird.
- Ein sozialeudämonistischer Aspekt: Die Verpflichtung des Gemeinwesens zum Gemeinwohl als Legitimitätsgrundlage bildet zwar – so wie die vorherigen zwei Aspekte - kein Novum; neu dabei ist allerdings die Radikalität der Aufforderung, dieses Ziel zu verfolgen. Sie richtet sich nicht mehr an den Fürsten, sondern an jeden Menschen kraft seiner Vernunft und seines Ermessens.

²⁰ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 90.

²¹ Würtemberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 691 ff. / Fenske, Hans „Geschichte der politischen Ideen“, 2. Aufl. 2004, S. 331 ff.

- Letzten Endes auch ein egalitär-demokratischer Aspekt, der eng mit den Gesellschaftsvertragstheorien der Epoche zusammenhängt.

Mit dem Begriff *souverainité légitime* setzte sich die Aufklärung von den traditionellen Legitimationsvorstellungen ab. Damit verlieh sie der engen Verbindung Ausdruck, die in den Augen der damaligen Menschen zwischen Wohlfahrt und republikanischen Prinzipien bestand. In diesem Rahmen wurde der König zum „ersten Diener der Nation“ und verlor dabei die ihm traditionell zugesprochene Vormachtstellung zugunsten einer Souveränitätskonzeption, die in engem Zusammenhang mit der Nationsidee stand. Ein soziologischer Moment der Legitimationsidee kommt hierbei zum Vorschein, denn in der Wohlfahrt der Nation, im Sinne von politisch qualifiziertem Volk, erkannte man die erste Legitimationsquelle der Staatsgewalt.

Während der **Revolutionszeit**²² setzt sich der Gedanke durch, der Legitimitätsursprung liege bei der Volksvertretung, nur sie könne politisch richtig handeln. Und dies sei die neue Basis der Herrschaft. Mit den Begriffen *légitimité* und *légitime* bezog man sich weiterhin auf die „Rechtmäßigkeit“ staatlichen Handelns. Deutlich werden beide mit der staatlichen Herrschaft in Zusammenhang gebracht.

Bis jetzt haben wir gesehen, wie Legitimität, vornehmlich in Frankreich während des Absolutismus, der Aufklärung und Revolution zum Kampfbegriff wurde. Mit der danach ansetzenden Restauration blieb der Kampfcharakter des Legitimationsbegriffes (Legitimitätsprinzip) erhalten, nun in die entgegengesetzte Richtung.

1.1.2 Der Legitimitätsbegriff nach der Französischen Revolution²³

Der nach dem Pariser Frieden (1814) vorgesehene Wiener Kongress (18. September 1814 bis 9. Juni 1815) hatte die Herstellung einer

²² Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 694 ff.

²³ Die hierzu folgenden Ausführungen basieren auf „Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland“ Band 3, H - Me, herausgegeben von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhard Kosellek, 1982, S. 677 ff.

Friedensordnung im nach Napoleons Niederlage vom Krieg verwüsteten Europa zum Hauptziel. Neben dem Prinzip des Gleichgewichts der Mächte, das als Grundpfeiler des europäischen Staatensystems bereits vor dem Kongress galt und von ihm als solches bestätigt wurde, kam dem völkerrechtlich eher unbekanntem Legitimationsprinzip große Bedeutung zu. Der Wiener Kongress übernahm auf diese Weise die Leitidee der Heiligen Allianz, die schon bei der Pillnitzer Konvention (1791) zum Ausdruck kam:

*„De regarder la situation où se trouve actuellement S.M. le Roi de France comme un objet d'un intérêt commun à tous les souverains de l'Europe“.*²⁴

Und erkor es zum echten Ordnungsprinzip Europas: Die Restauration, die Wiederherstellung des politischen Status quo Europas vor 1792, hatte das Legitimitätsprinzip zum Mittel. Und dies war Talleyrands (1754 – 1838) und Metternichs (1773 – 1859) Werk.

Talleyrand, französischer Diplomat im Dienste der restaurierten Bourbonenmonarchie unter Louis XVIII (1755 – 1824), *„le roi légitime de la France“*, sah in dem Legitimitätsprinzip nicht nur eine Chance, die Usurpation aus Europa zu verbannen, auch nicht bloß ein Mittel, um Herrschaft und Unversehrtheit des Königs zu bewahren, sondern primär eine unabdingbare Bedingung für die Wohlfahrt des Volkes. Nur dieses Prinzip könne die Stabilität der Rechtsordnungen der Regierungen Europas sichern und somit die Nationen schützen. Daher der heilige, aber auch strategische Charakter desselben für Frankreich: Dank des Legitimationsprinzip durfte sich das post-napoleonische Frankreich – das aus dem Krieg als Verlierer hervorkam - auch als Siegermacht präsentieren und dementsprechend die Ansprüche der „anderen“ Siegermächte eindämmen. Auch die Kongresse von Troppau (1820),

²⁴ S. Grewe, Wilhelm G. „Epochen der Völkerrechtsgeschichte“, 2.Aufl. 1988, FN 7, S. 504.

Laibach (1821) und Verona (1822)²⁵ dienten dazu, das Legitimationsprinzip als Basis der europäischen Ordnung zu bestätigen. Was den staatlichen Innenbereich anbetrifft, war sich Talleyrand bewusst, dass es bei der Restauration darum ging, den alten Dynastien wieder auf den Thron zu verhelfen, nicht aber die alten Herrschaftsformen zu revidieren. In diesem Sinne setzte er sich für die rechtstaatliche Beschränkung²⁶ der restaurierten Herrschaftsgewalt ein. Nur so könne man mit dem Bürgergehorsam rechnen, denn allein mit der allseitigen Zustimmung des Volkes könne der Staat seine friedensstiftende Funktion zufriedenstellend verrichten. Daher trat er entscheidend gegen die dem Zeitgeist unangemessenen²⁷ Traditionalisten auf, welche nicht nur auf die Wiederherstellung der alten Königshäuser Europas bedacht waren, sondern auch auf die völkerrechtliche Wiederbelebung „des christlich-europäischen Gemeinschaftsbewusstseins“ und der europaweiten „dynastischen Solidarität“ zwischen ihnen. Auch trat er an gegen die Vorstellung des Gottesgnadentums sowie gegen die alten Institutionen und den ihnen anhaftenden Privilegien²⁸ (theokratischer Absolutismus). Volks- und Fürstensouveränität bildeten anfangs des **19. Jahrhunderts**²⁹ die zwei Legitimationsquellen der staatlichen Herrschaft. Dem auf Volkssouveränität basierenden Legitimitätsverständnis und dem Satzungsrecht, typischem Ausdruck des neuen liberalen Rechtsstaates, stellten die Traditionalisten einen Legitimationsbegriff entgegen, der weiterhin auf dem Willen Gottes, auf der Herkunft und den darauf basierenden, alten Institutionen des *Ancien Régime* beruhte. Es sind also zwei stark differenzierte Ansätze und Rechtskonzeptionen im Spiel, welche bei der Differenzierung zwischen Legalität und Legitimität eine Rolle spielen. Während die Liberalen das Königtum nicht als eine vorgegebene, ewige Institution betrachten und die Legalität auf den Volkswillen zurückführen, sehen die Monarchisten in ihm den Ausdruck

²⁵ S. dafür Grewe, Wilhelm G. „Epochen der Völkerrechtsgeschichte“, 2. Aufl. 1988, S. 505 ff.

²⁶ Individuelle Freiheitsrechte, Pressefreiheit, unabhängige Gerichte, Gesetzgebung unter Beteiligung des Parlaments ... usf.

²⁷ Man denke an der beginnenden Industrialisierung.

²⁸ Grewe, Wilhelm G. „Epochen der Völkerrechtsgeschichte“, 2. Aufl. 1988, S. 505 ff.

²⁹ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H - Me, 1982, S. 706 ff.

des göttlichen Willens, der dementsprechend auch ewige Quelle aller Legitimation ist. Während Legalität aus der menschlichen Gesetzgebung entsteht, stellt die Legitimation die Verfügung Gottes dar. Die ersten betrachten die Herrschaftsformen als historisch, als „Herrschaft auf Zeit“ und stellen auf die Volkssouveränität ab; die zweiten konzipieren das Königtum als „Herrschaft auf Ewigkeit“ und sehen in der Erbmonarchie den legitimierenden Willen Gottes widergespiegelt. Ihre Schätzung der Legalität war folgerichtig nur sehr gering und dementsprechend sprachen sie ihr jedwede moralische Verbindlichkeit ab.

Misstrauisch gegen die schrankenlose Macht, in die Volks- und Fürstensouveränität erfahrungsgemäß geraten können, erarbeiteten die Liberalen der Zeit ein Legitimitätsverständnis, das einen Kompromiss zwischen der alten, erbmonarchischen Legitimationsidee und Volkssouveränität darstellte, und daher zum Fundament der konstitutionellen Monarchie wurde. In ihm postulierte man einen Bereich der menschlichen Existenz, über welchen weder die Volks- noch die fürstliche Souveränität verfügen dürften. Daran entschied sich die Frage nach der Legitimität oder Illegitimität eines Staates. Zu jenem Bereich – Status Negativus – zählten neben der Eigentumsgarantie die persönliche, die Glaubens-, die Meinungs- und die Pressefreiheit.

Ziehen wir Bilanz. Die hier kurz vorgetragene Geschichte des Legitimationsbegriffs zeugt von seiner inhaltlichen und prinzipiellen Offenheit in moralischer und politischer Hinsicht. Das vorrevolutionäre Legitimations- und Rechtsverständnis, welches das Recht als Ausdruck moralischer Gebote betrachtete und das diese zum Maßstab des Rechtes machte, unterscheidet nicht zwischen rein rechtlichen und moralischen oder politischen Aspekten desselben. Mit der Berufung auf die Erbschaft und auf den göttlichen Willen als Grundlage der legitimen Herrschaft berief man sich damals auf Legitimationskriterien, welche außerhalb der menschlichen Verfügung lagen (Heteronomie). Die Kombination beider Elemente: Erbschaft und göttlicher Willen kristallisiert sich in der Figur der „Tradition“ heraus – in ihr spielt das „Ewige“, die Dauer, eine gewichtige Rolle. Im Laufe der Zeit kamen weitere Aspekte dazu, nämlich: die Wohlfahrt der Untertanen aber auch ihre Zustimmung (z.B. bei der

Konsolidierung einer nach den geläufigen Kriterien nicht ganz legitimen Herrschaft); die Erfüllung einer ordnungs- und friedensstiftenden Funktion des Rechts (Neuzeit); die Idee der Souveränität nach außen und nach innen (Absolutismus). Aus der von den meisten der damaligen Denkströmungen vertretenen Ablehnung eines Widerstandrechtes - sogar gegen eine „illegitime“ Herrschaft - lässt sich der besondere Wert erkennen, welcher der friedens- und ordnungsstiftenden Funktion des Rechtes beigemessen wurde, nicht so sehr die Legalitätsachtung nach unserer heutigen Rechtskonzeption. All diese Aspekte scheinen sich parallel mit der Entwicklung des politischen Gemeinwesens bis hin zum modernen Staat in dem Legitimitätsbegriff zu verdichten.

Erst mit der Aufklärung gewann der Zustimmungaspekt im Legitimitätsbegriff an hervorragender Bedeutung (Legitimation durch Konsens). Es ist die Zeit, in der das Bewusstsein des Menschen langsam zur moralisch gesetzgebenden Instanz avanciert (Autonomie), ohne deswegen den Wert der Wohlfahrt als erste Verpflichtung des Herrschers – und dementsprechend als Legitimationsgrundlage (Ansatz Ergebnislegitimation) – zu unterminieren.

Völkerrechtliche Relevanz erlangte das Legitimationsprinzip erst mit der Restauration im postrevolutionären Europa. Dieses Prinzip diente der moralischen und politischen Rechtfertigung eines gegen geltende republikanische Rechtssysteme gerichteten Interventionsrechts – sozusagen ein „intereuropäisches Widerstandsrecht“ gegen „illegitime“, jedoch positiv geltende Regierungsformen. Historisch knüpfte es an das Traditionskriterium an, das seit jeher das vorrevolutionäre Rechtsverständnis prägte und lehnte den Gedanken der Volkssouveränität grundsätzlich ab. Im Vergleich zu jenen Elementen, welche die Herrschaft aus dem Traditionskriterium heraus rechtfertigen, nämlich: Dauer und göttlicher Wille, erscheint die postulierte Legalität als eine schlicht menschliche, daher vorübergehende, dazu noch unvollkommene, folglich zu vernachlässigende Erscheinung. Die Restauration als politische Bewegung war jedoch nicht einheitlich. In ihr finden sich auch modernisierende, zukunftsorientierte und demokratische

Tendenzen, die letzten Endes die Oberhand gewannen und in Europa zur konstitutionellen Monarchie führten.

Mit der Errichtung der konstitutionellen Monarchie anfangs des 19. Jahrhunderts beginnt die Differenzierung zwischen Legalität und Legitimität. Legalität - Regierung nach Gesetzen - wird zum grundlegenden Prinzip der Rechtsordnung und das Gesetz als Kompromiss zwischen König und Parlament durch die von der Konstitution vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren konzipiert.

1.2 Die Differenzierung zwischen Legitimität und Legalität und ihr rechtsphilosophischer Hintergrund

Legalität ist das Ergebnis von diversen Faktoren:

- Zunächst, und als Voraussetzung des Ganzen, der Entstehung des modernen Staates und dem langwierigen Konzentrationsprozess der Macht über zentralisierte Institutionen;
- Zu nennen ist auch die Errichtung des (liberalen) Rechtsstaates, der Primat der Staatsgewalt und die Intensivierung der Gesetzgebung;
- Ebenso ist Legalität das Ergebnis von dem durch die Aufklärung in Gang gesetzten allgemeinen Rationalisierungsprozess, der sich auf Wirtschaft, Gesellschaft und natürlich auf die Rechtsordnung auswirkte. Auf all diesen Gebieten galt die Forderung, sie nach vernünftigen Prinzipien zu gestalten. In diesem Zusammenhang erfolgt die Rechtskodifizierung (*Code Civil*, Preußisches Allgemeines Landrecht).
- Nicht zuletzt ist sie das Ergebnis von den fiktiven Gesellschaftsvertragstheorien,
- Und vom Siegeszug im 19. Jh. des rechtsethischen Relativismus unter der Gestalt des Rechtspositivismus.

1.2.1 Die Entstehung des modernen Staates und der liberale Rechtsstaat

Die Entstehung des modernen Staates und der Staat als solcher sind ein europäisches Phänomen. Völkerwanderungen, die daraus entstandene Gliederung der politischen Landkarte Europas und die Mischung kulturell verschiedenartiger Einflüsse führten zum politischen Pluralismus, der die Grundlage für den modernen, später liberalen (Rechts)Staat legte und sich in ihm widerspiegelt. Der Befund des politischen Pluralismus erzwang gewissermaßen auch die Differenzierung zwischen Recht und Moral, welche so wichtig für den Legalitätsbegriff im Allgemeinen ist.

Zunächst aber einige Gedanken zum modernen Staat. Betrachtet man den Entstehungsprozess des modernen Staates aus einer zeitlichen Perspektive, erweist sich sein Verlauf als unregelmäßig und nicht-kontinuierlich³⁰: Er nahm je nach Ort und Volk unterschiedliche Züge an; erfuhr Krisen und Rückschritte, aber auch entscheidende Entwicklungsschübe, vor allem durch die Französische Revolution. Tatsächlich waren schon gegen Ende des *Ancien Régime* elementare Aspekte der modernen Rechtsstaatlichkeit bei den damaligen Großmächten Europas deutlich zu erkennen, auf denen die Revolutionäre weiter bauten und zwar:

- Eine unter der Gestalt der Monarchie dominierende, professionalisierte, bürokratisierte, zentrale Staatsgewalt. Die definitive Durchsetzung der königlichen Zentralgewalt über Lokalherrschaften, Ständewesen und Kirche (Souveränität nach innen) und ihre Unmittelbarkeit hinsichtlich der Untertanen (Gewaltmonopol) zeugen von der „Vollendung des modernen Staates im 18. / 19. Jahrhundert“³¹.
- Verstaatlichte Streitkräfte, unverzichtbares Mittel für die Durchsetzung der äußeren Staatssouveränität, als Ergebnis u.a.

³⁰ Vgl. Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“, 2007.

³¹ Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“, 2007, S. 53.

der Einführung schwerer Waffen und Taktiken, die in erhöhtem Maße die Disziplinierung der Truppen förderten³².

- Ein vereinheitlichtes Recht und eine verstaatliche Justiz, die mit der Entpersonalisierung, Territorialisierung und Professionalisierung des Rechts und der gesetzgeberischen Tätigkeit des Königs einhergingen.

Mit der endgültigen Abschaffung der Ständegesellschaft, der Einführung der politischen Gleichberechtigung der Bürger und dem Nationsbegriff brachte die Französische Revolution all diese erst einsetzenden Rechtsstaatlichkeitseigenschaften zur Vervollkommnung.

Der liberale Rechtsstaat ist unmittelbarer Erbe der Französischen Revolution. Die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 26 August 1789 zählte bereits die minimalen Voraussetzungen des neuen Rechtsstaates auf:

- Gewährleistung der Menschenrechte (Art. 16).
- Gewaltenteilung (Art. 16).
- Herrschaft des positiven Gesetzes (Legalität, *Rule of Law*) als Ausdruck des allgemeinen Willens - Souveränität der Nation – (Art. 3 und 6), der im Parlament zustande kommt. Dem positiven Gesetz sind alle anderen staatlichen Entscheidungen (auch die richterlichen) untergeordnet.

Grundgedanke dieser neuen politischen Struktur war die Beschränkung der Staatsmacht bzw. die Eindämmung der Willkürherrschaft zugunsten des Staatsbürgers. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass dafür die bloße Einsetzung des Parlaments nicht ausreichte, denn aus seiner gesetzgeberischen Aktivität und Mitwirkung bei der Bildung des Staatwillens erwuchs keineswegs die ersehnte Beschränkung der Staatsmacht, sondern eher ihre absolute Steigerung³³. Dabei zeichnet sich die Gefahr einer inhaltlosen, schier formellen Legalität deutlich ab,

³² S. dafür Münkler, Herfried „Die neuen Kriege“, 2. Aufl. 2005, 97 ff.

³³ Vgl. Reinhard, Wolfgang „Geschichte des modernen Staates“, 2007, S. 86 ff.

die letzten Endes der Willkür der parlamentarischen Mehrheit zu Diensten steht³⁴.

1.2.2 Der rechtsphilosophische Hintergrund: Die Gesellschaftsvertragstheorien

Den philosophischen Hintergrund, vor dem sich dieser historische Prozess abspielte, lieferte der aufgeklärte Rationalismus der Neuzeit. Tatsächlich zeichnet sich die Neuzeit durch ihre kritische Einstellung gegenüber überkommenen Dogmen und Institutionen ab. In der Neuzeit entstehen scharfe Differenzierungen. Fundamentale Bedeutung erlangt jene zwischen Wissen und Glauben, deren Wirkung sich auf alle wissenschaftlichen Zweige erstreckte: Das Recht wurde nicht mehr als Bestandteil - ein Subsystem etwa - einer allumfassenden und vorbestimmten moralischen Ordnung konzipiert; ebenso wenig wurde die Gerechtigkeitsfrage in die Theologie eingebettet³⁵, und die herrschenden ökonomischen und gesellschaftlichen Verhältnisse wurden nicht wie ein ewiges, dem göttlichen Willen hervorkommendes, daher grundsätzlich nicht-modifizierbares System angesehen - ganz im Gegenteil betrachtete man sie als durch die Gestaltungsbefugnis der Regierung modifizierbar, wohl aber „nach vernünftigen Einsichten“³⁶. Rechtskodifizierung und Merkantilismus entstehen aus diesem Rationalisierungsschub.

Schon am Anfang der Neuzeit wurden die Grundlagen der päpstlichen Autorität in Frage gestellt. Glaubenskriege waren die unmittelbare Folge dieser neuen, kritischen Einstellung, aber auch Skepsis gegen theologische und moralische Wahrheiten. Dazu kam die Entdeckung fremder Kulturen: Mit beiden Ereignissen konfrontiert, konnten die fundamentalen Überzeugungen des Mittelalters nicht mehr mithalten. In diesem Rahmen erhob man das eigene Gewissen zur höchsten Beurteilungsinstanz; man ging von der in der mittelalterlichen Moral und Gesellschaft dominanten Fremdbestimmung (Heteronomie) zur

³⁴ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S.179.

³⁵ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003 S. 125.

³⁶ Würtenberger, Thomas „Legitimität, Legalität“ in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, 1982, Band 3 S. 711.

Selbstbestimmung (Autonomie / individuelle Kompetenz³⁷) über. Die Suche „nach einem Fundament der Gerechtigkeit, das allen Christen, ja allen Menschen gemeinsam ist“³⁸ und der Selbstbestimmungsanspruch legten das Fundament für die Gesellschaftsvertragstheorien.

Was sich in diesem Zusammenhang in etlichen Gesellschaftsvertragstheorien widerspiegelt, ist im Wesentlichen keine vollständige Trennung zwischen Recht und Moral, sondern eine neue Kuppelung beider Größen nach neuen Kriterien, deren Ausdruck eben der neu geschaffene Begriff von Legalität war - wäre dies nicht so, würde die Bedeutung des Ausdruckes „Legitimität durch / kraft Legalität“³⁹ im Ganzen verloren gehen. Zugleich schafften sie auch Raum für die kritisch-moralische Bewertung der neuen Realität.

Die Idee des Vertrages als Herrschaftslegitimationsgrundlage ist ein alter rechtsphilosophischer Gedanke, der bis zur Rechtstradition der Antike in Griechenland zurückreicht⁴⁰. Das Mittelalter rezipierte den Herrschaftsvertragsgedanken und macht ihn zum Fundament des Feudalwesens: König und Stände werden durch die dadurch festgelegten Rechte und Pflichten gebunden (Wahlkapitulation). Als solcher dient der Vertrag dazu, die Grenzen der Machtausübung den jeweiligen Herrschern deutlich zu machen. Während der Aufklärung wird dieser Gedanke weiter entwickelt⁴¹.

Der Staat, ja jede Herrschaftsform ist legitimationsbedürftig. Die Gesellschaftsvertragstheorien tragen diesem Bedürfnis Rechnung. Sie haben einen aus einer normativen, nicht historischen Perspektive rechts- und staatslegitimierenden, teilweise auch limitierenden Charakter: Sie sind also ein Gedankenexperiment, ohne geschichtlichen Anspruch, welches die Bedingungen einer vernünftigen, politischen Grundordnung untersucht. In diesem Rahmen erhält die Vernunft „legitimatorische Kraft“⁴². Darüber hinaus spiegeln die Vertragstheorien das zur

³⁷ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 98 ff.

³⁸ Ebd. S. 125.

³⁹ Die Legalität des Verfassungsstaates hat nicht nur prozedurale, sondern auch inhaltliche Komponenten.

⁴⁰ Vgl. Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner (Hrsg.) „Evangelisches Staatslexikon“, 2006, S. 761.

⁴¹ S. dafür Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 441 ff.

⁴² Höffe, Otfried „Vernunft und Recht“, 2. Aufl. 1998, S 29.

entsprechenden Zeit geltende Menschen- und Weltverständnis. Die Individuen werden als „Gleiche und Freie“ konzipiert und als „Ursprung aller staatlicher Legitimität und ... letzter Maßstab jeder politischen Ordnung“⁴³ betrachtet, und zwar in einem nicht kollektiven, sondern distributiven Sinn: Für die Legitimation der Rechtsordnung zählt jedes Individuum als Einzelner (legitimatorischer Individualismus). Daher bleibt die Legitimität jener auf die hypothetische Zustimmung eines jeden Betroffenen angewiesen („Geltung durch Konsens“⁴⁴), welche im Gewand eines Vertrages gezeitigt wird. Der Rechtszustand, der durch die Vertragstheorien legitimiert wird, bringt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit des Individuums mit sich. Somit steht er im Gegensatz zum gesetzlosen Rahmen des Naturzustandes, in dem interpersonelle Beziehungen und Konflikte nach Maßgabe der eigenen Willkür und Kräfte ausgetragen werden.

Die Vertragstheorien finden in **Thomas Hobbes** (1558 – 1679) ihren ersten Vertreter⁴⁵. In Hobbes fließen verschiedenartige Einflüsse zusammen. Bodins (1530 – 1596) Souveränitätslehre⁴⁶ bereitete den Weg für seine Theorie; mit ihm teilte er die Hauptziele, nämlich die Herstellung des Rechtsfriedens und der Ordnung; Francis Bacon (1561 – 1626) beeinflusste seine methodische Konzeption entscheidend. Bei Bacon findet sich nämlich die elementare Zerlegung der sozialen Erscheinungen, um eine „Mechanik des Staates und des Rechtes darauf aufzubauen“⁴⁷. In diesem Sinne ist für die Hobbesche Auffassung das Menschenbild charakteristisch: der Mensch als ein durch Eigennutz, Selbsterhaltung, Glücksstreben, Todesfurcht und „ruheloses Machtstreben“⁴⁸ getriebenes Wesen, das sich im Naturzustand wie ein Raubtier anderen Menschen gegenüber verhält (*homo hominis lupus – De cive, epistola dedicatoria*). Daher herrschen im Naturzustand, der

⁴³ Höffe, Otfried „Ethik und Politik“, 1. Aufl., 1979, S. 197.

⁴⁴ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 134.

⁴⁵ Vgl. Brocker, Manfred (Hrsg.) „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl. 2007, S. 212 ff. / Fenske, Hans u.a. (Hrsg.) „Geschichte der politischen Ideen“, 2. Aufl. 2004, S. 316 ff.

⁴⁶ Souveräne Gewalt ist für Bodin diejenige, welche „allen Untertanen ohne deren Zustimmung Gesetze auf(zu)erlegen“ kann. S. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 90.

⁴⁷ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 92.

⁴⁸ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 315.

eigentlich ein Kriegszustand alle gegen alle ist, Misstrauen und Gewaltbereitschaft. Die Rechte, über welche der Mensch verfügt, sind mangels Regeln und institutioneller Strukturen ungeschützt. Man glaubt, ein „Recht auf alles“⁴⁹ zu haben, da es aber nur nach Maßgabe der uneingeschränkten eigenen Kräfte durchgesetzt werden kann, entpuppt es sich letzten Endes wegen der Widersprüchlichkeit unbegrenzter Rechte als ein „Recht auf nichts“⁵⁰.

Unter diesen Umständen zu leben wird unzumutbar: als einzige Lösung bietet sich an, diesen Zustand mitsamt den anderen Mitmenschen zu verlassen. Dies ist jedoch nur mit dem Preis der eigenen Freiheit möglich. Für die Sicherung der Friedensordnung reicht die bloße Zustimmung nicht: ein politisches Gemeinwesen, der Staat also, muss gegründet werden. An ihn müssen alle eingeborenen Rechte abgetreten werden. Der Staat wird dementsprechend mit dem Gewaltmonopol ausgestattet. Die letzte Legitimationsgrundlage dieses Staates und des Rechtes ist in dem berühmten Diktum von Hobbes: „*non veritas sed auctoritas facit legem*“⁵¹ zu finden. Mit ihm drückt er erstens die Qualität des Rechtes als menschliche Hervorbringung aus: Es ist also nicht vorbestimmt oder vorhanden. Zweitens unterstreicht er den Charakter der dem Rechte zur Verfügung gestellten Zwangsbefugnis als „autorisiert“. Und dies ist der Fall, wenn das Recht auf die freie Anerkennung derjenigen zählt, die ihm unterworfen sind bzw. wenn die Untertanen den Staat zu Zwangsbefugnisanwendung ermächtigt haben⁵² (Ermächtigungstheorie). Die Macht des Staates ist somit keine *violentia*, sondern *potestas* und die Figur, die seiner Macht zugrunde liegt, heißt: „*Geltung kraft frei anerkannter Befugnis*, oder noch kürzer *Geltung durch Konsens*“⁵³. Weiter bezieht er seine Legitimation aus der Erfüllung seiner Hauptziele: den Rechtsfrieden zu gewährleisten, dem Menschen Schutz zu gewähren. Hobbes Legitimationsbegriff entsteht aus der Überzeugung in Anbetracht der Konfessionskriege, es ist unmöglich eine einheitliche

⁴⁹ Vgl. Höffe, Otfried „Gerechtigkeit“, 2001, S. 64.

⁵⁰ Vgl. Höffe, Otfried „Gerechtigkeit“, 2001, S. 64.

⁵¹ Thomas Hobbes „Leviathan“ Kap. 26.

⁵² Zum Charakter Hobbes Theorie als „Ermächtigungstheorie“ s. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1987, S. 134 ff.

⁵³ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1987, S. 134.

Gerechtigkeitsbetrachtung zu definieren, so wie sie während des Mittelalters definiert worden ist. Letzten Endes steht Hobbes Gesellschaftsvertragstheorie als Beispiel dafür, wie man Herrschaft begründen kann, ohne sie zu limitieren⁵⁴.

Im Vergleich zu Hobbes tritt bei **John Locke** (1632 – 1704) ein ausgeprägter Machtbegrenzungsgedanke der politischen Gewalt in den Vordergrund, der auf dem Misstrauen gegen sie gründet⁵⁵. So wie Hobbes geht auch Locke von einem Gedankenexperiment aus, um die Natur der Staatsgewalt richtig zu verstehen: Im Naturzustand genießt der Mensch vollkommene, ausschließlich durch das „natürliche Gesetz“⁵⁶ (*law of nature*) begrenzte Freiheit. Darüber hinaus herrscht unter den Menschen Gleichheit. Der Naturzustand bei Locke ist also ein staatsfreies, jedoch nicht rechtsfreies „Zusammenleben vor der Einrichtung einer politischen Gewalt“⁵⁷. Große Bedeutung kommt dem Recht auf Selbsterhaltung zu, denn aus ihm leiten sich weitere Rechte her (z.B. das Recht auf Eigentumserwerb und das Recht auf Schutz), die für seine Gewährleistung notwendig sind, aber auch die Pflicht, das Selbsterhaltsrecht anderer zu respektieren. Doch es herrscht auch Furcht vor möglichen Beeinträchtigungen und vor der ständigen Gefahr, dass sie tatsächlich eintreten. Der Naturzustand enthält also Defizite: es gibt „keine autoritative Auslegung und Fortbestimmung des natürlichen Gesetzes, keine unparteiliche, allgemein zuständige richterliche Autorität, keine zentrale und unwiderstehliche Macht zur Durchsetzung der Gesetze und Gerichtsurteile“⁵⁸. Um all diesen Defiziten abzuhelpfen und gegenseitig Leben, Freiheit und Vermögen zu garantieren, schließen sich die Menschen zu einer politischen Gemeinschaft bzw. einer Regierung zusammen und geben ihre natürliche Freiheit auf. Die erschaffene Staatsgewalt unterliegt zwei Einschränkungen:

⁵⁴ Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 761.

⁵⁵ Ebd. 761. Vgl. Brocker, Manfred (Hrsg.) „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl. 2007, S. 258 ff.

⁵⁶ Das natürliche Gesetz ist dem Menschen als Vernunftgesetz evident und bestimme die Handlungen, zu derer Ausführung der Mensch befügt ist. S. Brocker, Manfred „Locke“ in Brocker, Manfred (Hrsg.) „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl. 2007, S. 263.

⁵⁷ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1987, S. 298.

⁵⁸ Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 761.

- Die erste erfolgt nach dem Prinzip „*nemo plus juris transferre ad alium potest quam ipse habet*“⁵⁹ und gestaltet die Natur der Staatsgewalt. Die Staatsgewalt ist von ihrem Ursprung her begrenzt und kann nicht über diejenigen Grenzen hinausreichen, die bereits als „natürliches Gesetz“ die Verfügungsmacht des Einzelnen limitieren⁶⁰. Es ist nicht nur der Fall, dass sich die Menschen vor ihrem Eintritt in den rechtlichen Zustand eine Fülle unveräußerlicher Menschenrechte vorbehalten haben, sondern auch, dass niemand über eine willkürliche und absolute Gewalt über sich selbst oder anderen Menschen verfügt. Auch deswegen darf die Staatsgewalt nicht mit solchen Befugnissen ausgestattet werden.
- Die zweite Einschränkung leitet sich aus der Natur der Menschheit als Teil der göttlichen Schöpfung her. Daraus folgt die Verpflichtung der Gesellschaft zum Gemeinwohl und zur Erhaltung ihrer selbst und der einzelnen Personen. Die Gesellschaft muss also für die Erhaltung des Menschen eintreten, sie darf ihn nicht vernichten, versklaven, foltern ... usw.

Die Rechtfertigung, ja Legitimierung der Staatsgewalt bei Locke bildet einen Komplex aus folgenden Elementen:

- Zustimmung des Einzelnen.
- Ausübung der Staatsgewalt im Rahmen der ihr übertragenen Kompetenzen („Sicherung und Verwirklichung der vorstaatlichen, individualrechtlich konstituierten gesellschaftlichen Ordnung freier und gleicher Individuen“⁶¹) und
- Verpflichtung auf das Gemeinwohl.

⁵⁹ Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat.

⁶⁰ Vgl. Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 119.

⁶¹ Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 762.

Bei **Jean Jacques Rousseau** (1712 – 1778) erlangt der Begriff „Autonomie“ radikale Bedeutung⁶². Dabei geht es nicht nur um allgemeine Handlungsfreiheit, sondern um den politischen Wert der Selbstbestimmung überhaupt. Die Gleichung, welche Rousseau aufzustellen versucht, beinhaltet also Autonomie und Herrschaft. Es ist ihm bewusst, dass Freiheit innerhalb einer Gemeinschaft nicht uneingeschränkt sein kann und doch ein unveräußerliches Recht des Menschen ist, das weitaus mehr bedeutet als bloße Handlungsfreiheit. Mit Hobbes und Locke teilt Rousseau die Sorge um die Eigentumssicherung, die er als primäre Aufgabe des Staates betrachtet. Daher das Ziel, ein Gemeinwesen zu errichten, in dem individuelle Freiheit und Gemeinschaft in Eintracht stehen⁶³. Die Antwort liegt in der Identität zwischen Regierenden und Regierten. Durch den fiktiven *Contrat social* bilde man ein durch die *volonté général* regiertes Gemeinwesen: Somit konstituiert der allgemeine Wille der notwendige Ausgleich zwischen notwendiger Herrschaftsausübung und Freiheit. Durch ihn werden die einzelnen zum Herrscher und zugleich zum Volk, zu Urheber aller Gewalt und Untertanen. Bekannt sind natürlich die Schwachstellen dieser Konstruktion, vor allem die Möglichkeit - in Anbetracht der Begriffe *volonté général* und *volonté de tous* - dazu gezwungen zu werden, frei zu sein⁶⁴. Problematisch erscheint auch die Frage nach der vom Staat anzunehmende Regierungsform: Direkte oder indirekte Demokratie, gar Wahlaristokratie?

Auf jeden Fall bezieht der Staat seine Legitimation nicht nur aus der Zustimmung der Bürger, die das Fundament für die „politische Selbstermächtigung des Volkes“⁶⁵ bildet, sondern auch aus der Erfüllung der ihm anvertrauten Aufgaben: dem Schutz des Eigentums.

⁶² S. Brocker, Manfred (Hrsg.) „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl., 2007, S. 303 ff.

⁶³ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 106.

⁶⁴ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“, 2. Aufl., 2005, S. 317 ff.

⁶⁵ Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 762.

Aus drei Gründen ist **Immanuel Kants** (1724 – 1804) Rechts- und Staatsphilosophie, insbesondere seine „Rechtslehre“ (1797) von hervorragender Bedeutung für unser Thema, und zwar:

- (a) Weil kraft des moralischen Rechtsbegriffes die Gesellschaftsvertragstheorie bei ihm eine neue Fassung erlangt;
- (b) Weil im dritten Absatz (Von der Einteilung einer Metaphysik der Sitten) der *Einleitung in die Metaphysik der Sitten* Kant die Unterscheidung zwischen Legalität (Gesetzmäßigkeit) und Moralität (Sittlichkeit)⁶⁶ einführt. Mit dieser Differenzierung wird auch jene andere zwischen Legalität und Legitimität eingeleitet.
- (c) Zuletzt wegen seiner kosmopolitischen Perspektive und ihr Einfluss auf das Völkerrecht im weitesten Sinne.

(a) Kants Rechts- und Staatsphilosophie hat als Hauptanliegen, Recht und Staat „aus Begriffen a priori“⁶⁷ zu begründen, was bedeutet, dass die für die Gesellschaftsvertragstheorien charakteristischen, willensbezogenen Überlegungen nicht die Bedeutsamkeit erlangen, die sie z.B. bei Hobbes oder Rousseau hatten. Für die Rechtfertigung (Legitimierung) des Staates und des Rechtszustandes abstrahiert Kant bewusst von empirischen Grundannahmen hinsichtlich der Natur oder der Geschichte des Menschen, denn sie soll „eine von aller Erfahrung unabhängige Idee der reinen praktischen Vernunft a priori“⁶⁸ sein. Sie hat keine die Staatsentstehung beschreibende Absicht, sondern formt einen allgemeinen moralischen Maßstab, um Staat und Recht zu bewerten (Vernunftidee des Rechtsstaates). Nichtsdestotrotz hatten die Gesellschaftsvertragstheorien von Hobbes, Locke, Montesquieu und Rousseau großen Einfluss auf Kants Ansatz. Von ihnen übernimmt Kant viele Elemente, die er zu einer neuen Form bringt.

⁶⁶ Immanuel Kant „Die Metaphysik der Sitten“ in Weischedel, Wilhelm (Hg.) 1. Aufl. 1977, Band VIII, S. 324.

⁶⁷ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 229.

⁶⁸ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 227.

Hobbes Naturzustand interpretiert Kant nicht als einen Zustand, in dem Gerechtigkeit überhaupt nicht möglich sein kann, sondern als Zustand der Rechtlosigkeit bei zugleich bestehender, uneingeschränkter Freiheit. Mangels staatlicher Institutionen hängt die Anerkennung der eigenen, angeborenen und erworbenen Rechte und der eigenen Freiheit vom Gutdünken (der privaten Willkür) der anderen und ggf. vom eigenen, sogar gewalttätigen Durchsetzungsvermögen ab. Daraus ergibt sich der Zustand des Krieges aller gegen alle, in dem alle Rechte nur provisorisch bestehen können. In einem solchen Zustand zu verweilen, in dem Gewalttätigkeit und provisorischer Charakter des Rechtes herrschen, ist für Kant unrecht „im höchsten Grade“, weil man somit dem Rechtsbegriff selbst „alle Gültigkeit nehmen [würde], und alles der wilden Gewalt ... überliefern, und so das Recht der Menschen überhaupt umstürzen“⁶⁹. Die Gründe dafür liegen bereits im moralischen Rechtsbegriff⁷⁰, den er in den §§ A bis E der „Rechtslehre“ entwickelte. Ihm zufolge ist das Recht der „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“⁷¹. Daher erscheint die Überwindung des Naturzustandes als vernunftnotwendig: Hobbes Prinzip „*exeundum esse e status naturalis*“ ist eine „unbedingte Pflicht“⁷² (kategorischer Rechtsimperativ).

Aufgabe des Rechts ist „das Zusammenleben äußerer Freiheit vor aller wechselnden Erfahrung zu ermöglichen“⁷³. Um einen Koexistenzrahmen für Willkür- bzw. Handlungsfreiheit zu schaffen, benötigt das Recht die Zwangsbefugnis – Recht und Zwang bilden dem Widerspruchsprinzip nach eine Einheit; es muss also die Freiheit einschränkt werden, damit sie nicht zur Nötigung der Freiheit anderer wird. Der freiheitseinschränkende Zwang ist nur dann legitim, wenn er hinsichtlich

⁶⁹ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § 42. Weischedel (Hrsg.) § 45, Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 424.

⁷⁰ S. dafür Höffe, Otfried „Der kategorische Rechtsimperativ“ in Höffe, Otfried (Hg.) „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ Klassiker Auslegen Band 19, 1999 S. 41 ff.

⁷¹ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § B, Weischedel (Hrsg.) § 45, Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 336.

⁷² Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“ 2003, S. 762.

⁷³ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 213.

eines illegitimen Willkürgebrauchs Abwehrcharakter annimmt – und dieser Gebrauch ist nur dann illegitim, wenn er nicht verallgemeinert werden kann, ohne die allgemeine Freiheit zu annullieren. Der Zwang steht konsequent im Dienste des Vernunftprinzips des Zusammenlebens. Daher führt nicht erst der allgemeine Wille zum Rechtszustand, auch nicht ein rationeller, etwa auf das Selbstinteresse der Subjekte bezogener Entschluss, sondern die gesetzgebende, reine, praktische Vernunft. Dies bildet ein Novum im Vergleich zu den herkömmlichen Gesellschaftsvertragstheorien.

Doch die rechtliche Organisation des menschlichen Zusammenlebens ist nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Menschen⁷⁴. Kant entwickelt diese Gedanken in den Hauptteilen der Rechtslehre weiter, zunächst im Postulat des Privatrechts, dann im Postulat des öffentlichen Rechts. Die Struktur der Weiterentwicklung des Rechtsbegriffes verrät uns, in welchem Verhältnis Kant beide Aspekte sah. Tatsächlich steht das öffentliche Recht im Dienste des Privatrechts.

Bereits vor der Staatserrichtung bestehen rechtliche Verhältnisse (Eigentum, Vertragswesen, Ehe und Familie), darüber hinaus unveräußerliche Rechte – so wie bei Locke -, jedoch bloß provisorisch. Endgültig und sicher werden diese Rechtstitel erst durch einen mittels des Staates agierenden „allgemeinen Willen“. Der Übergang von Natur- zum Rechtszustand stellt auch den Übergang vom privaten zum allgemeinen Willen als gesetzgebende Instanz dar. Den Gedanken des allgemeinen Willens übernimmt Kant von Rousseau, der ihm ausschließlich politische Bedeutung zumaß, und macht ihn zum „Grundprinzip der gesamten Ethik“⁷⁵. Es ist eben die Idee der Freiheit (Selbstbestimmung), welche bereits der Rechts- und Tugendlehre zugrunde liegt. Kant entkräftet jedoch die „demokratische“ Radikalität von Rousseaus *volonté général* – nämlich die Idee der Identität von Gesetzgeber und Normadressaten. In diesem Sinne spricht Kant von einem „ursprünglichen Vertrag“⁷⁶ als Rechtsquelle, der in seinen Augen mit dem Verallgemeinerungsprinzip bzw. universellen Gesetzkonsensfähigkeitsprinzip gleich zu setzen ist:

⁷⁴ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 397 ff.

⁷⁵ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 197.

⁷⁶ Immanuel Kant „Gemeinspruch“ VIII.

Die Gesetze sollen in Anbetracht der Menschenwürde erlassen werden, damit sie zustimmungswürdig sind. In diesem Sinne sollen die Normen allseits konsensfähig sein, aber nicht notwendigerweise Ergebnis des politischen Konsenses. Mit der Idee des allgemeinen Willens stellt Kant ein „Prinzip und Kriterium der Menschenrechte“ vor⁷⁷.

Der Staat hat somit dem Privatrecht gegenüber einen subsidiären Charakter: Er ist eine „Institution zweiter Ordnung“, die, sobald sie eingerichtet wird, den Eigentümer von der Mühe befreit, „das Seine mit eigener Kraft zu verteidigen“⁷⁸, indem sie die Aufgabe übernimmt, die Rechte des Rechtssubjekts gegen illegitimen Eingriffe zu verteidigen.

In Anbetracht dessen hat nicht jede einen „rechtlichen Zustand“ etablierende Herrschaftsform, etwa eine regelgerechte Tyrannei, einen moralischen Rang. Kant spricht von einer „Republik“, welche nach heutiger Vorstellung der Idee eines Verfassungsstaates am nächsten kommt. Ziel des Staates – als „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“⁷⁹ – ist aber nicht das Glück der Bürger, sondern die Sicherung ihrer Rechte, indem der Staat einen Koexistenzrahmen bildet und somit dem Vernunftgebotenen zur Wirklichkeit verhilft. Eben diese Betrachtung des Staates führt Kant dazu, ein aktives Widerstandrecht, die Missachtung der Legalität, aus welchen Gründen auch immer, abzulehnen. Letzten Endes liefert uns Kant nicht nur eine Recht und Staat begründende, sondern auch eine beide Größen limitierende Philosophie. Bei ihm stehen wir vor der Figur der „Legitimation durch Limitation“⁸⁰, welcher moralischer Charakter zukommt und von einem besonderen Verhältnis zwischen Recht und Moral hinsichtlich des politischen Gemeinwesens zeugt.

(b) Bereits an der Struktur der „Metaphysik der Sitten“ (1797) ist Kants Absicht abzulesen, zwischen Recht (Rechtslehre) und Sittlichkeit (Tugendlehre) zu differenzieren⁸¹: Er bricht in diesem Sinne mit der vormodernen, naturrechtlichen Rechtstradition, jedoch behandelt er beide

⁷⁷ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 230.

⁷⁸ Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 225.

⁷⁹ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § 45.

⁸⁰ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl., 1987, S. 276 ff.

⁸¹ Vgl. Höffe, Otfried „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“, Band 19, 1999, S. 48.

im selben Werk, was für einen engen Zusammenhang beider Größen, wohl aber nach neuen Kriterien spricht. Tatsächlich beziehen sich Rechts- und Tugendlehre auf Verbindlichkeiten⁸², deren gemeinsamer Ursprung in der praktischen Vernunft zu finden ist.

Im § A der „Rechtslehre“⁸³ etabliert Kant die Fundamente für das Verhältnis von Recht und Moral. Zunächst definierte er die Rechtslehre als den „Inbegriff der Gesetze für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist“⁸⁴. Nach der Aufzählung verschiedener Rechtskompetenzstufen spricht er der Rechtswissenschaft - als „systematische(r) Kenntnis der natürlichen Rechtslehre“⁸⁵ und höchster Stufe der Rechtskenntnis - die Aufgabe zu, „aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien“⁸⁶ bzw. das allgemeine Kriterium des gerechten und ungerechten (*iustum / iniustum*) herzugeben.

Es entspricht jedoch nicht Kants Absicht, positive Geltung (juristische Legalität) von überpositiver Gültigkeit (moralischer Legitimität) abhängig zu machen, wohl aber darzutun, dass sich die Frage nach der moralischen Legitimität des Rechtes nicht mit juristischer Legalität beantworten lässt⁸⁷ - dafür braucht man eine „Theorie moralischer Ansprüche an das Recht“⁸⁸, eine Rechtsethik, und dies ist eben, was Kant mit seiner Rechtslehre liefert.

Rechts- und Tugendlehre differenzieren sich durch die Natur der entsprechenden Gesetzgebung, hervorgebrachten Pflichten bzw. Verbindlichkeiten und durch die angewandte Triebfeder⁸⁹.

⁸² Technische, pragmatische und moralische.

⁸³ Mit dem Begriff „Rechtslehre“ meint Kant keine Doktrin oder wissenschaftliche Untersuchung des Rechtes, eben die eigene, sondern betont „den systematischen Anspruch seines Gegenstandes“, eben des Rechtes. S. dafür Höffe, Otfried „Der kategorische Rechtsimperativ“ in Höffe, Otfried (Hg.) „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ Band 19, 1999, S. 42.

⁸⁴ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § A. Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 336.

⁸⁵ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § A. Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 336.

⁸⁶ Immanuel Kant „Rechtslehre“ § A. Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 336.

⁸⁷ Höffe, Otfried „Der kategorische Rechtsimperativ“ in Höffe, Otfried (Hg.) „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ Klassiker Auslegen Band 19, 1999, S. 43.

⁸⁸ Höffe, Otfried „Der kategorische Rechtsimperativ“ in Höffe, Otfried (Hg.) „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ Klassiker Auslegen Band 19, 1999, S. 46.

⁸⁹ „Rechtslehre und Tugendlehre unterscheiden sich also nicht sowohl durch ihre verschiedene Pflichten, als vielmehr durch die Verschiedenheit der Gesetzgebung, welche die eine oder die andere Triebfeder mit dem Gesetz verbindet“, Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 335.

Äußerlich ist die juristische Gesetzgebung weil:

- die von ihr erlassenen Gesetze die Willkürfreiheit im äußeren Gebrauch zum Gegenstand haben⁹⁰; d.h. das äußere, praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere in dem Maße, wie ihre Handlungen (*facta* - freie, selbstverursachte Handlung⁹¹) miteinander in Berührung treten und sich gegenseitig beeinflussen können.
- und weil sie andere Triebfedern als die Pflichtidee, folgerichtig den äußeren Zwang mit einschließt⁹².

Nicht die Gesinnung bzw. die moralische Einstellung (Tugend) des Subjekts sind relevant für die äußere Gesetzgebung⁹³, sondern seine Handlungsfreiheit in sozialer Perspektive. Kant lehnt ein moralisierendes Recht ab, das die Tugend oder das Glück der Bürger zu befördern sucht⁹⁴. Die äußere juristische Gesetzgebung kann und darf nicht eine Rechtspflicht zu Menschlichkeit bzw. Wohltätigkeit konstituieren. In diesem Sinne betont Kant, dass die Aufgabe des Staates nicht in der Beförderung des Wohlergehens der Rechtssubjekte, sondern in der Sicherung ihrer Rechte besteht⁹⁵. Der Staat ist also eine Rechtsgemeinschaft⁹⁶ bzw. eine Freiheitsgemeinschaft zurechnungsfähiger Subjekte, keine Solidargemeinschaft der Bedürftigen – Kant schloss die „Wohlfahrtstaatlichkeit aus dem Bereich moralisch gebotener Staatsaufgaben“⁹⁷ aus.

Was die Triebfeder betrifft, ist es zunächst notwendig, zwischen inneren und äußeren Handlungen zu unterscheiden. Die inneren Handlungen finden im Gemüt des Subjektes statt und wirken sich nicht

⁹⁰ Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 324.

⁹¹ S. Kersting, Wolfgang „Wohlgeordnete Freiheit“ 1984, S. 3.

⁹² Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 324, 325.

⁹³ Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 324.

⁹⁴ Vgl. Höffe, Otfried „Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne“, 1. Aufl. 1994, S. 75 ff.

⁹⁵ Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 429.

⁹⁶ Immanuel Kant „Rechtslehre“ III, Weischedel (Hrsg.) § 45, Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 431.

⁹⁷ Höffe, Otfried „Kategorische Rechtsprinzipien“, 1. Aufl. 1994, S. 80.

notwendigerweise auf die äußeren Verhältnisse aus („Akt des Gemüts“)⁹⁸. Dahingegen haben äußere Handlungen soziale Projektion („Freiheit im äußeren Gebrauche“⁹⁹). Die von der inneren (ethischen) und äußerlichen Gesetzgebung erlassenen Gesetze machen bestimmte Handlungen zur Pflicht. In diesem Zusammenhang versteht man unter „Triebfeder“ das Bindeglied zwischen Bestimmungsgründen der Willkür zur Handlung und der Vorstellung des Gesetzes, der Grund also in Anbetracht dessen man sich für eine gesetzeskonforme Handlung entscheidet¹⁰⁰. In diesem Zusammenhang kommen zwei Triebfederarten in Frage¹⁰¹: die Pflichtidee an sich selbst und der äußere Zwang. Während die Pflichtidee als Triebfeder für innere und äußere Handlungen bzw. Pflichten agieren kann, beschränkt sich die Idee des äußeren Zwanges ausschließlich auf äußere Handlungen. Denn ein äußerer Zwang ist untauglich dazu, das Subjekt zu inneren Handlungen zu veranlassen.

In diesem Zusammenhang bezieht sich Kant mit der Differenzierung zwischen „Legalität“ und „Moralität“ auf das Verhältnis der Handlung zum Gesetz. Die bloße Übereinstimmung (oder Nichtübereinstimmung) einer Handlung mit dem Gesetz – unabhängig von der Triebfeder – heißt „Legalität“ (Gesetzesmäßigkeit, Pflichtmäßigkeit)¹⁰². Die Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz aus der Pflichtidee selbst heißt „Moralität“ (Sittlichkeit, aus Pflicht). Doch dabei handelt es sich keineswegs um sich gegenseitig ausschließende Alternativen. Ganz im Gegenteil ist die Legalität als minimale Moral des Zusammenlebens die notwendige Bedingung der Moralität, wobei Moralität die Steigerung und Überbietung der Legalität bedeutet. Dank ihrer Erzwingbarkeit wird die Legalität zur Bedingung der Freiheit der Menschen in äußeren Verhältnissen.

⁹⁸ Immanuel Kant „Rechtslehre“, Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 347.

⁹⁹ Immanuel Kant „Rechtslehre“, Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 318.

¹⁰⁰ „Mithin ist das zweite Stück dieses: dass das Gesetz die Pflicht zur Triebfeder macht“, Immanuel Kant „Rechtslehre“, Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 323.

¹⁰¹ Vgl. Immanuel Kant „Rechtslehre“III, Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 323.

¹⁰² Vgl. Immanuel Kant „Rechtslehre“I, Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977, S. 318.

Wie man sieht, brachte Kant Recht und Moral in eine neue Konstellation. Beide sind in einem umfassenden System eingebettet. Sofern es eine Verbindlichkeit darstellt, nimmt das Recht an der Natur der Sittlichkeit teil. Sofern es die minimal für das Zusammenleben notwendige Moralität inkorporiert, lässt es das Recht moralisch definieren. Kant liefert auf der einen Seite eine moralische Legitimierung und Limitierung des Rechtes, auf der anderen Seite eine Rechtsethik, einen kritischen Maßstab, um das positive Recht zu beurteilen.

(c) Hierbei geht es freilich um eine Konstellation, welche sich nicht nur auf die innere Verfassung des Staates beschränkt, sondern auf die Regelung der friedlichen Koexistenz derselben erstreckt. Diese kosmopolitische Perspektive betrachtet den Zustand, in dem sich die Staaten befinden, als Zustand des latenten Krieges. Nicht das Recht, sondern die Macht der Stärkeren herrscht. In dieser Hinsicht und in Anbetracht des kantischen Rechtsbegriffes erscheint die Errichtung eines internationalen rechtlichen Zustandes, einer Rechts- und Friedensordnung (völkerrechtlicher Legalität) ebenso als Pflicht. Im „Zum ewigen Frieden“ (A 1795 / B 1796) legt Kant das Fundament dafür und stellt die Prinzipien fest, die dem internationalen Rechtszustand zugrunde liegen sollen.

Dazu kam die kantische Zuversicht gegenüber dem menschlichen Fortschritt. Nur wenn der zwischenstaatliche bestehende Naturzustand durch eine über Zwangsbefugnis verfügende, internationale Rechtsordnung abgelöst wird, hat der Mensch auch eine Chance dazu, alle seine Kräfte und Anlagen entwickeln zu können¹⁰³. Dies ist aber ein historischer und moralischer Prozess, am dessen Ende der Friede herrschen soll. Letzten Endes machte er die Friedenstiftung zu Endzweck der Rechtslehre. Es ist aber der Friede als Ergebnis der Gerechtigkeit, denn „*opus iustitiae pax*“.

¹⁰³ Vgl. Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl., 2000, S. 244.

1.2.3 Die Trennung von Legalität und Legitimität und der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts

Zwei Aspekte des im 19. Jahrhundert aktuellen Rechtspositivismus sind an dieser Stelle zu erwähnen:

- (a) Sein Charakter als Vorgänger der Verfahrenslegitimation.
- (b) Sein Misstrauen gegen eine uneingeschränkten Demokratie.

Beide spiegeln sich in dem Legalitätsbegriff der Zeit wider.

(a) Bereits Ende des 18. Jahrhunderts raten Juristen wie Gustav Hugo (1764 – 1844) ihren Kollegen davon ab, sich mit dem Naturrecht zu befassen¹⁰⁴. Die historische Rechtsschule des Friedrich Karl von Savigny (1779 – 1861) betrachtet das Naturrecht als nichtig. Mit diesen Entwicklungen geht auch der „Untergang“ des neuzeitlichen Naturrechts bzw. des Vernunftrechts einher, welches die amerikanische und die Französische Revolution inspiriert und begleitet, die Wertneutralität der Staaten einschließlich der Religionsneutralität durchgesetzt, die Gewalteinteilung begründet sowie die Menschenrechte und die Idee der Volkssouveränität proklamiert hatte. Nicht zuletzt ist zu erwähnen, dass das Vernunftrecht zum Vorbild der großen Rechtskodifizierungswerke der Zeit, nämlich des preußischen Allgemeinen Landrechts (1794), des *Code Civil* (1804) und des österreichischen ABGB (1811) diene. Paradoxaerweise verliert das Vernunftrecht eben in dem Moment an Kraft, in dem all diese naturrechtlich bearbeiteten Rechtsbegriffe in das öffentliche, positive Recht eingehen.

Mit der Betrachtung des Rechtes als aus einer überlegenen Macht stammenden Befehlen, die für den Missachtungsfall mit einem Übel verbunden sind, blendet die Imperativtheorie des Rechtes im 19. Jahrhundert jedwedes naturrechtliche bzw. gerechtigkeitsbezogene Element aus dem Rechtsbegriff aus. Somit entfällt die Gerechtigkeit als notwendiges rechtsdefinierendes, rechtslegitimierendes und

¹⁰⁴ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 90.

rechtsnormierendes Element. Da „niemand festzustellen [vermag], was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechtens sein soll“¹⁰⁵. In diesem Sinne fungiert die Legalität schlicht als ein „Funktionsmodus jeder staatlichen Bürokratie“¹⁰⁶. In der Unterscheidung von „gerecht“ und „rechtens“ kristallisiert sich die Unterscheidung von Legitimität und Legalität, von Wahrheit („Legitimität durch Wahrheiten“¹⁰⁷) und Verfahren („Legitimation durch Verfahren“, Luhmann¹⁰⁸) heraus. Diese Rechtspositivismusart findet in Hobbes einen Vorgänger¹⁰⁹. Allerdings kommt die Befugnis, etwas als rechtens festzusetzen, einer dazu von den Betroffenen ermächtigten Autorität zu, so wie es bei seinem Diktum „*sed auctoritas, non veritas facit legem*“ zum Vorschein kommt¹¹⁰. Ergebnis dieses Paradigmenwechsels ist also die Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen nicht aufgrund ihres Inhalts, sondern aufgrund ihrer Entstehung innerhalb eines verfahrensmäßigen Rechtssystems, so dass bereits von „Legitimität der Legalität“ die Rede sein kann. In diesem Sinne werden die Theorien der Legitimität durch Verfahren bereits antizipiert.

(b) Weil die Gesellschaftstheorien auf der Zustimmung der Betroffenen aufbauen, weisen sie demokratische Züge auf. Bereits in Rousseaus Konzeption der *volonté général* sind aber problematische Aspekte derselben zu erkennen. Tatsächlich bezieht Rousseau *la volonté général* auf „das Gemeinsame in den verschiedenen Interessen“¹¹¹, welches somit zu einer qualifizierten Mehrheit und Ausdruck der Selbstbestimmung der Bürger wird. Eine Mehrheit, die deshalb qualifiziert ist, weil sie nicht die bloße Addierung aller Einzelinteressen darstellt (aus einer solchen Addierung geht *la volonté de tous* hervor). In dieser Hinsicht scheint Rousseau mit dem Kriterium des „Gemeinsamen in den verschiedenen Interessen“ die normative Reichweite der *volonté de tous* einzuschränken, da die *volonté général* nur bezüglich dieser gemeinsamen Interessen Gesetze erlassen darf. Bereits eine

¹⁰⁵ Radbruch zitiert nach Zippelius, Reinhold „Rechtsphilosophie“ 5. Aufl. 2007, S. 58.

¹⁰⁶ Carl Schmitt zitiert durch Hofmann, Hasso „Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts“, 1964 S. 30.

¹⁰⁷ Zippelius, Reinhold „Rechtsphilosophie“ 5. Aufl. 2007, S. 59.

¹⁰⁸ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1. Aufl. 1987, S. 171 ff.

¹⁰⁹ S. dafür Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1. Aufl. 1987, S. 130 ff.

¹¹⁰ S. dafür Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1. Aufl. 1987, S. 130 ff.

¹¹¹ Rousseau „Contrat social“ zitiert nach Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 108.

demokratische Stimmenmehrheit hätte schon „alle Merkmale des allgemeinen Willen“, solange das Volk politisch gebildet ist und sein Wille nicht durch Parteiungen verfälscht wird. Wer sich dagegen stellt, der irrt laut Rousseau und die Gesamtheit darf ihn zur „Freiheit“ zwingen¹¹².

Eine unmittelbare, auf der Nationsidee beruhende Demokratie kann schnell in eine Tyrannei der Mehrheit entarten. Nur ein Staat, in dem die Staatsgewalten ins Gleichgewicht gebracht, durch Gesetze beschränkt und öffentlich kontrolliert werden können, bietet ausreichende Garantien gegen diese Eventualität. Einen solchen Staat nennen wir Verfassungsstaat – der Verfassungsstaat entwickelte sich im Laufe der Geschichte bis hin zu unseren Tagen. Nach der Restauration und während des 19. Jahrhunderts nahm der Verfassungsstaat die Gestalt der konstitutionellen Monarchie an. In diesem Rahmen wird der Legalitätsbegriff vom Begriff der Verfassungsmäßigkeit absorbiert. Dem Rechtsverständnis der Zeit lag ein Objektivitätsanspruch bzw. eine Unbefangenheit hinsichtlich der verschiedenen gesellschaftlichen Interessen zugrunde, welche sich im verfassungsmäßig verankerten Gesetzmäßigkeits- bzw. Legalitätsprinzip auswirkte, d.h. in der Unterwerfung der Interessenkonflikte unter generelle, vorherbestimmte Regeln. Folge dessen war die Gleichbehandlung gleichartiger Fälle. Dazu kam die Einrichtung unabhängiger Entscheidungsinstanzen (Gerichte, Bürokratien); nicht zuletzt die Unterwerfung der Entscheidungsverfahren und Streitigkeiten unter das Prinzip der Öffentlichkeit, um eine rationelle Klärung derselben zu gewährleisten, eine Idee, welche schon John Stuart Mill verteidigte. Das Legalitätsprinzip ist eng mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden.

Die Stabilität der innerstaatlichen Verhältnisse und der herrschende Rechtspositivismus schlossen während des 19. Jahrhunderts die Frage nach der Legitimierung der Staatsgewalt aus, die für das Naturrecht so fundamental war. Erst in Anbetracht des Gräuels und des massiven Unrechts des Zweiten Weltkrieges wurde die naturrechtliche Rechtstradition wieder belebt¹¹³: Die Atlantik-Charta von 1941 und die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948 u.a. sind ein

¹¹² Vgl. Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia“, 2. Aufl. 2005, S. 317.

¹¹³ S. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 91.

Beispiel dafür. Nach dieser Blütezeit in den 40ern und 50ern brach erneut eine rechtspositivistische Ära an. Seit der Veröffentlichung 1971 von John Rawls (1921 – 2002) „A Theory of Justice“, die erneut auf gesellschaftsvertragstheoretische Argumente zurückgriff, erlebt das Naturrecht seine Rehabilitierung. Nun hat sich diesbezüglich in ihm eine theoretische Wende vollgezogen, denn neben der Legitimierung von Herrschaftsordnung erscheint die Legitimierung von Gerechtigkeitsgrundsätzen¹¹⁴ als neuer Schwerpunkt des modernen Naturrechts.

1.2.4 Legitimationstheorien in der Gegenwart

Die Legitimationstheorien der Gegenwart unterscheiden diverse Aspekte des Legitimationsbegriffes:

- Einen normativen Aspekt der Legitimität (Legitimitätsanspruch, Anerkennungswürdigkeit der Herrschaft) und einen soziologischen Aspekt derselben, der sich auf die tatsächliche soziale Anerkennung (Legitimitätsglauben) bezieht.
- Einen prozeduralen bzw. verfahrensmäßigen, rein formellen Aspekt – der Gehorsamsanspruch der Herrschaft gründet auf der Einhaltung bestimmter verfahrensmäßiger Anforderungen - und einen materiellen Aspekt, welcher auf die Verwirklichung bestimmter Ziele innerhalb eines politischen Systems abzielt. Aus der tatsächlichen Erreichung des Zieles ergibt sich der Gehorsamsanspruch der Herrschaft.
- Einen Input- und einen Output-Aspekt. Im Grunde genommen liegt beiden Aspekten ein gemeinsamer Legitimationsbegriff zugrunde, welcher verfahrensmäßige und materielle Facetten ausweist. Je nach dem Winkel, aus dem den Legitimationsbegriff betrachtet wird, tritt der Output- oder der Input-Aspekt der Legitimität in den Vordergrund. Es ist eben der Perspektivwechsel, der die Differenzierung zwischen Input- und Output-Legitimation aber auch

¹¹⁴ S. Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 762 ff.

die begrifflichen Überschneidungen beider Aspekte zum Ausdruck bringt. Im Allgemeinen bezieht sich der Output-Aspekt auf substantielle Ergebnisse – man setzt bestimmte Ziele voraus, zu dessen Erfüllung unterschiedliche Verfahren eingesetzt werden. Nicht das Verfahren, sondern die tatsächliche Verwirklichung der Ziele mittels jener Verfahren zählt, um das System zu legitimieren. Das Verfahren dient in diesem Sinne der Rationalität der Entscheidung. Aus der Input- Perspektive erscheint das Verfahren, der Entscheidungsprozess an sich selbst als maßgebend – wichtig ist dabei, dass diesen Anforderungen entsprochen wird¹¹⁵.

All diese Aspekte sind so eng miteinander verbunden, dass „Legitimität“ nicht mehr als ein statischer Begriff, so wie ihn die traditionellen Legitimationstheorien begriffen haben, sondern als ein dynamischer, teils verfahrensbezogen, teils materiell bedingter verstanden werden sollte. In diesem Sinne soll sich der normative Anspruch in der Anerkennung der Unterworfenen ständig bewähren¹¹⁶.

Nun werden hierbei in aller Kürze einige der wichtigeren Legitimationstheorien der Gegenwart beschrieben.

John Rawls' Theorie¹¹⁷ richtet sich primär gegen den im angelsächsischen Rechtsraum vorherrschenden Utilitarismus¹¹⁸. Rawls lehnt die Relativierung der Unverletzlichkeit des Menschen zugunsten des gesellschaftlichen Wohlergehens ab. Als rechtsethischer Kontraktualismus konzipiert seine Theorie Gerechtigkeit als Fairness. Rawls bedient sich der Theorien rationalen Wahl, insbesondere der Spiel- und Entscheidungstheorien, um jene Gerechtigkeitsgrundsätze zu ermitteln, welche der Organisation des Zusammenlebens im Staate zugrunde liegen sollen. Leitgedanke dieser Ermittlung ist die Maximierung des Selbstinteresses der Subjekte. Denn es sind die hypothetischen Subjekte selber, welche jene Grundsätze aus Selbstinteresse wählen

¹¹⁵ Für weitere Ansichten dieser Unterscheidung s. Petersen, Niels „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“ 2009, S. 10 ff.

¹¹⁶ S. Heun, Werner „Legitimität, Legalität“ in Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 1420.

¹¹⁷ Vgl. Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 762 ff.

¹¹⁸ S. dafür Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 81 ff.

sollen. Der Zusammenhang zwischen Gerechtigkeitsgrundsätzen und dem Selbstinteresse der Subjekte ergibt sich aus den Rahmenbedingungen, unter denen die Wahl stattfindet, denn durch sie erzielt man ein gerechtes, faires, allgemeingültiges Ergebnis, das eben deswegen im Dienste des Selbstinteresses der Subjekte steht. Dies gilt aber nur in beschränktem Maße, denn die Gerechtigkeitsprinzipien erfordern auch Verzicht. Hinter dem „Schleier des Nichtwissens“ („*veil of ignorance*“), welcher die Subjekte daran hindert, ihre eigenen natürlichen Fähigkeiten und soziale Stellung zu erfahren, sollen die Individuen Verfassungsprinzipien wählen, die jedem die Verfolgung des eigenen Lebensplans und einen Anteil an den Grundgütern ermöglichen sollen. Da sie aufgrund des Schleiers nicht imstande sind, diejenige Prinzipien zu wählen, welche ihnen direkt vorteilhafter wären, sehen sie sich dazu gezwungen, allgemein vorteilhafte Prinzipien auszusuchen. Der „Schleier des Nichtwissens“ operiert als „Verallgemeinerungsinstrument“¹¹⁹, welches für Unparteilichkeit sorgt. Die Legitimation dieser Verteilungsgerechtigkeitsprinzipien liegt also in der unparteilichen Selbstbestimmung der wählenden Subjekte, d.h. in der Einsicht, dass „jeder über die anderen so entscheide, wie über sich selbst“¹²⁰. Mit seiner Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness setzt Rawls voraus, dass den demokratischen Rechtssystemen bestimmte Werte (Freiheit und Gleichheit) gemeinsam sind. Die demokratischen Rechtssysteme sind diesen Werten gemäß aufgebaut. Sie bestimmen den öffentlichen Vernunftgebrauch, seine Richtlinien und Kriterien, die zur den Gerechtigkeitsgrundsätzen führen und seine Anwendung regulieren.

Auch bei **Robert Nozick**¹²¹ (1938 - 2002) ist ein gesellschaftstheoretischer Ansatz zu finden. In Anlehnung an John Lockes Theorie, und beeinflusst von wirtschaftsliberalen Denkern wie Friedrich August von Hayek (1899 – 1992), entwirft er ein Staatslegitimierungsmodell, das auf drei Grundsäulen basiert:

¹¹⁹ Kersting, Wolfgang „Gesellschaftsvertrag“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 763.

¹²⁰ Zippelius, Reinhold „Rechtsphilosophie“ 5. Aufl. 2007, S. 85.

¹²¹ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 451 ff.

- Der Befürwortung des gemeinsamen Schutzes der natürlichen Rechte wegen der Aufwendigkeit des privaten Schutzes.
- Der erhöhten Effizienz des gemeinsamen Schutzes, wenn dieser auf einem Territorium konkurrenzlos bleibt.
- Der moralischen Verpflichtung zu Entschädigungen.

Nun betrachtet Nozick den Staat als das Ergebnis unkoordinierter Handlungen rationaler Individuen. In diesem Zusammenhang gilt sein Staatslegitimationsmodell als „Erklärung mittels unsichtbarer Hand“¹²². Sein Argument der allgemeinen und freien Zustimmung der Individuen - das kennzeichnende Element der Gesellschaftsvertragstheorien – ist mit dem Vorteil gleichzusetzen, welcher durch die Bildung des Staates entsteht. In diesem Sinne revidiert er die alte Idee der Zustimmungswürdigkeit: Weil der Staat allseits vorteilhaftig ist, verdient er die Zustimmung der Subjekte. Es ist jedoch anzumerken, dass Nozicks Theorie einen „*minimal state*“¹²³ rechtfertigen.

Auch **Otfried Höffe** (1943*) entwirft ein Staatslegitimationsmodell, das von Gesellschaftsvertragstheorien und Naturrecht (politischer Gerechtigkeit) kantischer Natur zehrt. Die Idee der gerechten Herrschaft und Zwangbefugnis steht im Mittelpunkt seiner hoch differenzierten Argumentation. Höffe thematisiert grundlegende und notwendige Elemente einer gerechten Herrschaft. Dort wo andere Rechtsdenker von der Feststellung bestimmter Voraussetzungen ausgehen, geht Höffe einen Schritt zurück, um die Voraussetzungen selbst auf Richtigkeit zu prüfen. Letzten Endes ergibt sich sein Modell aus der Entgegensetzung zwischen Rechtspositivismus (ethischem Relativismus) und Anarchismus. Die Notwendigkeit einer minimalen Moral des Zusammenlebens und des Zwanges, um ihr zur Wirklichkeit zu verhelfen, bilden das Ergebnis seiner Argumentationen. Legitimiert werden diese Elemente durch die Zustimmung der Betroffenen und den distributiven Vorteil, d.h. durch den einem jeden Individuen daraus erwachsenden Vorteil. Wie bei Kant weist auch Höffes Theorie eine kosmopolitische Absicht auf: Die Vollendung

¹²² Höffe, Otfried, „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 453.

¹²³ S. Nozick, Robert „Anarchy, State and Utopia“, 1974, S. 26 ff.

des Rechtszustandes beansprucht die Errichtung einer subsidiären und föderalen Weltrepublik¹²⁴.

Ein bis dahin unerforschter soziologischer Aspekt des Legitimationsbegriffs kam in **Max Webers** (1864 – 1920) Werk „Wirtschaft und Gesellschaft“ (1922) zur Geltung¹²⁵. Weber vertritt die These, dass bereits in der Moderne das Ethische endgültig aus dem politischen Diskurs ausgeschlossen worden ist. Im diesem Sinne kommt bei ihm der soziologische Aspekt der Legitimität deutlich zum Vordergrund. Ihm zufolge kann die Anerkennung der Legitimität einer bestimmten Herrschaftsform seitens der ihr Unterworfenen dadurch zustande kommen, dass die Herrschaft:

- „nach rational gesetzten Regeln (Legitimität kraft Glauben an die Legalität gesetzter Ordnung),
- nach tradierten Ordnungsvorstellungen (Legitimität kraft Glauben an die rechtfertigende Wirkung der Tradition), oder
- durch eine charismatische Persönlichkeit (Legitimität kraft Glauben an die Sendung des Herrschers)

ausgeübt wird“¹²⁶. Mit dieser Differenzierung stellt Weber auf gesellschaftliche „Fügsamkeitsmotivationen“¹²⁷ ab. Webers Betrachtungen prägten insbesondere die Diskursethik und die Systemtheorien.

Kantischer Inspiration ist auch die Diskursethik, deren berühmtester Vertreter **Jürgen Habermas** (1929*) ist. Nachdem sich unsere Gesellschaften von „autoritativen Überlieferungen“¹²⁸ – damit ist jene moralisch-theologische Heteronomie gemeint, die Recht und Moral vor der Neuzeit zugrunde lag - gelöst hat, bleibt als einzige Möglichkeit für die

¹²⁴ S. dafür Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987; „Demokratie im Zeitalter der Globalisierung“, 1. Aufl., 1999.

¹²⁵ Vgl. Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, 1982, Band 3 S. 711.

¹²⁶ Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H – Me. 1982, S. 735.

¹²⁷ Heun, Werner „Legitimität, Legalität“ in Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 1420.

¹²⁸ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 152.

Beantwortung moralischer Fragen das „argumentierende Erwägen“¹²⁹, das die Gestalt eines herrschaftsfreien Dialogs annimmt. Durch ihn wird die Allgemeinheit der Normen und die Selbstbestimmung der Individuen gesichert. Die Legitimität der Normen leitet sich aus der zwangsfrei erfolgten Einigung der Subjekte auf die Gültigkeit von Normen ab. Vor diesem Hintergrund bezieht Habermas die legitimierende Kraft der deliberativen Demokratie aus der Institutionalisierung von Diskursen und Verfahren „mit Hilfe von Kommunikationsformen ...“, die für alle verfahrenskonform erzielten Ergebnisse die Vermutung der Vernünftigkeit begründen sollen“¹³⁰. In diesem Sinne ist Legitimation der demokratischen Herrschaft ebenso auf individuelle Autonomie und „vernunftgeleiteten Konsens“¹³¹ zurückzuführen. Die demokratische Beteiligung der Bürger an der Entscheidungsfindung ist jedoch nicht das Hauptziel des Systems, vielmehr ist sie „ein Mittel zur Steigerung der Entscheidungsqualität“¹³².

Letzten Endes geht es der Diskursethik um die Institutionalisierung von Kommunikationsprozessen, durch welche eine ständige „kritische Erörterung der Inhalte“¹³³ durchgeführt wird. In diesem Sinne hängt die Legitimation des Rechtssystems in Habermas' Augen bereits im Rechtserzeugungsprozess von der Einbettung in grundlegende Moralvorstellungen ab¹³⁴. Für ihn bilden Moralität und Recht also keine voneinander unabhängigen Größen – das Recht ist nicht der Moral untergeordnet, vielmehr sind sie gleichzeitig ineinander verschränkt. Mit „Moral“ bezieht sich Habermas aber nicht auf jene inhaltlichen Konstruktionen des Vernunftrechts. Er konzipiert die mit dem Recht verschränkte Moral als rein prozedural und von bestimmten Norminhalten entledigt: Sie ist ein Verfahren für die „Begründung und Anwendung möglicher Norminhalte“¹³⁵ und ist im diesen Sinne in den diskursiven

¹²⁹ Ebd. S. 152.

¹³⁰ Habermas, Jürgen „Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates“ 1. Aufl. 1998, S. 368.

¹³¹ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 151.

¹³² Petersen, Niels „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“ 2009, S. 21.

¹³³ Ebd. S. 736.

¹³⁴ Würtenberger, Thomas in Brunner, Otto (Hrsg.) „Historisches Lexikon“, Band 3 H – Me. 1982, S. 736.

¹³⁵ S. Habermas Jürgen „Faktizität und Geltung“. 1. Aufl. 1998, S.568.

Rechtserzeugungsprozess eingewandert und als „offenes Verfahren“ institutionalisiert. Davon hängt die Legitimation des Rechtssystems ab. Aus dieser Perspektive bildet Habermas' Theorie der deliberativen Demokratie eine Art Ergebnislegitimation, deren Hauptaugenmerk in der „Steigerung der Rationalität politischer Entscheidung“¹³⁶ zu finden ist. Den Systemtheorien liegt die Auffassung zugrunde, dass sich moderne Gesellschaften nicht durch vereinfachende Vorstellung erklären und verstehen lassen¹³⁷. Dafür brauche man komplexe Betrachtungsweisen, welche alle auf sie wirkenden ökonomischen, politischen, religiösen, ethischen und rechtlichen Faktoren erfassen. Der bekannteste unter den Systemstheoretikern heißt **Niklas Luhmann**¹³⁸ (1927 – 1998). „*Autopoiesis*“ (ein aus der Neurobiologie entliehener Begriff mit der Bedeutung „Selbsterstellung“, „Selbstorganisation“) und Kommunikation sind zentrale Begriffe seiner Theorie über die Verhaltenssteuerung innerhalb einer Gesellschaft. Luhmann sieht das soziale Geschehen als Operationen, die in einem Zusammenhang stehen. Wenn sich diese Operationen abgrenzen und ausschließlich auf sich selbst beziehen, entsteht ein sich selbst organisierendes System, d.h. Sinngehalte werden innerhalb des Systems produziert bzw. modifiziert und weiter gegeben und nicht von anderen Systemen importiert. Daraus entsteht Komplexität im großen Stil, welche die Gefahr der Instabilität von Systemen birgt. Für die Stabilisierung des Systems, für sein störungsfreies, effizientes und konsequentes Funktionieren braucht man Normen. Das Recht, das als Subsystem der Gesellschaft fungiert, sorgt im Rahmen einer verfassungsmäßigen Rechtsordnung dafür, dass Gesetze erlassen, geändert oder aufgehoben werden. Diese rechtlichen Normen legen die „Spielregeln“¹³⁹ (Orientierungssicherheit¹⁴⁰) fest und stellen eine verlässliche Ordnung des Sozialsystems her. Somit wird die Komplexität des Ganzen in Grenzen gehalten. Der Preis dafür ist die Erhöhung der eigenen Komplexität im Rechtssystem mittels innerer Differenzierungen

¹³⁶ Petersen, Niels „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“ 2009, S. 20.

¹³⁷ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 176 ff.

¹³⁸ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 178 ff.

¹³⁹ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 178.

¹⁴⁰ Vgl. Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl. 2003, S. 179.

und Verarbeitung von Informationen. Darüber hinaus stellt das Recht ein Kommunikationsmedium dar, das zur friedlichen Konfliktaustragung beiträgt. Diese Rechtsfunktion an sich selbst betrachtet Luhmann als Legitimationsbasis des Rechtes. Die Stabilisierung des Systems bzw. seine Sicherung erfordert verfahrensmäßig erlassene Normen, die, weil sie eben verfahrensmäßig erlassen worden sind, mit der Anerkennung der Betroffenen rechnen können. Es handelt sich um die „Institutionalisierung der Beliebigkeit von Rechtsänderungen“¹⁴¹. In diesem Sinne heißt das von Luhmann verteidigte Legitimationsmuster „Legitimation ausschließlich durch Verfahren“¹⁴².

Im Allgemeinen lässt sich behaupten, dass Legitimation heute eng mit „Demokratie“ im Sinne von Machtbegrenzung und Konsenssicherung (demokratische Legitimität) zusammenhängt. Aber dies ist nicht alles. Hinzu kommt ein wichtiger Aspekt, nämlich die effiziente Konfliktlösung und Daseinsvorsorge (leistungsstaatlich-technokratische Legitimität). All diese Elemente in Eintracht zu bringen, ist nicht immer möglich.

Weil bei dem Machtbegrenzungsgedanken und bei der Idee der Zustimmung der Betroffenen der moralische Wert der Verbindlichkeit zum Vorschein kommt, stellt die Demokratie eine moralische Herrschaftslegitimationsart dar. Neben ihr belegen andere Legitimationsformen auch einen wichtigen Platz.

1.2.5 Legitimationsarten

In Bezug auf Legitimationsarten unterscheidet man wissenschaftlich zwischen:

- (a) Legitimation durch Entscheidungskompetenz und Verfahren.
- (b) Legitimation durch Konsens.
- (c) Legitimation durch Konsens mittels eines Verfahrens.
- (d) Ergebnislegitimation.

¹⁴¹ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 172.

¹⁴² Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 173.

A) Legitimation durch Entscheidungskompetenz und Verfahren

Wie wir gesehen haben, sind die unmittelbaren Vorläufer dieser Legitimationsart der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts, Hobbes „Ermächtigungstheorie“¹⁴³ („*sed auctoritas, non veritas facit legem*“) und Webers soziologischer Ansatz. Maßgeblich für die Organisation der Gesellschaft sind nicht die Inhalte der Normen, sondern ihre verfahrensmäßige Produktion: Verbindlichkeiten – notwendige Beziehungen moralischer, technischer oder pragmatischer Natur - können folgerichtig ihre Legitimation auch aus einem Verfahren beziehen. Bei dieser Legitimationsart geht es also nicht um den Norminhalt, sondern um Zuständigkeiten, Abläufe und Formen¹⁴⁴. Daher sind Normen über die Bestellung der Mitglieder des Entscheidungsorgans und über die innerhalb desselben anzuwendenden Verfahren so wichtig.

Drei Klassen dieser Legitimationsart können unterschieden werden¹⁴⁵:

- Reine Verfahrenslegitimation: Hierbei liegt die Legitimation im Verfahren selbst, sofern es fair ist und alle Betroffenen gleich behandelt. Diese Legitimationsart beanspruchen beispielweise die Ergebnisse von Glücksspielen oder von Versammlungen, in denen Entscheidungen abgestimmt werden sollen.
- Vollkommene Verfahrenslegitimation: Hierbei geht es schlicht um die Anwendung eines vorbestimmten, unabhängigen Maßstabes für ein dafür bestimmtes Verfahren, das den vom Maßstab verfolgten Zweck sichern soll, z.B. die Aufteilung eines Kuchens gemäß dem Prinzip: „Wer teilt, erhält das letzte Stück“ oder „Einer teilt, der andere wählt“.
- Unvollkommene Verfahrenslegitimation: Hierbei geht es auch um die Anwendung eines vorbestimmten, unabhängigen Maßstabes durch Verfahren. Ein strenger Rechtsformalismus würde unter diese Deskription fallen. In diesem Sinne sichert die

¹⁴³ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 130 ff.

¹⁴⁴ Höffe, Otfried „Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung“ 2001, S. 46.

¹⁴⁵ S. für die der Unterscheidung zugrunde liegende Überlegung Höffe, Otfried „Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung“ 2001, S. 46.

verfahrensmäßige Maßstabsanwendung ein rein formales „gerechtes“ Ergebnis, das dennoch „ungerecht“ sein kann (legal aber illegitim). Dies ist der Fall z.B. der Strafprozesse: Ein Urteil kann dadurch rechtskräftig sein, doch „gerecht“ ist es nur dann, wenn Unschuldige nicht bestraft und die Strafen nach der Schuldmaßgabe bestimmt wurden; darüber hinaus, wenn die Richter nicht in der Sache selbst befangen sind (Unparteilichkeit), wenn dem Prinzip des rechtlichen Gehörs Genüge getan wurde ... usw.

Paradigmatisch für die unvollkommene Verfahrenslegitimation ist Luhmanns „Legitimität durch Verfahren“¹⁴⁶, welche eigentlich die grundsätzliche Offenheit des Rechtes für beliebige Veränderungen und Inhalte in Anbetracht der Befreiung des Rechtes von naturrechtlichen Komponenten zum Ausdruck brachte. Luhmanns Ansatz kommt jedoch ohne willensbezogene Elemente nicht aus, denn letzten Endes rührt die Legitimation der dadurch zustande gekommenen Normen von einem Grundkonsens her, genauer von einem „Sich-Abfinden mit den in einem funktionierenden System hergestellten Entscheidungen“¹⁴⁷, um der Stabilisierung desselben willen.

B) Legitimation durch Konsens

Diese Legitimationsart gehört zu der Gruppe der Herkunftslegitimation („*source*“)¹⁴⁸. Bezogen auf die Entstehung einer Verbindlichkeit beschreibt man mit dem Begriff „*source*“ die Herkunft bzw. den Ursprung derselben. Drei Verbindlichkeitsklassen sind in Anbetracht ihrer entsprechenden Herkunftsarten zu unterscheiden:

- Technische: hier geht es um eine rein instrumentelle oder funktionale Verbindlichkeit. Es handelt sich um die notwendigen

¹⁴⁶ Vgl. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1. Aufl. 1987, S. 171 ff.

¹⁴⁷ Zippelius, Reinhold „Rechtsphilosophie“ 5. Aufl. 2007, S. 59.

¹⁴⁸ S. Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 6.

Mittel, Wege oder Verfahren für die Hervorbringung eines beliebigen Zweckes (Zweckrationalität).

- Pragmatische: bei dieser Verbindlichkeitsart werden vor allem die zu verfolgenden Zwecke aus der Sicht eines mittelbar oder unmittelbar Betroffenen berücksichtigt. Ein Zweck ergibt sich als verbindlich in Anbetracht der Interessen einer Person oder Gruppe von Personen. Für eine solche Verbindlichkeitsart steht paradigmatisch das Gemeinwohl.
- Sittliche: Bei sittlichen Verbindlichkeiten ist ein Gerechtigkeitsbezug unabdingbar. Politisch betrachtet rührt die Gerechtigkeit der Verbindlichkeit von der freien Zustimmung des Betroffenen her, von seiner Autonomie (Selbstbestimmung).

Das Element der freien Zustimmung, die dem Subjekt die Qualität einer moralischen Instanz zukommen lässt, verleiht den auf Konsens ausgerichteten Legitimationstheorien moralischen Charakter. Dieser Gedanke spiegelt sich im Recht auf Mitbestimmung und Mitentscheidung des Staatsbürgers wider. Doch es ist eben diese Subjektivität, welche es anhand des Gesellschaftsvertrages zu überwinden gilt. Hier sind die Grenzen nicht nur dieser historischen Legitimationsfigur, sondern auch des Konsensgedankens überhaupt zu finden. Tatsächlich lässt sich nicht immer ein alle Meinungsverschiedenheiten umfassender Grundkonsens herstellen. Rousseaus Antwort bestand in der Zurückweisung der Meinung von Andersdenkern als verfehlt, als Produkt der menschlichen Leidenschaften und daher der Bevormundung durch den allgemeinen Willen bedürftig. Dieses Problem ist auch völkerrechtlich relevant, da das Völkerrecht das Konsensprinzip zum Geltungsgrund hat. Auf diese Konstellation bezieht sich Koskenniemi in seinem „*From Apology to Utopia*“ ausdrücklich¹⁴⁹.

Die Einsicht in die Gefahren der demokratischen Gewaltherrschaft führte zur Überzeugung, dass das Konsenskriterium und das ihn widerspiegelnde Mehrheitsprinzip anhand der Grundrechtspositionen der Staatsbürger modifiziert und limitiert werden sollte.

¹⁴⁹ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“, 2. Aufl. 2005, S. 316 ff.

C) Legitimation durch Konsens mittels eines Verfahrens

Dem politischen Repräsentativsystem liegt die vorherige Auffassung zugrunde. Die herrschende repräsentative Demokratie gründet sich zugleich auf Legitimation durch Verfahren und Legitimation durch Konsens. In ihr treffen staatliche Institutionen und öffentliche Meinung aufeinander. Diese Legitimationsart ist typisch für den Verfassungsstaat. Das Ziel dieser Legitimationsvorstellung ist die Herbeiführung akzeptabler Entscheidungen für die Mehrheit, indem sie ihre Konsensbereitschaft „in die Bahnen vernünftiger Gerechtigkeitserwägungen“¹⁵⁰ lenkt.

D) Ergebnislegitimation.

Es handelt sich dabei um die Anerkennung der Effizienz einer Institution in Anbetracht der erfolgreichen Erfüllung der ihr anvertrauten Aufgaben. In ihr fließen Aspekte sowohl der oben genannten technischen, als auch der pragmatischen Legitimation zusammen. In diesem Sinne bildet sie eine besondere Art von Quellenlegitimation, welche völkerrechtlich zunehmend an Bedeutung gewinnt¹⁵¹.

1.3 Legalität, Legitimität, Rechts- und Verfassungsstaat

Der Differenzierungsprozess zwischen Legalität und Legitimität fand vor dem Hintergrund der Entstehung des modernen Staates statt. Das Mittelalter kannte zwar „zentrale“ Institutionen (Papsttum und Kaiserreich), verlieh ihnen jedoch eine diffuse, limitierte Macht, die allerdings auf einem alle christlichen Länder umfassenden Moralverständnis gründete. Die Idee der Machtkonzentration in einer Instanz war dem politischen Verständnis des Mittelalters institutionell fremd. Mit der Zentralisierung der Macht gingen neue politische,

¹⁵⁰ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 116.

¹⁵¹ S. Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“, in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 7.

bürokratische, militärische und rechtliche Strukturen einher, welche nach neuen Funktion- und Legitimitätskriterien verlangten.

Die Legalität aber entsteht nicht als funktionelle Überlegung für eine effizientere Regierung, sondern aus einem moralischen Paradigmenwechsel. Mit der „Entdeckung“ des eigenen Bewusstseins als moralisch letzter Instanz ergibt sich die Notwendigkeit, ja die Herausforderung, dem Autonomieprinzip politische Gestalt zu verleihen. Eben dies leisteten die neuzeitlichen Gesellschaftsvertragstheorien. Mit ihren theoretischen Konstruktionen spiegeln sie nicht nur jenen autonomiebezogenen moralischen Aspekt wider, sondern tragen auch der gesellschaftlichen Wohlfahrt (Rechtssicherheit, Ordnungsfunktion des Rechtes) ebenso wie dem Selbstinteresse der Untertanen (Eigentumsschutz) Rechnung: Sie geben diese Ziele dem Staate vor und beschränken somit seine Jurisdiktion auf die Gewährleistung solcher Rechtsgüter. Sie konzipieren den Staat als subsidiär und den angeborenen Rechten des Individuums untergeordnet. Aus dieser Perspektive bilden sie einen komplexen Herrschaftslegitimationsmaßstab, in dem Selbstbestimmung (moralischer Aspekt – Demokratie - Legitimation durch Konsens mittels eines Verfahren), Selbstinteresse und Wohlfahrt (Ergebnislegitimation) sowie machtbegrenzende Gedanken (Subsidiarität des Staates) zusammenfließen. Die neuzeitlichen Gesellschaftsvertragstheorien sorgten für die Legitimation des Parlamentarismus und der repräsentativen Demokratie, deren Hauptexpression der Legalitätsgedanke ist. Mit ihm soll gewährleistet werden, dass die Äußerungen der Staatsgewalt an den Volkswillen gebunden bleiben.

Die auf diese Weise konzipierte Legalität wird selbst zur Legitimationsquelle. Man spricht dann von der Legitimität der Legalität, die im Rechtsstaate so viel bedeutet wie der gegenüber der Gesamtheit der Rechtssubjekte erhobene Gehorsamsanspruch des durch die vorgesehenen, für Unparteilichkeit und Rechtssicherheit sorgenden, demokratischen Verfahren entstandenen Gesetzes. Dies steht im Einklang mit der Idee der Herrschaft des positiven Rechts, so wie sie die

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 zum Ausdruck brachte (Art. 3 und 6).

Die Legalität ist folglich das Hauptmerkmal des Rechtsstaates überhaupt.

1.3.1 Rechtsstaat und Legalität

Die Prägung des Begriffes „Rechtsstaat“ ist der deutschen Rechtskultur zu verdanken. Die fundamentale Idee des Rechtsstaates ist zwar älter als der Begriff selbst – die Herrschaft der Gesetze und nicht der Menschen („*rule of law, not of men*“) –, doch erst mit dem politischen Konstrukt des Rechtsstaates im 19. Jahrhundert finden die ersten Versuche statt, sie institutionell zu organisieren und zu garantieren. Inhaltlich noch unbestimmt, wird der Begriff „Rechtsstaat“ zum Gegenstand reger rechtswissenschaftlicher Diskussion. Zwei Betrachtungslinien beginnen sich abzuzeichnen: eine rein formelle und eine formell-materielle. Für die erste stand Friedrich Julius Stahl (1802 – 1861), der auf rein prozedurale Aspekte des Rechtsstaates hinwies. Sofern die Staatsgewalt die Gesetzesform respektiere, könne sie jedweden Inhalt zum Normgegenstand machen. Nichtsdestotrotz sieht Stahl die Staatsgewalt an das „sittliche Reich“ Gottes gebunden. Doch der Verstoß des positiven Rechtes gegen es habe nicht die Nichtigkeit des positiven Rechts zur Folge. Bei Robert von Mohl (1766-1845) hingegen finden wir eine Betrachtung des Rechtsstaatsprinzips, welche, ohne auf formelle Elemente desselben zu verzichten, auch substantielle Prinzipien (Sicherung der individuellen Freiheit, subsidiäre Solidarität mit den Mittellosen, Gesetzesvorbehalt bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger, unabhängige Justiz, Verhältnismäßigkeitsprinzip) mit einschließt und behauptet¹⁵².

Die konstitutionelle Monarchie ist die Gestalt, welche der Rechtsstaat während der Kaiserzeit annahm. Charakteristisch für das Rechtsstaatsverständnis der Epoche ist seine Entkleidung jedweder naturrechtlicher Legitimationsgedanken. Man erkennt am Staate die

¹⁵² Vgl. Gräfin v. Schlieffen, Katharina „Rechtsstaat“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“, 2006, S. 1928 ff.

menschliche Hervorbringung, die er tatsächlich ist. Nicht der göttliche, sondern der menschliche Wille steht hinter seiner Tätigkeit und nur er ist für sie maßgeblich. In diesem Zusammenhang bildet das Recht das Instrument, wodurch sich dieser Wille zu erkennen gibt. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips in dieser Periode begrenzte sich darauf, eine schlichte Etikette für die ordnungsmäßige Tätigkeit der staatlichen Verwaltung zu sein.

Die damals herrschende Tendenz, die Idee der Herrschaft des positiven Rechts auf schlicht prozedurale Kriterien zu reduzieren (Rechtsformalismus), schien den Kern des Legalitätsgedankens zu unterminieren, nämlich die Gewährleistung der Autonomie der Bürger und die Eindämmung der politischen Willkür. Tatsächlich war es in den Augen der Rechtstheoretiker jener Zeit kaum vorstellbar, „die Volksvertretung könne einem willkürlichen oder gar ungerechten Gesetz die Zustimmung erteilen“¹⁵³. Dementsprechend standen die Grundrechte der Legislative zur Verfügung; sie banden ausschließlich die Staatsgewalten. Und eben in diesem Sinne wird das Rechtsstaatsprinzip in der Weimarer Verfassung definiert und verankert. Carl Schmitt lehnt das Rechtsstaatsprinzip, und insbesondere die demokratische Legalität radikal als Lähmung der politischen Volksaspirationen ab und führt somit die berühmte Entgegensetzung zwischen Legalität und Legitimität ein.

Mit der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für Demokratie (Art. 20 I GG) und Rechtsstaatlichkeit¹⁵⁴ knüpft das Grundgesetz an das Rechtsgedankengut der Aufklärung an. Das Grundgesetz erkor den Volkswillen zur Legitimationsquelle. Er ist es, welcher den Staatsorganen bei der Wahrnehmung der ihnen anvertrauten Staatsaufgaben zugrunde liegt. Doch das Grundgesetz zehrt damit von einem komplexen Legitimationsverständnis, dessen erste Legitimationsbasis die Verfassung selbst ist, „indem sie – als Ausdruck des demokratischen

¹⁵³ Maurer, Hartmut „Staatsrecht“ 1999, Rn. 7 S. 212.

¹⁵⁴ Das Rechtsstaatsprinzip wird nicht direkt vom Grundgesetz erwähnt, ist aber in einer Reihe von Artikeln entfaltet. Art. 1 ff. (Menschenwürdegarantie); Art. 20 III (Rechtsbindung der gesamten Staatsgewalt); Art. 20 II 2 (Gewaltenteilungsprinzip); Art. 19 IV (Rechtsschutzgarantie); Art. 28 I 1 (Bindung der Länder an die Grundentscheidungen des Grundgesetzes); Art. 23 I 1 (Voraussetzung der Mitwirkung der Bundesrepublik in der Europäischen Union); Art. 34 (Staatshaftung); Art. 101 ff. (prozessuale Grundrechte).

Verfassungsgebers – bestimmte Organe konstituiert und mit Kompetenzen ausstattet“¹⁵⁵. Die Verfassung ruft eine Legitimationskette hervor, die Staatsorgane und Amtsträger auf der einen Seite, und den Volkswillen auf der anderen zusammenbindet. Und dies nicht nur in einem rein formellen (prozeduralen), sondern auch materiellen Sinn. Die materiell demokratische Legitimität wird durch das vom Parlament erlassenen und seiner Kontrolle unterzogenen Gesetz vermittelt. Indem das formelle und materielle Gesetz Ausdruck des Volkswillens ist und der Volkswille seine Grundlage in der Selbstbestimmung des Individuums findet, erlangt der Legalitätsbegriff im demokratischen verfassungsmäßigen Staate moralischen Charakter. An diesem Punkt geht die Legalität in Verfassungsmäßigkeit über.

Mit der Grundentscheidung für Rechtsstaatlichkeit bringt das Grundgesetz das Streben nach Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zum Ausdruck. Im Rechtsstaat sind nicht nur die Beziehungen zwischen Bürgern, sondern auch zwischen diesen und dem Staate dem Gesetz unterworfen. Somit kommt die Qualität des Bürgers als Rechtssubjekt – Rechten- und Pflichtenträger - deutlich zum Vorschein. Auf diese Weise drückt der Legalitätsbegriff das besondere Verhältnis von Demokratie und Gesetz im Verfassungsstaat aus.

Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes sind:

- Die Grundrechte. Angeborene, durch die Verfassung garantierte Rechte der Individuen, über welche der Staat nicht verfügen darf. Auf diese Weise sind die Grundrechte von schlichten Legitimitätsprinzipien (Menschenrechten) zu „Grundsätzen der Legalität geworden“¹⁵⁶. Diese Qualität zeichnet besonders den demokratischen Konstitutionalismus nach dem Zweiten Weltkrieg ab.
- Die Gewaltenteilung, in ihrer klassischen machtbegrenzenden und freiheitssichernden Bedeutung.
- Die Bindung der staatlichen Organe (Legalitätsprinzip i.e.S.) an Recht und Gesetz. Vorrang der Verfassung (Verfassungsbindung

¹⁵⁵ Maurer, Hartmut „Staatsrecht“ 1999, Rn. 27 S. 192.

¹⁵⁶ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“ 1. Aufl. 1987, S. 462.

des Gesetzgebers) und des Gesetzes (Rechtsbindung der Verwaltung). Im Verfassungsstaat gibt es keine rechtsfreien Räume. Der Hinweis auf die Rechtsbindung verdeutlicht, dass auch „überpositive Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit“¹⁵⁷ hinsichtlich der Staatsgewaltsausübung berücksichtigt werden sollen.

- Der Gesetzesvorbehalt. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.
- Der Rechtsschutz. Gewährleistung des Rechtsweges durch unabhängige Gerichte gegen rechtswidrige staatliche Akte.
- Die Staatshaftung. Haftung des Staates für Schädigungen des Bürgers durch rechtswidriges Verhalten des Staates.
- Die rechtsstaatlichen Strafrechts- und Strafprozessrechtsgrundsätze (*nulla poena sine lege; ne bis in idem*; Schuldprinzip; Unschuldsvermutung; Verbot der Selbstbezichtigung; *in dubio pro reo*; rechtlicher Verhör; faires Verfahren; Richtervorbehalt bei Freiheitsentzug).
- Die Rechtssicherheit. Ordnungstiftende Funktion des Rechtes, Bestimmtheit und Sicherheit des Rechtes. Durch die erlassenen Gesetze lenkt die Legislative die Gewaltausübung der anderen Staatsgewalten und legt dann die Reichweite der zugelassenen Eingriffe in die Freiheit der Bürger fest. Dadurch werden die staatlichen Eingriffe berechenbar und vorhersehbar.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Übermaßverbot.

Im Begriff des Rechtsstaates finden also im Allgemeinen vier Ideen Anerkennung:

- Die Idee rationaler Herrschaft, welche die Gesellschaftsvertragstheorien gründlich entwickelten.
- Die Idee der Achtung vor dem geltenden Recht,
- Die Idee der Überwindung der Willkürherrschaft durch eine allseits vorteilhafte Rechtsordnung,

¹⁵⁷ Gräfin von Schlieffen, Katharina "Rechtsstaat" im Heun, Werner (Hg.) „Evangelisches Staatslexikon“, 2006 S. 1931.

- Die Idee, dass das Recht dem Staate vorgeordnet ist. Das Individuum hat angeborene Rechte, über welche der Staat nicht verfügen darf (Grundrechte). Seine Aufgabe beschränkt sich auf den Schutz derselben.

All diese Aspekte sorgen für „*truthfulness, transparency, decentering of one's preferences, neutrality*“, folglich für Universalität und bilden – so Koskenniemi¹⁵⁸ - den Kern dessen, was Lon L. Fuller „*the inner morality of law*“¹⁵⁹ nannte. Es ist also im Rahmen des Verfassungsstaates überhaupt, in dem der Legalitätsbegriff, das Rechtsstaatsprinzip seinen vollen Sinn erlangt. Die Formalität des Rechtes ist eine Bedingung der Möglichkeit der Lebensgestaltungsfreiheit des Bürgers (Legalität im Rechtsstaat wirkt als Willküreinschränkung) und der friedlichen Koexistenz unterschiedlicher, ja sogar entgegengesetzten Wertkonzeptionen innerhalb des Rechtsstaates (die Legalität des Rechtsstaates erhebt keine moralische Gesinnung zum Rechtmäßigkeitsmaßstab und stellt deshalb die minimale Grammatik des Zusammenlebens dar). Der formelle Charakter der Legalität entspricht dementsprechend der Institutionalisierung und Rationalisierung (Verrechtlichung) der Machtkontrolle und ist auch Ausdruck der Forderung nach der Herrschaft des Rechts. Und doch erfordert die Legitimität der Legalität im Verfassungsstaat „nicht nur prozedurale, sondern auch inhaltliche Komponenten“¹⁶⁰. Das Rechtsstaatsprinzip ist im Verfassungsstaate zugleich Grenze und Grundlage der Staatsgewalt. Im diesen Sinne lässt sich der Begriff „Verfassungsmäßigkeit“ als Legalitätsüberbietung begreifen.

¹⁵⁸ Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today's International Law“, 2005. S. 25.

¹⁵⁹ Fuller, Lon L. „The Morality Of Law“, 1963, S. 42.

¹⁶⁰ Zippelius, Reinhold „Geschichte der Staatsideen“ 10. Aufl. 2003, S. 179.

1.3.2 Legitimität contra Legalität¹⁶¹

Im Begriff „Verfassungsmäßigkeit“ sind Legitimität und Legalität eng miteinander verbunden. Der Verfassungsstaat stellt die bis heute dauerhafteste und stabilste Form dar, um Legitimität und Legalität, Moral und geltendes Recht in Eintracht zu bringen. Dabei ist Legalität die wichtigste Legitimitätsquelle. Eben dieser Aspekt wurde bereits kurz nach seiner Institutionalisierung Gegenstand radikaler und gezielter Kritik. Es war Carl Schmitt, der an der Weimarer Verfassung jenes Legitimitätsverständnis kritisierte und das zwischen formeller Legalität und materieller Legitimität bestehende Spannungsverhältnis verdeutlichte.

Carl Schmitt richtet seinen kritischen Blick gegen den Rechtsstaat, der in seinen Augen nichts Weiteres als ein „parlamentarischer Gesetzgebungsstaat“ ist. Dieser Staat maße sich den Anspruch an, „Recht“ zu setzen, aber was er in Wirklichkeit tue, sei „vorherbestimmte, inhaltlich meß- und bestimmbare, dauernde und generelle“¹⁶² Normierungen zu produzieren. Die Krönung dieses Rechtsstaatsverständnisses bildet die Legalitätsidee. Schmitt wendet sich vor allem gegen den diese Legalitätsidee vertretenden Rechtspositivismus, der schon längst vor der Novemberrevolution 1918 das Rechtsverständnis der Epoche prägte. Durch ihn wird die Legitimitätsfrage aus der rechtswissenschaftlichen Diskussion ausgeschlossen. Das Recht wird also als Tatsache betrachtet und seine Begründung als irrelevant für den Staat gehalten. Carl Schmitt hingegen versuchte mit seiner Rechtspositivismuskritik, die Legitimationsfrage des Rechtes erneut in die rechtswissenschaftliche Diskussion hinein zu holen. Der parlamentarische Gesetzgebungsstaat bildet ein geschlossenes Rechtssystem, in dem Gesetze und nicht Menschen herrschen. Die Herrschaft im Rechtsstaate konstituiert eine gesetzliche Ermächtigungskette, aus der die Staatsgewalten ihre Legitimation zum Handeln beziehen. Das Recht wird zum Gesetz reduziert und somit

¹⁶¹ Die Aufführungen dieses Abschnittes gründen auf Hoffmann, Hasso „Legalität contra Legitimität“, 1964.

¹⁶² Schmitt Carl „Legalität und Legitimität“ 3. Aufl. 1980 S. 9.

werden alternative Rechtsquellen und das Widerstandrecht vom Rechtssystem vollkommen ausgeschlossen. Die Erzwingbarkeit des Rechtes rührt von seiner Legalität, nicht von seiner Moralität her. In diesem Rahmen kommt der Legislative die Bedeutung zu, „letzte Quelle aller Legalität“¹⁶³ bzw. Legitimität zu sein, denn im Rechtsstaate ist Legalität die einzige Legitimationsquelle. Und dies ist für Schmitt ein Widerspruch, da „Legalität gerade einen Gegensatz zur Legitimität bedeutet“¹⁶⁴.

Das Gesetz ist im Rechtsstaat ein Produkt des Parlaments. Dem Gesetz kommt dementsprechend „alle Hoheit und Würde des Staates“¹⁶⁵ kraft des Legalitätsbegriffs zu. Das Gesetz ist darüber hinaus der Beschluss, der durch ein formelles und funktionalistisches Normierungsverfahren zustande kommt, ohne jedweden Bezug zu Vernunft oder Gerechtigkeit. Damit ist der Unterschied zwischen Gesetz (formell und materiell) und Maßnahme (Verwaltungsakt) verschwunden. Die Bedingungen der Legalität sind also rein formeller (formalistisch-funktionalistischer), neutraler (inhalt- und wertloser) Natur. Dieses funktionalistische Legalitätsverständnis findet seine Korrektur in dem allgemeinen Willen, in der Demokratie als Volksherrschaft. Der demokratische Wille des einheitlichen Volkes schließt in sich jene Eigenschaften mit ein, die Gerechtigkeit und Vernünftigkeit des durch Gesetz geäußerten Willens garantieren.

Nun werden im Rechtsstaat allgemeiner Wille und Wille des Parlaments miteinander gleichgesetzt (repräsentative, parlamentarische Demokratie). Das Parlament repräsentiert aber nicht das Volk als eine Einheit, sondern ist zum Kampfplatz verschiedenartiger Interessenkonstellationen geworden. In ihm ist die parlamentarische Mehrheit diejenige, welche das Gesetz macht. Der Unterschied zwischen legal und illegal bzw. zwischen Recht und Unrecht liegt in einer bloß arithmetischen Operation.

Die parlamentarische Mehrheit kann dank der „Machtprämien“ der Legalität – Erzwingbarkeit des Gesetzes, Ausschluss des Widerstandrechtes – die Rechtsordnung so nach ihren eigenen

¹⁶³ Schmitt, Carl „Legalität und Legitimität“ 3. Aufl. 1980 S. 22.

¹⁶⁴ Ebd. S. 14.

¹⁶⁵ Schmitt, Carl „Legalität und Legitimität“ 3. Aufl. 1980 S. 24.

Bedürfnissen regulieren und modifizieren, dass letzten Endes die Möglichkeit der politischen Alternanz – die der Demokratie innewohnt und das Wesen der Gerechtigkeitskonzeption des Rechtsstaates ausmacht – zunichte gemacht wird. Der Rechtsstaat ist zu einem Herrschaftsinstrument im Dienste der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit geworden.

Und doch liegt dem Liberalismus, der eine solche Legalitätskonzeption behauptet, eine Fülle von Werten zugrunde, die nicht relativierbar sind, die nicht dem Mehrheitswillen ohne bestimmte Garantien (qualifizierte Mehrheit) überlassen werden können. Die Weimarer Verfassung spiegelt eben diesen Zustand wieder. Schmitt sah die Weimarer Verfassung in zwei widersprüchliche Hauptteile gespalten: einen wertneutralen und darüber hinaus funktionalistischen sowie einen wertbehauptenden Hauptteil. Dennoch bleibt der zweite, wertbehauptende Hauptteil der Willkür der jeweiligen parlamentarischen Mehrheit ausgesetzt, denn „der parlamentarische Gesetzgebungsstaat kennt materiell-rechtliche Sicherungen grundsätzlich nicht, weil er dem Parlament als dem ordentlichen Gesetzgeber unbedingt vertraut“¹⁶⁶. Und dies ist eine Folge der Gleichsetzung von Recht und Gesetz.

Doch aus dieser Entgegensetzung der zwei Hauptteile der Verfassung ergibt sich nicht die bekannte von Legalität und Legitimität. Diese letzte basiert auf dem Unterschied zwischen dem ordinären, funktionalistischen Gesetzgeber, also dem Parlament, und dem plebiszitären Moment, das die Weimarer Verfassung kennt. Schmitt bezieht sich eben auf die plebiszitäre Legitimität als „die einzige Art staatlicher Rechtfertigung, die heute allgemein als gültig anerkannt sein dürfte“¹⁶⁷. Sie, die „Kräfte des deutschen Volkes“, stehen im engen Zusammenhang mit der Anerkennung substanzieller Inhalte. Zwischen ihr und der funktionalistischen Wertneutralität des Rechtsstaates liegt das Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Legitimität.

Dieser Aspekt lässt sich in Anbetracht der Voraussetzungen der Gesellschaftsvertragstheorien verdeutlichen.

¹⁶⁶ Schmitt, Carl „Legalität und Legitimität“ 3. Aufl. 1980 S. 82.

¹⁶⁷ Ebd. S. 93.

Allen Gesellschaftstheorien sind gewisse Merkmale gemeinsam¹⁶⁸:

- a) Die Gesellschaftsvertragstheorien florierten während der Aufklärung, deren Menschen- und Weltverständnis sie wiedergeben. Sie setzen sich gegen das auf transzendentalen, normativen Überlegungen basierende Legitimationsmuster des Mittelalters ab.
- b) Sie spielen eine rechts- und staatslegitimierende Rolle, deren Ausgangspunkt in der „Legitimationsbedürftigkeit staatlicher Verhältnisse“¹⁶⁹ zu finden ist und zwar aus einer normativen, nicht historischen Perspektive - sie sind also ein Gedankenexperiment ohne geschichtlichen Rang, welcher die Bedingungen einer vernünftigen, politischen Grundordnung untersucht.
- c) Das Individuum und die Regelung der politischen Verhältnisse zwischen Individuen, die als „Gleiche und Freie“ gelten, stehen im Mittelpunkt derselben. Dem Einzelnen kommt die Rolle zu, „Ursprung aller staatlichen Legitimität und ... letzter Maßstab jeder politischen Ordnung“¹⁷⁰ zu sein und zwar in einem nicht kollektiven Sinn: Für die Legitimation der politischen Rechtsordnung zählt jedes Individuum als Einzelner, nicht die Gesamtheit derselben. In diesem Sinne bleibt die Legitimation der politischen Ordnung auf die Zustimmung aller Betroffenen angewiesen, welche im Gewand eines Vertrages gezeitigt wird.
- d) In Vergleich zu jenem gesetzlosen Rahmen, welcher der Naturzustand darstellt, und in dem die interpersonellen Beziehungen nach Maßgabe der eigenen Kraft und Macht ausgetragen werden, taucht die politische Rechtsordnung als Einschränkung der Handlungsfreiheit des Individuums auf.
- e) Hauptanliegen der Gesellschaftsvertragstheorien bildet also die Harmonisierung von individueller Freiheit und Gemeinschaft.

¹⁶⁸ Vgl. Höffe, Otfried „Ethik und Politik“, 1. Aufl. 1979, S. 195 ff.

¹⁶⁹ Höffe, Otfried „Ethik und Politik“. 1. Aufl., 1979, S. 197.

¹⁷⁰ Ebd. S. 197.

Unter dieser Gestalt haben die Gesellschaftstheorien seit Hobbes, Locke, Rousseau und Kant über Rawls bis hin zu unseren Tagen überlebt und darüber hinaus – Koskenniemi zufolge – den Begriff des Völkerrechts entscheidend gestaltet: es lasse sich wie ein roter Faden begreifen, welcher im Laufe der Geschichte verschiedene Gestalten angenommen hat. In dieser geschichtlich-theoretischen Theorieentwicklung erfolgt die „Entpolitisierung“ sowohl des liberalen Rechtsstaates, als auch der internationalen Rechtsordnung. Wobei unter „Entpolitisierung“ die Ablösung von normativen Legitimationsgründen durch formelle Legalitätskriterien zu verstehen ist. Im Grunde genommen, handelt es sich also um den Versuch, der Willkür Grenzen zu setzen, indem man aus der Rechtsordnung jene Gedanken eliminiert, welche seine Unparteilichkeit kompromittieren könnten. Dieser Prozess erfolgt aus unterschiedlichen Gründen.

Eine erste Form dieser „Entpolitisierung“ ist – so Koskenniemi - auf Hobbes zurückzuführen. Da er sich vornimmt, die politische Rechtsordnung aus nicht transzendentalen, ja nicht normativen Gründen - die er für „*mere projections of individuals' passion and desires*“¹⁷¹ hält und welchen er die Verantwortung für den Naturzustand gibt – zu rechtfertigen und dafür auf das Selbstinteresse des Individuums an Selbsterhaltung als Legitimationsgrundlage der staatlichen Zwangbefugnis setzt - wobei sich die Pflicht, dem Souverän zu gehorchen, aus dem von ihm geleisteten Schutz des Individuums herleitet -, wird die Machtausübung von einer ethisch-politischen zu einer legal-technischen¹⁷² Ausgabe.

Dies liegt erstens an dem von Hobbes vertretenen Menschenbild, dem zufolge der Mensch ein durch „*passion and desire*“¹⁷³, durch uneingeschränktes Begehren dominiertes Wesen sei – daher der Naturzustand -, und zweitens der Annahme einer Theorie der objektiven Interessen, der zufolge „*Any society is better than the state of nature*“¹⁷⁴ die implizite Zustimmung („*tacit consent*“¹⁷⁵) des Einzelnen die Autorität des Souveräns zur Folge hat. Ein aus diesem Holz gezimmerter Mensch

¹⁷¹ Koskenniemi, Martti “From Apology To Utopia”, 2.Aufl. 2005, S. 79.

¹⁷² Ebd. S. 82.

¹⁷³ Ebd. S. 80.

¹⁷⁴ Koskenniemi, Martti “From Apology To Utopia”, 2.Aufl. 2005, S. 83.

¹⁷⁵ Ebd. S. 83.

braucht keine moralischen Richtlinien, sondern sozusagen ein „Führungssystem“, das seiner tierischen Natur Rechnung trägt. Aus dieser Sichtweise ist eine ausdrückliche Zustimmung nicht vonnöten: Es reicht die Einsicht, dass sich der Mensch aus Selbstinteresse für den Rechtszustand entscheiden würde.

Eben deswegen, weil bei der Hobbesschen Konzeption Zustimmung des Einzelnen und Menschenrechte – denn es geht Hobbes vornehmlich darum, die schlichte Bürgerunterwerfung unter den Souverän zu legitimieren – zu kurz kommen, legten Locke und Rousseau den Schwerpunkt ihrer entsprechenden Theorien auf beide Aspekte. In diesem Sinne betrachten sie die Zustimmung des Einzelnen nicht nur als eine Bedingung der Legitimation der politischen Ordnung, sondern auch als eine Bedingung der legitimen Machtausübung: Nur in dem Maße, wie sie die Handlungsfreiheit des Individuums ermöglicht und nicht zunichtemacht, bleibt sie legitim.

In diesem Sinne ist der Gesetzgeber an Grundrechte gebunden, welche vorstaatlicher Natur und somit seiner Kompetenz enthoben sind. Eben diese vorstaatliche Natur erschwert die Konkretion jener Grundrechte (Prinzip der Subjektivität der Werte) und führt den politischen Liberalismus - zwecks der Gestaltung solcher Grundrechte – dazu, auf naturrechtliche Grundrechtstheorien zurückzugreifen, die zu überwinden er angetreten war. Somit wird die „Unparteilichkeit“ der Rechtsordnung kompromittiert. Auf diese Problemstellung antwortet der politische Liberalismus mit der „Formalisierung“ der Theorien der Grundrechte, d.h. *„by linking it (seine Grundrechtstheorie, FMH) to an unsubstantiated view of liberty“*¹⁷⁶. Somit entsteht eine zweite Entpolitisierungsart: der politische Liberalismus enthält keine Grundwerte, kein Programm für die Regierung. Er muss sich darauf beschränken, einen Koexistenzrahmen bereit zu stellen, in dem verschiedene, wenn nicht gerade entgegengesetzte Wertkonzeptionen zusammen bestehen könnten.

Mit der vom politischen Liberalismus aufgestellten Differenzierung zwischen materieller doch subjektiver Moralität und formellem, doch

¹⁷⁶ Ebd. S. 85.

objektivem Recht¹⁷⁷ erreicht Koskenniemi Argumentation ihren Höhenpunkt und wird die Spannung zwischen Legitimität und Legalität am deutlichsten, denn die Idee von der *Rule of Law* und vom damit eng verbundenen Legalitätsprinzip scheinen in Anbetracht des Vorgetragenen mit materiellen Wertkonzeptionen inkompatibel zu sein.

Tatsächlich erkoren Aufklärung und Gesellschaftsvertragstheorien drei Prinzipien zu Säulen der neuen gesellschaftlichen und politischen Verhältnissen: Freiheit, Gleichheit der Menschen und Rechtsstaatsprinzip. Auf allen drei Prinzipien basiert der politische Liberalismus, dessen Gipfel der liberale Rechtsstaat darstellte. Mit der Herstellung und definitiven Durchsetzung des liberalen Rechtsstaates im 19.Jhd. ging die kritische Kraft des Liberalismus, welche den Widerstand gegen das *Ancien Régime* letzten Endes legitimiert hatte, verloren. Der liberale Rechtsstaat konzipiert sich als ein durch objektive bzw. unparteiliche Gesetze normierter Raum, in dem verschiedene und doch gleichwertige Konzeptionen des Guten oder des Glücks zusammen bestehen sollten. Somit wurde die „Entpolitisierung“ des liberalen Projektes weitergeführt. Das Recht wurde zur „formellen“ Grammatik des Sozialen und seine Objektivität, konzipiert als Unparteilichkeit bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung, zum Legitimationsmaßstab der gesamten Rechtsordnung.

Der liberale Rechtsstaat wird zum Koexistenzrahmen, in dem man das Recht als eine Technik für das Zusammenleben denkt. Dieses Ziel wird durch den Verzicht auf normative Begründungen der Rechtsordnung und der Bereitstellung von objektiven, technischen Normen, welche eine rechtliche Antwort – in diesem Zusammenhang, eine durch Objektivität, eine also nicht durch politische bzw. moralische Einsichten geprägte, unparteiliche Norm - für jeden Konflikt parat haben sollten. Die „Technifizierung“ des Rechts entspricht logisch der grundlegenden Überzeugung der Gleichheit und Freiheit aller Rechtsadressaten.

Und dennoch – sieht man von diesen ab, entzieht man zugleich dem Liberalismus seine Legitimationsgrundlage. Dies ist das Paradoxon des politischen Liberalismus: Das Bestreben, einen „unparteilichen“

¹⁷⁷ Koskenniemi, Martti "From Apology to Utopia", 2.Aufl. 2005, S. 85.

Koexistenzrahmen zu bilden, führt ihn dazu, auf materielle Werte zu verzichten, indem er Rechtsverfahren und Rechtsform zu entscheidenden Legitimitätsmaßstäben kürzt. Dabei handelt es sich – so wie es Carl Schmitt 1932 in seinem „Legalität und Legitimität“ auf den Punkt brachte – um das Dilemma, welches zwischen „substance, on the one hand, and substancelessness or neutrality“¹⁷⁸ besteht.

Nichtsdestotrotz bildet dasjenige, was aus Sicht von Koskenniemi und Schmitt als „Entpolitisierung“ betrachtet wird, den Versuch, die Unparteilichkeit als Grundlage der minimalen Gerechtigkeit zu gewährleisten, welche von einer Rechtsordnung zu erwarten ist. Dies ist der jedem Rechtssystem innewohnenden moralische Wert, welchen eben die Gesellschaftsvertragstheorien und durch sie der politische Liberalismus zum Vorschein gebracht haben. Das Recht ist ein Instrument für die friedliche Koexistenz überhaupt. Deswegen stehen jene Rechtsbetrachtungen auf falschem Boden, welche es als schiere Form abtun. Dass moralische Legitimationsüberlegungen – wie oben dargestellt – eine wichtige Rolle bei der Erneuerung der Rechtsordnungen spielen, steht außer Frage. Sie bleiben aber, sofern sie nicht mit geltenden Rechtsprinzipien oder mit ihrer rechtlichen Auslegung übereinstimmen, politische Forderungen *de lege ferenda*. Sie sind kein Recht und können auch nicht als werdendes Recht verkauft werden. Und dies scheint das Ziel mancher völkerrechtsbezogener Autoren zu sein, welche sich auf ein hinter der Formalität der völkerrechtlichen Normen stehendes Prinzipiensystem berufen.

Aber Legalität kann nicht nur mit Legitimität in Widerspruch geraten; auch mit der wie auch immer gearteten Macht kann ein Spannungsverhältnis entstehen. Der Grund dafür liegt im Wesen der Rechtsstaatlichkeit selbst. Versteht man unter Macht den Einfluss von Faktoren wie Politik und Wirtschaft auf das politische Gemeinwesen, kommt der Rechtsstaatlichkeit die Aufgabe zu, ihn zu regulieren. Zu diesem Zweck schafft sie „ein rationales Medium und damit auch eine Distanz, aus der heraus es gelingt, die Geltung einer allgemeinen, rechtswerthaltigen

¹⁷⁸ Dyzenhaus, David „Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar“, 1997. S. 70.

Ordnung zu behaupten“¹⁷⁹. Unparteilichkeit (eine Voraussetzung der Gerechtigkeit) bleibt ein Merkmal des Rechtswesens. Das Spannungsverhältnis ergibt sich aus der Konkurrenz von Recht und Macht, zwischen dem rechtlichen Regulierungs- und dem Selbstregulierungsanspruch seitens der Politik und der Wirtschaft. In diesem Zusammenhang läuft das Recht die Gefahr, ein weiteres Mittel unter verschiedenen Regulierungsalternativen zu werden, von denen sich die „Macht“ nach Belieben bedienen darf.

Darüber hinaus kann das Recht nicht in sich geschlossen bleiben, wenn sein Anspruch die Regulierung der Gesellschaft ist. Dafür muss es sich für außerrechtliche Werte öffnen und die Gefahr laufen, ökonomische, moralische oder religiöse Inhalte zu verrechtlichen. Mit einer solchen „Ökonomisierung“ oder „Moralisierung“ des Rechts geht der Unparteilichkeitsgedanke verloren und das Recht wird zu einem schieren Machtinstrument.

1.4 Schlussfolgerungen

Die Legitimitätsfrage bezieht sich auf Herrschaft: Nur dort, wo politische Herrschaft ausgeübt wird, stellt sich die Frage nach den letzten Rechtfertigungsgründen derselben, denn politische Herrschaft operiert mit der Grammatik des Rechts und das Recht ist eng mit Autorität, evtl. auch mit der Zwangsbefugnis verbunden.

In vormodernen Zeiten war Legitimität eine Art Sammelbegriff, dessen Kern das semantische Gebiet der Legalität beinhaltete. Entsprechend den Rechtsvorstellungen der Epoche war der vor der Französischen Revolution herrschende Legitimationsbegriff Ausdruck einer heteronomen Moral. Erst mit dem Paradigmenwechsel der Aufklärung, die die Idee der Autonomie (Selbstgesetzgebung) sowohl im Moralischen als auch im Politischen mit sich brachte, stellte sich ein enger Zusammenhang zwischen Legitimation und Willen der Adressaten her. Dies kam bei den Vertragstheorien deutlich zum Vorschein. Sie rechtfertigten letzten Endes die parlamentarische Demokratie, dementsprechend auch die

¹⁷⁹ Gräfin von Schliffen, Katharina „Rechtsstaat“ in Heun, Werner „Evangelisches Staatslexikon“ 2006, S. 1933.

hervorragende Rolle des Gesetzes als Ausdruck der Volksselbstbestimmung und der Herrschaft des Gesetzes.

Der Legalitätsbegriff ist eine Errungenschaft der Französischen Revolution, der Restauration und des Liberalismus des 19. Jhs. Mit der Entstehung des liberalen Staates, d.h. mit der politischen Verwirklichung des Selbstbestimmungsideals (Demokratie) wird die Legalität zu der einzigen Legitimationsquelle.

Die Restauration postulierte das Legitimationsprinzip als Gegenstück zum Legalitätsbegriff. Mit Legitimität bezog sich die Restaurationsbewegung auf das monarchische Prinzip, auf den Zusammenhang von Tradition (Herkunft) und göttlichem Willen (Heteronomie) als Grundlage der Herrschaft. Beide Aspekte werden nur im Rahmen eines Moralverständnisses nachvollziehbar, das Recht und Moral als eine Einheit betrachtet. Vor diesem Hintergrund erscheint das Gesetz, die Legalität, als ein menschliches, vorübergehendes Produkt, welches dem Gottgewollten nichts anhaben kann. Aus dieser Sichtweise wird die Restauration zur göttlichen Sache: Man restauriert nicht nur die alten Dynastien (Bourbonen), man restauriert im Grunde genommen den göttlichen Willen, der keinerlei Einschränkungen anerkennt, am wenigsten diejenigen, die vom menschlichen Willen herrühren. Daraus entsteht die Rechtfertigung des europäischen Interventionsrechts.

Mit der Etablierung der neuen konstitutionellen Monarchien (dank der Restauration) und mit der Durchsetzung der Idee der Machtlimitation als Legitimationsgrundlage (dank der Aufklärung) verblassten die dem Prozess zugrunde legenden naturrechtlichen Argumente. Somit wurde die Gültigkeitsfrage des Rechtes durch die Geltungsfrage des Gesetzes abgelöst. Der auf dem triumphierenden Vernunftrecht basierende Rechtspositivismus kennt ausschließlich formelle Geltungsbedingungen des Gesetzes und dient auf diese Weise „der Legitimierung des jeweiligen Status quo“¹⁸⁰.

Das formelle Gesetz als Ausdruck der Volkssouveränität erhebt einen unwiderstehlichen Gehorsamsanspruch gegenüber Bürgern und Staatsgewalten. Mit dem Irrationalismus nationalsozialistischer

¹⁸⁰ Hofmann, Hasso „Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts“. 1964 S. 29.

Ausprägung erkennt man die Grenzen eines schlicht auf Verfahrensmäßigkeit eingestellten Legitimationsbegriffes. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges finden naturrechtliche Gedanken erneut Eingang in den rechtlichen Diskurs. Das Gesetz soll nicht nur prozeduralen, sondern auch materiellen Aspekten Genüge tun. Indem die Verfassung jene formellen und materiellen Maßstäbe (Rechtsstaatsprinzip) vorschreibt, wird sie zum Maßstab selbst – Legitimation und Legalität gehen ineinander über; der neue Maßstab heißt „Verfassungsmäßigkeit“.

Das Verhältnis zwischen Legalität und Legitimität nimmt einen wichtigen Platz in jenen Wissenschaften ein, die sich mit den politischen Gemeinwesen beschäftigen. Politische Philosophie, Rechtsdogmatik und Soziologie betrachten dieses Verhältnis aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Wegen ihrer politisch-soziologischer und politisch-juristischer Natur bilden also Legitimität und Legalität komplexe Begriffe. Was nun folgt, sind zwei Definitionen, welche dieser Komplexität Rechnung tragen möchten.

Legitimität¹⁸¹

Der politisch-soziologische Begriff „Legitimität“ bezeichnet den Glauben an bzw. das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit politischer Herrschaft. Jede Form politischer Herrschaft (Regierungsform) basiert nicht nur auf dem Herrschaftsanspruch, sondern auch auf der Bereitschaft der Beherrschten zur Anerkennung der Herrschaftsbeziehung. Soll die Herrschaft nicht nur durch Willkür (Despotie) und Zwang (Diktatur) aufrechterhalten werden, muss sie die Grundsätze formeller Rechtmäßigkeit (Legalität) beachten und auf dem Vertrauen an die Rechtmäßigkeit der Herrschaft (zumindest beim überwiegenden Teil der Beherrschten) beruhen.

Die Legitimität moderner Demokratien beruht auf den Grundsätzen der Souveränität des Volkes, der Rechtsstaatlichkeit und der (sozialen) Gerechtigkeit. Von einer Legitimitätskrise kann dann gesprochen werden,

¹⁸¹ Lexikon Bundeszentrale für politische Bildung
http://www.bpb.de/popup/popup_lemmata.html?guid=3X2FO4

wenn (große) Teile der Bevölkerung an den Grundwerten oder an der Rechtmäßigkeit des Handelns der Herrschenden zweifeln.

Legalität¹⁸²

Politisch-juristischer Begriff für Rechtmäßigkeit. Legal ist individuelles oder staatliches Handeln dann, wenn es mit geltendem Recht und Gesetz übereinstimmt. Das Rechtsstaatsprinzip moderner Demokratien verlangt, dass jegliche Ausübung staatlicher Macht, jegliches staatliche Handeln überprüfbar auf rechtlicher und gesetzlicher Grundlage zu erfolgen hat und insofern einer formalen (bzw. äußeren) Rechtmäßigkeit genügen muss. Zwischen dem geschriebenen Gesetz, der dementsprechend legalen Handlung und den jeweiligen Vorstellungen über Gerechtigkeit können Spannungen auftreten....

In Anbetracht dessen ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

1. Der Begriff „Legitimation“ hat eine soziologische und eine normative Bedeutung¹⁸³. Soziologisch betrachtet, bezieht er sich „auf den Glauben bzw. das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der politischen Herrschaft“, wobei unter „politische Herrschaft“ das Recht auf Regieren („*the right to rule*“¹⁸⁴) und unter „Rechtmäßigkeit“ „Legalität“ zu verstehen ist. Normativ bringt die Behauptung der Legitimität die bindende Kraft einer Norm ans Licht, welche von einem über das Recht auf Regieren verfügenden Organ erlassen worden ist.
2. Die Legitimität einer Herrschaftsform hängt soziologisch nicht nur von der Behauptung eines Herrschaftsanspruches, sondern von der Anerkennung desselben seitens der Regierten ab. Wenn diese nicht mehr vorhanden oder zweifelhaft geworden ist, kann man von „Legitimationskrise“ sprechen. Die Missachtung der Legalität hat keine Folgen hinsichtlich der Geltung der Normen.

¹⁸² Lexikon Bundeszentrale für politische Bildung

http://www.bpb.de/popup/popup_lemmata.html?guid=RBV8WT

¹⁸³ Vgl. Buchanan, Allen „The Legitimacy Of Global Governance Institutions“, in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008.

¹⁸⁴ Ebd.

3. Diese Anerkennung beruht auf der Beachtung der „Grundsätze formeller Rechtmäßigkeit (Legalität)“ seitens des Herrschers.

4. Legalität ist Übereinstimmung „mit geltendem Recht und Gesetz“ und folglich Überprüfbarkeit des Handelns eines politischen Gemeinwesens auf „rechtlicher und gesetzlicher Grundlage“ (Rechtsstaatsprinzip – Rechenschaftspflicht bzw. „*accountability*“). Legalität bedeutet formelle, äußere Rechtmäßigkeit.

Weitere Schlüsse scheinen in diesem Zusammenhang und bezüglich des Verhältnisses zwischen Legitimität und Legalität gerechtfertigt:

- In modernen politischen Gemeinwesen wird die Legitimität eines Handelns an seiner Legalität gemessen. Man spricht dann von „Legitimität durch Legalität“. Im Verfassungsstaat, wegen der Positivierung bestimmter normativen Prinzipien, die seitdem zu Rechtsprinzipien geworden sind, bilden also Legitimität und Legalität eine Einheit. Formelle Normen haben völkerrechtlich eine hervorragende Rolle angesichts des herrschenden normativen Dissenses.
- Materielle Legitimitätsüberlegungen spielen aber auch was formelle Legalitätskriterien anbelangt eine moralkritische Rolle. Sie können nicht nur dazu herangezogen werden, das politische Gemeinwesen zu rechtfertigen, sondern auch dafür, seine Grundlagen zu modifizieren oder zu erneuern. Dabei kommt die Spannung zur Geltung, welche zwischen formell positivem, geltendem Recht und materiell kritischer Moral besteht, denn sie bezieht sich auf etwas, das „*potential of being legal*“¹⁸⁵, aber als solches noch nicht anerkannt wurde. Hierbei befinden wir uns in jenem Rahmen, in dem sich Legitimitätsüberlegungen auf das Rechtssystem modifizierend, ohne ihm jedoch Abbruch zu tun, auswirken können.
- Darüber hinaus reihen sich auch solche Überlegungen in jene Diskussion über das Wesen des Rechtes ein, die Rechtspositivismus („*Sed auctoritas, non veritas facit legem*“ –

¹⁸⁵ Vgl. Georgiev, Dencho „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy In International Law“, EJIL Nr. 4, 1993, S. 12.

Hobbes) und Naturrechtstheorien („*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*“ – Augustinus) seit jeher führen.

- Legitimität und Legalität stehen im engen Zusammenhang mit der Herrschaftsausübung. Instrument zur Geltungsveranschaulichung der möglichen Gebote und Verbote, wodurch die Herrschaft zutage treten kann, ist die rechtliche Zwangsbefugnis, deren gerechte Anwendung strengen Legalitätskriterien im Rechtsstaate unterzogen wird.
- Legitimitätsüberlegungen beziehen sich auf die Gültigkeit einer Norm oder eines Verhaltens, sie sind deswegen Werturteile. In dem Maße, wie sie Veränderungen in einem Rechtssystem herbeiführen können, kommt bei ihnen ein dynamisches Moment zum Vorschein.
- Dahingegen beziehen sich Legalitätsüberlegungen auf die positive Geltung einer Norm oder eines Verhaltens – sie bekleiden also die Form eines Tatsachenurteils. Da man sich mit dem Begriff von Legalität auf das bezieht, was vorhanden ist, drückt er eine „*static, one-dimensional vision of law*“¹⁸⁶ aus. Wegen der fundamentalen Unterscheidung zwischen „*legal*“ oder „*illegal*“, erwartet man von diesem Begriff eine eindeutige, klare Antwort auf die Frage, ob ein gewisses Verhalten den geltenden Legalitätskriterien Rechnung trägt.

Dieses Beziehungsverständnis beider Größen ist – wie wir es bereits gesehen haben - nicht selbstverständlich. Es entspricht der Rechtsvorstellung des politischen Liberalismus, welcher sich als historischer Prozess mit der Entgegensetzung und Behauptung der Aufklärung gegen das *Ancien Régime* profilierte. Gesellschaftsvertragstheorien und Aufklärung legten das rechtsphilosophische Fundament für den politischen Liberalismus und prägten somit das Verständnis des Zusammenhanges von Legitimität und Legalität.

Mit der Erscheinung neuer internationaler Akteure und dem Kompetenzzuwachs der internationalen Organisationen zeichnet sich

¹⁸⁶ Ebd. S. 12.

eine internationale Herrschaftsart ab, welche unmittelbar auf Staaten und Bürger Einfluss nehmen kann. Dieser Herrschaftsentgrenzung gilt auch die Rechtsherrschaftsidee, nämlich das Rechtsstaatsprinzip.

Im Allgemeinen lässt sich behaupten, dass Legalität einen durchaus machtlimitierenden Charakter hat. Sie beschränkt den Willen der politischen Akteure, um ein rationales, objektives Medium zu schaffen, in dem verschiedenartige Konzeptionen des Guten zusammen bestehen können. Dahingegen scheint der Legitimitätsbegriff legalitätsrelativierende Züge anzunehmen. Legitimationsdiskurse berufen sich unmittelbar auf außerhalb des geltenden Rechtes stehende politische und moralische Überlegungen, die dazu angewandt werden, die Legalität, die Herrschaft des Gesetzes zu relativieren.

Die internationale Legalität, das Völkerrecht lebt spätestens seit der Veröffentlichung 1758 von Emer de Vattels (1714 – 1767) *Droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* von den gleichen theoretischen Voraussetzungen der Aufklärung¹⁸⁷. Zwei Phänomene scheinen sie zu relativieren: Die unmittelbare Berufung auf moralische Prinzipien ohne Beachtung seiner rechtlichen Form; die Entstehung neuer internationaler Organisationen und die kompetenzmäßige Weiterentwicklung der alten außerhalb der Paradigmen des Staatswillens. Beide Aspekte werden im dritten Kapitel näher betrachtet. Doch zuvor soll im folgenden, zweiten Kapitel der völkerrechtlich herrschende Legalitätsbegriff vorgestellt werden.

¹⁸⁷ S. Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“ EJIL 1, 1990.

2. Die völkerrechtliche Legalität

Einleitung

Die Legalität stellt an sich selbst einen moralischen Wert dar, der jedem Rechtssystem innewohnt, weil er im Grunde genommen Wesen und Funktion des Rechtes ausmacht, nämlich: Der Willkür Grenzen zu setzen und den Krieg als Mittel zur Konfliktaustragung zu verbannen. Nach Kant: Friedenstiften ist das, was „den ganzen Endzweck der Rechtslehre“ ausmacht¹⁸⁸. Legalität bedeutet in diesem Sinne die Bindung der staatlichen Willkür an bestimmte, vorwiegend formelle Bedingungen zwecks der Ermöglichung des friedlichen Zusammenlebens und der Kooperation.

Die Rechtsprinzipien und die Werte, auf welchen die völkerrechtliche Legalität unserer Zeit gründet und in deren Dienste sie steht, sind unabdingbar für eine auf Frieden gerichtete Rechtsordnung. Und dies, weil sie „gerecht“, „fair“ sind: Sie ermöglichen die Mitbestimmung aller Staaten und gründen und begründen somit eine Friedensordnung.

Im Abschnitt 2.1 werden die wesentlichen theoretischen Merkmale des geltenden Völkerrechts beschrieben. Es handelt sich dabei um eine Beschreibung des Völkerrechts in Anbetracht des Wesens seiner Hauptakteure; den in Anbetracht dieses Wesens ihm zukommenden Funktionen, welche seine Natur als politisches Recht und Werteordnung ausmachen, und zuletzt eine Beschreibung seines dynamischen, expansiven Charakters. Diese Aspekte bilden auch die Herausforderungen, denen das Völkerrecht gewachsen sein sollte. Der Legalitätsbegriff in der internationalen Rechtsordnung soll sich vor eben diesen Herausforderungen bewähren. Bei dieser Beschreibung kommt dem vom Völkerrecht seit dem Ende des 19. Jahrhunderts erlebten Paradigmenwechsel besondere Bedeutung zu. Dank ihm ist das geltende Völkerrecht zu einer Friedensrechtsordnung geworden, in deren Dienste der Legalitätsbegriff steht.

¹⁸⁸ Kant, Rechtslehre, Beschluss. Weischedel 1. Aufl. 1977, S. 479.

Im Abschnitt 2.2. werden die positivrechtlichen Aspekte der internationalen Rechtsordnung, nämlich: Geltungsbereich, Rechtsquellen und Normativität dargestellt.

Beide Abschnitte lassen auf keinen abschließenden Legalitätsmaßstab, wohl aber auf einen offenen (Expansion des Geltungsbereiches des Völkerrechts, Abwesenheit eines festgelegten Rechtsquellenkatalogs) und komplexen (Konstitutionalisierungs- und Fragmentierungstendenzen im Völkerrecht, allmähliche Normhierarchisierung) Legalitätsrahmen schließen (2.3). Er besteht aus vorwiegend formellen, verfahrensmäßigen, aber auch materiellen Aspekten. Angesichts dieser Lage soll der Legalitätsrahmen die sich aus Konstitutionalisierung (Supralegalität) und Fragmentierung („Legalität in geschlossenen, spezialisierten internationalen Rechtsregimen“, „*self-contained*“ Regime) ergebende Komplexität organisieren, ferner Regeln aufstellen, anhand derer das anzuwendende Recht festgelegt werden kann. Dabei kommen hierarchische Normverhältnisse zutage, welche nicht mit jenen von verfassungsmäßig organisierten Rechtsstaaten vergleichbar sind. Abgesehen von *ius cogens* und Obligationen *erga omnes*, ist die Normhierarchie kontextuell und anhand bestimmter rechtslogischer Prinzipien zu ermitteln.

Koskenniemi behauptet, das Völkerrecht sei ein Ensemble von Normen und Institutionen, aber auch „*a tradition and a political project*“¹⁸⁹. Abschnitt 2.3.6 des Kapitels widmet sich der Beschreibung dieser Tradition und des politischen Diskurses sowie des rechtsphilosophischen Hintergrunds des Legalitätsrahmens. Dabei handelt es sich um die Tradition und die politische Weltanschauung des Liberalismus, dessen Wurzeln in der Entstehung des modernen Staates, in der Aufklärung und in der darauf folgenden Restauration zu finden sind. Die Legalitätskriterien des politischen Liberalismus sind durch und durch formeller Natur. Dies ist eben der Preis einer objektiven, unparteilichen und deswegen koexistenzfördernden Rechtsordnung, in der freie und gleiche Rechtssubjekte ihre eigenen

¹⁸⁹ Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“, Chorley Lecture LSE 2006, S. 1.

Ziele verfolgen können. In diesem Rahmen ist die Legalität Ausdruck des gemeinsamen Willens der Rechtssubjekte, die somit zu Normgeber und Normadressaten werden. Sie wirkt sich auf die Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte einschränkend, aber auch legitimierend aus. Dieser legitimierende Effekt der Legalität drückt das im Rechtsstaat zwischen Legalität und Legitimität herrschende Verhältnis aus: Legitimität durch Legalität. Eben diese Vorstellung liegt dem völkerrechtlich herrschenden Legalitätsrahmen zugrunde.

Die sogenannte Legitimationskrise des Völkerrechts steht in engem Zusammenhang mit der Relativierung des Konsensprinzips und somit des ganzen theoretischen Gebäudes, welches der völkerrechtliche Legalitätsrahmen zum Fundament hat.

2.1 Das geltende Völkerrecht und seine wesentlichen Merkmale

Das geltende Völkerrecht ist charakterisiert durch:

- seine Eigenschaft als vornehmliches Staatenrecht;
- seine Koordinationsfunktion innerhalb der internationalen Gemeinschaft;
- seine friedensstiftende Funktion;
- seine doppelte Natur als politisches Recht und zugleich Werteordnung;
- seinen expansiven und hoch differenzierten Charakter.

2.1.1 Das Völkerrecht als Staatenrecht

Weder die Expansion des Kreises der internationalen Rechtssubjekte noch die Anerkennung partieller bzw. beschränkter Völkerrechtssubjektivität des Individuums und anderer internationaler Rechtsakteure, auch nicht der Kompetenzzuwachs der Internationalen Organisationen (IO) haben die hervorragende Stellung des Staates als Herr der internationalen Rechtsordnung geschwächt.

Dennoch berichten Politikwissenschaftler und Soziologen in Anbetracht der mit der Globalisierung verbundenen Phänomene von der „Entstaatlichung“ der internationalen Beziehungen, d.h. vom zunehmenden Relevanzverlust des Staates innerhalb einer sich weit über die Grenzen der Staatenwelt herausbildenden transnationalen Gesellschaft. In der internationalen Gesellschaft werden weitere Subjekte tätig wie NGOs, *multinational corporations*, Wissenschaftsgemeinschaften und Wissenschaftsnetzwerke von Wissenschaftlern, Künstlern usw. Auch der internationale Terrorismus und kriminelle Organisationen sind zu dieser transnationalen Gesellschaft zu zählen. Der Staat wäre bloß ein weiterer „Spieler“ in diesem Rahmen. Mit dieser Entwicklung geht die „Abschaffung der Politik“¹⁹⁰ als Kompetenzbereich des Staates überhaupt (Aufrechterhaltung der innerstaatlichen Ordnung, Verteidigung des Staatsgebiets ... etc.) zugunsten der Wirtschaft einher. Nun sei es der Markt, welcher den Staat beherrscht. In diesem Sinne warnen nicht wenige Autoren vor der Entgleisung des Wirtschaftssystems durch mangelnde staatliche Kontrollen. Dieser Autonomieverlust des Staates hat sich aber nicht auf die Verstärkung supranationaler Instrumente ausgewirkt. Der vom Staate geräumte Platz bildet vielmehr ein Machtvakuum.

Auch das Phänomen der *Governance without Government* steht im engen Zusammenhang mit der Globalisierung. Mit dem Bedeutungsverlust des Staates geht die Herausbildung eines unförmigen, multizentrischen und für die Mitwirkung anderer, nicht-staatlicher Akteure offenen Regelungsmechanismus auf internationaler Ebene einher, der, ohne einen Weltstaat zu bilden, regierungsähnliche Funktionen auf globaler Ebene wahrnimmt. So heißt es, dass die für nationale Rechtsordnungen charakteristische Formalität des Rechtes völkerrechtlich durch die Realitätsnähe, das Effektivitätsprinzip und die teilweise politische Natur des Völkerrechts relativiert werde, und dass es völkerrechtlich multiple Zentren gebe – wenigstens so viele, wie es Staaten gibt. Dass andere Akteure zu *global player* werden, ist an sich kein Novum. *Governance* ist

¹⁹⁰ Vgl. Paulus, Andreas L. „ Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung“, 2001 S.100 ff.

tatsächlich eine wichtige Funktion jedes Rechts, demzufolge auch des Völkerrechts.

Beide Entwicklungen stellen das Völkerrecht vor ein Legitimationsproblem, auf das später zurückgekommen wird. Theoretisch und faktisch aber bleibt das Völkerrecht nach wie vor Staatenrecht¹⁹¹; ausschließlich dem Staat kommt unbeschränkte Völkerrechtssubjektivität zu; nur Staaten sind „Träger sämtlicher völkerrechtlicher Rechte und Pflichten“¹⁹². Während Menschen und Völker international durch den Staat weitgehend mediatisiert werden¹⁹³, ist dieser kraft seiner Souveränität nur dem Völkerrecht untergeordnet (Völkerrechtsunmittelbarkeit des Staates). Als primärer Gesetzgeber und Normadressat ist der Staat „der zentrale Anknüpfungspunkt“¹⁹⁴ der internationalen Rechtsordnung. Den Staaten steht sowohl die Schaffung, die Fortentwicklung¹⁹⁵ als auch die Durchsetzung der völkerrechtlichen Normen zu. Dementsprechend sind es ausschließlich Staaten, welche Mitglieder der Vereinten Nationen sind und werden können (Art. 3 und 4 UN-Charta), welche den Sicherheitsrat anrufen (Art. 35 UN-Charta) oder als Partei vor dem Internationalen Gerichtshof auftreten können (Art. 34 IGH). Das Völkerrecht reflektiert somit die zeitliche und räumliche Realität des Staates als organisiertem, die Interessen seiner Bevölkerung wahrnehmendem Herrschaftsverband und als Rahmen, innerhalb dessen sich die wichtigsten politischen Prozesse nach wie vor abspielen.

Der Staat hat diese Vorrangstellung im Laufe der Zeit nicht nur errungen, sondern auch verdient. Mit der Entstehung des modernen Staates und seiner Entwicklung zum Verfassungsstaat fungiert der Staat als „Gewährleister“ rationeller Entscheidungsfindung, daher rationeller Herrschaft und entsprechender Repräsentation der Interessen seiner Bürgerschaft. Entscheidenden Beitrag dafür leistet die Kombination

¹⁹¹ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007.

¹⁹² Hailbronner, Kai „Der Staat“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 8, S. 168.

¹⁹³ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 60, S. 29. S. auch Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“, 2001, S. 429.

¹⁹⁴ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 4, S. 7.

¹⁹⁵ S. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 1, S. 63.

formeller und materieller Kriterien für die Herrschaftsausübung. Es ist eben im diesen Sinne, in dem der Begriff „Legalität“ an Bedeutung gewinnt, da sich in ihm beide Aspekte vereinen. Staat und Legalität bleiben bis heute – trotz der Aufstellung interessanter Alternativmodelle¹⁹⁶ - nicht nur eng miteinander verbunden, sondern auch hinsichtlich der Ausübung politischer Herrschaft nach innen und nach außen unersetzlich.

2.1.2 Völkerrecht als Koordinationsrecht innerhalb der internationalen Gemeinschaft

Die Abwesenheit einer „überstaatlichen Staatsgewalt“ oder gar einer universellen Gerichtsbarkeit für die autoritative Regulierung der internationalen Beziehungen sowie die rechtliche Gleichheit der Staaten untereinander machen das Völkerrecht zum Koordinationsrecht der Staatenwelt. Und zwar in einem horizontalen Sinn, da den staatlichen Rechtssubjekten gleiche Qualität zugesprochen wird – rechtliche Subordinationsbeziehungen zwischen Staaten werden somit ausgeschlossen („*pars in parem non habet imperium*“, Bartolus). Für J.H.H. Weiler¹⁹⁷ erfüllt das Völkerrecht diese koexistenzermöglichende Koordinierungsfunktion, indem es für Ordnung und Gerechtigkeit sorgt. Um dieser Aufgabe nachzukommen, operiert das Völkerrecht durch drei „*command modes*“, welche im Folgenden vorgestellt werden sollen. Betrachtet man diese „*command modes*“ als „geologische“ Schichten innerhalb des Völkerrechts, entdeckt man die ergänzende Gegenseitigkeit derselben, aber auch die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede, vor allem bezüglich ihrer Legitimationsformen. Jede Epoche der Völkerrechtsgeschichte scheint ferner von einer dieser „Regulierungsarten“ bestimmt zu sein, jedoch ohne die anderen außer Kraft zu setzen. Eher trifft das Gegenteil zu: ohne den Zugriff der anderen wäre die dominierende Schicht ohne Halt.

¹⁹⁶ S. dafür Krehoff, Bernd “Legitimate Political Authority and Sovereignty: Why States Cannot be the Whole Story”, *Res Publica* 14, 2008, S. 283 ff.

¹⁹⁷ S. dafür Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law” *ZaöRV* 64, 2004 S. 547 ff.

In Anlehnung an Weilers Einsichten lassen sich drei Schichten der Koordinierungsfunktion des Völkerrechts ausmachen:

- Bilateralität („*transaction*“). Das Völkerrecht erscheint als Instrument für die Regulierung der bilateralen Staatsbeziehungen hinsichtlich Transaktionen jedweder Art („*dyadic transactional international law*“¹⁹⁸). Voraussetzung dieser Schicht ist die Betrachtung der Staatenwelt als ein aus souveränen und gleichen Staaten zusammengefasstes Gebilde, in dem jeder Staat sein eigenes Interesse rechtlich verfolgen kann. Dieser „*command mode*“ schließt die Bildung von IO nicht aus, sondern fördert eine bestimmte Art derselben. Zu diesen sind die klassischen IO wie die *Universal Postal Union* zu zählen. Sie bilden einen Managementrahmen, einen Mechanismus, in dem die Staaten ihre vertragsmäßigen Ziele und bilateralen Beziehungen effizienter verfolgen und entwickeln können. Weiler fasst in seiner Beschreibung die wichtigsten Charakteristiken des klassischen „koordinativen“¹⁹⁹, koexistenzermöglichenden und des kooperativen Völkerrechts zusammen. Der enge Zusammenhang zwischen beiden Strata wird auf diese Weise deutlicher.
- Multilateralität („*community*“). Hierbei nimmt das Völkerrecht eine verfassungsähnliche Gestalt ein. Weiler spricht in diesem Sinne von einem „*legislative and constitutional strata*“²⁰⁰, das eng mit der Entstehung einer neuer Art von IO zusammenhängt. Charakteristisch für diese Organisationart ist die Befugnis dazu, eigene Ziele zu definieren und zu verfolgen, und zwar in Unabhängigkeit von den Mitgliedstaaten. Paradigmatisch für die verfassungsähnliche Funktion des Völkerrechts in diesem Bereich ist die Figur des rechtssetzenden Kollektivvertrages und auch die dadurch erfassten Normgegenstände: beispielsweise Vertragsrecht, Recht der diplomatischen und konsularischen

¹⁹⁸ S. Ebd. S. 553.

¹⁹⁹ Vgl. Nettesheim, Martin „Das komunitäre Völkerrecht“ *Juristen Zeitung* 12, 2002, S. 570.

²⁰⁰ S. dafür Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law“ *ZaöRV* 64, 2004 S. 556.

Beziehungen, Seerecht und Menschenrechte – sie verkörpern Interessen, die nach einer weltumfassenden Regulierung und Kodifizierung verlangen.

- Regulierende Dimension des Völkerrechts („*Governance without Government*“ auch „*global governance*“ [GG]). Sie ist das Ergebnis der Kombination von zweierlei: der Regulierungsfunktion der völkerrechtlichen Verträge und der internationalen Managementpraxis. Die Pflichten, welche dieser „*command mode*“ den Staaten auferlegt, sind öfter positiver Natur, sie können nicht nur eine Unterlassung, sondern auch ein bestimmtes Tun fördern. Die besondere Struktur dieser Organisationen ergibt sich aus ihrer stärkeren Bürokratie und der Reichweite ihrer Normierung. Daraus entstehen neue Pflichten („*new forms of obligation*“) für Staaten, welche den Einfluss dieser Organisationen weit über die Grenzen ihrer Normierungsgegenstände hinaus expandieren. Sie wirken sich unter anderem auf die Organisierung des internationalen Wirtschaftsmarktes aus und reichen dadurch bis hin zu Sphären, die im Verfügungsbereich der Individuen im Staate liegen. In diesem Sinne schreibt Weiler, dass solche „*Regulatory regimes have a greater direct and indirect effect on individuals, markets, and more directly if not always as visibly as human rights, come into conflict with national social values*“²⁰¹. An dieser Dimension entzündet sich das Problem der Fragmentierung des allgemeinen Völkerrechts.

Spätestens seit 1960, dank der Kodifizierungs- und Weiterentwicklungsarbeit der *International Law Commission* (ILC) und weiterer Institutionen unter der Ägide der UN, ist der Völkerrechtswissenschaft die Differenzierung zwischen Koexistenzvölkerrecht (und Kooperationsvölkerrecht) bekannt. Unter Koexistenzvölkerrecht verstehen wir das klassische, formelle Völkerrecht, das seit dem Westfälischen Frieden 1648 und dem Wiener Kongress 1815 auf dem Prinzip des Gleichgewichts der Mächte basierte und bis hin zum

²⁰¹ S. Ebd. S. 550.

Begriff der kollektiven Sicherheit des Völkerbunds und dem Konsensprinzip führte. Ziel dieses Rechtsverständnisses ist die Bereitstellung eines „rechtlichen Rahmens zur Durchsetzung ihrer Interessen“.²⁰² Unter Kooperationsvölkerrecht verstehen wir hingegen ein Völkerrecht, das im engen Zusammenhang mit der Fortentwicklung multilateraler Verträge, IO und dem Mehrheitsprinzip als Entscheidungsmaßstab steht. Es handelt sich um die organisatorisch-institutionelle Zusammenschließung mehrerer Staaten zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke.²⁰³ Problematisch wird das Verhältnis zwischen koordinativer, kooperativer und einer dritten Völkerrechtsform, die rechtswissenschaftlich als „kommunitäres Völkerrecht“²⁰⁴ bekannt ist. Das kommunitäre Völkerrecht ist das Ergebnis eines komplexen Prozesses, im Laufe dessen die tragenden Elemente des geltenden Völkerrechts durch eine weitere Säule abgelöst werden, sodass ein neues Gebäude Gestalt annimmt. Zwei sind die Säule dieser neuen völkerrechtlichen Architektur:

- Materialisierung des Völkerrechts. Die Formalität des Koexistenzvölkerrechts weicht der Erzielung eines Kernkonsenses bezüglich materieller Grundwerte der internationalen Gemeinschaft, die sich unter der Gestalt einer „Minimalordnung“ zu erkennen gibt. Gemeint sind jene Regeln zum „universellen Schutz von Gemeinschaftswerten“ wie Menschenrechte oder Umweltschutzrecht.
- Institutionalisierung des Völkerrechts. Drei Aspekte deuten auf diese Institutionalisierung hin: Erstens die Vitalisierung des Sicherheitsrates nach der Überwindung des Kalten Krieges. Dank der dynamischen Auslegung der UN Charta ist der Sicherheitsrat nunmehr dazu imstande, effektive Befehle zu erlassen und auch durchzusetzen. Bemerkenswert ist nicht nur der persönliche Geltungsbereich jener Resolutionen (auch Individuen können Adressaten derselben sein), sondern auch ihr materieller

²⁰² Nettesheim, Martin „Das kommunitäre Völkerrecht“ Juristen Zeitung 12, 2002, S. 570.

²⁰³ Ebd. S. 571.

²⁰⁴ Ebd. S. 569 – 620.

Geltungsbereich, sofern die flexible und dynamische Auslegung des Art. 39 UN Charta („Friedensgefährdung“) die Zuständigkeit des Sicherheitsrates bei schweren Menschenrechtsverletzungen oder Vorstößen gegen das humanitäre Völkerrecht begründet („Weltsicherungsordnung“). An zweiter Stelle sind die Aktivitäten der UN zur „Wiederherstellung und Sicherung einer freiheitlichen Ordnung in ihren Mitgliedstaaten“²⁰⁵ („Ordnungsgewalt“) zu nennen. Der dritte Aspekt ist schließlich die Errichtung gerichtlicher Instanzen zur Ächtung schwerer Menschenrechtsverletzungen.

Hauptprotagonisten dieses Prozesses sind die UN und der Sicherheitsrat, welche ihre Funktionen – wie noch nie zuvor in ihrer Geschichte – nun effektiv bewältigen können. Die neue Architektur des Völkerrechts wirkt sich auch auf seine Rechtsquellen (Relativierung des Konsensprinzips, *ius cogens*), Rechtserzeugungsprozesse (Beteiligung Privater an der Erzeugung völkerrechtlicher Normen, insbesondere NGOs), Methodik (Auslegung des Völkerrechts in Anbetracht nicht des Staatswillens, sondern der verfolgten Gemeinschaftswerte – „teleologische-dynamische Auslegung“) und Durchsetzung (Berechtigung aller Staaten zu Durchsetzung Obligationen *erga omnes*) aus.

Darin sieht Nettesheim einen Paradigmenwechsel, welcher ein „Element objektiver Durchsetzung und Exekutivgewalt“²⁰⁶ in das kooperative Völkerrecht einführt. Letzten Endes führt dieser Paradigmenwechsel zur Überlagerung des Kooperationsvölkerrechts durch Ansätze einer „überstaatlich-konstituierter Weltherrschaft“²⁰⁷, welche jedoch keine internationale konstitutionalisierte Handlungseinheit bildet. Aus dieser Sichtweise erscheint das komunitäre Völkerrecht als die Vorstufe eines demokratisch zu legitimierenden „Weltgemeinschaftsrechts“²⁰⁸, in dem der Staat nicht überwunden, wohl aber rechtlich fester eingebunden wird.

Nettesheims komunitäres Völkerrechts scheint mit der zweiten Schicht („*community*“ – Multilateralität, Rolle der UN, Entstehung gemeinsamer

²⁰⁵ Nettesheim, Martin „Das komunitäre Völkerrecht“ Juristen Zeitung 12, 2002, S. 574.

²⁰⁶ Ebd. S. 574.

²⁰⁷ Ebd. S. 571.

²⁰⁸ Ebd. S. 578.

Ziele der internationalen Gemeinschaft [„*definition common assets*“] insbesondere Menschenrechte)²⁰⁹ von Weilers Beschreibung übereinzustimmen. Dabei konzentriert sich Nettesheim insbesondere auf die Rolle der UN und des Sicherheitsrates in der völkerrechtlich entstehenden neuen Architektur und begrüßt die erreichte Durchsetzbarkeit, die er im Dienste bestimmter Grundwerte der internationalen Gemeinschaft sieht. Weiler ist diesbezüglich skeptischer, insbesondere wegen der Einschränkungen, welche diese Entwicklung für die Staaten mit sich bringt.

Problematisch sind manche Entwicklungen, welche teilweise die Organisierung der „Multilateralität“ und erst recht das Phänomen der *governance without government* betreffen. Tatsächlich scheinen diese den Rahmen des Völkerrechts als Koordinierungsrecht zu sprengen und dementsprechend das Völkerrecht vor ein Legitimationsproblem zu stellen. Und dies weil sie mit der zunehmenden Relativierung des Konsensprinzips als Völkerrechtsgeltungsgrundes und der entsprechend zunehmenden Bedeutung des Mehrheitsprinzips als Grundlage der internationalen Verpflichtung einhergehen. In diesem Sinne formuliert Herdegen: „Das Völkerrecht verliert durch derartige Entwicklungen zunehmend seinen Charakter als bloße Koordinationsrechtsordnung. Die Staatenwelt wandelt sich zur Rechtsgemeinschaft mit einer wachsenden institutionellen Verflechtung“²¹⁰.

Die in der heutigen Staatenwelt herrschenden Verhältnisse gehen weit über „wechselseitige Abhängigkeit“²¹¹ hinaus. Die Staatenwelt ist qualitativ mehr als ein systemisches Konstrukt, das aus der schlichten Unvermeidbarkeit des Kontakts entsteht. Es ist nicht nur so, dass sich der Staat als Mitglied der Staatenwelt dazu gezwungen sieht, „ ... bei jedem Schritt, den es über den eigenen Bereich hinaus tut, auf die Interessen der anderen Rücksicht zu nehmen und mit ihnen zu rechnen“²¹² – der Staat braucht die internationale Rechtsgemeinschaft, weil sie den unabdingbaren Partizipationsrahmen ausmacht, in dem die Staaten ihre

²⁰⁹ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law“ ZaöRV 64, 2004 S. 556.

²¹⁰ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. Rn. 22 S. 25.

²¹¹ Ipsen, Knut „Völkerrecht“, S. 3 ff.

²¹² Windelband zitiert durch Grewe, Wilhelm G. in „Epochen der Völkerrechtsgeschichte“ 2. Aufl. 1988, S. 33.

Souveränität zum Vorschein bringen und auch entwickeln können. In diesem Sinne lässt sich sagen, dass „*connection to the rest of the world and the political ability to be an actor within it are more important than any tangible benefits in explaining compliance with international regulatory agreement*“²¹³. Die internationale Gemeinschaft basiert auf diesem Interesse, ferner auf bestimmten Grundregeln der Rechtserzeugung sowie auf den formellen und kooperationsbezogenen Werten des klassischen und des „modernen“ Völkerrechts. Wegen der Abwesenheit hierarchischer Wertbeziehungen gelingt es nicht immer, beide Wertkonstellationen in Eintracht zu bringen und zu halten, wodurch ein Spannungsverhältnis entsteht, „das sich im Einzelfall anhand der einschlägigen Normen in die eine oder andere Richtung neigt“²¹⁴. Trotz dieser Entwicklungen ist die internationale Gemeinschaft kein Rechtssubjekt im Sinne einer Trägerin von Rechten und Pflichten.

Die UN-Charta und die *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations* (1970) fassen die Werte zusammen, welche die Grundlage der internationalen Gemeinschaft bilden. Bereits Alfred Verdross betrachtete die UN-Charta als Verfassung der Staatengemeinschaft²¹⁵. Sie spricht dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta) und dem Prinzip der territorialen Integrität des einzelnen Staates vor Gewaltandrohung und Gewaltanwendung (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta) hervorragende Bedeutung zu. Das erste Prinzip räumt allen Staaten formelle Gleichheit vor dem Völkerrecht als Gesetzgeber, Rechtsanwender und Rechtsadressat (Gleichberechtigung der Staaten) ein. Infolgedessen wird – wie erwähnt - jedwede Art rechtlicher Subordinationsbeziehungen ausgeschlossen, sowohl zwischen den Staaten als auch gegenüber einer hypothetischen „überstaatlichen Hoheitsgewalt“ (äußere Souveränität und Völkerrechtunmittelbarkeit des Staates).

²¹³ Chayes, A. / Handler Chayes A. „The New Sovereignty“ zitiert durch Herdegen, Matthias „Völkerrecht“, 7. Aufl. 2008 Rn. 17 S. 9.

²¹⁴ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“, 2001, S. 283.

²¹⁵ S. Verdross, Alfred; Simma, Bruno „Universelles Völkerrecht“ 3. Aufl. 1984 S. 72.

Das zweite Prinzip macht die Gewährleistung der Handlungsfreiheit der Staaten zum Hauptgegenstand der internationalen Rechtsordnung und der internationalen Gemeinschaft. Es handelt sich aber um keine uneingeschränkte Handlungsfreiheit bzw. Souveränität. Vielmehr findet sie im Rahmen des Völkerrechts statt: Sie ist eben deswegen legitim, weil sie auf die Bedingung der Koexistenz limitiert ist (keine absolute Souveränität). Sie ist „Freiheit durch Recht“²¹⁶ – in diesem Sinne liegt die Selbstbeschränkungsmöglichkeit der äußeren Souveränität des Staates im völkerrechtlichen Begriff derselben. Indem das Völkerrecht auf diese Weise für Sicherheit und Stabilität sorgt, trägt es zur „Stabilisierung zwischenstaatlicher Beziehungen“ und zur Bewahrung des internationalen „status quo“²¹⁷ bei.

Das Völkerrecht der Zwischenkriegszeit ging jedoch von einer Vermutung gegen Beschränkungen der „Handlungsfreiräume der Staaten“ aus. Diese Vermutung leitete sich aus dem Konsensprinzip insofern her, als „*The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will expressed on conventions or by usages generally accepted ... Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed*“²¹⁸. Diesem Ansatz ist das Gutachten des Internationalen Gerichtshofes zur Drohung und Einsatz von Nuklearwaffen gefolgt, und teilweise wurde er durch Völkergewohnheitsrecht bestätigt²¹⁹. Koskenniemi²²⁰ Einsichten über die Beschaffenheit des geltenden Völkerrechts beziehen sich auf seine prinzipiell widersprüchliche Natur: Auf der einen Seite die Behauptung der grundlegenden Freiheitseinschränkung unter den Bedingung von Koexistenz (Freiheit durch Recht – Gemeinschaft); auf der anderen die Vermutung zugunsten der uneingeschränkten Handlungsfreiheit der Staaten in Anbetracht des Konsensprinzips und des alten liberalen Prinzips, welches besagt: was nicht ausdrücklich verboten ist, ist grundsätzlich erlaubt (Individualität). Tatsächlich sehen sich die Staaten innerhalb der internationalen Gemeinschaft letzten Endes dazu

²¹⁶ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 50, S. 26.

²¹⁷ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 10 S. 37.

²¹⁸ Lotus-Fall (PCIJ Reports Ser. A, No. 10, S 18) zitiert nach Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 6 S. 29.

²¹⁹ Vgl. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 7 S. 29 ff.

²²⁰ Vgl. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“, 2005, 58 ff.

gezwungen, Freiheitseinschränkungen hinzunehmen, um gemeinsame Aufgaben kooperativ zu bewältigen²²¹.

In engem Zusammenhang mit dem Völkerrecht als Koexistenzrahmen stehen Prinzipien wie:

- das Gewaltverbot;
- die Ächtung des Krieges als „Mittel für die Lösung internationaler Streitfälle“ (Briand-Kellogg-Pakt)²²²;
- das Gebot der friedlichen Streitbeilegung;
- das Interventionsverbot in innere Angelegenheiten eines Staates;
- das Selbstbestimmungsrecht der Völker;
- das Gebot zur getreulichen Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen im Einklang mit der UN-Charta;
- die Pflicht zur zwischenstaatlichen Zusammenarbeit.

Zu diesem Kern an formellen, koexistenzermöglichenden Prinzipien sind weitere materielle Werte im Laufe der Zeit hinzugekommen wie das Verbot der Folter, des Angriffskrieges, des Raubbaus an Naturvorkommen; die Ächtung des Genozids oder der Rassendiskriminierung; die Menschenrechte und die Förderung eines Zustandes von Solidarität und Stabilität, von Wohlfahrt und Stabilität²²³. All diese objektiven Werte des Völkerrechts lassen sich zusammen mit dem _Verbot der Sklaverei, der Piraterie und der Folter unter dem Begriff „zwingendes Völkerrecht“ (*ius cogens*) zusammenbringen. Die Idee des *ius cogens* basiert auf dem Art. 53 S. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention, welche die Nichtigkeit für jene Normen vorsieht, die „im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts“ stehen. Insofern scheint sich hierbei ein Normenhierarchisierungsansatz völkerrechtlich einen Weg zu bahnen, welcher auch eine gewisse Relativierung des Konsensprinzips

²²¹ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 50, S. 26.

²²² Vgl. Ebd. Rn. 52, S. 27.

²²³ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 8, S. 9.

mit sich bringt²²⁴. Diese neuen Entwicklungen scheinen dem Bild des Völkerrechts als Koordinierungsrechts nicht mehr angepasst zu sein.

Die Normen des zwingenden Völkerrechts stehen im engen Zusammenhang mit den sogenannten „Verpflichtungen *erga omnes*“, die ausnahmslos für die allgemeine internationale Staatengemeinschaft gelten (Pflicht zu Einhaltung des *ius cogens* und elementare Pflichten der Diplomatie) und mit dem Begriff des „völkerrechtlichen Verbrechens“ („Bruch einer völkerrechtlichen Verpflichtung ... , die für die Wahrung der grundlegenden Interessen der internationalen Gemeinschaft so wesentlich ist, dass diese Gemeinschaft als Ganze die Verletzung als ein völkerrechtliches Verbrechen einstuft“²²⁵) charakterisiert werden.

Paulus spricht – in Anlehnung an Rawls - von einem sich allmählich in der internationalen Gemeinschaft bildenden „überlappenden Konsens“²²⁶, der einen umfassenden Charakter hat und deswegen „mit verschiedenen ethischen und religiösen Gesamtkonzeptionen vereinbar ist“²²⁷. Dieser überlappende Konsens reicht dennoch augenblicklich nicht dazu aus, das zwischen Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht bestehende Spannungsverhältnis zu überwinden. Die Möglichkeit von Kollisionskonflikten zwischen Werten ist aber nicht nur dem Völkerrecht eigentümlich – sie ist Bestandteil einer jeden entwickelten Rechtsordnung und wird auf dem Wege der „Abwägung zwischen Grundwerten“²²⁸ gelöst. Wie bereits gesehen, besteht völkerrechtlich keine Werthierarchie, nichtsdestotrotz ist der Rang der klassischen Koexistenzrechte nicht zu verkennen, denn ohne sie wäre jedwede weitere zwischenstaatliche Kooperation unmöglich. In gewissem Sinne bestätigt auch diese Einsicht Weilers völkerrechtliche Typologie der „*commands modes*“. Das Spannungsverhältnis zwischen Koexistenz und Kooperation akzentuiert sich erheblich, wenn man eine dritte, auf das Konsensprinzip nicht angewiesene völkerrechtliche Regelungsebene einschaltet, nämlich das kommunitäre Völkerrecht. Nettesheim plädiert für ein neues, angemessenes Verhältnis aller drei Momente (Koordination, Kooperation

²²⁴ S. Ebd. Rn. 13, S. 12.

²²⁵ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 10 S. 51.

²²⁶ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“, 2001, S. 284.

²²⁷ Ebd. S. 284.

²²⁸ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 14 S. 53.

und Durchsetzung des Weltgemeinwohlanliegens)²²⁹. Dieses angemessene neue Verhältnis kann aber nicht bedeuten, dass dem Konsensprinzip der Boden entzogen werden soll. Die Gefahr eines seelenlosen Despotismus lauert in materiellen, Gemeinwohl-orientierten Betrachtungen des Völkerrechts, deren einzige zu überwindende Hürde der Staatswille ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass all diese formellen und objektiven Werte und Verpflichtungen die internationale Gemeinschaft und das Völkerrecht nicht nur als „einen formalen Rahmen für subjektiv geprägte, an Eigeninteresse ausgerichtete Interaktionen, zumal für den Ausgleich unterschiedlicher staatlicher Interessen“²³⁰, sondern auch als eine materiale und wertorientierte Friedensordnung prägen.

2.1.3 Das Völkerrecht als Friedensordnung und Konfliktsteuerungssystem

Es war Thomas von Aquin (1227 – 1274), der die Idee des gerechten Krieges (*bellum iustum*) erarbeitete und somit seine Eigenschaft als Instrument des Rechts zur Konfliktaustragung vorbereitete. Tatsächlich bot seine Theorie den *conquistadores* und den spanischen Scholastikern das theoretische Fundament, um die *conquista* zu rechtfertigen. Die Säkularisierung, deren Ansatz in den Thesen von Francisco Suárez (1548 – 1617) bereits zu finden sind, reduzierte den Spielraum des gerechten Krieges auf die Abwehr eines Angriffes, die Wiedererlangung genommener Gebiete und die Strafe gegen Rechtsverletzungen. Diese Entwicklung ist Hugo Grotius (1583 – 1645) zu verdanken. Grotius unterzog den Krieg bestimmten Bedingungen, ohne welche er für unrechtmäßig gehalten werden sollte. Diese waren: gerechter Grund, gerechte Sache und mit gerechten Mitteln. Grotius sieht in dem Krieg ein rechtliches Mittel. Anstatt dem Krieg einen Riegel vorzuschieben, öffnete die Unbestimmtheit der gesetzten Rechtmäßigkeitsbedingungen die Tür für die Rechtmäßigkeit eines jeden Krieges. Wegen ihrer Betrachtung des

²²⁹ Nettesheim, Martin „Das komunitäre Völkerrecht“ Juristen Zeitung 12, 2002, S. 578.

²³⁰ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 8, S. 9.

Krieges als Rechtsmittel bezeichnete Kant Grotius, Vattel und Pufendorf - die damaligen drei wichtigsten „Völkerrechtler“ - in seinem Werk „Zum Ewigen Frieden“ (1795) als „lauter leidige Tröster“. Kant beteuerte den fundamentalen Widerspruch zwischen Krieg und Recht – mit dem Rechtswesen sei der Krieg unvereinbar. Um den Krieg definitiv als Mittel der Politik zu verbannen, schlug Kant die Gründung eines Völkerbundes vor. Erst Jahrhunderte später entfaltete Kants Idee ihre Wirkung. Und zwar nach dem Ende des Ersten Weltkrieges mit der Gründung des Völkerbundes (1919 / 1920) und dem Briand-Kellogg-Pakt (1928).

Bis dahin sah die herrschende Lehre in dem Krieg eine Art „Grundrecht eines jeden Staates“²³¹. Mit dieser Betrachtung des Krieges als „Konfliktregelungsmechanismus“²³² ist eine bestimmte Konzeption des Völkerrechts verbunden, welche das Recht zum Instrument der politischen Macht reduziert. Ein Instrument, von dem die Politik sich jederzeit lösen und es durch Krieg ersetzen könne, denn unter den Waffen schweigen die Gesetze (*inter armis silent leges*).

Seit den Haager Friedenskonferenzen (1899 u. 1907) erlebte das Kriegsrecht dennoch erhebliche Modifizierungen hinsichtlich der Kriegsführung (*ius in bello*), die auf eine Tendenz zur Gewaltbegrenzung hindeuteten. Auch die Drago-Porter-Konvention (1907) limitierte den Zugriff auf den Krieg als Mittel zur Eintreibung von Vertragsschulden. Diese Tendenz gipfelte im Völkerbund, der, ohne ein allgemeines Kriegsverbot auszusprechen, den Krieg den sich aus einem institutionalisierten System der kollektiven Sicherheit ergebenden Einschränkungen unterzieht. Im Grunde genommen handelt es sich dabei um eine verfahrensmäßige Limitation des Rechts auf Krieg. Schließlich fand die Ächtung des Krieges als völkerrechtliches Streitbeilegungsinstrument mit dem Briand-Kellogg-Pakt (27.08.1928) Eingang in das Völkerrecht. Erst mit diesem Schritt vollzieht sich ein echter Paradigmenwechsel innerhalb dieses Rechtsgebietes. Das Völkerrecht ging von der während des 19. Jahrhunderts herrschenden „Lehre von der Indifferenz des Völkerrechts hinsichtlich des Rechts zum

²³¹ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 13 S. 21.

²³² Habermas, Jürgen „Der gesplittene Westen“ 1. Aufl. 2004, S. 118.

Kriege²³³, die den Krieg weder erlaubte noch ausdrücklich verbot, auf die Verbannung desselben als Instrument des Rechts über. Erst mit diesem Verzicht auf den Krieg als rechtliches Instrument, mit dieser wahren, freiwilligen „Einschränkung der Souveränität“²³⁴ liegen die Bedingungen für eine internationale Gemeinschaft vor. Unterschieden wird nicht mehr moralisch zwischen einem gerechten oder ungerechten, sondern verfahrensrechtlich zwischen einem legalen und einem illegalen Krieg.

Nach dem Untergang des Völkerbundes und dem Zweiten Weltkrieg etabliert die UN-Charta ein allgemeines Gewaltverbot in ihrem Art. 2 Nr. 4, das auch zu Völkergewohnheitsrecht geworden ist. Ferner vertraut die Charta dem Sicherheitsrat das Gewaltmonopol zur Bewahrung und Wiederherstellung des Friedens an. Einzige Ausnahme bleibt das Selbstverteidigungsrecht. Nichtsdestotrotz bleiben die Tragweite dieses Verbots und die Rechtfertigungsgründe der Gewaltanwendung Gegenstand der völkerrechtlichen Diskussion. Seit dem Kosovo-Krieg 1999 ist die Rede von der Herausbildung weiterer Ausnahmen des Gewaltverbotes. Dies ist der Fall der humanitären Intervention zur Rettung eigener Staatsangehörige oder fremder Staatsangehörige bei massiven Menschenrechtsverletzungen. Auch stellt die *National Security Strategy* der USA (September 2002), die sogenannte „Präventivdoktrin“, das Gewaltverbot der UN und das Gewaltmonopol des Sicherheitsrates grundsätzlich in Frage. Somit scheint sich ein tiefreichender Wandel im Bereich des Völkergewohnheitsrechts bemerkbar zu machen.

Dennoch entwickelte sich das Völkerrecht als Friedensordnung in drei Richtungen:

- zunächst gegen die Grenzenlosigkeit der Kriegsführung (*ius in bello*);
- zweitens gegen einen unrechtmäßigen Zugriff auf den Krieg;
- drittens gegen den Krieg an sich (vom *ius ad bellum* zum *ius contra bellum*).

²³³ Bilfinger „Vollendete Tatsache und Völkerrecht“, *ZaöRV* 15 (1953/54) 453 (463 ff.) zitiert durch Bothe, Michael „Friedenssicherung und Kriegsrecht“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) *Völkerrecht*. 4. Aufl. 2007, Rn 3 S. 643.

²³⁴ Habermas, Jürgen „Der gesplittene Westen“ 1. Aufl. 2004, S. 131.

Das Völkerrecht hat sich zu einem System zur Prävention, friedlichen Beilegung und Nachsorge von Konflikten²³⁵, die nicht nur zwischenstaatlicher, sondern auch - in Anbetracht der sich daraus ergebenden besonderen Gefährdung des Weltfriedens - innerstaatlicher Natur sein können. Entscheidend für diese weitere völkerrechtliche Entwicklung ist die Ausdehnung des im Kapitel VII UN-Charta enthalten Friedensbegriffs. Nicht nur die zwischenstaatliche Gewaltabwesenheit (negativer Friedensbegriff) erscheint als Ziel des Völkerrechts. Auch legt sich das Völkerrecht auf die Bewältigung jener Faktoren fest, welche destabilisierende Wirkung auf andere Staaten ausüben können. Hierzu sind Terrorismus, massive Menschenrechtsverletzungen (Völkermord) und Bürgerkriege zu zählen.

2.1.4 Die doppelte Natur des Völkerrechts als politisches Recht und Wertordnung

Der Charakter des Völkerrechts als politisches Recht wird hauptsächlich durch die Natur seines Regulierungsgegenstandes bedingt, nämlich: die „hoheitlichen Beziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten“²³⁶. Sie berühren öfters grundlegende bzw. existenzielle Interessen der Staaten, daher „die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts“²³⁷. Diesbezüglich kommen zwei primäre Funktionen dem Völkerrecht zu, nämlich die Limitierung und zugleich die Unterstützung der staatlichen Macht²³⁸, denn das Völkerrecht ist zugleich Rahmen und Instrument für Legitimierung und Kanalisierung politischer Staatsentscheidungen²³⁹.

Der Gedanke der Machtlimitation wohnt dem Völkerrecht spätestens seit der Aufklärung inne. Er tritt bei der Natur des Völkerrechts als ausgleichender Friedensordnung sichtbar zutage. Machtlimitierend wirkt das Völkerrecht ferner in dem Maße, wie politische Entscheidungen, die gegen die völkerrechtliche Legalität verstoßen, als illegitim angesehen

²³⁵ Vgl. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“, 7. Aufl. 2008, Rn. 13 S. 39.

²³⁶ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 7, S. 8.

²³⁷ Ebd. Rn. 26, S. 17.

²³⁸ Vgl. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, S. 8 ff.

²³⁹ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 1 S. 32.

werden. Überlegungen solcher Art sollten Staaten davon abhalten, völkerrechtliche Normen außer Acht zu lassen, was nicht immer der Fall gewesen ist. Hierbei zeichnet sich ein wichtiges Spannungsfeld zwischen Macht, Politik, Recht (Legalität) und Moral (Legitimität) ab, denn das ausgesprochene Interesse der Staaten an der Bewahrung völkerrechtlicher Normen - aufgrund des gegenseitigen Vorteils (Franck) - konnte auch in der Vergangenheit Staaten nicht daran hindern, ihre Interessen oder politischen Überzeugungen im klaren Widerspruch zum Völkerrecht zu verfolgen und behaupten.

Mit der progressiven „Verrechtlichung“ der internationalen Beziehungen, die manche Autoren (Rabkin²⁴⁰) in der Fortentwicklung der *governance without government* nach europäischem Format zu erkennen glauben, geht auch die Reduzierung des Spielraumes der politischen Willkür der Staaten einher. Diese Entwicklung kann auch nicht durch die machunterstützende Funktion des Völkerrechts ausgeglichen werden, denn diese machunterstützende Funktion bezieht sich ausschließlich auf jene politischen Entscheidungen, die mit seinem friedentiftenden Wesen vereinbar sind. Dies ist der Fall des Krieges als Instruments der internationalen Politik. Der Krieg ist seit dem Briand-Kellogg-Pakt und der UN-Charta völkerrechtlich nicht mehr ein dem Staate zur Verfügung stehendes politisches Mittel, es sei denn zum Zweck Selbstverteidigung.

Dem Recht im Allgemeinen wohnt ein auf Unparteilichkeit gerichteter Objektivitätsanspruch inne, der durch verfahrensmäßige Abläufe und formelle Werte (*Rule of Law*) umgesetzt wird. Dieser Objektivitätsanspruch ist der „Politik“ fremd, und doch soll das Völkerrecht ebensolche hochpolitischen Belange regulieren. In diesem Sinne kann ein „Primat des Völkerrechts gegenüber der Politik“²⁴¹ nach dem Motto „Recht vor Macht“ nur eingeschränkt durchgesetzt werden. Ferner scheint es auch teilweise unvermeidbar, dass bei der Auslegung völkerrechtlicher Normen „politische Erwägungen die rechtlichen ersetzen“²⁴², zumal – wie Fastenrath in Anlehnung an McDouglas erklärt – völkerrechtlich „ein

²⁴⁰ S. Rabkin, Jeremy A. „Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States“, 2005, S. 18 ff.

²⁴¹ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 1 S. 32.

²⁴² Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht 2. Aufl. 2001, Fn. 12 S. 9.

geschlossenes Normverständnis“ mit „abgeschlossene(n) Sprachverwendungsregeln“ oder „Interpretationsregeln, die zu einer eindeutigen Feststellung des normativen Gehalts eines Rechtssatzes führen“²⁴³, nicht vorhanden ist. Hierbei ist auch Martti Koskenniemi zu erwähnen, der auf die Spannung zwischen dem Objektivitätsanspruch eines auf den liberalen Prinzipien der Aufklärung basierenden Völkerrechts und der Politik hinweist²⁴⁴.

Aus einer anderen Perspektive spiegelt sich die politische Natur des Völkerrechts in dem Willen der Staaten wider, manche Bereiche in aller Dichte und Präzision zu regulieren, andere hingegen in aller Unbestimmtheit, gar „unreguliert“ dastehen zu lassen. Dabei kommt die Stellung des Staates als Herr der internationalen Rechtsordnung wieder zum Vorschein, da „Völkerrecht nur insoweit besteht, als die Staaten Rechtssätze aufgestellt haben“²⁴⁵. Lücken im Völkerrecht, aber auch die „Konkretisierungsbedürftigkeit mancher Völkerrechtsprinzipien“²⁴⁶ sind letzten Endes auf den Willen der Staaten zurückzuführen.

Im weitesten Sinne ist auch das Völkerrecht deswegen „politisch“, weil es Grundwerte postuliert und in Anbetracht grundlegender Fragen Entscheidungen trifft, welche nicht durch die Interessen der Staaten pragmatisch konditioniert sind (*ius cogens*). In diesem Kontext bedeutet „politisch“ so viel wie „moralisch“. Das Völkerrecht hat die wirksamen Werte jeder Epoche beheimatet und auch dem Aufstieg und Niedergang derselben beigewohnt. Der Übergang vom *ius publicum Europaeum* zum Völkerrecht (*Derecho Internacional Público, Public International Law*) zeigt deutlich die zeitliche und kulturelle Anpassungsfähigkeit unseres Rechtszweiges.

In der Gegenwart, nachdem völkerrechtlich ein großer Teil des naturrechtlichen Gedankenguts (wie die Legalitätsidee im Sinne des Rechtsstaatsprinzips) völkerrechtlich zum positiven Recht geworden ist, erschweren Pluralität und teilweise Unversöhnlichkeit der herrschenden Wertvorstellungen jedwede völkerrechtliche, ja weltumfassende materielle

²⁴³ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 85.

²⁴⁴ S. dafür Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“, EJIL 1 1990, S. 4 - 32.

²⁴⁵ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991 zitiert durch Graf Vitzthum, Wolfgang in Graf Vitzthum (Hrsg.) „Völkerrecht“. 4. Aufl. 2007, Rn. 50, S. 26.

²⁴⁶ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn. 4 S. 34.

Gerechtigkeitsvorstellung. Es kann auch durchaus sein, dass eine solche über die formellen Aspekte der Koexistenz hinausgehende, materielle Gerechtigkeitsvorstellung wegen ihrer flächendeckenden Wirkung nicht einmal wünschenswert ist. Im Einklang mit seiner Natur als Friedensordnung und Konfliktsteuerungssystem und mit der Legalitätsidee, welche dem Völkerrecht spätestens seit der Aufklärung (Französisches Zeitalter) zugrunde liegen, setzt das Völkerrecht auf *Fairness* in den zwischenstaatlichen Beziehungen und bereitet dafür einen institutionellen und verfahrensmäßigen Rahmen vor, in dem verschiedenartige Wertvorstellungen zusammenleben können. Dafür beschränkt sich das Völkerrecht auf „Kern- und Rahmenbedingungen ... deren Konkretisierung den einzelnen Rechtskreisen zu überlassen (ist)“²⁴⁷. In manchen Bereichen (Menschenrechte, Handel) scheint die Regelungsdichte und die Präzision der Normen mit der Regelungsdichte und Präzision staatlicher Rechtsordnungen vergleichbar zu sein²⁴⁸.

Versteht man Politik als das Gegenteil zum Krieg, wird ersichtlich, dass sie erst durch den vom Völkerrecht geschaffenen Koexistenzrahmen möglich wird. Hierin ist die machunterstützende Funktion des Völkerrechts zu sehen: „Es dient der machteffektivierenden Durchsetzung etwa von Gebiets-, Abrüstungs- oder Wiedergutmachungsansprüchen ebenso wie die Kontrolle und Abwehr derartiger Ansprüche“²⁴⁹.

2.1.5 Expansions- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts

Im engen Zusammenhang mit der regulierenden Funktion des Völkerrechts steht das Phänomen der Fragmentierung. Laut dem Bericht der *Study Group of the International Law Commission* über *Fragmentation Of International Law*²⁵⁰ hat das Völkerrecht in den letzten Jahrzehnten einen Ausweitungs- und Differenzierungsprozess erlebt, welcher den Einfluss völkerrechtlicher Normen nahezu auf alle Bereiche der staatlichen

²⁴⁷ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 2. Aufl. 2001, Rn. 8, S. 9.

²⁴⁸ S. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4 S. 34.

²⁴⁹ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 2. Aufl. 2001, Rn. 71, S. 38.

²⁵⁰ „Fragmentation of International Law“, Report of the Study Group of the International Law Commission A / CN.4 / L. 702, 18 Juli 2006.

Tätigkeit (innen und außen) ausgeweitet hat – „*It is difficult to imagine today a sphere of social activity that would not be subject to some type of international regulation*“²⁵¹. Dabei handelt es sich um einen klassischen Prozess der „*functional differentiation*“. Damit sind eigentlich zwei Verläufe gemeint, nämlich:

- Die zunehmende Spezialisierung („*specialization*“) bestimmter Bereiche der internationalen Gemeinschaft und die damit einhergehende
- Verselbstständlichung („*autonomization*“) derselben.

Im Laufe dieses unkoordinierten Prozesses sind zahlreiche autonome Normkomplexe und rechtliche Institutionen entstanden, deren Verhältnis zum allgemeinen Völkerrecht unklar ist. Ein Beispiel dieser Entwicklung sind jene Regime, welche sich im Bereich des internationalen Handels (*trade law*), der Menschenrechte (*human rights law*), des Umweltrechts (*environmental law*) oder des Seerechts (*law of the sea*) herausgebildet haben. Dazu ist auch das Europarecht zu zählen. Mit der Herausbildung echter „*highly specialized 'boxes'*“ („*self-contained regimes*“, „*geographically or functionally limited treaty-systems*“²⁵²), stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Teile zum Ganzen. Ein Teil der Rechtswissenschaft hat diese Lage mit Besorgnis zur Kenntnis genommen und in ihr wegen der Möglichkeit kollidierender Kompetenzfelder und des Rechtssicherheitsverlustes eine wahre Herausforderung für das allgemeine Völkerrecht gesehen.

Im Grunde genommen handelt es sich dabei aber um „*the development and expansion of international law in response to the demands of a pluralistic world*“,²⁵³ und in dem Maße wie diese Bereiche nun völkerrechtlichen Normen unterliegen, geht es auch um die weitere Einschränkung der Willkürfreiheit der Staaten mittels des Rechtes. In diesem Sinne haben wir also mit der Ausweitung der völkerrechtlichen

²⁵¹ Ebd. S. 3.

²⁵² „Fragmentation of International Law“ Report of the Study Group of the International Law Commission A / CN.4 / L. 702, 18 Juli 2006, S. 5.

²⁵³ Ebd. S. 5.

Legalität, der Rechtsherrschaft zu tun. Auf jeden Fall geht es hierbei um die besondere Bedeutung, welche dem Vertragsrecht bei diesen Entwicklungen zukommt.

Ziehen wir in Anbetracht der vorherigen Anführungen Bilanz:

Die Staatenwelt unserer Zeit bildet kraft formeller und materieller gemeinsamer Werte eine internationale Gemeinschaft, in der die Staaten – als Herren der internationalen Rechtsordnung – auf der Basis ihrer souveränen Gleichheit in Verbindung treten. Aus der souveränen Gleichheit leitet sich als Grundannahme der internationalen Gemeinschaft die Handlungsfreiheit ihrer Mitglieder her. Die Gewährleistung der Handlungsfreiheit der Staaten macht das Hauptziel der internationalen Gemeinschaft aus. Es handelt sich aber um Gleichheit vor dem Völkerrecht – Gleichberechtigung – und um Freiheit durch Recht – keine absolute Souveränität. In diesem Sinne erfüllt das Völkerrecht machtlimitierende Funktionen.

Mangels der Einsetzung einer überstaatlichen Hoheitsgewalt und wegen der Gleichheit und Freiheit der Staaten nimmt das Völkerrecht koordinierende Züge an. Das Völkerrecht ist ein horizontales Koordinationsrecht, dessen Normen auf dem gemeinsamen Willen der Staaten basieren (Konsensprinzip). Gleichberechtigung vor dem Völkerrecht und Konsensprinzip gestalten das Völkerrecht als ein „demokratisches Gefüge“. Die dadurch zustande gekommenen Pflichten gelten *inter partes* („*relativisme fondamentale*“). Dennoch bezeichnet die herrschende Lehre bestimmte Pflichten als *erga omnes*. Es besteht ferner ein Kern an Normen, welche der Verfügungsbefugnis der Staaten entzogen sind (*ius cogens* – Art 53 WVR). Die daraus resultierende Rechtsordnung ist horizontal, dezentralisiert, schwach organisiert und pluralistisch.

Im Laufe der Zeit ist das Völkerrecht zu einer Friedensordnung geworden, in der der Krieg nicht mehr als ein nach staatlichem Gutdünken anwendbares Rechtsmittel betrachtet wird. Das Gewaltverbot und andere grundlegende Prinzipien der internationalen Rechtsordnung werden von der UN-Charta und der *Friendly Relationship Declaration*

zusammengefasst. Die internationale Rechtsordnung kennt formelle, koexistenzregulierende und materielle Werte. Dennoch ist das Völkerrecht wegen seiner Nähe zur machtpolitischen Lage, seiner Werte, seines friedensermöglichenden Charakters und seines Regulierungsgegenstands politisches Recht. Das Völkerrecht ist ein Instrument des politischen Staatshandelns auf der internationalen Ebene. In diesem Sinne wohnt dem Völkerrecht ein machttunterstützendes Moment inne.

In diesem Rahmen, welcher das geltende Völkerrecht bildet, erfüllt die Legalitätsidee hauptsächlich folgende Funktionen:

- Sie sorgt für Rechtssicherheit. In einer die Legalität achtenden internationalen Rechtsordnung sehen die Rechtssubjekte ihre Freiheit und Interessen gewährleistet.
- Sie setzt der Staatswillkür Grenzen, indem die Staaten das Verhalten der anderen in Anbetracht der internationalen Normen voraussehen können. Dadurch werden rationale Entscheidungen gefördert, Vertrauen aufgebaut und die Kooperation zwischen internationalen Rechtssubjekten vorangetrieben.

Diesen Funktionen und der Beschreibung der internationalen Rechtsordnung mit ihrer Legalitätsidee widmet sich der nächste Absatz.

2.2 Die internationale Rechtsordnung

2.2.1 Expansion des Geltungsbereichs der internationalen Rechtsordnung

Die Frage nach dem Geltungsbereich des Völkerrechts und seiner Reichweite beschäftigt seit jeher die völkerrechtliche Rechtswissenschaft. Kelsen beschreibt das Völkerrecht als *“a normative order”*²⁵⁴, dessen *„spheres of validity“* (territorial, temporal, personal und material) durch keine Normen eingeschränkt worden sind. Die Geltung des Völkerrechts ist – im Vergleich zur Geltung der staatlichen Rechtsordnungen, welche

²⁵⁴ Kelsen, Hans „Principles of International Law“, 1966 S. 177 ff.

durch völkerrechtliche Normen limitiert werden – essentiell uneingeschränkt und kann darüber hinaus nicht eingeschränkt werden. Im diesem Sinne behauptet Fastenrath, es ließe „sich kaum noch behaupten, dass einzelne (persönliche oder sachliche) Bereiche dem Völkerrecht verschlossen seien“²⁵⁵. Der Geltungsbereich des Völkerrechts ist demnach durchaus expansionsfähig. Dem Völkerrecht liegt ein Expansionsprozess zugrunde, denn ohne die progressive Ausweitung des seit dem Westfälischen Frieden (1648) sogenannten *ius publicum Europaeum* über die kulturellen und politischen Grenzen Europas hinaus gäbe es kein „klassisches“ Völkerrecht. Tatsächlich vollzieht sich mit der Aufnahme Chinas (1824), Japans (1854) und der Türkei (1856) in das Europäische Konzert die Ausweitung vom *ius publicum Europaeum* hin zum Völkerrecht.

Aus heutiger Perspektive betrifft solche Expansion den Bereich der Rechtssubjekte. Hinzu kommt der Expansionsprozess des Geltungsbereichs des Völkerrechts hinsichtlich der Regulierungsgegenstände.

- a) Expansion hinsichtlich der Rechtssubjekte (persönlicher Geltungsbereich)

Der Kreis der durch völkerrechtliche Normen betroffenen Subjekte hat sich im Laufe der Zeit vergrößert. In diesem Sinne sind verschiedene Aspekte zu erwähnen, nämlich:

- Das Völkerrecht erstreckt seinen Geltungsbereich auf internationale, nicht-staatliche Akteure, nämlich: den Heiligen Stuhl (seit dem Mittelalter), ferner als kriegsführende Partei anerkannte Aufständische, das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und bestimmte Minderheiten.
- Der Kreis der angeborenen Völkerrechtssubjekte hat sich anlässlich der Dekolonisierungsprozesse vor und nach dem Zweiten Weltkrieg und des Zerfalls des sowjetischen Lagers 1989 verdreifacht.

²⁵⁵ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991, S. 155.

- Der direkte Zugriff des Völkerrechts auf Subjekte des innerstaatlichen Rechts (vor allem Individuen und Bevölkerungsgruppen („zweite Erweiterung“²⁵⁶), aber auch politische Parteien, Medien, private Verbände und Unternehmen).
- Die Entstehung supranationaler Organisationen als weitere Adressaten völkerrechtlicher Normen, aber auch als Schöpfer und Anwender derselben („erste Erweiterung“²⁵⁷).
- Die zunehmende Bedeutung der wirtschaftlichen Direktbeziehungen zwischen Staaten und transnationalen Unternehmen auf der Basis quasi-völkerrechtlicher Verträge.

Allen diesen Entwicklungen zum Trotz bleibt der Staat der Herr der internationalen Rechtsordnung. Jedoch wirken sich diese Entwicklungen auf den Staat selbst aus. Wegen der Vielfältigkeit und Spezialisierung der transnationalen Regierungsnetze, an denen die Staaten teilnehmen, erscheint der Staat kaum als Einheit. In diesem Sinne behauptet Ann Marie Slaughter „*the state has not disappeared, it has become disaggregated*“²⁵⁸.

- b) Expansion hinsichtlich der Regulierungsgegenstände (sachlicher Geltungsbereich)

Mit der Einbeziehung neuer Regulierungsgegenstände geht auch eine besondere Entwicklung des Völkerrechts einher: Durch die Intensivierung der internationalen Beziehungen, und beeinflusst vom naturwissenschaftlichen und technischen Fortschritt, entwickelt sich das Völkerrecht vom Koexistenz- zum Kooperationsrecht, dem Völkerrecht der internationalen Zusammenarbeit. Zu den klassischen Belangen des Völkerrechts – diplomatischen und konsularischen Beziehungen, Fernmelderecht und Flugverkehrsrecht: allesamt „*technical issues of low political salience*“²⁵⁹ – gesellen sich neue Themen, welche nach einer

²⁵⁶ S. Ipsen, Knut „Völkerrecht“ 4. Aufl. 1999, S. 4.

²⁵⁷ Ebd. S. 4.

²⁵⁸ Slaughter, Ann Marie zitiert durch Kumm Mattias “The Legitimacy Of International Law” EJIL Vol. 15 Nr. 5, 2004 S. 915.

²⁵⁹ Kumm, Mattias „The Legitimacy of International Law“, EJIL Vol. 14 Nr. 5 2004, S. 912.

umfangreichen und universellen Regulierung, nebenbei nach horizontaler Zusammenarbeit verlangen. Es handelt sich um Fragen der Menschenrechte, des Weltmarktes, des internationalen Finanz- und Bankenwesens, Sozialbeziehungen, Entwicklungshilfe, Kommunikation, Natur-, Klima-, Umwelt- und Kulturgüterschutz, internationale Sicherheit, Atomenergie, Gesundheit, Bevölkerungswachstum, Fernerkundung aus dem Weltall und elektronische Medien. Besonders im Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürgern ist der unmittelbare Einfluss des Völkerrechts kraft der international anerkannten Menschenrechte deutlich spürbar.

Dabei wird eine komplizierte Gesetzgebung gefördert, welche „Querschnittsthemen“ wie Entwicklungshilfe und Menschenrechte, oder aber Fragen der Weltwirtschaft und der Rüstungskontrolle berücksichtigen und in Einklang bringen soll. Die daraus resultierenden Synergien und die erreichte Verdichtung der internationalen Beziehungen scheinen nach verfassungsmäßiger Regulierung zu verlangen, d.h. nach der Einführung hierarchischer Normenbeziehungen. Dies lässt die Frage nach der Konstitutionalisierung des Völkerrechts auftauchen.

Während bei den ersten Regulierungsgegenstände (diplomatische und konsularische Beziehungen, Fernmelderecht und Flugverkehrsrecht) kaum verfassungsmäßige Fragen sich bemerkbar machen, stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit völkerrechtlicher Normen hinsichtlich neuer, vom Völkerrecht anvisierter Themen, welche bis dahin dem *domaine réservé* des Staates angehörten.

In engem Zusammenhang mit beiden Ausweitungsprozessen scheint das sogenannte Phänomen der „Fragmentierung“ zu stehen. Die „*functional differentiation in the international society*“²⁶⁰ führt zur Entstehung verschiedenartiger Institutionen mit eigenen Zielen, Werten und Regeln, die teilweise allgemeine Prinzipien und Normen des Völkerrechts überlagern.

²⁶⁰ Koskenniemi, Martti „International Legislation: Today's Limits and Possibilities“. Conference "Speaking Law to Power: International Law and Foreign Policy", March, 5 - 6, 2004, S. 28.

Was den territorialen Geltungsbereich des Völkerrechts anbelangt, unterscheidet die völkerrechtliche Rechtswissenschaft²⁶¹ zwischen:

- Allgemeinem Völkerrecht. Das für alle Völkerrechtssubjekte geltende Recht. Dazu ist das universelle Völkergewohnheitsrecht zu zählen;
- Und dem partikularen Völkerrecht, dessen Normen ausschließlich bestimmte Rechtssubjekte binden, z.B. nach geographischen Kriterien (regionales Völkerrecht).

2.2.2 Rechtsquellen

Rechtsquellen spielen eine wichtige Rolle bei der Feststellung der Legalität eines Verhaltens. Seit dem 19. Jahrhundert beschäftigt sich immer wieder die bereits völkerrechtlich etablierte, positivistische Rechtswissenschaft mit der Erarbeitung von Rechtsquellentheorien. Sie bilden – Koskenniemi zufolge²⁶² - ein wichtiges Differenzierungsmerkmal zum Naturrecht, das keinen anderen Grund für die Verbindlichkeit eines Verhaltens kannte als seine substantielle Gerechtigkeit. Schließt man den Gerechtigkeitsanspruch als rechtlichen Verbindlichkeitsgrund aus – so Koskenniemi -, so sieht man sich dazu gezwungen, eine Rechtsquellentheorie aufzustellen, welche die Normgeltung von formellen Anforderungen abhängig macht.

Die herrschende Lehre unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen formellen und materiellen Rechtsquellen des Völkerrechts. Eine schwierige und auch irreführende Unterscheidung, denn was unter materiellen Rechtsquellen verstanden wird, sind teilweise die Ziele oder Interessen oder bestimmte Moralvorstellungen der Staaten, die letzten Endes erst mit der formellen Entstehung der Norm Ausdruck finden. Nachfolgend werden ausschließlich die sogenannten formellen Rechtsquellen thematisiert.

²⁶¹ S. dafür Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 2. Aufl. 2001, Rn. 13, S. 11.

²⁶² S. dafür Koskenniemi, Martti „From Apology To Utopia“ 2. Aufl. 2005, Fn. 222 S. 123.

Wie bei jeder Rechtsordnung stehen Rechtsquellen und Legalität im engen Zusammenhang – ohne feststehende Rechtsquellen sind Legalitätsbeurteilungen unpräzise, denn jedwedes Verhalten könnte unter Berufung auf rechtlich und politisch beliebige Argumente für rechtmäßig erklärt werden. Mit dem Begriff „Rechtsquellen“ bezieht man sich auf „Positivierungswege des Rechts“²⁶³. Bereits die Anwendung dieses Begriffes in der Rechtswissenschaft verrät uns einiges über das dominierende Rechtsverständnis. Tatsächlich ist der Begriff „Quelle“ dem Naturrecht und mit ihm auch den Vernunftrechtslehren fremd, da sie die Normgeltung auf die „Erkenntnis“ der Norm und auf den Willen des Rechtssetzers, in Unabhängigkeit von den dazu angewandten Erkenntnis- und Gesetzgebungsmethoden, zurückführen.

Nach der Französischen Revolution und der Restauration setzte sich das Rechtsverständnis des politischen Liberalismus und mit ihm des Rechtspositivismus durch. Mit dem ihnen anhaftenden Rationalisierungsanspruch steht der Begriff „Rechtsquelle“ in engem Zusammenhang.

Im Rahmen des Rechtspositivismus ist aber der Begriff „Rechtsquellen“ nicht einheitlich ausgelegt. Ein Zweig des Rechtspositivismus, der logische Positivismus²⁶⁴, sieht in den Rechtsquellen formelle Rechtssetzungsnormen verfassungsähnlichen Ranges, die auf diese Weise bestimmte „Positivierungswege des Rechtes“ vorschreiben. Dahingegen betrachtet der empirische Rechtspositivismus die Rechtsquellen als schlichte Beschreibungen der Verfahren, durch welche Normen entstehen oder durch welche der rechtssetzende Wille zum Ausdruck kommt. Dies aber ohne erschöpfende Absicht, denn die Möglichkeit, dass Normen durch andere Wege zustande kommen, oder dass das Ergebnis trotz der Einhaltung der Verfahrensvoraussetzungen keine Norm bildet, wird grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

In modernen staatlichen Rechtssystemen setzt die Normproduktion bestimmte Normen voraus, welche die Normproduktionsverfahren

²⁶³ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 84.

²⁶⁴ Vgl. Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991.

bestimmen²⁶⁵. In diesem Sinne konzeptualisiert H.L.A. Hart (1907 – 1992) das Recht als die Verbindung von zweierlei Normen:

- „*Primary rules of obligation*“: jene Normen, welche aktive oder negative Verpflichtungen gründen, und
- „*Secondary rules of recognition*“: Normen über die Produktion, Abschaffung oder Änderung der „*primary rules of obligation*“.

Die „*rule of recognition*“ ist in komplexen Rechtssystemen entsprechend kompliziert und oft nicht ausdrücklich formuliert. Sie spezifiziert „*sources of law*“ und sorgt für „*general criteria for the identification of its rules*“²⁶⁶ – somit hebt sie die Kriterien hervor, welche die positive Geltung einer Norm begründen. Adressaten der „*rule of recognition*“ sind Staatsbeamte, insbesondere Richter. Sie ist zugleich „*supreme criterion*“ und „*ultimate rule*“. Als „*supreme criterion*“ schließt sie aus dem Rechtssystem jene Normen aus, welche aufgrund anderer Geltungskriterien gültig sind und doch gegen die „Suprematie“ verstoßen. Die „*rule of recognition*“ ist auch das letzte Glied der Legalitätskette und ist deshalb „*ultimate*“: „*there is no rule providing criteria for the assessment of its own legal validity*“²⁶⁷. In Übereinstimmung mit seiner Konzeptualisierung des Rechtes und seiner Kritik an jenen Rechtstheorien, welche das Recht als „*orders backed by threats*“ definieren, betrachtet Hart das Völkerrecht als ein „Recht“, das wegen der Abwesenheit zentraler Institutionen über keine „*rules of recognition*“ verfügt. Das Völkerrecht spiegelt somit eine „*simple form of social structure, consisting only of primary rules of obligation*“²⁶⁸ wider, deren Entstehung sich verschiedenartigen Faktoren verdankt. Als Vertreter einer dem soziologischen Positivismus verpflichteten Anerkennungstheorie²⁶⁹ hält Hart solche Voraussetzungen völkerrechtlich für nicht notwendig, denn die Geltung einer Norm kann auch aus ihrer Durchsetzung und Akzeptanz abgeleitet werden. Dennoch ist Harts Betrachtung heutzutage in Anbetracht der Komplexität der

²⁶⁵ Vgl. Hart, H.L.A. „The Concept of Law“, 2. Aufl. 1994, S. 43.

²⁶⁶ S. Ebd. S. 214.

²⁶⁷ Ebd. S. 107.

²⁶⁸ Ebd. S. 214.

²⁶⁹ S. dafür Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 64.

völkerrechtlichen Rechtsordnung kaum zu halten. Zu bezweifeln ist allerdings, dass die internationale Gemeinschaft bereits eine derart „reife voluntarische Gemeinschaft“ bildet, so wie es Franck²⁷⁰ behauptet, dass sich ein über Normhierarchie verfügendes, universelles Rechtssystem herausgebildet hat. Die herrschende Lehre hält zwar den Art. 38 Abs. 1 des IGH-Statuts für keinen erschöpfenden Rechtsquellenkatalog, durch die Multiplizierung IO mit spezifischen und klaren Normenkatalogen und Normproduktionsverfahren sind jedoch Subsysteme des Völkerrechts in Erscheinung getreten, innerhalb deren beide Normklassen („*primary*“ und „*secondary*“) zu finden sind.

Welche Rolle spielt also Art. 38 Abs. 1 in der völkerrechtlichen Rechtsordnung? Denn der Befund der Legalität eines Verhaltens anhand einer Rechtsquelle ist nicht bloß ein weiteres Argument hinsichtlich der Legitimität oder Illegitimität jenes Verhaltens. Es ist für jene Rechtsordnungen, welche Legitimität ausschließlich durch Legalität postulieren (und eine solche ist das Völkerrecht), das Argument schlechthin.

Seit jeher befasst sich die Rechtswissenschaft mit der Frage nach den Rechtsquellen, zumal die neuesten Entwicklungen im Völkerrecht auf einen Expansionsprozess auch im Rechtsquellenbereich hindeuten und auf eine „starke Umgestaltung“²⁷¹ desselben schließen lassen. Tatsächlich gewinnen Beschlüsse von IO, insbesondere jene der UN-Generalversammlung, allmählich in dem Maße an Bedeutung als „Katalysatoren bei der Entwicklung des Völkerrechts“²⁷², wie sie auf einer „dem Völkergewohnheitsrecht zugrunde liegende(n) Überzeugung“²⁷³ beruhen oder als „Hinweis auf eine mögliche rechtspolitische Entwicklung“²⁷⁴ auf dem internationalen Niveau gelten können. Dabei handelt es sich um zwischen Unverbindlichkeit und Verbindlichkeit

²⁷⁰ S. dafür Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 93.

²⁷¹ S. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 15, S. 13.

²⁷² Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 5 S. 105.

²⁷³ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 14, S. 12.

²⁷⁴ Ebd. Rn. 14, S. 12.

angesiedelte „Verhaltensregeln“²⁷⁵, welche deswegen unter dem vagen Begriff von *soft law* untergebracht werden. Autoren wie Martti Koskenniemi sehen in solcher „*non-binding regulation*“ die Widerspiegelung der Tendenz, vom formellen Völkerrecht zu *global governance* zu übergehen²⁷⁶. Vor diesem Hintergrund herrscht im Bereich der Rechtsquellen „ein zunehmendes Neben- und Miteinander“²⁷⁷ von traditionellen Rechtsquellen und neuen Rechtsproduktionsformen, die sich durch einen Mangel an formeller und normativer Strenge auszeichnen.

Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH) zählt die wichtigsten formellen und traditionellen Erzeugungsquellen internationaler Normen auf, nämlich:

- internationale Übereinkünfte (Art. 38 Abs. 1 lit. a),
- internationales Gewohnheitsrecht (Art. 38 Abs. 1 lit. b) und
- die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 lit. c).

Dazu kommen weitere Erkenntnisquellen bzw. „Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“, und zwar:

- Richterliche Entscheidungen und
- Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtslehrer der verschiedenen Nationen (Art. 38 Abs. 1 lit. d).

Die Reihenfolge der Auflistung ist nicht hierarchisch gedacht, sondern „entspricht der Ordnung, welche regelmäßig die Anwendung von Völkerrechtssätzen auf einen Sachverhalt bestimmt“²⁷⁸- sie ist also „lediglich Ausdruck der Rechtslogik“²⁷⁹. Adressat des Art. 38 Abs. 1 ist der Internationale Gerichtshof, dessen Statut gemäß Art. 92 UN-Charta auch

²⁷⁵ Ebd. Rn. 14, S. 12.

²⁷⁶ Koskenniemi, Martti „International Legislation: Today's Limits and Possibilities“.Conference "Speaking Law to Power: International Law and Foreign Policy", March, 5 - 6, 2004.

²⁷⁷ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 15, S. 13.

²⁷⁸ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 3 S. 104.

²⁷⁹ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 154, S. 77.

Bestandteil der UN-Charta ist. Die Mitgliedschaft in der UN bedeutet auch die automatische Unterwerfung des Mitgliedstaates unter die Jurisdiktion des IGH. Aus dem territorial quasi universellen Geltungsbereich der UN-Charta schließt Fastenrath²⁸⁰ die Absicht der Verfasser des Art. 38, ihm erschöpfenden Charakter zuzusprechen. Damit wäre der Gerichtshof dazu verpflichtet, seine Urteile ausschließlich mit den vom Art. 38 vorgeschriebenen Quellen zu begründen und nicht auf andere zuzugreifen. Diese Betrachtung entspricht jedoch nicht der von der herrschenden Lehre heutzutage vertretenen Meinung, zumal der Wortlaut des Art. 38 einen solchen Schluss nicht erlaubt²⁸¹. Auch in Anbetracht des Hauptzieles des Gerichtshofes lässt sich der erschöpfende Charakter des Art. 38 nicht verteidigen. Der Gerichtshof soll Recht sprechen und wäre an seiner Funktion gehindert, würde ihm der Zugriff auf weitere, im Art. 38 nicht erwähnte, spezielle regionale oder sachliche Rechtsquellen untersagt. Ein geschlossener Rechtsquellenkatalog entspricht weder der dynamischen Natur des Völkerrechts, noch der besonderen Stellung der Staaten als Herren der internationalen Rechtsordnung – Ausdruck dieser besonderen Stellung ist die Befugnis der Staaten vor dem IGH, „die der Entscheidung zugrunde zu legende Rechtsquelle“²⁸² zu bestimmen. Aus diesem Grund sieht die herrschende Lehre im Art. 38 „nur eine Anweisung an den IGH, auf welche Quellen er seine Urteile zu stützen hat“²⁸³ – Art. 38 Abs. 1 ist also weder „*supreme*“, noch „*ultimate*“ im Sinne von Harts „*rule of recognition*“. Dennoch hängt diese Erwägung eng mit dem vertretenen Rechtsverständnis zusammen. Dementsprechend tut sich der empirische Positivismus – wie wir gesehen haben - mit der Annahme anderer Rechtsquellen nicht schwer. Aus dieser Sichtweise stellt Art. 38 keinen *Numerus clausus* dar: Ziel des Art. 38 ist die Erleichterung der Rechtsfindung durch den Gerichtshof.

²⁸⁰ S. Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 89.

²⁸¹ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 148, S. 74.

²⁸² Ebd. Rn. 155, S. 78.

²⁸³ S. Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 89.

a) Internationale Übereinkünfte

Der völkerrechtliche Vertrag ist in Anbetracht der seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges erreichten Vernetzungsdichte an geltenden internationalen Verträgen die bedeutendste Völkerrechtsquelle unserer Zeit. Seine Bedeutung für die internationale Rechtsordnung leitet sich jedoch nicht nur aus der resultierenden Dichte her, sondern aus seiner rechtlich-politischen Transzendenz: jene bilateralen, multilateralen und regulierenden „*command modes*“, durch welche die koordinierende und kooperationsbezogene Funktionen des Völkerrechts deutlich zum Ausdruck kommen, basieren besonders auf den internationalen Übereinkünften. In diesem Sinne wäre das Phänomen der *global governance* ohne das internationale Vertragswerk kaum vorstellbar.

Unter die Bezeichnung „internationale Übereinkünfte“ fallen jedwede zwischen Staaten oder anderen internationalen Rechtssubjekten (Völkerrechtssubjektivität der Parteien ist eine Voraussetzung) erzielten Vereinbarungen für die Regelung ihrer Beziehungen auf internationaler Ebene, wenn es der Wille der vertragschließenden Parteien ist, den Vertrag dem Völkerrecht zu unterwerfen. Damit sind die außerrechtliche Konventionen und jene Verträge ausgeschlossen, welche nur dem Recht einer der Parteien unterstehen.

Allgemein herrscht kein Zwang bezüglich der anzunehmenden Vertragsform. Relevant für den IGH und die UN (Art. 102 UN-Charta) sind jedoch ausschließlich zwischenstaatliche, schriftliche Verträge.

Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen:

- Rechtsetzenden Verträgen (*traité-lois, law making treaty*): „in der Regel multilaterale Übereinkommen, welche auf die grundsätzliche Ordnung einzelner Bereiche des zwischenstaatlichen Zusammenlebens zielen“²⁸⁴, und

²⁸⁴ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 7 S. 109.

- Austauschverträgen (*traité-contrat, contractual treaty*): Solche Verträge gründen „wechselbezügliche Verpflichtungen, wie sie auch für privatrechtliche Vereinbarungen kennzeichnend sind“²⁸⁵.

Diese Klassifikation ist nicht abschließend, Mischformen sind durchaus vorstellbar. Ob die Austauschverträge auch Rechtsquellen sind, ist eine rechtswissenschaftlich strittige Frage. Ein Teil der Doktrin spricht lediglich den rechtsetzenden Verträgen Rechtsquellenqualität zu. Verschiedene Rechtsverständnisse liegen jedoch diesen Auffassungen zugrunde.

Gleiches ist bezüglich der Vertragsmerkmale festzustellen. Im Allgemeinen erfordert die Entstehung eines völkerrechtlichen Vertrages die Mitwirkung zweier oder mehrerer vertragschließender Parteien. Der Vertrag entsteht aus dem Konsens bzw. dem gemeinsamen politischen Willen der Vertragsparteien (voluntaristischer Vertragsbegriff), der mittels der entsprechenden Willenserklärungen der am rechtlichen Geschäft beteiligten Parteien zum Ausdruck kommt. Sie sind neben dem völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* der Geltungsgrund, d.h. der Grund der Verbindlichkeit der Übereinkunft. Diese Konzeption wurde unlängst in Frage gestellt. In „*The Limits of International Law*“ (2005) versuchen Goldsmith und Posner die „Logik“ des Vertragswesens ohne Hinweis auf normative Elemente wie „Legalität“ und das Prinzip *pacta sunt servanda* zu erläutern²⁸⁶. Für sie ist das Selbstinteresse der Grund dafür, dass Staaten Verträgen i.w.S. nachkommen.

Das Recht der internationalen Verträge ist in der Wiener Konvention über das Recht der Verträge (WVK, 1969), in der Wiener Konvention über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen (WVKIO, 1986) und im Wiener Übereinkommen über die Staatennachfolge in Verträge (WÜSV, 1978) kodifiziert. Die Mehrheit der in solchen Konventionen erhaltenen Normen bildet Völkergewohnheitsrecht.

Die Reichweite der Bindung internationaler Übereinkünfte erstreckt sich räumlich auf das gesamte Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, deren möglichen Veränderungen sie zu entsprechen haben. Zeitlich geht man

²⁸⁵ Ebd. Rn. 7 S. 109.

²⁸⁶ S. Goldsmith, Jack L. / Posner, Eric A. „*The Limits of International Law*“ 2005, S. 90.

von der Vertragsgeltung ab seiner Ratifikation aus (Geltung *ex nunc*). Die sich aus dem Vertrag herleitenden Rechte und Pflichten gelten *inter partes*. Für Drittstaaten erwachsen daraus keine Verpflichtungen oder Rechte (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Nichtsdestotrotz wird dieses Prinzip durch zweierlei relativiert, nämlich:

- Durch die Bildung der sogenannten Obligationen *erga omnes*; Verpflichtungen, welche den Staat der internationalen Gemeinschaft gegenüber binden. Sie wurden zum ersten Mal anlässlich des Barcelona-Traction Falls durch den Internationalen Gerichtshof angewandt.
- Und durch jene Verträge, welche „eine allgemeine, auch für Nichtstaaten geltende Ordnung schaffen“²⁸⁷. Ein Beispiel dafür bildet der Antarktis-Vertrag (1959). Das sogenannte „Antarktische System“ entwickelt sich seit 1991 allmählich zu einem „Forschungs- und Umweltschutzregime“²⁸⁸, aus dem sich Nutzungsbeschränkungen für Nicht-Signataren herleiten. Hierbei erfolgt die Relativierung der *pacta-tertiis* Regel und die universelle Geltung des Regimes aus der Tatsache, dass die Parteien des Vertrages rund 80% der Weltbevölkerung repräsentieren. Dies ist ein Hinweis für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht²⁸⁹.

Strittig ist, ob die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art. 2 Nr. 2 bis 5 UN-Charta) Pflichten auch für jene Staaten begründen können, welche nicht Mitglieder der UN sind. Sowohl die Existenz jener „drittwirkenden“ Regime, als auch die Ausweitung und breite Auslegung der dem Sicherheitsrat zustehenden Kompetenzen lassen Legitimitätsfragen auftauchen.

Ein weiteres Problemfeld hinsichtlich der Reichweite der Bindung internationaler Verträge ist die Weiterentwicklung des sekundären Vertragsrechts, d.h. jener Normen, welche auf der Grundlage des

²⁸⁷ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 19 S. 115.

²⁸⁸ Graf Vitzthum, Wolfgang „Raum und Umwelt im Völkerrecht“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht 4. Aufl. 2007, Rn. 84 S. 447.

²⁸⁹ S. dafür Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht 4. Aufl. 2007, Rn. 137 S. 69.

primären Vertragsrechts und mittels der von ihm festgelegten Verfahren entstanden sind, jedoch nicht auf den ursprünglichen Willen der Vertragsparteien zurückgeführt werden können. Gewiss lässt sich ein bedeutsamer Teil der sogenannten Legitimationskrise des Völkerrechts auf solche Entwicklung zurückführen. Internationale Organisationen entstehen aus internationalen Verträgen. Der durch solche Verträge zum Ausdruck gebrachte Staatswille bezieht sich auf die konkrete Begründung einer IO und könnte ggf. nicht dazu ausreichen, weitere Entwicklungen oder Veränderungen des ursprünglichen Mandats der IO zu decken²⁹⁰.

b) Völkergewohnheitsrecht

Systematisch gesehen bildet das Völkergewohnheitsrecht „das Urgestein der Völkerrechtsordnung“²⁹¹. Die herrschende Lehre richtet sich nach der Zwei-Elemente-Lehre (dualistische Theorie des Gewohnheitsrechts) zur Erkennung von Normen des Völkergewohnheitsrechts. Sie unterscheidet zwei Elemente:

- Objektives Element: Die Praxis, die Übung. „Wiederholte, gefestigte oder regelmäßige, einheitliche Übung seitens relevanter Subjekte und Organe“, und
- Subjektives Element: „Die Überzeugung, zu diesem Verhalten von Völkerrechts wegen verpflichtet zu sein (opinio iuris sive necessitatis)“²⁹².

Zum Völkergewohnheitsrecht gehören folglich die Normen, welche „Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ sind, so wie es Art. 38 Abs. 1 lit. B des IGH Statut zum Ausdruck bringt.

Verschiedene Aspekte des Verhältnisses beider Elemente und des Völkergewohnheitsrechts im Allgemeinen werden in Abhängigkeit vom vertretenen Rechtsverständnis diskutiert. Das Praxis-Element wird z.B.

²⁹⁰ S. dafür Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law, 2008 S. 9.

²⁹¹ Herdogen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl., 2008 Rn. 1 S. 129.

²⁹² Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Wolfgang Graf Vitzthum (Hg.) Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 131 S. 67.

von den Willenstheorien zum schlichten Beweismittel des Vorhandenseins eines *pactum tacitum*, also eines Vertrages, heruntergespielt. Dazu wird die These aufgestellt, dass Staaten den Normen zustimmen, sofern sie sich nicht gegen die gewohnheitsrechtliche Norm geäußert haben (Negativvoraussetzung).

Einen Kompromiss zwischen beiden Lagern scheint die Konsenstheorie anzustreben. Völkergewohnheitsrechtsnormen können durch ausdrückliche Zustimmung entstehen. Willensübereinstimmung ist nicht immer erforderlich. Es reicht die Hinnahme eines bestimmten Verhaltens seitens des betroffenen Staates (*acquiescence*). In diesem Sinne wird von der Tendenz berichtet, bereits die „Äußerung einer bestimmten Rechtsauffassung als Beleg für eine entsprechende Übung des jeweiligen Staates anzusehen“²⁹³ und auf diese Weise Übung und *opinio* in Beziehung miteinander zu setzen.

Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, wie allgemein die staatliche Praxis sein soll, damit Völkergewohnheitsrecht entsteht. Einigkeit besteht hinsichtlich der Einsicht, eine ausschließlich von einem einzigen Staat geübte Praxis reiche für die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht nicht aus. Ein „Repräsentativitätsgedanke“²⁹⁴ schwebt ebenfalls über dem Ganzen. Er stellt auf die besondere Stellung bestimmter Staaten hinsichtlich der „Allgemeinheit der Praxis“ ab, denn ohne die Mitwirkung wichtiger oder von der Völkergewohnheitsrechtsnorm besonders betroffener Staaten fällt das objektive Element aus. Dies bedeutet aber nicht, dass sich eine isolierte Rechtsauffassung dank der Herausbildung eines „weltumspannenden Konsens“²⁹⁵ nicht gegen die Rechtsauffassungen wichtiger Staaten verbreiten und letzten Endes durchsetzen kann. Fest steht dennoch, dass nur Staatenübung die Entstehung jener Normen bewirkt, entsprechend der Stellung der Staaten als „Träger und Herren des Rechtserzeugungsprozesses“²⁹⁶.

²⁹³ Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl. 2008, Rn. 3 S. 130.

²⁹⁴ Vgl. Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl. 2008, S. 129 ff.

²⁹⁵ Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl. 2008, Rn. 3 S. 130.

²⁹⁶ Ebd. Rn. 1, S. 129.

Auch die erforderliche Dauer der Staatenpraxis wirft verschiedene Fragen auf. Die herrschende Lehre fordert eine in einem angemessenen Zeitraum verfestigte Praxis und scheint auf diese Weise die Möglichkeit der sogenannten *instant custom* (Völkergewohnheitsrecht, das sich nach einem einmaligen oder kurzen Praxisvorgang herausgebildet hat) auszuschließen. Zugleich wird aber der zeitliche Aspekt relativiert. In diesem Sinne sprach sich – so Herdegen²⁹⁷ - der Internationale Gerichtshof 1969 in den Nordsee-Festlandsockel-Fällen aus. Auch könnte eine überwiegende und deutliche Rechtsüberzeugung dazu führen, die Dauer-Erfordernisse herabzusetzen. Als Nachweise einer solchen Rechtsüberzeugung können die Resolutionen der Generalversammlung der UN oder anderer IO und Erklärungen von Staatenkonferenzen gelten. Eine wichtige Frage des Völkergewohnheitsrechts ist jene nach dem Wandel desselben, insbesondere wenn die davon betroffenen Normen für die internationale Rechtsordnung prinzipiellen Charakters sind. In seinem Urteil zum Fall Nicaragua vs. USA (1986) betrachtete der Internationale Gerichtshof bereits diese Möglichkeit und schloss sie prinzipiell nicht aus. Dabei behauptete er: *„Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law“*²⁹⁸.

Gewalt- und Interventionsverbot sind ins Völkergewohnheitsrecht eingegangene Grundprinzipien der UN-Charta, die spätestens seit dem Kosovo-Krieg und erst recht seit dem III. Golfkrieg unter einem solchen Wandlungsdruck zu stehen scheinen. Dabei sind verschiedene Spannungsfelder zu verzeichnen:

- Erstens die Evolution des Völkerrechts als Werteordnung, das eventuelle Spannungsverhältnis zwischen Grundwerten derselben und der Charakter des Völkerrechts als politisches Recht.
- Zweitens das Verhältnis von Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht.

²⁹⁷ Vgl. Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl., 2008, Rn. 4, S. 131 ff.

²⁹⁸ Ebd. Rn. 8, S. 134.

- Drittens das Verhältnis von in der UN-Charta verankerten Normen und ihrer völkergewohnheitsrechtlichen Entsprechung.
- Viertens der Einfluss der dynamischen Auslegung der UN-Charta auf Normen des Völkergewohnheitsrecht.

Wie bereits dargestellt, ist das Völkerrecht zugleich Werteordnung und politisches Recht. Als Werteordnung spiegelt es zeitgemäß die geltenden Werte einer jeden Epoche wieder. Mit der Ächtung des Krieges und dem Gewaltverbot vollzog sich dennoch ein echter Paradigmenwechsel in der internationalen Rechtsordnung – Gewaltverbot und Nichteinmischungsprinzip kommt eine so fundamentale Stellung innerhalb der internationalen Rechtsordnung zu, dass sie zu Normen des Völkergewohnheitsrechts geworden sind. Ihre Stellung in der internationalen Rechtsordnung ist mit der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für Rechtsstaatlichkeit des Grundgesetzes zu vergleichen und sollte - auf der gleichen Weise wie sie - durch eine ungeschriebene Ewigkeitsgarantie (Art. 79 III GG) geschützt werden. Sie sind also keine weiteren Werte der internationalen Rechtsordnung, sie sind im Grunde genommen das Fundament derselben. Abwägungsurteile dieser Prinzipien gegen sehr epochenbedingte Werte, welcher Natur auch immer, können nur zur Relativierung wesentlicher Merkmale des geltenden Völkerrechts führen. Vor allem dann, wenn man die Instrumentalisierung des Völkerrechts durch politische Willkür bedenkt und seine machunterstützende Funktion vor Auge führt.

In Anbetracht der Bedeutungszunahme der Menschenrechte auf der internationalen Ebene stellt sich die Frage, ob sie gegen grundlegende Prinzipien der internationalen Rechtsordnung abgewogen werden dürfen und ggf. die „Aufweichung des kategorischen Geltungsanspruchs bestimmter Normen“²⁹⁹ beanspruchen können. Für Herdegen ist die Antwort auf diese Frage im Rahmen des besonderen Verhältnisses von Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht zu suchen.

²⁹⁹ Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl. 2008, Rn. 14 S. 53.

Vertragsrecht kann die Herauskristallisierung von Völkergewohnheitsrechtsnormen vorantreiben und entfachen, aber auch die „Fortentwicklung bestehenden Gewohnheitsrechts“³⁰⁰ mittels dynamischer Auslegung befördern. Gewalt- und Interventionsverbot als Normen der UN-Charta und völkergewohnheitsrechtliche Normen werden derzeit durch rechtliche und politische, auf die Rechtfertigung humanitärer Interventionen abzielende Menschenrechtsüberlegungen „aufgeweicht“. In diesem Zusammenhang sieht Herdegen zwei unterschiedliche Rhythmen des Wandels am Werk: den dynamischen des Vertragsrechtes und den sozusagen „statischen“ des Völkergewohnheitsrechts. Auslegung und Änderungen im Vertragsrecht vollziehen sich also dynamischer als im Völkergewohnheitsrecht und wirken sich modifizierend auf dieses aus: Die UN-Charta ist Gegenstand eines immerwährenden, ferner dynamischen „Konkretisierungsprozesses“³⁰¹, dessen Effekte sich auf die Reichweite der entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Normen auswirken. Der Wandlungsdruck, dem sich jene Normen des Völkergewohnheitsrechts ausgesetzt sehen, geht aus dem allgemeinen Bedeutungswachstum der Menschenrechte im Völkerrecht und insbesondere im UN-Rahmen hervor. Es ist in diesem Lichte, im dem wir die „Rechtfertigung für Gewaltanwendung nach der UN-Charta“³⁰² zu betrachten haben. In Herdegens Augen bestimmt die Auslegung der UN-Charta den Völkergewohnheitsrechtswandel im Lichte der Menschenrechte entscheidend. Dem kommt auch „eine wachsende Rechtfertigungstendenz in der Völkerrechtslehre und einem großen Teil der Staatengemeinschaft“³⁰³ entgegen.

Beide Aspekte – die Konkretisierung der UN-Charta im Lichte der Menschenrechte und die entgegenkommende Rechtfertigungstendenz seitens Völkerrechtslehre und Staatengemeinschaft – ermöglichen die erhebliche Herabsetzung der Schwelle des legitimierenden Konsens´ für die Gewaltanwendung bei humanitären Interventionen. Aus dieser Perspektive ist die Intervention der NATO-Staaten in Jugoslawien zu

³⁰⁰ Herdegen, Matthias Völkerrecht 7. Aufl. 2008, Rn. 12 S.137.

³⁰¹ Vgl. Ebd. Rn. 9 S.135.

³⁰² Ebd. Rn. 9, S.135.

³⁰³ Ebd. Rn. 9, S.135.

sehen. Auf diese Weise kommt man zum erstaunlichen Ergebnis, dass der Kosovo-Krieg nicht nur legitim, sondern auch legal gewesen ist. Die Menschenrechte können somit den Wandel des Völkergewohnheitsrechts vorantreiben, indem sie die konsensbezogene Basis desselben teilweise ersetzen: Die Suche nach Konsens als Bedingung des Wandels verliert an Relevanz³⁰⁴.

Somit zeichnet sich im Verhältnis zwischen dynamischer Auslegung der UN-Charta und offener, nicht rechtmäßiger Rechtsfortbildung ein weiteres Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Legitimität ab.

c) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Lückenerfüllung und Interpretationshilfe sind die zwei wichtigsten Funktionen, welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der internationalen Rechtsordnung zukommen. Ihre Natur bleibt dennoch rechtswissenschaftlich strittig. In Anbetracht des Art. 38 Abs. 1 lit. c des IGH-Statuts sind sie hinsichtlich Vertrags- und Völkergewohnheitsrechts subsidiär anzuwenden. Aber was ist eigentlich mit „allgemeinen Rechtsprinzipien“ gemeint? Etwa Gerechtigkeitsprinzipien naturrechtlicher Prägung oder aber objektivierte allgemeine Normen, die tatsächlich von den „zivilisierten Völkern“ anerkannt und angewandt werden?

Die Antwort hängt – so Fastenrath – wiederum von dem im Hintergrund operierenden Rechtsverständnis ab. Für das naturrechtliche Rechtsverständnis liegt der Geltungsgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze in einem „einheitlichen normativen Bewusstsein der Menschheit“³⁰⁵. In dem Maße, wie dieses Rechtsverständnis die allgemeinen Rechtsgrundsätze für unabhängig vom menschlichen Willen hält, wird es von einer heteronomen Moralkonzeption getragen. Anders als bei positivistischen Rechtsansätzen sind positiv geltende Normen, die solche Prinzipien zum Ausdruck bringen, nicht vonnöten – Lehrmeinungen dürfen allgemeine Rechtsgrundsätze zum Ausdruck bringen. Der positivistische Rechtsansatz zielt jedoch ausschließlich auf positiv geltende Normen ab

³⁰⁴ Vgl. Ebd. Rn. 10 S. 135 ff.

³⁰⁵ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 101.

und verlangt für ihre Anerkennung als allgemeine Rechtsprinzipien ihren „Nachweis in den wichtigsten Rechtskreisen“³⁰⁶.

Unter „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ versteht man nicht nur jene generellen Prinzipien der Rechtslogik nämlich: *lex posterior*- und *lex specialis*-Regeln, sondern auch jene für jedwedes Rechtssystem unerlässliche Prinzipien wie Treu und Glauben, Billigkeit, *pacta sunt servanda*, das estoppel-Prinzip (*venire contra factum proprium*), den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (*ex altera pars audiatur*), die Einrede der höheren Gewalt, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Prinzip der Rechtskraft des Urteils (*res iudicata*), die Pflicht zum Ausgleich des entstandenen Schaden, die Haftung für Rechtsverletzungen, die Pflicht zur Erstattung ungerechtfertigter Bereicherung und die Rechtsinstitute der Verwirkung und der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es handelt sich folglich um allgemeine materielle, verfahrensrechtliche und rechtsstrukturelle, besonders aus dem privatrechtlichen Bereich stammende Prinzipien, welche in gewissem Sinne die Konturen des Legalitätsbegriffs der internationalen Rechtsordnung bilden und sie entsprechend der Koordinierungsfunktion des Völkerrechts als Koexistenzrahmen gestalten. Auf der Basis der allgemeinen Rechtsgrundsätze entstehen „osmotische Vernetzungen“³⁰⁷ zwischen Völkerrecht und nationalen Rechtsordnungen.

Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, allgemeine Rechtsgrundsätze seien durch wertende Rechtsvergleiche in nationalen Rechtsordnungen zu ermitteln. Die Ermittlung beschränkt sich dennoch - aus pragmatischen Gründen - auf die wichtigsten Weltrechtskreise, etwa das kontinentaleuropäische und das angloamerikanische Rechtssystem, und setzt nicht nur die Allgemeinheit der Prinzipien, sondern auch ihre Übertragbarkeit auf das Völkerrecht voraus. Die Möglichkeit, sie unmittelbar aus den internationalen Beziehungen herzuleiten, ist nicht unbestritten. Allgemeine Rechtsgrundsätze werden allmählich durch völkerrechtliche Verträge kodifiziert oder gehen ins Völkergewohnheitsrecht ein.

³⁰⁶ Ebd. S. 102.

³⁰⁷ Herdegen, Ulrich „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 1 S. 141.

Eine interessante Frage betrifft die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in unserer Epoche. Mit dem regen völkerrechtlichen Kodifizierungsprozess scheint zunächst seine Reichweite abzunehmen. Vor dem Hintergrund des Wandels vom Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht zu einer durch subordinationsrechtliche Merkmale gestalteten internationalen Rechtsordnung – könnten – insofern sich dieser Wandel vollzieht – staats- und verwaltungsrechtliche Prinzipien auch völkerrechtlich an Bedeutung gewinnen. In gewissem Sinne ist bereits der enorme Einfluss der Menschenrechte auf internationaler Ebene auf die höheren verfassungsmäßigen Protektionsstandards staatlicher Rechtsordnungen zurückzuführen. Eventuell ist hinsichtlich Menschenrechtsstandards als allgemeiner Rechtsgrundsätze an eine Ausweitung des Kreises der „Kulturvölker“ auf „die Praxis regionaler und universeller Organe des Menschenrechtsschutzes“ zu denken. Dies könnte jedoch in Anbetracht der fortschreitenden Entwicklung desselben in Europa und Nordamerika Zweifel bezüglich des westzentrierten Charakters solcher allgemeinen Rechtsprinzipien wecken und sie für manche Staaten unakzeptabel machen. Das wiederum könnte der bekannten Formel „Anerkennung durch Kulturvölker“ „einschränkende Bedeutung“³⁰⁸ beimessen.

Neben den in Art. 38 aufgezählten Rechtsquellen sind als mögliche „eigenständige Rechtsquellen“³⁰⁹ einseitige Akte anzuführen wie etwa Deklarationen, Notifikationen, Proteste, Verzicht, Versprechen, Widerruf. Was den Geltungsgrund solcher normativ einseitigen Akte ausmacht, ist nicht abschließend geklärt, doch sind – wie bei den traditionellen Rechtsquellen – willensbezogene bzw. konsensbezogene Aspekte und Gegenseitigkeit mit im Spiel. Einhellig wendet sich die Meinung der herrschenden Lehre gegen die Qualität als Rechtsquellen des sogenannten *soft law*, der Verträge zwischen Staaten und trans- und multinationalen Unternehmen, der sogenannten „Standards“ und der „*courtoisie*“.

³⁰⁸ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Wolfgang Graf Vitzthum (Hg.) Völkerrecht, 4.Aufl. 2007, Rn. 143, S. 72.

³⁰⁹ Ebd. Rn. 149, S. 75.

In diesem Rahmen zu erwähnen ist auch die Kodifizierungstätigkeit verschiedener Institutionen (*Institut de Droit International, International Law Association*), insbesondere aber die 1947 von der UN etablierte *International Law Commission*. Art 1 ILC Statut beauftragt sie mit „*the promotion of the progressive development of international law and its codification*“. Die ihr anvertrauten Aufgaben gehen folglich weit über die Systematisierung des Völkerrechts hinaus und berühren eventuell den gesetzgeberischen Bereich³¹⁰.

Tendenziell beinhalten völkerrechtliche Normen vornehmlich Prinzipien bzw. Rahmenbedingungen anstelle genauer Handlungsanweisungen, die zunehmend Gegenstand sekundären Vertragsrechts werden. In diesem Sinne behauptet Koskenniemi: „*Modern international law is an elaborate framework for deferring substantive resolution elsewhere: into further procedure, interpretation, equity, context, and so on*“³¹¹.

Rechtsquellen, Legalität und Geltungsgrund stehen – wie dargestellt – in engem Zusammenhang. Die Offenheit der völkerrechtlichen Rechtsquellen erschwert nicht die Identifizierung von bestimmten Instrumenten und Methoden, welche Rechtsqualität haben oder deren Ergebnis als Recht anzusehen ist. Einen enormen Beitrag dazu leistet die Rechtswissenschaft. Der Legalitätsbegriff an sich und sein Verhältnis zur Legitimität wird dadurch sehr offen, dennoch ist er klar zu erkennen. Maßgebend für seine Bestimmung ist das im Hintergrund vertretene Rechtsverständnis unter der Gestalt der verschiedenen Geltungsgrundtheorien. Dies ist der Gegenstand des nächsten Abschnittes.

2.2.3 Rechtscharakter und Normativität des Völkerrechts

Zwei Fragen sind hierbei zu erörtern und zwar:

- Ist das Völkerrecht Recht? Und falls ja,

³¹⁰ Für eine kritische Vision der ILC s. Koskenniemi, Martti „International Legislation: Today’s Limits and Possibilities“. Conference "Speaking Law to Power: International Law and Foreign Policy", March, 5 - 6, 2004.

³¹¹ Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“, EJIL 1 1990, S. 31.

- Woraus stammt seine bindende Kraft?

Die Frage nach dem Geltungsgrund des Völkerrechts befasst sich also zunächst mit dem Recht im Völkerrecht, zweitens mit der „letzten und tiefsten Begründung für die bindende Wirkung völkerrechtlicher Verpflichtungen“³¹².

a) Das Recht im Völkerrecht

Das Völkerrecht bildet eine besondere Rechtsordnungsart, die sich gewöhnlichen staatsbezogenen Vorstellungen entzieht. Seit Thomasius „versteht sich die Verknüpfung des Rechtes mit der Zwangbefugnis fast von selbst“³¹³. Kant gelingt es, die Verbindung und Verknüpfung von Recht und Zwang³¹⁴ (*ius strictum*) moralisch zu rechtfertigen und zu verdeutlichen: Ein Recht ohne Zwang ist alsdann unvorstellbar³¹⁵.

Bei der völkerrechtlichen Rechtsordnung sieht es hingegen anders aus, denn das Völkerrecht ist eben ein Recht ohne Zwang, ferner ohne zentrale Institutionen für Gesetzgebung, Auslegung und Durchsetzung. In Anbetracht solcher „Schwächen“ hat ein Teil der Rechtswissenschaft dem Völkerrecht seinen Rechtscharakter abgesprochen. Die Ansätze für die Infragestellung des Rechtscharakters des Völkerrechts sind bei Machiavelli, Hobbes, Spinoza und Hegel zu finden. Machiavelli relativierte die Geltung der Verträge zwischen Fürsten in Anbetracht des Vorteils, den eventuell der Vertragsbruch für den Vertragsbrechenden mit sich bringen könnte. Hobbes sprach den internationalen Verträgen wegen ihrer Undurchsetzbarkeit jedwede bindende Kraft ab. Spinoza machte die Einhaltung der internationalen Verträge von einer Kosten-Nutzenberechnung abhängig. Hegel vertrat die Idee der absoluten

³¹² Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 1 S. 27.

³¹³ S. Höffe, Otfried „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ 1999 S. 55.

³¹⁴ Vgl. Höffe, Otfried „Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“, 1999, S. 55; „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 63 ff.

³¹⁵ S. Kant „Rechtslehre“ § E.

Souveränität des Staates, was letzten Endes jedwede Möglichkeit einer zwischenstaatlichen Sollensordnung zunichtemacht³¹⁶.

In die Völkerrechtswissenschaft gingen diese eher rechtsphilosophischen Einsichten anfangs des 20. Jahrhunderts durch John Austins (1790 – 1859) Werk „*Lectures on Jurisprudence or the Philosophie of Positive Law*“ (1911) ein, in dem er das Völkerrecht, seiner Betrachtung des Rechts als von einer politischen Obrigkeit stammenden Befehle („*Laws ... are commands*“) folgend, als „*laws improperly so called*“³¹⁷ bezeichnete und dementsprechend jegliche Möglichkeit rechtswissenschaftlicher Kenntnis leugnete. Für ihn ist das Völkerrecht bestenfalls nichts weiter als „*positive morality*“³¹⁸ und dementsprechend sind die Völkerrechtler nichts weiter als Moralisten.

Aus einer anderen Perspektive reduzierte der skandinavische und amerikanische Rechtsrealismus das Recht im Allgemeinen und das Völkerrecht insbesondere zu schierem Ausdruck der politischen Macht. Damit wird die bindende Kraft des Völkerrechts nicht bestritten, wohl aber jedwedes moralisches Substrat desselben. Für sie geht Macht dem Recht vor. Auch die sogenannte *New Haven School* vertritt eine besondere Verbindung des Völkerrechts zur Politik, wodurch letzten Endes die Relativierung seines Rechtscharakters erfolgt³¹⁹.

In unserer Zeit wird der Rechtscharakter des Völkerrechts und damit seine Verbindlichkeit in Unabhängigkeit von seiner Durchsetzungsmöglichkeiten allseits bejaht – „Für die Geltung des Rechts ist seine Durchsetzung nicht konstitutiv“³²⁰ -, wenngleich Autoren wie Goldsmith, Posner³²¹ und Rabkin³²² das Recht im Völkerrecht auf eine so „metaphorische“ Weise konzipieren, dass das Rechtliche und die moralische Verbindlichkeit desselben verloren geht. Die Befolgung der völkerrechtlichen Normen

³¹⁶ Vgl. Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991, S.32 ff.

³¹⁷ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 1 Fn. 1 S. 6.

³¹⁸ Austin zitiert nach Koskeniemi, Martti in „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 126.

³¹⁹ Vgl. Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“, 2001, S. 197.

³²⁰ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 1 Fn. 2 S. 6.

³²¹ Goldsmith, Jack L.; Posner, Erich A. „The Limits Of International Law“ 2005.

³²² Rabkin, Jeremy A. „Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States“ 2005.

bildet in unserer Zeit demnach den Regelfall – „*Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of the obligations almost all of the time*“³²³ -, obwohl manche Autoren dies auf das Geschick der Staaten zurückführen, jedwedes beliebige staatliche Verhalten als rechtlich zu beschreiben.

Stellt man den Rechtscharakter des Völkerrechts fest, taucht alsdann die Frage nach dem Grund seiner Verbindlichkeit auf. Diese Frage ist seit jeher Gegenstand reger Debatten in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft, die sie teilweise als eine weitere Folge der Entgegensetzung zwischen Positivismus und Iusnaturalismus interpretiert hat. Aus dieser Sichtweise ist die Suche nach dem letzten Grund der völkerrechtlichen Verbindlichkeit eine Frage, die nur eine einzige Antwort und zwar unter Ausschließung weiterer Alternativen zulässt. Hingegen konzipieren neue Betrachtungsweisen – wie z.B. jene Fastenraths - diese Diskussion nicht so pathetisch und entdecken in den verschiedenen theoretischen Ansätzen allgemeine, sich nicht ausschließende Aspekte der Normativität des Völkerrechts. Auch Koskenniemi fasste die völkerrechtlich verschiedenartigen theoretischen Ansätze als ein zwischen zwei anscheinend unversöhnlichen argumentativen Konzeptionen des Völkerrechts geführten „Dialog“, letztlich als ein selbstbezogener Diskurs auf.

Die Relevanz der Diskussion über den Geltungsgrund des Völkerrechts wird anschaulicher, wenn man sie in Verbindung mit den Rechtsquellen betrachtet. Und dies ist der Gegenstand des folgenden Absatzes: diese Verbindung zu veranschaulichen, indem die dem dargestellten Rechtsquellen-system zugrunde liegenden theoretischen Voraussetzungen beleuchtet werden.

b) Normativitäts- und Geltungsgrundtheorien des Völkerrechts

Die Frage nach dem Grund der Verbindlichkeit des Völkerrechts ist ein hoch theoretisches Dauerthema der Völkerrechtswissenschaft. In ihm fließen verschiedene rechtshistorische, rechtsphilosophische und

³²³ Henkin zitiert nach Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008 Rn.18 S. 10.

rechtssoziologische Betrachtungen zusammen, die letzten Endes das Wesen dieses Rechtszweiges zu erfassen und definieren versuchen. Dies erfolgt in Gestalt einer ständigen, in sich geschlossenen Diskussion, in der deskriptive und normative Argumente zusammentreffen. Deren Einfluss auf die rechtliche „Praxis“ ist jedoch kaum spürbar. Zu Recht behauptet Koskenniemi: *„Typically, reflection on the political foundations of international law has been undertaken in the introductory or methodological sections of standard treatises. They have had only marginal – if any – consequence on the doctrinal elaborations of different areas of international law“*³²⁴.

In letzter Zeit scheint die Debatte über die Legitimationskrise des Völkerrechts die alten Fragen nach dem Geltungsgrund desselben neu belebt zu haben. Zwischen beiden Diskussionen besteht einen enger Zusammenhang, denn die Grundfrage, auf welche sich sowohl die Diskussion über den Geltungsgrund des Völkerrechts, als auch die Debatte über die Legitimationskrise der internationalen Rechtsordnung einlassen, lautet: Warum sollen Staaten dem Völkerrecht Folge leisten? Für die Darstellung der wichtigsten Einsichten über die Normativität des Völkerrechts wird hierbei Fastenraths Darstellung gefolgt. Es gibt dennoch unterschiedliche Klassifikationen der Geltungsgrundstheorien des Völkerrechts, welche nach unterschiedlichen Kriterien erfolgen und sich Systematisierungsversuchen entziehen.

Fastenrath zufolge sind folgende Auffassungen zu beschreiben, nämlich:

- Natur und vernunftrechtliche Auffassungen.
- Zwangstheorien.
- Rechtspositivismus.
- Moderne analytische, hermeneutische, topische und politikorientierte Rechtstheorien.

Über die ersten drei Richtungen wird es ausführlich berichtet, bei der vierten beschränkt sich jedoch die Darstellung auf die politikorientierten Rechtsschulen, insbesondere auf die *New Haven School*. Dabei werden

³²⁴ Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“, 2. Aufl. 2005, S. 1.

die Einsichten zwei weiterer Rechtstheorien dargestellt, nämlich die *Critical Legal Studies* und jene andere Perspektive, welche versucht, die Geltung und die daraus resultierenden Grenzen des Völkerrechts aus Selbstinteresse heraus zu begründen.

Naturrechtliche Auffassungen.

Aus einer historischen Perspektive sind diese Geltungsgrundtheorien die ältesten. Die verschiedenartigen Theorien, die sich unter dieser Beschreibung sammeln, gehen von der Idee aus, es gebe eine objektive, universelle moralische Ordnung, die dem Menschen vorgegeben ist. Die daraus resultierenden Verbindlichkeiten haben ihren Grund außerhalb der menschlichen Verfügung, sie sind also Ausdruck einer auf Heteronomie basierten Moralvorstellung. Der Mensch kann zwar diese Ordnung durch Offenbarung (Glaube) oder Vernunft (*recta ratio*) erkennen, modifizieren kann er sie jedoch nicht. Trotz dieses gemeinsamen Anhaltspunktes zeichnet sich das Verhältnis der Theorien zueinander durch seine widersprüchliche Natur aus.

Das Völkerrecht ist ein weiterer Bestandteil dieser vorgegebenen Ordnung: Auf Gott oder auf die Vernunft ist der Geltungsgrund desselben zurückzuführen. Alle Normen (moralische, rechtliche, staatliche und völkerrechtliche) gründen folglich auf derselben Autorität, welche sie letzten Endes legitimieren, d.h. über ihre moralische Richtigkeit und damit auch über ihre rechtliche Verbindlichkeit urteilen. Es gibt also keinen Unterschied zwischen rechtlich und moralisch. Die Möglichkeit einer gegen die Moralität gerichteten Verbindlichkeit wird per definitionem ausgeschlossen: Normen sind zugleich rechtlich und moralisch oder sie sind keine Norm.

Dieser Übereinstimmungsanspruch mit der Natur oder mit dem göttlichen Willen besteht heute nicht mehr. Anstelle dessen erscheint der Sinnbezug des Rechtes auf Gerechtigkeit. Die Gesellschaft ist auf Gerechtigkeit, auf die Errichtung einer gerechten Rechtsordnung verpflichtet. Dies ist das Endziel der Gesellschaft und daraus schöpft das Recht als System seine bindende Kraft. Es geht also nicht um die bindende Kraft einer jeden

Norm, sondern um das Rechtssystem im Allgemeinen, dem die Verwirklichung der Gerechtigkeit obliegt. Würden die naturrechtlichen Auffassungen aber ein positives Gerechtigkeitskriterium postulieren, anhand dessen es möglich wäre, über die Zugehörigkeit einer Norm zum Rechtssystem entscheiden zu können, so würden sie zugleich das positive Recht verabsolutieren. Deshalb reduziert sich der Beitrag der naturrechtlichen Auffassungen unserer Zeit auf eine negative Leistung, nämlich den Ausschluss aus dem Rechtssystem jener Normen, welche „mit den Postulaten der Gerechtigkeit unvereinbar sind“³²⁵. Diese Funktion erfordert aber einen sehr hohen Gewissheitsgrad, der heutzutage kaum vorstellbar ist. Dem trägt auch Radbruch Rechnung, der für den Konfliktfall zwischen Gerechtigkeit und Rechtsicherheit letzterem den Vorrang gewährt, „es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“³²⁶. Nicht jede inhaltliche Ungerechtigkeit oder Unzweckmäßigkeit des Gesetzes führt also zu seiner moralischen Nichtigkeit. Wenn wir dann diese Einsichten in die völkerrechtliche Debatte über das Verhältnis von Legalität und Legitimität projizieren, wird die Vorrangstellung der Legalität – unter Ausklammerung von massivem Unrecht – deutlicher. Nun scheinen die Vagheit dieses Begriffes und die daraus folgenden Einstufungsschwierigkeiten des Unrechtes – es handelt sich durchaus um ein Politikum – eher die Stellung der Legalität in der Rechtsordnung zu relativieren.

Für das Völkerrecht bildet den entsprechenden Sinnbezug die Idee des Bestandes gemeinsamer Werte der internationalen Gemeinschaft, auf welche das Völkerrecht verpflichtet ist. In dem Maße, in dem die völkerrechtlichen Normen diesen Werten entsprechen, erlangen sie Geltung und Gültigkeit. In Anbetracht der kulturellen Verschiedenheit unserer Welt scheint es dennoch unmöglich zu sein, zunächst universell akzeptierte Werte zu finden. Ein bedeutender Versuch, universelle Werte zu beschreiben, ist John Rawls zu verdanken. Rawls ist darum bestrebt, seine Idee des „übergreifenden Konsens“ und des „vernünftigen

³²⁵ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 37.

³²⁶ Radbruch zitiert nach Fastenrath, Ulrich in „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 38.

Pluralismus“ auf die internationale Ebene zu übertragen³²⁷ und somit „eine Grundstruktur zu entwickeln, die annehmbar gerechte und achtbare Ordnungen unterstützt und ein vernünftiges Recht der Völker ermöglicht“³²⁸. Aus einer anderen Perspektive schlägt Höffe in seinem „Demokratie im Zeitalter der Globalisierung“ (1999) ein das Völkerrecht überholendes Modell vor, eine Weltrepublik nämlich, welche auf gemeinsamen Werten und zugleich auf der Anerkennung der politischen und kulturellen Vielfältigkeit gründet³²⁹.

Die Möglichkeit universeller Werte sieht sich jedoch mit dem Problem der Deckungsgleichheit derselben konfrontiert. Die Postulierung universeller Werte erweist sich – Fastenraht zufolge - als unmöglich, wenn man sie materiell derart festlegt, dass kein Spielraum für die unterschiedlichen Wertvorstellungen übrig bleibt. Der Konflikt ist somit programmiert. Von daher Fastenraths Vorschlag, die völkerrechtlichen Normen nicht auf die Konkretisierung bestimmter Werte zu verschreiben, sondern auf „Endziele“³³⁰ auszurichten. Indem man die Beziehung der Norm zu verschiedenartigen, ja sogar entgegengesetzten Werten ermöglicht, verstärkt man die zwischenstaatliche Kooperation.

Im Allgemeinen lassen die Vertreter des modernen Naturrechts das positive Recht gelten. Sie erheben die von ihnen postulierten Werte nicht zum Geltungsmaßstab der Gesetze, welche ihre Positivität vielmehr aus verschiedenartigen Gesetzgebungsverfahren ableiten. Einen Rechtsquellenkatalog brauchen diese Theorien nach wie vor nicht. Ihnen geht es um die Ausrichtung des positiven Rechts auf auslegungsoffene, deswegen mit verschiedenen Kulturen kompatiblen Werten.

Zwangstheorien

Zwangstheorien erheben den Zwang zum Charakteristikum des Rechtes und definieren es als zwangsbefugte Ordnung. Der Zwang dient also der Rechtsdurchsetzung. Ohne ihn ist es auch kein Recht, denn ein nach

³²⁷ S. dafür Rawls, John „Das Recht der Völker“ 2002, S. 35.

³²⁸ Rawls, John „Das Recht der Völker“ 2002, S. 156.

³²⁹ S. dafür Höffe, Otfried „Demokratie im Zeitalter der Globalisierung“ 1999, S. 296 ff.

³³⁰ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 42.

Belieben zu erfüllendes Recht ist letzten Endes kein Recht. Zwangstheorien befassen sich nicht mit der Geltungsfrage des Rechtes. Sie interessieren sich nicht für die Frage, warum das Recht gilt, sondern eher für jene nach den Mitteln, durch welche das Recht gilt.

Aus dieser Perspektive sprach Austin – wie bereits dargestellt - dem Völkerrecht jedwede Qualität als Recht ab. Nun zeichnet sich das Völkerrecht eben durch die Abwesenheit eines zentralen Zwangsapparats aus. Für die Definition des Völkerrechts als Rechtsordnung, für die Erklärung seiner Normativität also taugt der Zwang nicht. Tatsächlich erfolgt die Befolgung völkerrechtlicher Normen ohne Zwang. Nichtsdestotrotz gehört ein Wirksamkeitselement notwendigerweise zum Rechtsbegriff. In diesem Sinne ist der Zwang schlicht ein weiteres Garantiemittel unter vielen anderen. Nicht der Zwang, sondern die Idee von Garantie ist dem Recht eigentümlich. Von daher kommt es, dass die Befolgung des Völkerrechts teilweise durch weitere „Pressionsmittel wie moralischen und wirtschaftlichen Druck, Selbsthilfemaßnahmen wie Beendigung und Suspendierung von Verträgen (vgl. Art. 60 Wiener Vertragsrechtskonventionen), Repressalien und Retorsionen“³³¹ gesichert werden kann.

Rechtspositivismus

Der Rechtspositivismus betrachtet das Recht als eine dem Menschen vorgegebene, jedoch vom Menschen geschaffene Normordnung. Fastenrath unterscheidet zwischen empirischem Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus.

Empirischer Rechtspositivismus

Für Fastenrath knüpft der empirische Rechtspositivismus an anschauliche innere oder äußere Naturvorgänge an. Zu den inneren Naturvorgängen, an welche der Rechtspositivismus anknüpft, sind der Wille (*voluntas*, Voluntarismus) und das Rechtsgefühl der an dem rechtlichen Prozess

³³¹ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 51.

Beteiligten zu zählen. Zu den wahrnehmbaren äußerlichen Naturvorgängen, welche dem Rechtspositivismus zum Anknüpfungspunkt dienen, zählt Fastenrath Phänomene rechtssoziologischer Richtung.

- Psychologischer Rechtspositivismus

Maßgeblich für diesen Zweig des Rechtspositivismus ist der Wille des Normgebers. Es ist sein Wille, welcher den Norminhalt bestimmt und der Norm Rechtscharakter verleiht. Mit dem Voluntarismus sind erhebliche Probleme hinsichtlich des Völkerrechts verknüpft. Auf der einen Seite führt die Behauptung des aktuellen Willen des Rechtssetzers als maßgeblich für die Bestimmung sowohl des Rechtscharakters, als auch des Inhalts der Norm zur Relativierung der jedem Recht innewohnenden Steuerfunktion. Daraus entsteht ein Aktualisierungsdrang des den völkerrechtlichen Normen zugrundeliegenden Willen, der zum ständigen Verlangen „nach Neu- und Umschaffung des Völkerrechtes“³³² führt. Auf der anderen Seite muss der psychologische Empirismus gegen die Tatsache kämpfen, dass sich kein Sollen aus dem menschlichen Willen ableiten lässt, da sich der Wille nicht selbst binden kann.

Der Wille des Staates im völkerrechtlichen Verkehr ist eine komplexe Größe, an deren Entstehung mehrere Personen beteiligt sind. Dabei ist es schwer zu verstehen, wie ein innerliches Phänomen wie der menschliche Wille -Kantianisch das Gemüt- für wissenschaftlich relevant gehalten werden kann. Und wenn, dann wessen. Vor allem hinsichtlich des Völkergewohnheitsrechts erscheint der Voluntarismus besonders unangebracht. Man bleibt in diesem Bereich auf Vermutungen angewiesen, denn ausdrückliche Willenserklärungen sind nicht zu finden. Letzten Endes lastet dem Voluntarismus seine Anpassungsunfähigkeit an, denn der aktuelle Wille ist nicht imstande, all die künftigen Probleme, mit denen die Norm zu kämpfen hat, vorzusehen.

Ein Rechtsquellen-system scheint für den Voluntarismus nicht erforderlich zu sein. Denn es geht ihm nicht darum, wie sich der Wille manifestiert, sondern um die schiere Anerkennung desselben.

³³² Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 53.

Die Skandinavische Schule versteht den Entstehungsprozess völkerrechtlicher Normen als ein offenes Vorgehen, an dem nicht nur Staaten, sondern auch IO, Juristen und öffentliche Meinung teilnehmen. Die Normen werden als „unmittelbare Offenbarung sachlicher Richtigkeit“³³³ empfunden. Und eben dieses Empfinden liegt der Norm zugrunde. Fastenrath zeigt sich kritisch gegenüber einer so eigentlich nichtssagenden Konzeption, die er als „Schönwetterrecht“³³⁴ abtut – sie ist nur solange zutreffend, wie tatsächlich Übereinstimmung zwischen den Beteiligten herrscht.

- Soziologischer Rechtspositivismus

Der soziologische Rechtspositivismus basiert auf dem, was in der Wirklichkeit geschieht, d.h. auf der tatsächlichen und regelmäßigen Befolgung der Normen³³⁵. In diesem Sinne legt man die allgemeine Befolgung als Ausdruck des Rechtsbewusstseins der Rechtsadressaten aus. Normen werden an ihrer soziologischen Wirkung erkannt, denn sie sind deskriptive Aussagen über regelmäßige Handlungen, wobei ein regelmäßiges normkonformes Verhalten als Ausdruck der Normgeltung ausgelegt wird. Die Reaktion der Gesellschaft einer Rechtsverletzung gegenüber bildet einen Indikator der Normzugehörigkeit zum Rechtssystem. Der auf diese Weise hergestellte Indikator ist auch – so wie der Wille, das Empfinden und das Rechtsgefühl – praktisch unmessbar. Aus dieser Perspektive ist ein Rechtsquellen-system nicht erforderlich, denn maßgebend für die Normativität der Norm ist nicht das Verfahren, sondern die gesellschaftliche Befolgung der Norm. Es ist ohnehin zu vermerken, dass die faktische Normbefolgung ein wichtiger Aspekt der Normgeltung ist.

³³³ Ross zitiert nach Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 56.

³³⁴ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 56.

³³⁵ Ebd. S. 57.

- Generelle Anerkennungstheorien

Die verfassungsmäßige Reglementierung der Normerzeugungsverfahren bildet die zentrale Idee solcher Theorien. Sowohl der Rechtssetzungswille als auch das Rechtsempfinden beziehen sich nicht auf jede einzelne Norm, sondern auf die allgemeinen Verfahren, wodurch sie zustande kommen und dessen Produkt als Recht gilt. Da die Normen ihren Ursprung in diesen Verfahren finden, ist der Nachweis der *opinio iuris* eines jeden Staates bezüglich des Völkergewohnheitsrechtes nicht mehr notwendig; desgleichen spielen inhaltliche Fragen beim Vertragsrecht keine bedeutsame Rolle mehr. Man ist auch nicht auf die soziale Resonanz der Normen angewiesen, um deren Normativität zu überprüfen, denn Normen werden deswegen akzeptiert, weil Konsens über das Normerzeugungssystem im Allgemeinen besteht.

Gesetzespositivismus

- Logischer Positivismus

Der logische Positivismus hingegen fußt auf einem von einer Verfassung vorgesehenen, festgelegten Normerzeugungsverfahren. Die Geltung der Norm leitet sich dementsprechend aus der Verfassung ab³³⁶. „Verfassung“ ist darüber hinaus ein offener Begriff, zu dem auch ungeschriebene Grundnormen passen. Es ist eben die begriffliche Offenheit, welche die Anwendung des Begriffes auf das Völkerrecht ermöglicht. Im diesem Zusammenhang stellt sich immer wieder die Frage nach der Geltung der Grundnorm – eine Frage, welche nur mit der Betrachtung derselben als eine „Rechtshypothese“ beantwortet werden kann. In diesem Sinne sind die Probleme, welche solchen Theorien anhaften, mit jenen der „Reinen Rechtslehre“ Kelsens zu vergleichen.

Die Idee eines festgelegten Normenquellenkatalogs findet im Völkerrecht unserer Zeit keinen Halt, weder hinsichtlich des Vertragsrechts, noch hinsichtlich des Völkergewohnheitsrechtes und der allgemeinen

³³⁶ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 60.

Rechtsgrundsätze. Wie oben bereits dargestellt, bildet Art. 38 Abs. 1 IGH Statut einen solchen freilich nicht. Auf jeden Fall ist im Völkerrecht keine ausdrückliche Norm zu finden, welche Art. 38 solchen Rang verleihen würde, weil ein festgelegter Normenquellenkatalog konkrete Kriterien für die Feststellung des zeitlichen und räumlichen Normgeltungsbereichs voraussetzt. Es handelt sich dabei aber um Fragen, welche keine aufschlussreichen Antworten im geltenden Völkerrecht finden können und dementsprechend soll deren Beantwortung extrapositive Kriterien in Anspruch nehmen – somit ist der Bereich des positiven Rechts verlassen.

- Anerkennungstheorien

Unter der Bezeichnung „Anerkennungstheorien“ sammeln sich verschiedenartige Rechtsbetrachtungen. In Anbetracht der Unmöglichkeit, die Geltung einer Norm logisch-positiv zu begründen, versuchen Anerkennungstheorien rechtsanalytische oder kommunikativ-prozesshafte Geltungspostulate, welche herkömmlich für staatliche Rechtsordnungen aufgestellt wurden, dem Völkerrecht anzupassen. In diesem Sinne geht der rechtsanalytische Ansatz von der Betrachtung des Rechtes als ein Rechtssystem im Sinne Harts (die Kombination von *primary rules of obligation* und *secondary rules of recognition*) aus³³⁷. Da völkerrechtlich ausschließlich die erste Normart zu finden ist, sehen sich die Vertreter dieser Rechtstheorie dazu gezwungen, auf andere Kriterien für die Normidentifizierung (*secondary rules of recognition*) zurückzugreifen. Dabei richten sie sich nach rechtssoziologischen Maßstäben wie beispielsweise der tatsächlichen Durchsetzung der Norm, die darüber hinaus nicht als regelmäßiges Verhalten, sondern als ein auf dem gemeinschaftlichen Konsens basierender Normsatz angesehen wird.

Auf der Basis solcher Theorien steht die Betrachtung des Rechtes als „autoritative(n) Anordnungen eines Souveräns“³³⁸. Die Vorschreibung bestimmter Verhaltensweisen, d.h. die Einschränkung der dem Staate zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten, wird als Normfunktion gefasst, deren Durchsetzungskraft in der Klarheit des Befehls liegt. Dies führt nicht

³³⁷ Vgl. Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991, S. 64.

³³⁸ Ebd. S. 66.

nur zu einem engen und formalistischen Rechtsbegriff, sondern ist im Wesentlichen mit dem theoretischen Ausgangspunkt der Theorie Harts inkompatibel. Tatsächlich richtet er sich direkt gegen jene Konzeption des Rechtes, die es zu einem zwangsbefugten, durch den Souverän erlassenen Befehl im Sinne Austins reduziert.

Problematisch erweisen sich jedoch solche Konzeptionen, insofern völkerrechtliche Normen nicht nur Befehle, sondern auch Prinzipien, Wertvorstellungen und Festlegungen enthalten. Darüber hinaus lässt sich die politische Natur des Völkerrechts auch in der Unbestimmtheit der Normen erkennen, welche das Normverständnisfeld erweitert und folglich den Anwendungsbereich unsicher macht.

Für das kommunikativ-prozesshaft orientierte Modell erfolgt die Anerkennung der Norm nicht bei ihrer Anwendung, sondern „aus dem Verhalten der Akteure während der Entstehungsphase des Rechtssatzes“³³⁹. Bei dieser Entstehungsphase handelt es sich um die Verständigung verschiedener Akteure über den normativen Charakter einer Norm. Dabei geht es nicht darum, dass jeder vom Rechtssetzer gewollter Inhalt zur Norm wird; vielmehr geht es darum, dass die Adressaten der Norm deren Inhalt verstehen, ihn akzeptieren und dementsprechend ihr Verhalten ihm gemäß gestalten. Nur unter diesen Voraussetzungen ist vom Bestand einer Norm auszugehen. Normen sind im diesem Sinne Aufforderungen zu bestimmten Handlungen oder dienen zur Erreichung bestimmter Ziele, welche von ihren Adressaten verstanden, akzeptiert und zum Fundament der eigenen Handlungen gemacht werden.

Solche Einsichten auf das Völkerrecht zu übertragen, ist mit verschiedenen Problemen verbunden. Aus den Ausführungen Fastenraths ergibt sich eine deutliche Kompetenztrennung zwischen Rechtssetzer und Normadressaten. Tatsächlich ist die Norm das Ergebnis der Mitwirkung beider, in diesem Sinne sind beide gleichzustellen. Doch es ist Sache des Rechtssetzers den Norminhalt zu bestimmen, der zum Recht werden soll und den die Normadressaten zu verstehen und zu akzeptieren haben. Diese Distinktion ist völkerrechtlich unhaltbar. In einer auf der souveränen

³³⁹ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991, S. 68.

Gleichheit der Staaten basierenden, dezentralisierten, koordinierenden Rechtsordnung wie sie das Völkerrecht darstellt, sind alle Staaten zugleich Rechtssetzer, Rechtsanwender und Normadressaten. Auf der anderen Seite erfordert die Anwendung dieses theoretischen Ansatzes die An- und Hinnahme konventioneller bzw. konsensbezogener Momente, welche mit der strikt rationalen Wurzel der Sprechaktstheorie – so wie sie Habermas versteht³⁴⁰ – nicht verträglich sind. Habermas' Ziel ist die Aufstellung einer Theorie, anhand derer rational über Geltungsansprüche entschieden werden kann. In ihr sind also zwei Momente zu finden: ein rationelles und ein konsensbezogenes. Ausschließlich wenn beide bei einer Norm zutreffen, erscheint ihr Geltungsanspruch gerechtfertigt. Nur die Bedeutung, welche dem konsensbezogenen Moment völkerrechtlich zukommt, relativiert grundsätzlich die Stellung des rationalen, wobei ein wesentlicher Teil der rationalen Begründung der Normgeltung verloren geht.

Auf jeden Fall erfordern die Besonderheiten des Völkerrechts das Bemühen von Vermutungen und die Herausbildung von Konventionen, die von Anfang an festlegen, welche Subjekte zum Rechtsprozess zugelassen werden (Völkerrechtssubjektivität), welche Normerzeugungsverfahren und Normbindung bestehen und welche Rechtssetzungsforen und Rechtssetzungsformen angewandt werden. All diese Voraussetzungen bilden den ursprünglichen Konsens, von welchem Verdross und Simma - so Fastenrath³⁴¹ - berichteten.

Politik-orientiert Rechtstheorien

Die Politik-orientierte Rechtstheorien bilden eine sehr heterogene Gruppe, die sich durch ihre Tendenz charakterisiert, „die Geltung des Völkerrechts als normative Ordnung mit einem festen Bestand von strikten Normen“³⁴² zu relativieren. Dies ist besonders der Fall der sogenannten

³⁴⁰ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“, 1991, S. 70.

³⁴¹ Ebd. S. 71.

³⁴² Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 2 S. 33.

- *New Haven School* (NHS)

Die NHS hat zwei theoretische Beziehungspunkte, und zwar:

Zunächst richten sich die Einsichten dieser Schule – Koskeniemi zufolge – gegen eine legalistische Betrachtung des Völkerrechts („*Rule-approach*“³⁴³). Sie zeichnet sich durch ihre Konzeption des Rechtes als Befehle im Sinne Austin aus. Solche Normen sind durch einen Rechtsquellenkatalog („*sources*“, „*test of pedigree*“) identifizierbar und kommen durch vorgeschriebene Rechtssetzungsverfahren zustande. Sie sind deswegen „objektiv“ und deutlich von subjektiven bzw. politischen oder von der staatlichen Willkür getragenen Einsichten oder Interessen zu unterscheiden. Dementsprechend definiert der *Rule-approach* das Völkerrecht als „*the body of legal rules which apply between sovereign States*“³⁴⁴ und betrachtet das gerichtliche Verfahren als ein Mittel dazu, die Objektivität der Normen zu garantieren. Dies ist der Grund der Formalität der Normen. Allen Theorien dieses Rechtsverständnisses ist die Idee eines Rechtsquellensystems gemeinsam. Zu ihm sind Zwangstheorien, Rechtspositivismus und, im Allgemeinen, alle normativen Rechtstheorien zu zählen. Dieses Verständnis basiert auf den herrschenden Auffassungen des Völkerrechts. Sie führen die Normativität des Rechtes auf seine Formalität bzw. Legalität zurück und verkennen somit weitere Normativitätsarten. Gegen diesen Objektivitätsanspruch richtet sich die NHS und zwar aus einer bestimmten politischen Perspektive³⁴⁵. Zunächst konzipieren sie die Neutralität bzw. den Unparteilichkeitsanspruch des Völkerrechts als einen Mythos, der zugunsten der „Verwirklichung des – ‚westlich‘ -kantianisch definierten – Grundwerts der Menschenwürde“³⁴⁶ aufgegeben werden soll.

Der zweite theoretische Bezugspunkt der *New Haven School* übernimmt die grundlegende Rechtsbetrachtungsweise jener Rechtstheorien, welche

³⁴³ S. dafür Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 189 ff.

³⁴⁴ Schwarzenberger zitiert nach Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument“ 2. Aufl. 2005, S. 189.

³⁴⁵ Vgl. Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 194.

³⁴⁶ Ebd. S. 195.

das „wahre“ Recht - nicht dieses rechtliche Rohmaterial, welches letzten Endes die Gesetze sind - als Ergebnis eines politischen oder gerichtlichen Verfahrens ansieht. Diese Rechtstheorien beschränken jedoch das Verfahren auf bestimmte Würdenträger und Institutionen innerhalb der staatlichen Rechtsordnungen. Dahingegen öffnet die NHS den Entscheidungsprozess auf die Gemeinschaft i.S.v. „Gemeinschaft der Individuen“ – nicht die Staaten, sondern Individuen sind dazu aufgerufen, Entscheidungen zu treffen. Die Entscheidung ist das Ergebnis jenes offenen Prozesses, bei welchem dem Jurist die wichtigste Rolle zukommt, nämlich die relevanten formellen und informellen Entscheidungskriterien und –prozesse zu identifizieren und integrieren. Daraus soll nicht die formell, sondern die materiell „richtige Entscheidung“ hervorkommen³⁴⁷ - Entscheidungsmaßstab und Ziel des Prozesses ist die Menschendwürde. Die Rolle des Juristen bei dem Entscheidungsprozess ist zentral. Es handelt sich jedoch nicht nur um einen schieren Rechtskundigen, einen Rechtsberater, der über den Wortlaut des Gesetzes Bescheid weiß, sondern um einen Rechtsgelehrten, der zur „Anwalt der Gemeinschaft der Menschheit“³⁴⁸ wird und deswegen imstande sein soll, universelle von partikulären Interessen zu unterscheiden.

Fastenraht schreibt: „Der von MacDougal und Lasswell speziell am Völkerrecht entwickelte New Haven-approach weitet den Rechtsbegriff daher auf den Rechtsprozeß insgesamt aus“³⁴⁹. Dabei wird der Rechtsprozess als Bestandteil eines alle Personen umfassenden, zielgerichteten Sozialprozesses verstanden. Sozialprozess ist in diesem Sinne „*any form of social interaction*“³⁵⁰. Infolgedessen wird der Kreis der zu ihm zugelassenen Subjekte über den Bereich staatlicher Würdenträger hinaus bis hin zu Massenmedien, politischen Parteien, wissenschaftlichen Institutionen, Lobbies und weiteren Interessengruppen aller Art („*comprehensiveness*“) erweitert. Denn ein Rechtssystem, das die Teilnahme an der Rechtssetzung auf bestimmte internationale Rechtssubjekte, nämlich die Staaten beschränkt, und welches ferner auf

³⁴⁷ Vgl. Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 194 ff.

³⁴⁸ Ebd. S. 195.

³⁴⁹ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 79.

³⁵⁰ Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, Fn. 149, S. 203.

Formalität und Abstraktion der Normen setzt, verkennt weitere wichtige internationale Rechtssubjekte und kann im Wesentlichen die Entstehung internationaler Normen durch autoritative Entscheidungsprozesse nicht erfassen.

Der Sozialprozess ist deshalb zielgerichteter, weil durch ihn die Beteiligten ihre eigenen Werte verfolgen und maximieren. Rechtlicher Charakter wird aber nur einem Teil des gesamten Sozialprozesses zugesprochen, nämlich jenem, der sich als autoritativer und effektiver Entscheidungsprozess herausstellt. Autoritativ ist ein Entscheidungsprozess, wenn er in Übereinstimmung mit den Erwartungen der Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des Entscheidungsorgans, des formellen Entscheidungsverfahrens und des materiellen Entscheidungsmaßstabes erfolgt. Auf diese Weise basiert die Entscheidung nicht prinzipiell auf Zwang oder Macht, sondern auf einem sozusagen stillschweigenden Konsens der Rechtsgemeinschaft über bestimmte Aspekte, welche nicht primär mit Macht oder Zwang, sondern mit Autorität, d.h. dem Vertrauen in die Institutionen, in die Verfahrensweisen und die Maßstäbe zu tun haben. Ziel des rechtlichen Prozesses ist die Verwirklichung gemeinschaftlicher Werte, insbesondere *„goal values of international human dignity“*³⁵¹.

Der Entscheidungsprozess untergliedert sich in verschiedene Phasen, im Laufe derer relevante Informationen gesammelt, unterschiedliche rationale Entscheidungen abgewogen sowie Normen angeordnet, angewandt und deren Wirkung bewertet werden. Wir stehen also vor einem durchaus rationellen (aber in einem am Utilitarismus orientierten Sinne), wissenschaftlich geleiteten und sozialumfassenden Prozess. In ihm geht es um die Identifizierung maßgeblicher Faktoren, die zur Entscheidung führen sollen; ferner um die kontextbezogene Wahrnehmung und Abwägung solcher Maßstäbe und um die Möglichkeit, die zukünftige Entwicklung des Tatbestandes zu beeinflussen. Dabei finden nicht völkerrechtliche Argumente, sondern auch Argumente anderer Wissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft, Eingang in die völkerrechtliche Normsetzung. Völkerrechtliche und politische Argumente

³⁵¹ McDougal, Myres zitiert nach Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 203.

bestehen nebeneinander, bis hin zur Vermengung beider. Im Allgemeinen lässt sich daher sagen, dass sich „die Schule von New Haven von einem Verständnis des Völkerrechts als Ordnung festgefüger Regeln und Ausnahmen distanziert. Vielmehr begreift sie das Völkerrecht als Gegenstand einer prozesshaften Entscheidung (process)³⁵².

Die Ergebnisse eines solchen Entscheidungsprozesses sind Normen mit geringerer normativer Kraft, jedoch mit einer sehr breiten Unterstützungsbasis. Sie charakterisieren sich nicht durch die formelle Geltung der Normen, sondern durch ihre Effektivität hinsichtlich der sozialen Steuerung. Die Vertreter der NHS bestehen auf der Objektivität der Normen. Sie ist aber nicht auf ihre verfahrensmäßige Formalität, sondern auf die Offenheit des Entscheidungsprozesses hinsichtlich wissenschaftlicher Argumente und der politik- und sozialwissenschaftlichen Durchführung desselben zurückzuführen. Verzichtet man auf die sich in der juristischen Methodologie widerspiegelnde Objektivität des Rechtes, geht die Möglichkeit verloren, zwischen juristisch relevanten und irrelevanten Entscheidungskriterien zu unterscheiden und somit geht auch die Möglichkeit verloren, einer möglichst von politischen Präferenzen unabhängigen Entscheidung zu treffen³⁵³. Letzten Endes wird das Recht zu einer „*technique of social engineering*“³⁵⁴.

Herdegen scheint mit den Postulaten der *New Haven School* zu sympathisieren, wenn er behauptet: „Die Diskussion um den Militäreinsatz der NATO zum Schutz der Zivilbevölkerung im Kosovo im Frühjahr 1999 scheint der prozesshaften Sichtweise des Völkerrechts recht zu geben“³⁵⁵. Nach Herdegens Meinung habe sich eine „Neugewichtung des Verhältnisses staatlicher Souveränität (Gewaltverbot) und des Schutzes elementarer Menschenrechte“³⁵⁶ dank der Allianz einer wichtigen Minderheit der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft mit der Staatengemeinschaft vollzogen, die letzten Endes die Figur der humanitären Intervention rechtfertigen kann. Der Preis dafür ist jedoch die

³⁵² Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 2, S. 33.

³⁵³ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 197.

³⁵⁴ Koskeniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 205.

³⁵⁵ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl., 2008 Rn. 4 S.34.

³⁵⁶ Ebd. Rn. 4, S.34.

Relativierung der Normativität grundlegender völkerrechtlicher Normen und ihre Reduzierung zu einem unter vielen Abwägungsfaktoren im politischen Prozess. Nichtsdestotrotz scheint Herdegens Behauptung mit der Realität nicht Schritt zu halten. Denn weder hat sich diese sogenannte „Neugewichtung“ zugunsten der humanitären Intervention, die letzten Endes eine „ungeschriebene Ausnahme“³⁵⁷ des Gewaltverbots darstellen soll, völkerrechtlich durchgesetzt, noch scheint das Völkerrecht sich „vom Verständnis der physischen Befriedetheit zwischenstaatlicher Rechtsbeziehungen als dem allerhöchsten Gut in der Völkerrechtsordnung“³⁵⁸ losgelöst zu haben. Hier ist auf jeden Fall ein Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Legitimität zu verspüren, welches noch ausführlicher Gegenstand des dritten Kapitels dieser Arbeit sein wird.

- *Critical International Legal Studies (CILS)*

Sie orientieren sich nach politikwissenschaftlich neorealistischen und philosophisch dekonstruktivistischen Ansätzen, welche das Fundament und somit grundlegende Prinzipien des geltenden Völkerrechts in Frage stellen. In diesem Sinne versteht sich die CILS als eine „post-moderne“ Sichtweise des Völkerrechts. Post-Modern bedeutet hier die Ablösung von Postulaten der Moderne, der Aufklärung also, welche dem herrschenden völkerrechtlichen Diskurs zugrunde liegen. Auf diese Weise gesteht Koskenniemi in „*From Apology to Utopia*“ (1988), einer der wichtiger Völkerrechtler dieser Tendenz, dass er vorhat, sich mit den tiefen Strukturen der völkerrechtlichen Argumentation zu befassen. Dabei meint er, eine regressive Analyse von den letzten völkerrechtlichen Postulaten bis hin zu den ihnen zugrunde liegenden durchführen zu müssen. Eine Methodologie, die er wegen ihrer Finalität – der Überwindung herkömmlicher Konventionen - in gewissem Sinne mit den vom Dekonstruktivismus auf die Linguistik angewandten Methoden zu vergleichen ist³⁵⁹.

³⁵⁷ Ebd. Rn. 4, S.222.

³⁵⁸ Ebd. Rn. 4, S.222.

³⁵⁹ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 6.

Vor allem richten sie sich gegen einen auf den Prinzipien des politischen Liberalismus (Freiheit bzw. Autonomie mittels formellen Rechts) aufbauenden Rechtspositivismus, der das Völkerrecht zum Subsystem des politischen Liberalismus gemacht hat. Auf diese Weise gibt sie die gleichen Widersprüche wieder, welche den politischen Liberalismus charakterisieren. Diese Widersprüche leiten sich aus der Vorstellung her, dass es möglich sei, autonome und unabhängige Akteure in Einklang zu bringen, um eine geteilte Wohlfahrtsidee aufzustellen, wenn die Feststellung dessen, was zur Wohlfahrt zählt, von jenen Akteuren selbst bestimmt werden könne. Dies kommt besonders bei den Rechtsquellentheorien zum Ausdruck. Dort sucht die herrschende Lehre die Bestätigung des staatlichen Grundkonsenses als Geltungsgrund einer, den Willen des Staates einschränkenden Verpflichtung, welche der Staat selbst gebilligt haben soll. Nach Cartys Meinung führt dies *„to sterile and acrimonious attempts to demonstrate that the other side has consented to a viewpoint which one prefers, an elusive exercise, given that the starting point will usually be a conflict of interest which supposes that neither party is consenting to what the other wishes“*³⁶⁰. Aus der Unmöglichkeit, eine Antwort auf die Frage nach der Autorität in einem dezentralisierten System, wie es das Völkerrecht bildet, zu finden, ergeben sich jene *“techniques of evasion”*, welche Kennedy und Koskenniemi beschrieben haben. Ihnen zufolge beinhaltet das Völkerrecht keine inhaltlichen Lösungen für die vorgestellten Rechtsprobleme: *„Modern international law is an elaborate framework for deferring substantive resolution elsewhere: into further procedure, interpretation, equity, context and so on“*³⁶¹. Dies ist der Grund weshalb die CILS den herrschenden, auf Universalität und Konsens basierenden Diskurs im Völkerrecht als eine Fiktion betrachten, dessen Ziel die Tarnung eines sich für universell ausgebenden, partikulären Diskurses ist. Für sie zeichnet sich die internationale Realität eher durch Differenz, Heterogenität und Konflikt aus.

³⁶⁰ Carty, Anthony „Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law“ EJIL 2, 1991 S. 1.

³⁶¹ Koskenniemi, Martti “The Politics of International Law” EJIL 1, 1990, S. 28.

Die CILS sprechen den Völkerrechtlern eine wichtige, ja sogar eine Schlüsselrolle in diesem Szenarium zu. Aus der Anerkennung des Liberalismus als kulturelle Tradition und aus der Feststellung der in den internationalen Beziehungen herrschenden Anarchie, soll der Völkerrechtler „*the development of the process of inter-state / inter-cultural dialogue and understanding which may allow a coming together*“³⁶² ermöglichen. In diesem Sinne wird er zu einem „*legal translator*“.

Im Grunde genommen brauchen die Vertreter dieser Theorien keine Rechtsquellentheorie, da sich der Geltungsgrund der völkerrechtlichen Verbindlichkeiten aus verschiedenen Faktoren herleitet. Er ist zunächst nicht auf das Völkerrecht im Allgemeinen, sondern auf konkrete Normen zu beziehen. Normen also, die das Ergebnis jener von den Völkerrechtlern vermittelten „Übersetzungsarbeit“ bilden. Letzten Endes gewinnt man den Eindruck, solche Theorien seien nicht imstande, eine überzeugende Erklärung des völkerrechtmäßigen Verhaltens der Staaten anzubieten.

- *Rational Choice / Action-bezogene Völkerrechtstheorien*

Die von Goldsmith und Posner vorgestellte Völkerrechtstheorie wendet ein von der Politikwissenschaft gebrauchtes Erklärungsmodell, nämlich die Rational Choice, auf die zwischenstaatlichen Beziehungen an. Ziel der Theorie ist, die Normativität des Völkerrechts aus anderen Gründen als aus Moralität oder Legalität (Staatswillen, Konsens) zu begründen. In „*The Limits of International Law*“ (2007) führen Goldsmith und Posner den Geltungsgrund des Völkerrechts auf ein die eigenen Interessen maximierendes, rationelles Verhalten der Staaten zurück, in Anbetracht der Interessen anderer Staaten und der herrschenden Machtverhältnisse. Goldsmith und Posner kritisieren die von der herrschenden Lehre vertretene Betrachtung des Völkerrechts als eine den Staaten bei der Verfolgung eigener Interessen auferlegten Einschränkung. Versteht man Moralität auf diese Weise, so spielt sie – so die Autoren – keine Rolle bei dem völkerrechtmäßigen Verhalten der Staaten. Für sie „*International Law emerges from states' pursuit of self-interested policies on the*

³⁶² Carty, Anthony „Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law“ EJIL 2, 1991 S. 2.

*international stage ... It is not a check on state self-interest; it is a product of state self-interest*³⁶³.

Die Theorie geht vom Befund bestimmter Regelmäßigkeiten in den zwischenstaatlichen Beziehungen aus. Für die Erläuterung der Entstehung solcher Regelmäßigkeiten bedienen sich die Verfasser eines bilateralen Modells zwischenstaatlicher Beziehungen. Die vier Möglichkeiten werden im Folgenden dargestellt:

- „*Coincidence of interest*“: Jeder Staat verfolgt das eigene Interesse in Unabhängigkeit anderer Staaten. Relevant dabei ist, dass das auf das Selbstinteresse bezogenen Verhalten der Staaten trotzdem konfliktfrei erfolgt.
- „*Coordination*“: Sie ergibt sich, wenn sich beide Staaten für die symmetrische Gestaltung ihres Verhaltens entscheiden, um einen konfliktfreien Status quo beizubehalten. Dies ist für jeden Staat vorteilhafter als den konfliktfreien *Status quo* zu beenden.
- „*Cooperation*“: Bei dieser Hypothese stimmen die Staaten stillschweigend oder ausdrücklich über einen bestimmten Status quo überein, der ihren eigenen Interessen in Anbetracht ihrer Machtstellung und weiterer Faktoren entspricht. Beide sind daran interessiert, keine Handlungen zu unternehmen, welche den erreichten Status quo kompromittieren könnten.
- „*Coercion*“: in Anbetracht der Vormachtstellung des anderen Staates und der eigenen Schwächen entscheidet sich der benachteiligte Staat dafür, keine Handlungen zu unternehmen, aus denen sich Beeinträchtigungen für die Interessen des stärkeren Staates ergeben könnten.

Aus einer Kombination dieser 4 Möglichkeiten lässt sich – so die Autoren – das völkerrechtsmäßige Verhalten der Staaten erklären. Völkergewohnheitsrecht und Vertragsrecht sind nichts Weiteres als das Ergebnis des staatlichen Verhaltens hinsichtlich seiner eigenen Interessen, wobei vertragsrechtliche Normen hinsichtlich der Feststellung,

³⁶³ Goldsmith, Jack L. / Posner, Eric A. “The Limits of International Law” 2007, S. 13.

welche Verhaltensweisen in Bezug auf Kooperation und Koordination zählen, effektiver als Völkergewohnheitsrechte sind,.

Die vier erwähnten Modelle können bestenfalls jene Umstände beschreiben, welche die Staaten dazu führen oder zwingen können, bestimmte Verhalten für rechtlich zu halten oder Verträge zu vereinbaren. Sie können nur beschreiben, was geschehen ist, aber daraus lässt sich bekanntlich kein Sollen herleiten. In diesem Sinne können die Theorien der *Rational Choice* nicht erklären, warum sich die Staaten ggf. auch gegen die eigenen Interessen verhalten.

Die *Rational Choice* Theorie scheint auf bestimmte Aspekte aus Jellineks Selbstverpflichtungslehre, nämlich auf den Begriff des „Staatszweckes“ zurückzugreifen. Der Staatswille ist nicht grundsätzlich und willkürlich frei, sondern an gewisse Staatszwecke, sprich Interessen gebunden. Der Grund der Normativität des Staatswillens liegt eben in seinem Verhältnis zu den Staatszwecken als „reasonable motive“³⁶⁴ –. Sofern jene Staatszwecke erfüllt werden oder nicht mehr als solche empfunden werden, erlöschen auch die rechtlichen Pflichten des Staates. Wenn dem so ist, fragt sich Koskenniemi, warum darauf bestanden wird, etwas als Recht zu bezeichnen, das kein Recht ist?

Ziehen wir nun Bilanz: Keine der Theorien – wie Fastenrath erklärt – kann für sich den Anspruch erheben, das Wesen des Völkerrechts zu erfassen und somit den definitiven Geltungsgrund desselben gefunden zu haben. Sie haben also „verschiedene Momente des Rechts“³⁶⁵, ja verschiedene, sich gegenseitig nicht ausschließende „Dimensionen des Rechts“³⁶⁶ herausgestellt und hervorgehoben. Fast alle der angeführten Theorien gehen von der Betrachtung des Völkerrechts als eine universelle Rechtsordnung, deren Hauptakteure die Staaten sind, aus. Die internationale Rechtsordnung spricht ferner den Staaten „souveräne Gleichheit“ zu und organisiert sich auf der Basis dieses grundlegenden Prinzips. Akzeptiert man diese Betrachtung, muss man auch den

³⁶⁴ Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 129.

³⁶⁵ Kritisch dieser Feststellung gegenüber, Anthony Carty in „Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law“ EJIL 2, 1991.

³⁶⁶ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht“ 1991, S. 82. Für eine Kritik an dieser Feststellung s. Carty, Anthony „Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law“ EJIL 2, 1991 S. 21 ff.

Staatswillen als maßgeblich für die Entstehung internationaler Verpflichtungen und somit auch den Konsens als eines der unabdingbaren Momenten des Geltungsgrunds des Völkerrechts ansehen.

Unmittelbare Folge dessen wäre eine Theorie der Rechtsquellen, welche in engem Zusammenhang mit der Idee der limitierten Staatssouveränität steht, d.h. mit dem Postulat, die Freiheit, über welche der Staat in der internationalen Gemeinschaft verfügt, sei Freiheit durch Recht, d.i. die Freiheit, die im Wesentlichen auf die Übereinstimmung mit der Freiheit anderer Staaten eingeschränkt ist. Die Rechtsquellentheorien entwickeln diese Betrachtung konsequent weiter und unterwerfen die Normenkreation bestimmten formellen Voraussetzungen, in denen der Staatswille maßgeblich erscheint. Rechtquellentheorie und Geltungsgrund des Völkerrechts sind somit eng miteinander verbunden. Der Konsens ist der Ausdruck der staatlichen Autonomie, welche rechtstheoretisch mit der individuellen Autonomie des Individuums im politischen Gemeinwesen verglichen werden kann. Da dem Autonomiegedanken seit Kant moralischer Rang zugesprochen wurde, liegt ein moralisches Moment dem Konsens zugrunde, das letzten Endes auch die Legalitätsidee selbst prägt. Das Konsensprinzip oder die Konsenstheorie musste in den letzten Zeiten zahlreiche Ausnahmen hinnehmen, die auch die völkerrechtlich herrschende Legalitätsidee in Mitleidenschaft gezogen haben. Diese Umstände haben sich zum Begriff „Legitimationskrise des Völkerrechts“ kondensiert. Bevor auf dieses Thema im dritten Kapitel eingegangen wird, ist es zunächst angebracht, eine Darstellung des herrschenden Legalitätsbegriffs und dessen Verhältnis zum Legitimitätsbegriff darzustellen.

2.3. Legalität als Legalitätsrahmen

Der völkerrechtliche Legalitätsbegriff scheint ein offener und komplexer Begriff zu sein. Völkerrechtlich lässt sich die fundamentale Differenzierung zwischen rechtlich und widerrechtlich nicht anhand eines verfassungsmäßig festgelegten Rechtsquellenkatalogs entscheiden. Ferner existiert keine zentrale Institution, die für solche Entscheidungen

zuständig wäre. Daran könnten die Idee und der Anspruch auf Objektivität, auf Unparteilichkeit, welche für das Recht definitorisch sind, scheitern. Und dennoch kann das Völkerrecht als Friedensrechtsordnung auf dieses Moment nicht verzichten. Verantwortlich dafür ist die Bindung des Staates an die internationale Gemeinschaft, aber auch der rechtsphilosophische Hintergrund, auf dem das Völkerrecht seit Vattel gründet³⁶⁷. In diesem Sinne steht die völkerrechtliche Legalität in engem Verbindung mit:

- dem Staatswillen. Dies entspricht der besonderen Stellung des Staates in der internationalen Rechtsordnung. Ausschließlich der Staat kann Normen setzen. Da dem Staat Souveränität und Gleichheit zugesprochen wird, kann die Rechtsetzung nur das Ergebnis des zwischenstaatlichen Konsenses sein. Das Konsensprinzip ist der Geltungsgrund des Völkerrechts und der Grund des formellen Charakters der Legalität. Dennoch sind bestimmte Entwicklungen zutage getreten, welche zur Relativierung des Konsensprinzips und dadurch zur Infragestellung des Legalitätsrahmens entscheidend beitragen.
- Mit dem Legalitätsbegriff hängen auch bestimmte Rechtsquellen zusammen, die allerdings keinen abschließenden Charakter haben. Unter den völkerrechtlichen Rechtsquellen ragt das Vertragsrecht heraus, dessen Bedeutung für die internationale Rechtsordnung ständig gewachsen ist. Bei allen Rechtsquellen kommt dem Konsensprinzip besondere Bedeutung zu, insbesondere beim Vertragsrecht.
- Mit diesen Rechtsquellen ist zugleich eine verfahrensmäßige Vorstellung der Normsetzung verbunden, welche letzten Endes auf Rationalität, in gewissem Sinne auch auf Unparteilichkeit, abzielt.
- Mit der allmählichen Herausbildung teilweise hierarchischer Beziehungen zwischen völkerrechtlichen Normen. *Ius cogens*, Obligationen *erga omnes* und vertragsmäßige hierarchische Normverhältnisse (z.B. Art. 103 UN-Charta) bilden Beispiele dafür. Nichtsdestotrotz lässt sich diese sich bildende

³⁶⁷ Vgl. Koskenniemi, Marri "The Politics of International Law" EJIL 1, 1990, S. 4.

Normhierarchisierung nicht im Sinne einer festgelegten verfassungsmäßigen Normrangordnung auslegen. Es handelt sich eher um eine in Anbetracht unterschiedlicher Faktoren und rechtslogischer Prinzipien kontextuell zu ermittelnden Hierarchie.

- Mit der institutionellen Fortbildung, Ausweitung und Differenzierung der internationalen Rechtsordnung, welche mit der Entstehung internationaler Rechtsregime einhergeht (Fragmentierung). Sie bilden einen normativen Rahmen, dessen Verhältnis zum allgemeinen Völkerrecht und zueinander nicht nur ein theoretisches Problem für die herrschende Lehre darstellt. Die Rechtsregime sind im Grunde genommen rechtlich hochentwickelte Rechtssysteme, welche ferner über sehr effektive Normdurchsetzungsmöglichkeiten verfügen. Innerhalb solcher Rechtssysteme herrscht eine Legalitätsvorstellung, welche in mancher Hinsicht der innerstaatlichen vergleichbar ist. Allerdings weichen sie vom Konsensprinzip als Geltungsgrund der von ihnen den Staaten (Mitgliedstaaten oder dritten) auferlegten Verpflichtungen ab. Politikwissenschaftlich spricht man in diesem Zusammenhang von *governance without government* oder *global governance*.
- Mit der besonderen Bedeutung, die dem UN System zukommt, dessen allgemeinen Prinzipien als formeller und materieller Legalitätsrahmen fungieren (Konstitutionalisierung). Das UN System organisiert rechtlich die internationale Gemeinschaft. Allein grundlegende Prinzipien des UN Systems, wie das Gewalt- und Interventionsverbot, geraten unter starken Rechtsfertigungsdruck hinsichtlich „neuer“ Werte der internationalen Gemeinschaft, wie beispielsweise dem Menschenrechtenschutz, welche zur Grundlage militärischer, nicht vom Sicherheitsrat der UN bewilligter Interventionen gemacht worden sind.
- Mit der Organisierung dieser völkerrechtlichen Vielfalt anhand rechtslogischer Regeln und Prinzipien, welche im Allgemeinen auf ein Rechtssystem schließen lassen.

Der völkerrechtliche Legalitätsbegriff fügt sich also in ein aus Normen und Prinzipien, Institutionen und rechtliche Subsystemen umfassendes, rechtliches System ein. System bedeutet hier, dass die dazu gehörigen Normen und Prinzipien keine beliebige Normsammlung sind, sondern die einzelnen Normen und Prinzipien in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen.

Von den oben erwähnten Bezugspunkten der Legalität in der internationalen Rechtsordnung verdienen nun vier unsere Aufmerksamkeit und zwar: die Konstitutionalisierung, die Fragmentierung, die UN als Prinzipienrahmen und die Rolle, die rechtslogische Prinzipien hinsichtlich der Festlegung des anzuwendenden Rechts oder Normsystems spielen.

2.3.1 Konstitutionalisierung des Völkerrechts

Die Frage nach der Konstitutionalisierung des Völkerrechts ist Gegenstand heftiger Debatten in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft, in der Rechtsphilosophie und in der Politikwissenschaft. Und dies weil sie im Grunde genommen das Wesen des Völkerrechts überhaupt betrifft. Diese Debatte geht weit über die Diskussion über den Geltungsgrund des Völkerrechtes hinaus: Hier werden vor allem Tradition und politisches Projekt des Völkerrechts - um es in Koskenniemi Worten auszudrücken³⁶⁸ - aus unterschiedlichen Blickwinkeln diskutiert.

Zunächst ist also zu klären, was unter Konstitutionalisierung verstanden wird. Die Verfassung ist ein „Modell für die Organisation und Legitimation politischer Herrschaft“³⁶⁹, für ihre Verrechtlichung, im Sinne einer Bindung der Herrschaft an Normen, Prinzipien und Werten, um jedwede willkürliche Ausübung derselben auszuschließen. Konstitutionalisierung ist ein „Verrechtlichungsschub politischer Herrschaft“³⁷⁰. Voraussetzung dafür ist die Übereinstimmung der politischen Gemeinschaft über grundlegende

³⁶⁸ „Public international is rules and institutions but it is also a tradition and a political project“. Koskenniemi, Martti “The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?” Chorley Lecture LSE, 2006, S. 1.

³⁶⁹ Grimm, Dieter “Transnationale Macht – konstitutionalisierbar?” in Höffe, Otfried (Hrsg.) „Vernunft oder Macht? Zum Verhältnis von Philosophie und Politik“ 2006, S. 161.

³⁷⁰ Ebd. S. 161.

Fragen, die alsdann nicht mehr Gegenstand politischer Debatte, sondern Voraussetzung derselben sind. Mit der Dissoziierung der staatlich-öffentlichen Gewalt und Staatsgewalt, welche der Entstehung herrschaftsfähiger Organisationen auf der internationalen Arena gefolgt ist, geht die Forderung nach Organisierung und Legitimierung, nach Konstitutionalisierung derselben einher. Sie ist also nicht nur ein Postulat, sondern sie beschreibt ebenso einen sich in Gang befindenden Prozess, welcher - so Habermas³⁷¹ - den von Kant zugewiesenen Weg bis hin zum „weltbürgerlichen Zustand“ vor Augen hat.

Konstitutionalisierung ist aber schlicht eine Subkategorie des Hauptbegriffs Verrechtlichung und bildet die logische Folge eines auf dem Gedanken der Herrschaft des Rechtes basierenden Diskurses. Sie kann freilich auf verschiedene Wege stattfinden, z.B. in Gestalt eines liberal gesinnten, wohlwollenden Hegemons; oder aber in Gestalt verschiedener Großraumordnungen im Sinne Carl Schmitts. Dabei handelt es sich um territorial aufgeteilte Bereiche, welche unter den Einfluss verschiedener Großmächte fallen würden³⁷².

Der Konstitutionalisierungsgedanke an sich speist sich aus zwei Rechtstraditionen, denen unterschiedliche Betrachtungen der Rechtsherrschaft zugrunde liegen: Auf der einen Seite aus der kontinental-europäischen, durch Kants und Rousseaus' Autonomieidee geprägten Rechtstradition (Republikanismus) und auf der anderen Seite aus der angloamerikanischen, liberalen Rechtstradition.

Kant und Rousseau führen in das im Dienste der Herrschaft stehende Recht ein formelles und demokratisch-legitimierendes Moment ein, das die politische Macht in dem Maße rationalisiert, wie sie ihren Ursprung nicht mehr in einer göttlichen Instanz, sondern in dem verfahrensmäßig gebildeten Willen der Rechtsadressaten findet³⁷³. Letztes Ziel dieses Rechtsverständnisses ist nicht primär die Organisierung legaler Herrschaft, sondern ihre Demokratisierung überhaupt. Der höchste Demokratisierungsgrad wird durch die Verfassung erreicht. „In diesem Sinne ist die republikanische Verrechtlichung der Herrschaftssubstanz des

³⁷¹ Habermas, Jürgen "Der gespaltene Westen" 1. Aufl. 2004, S. 114 ff.

³⁷² Ebd. S. 192.

³⁷³ Ebd. S. 130.

Staates auf das Telos einer Verfassung ausgerichtet“³⁷⁴. Die Verfassung bindet die bestehende Macht und die Gewalt an den autonomen Volkswillen. Weil aber in der internationalen Arena weder eine konstituierte Gewalt im Sinne des republikanischen Verfassungsverständnisses noch ein Volk besteht, lässt sich die Konstitutionalisierung des Völkerrechts – so Habermas - nicht als logische Fortsetzung des innerstaatlichen Konstitutionalisierungsprozesses konzipieren. Habermas kritisiert somit die Vorstellung eines zu einem Weltstaat führenden Konstitutionalisierungsprozesses. Zwar wurde seit der Ächtung des Krieges als Rechtsmittel das Fundament für die internationale Gemeinschaft gelegt. Die sich seither entwickelnde internationale Gemeinschaft ist aber eine schwach organisierte, horizontale Staatengemeinschaft, deren Handlungsbedarf mit der Errichtung internationaler Organisationen und weiterer Institutionen gedeckt wird. Die zwischenstaatliche Kooperation allein hat nicht viel mit den Gründen gemeinsam, welche die Staatsbürger dazu führte, eine Konstitution zu erlassen. Weder die Voraussetzungen noch der Zweck des Konstitutionalisierungsprozesses auf der internationalen Ebene stimmen mit dem zu einem Weltstaat führenden Republikanismus überein.

Dahingegen konzipiert die angloamerikanische Rechtstradition die Verfassung als Instrument für die „Begrenzung der politischen Herrschaft durch distributive Gewaltenteilung“³⁷⁵. Ein solcher Verfassungsbegriff bedeutet die Verrechtlichung, die „Domestikation der Gewalt durch die institutionelle Aufteilung und verfahrensförmige Regulierung *bestehender* Machverhältnisse“³⁷⁶. Nicht der Umsturz der bestehenden Herrschaft zugunsten einer neuen, vernünftig gebildeten Herrschaft ist das Ziel dieses Verfassungsbegriffes, sondern die neue Organisierung derselben in Anbetracht bestimmter unverzichtbarer Rechtspositionen, welche das Spektrum jener limitieren und somit das Zusammenspiel verschiedenartiger Akteure ermöglichen soll. Es handelt sich um gegenseitige Machtbegrenzung, um eine Herrschaft des Rechtes oder *Rule of Law*. In diesem Sinne bildet das klassische Koexistenzvölkerrecht

³⁷⁴ Ebd. S. 130.

³⁷⁵ Habermas, Jürgen „Der gespaltene Westen“ 1. Aufl. 2004, S. 136.

³⁷⁶ Ebd. S. 137.

bereits eine Verfassung – nachfolgenden Entwicklungen haben es zum Kooperationsvölkerrecht werden lassen und somit neue Organisationsprobleme hervorgerufen. Problematisch beim Verfassungsverständnis des Liberalismus ist jedoch seine Bindung an metaphysische Legitimitätsquellen, die – so Habermas – mit dem Zeitgeist unserer Epoche unvereinbar sind. Völkerrechtlich führt dies zum Bedürfnis, den Bezug der supranationalen Verfassungen zur innerstaatlich verfassungsmäßigen Legitimationskette zu verstärken. Eine Lösung, die Nachhall in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft gefunden hat. In Anbetracht der wachsenden Autonomie der auf bestimmten Bereichen der internationalen Ebene errichteten IO und der damit einhergehenden Relativierung des die staatliche Legitimationskette widerspiegelnden, ursprünglichen Staatskonsens sprechen sich bestimmte Denkströmungen in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft dafür aus, die staatlich-parlamentarischen und rechtlichen Kontrollmechanismen über jene Entwicklungen zu intensivieren³⁷⁷.

Gegen jedwede die Verfassung der USA modifizierende Verrechtlichung des Völkerrechts spricht sich Jeremy A. Rabkin, ehemaliger Professor für Völkerrecht an der Universität Cornell, aus. Er besinnt sich auf das „*law of Nations as the Founders knew it ... a body of background understandings regarding the rights and duties of sovereign states*“³⁷⁸. Dieses dem klassischen Völkerrechts des späteren 18. Jahrhunderts zugrunde liegende Verständnis zielt nicht auf die Organisierung der Welt ab, sondern gibt sich mit einem bescheideneren Ziel zufrieden, nämlich mit der Organisierung der zwischenstaatlichen Koexistenz aus einem liberalen Rechtsverständnis heraus. Dabei handelt es sich um ein liberales Rechtsverständnis, das die staatliche Willkür nach außen entscheidend einschränkt. In diesem Sinne beschreibt er also eine negative Rechtsbetrachtung, die vor allem den Staaten Verpflichtungen auferlegt und dadurch ihre Souveränität garantiert. Grundlage dieses Verständnisses ist auch der universelle Konsens - anders ausgedrückt,

³⁷⁷ S. dafür Wolfrum, Rüdiger “Legitimacy of International Law from a Legal Perspective” in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Völker (Hrsg.) “Legitimacy in International Law” 2008, S. 5.

³⁷⁸ Rabkin, Jeremy A. “Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States” 2. Aufl. 2007, S. 25.

das jedem Staate zukommende Vetorecht. Die amerikanische Verfassung verleiht dieser Tradition durch ein komplexes politisches System rechtlichen Ausdruck, dessen Ergebnisse nicht immer – jedenfalls nach europäischer Auffassung – widerspruchsfrei sind.

Auf dem entgegengesetzten Pol befindet sich die Konstitutionalisierung des Völkerrechts, welche nach Meinung Rabkins die Gestalt der *global governance à l'Européene* einnimmt. Ein auf der Mehrheitsregel basierendes Modell, das sich durch seinen uneingeschränkten Interventionismus in innere Staatsangelegenheiten und somit durch die Beeinträchtigung der Volkssouveränität charakterisiert. Rabkins Zurückbesinnung auf jene ehrwürdige Tradition ist mit der Forderung vergleichbar, den Goldstandard wieder einzuführen. Man kann mit beiden Vorstellungen sympathisieren, die Realität geht aber andere Wege. Beide Auffassungen finden Ausdruck in der amerikanischen Politik durch Ron Paul, den republikanischen *Congressman* für Texas, der gegen den Irak Krieg stimmte und einen extraminimalen Staat verteidigt.

Kritisch steht auch Dieter Grimm der Anwendung des Konstitutionalisierungsgedanken auf das Völkerrecht gegenüber. Der Versuch, die durch die Entstehung transnationaler Regime verursachte Entstaatlichung und Schwächung der staatlichen Verfassungen (die Entstehung der Herrschaftsakte, welche innerstaatlich einen Geltungsanspruch erheben, sich jedoch nicht in die staatlich-verfassungsmäßige Legitimationskette einbetten lassen) mittels der „Konstitutionalisierung“ des Völkerrechts auszugleichen, sei ein unerwünschtes Unterfangen, da die Beschaffenheit des Völkerrechts mit dem anspruchsvollen Verfassungsbegriff inkompatibel sei. Bedingung *sine qua* *non* des Konstitutionalismus sei die demokratische Legitimation der Herrschaft und die rechtsstaatliche Bindung der obersten Gewalt. Ohne beide Elemente degradiert man den Konstitutionalismus zum „Scheinkonstitutionalismus“³⁷⁹. Daraus kann nur die Relativierung der Verfassungsidee selbst erfolgen und nur „ein entleerter

³⁷⁹ Grimm, Dieter „Transnationale Macht – konstitutionalisierbar?“ in Höffe, Otfried (Hrsg.) „Vernunft oder Macht? Zum Verhältnis von Philosophie und Politik“ 2006, S. 164.

Verfassungsbegriff³⁸⁰ zurückbleiben. Verfassung und Verrechtlichung sind also streng zu unterscheiden.

In Übereinstimmung mit Grimms Einsichten sieht Koskenniemi die Frage nach der Konstitutionalisierung des Völkerrechts als eine Antwort auf die zunehmende Fragmentierung, Deformalisierung und Entstaatlichung der politischen Herrschaft. Der herrschende, wohl republikanisch geprägte, völkerrechtliche Rechtsdiskurs versucht, die systemische Einheit und Kohärenz des zu vertretenden Rechtsverständnisses im Konstitutionalisierungsgedanken, in der weiteren Verrechtlichung der internationalen Beziehungen neu zu etablieren und zwar aus zwei unterschiedlichen Perspektiven:

- Aus einer wertorientierten Perspektive heraus, welche auf der Basis von *ius cogens* und Obligationen *erga omnes* die Festlegung einer universellen Wertehierarchisierung in der internationalen Rechtsordnung sucht. Die Konstitutionalisierungsidee anhand einer universellen Werthierarchie setzt jedoch ein universelles Verständnis des allgemeinen Wohls und des Rechts voraus, das auf der internationalen Ebene nicht vorhanden und deren Suche in Anbetracht der Vielfältigkeit moralischer Vorstellungen extrem schwierig ist.
- Die zweite Betrachtung geht von der Einsicht aus, dass die neuen institutionell völkerrechtlichen Erscheinungen nicht in einem rechtlichen Vakuum schweben, sondern in - wenngleich stillschweigendem - Zusammenhang mit den Normen des allgemeinen Völkerrechts stehen. Das Völkerrecht ist also auch ein Rechtssystem und in diesem Sinne „*no special regime has ever been understood as independent from general law*“³⁸¹. Man geht vom Bestand bestimmter Rechtsprinzipien aus, welche „*structurally given, not positively enacted*“³⁸² sind. Dies ist der Fall rechtslogischer Prinzipien (*lex posterior, lex specialis*) oder

³⁸⁰ Ebd. S. 169.

³⁸¹ Koskenniemi, Martti „International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism“ 2006, Rn. 18.

³⁸² Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“ Chorley Lecture 2006 LSE. S. 26.

fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien (*audiatur et altera pars*), deren Geltung und normative Kraft nicht von irgendeinem Positivierungsakt abhängt. Folge dieses Rechtsverständnisses ist die subsidiäre Geltung der Normen des allgemeinen Völkerrechts.

Koskenniemi steht, ohne die Qualität des Völkerrechts als Rechtssystem in Frage zu stellen, dem Konstitutionalisierungsgedanken sehr skeptisch gegenüber. In ihm sieht er die alte Vorstellung einer rechtlich homogenen, institutionellen Architektur, die mit der Heterogenität unserer Welt und mit dem anarchischen Charakter der Staatenwelt nicht klar kommt. Tatsächlich befinden sich die verschiedenen völkerrechtlichen Regime in einem breiteren Rechtssystem eingefügt. Bereits der *Appellate Body* der WTO wies darauf hin, dass das WTO-System nicht isoliert vom Völkerrecht zu verstehen sei. Desgleichen beziehen sich weitere rechtliche Regime auf das allgemeine Völkerrecht und gehen von der unmittelbaren Anwendbarkeit seiner Normen aus. Die Wiener Vertragrechtskonvention rundet diese Interpretation ab und sieht die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in Anbetracht von „*any relevant rules of international law applicable between the parties*“³⁸³ vor. Konstitutionalismus gründet aber auf der Festlegung einer verfassungsmäßigen und festgelegten Normhierarchie, um Legalitätsfragen zu lösen. Und eben dies ist völkerrechtlich kaum vorhanden. Bestehende hierarchische Norm- oder Regimebeziehungen sind kaum auffindbar, weil die Frage, welche Norm oder welches Regime anwendbar oder zuständig sind, die vorherige Festlegung des Hauptproblems erforderlich macht. Was das Hauptproblem bei einem Fall bildet, ist eine Frage der Perspektive angesichts der verschiedenen Facetten des Falles, und dies hängt wiederum vom Betrachter ab, d.h. von den für die Regulierung in Frage kommenden Normen und Subsystemen. Letzten Endes gibt es keine Norm über sie, welche die Entscheidungskompetenz einen von diesen Institutionen abschließend zuspricht. Das Völkerrecht hält keine endgültige Antwort für solche Konflikte bereit – so Koskenniemi - , abgesehen vom Hinweis auf weitere

³⁸³ Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“ Chorley Lecture 2006 LSE. S. 26.

rechtliche Institutionen und Verfahren – das geltende Völkerrecht ist sozusagen eine Grammatik, aber ohne Semantik.

2.3.2 Fragmentierung und Legalität

Unter dem Begriff „Fragmentierung“ ist die Entstehung zahlreicher rechtlich spezialisierter Regime auf der internationalen Arena zu verstehen. Sie sind das Ergebnis der sogenannten „*functional differentiation*“, die dem Spezialisierungsprozess der Verwaltung in den staatlichen Rechtsordnungen entspricht. Sie sind Ausdruck des politikwissenschaftlich bekannten Phänomens der *global governance*.

Die völkerrechtlichen, aus der *functional differentiation* erfolgten Regime zeichnen sich aus durch³⁸⁴:

- den Übergang von rechtlichen Institutionen zu *self-contained* Regimen, deren Kompetenz nicht durch rechtliche Bestimmungen, sondern durch technische, funktionelle Überlegungen begründet wird.
- die Reduzierung des Rechts auf eine weitere Regulierungsalternative u.a., deren Anwendung von politischen Kriterien abhängt. In diesem Sinne wird „Regulierung“ zum Hauptbegriff. Da für die Regulierung die Effektivität der Normen und nicht ihre Form wesentlich ist, sind Anforderungen der ersten niedriger als jene der Rechtssetzung. Dies bringt die Übertragung der Entscheidungskompetenz auf funktionelle Expertiseinstitutionen mit sich („*Deformalisation*“), welche die ihnen unterbreiteten Fragen aus technischen, nicht rechtlichen Perspektiven beantworten und somit das Recht allmählich marginalisieren.
- *governance* statt *government*. Damit ist der Übergang von der auf dem Rechtsstaatsprinzip basierenden Administration zu einem von anderen technischen oder pragmatischen Prinzipien regierten System gemeint. Damit einher geht die Konzentrierung der

³⁸⁴ Vgl. Koskenniemi, Martti “Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law” 2005.

Entscheidungskompetenz in technischen Institutionen, mit der entsprechenden Verdrängung der rechtlichen Methodologie.

- den Übergang von rechtlicher Verantwortung zu „*compliance*“. Dabei geht es um die Vermeidung rechtlicher Kategorien wie z.B. legal und illegal, weil mit ihnen rechtliche Zurechnungen eng zusammenhängen - die Erklärung eines illegalen Verhaltens eines Mitgliedstaates könnte die innere Solidarität der Staatsmitglieder brechen.
- den Übergang von Legalität zu Legitimität. Legitimität erscheint als Alternative zu Legalität, weil diese letzte mit engeren formellen und materiellen Kriterien verbunden ist. Demgegenüber belegt Legitimität einen schwer zu definierenden Platz zwischen Gerechtigkeit und Legalität. Koskenniemi beschreibt sie als „*a kind of feeling ... a psychological fact*“³⁸⁵.

Im Allgemeinen werden diese Regime aufgrund des *Lex-specialis*-Prinzip als Ausnahmen vom allgemeinen Völkerrecht betrachtet. Um ihr eigenes Verhalten zu bestimmen, bedienen sie sich teleologischer Überlegungen, die den ursprünglichen, ihnen zugrunde liegenden Staatswillen relativieren – sie legen den Mitgliedstaaten, ggf. auch Nicht-Mitgliedstaaten Verpflichtungen auf, deren Ursprung in sekundärem Vertragsrecht zu finden ist.

Wie bereits gesehen, beziehen sich die verschiedenen Regime aus unterschiedlichen Blickwinkeln auf breite Felder völkerrechtlicher Relevanz. Daraus ergeben sich konkurrierende Regime und Normen, welche die Frage auftauchen lassen, welches Regime kompetent ist. Eine abschließende Antwort lässt sich auf solche Fragen, Koskenniemi zufolge, nicht geben, denn die Klassifikation des Falles hängt vom Gewicht ab, welches den bestimmten Aspekten der Frage beigemessen wird. Viele Tatbestände weisen jedoch Aspekte aus, welche potentiell die Zuständigkeit verschiedener Regime begründen könnten. In Anbetracht dessen wird die Kompetenz eines Regimes bereits von der Perspektive aus bestimmt, aus welcher man die relevanten Fragen des Tatbestandes

³⁸⁵ Koskenniemi, Martti “Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law” 2005, S. 12.

ins Visier nimmt. In diesem Sinne behauptet Koskenniemi: „*In a world of plural regimes, political conflict is waged on the description and re-description of aspects of the world so as to make them fall under the jurisdiction of particular institutions*“³⁸⁶. Und somit wird Fragmentierung in gewissem Sinne zu einem Politikum, welches eng mit dem Kampf um politische Hegemonie zusammenhängt. Fragmentierung und Deformalisation bilden die rechtliche Seite des politikwissenschaftlichen Phänomens der *global governance*. Im Grunde genommen ergibt sich die daraus resultierende Herausforderung für die völkerrechtliche Legalität zunächst aus der Verdrängung der rechtlichen Methodologie zugunsten wirtschaftlicher oder politischer Rationalität und zweitens aus der damit verbundenen Relativierung des Konsensprinzips als Geltungsgrund des Völkerrechts. Der Staatswille konkurriert auf der gleichen Ebene mit politischen, wirtschaftlichen oder technischen Kriterien welcher Art auch immer, die nunmehr auch Verpflichtungen begründen können.

In Anbetracht der verschiedenen Probleme, welche mit der Feststellung der Legalität im Völkerrecht verbunden sind, scheint der Anspruch an Objektivität und Unparteilichkeit, der jedem Recht innewohnen, unlösbar zu sein. Drei Aspekte sollen diese Lage mit dem völkerrechtlichen Legalitätsanspruch in Eintracht bringen, und zwar:

- rechtslogische Prinzipien des Legalitätsrahmens,
- die Prinzipien der UN und der *Friendly Relationships Declaration*,
und
- die Begründung des konsensbezogenen Charakters des Völkerrechts aus seinem rechtsphilosophischen Hintergrund.

2.3.3 Rechtslogische Prinzipien des Legalitätsrahmens

Die Legalitätsidee fordert die Explizierung bestimmter Prinzipien, welche zur Einheit des Völkerrechts – ohne die Festlegung hierarchischer Norm- oder Regimebeziehungen – entscheidend beitragen. Diese Prinzipien haben rechtslogischen Charakter und sind:

³⁸⁶ Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“ Chorley Lecture 2006 LSE. S. 11.

- das Prinzip *lex specialis derogat legi generali*
- das Prinzip der „*systemic integration*“ und
- das Prinzip *lex posterior derogat lex priori*

die im folgenden Abschnitt kurz dargestellt werden.

Das Prinzip *lex specialis derogat legi generali* spricht Anwendungspriorität der spezifischeren Norm zu. Das Prinzip lässt sich durch rechtliche Beziehungen zwischen:

- Normen innerhalb eines einzigen Vertrages.
- Normen verschiedener Verträge.
- Normen vertragrechtlicher und nicht vertragrechtlicher Natur.
- Normen nicht vertragrechtlicher Natur charakterisieren

Hinsichtlich der Normspezialisitätsbestimmung hat die Rechtsquelle keine besondere Relevanz, dennoch fungieren Verträge im Allgemeinen als *lex specialis* hinsichtlich des Völkergewohnheitsrechtes und der allgemeinen Rechtsprinzipien. Das Normverhältnis ist kontextuell zu ermitteln, da völkerrechtlich keine im Voraus festgestellte Normhierarchie besteht. Auf jeden Fall bedeutet die Anwendung des *lex specialis* nicht die allgemeine Unanwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechts, dessen weiteren Normen im Sinne des „*principle of harmonization*“ hinsichtlich der Auslegung und Normanwendung in Betracht zu ziehen sind.

Ius cogens und Obligationen *erga omnes* können nicht durch die *lex specialis*-Regel deplaziert werden.

Self-contained regimes gelten als *leges specialis* hinsichtlich des allgemeinen Völkerrechts. In diesem Sinne sollen die Normen des allgemeinen Völkerrechts für die Erfüllung möglicher Lücken herangezogen werden. Ferner verliert das *self-contained* Regime, aus welchen Gründen auch immer, an normativer Kraft, so sollen die Normen des allgemeinen Völkerrechts wieder auf den bis dahin vom *self-contained* Regime regierten Bereich Anwendung finden.

- Das Prinzip der „*systemic integration*“

Art. 31 (3) (c) der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK, 1969) bringt dieses Prinzip zum Ausdruck. Das Prinzip betrachtet das Vertragsrecht im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts und etabliert für alle vom Vertrag nicht ausdrücklich regulierten Fragen den Hinweis auf die Normen des allgemeinen Völkerrechts (Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsprinzipien). Ferner impliziert das Prinzip der „*systemic integration*“, dass die Vertragsparteien bei der Erfüllung der ihnen vom Vertrag auferlegten Verpflichtungen nicht gegen grundlegende Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts verstoßen sollen.

- Das Prinzip *lex posterior derogat lex priori*

Dieses Prinzip wird im Art. 30 der WVK statuiert. Es bezieht sich auf das Verhältnis der Verträge untereinander, welche von den gleichen Parteien über den gleichen Gegenstand, aber zu verschiedenen Zeitpunkten unterschrieben worden sind. In diesem Sinne behalten die Dispositionen des zeitlich ersten Vertrags normative Kraft in dem Maße, wie der Vertrag nicht beendet worden ist und seine Dispositionen nicht gegen die Regelungen des neuen Vertrags verstoßen.

2.3.4 Grundlegende Prinzipien der UN als Legalitätsrahmen

Das UN System bildet im Ganzen den Rahmen, in dem Legalitätsüberlegungen angestellt werden. Es basiert auf den Prinzipien der UN Charta und der UN Prinzipien Deklaration 2625 (XXV – *Friendly Relations Declaration*). Diese Prinzipien sind:

1. Souveränität der Staaten (Art. 2.1 UN Charta). Staaten sind völkerrechtsunmittelbar: Sie sind keiner höheren Instanz unterworfen. Weil sie souverän sind, verfügen sie über Handlungsfreiheit, die ohnehin „Freiheit durch Recht“ und deswegen prinzipiell einschränkbar ist.

2. Gleichheit der Staaten (Art. 2.1 UN Charta).
Darunter ist formelle Gleichheit zu verstehen, d.h. die Gleichberechtigung vor dem Völkerrecht als Gesetzgeber, Rechtsanwender und Rechtsadressat.
3. Gewaltanwendungsverbot (Art. 2.4 UN Charta).
Somit werden die territoriale Unversehrtheit und die politische Unabhängigkeit der Staaten geschützt. Dem Sicherheitsrat der UN obliegt die Verantwortung für die Einhaltung des Weltfriedens.
4. Interventionsverbot (Art. 2.1 und 2.7 UN Charta).
Dieses Prinzip deckt den weiten Bereich, der vom Gewaltanwendungsverbot nicht gedeckt wird. Jedwede Art von Einmischungen unterhalb der Schwelle des bewaffneten Angriffes eines Staates in die inneren Angelegenheiten eines anderen wird somit ausgeschlossen.
5. Die Verpflichtung, internationale Streitigkeiten friedlich zu regeln (Art. 1.1, Art. 2.3 und Art 33.1 UN Charta). Im Einklang mit den vorherigen Normen legt sie den Staaten keinerlei Verpflichtungsart auf, sich internationalen Gerichtsbarkeiten oder sonstigen Streitbeilegungsmethoden zu unterwerfen.
6. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1.2 UN Charta und Art. 1 UN Menschenrechtspakte von 1966).
7. Das Prinzip der Zusammenarbeit der Staaten (Art. 1.3, Art. 11, Art. 13, Art. 55 und 56 UN Charta). Über das Feld der Solidarität mit unterindustrialisierten

Staaten hinaus, weist dieses Prinzip auf die Zusammenarbeitspflicht der Staaten für die „Erhaltung des Weltfriedens, die Achtung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten in wirtschaftlichen und sozialen Belangen“ und zur „Erfüllung der durch die UNO verhängten Maßnahmen“ hin³⁸⁷.

Die UN-Charta kann die Funktion einer Verfassung jedoch nicht völlig erfüllen. Zwar kommen der UN-Charta und der UN wegen ihrer quasi-Universalität formell und materiell besondere Bedeutung zu, dennoch entspricht sie weder im formellen, noch im materiellen Sinn der Rolle, welche der Verfassung in innerstaatlichen Rechtsordnungen zukommt³⁸⁸.

2.3.5 Hierarchie und Legalität

Hierarchie ist ein völkerrechtlich schwer zu bestimmender Legalitätsaspekt. Wie bereits dargestellt, gibt es im Völkerrecht keine der in den staatlichen Rechtsordnungen herrschenden vergleichbaren Normhierarchie. Das zwischen den völkerrechtlichen Rechtsquellen bestehende Verhältnis drückt eher die dem Völkerrecht zugrunde liegende Rechtslogik aus. Nichtsdestoweniger behauptete die *Study Group of the International Law Commission*, dass „*some rules of international law are more important than other rules and for this reason enjoy a superior position or special status in the international legal system*“³⁸⁹. Bei diesen Normen stehen wir vor fundamentalen, unverzichtbaren Normen des Völkerrechts. Die folgenden drei hierarchischen Normbeziehungen wurden von den Study Group folgendermaßen beschrieben:

³⁸⁷ Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriffs“ in Wolfgang Graf Vitzthum (Hg.) Völkerrecht, 2.Aufl. 2001, S. 43.

³⁸⁸ S. Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 318.

³⁸⁹ Report of the Study Group of the International Law Commission „Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law“. A / CN.4 / L.702. 18 Juli 2006, Rn. 31.

- *ius cogens*
- Obligationen *erga omnes*
- Art. 103 UN

Der Bericht des *Study Group* spricht in Bezug auf *ius cogens* von „*recognized hierarchical relations by the substance of the rules*“³⁹⁰. Seine besondere hierarchische Stellung in der internationalen Rechtsordnung leitet sich aus der Bedeutung seines Inhaltes und aus der allgemeinen Anerkennung seiner Superiorität her. Diese Normen können nicht durch andere verdrängt werden. Der Ursprung derselben ist in Art. 53 der WVR zu finden, welcher ein Derogationsverbot hinsichtlich jener von der internationalen Gemeinschaft akzeptierten und anerkannten Normen ausspricht. Art. 53 bildet somit die Grenzen der Verfügungsbefugnis der Parteien zu einem völkerrechtlichen Rechtsverhältnis.

Inhaltlich beziehen sich die Normen des *ius cogens* auf „materielle(n) Grundsätze(n), die von der Staatengemeinschaft als Ganzes als grundlegende Werte und nicht derogierbare Normen anerkannt sind“³⁹¹. Beispiel dafür sind das Verbot der Sklaverei (Art. 4 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 1948; Art. 4 EMRK), der Folter (Art. 5 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 1948; Art. 3 EMRK; Antifolter Konvention, 1984) und des Angriffkrieges (Art. 2 Nr. 4 UN Charta)³⁹².

Die Hinnahme materieller und nicht nur formeller Werte als Kern des *ius cogens* zeigt – nach Ansicht von Paulus –, wie die Staatengemeinschaft von einer schieren Rechtsgemeinschaft in formellem Sinne zu einer Gemeinschaft wird, „die ein Minimum gemeinsamer inhaltlicher Werte mit besonders starken rechtlichen Wirkungen“³⁹³ anerkennt.

Bei den Obligationen *erga omnes* handelt es sich um Verpflichtungen, welche den Staaten gegenüber der internationalen Gemeinschaft obliegen. Sie betreffen jeden Staat und jeder Staat hat Interesse an deren

³⁹⁰ Report of the Study Group of the International Law Commission „Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law“. A / CN.4 / L.702. 18 Juli 2006, Rn. 32.

³⁹¹ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht Globalisierung“ 2001, S. 362.

³⁹² S. Graf Vitzthum, Wolfgang „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht. 4. Aufl. 2007, Rn. 13 Fn. 28 S. 12.

³⁹³ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 362.

Beibehaltung. Der Bestand solcher Verpflichtungen wurde zum ersten Mal vom Internationalen Gerichtshof 1970 in seinem Urteil zum Fall Barcelona Traction bestätigt³⁹⁴. Obligationen *erga omnes* sind keine generell abstrakten Rechtssätze, sondern verleihen einem zwischen zwei Rechtssubjekten bestehenden, konkreten Rechtsverhältnisses Ausdruck. Dabei ist das eine Rechtssubjekt ein Staat und das andere die internationale Gemeinschaft. Unklar bleibt dennoch, was unter „internationaler Gemeinschaft“ zu verstehen ist. Zwei Verständnismöglichkeiten bieten sich an: Entweder versteht man sie metaphorisch für „einen jeden Staat“, oder aber man erhebt sie zur Kategorie eines internationalen Rechtssubjektes.

Zu Art. 103 der UN Charta: Hierarchische Normbeziehungen können auch durch einen Vertrag etabliert werden. Dies ist der Fall des Art. 103 der UN Charta, der für den Fall der Kollision völkerrechtlicher Verpflichtung mit jenen der UN Charta dieser letzteren den Vorrang gewährt. Und nicht nur diesen Verpflichtungen, sondern auch jenen anderen, die ihren Ursprung in verbindlichen Entscheidungen weiterer Organe der UN wie z.B. des Sicherheitsrates haben. In diesem Sinne ist der UN Charta einen besonderen Status zu gewähren, der auf den von ihr etablierten grundsätzlichen Prinzipien, ihren Zielen und der universellen Anerkennung gründet.

Ziehen wir Bilanz: „Verfassungsstaatlichkeit kann es natürlich auf internationaler Ebene nicht geben, wohl aber constitutionalism, übrigens auch keine Rechtsstaatlichkeit, wohl aber rule of law ...“³⁹⁵.

In diesem Sinne beinhaltet der beschriebene Legalitätsrahmen materielle und formelle Aspekte, welche den Kern des Verfassungs- und des Rechtsstaatlichkeitsbegriffes auf die internationale Ebene übertragen. Der Legalitätsrahmen entspricht der Natur des Völkerrechts als Koordinationsrecht und ferner den besonderen Charakteristiken der internationalen Rechtsordnung als horizontalem, dezentralisiertem, schwach organisiertem und pluralistischem Rechtssystem. Er konfiguriert

³⁹⁴ Vgl. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“, 7. Aufl. 2008, S. 267 ff.

³⁹⁵ B.-O. Bryde „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts“ zitiert nach Habermas, Jürgen in „Der gespaltene Westen“ 1. Aufl. 2004, S. 138.

dieses Rechtssystem als Friedensordnung, in der souveräne und gleiche Staaten ihre Handlungsfreiheit und Gleichheit gewährleistet sehen können. Im Wesentlichen stimmt die internationale Rechtsordnung nunmehr mit dem UN System überein.

Dies ist das Ergebnis eines historisch und rechtsphilosophisch langwierigen Prozesses gewesen. Im Laufe dieses Prozesses wurde der Staatswille bzw. der Staatskonsens zum Fundament der völkerrechtlichen Normativität. Dabei entspricht dieses Rechtsverständnis wesentlichen Postulaten der Aufklärung, sowohl in republikanischem als auch liberalem Sinne. Der Beleuchtung dieses Prozesses und seines rechtsphilosophischen Hintergrundes widmet sich der nächste Absatz.

2.3.6 Rechtsphilosophischer Hintergrund des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens

Die völkerrechtlich herrschende Legalitätsbetrachtung findet ihren Ursprung in der Legalitätskonzeption, die sich im Laufe der Entstehung des modernen Staates, ferner der Aufklärung und Französischer Revolution und in der darauf folgenden Restauration herauskristallisierte. Legalität erscheint dabei als ein hinsichtlich der Legitimität deutlich differenzierter Begriff, der in erster Linie die gesellschaftstheoretische Autonomieidee zum Ausdruck bringt. Habermas identifiziert dieses Verständnis mit einem republikanischen, von Kant und Rousseau geprägten Rechtsbegriff.

Die völkerrechtliche Theorie rezipierte die Grundannahmen der Gesellschaftsvertragstheorien und der Aufklärung mitsamt der ihnen innewohnenden Spannungen anhand einer Analogie („*domestic analogy*“). Die Idee ist aber nicht neu. Bereits bei Hobbes finden wir – so Koskenniemi³⁹⁶ - die Ansätze derselben. Obwohl er die Postulate seiner Theorie nicht auf das Interstaatliche zu erstrecken gedachte, geht er von der Zugehörigkeit des Völkerrechts zum Naturrecht aus – das Völkerrecht sei somit ein Instrument der Staaten, um ihre Ziele bzw. Wünsche zu

³⁹⁶ “States are like human beings in the state of nature, constantly threatening each other“. Koskenniemi, Martti “From Apology To Utopia“, 2.Aufl. 2005, S. 90. Dieser Abschnitt basiert auf Koskenniemis Ausführungen in FAU.

verfolgen und auch zu erreichen. In diesem Sinne wären die Beziehungen zwischen den Staaten zueinander analog zu jener der Menschen im Naturzustand zu verstehen.

Auch Pufendorf und Locke stimmen, Koskenniemi zufolge³⁹⁷, mit jener Betrachtung Hobbes überein: Tatsächlich stehen die Staaten im Naturzustand, doch er ist nicht notwendigerweise als *bellum omnium* anzusehen; darüber hinaus gebe es auch Normen, welche aus einem nicht instrumentell zu fassenden Naturrecht stammen. Diese auf der Vernunft gründenden Normen rücken das elementare, primäre Selbsterhaltungsinteresse der Staaten in den Vordergrund, denen – genauso wie den Einzelnen im Naturzustand – Souveränität bzw. Freiheit, Gleichheit und Unabhängigkeit zugesprochen wird. Indem Staaten sich von solchen Normen führen lassen, wird die internationale Anarchie behoben. Und es ist eben das Selbsterhaltungsinteresse der Staaten, was sie zur Kooperation statt zur Konfrontation veranlasst.

Kant dehnte das Rechtsprinzip, welches er in seiner Rechtslehre aufstellte, auf die internationale Ebene aus³⁹⁸. Die Staaten sollten in einen rechtlichen Zustand eintreten, welcher zunächst die Gestalt einer Weltrepublik³⁹⁹, später aber die Gestalt eines Völkerbundes⁴⁰⁰ - eines negativen Surrogates jener - einnehmen sollte. Als einziger der klassischen Philosophen, der sich den Fragen des Völkerrechts widmete, liegt der Kantischen Auffassung eine bestimmte Betrachtung der Geschichte zugrunde, welche in seiner „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ (1784) zum Vorschein kam. Die darin vorgetragene Geschichtsdeutung, der zufolge sich der Mensch in einem Prozess befindet, welcher mit seiner Kultivierung anfangt und sich weiter über seine Zivilisierung bis zu seiner Moralisierung erstreckt, hat sich auch folgenreich – nach Meinung Koskenniemis⁴⁰¹ – auf jenes „Verrechtlichungsprojekt“ ausgewirkt, das Vattel zum Ausdruck brachte und welches als wahres Ziel des Völkerrechts bis zu unseren Tagen,

³⁹⁷ Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 90.

³⁹⁸ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 92.

³⁹⁹ S. Kant „Zum ewigen Frieden“.

⁴⁰⁰ S. Kant „Rechtslehre“.

⁴⁰¹ S. Koskenniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset – Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ (Draft), 2005.

wenn gleich mit verschiedenen zeit- und politikabhängigen Modifikationen, gilt. Letzten Endes geht es um die Überwindung des internationalen, sekundären Naturzustandes mittels der Herstellung eines internationalen, auf dem Willen und dem Selbstinteresse der Normadressaten, also der Staaten, basierten Rechtszustandes, welcher die Koexistenz verschiedenartiger, ja sogar gegenseitiger politischer Konzeptionen und Interessen durch objektive bzw. unparteiliche Normen erlauben soll. Souveränität, das internationale Freiheitsäquivalent, Gleichheit der Staaten, das Selbstinteresse derselben und sein Willen (Konsensprinzip) legen das Fundament für eine internationale Rechtsordnung, welche einem einzigen Zwecken dienen soll: Frieden zu stiften. Legalität ist in diesem Rahmen Ausdruck der minimalen Koexistenzbedingungen und basiert auf den Willen der Normadressaten: der Staaten.

Die Idee eines völkerrechtlichen Zustandes fand Eingang in das Völkerrecht mit der Veröffentlichung im Jahre 1758 von Vattels „*Droit de gens ou principes de la Loi Naturelle appliquées à la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*“⁴⁰², in dem Staaten dazu gemahnt werden, „aus dem gesetzlosen Zustande der Wilden hinaus zu gehen und in einen Völkerbund zu treten ...“⁴⁰³. Im Gegensatz zu den Vorklassikern des Völkerrechts (Vitoria, Grotius, Wolff) konzipiert Vattel ein vornehmlich formelles, internationales Rechtssystem. Dies ist das Ergebnis der Übertragung liberaler Postulate (Freiheit, Selbstinteresse) auf eine nach Hobbes Vorstellung des Naturzustandes konzipierte Staatengesellschaft. Vattel geht von folgender These aus: Das zwischen den Individuen im Naturzustand herrschende Naturrecht sei mit dem zwischen den Staaten in der Staatengesellschaft zu vergleichen. Dennoch ist es vonnöten, das Naturrecht der Besonderheiten der Staatengesellschaft anzupassen. Dafür stellt Vattel ein dreigeteiltes völkerrechtliches Rechtssystem auf: In Anlehnung an Wolffs Unterscheidung, differenziert er zwischen „*necessary law of nations*“, „*voluntary law of nations*“ und „*arbitrary law of nations*“⁴⁰⁴. Das erste stimmt mit dem unabänderlichen Naturrecht überein. Ihm

⁴⁰² S. insbesondere Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“, EJIL 1, 1992, S. 4 - 32.

⁴⁰³ Zitiert nach Graf Vitzthum, Wolfgang in „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) „Völkerrecht“ 4. Aufl. 2007 Anmerkung zu Rn. 4, S. 7.

⁴⁰⁴ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 108 ff.

gemäß obliegt den Staaten eine einzige Verpflichtung: Ihrer eigenen Natur zufolge zu handeln, ihre Selbsterhaltung und weitere Vervollkommnung zu sichern. In diesem Sinne bleibt das Naturrecht dem staatlichen „Gewissen“ anheimgestellt. Dies schließt jedoch Verpflichtungen gegenüber anderen Staaten nicht aus, welchen aber nur dann nachzukommen ist, wenn sie dem Wohl des verpflichteten Staates zuträglich sind.

Das „*voluntary law of nations*“ gründet auf dem Naturrecht und adaptiert seine Normen auf die internationale Staatengesellschaft. In ihr werden die Staaten in Verhältnis zu anderen Staaten betrachtet und so etwas wie ein allen Staaten gemeinsames Interesse konzipiert.

Sowohl das „*necessary*“ als auch das „*voluntary*“ Völkerrecht sind vom Staatswillen unabhängig. Auf dem Staatswillen gründet ausschließlich das „*arbitrary law of nations*“. Aus dem Verhältnis dieser Völkerrechtsarten zueinander ergibt sich ein Rechtssystem, welches letzte Entscheidungen nicht kennt. Infolge dessen wird das Völkerrecht zu einem formellen, verfahrensmäßigen, auf dem Gleichgewicht der Staaten basierenden Rechtssystem.

Vor dem Hintergrund eines formalisierten und von Moralvorstellungen unabhängigen Völkerrechts begann die Idee der Verrechtlichung und Universalisierung des Völkerrechts in der Rechtswissenschaft während des 19. Jhds. Gestalt anzunehmen. Mit ihr geht der Professionalisierungsprozess der Rechtswissenschaft einher. Tatsächlich eroberte sich das Völkerrecht schon Ende des 19. Jhds. einen Platz im Studium der Rechtswissenschaft. Das 19. Jhd. ist auch das Jahrhundert der „Betonung des Staatssouveränitätsgedankens“⁴⁰⁵, der Rechtssubjektivität des Staates also und zwar in einem der Rechtssubjektivität des Individuums im Staate ähnlichen Sinne. Die „*domestic analogie*“ macht sich durch zwei Einsichten bemerkbar:

- Die Gleichstellung der staatlichen Rechtssubjektivität mit der Rechtssubjektivität des Bürgers im Staate und

⁴⁰⁵ Hacker, Volker Marcus, „Kants Friedenschrift und das Völkerrecht“, 2000, S. 132.

- die Betrachtung, Auslegung und Anwendung des Völkerrechtes als Recht.

Auf diese Weise werden bürgerliches Eigentum und territoriale Staatssouveränität verglichen. Ferner werden Verträge als zivilrechtliche Verträge analysiert und das Völkerrecht im Allgemeinen als ein auf der Idee der Rechtsherrschaft basierendes, vollkommenes Rechtssystem betrachtet. Hierbei unterwirft man das Völkerrecht dem technischen Auslegungs- und Anwendungsinstrumentarium innerstaatlicher Rechtsordnungen. Völkerrecht wird technisch. Dementsprechend sah man in der Diplomatie eine Art Amtsverwaltung. Auf die gleiche Weise wie Individuen im Staate, werden Staaten in ein System eingebettet, in dem sie Beziehungen zu anderen ebenbürtigen Rechtssubjekten etablieren und pflegen müssen. Das Staatensystem organisierte sich mittels Staatskonferenzen, auf denen eine lebhafte Kodifizierungsaktivität des Völkerrechts vorangetrieben wurde. Voraussetzung dafür war eine verfahrensmäßige Konzeption des Rechtes, welche den Staaten keine Einschränkung der beliebig zu verfolgenden Interessen und Methoden auferlegte, sondern sie sich nur an formelle Bedingungen band.

Maßgebend für dieses technische Verständnis des Völkerrechts war die deutsche, durch Kant⁴⁰⁶ beeinflusste Rechtskultur, welche – Koskenniemi zufolge⁴⁰⁷ - letzten Endes der „*domestic analogy*“ und dem darauf basierten Technifizierungsprozess im völkerrechtlichen Bereich zugrunde liegt. Technifizierung und Formalisierung sind unabdingbare Voraussetzungen eines jeden auf Unparteilichkeit und Objektivität gerichteten Koexistenzrahmens. Der Anspruch, das Völkerrecht als ein technisches Koordinationsrecht zu betrachten, findet seine Rechtfertigung in dem Vergleich desselben mit jenen rechtlichen Techniken, welche die deutschen Juristen vor dem Hintergrund des fragmentierten deutschen Reiches entwickelten und welche sich auch für die Organisation der nach dem Ende der Napoleonischen Kriege entstandenen, europäischen Staatenwelt eigneten. Das von Autoren wie Friedrich von Martens oder

⁴⁰⁶ S. Hackel, Volker Marcus „Kants Friedensschrift und das Völkerrecht“, 2000. S. 132 ff.

⁴⁰⁷ S. Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation“, Chorley Lecture an der LSE, 2006, S. 3 ff.

Georg Jellinek geprägte Rechtsgedankengut wurde schon im 20.Jh. von Autoren wie Lassa Oppenheim oder Hersch Lauterpacht in den englischsprachigen Raum eingeführt⁴⁰⁸. Vor dem Hintergrund der kantischen Geschichtsdeutung kombinierten sie die gelehrte deutsche Rechtskultur mit einer realistischen Betrachtung der Staatenverhältnisse und mit einem starken Ethos der Antisouveränität, welches sich aus der Betrachtung der Staaten als ein vorläufiges Instrument auf dem Weg zu einem endgültigen, unter das *Rule of Law* stehenden, internationalen Rechtszustand herleitete.

Es ist eben diese Idee, welche zunächst dem Völkerbund und später der UN zum Fundament dient. Während der 60er Jahre setzt sich die Einsicht durch, das Völkerrecht gehe von Koordinations- zu weltumfassendem Kooperationsvölkerrecht über. Auf Wohlfahrt der Nationen und Menschenrechte richtet sich die Aufmerksamkeit der Rechtslehre, doch der Kalte Krieg wirkt sich hemmend auf diese Bemühungen aus. Erst 1989 brach Enthusiasmus für eine von *Rule of Law*, Menschenrechte, Welthandel, Umweltschutz und internationalem Strafrecht bestimmte Ära aus. Mit den Ereignissen im ehemaligen Jugoslawien kommt jedoch eine Zeit der Ernüchterung, die in unseren Tagen nach dem 11 September, Madrid, London und den beiden Kriegen in Afghanistan und Irak in trübem Pessimismus umgeschlagen ist.

Vor diesem Hintergrund wird der Legalitätsbegriff, die auf dem Konsensprinzip basierende Rechtstradition und dementsprechend die Idee der Legitimation durch Legalität in Frage gestellt. In meinen Augen bleibt der herrschende Legalitätsbegriff hinsichtlich der Ziele der internationalen Gemeinschaft dennoch nach wie vor gültig. Ohne die Idee der Einschränkung der staatlichen Willkür auf die Bedingung des Zusammenlebens – und dies ist das Hauptziel des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens - ist kein Völkerrecht, weder als Koexistenz- noch als Kooperationsrahmen möglich.

⁴⁰⁸ S. Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia Or Fragmentation“, Chorley Lecture an der LSE, 2006, S. 3 ff.

3. Legalität und Legitimationskrise des Völkerrechts.

Einleitung

Hauptgegenstand des ersten Kapitels dieser Arbeit war die Unterscheidung zwischen Legitimität und Legalität im Allgemeinen. Dabei erlangte der beschriebene Legalitätsbegriff seine volle Bedeutung im Rahmen des liberalen Rechtsstaates und zwar als Ergebnis zweier Rechtstraditionen, deren Verhältnis zueinander nicht spannungsfrei ist. Die republikanische, kontinental-europäische Rechtstradition erhält ihr Gepräge aus der Philosophie Rousseaus, wobei Gesetz und Recht auf dem auf die gemeinschaftliche Wohlfahrt ausgerichteten, allgemeinen Willen der Bürger (*volonté général*) gründen. Dies ist ein radikaler, Differenz ebener demokratischer Ansatz, welcher das Recht zu einem Instrument und Produkt des Staates reduziert. Für die angloamerikanische Rechtstradition stellt sich das Verhältnis zwischen Recht und Staat hingegen auf einer ganz unterschiedlichen Basis her. Da die Individuen bereits vor dem Staat über unveräußerliche Rechte verfügen, ist der Staat dem Recht subordiniert. Hierbei ist der Staat ein Instrument des Rechtes, wobei Ziel des Staates die Sicherung der Rechtsherrschaft, folglich die Gewährleistung der Rechte des Individuums ist. Seine Befugnisse sind auf diese Sicherung reduziert. Wir haben also hier mit einem liberalen, die individuellen Rechte schützenden Ansatz zu tun. Daraus ergeben sich für den Staat unverfügbare Bereiche, welche dem Gutdünken des Bürgers anheimgestellt bleiben.

Legalität und Selbstbestimmung

Trotz des unterschiedlichen Ansatzes führen beide Rechtstraditionen die Legalität auf die politische Selbstbestimmung der Rechtssubjekte zurück: Der Staatswille ist auf den Bürger zurückzuführen, dennoch darf der Staat nicht über bestimmte Bereiche verfügen, welche ausschließlich der Gestaltungsmacht des Bürgers unterworfen sind. Die Legalität ist eben Ausdruck des Willens, aber auch der unveräußerlichen Rechte der Rechtssubjekte – Die legitime Aspiration auf Selbstbestimmung der

Gemeinschaft sieht sich durch bestimmte rechtliche Positionen des Individuums eingeschränkt, wobei sich die Herrschaft des Rechtes auf die Kanalisierung des politischen Willens der Bürger (machtunterstützende Funktion des Rechts) und zugleich auf die Vermeidung der Willkür richtet (machtbegrenzende Funktion des Rechts). In Einklang mit dem rechtsphilosophischen Fundament der Aufklärung zielt dieses Rechtsverständnis in Anbetracht der unterschiedlichen, ja sogar entgegengesetzten moralischen Vorstellungen in der Gesellschaft auf die Herbeiführung eines Koexistenzrahmens, in dem individuelle Freiheit und demokratische Gesetzgebung möglich sein können. Versteht man Legalität als das Produkt des demokratischen Willens der Bürger in Anbetracht bestimmter unveräußerlicher Rechte, wirkt sie als Barriere gegen die willkürliche, jedwede individuelle Freiheit zunichtemachende Herrschaftsausübung, aber auch als Instrument der politischen Selbstbestimmung des Volkes. In diesem Sinne stellt der Legalitätsbegriff den Sieg einer modernen Rechtsbetrachtung dar, deren Gegenstück eben das vormoderne Legitimationsprinzip war. Legalität und Legitimität sind seitdem entgegengesetzte Ideen.

Legalität und Rechtsformalität

Mit dem Legalitätsbegriff sind bestimmte rechtssetzende, rechtsanwendende und rechtskontrollierende Verfahren eng verbunden, die ihm einen streng formellen Charakter verleihen. In der mit dem Legalitätsbegriff eng verbundenen Formalität sah man einen Damm gegen die politische Willkür, die sich öfters unter Berufung auf materielle Gerechtigkeitsprinzipien zu legitimieren versuchte. Die Formalität des Rechtes entspricht dem Anspruch auf Rationalität und Moralität und spiegelt die Idee des Rechts als menschliches Produkt wider. In diesem Sinne behauptet Koskeniemi kantianisch: „For this formalism, the point of law is neither punishment nor control but the pull of legal rationality itself: the only justifiable act is one that is motivated by fidelity to the law, not to its consequences. Law’s virtue lies not in what it does, but in its being

law“⁴⁰⁹ – Auch Franck scheint sich dieser Einsicht anzuschließen, wenn er eine Art rechtliches Axiom ausstellt: “law is binding because it is the law“⁴¹⁰. Diese Einschätzung des Wertes der Rechtsformalität á la Kant dient Koskeniemi dazu, das von ihm genannte „post-modern natural law“⁴¹¹ wegen seiner Relativierung der völkerrechtlichen Legalität zu kritisieren.

Legalität und Verfassung

Mit der Entstehung des Verfassungsstaates fügt sich die Legalität in einen weiteren Rahmen ein und wird zur Verfassungsmäßigkeit (Supralegalität). Sie charakterisiert sich nicht nur durch formelle bzw. verfahrensmäßige, sondern auch durch materielle Aspekte. Die Verfassung erhebt bestimmte Werte (Grundrechte) zu positivem Recht, die somit auch zum Legalitätsmaßstab werden. Normen, welche den formellen und materiellen Anforderungen der Verfassung entsprechen, fordern einen normativen und soziologischen Geltungsanspruch, weil sie legal sind. Die Legalität ist hierbei Quelle aller Legitimität.

Die Legitimität, der normative und soziologische Anspruch der rechtlich geltenden Normen gründet dementsprechend auf dem Willen der Rechtssubjekte, welcher im Laufe verfassungsmäßiger Verfahren und in Anbetracht verfassungsmäßig verankerter Werte Gestalt annimmt. Das ist das, was wir als „Legitimität durch Legalität“ im Verfassungsstaate kennen – außerhalb der Verfassung gibt es keine weitere Legitimationsquelle. Die Verfassung stellt eine Legalitäts- bzw. Legimitationskette her, welche letzten Endes jedwedem Staatsakt, auch hinsichtlich des Verhältnisses des Verfassungsstaates zu anderen Staaten, zugrunde liegt. Verfassungsrechtlich gesehen, ist ein illegales und zugleich legitimes Verhalten ein Unding. Legitimation-orientierte Diskurse pflegen einen die Legalität relativierenden Hauch in den rechtlichen Diskurs einzuführen, der

⁴⁰⁹ Koskeniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 4.

⁴¹⁰ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100. Nr. 1, 2006, S. 91.

⁴¹¹ Koskeniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005 S. 17. Vgl. Koskeniemi, Martti „MISERABLE COMFORTERS: International Relations as New Natural Law“, Sir Kenneth Bailey Lecture, Melbourne, November 2006.

in der Regel mit der Rechtsobjektivität und mit dem Friedenstiftungsziel des Rechtes kaum vereinbar ist –Petersen hat dies als die Anwendung des Legitimitätsbegriffs „als corrigendum“⁴¹² identifiziert. Andere hingegen sehen in der Anwendung des Legitimitätsbegriffs schlicht eine Ausrede, um „consciously or unconsciously ... an escape route from legality“⁴¹³ zu finden. In gleichem Sinne versteht Eitel Legitimität als „justifications, for excuses even, regarding behaviour that is widely considered illegal“⁴¹⁴.

Der moralische Wert der Legalität: Frieden durch Gerechtigkeit

Die Legalität stellt an sich selbst einen moralischen Wert dar, der jedem Rechtssystem innewohnt, weil er im Grunde genommen Wesen und Funktion des Rechtes ausmacht, nämlich: Der Willkür, der privaten Gewalt, Grenzen zu setzen, um Recht zu garantieren – denn dies ist die einzige Chance, Koexistenz zu ermöglichen. Völkerrechtlich entspricht dies der Gestaltung eines Koexistenzrahmens, in dem der Krieg als Mittel zur Konfliktaustragung gebannt wird: In diesem Sinne stiftet das Recht Frieden. Und das ist eben dasjenige, was Kant zufolge dem Recht eigentümlich ist: Frieden stiften ist das, was „den ganzen Endzweck der Rechtslehre“ ausmacht⁴¹⁵. Es geht eben darum, die Koexistenz verschiedenartiger moralischer Konzeptionen zu organisieren und zu ermöglichen, indem man die private durch öffentliche Gewalt ersetzt. Kants rechtlicher Zustand ist aber kosmopolitisch gedacht: Er begnügt sich nicht mit der Behebung des primären, zwischen den Individuen herrschenden Naturzustandes, sondern verlangt auch die Errichtung eines kosmopolitischen, zwischenstaatlichen rechtlichen Zustandes – die völkerrechtliche Legalitätsidee baut auf einer solchen Ansicht.

Legalität im Völkerrecht

⁴¹² Petersen, Niels „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“ 2009, S. 5.

⁴¹³ Abi-Saab, Georges „The Security Council as Legislator and as Executive in its Fight Against Terrorism and Against Proliferation of Weapons of Mass Destruction: The Question of Legitimacy“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 115.

⁴¹⁴ Eitel, Tono in Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 101.

⁴¹⁵ Kant, Rechtslehre, Beschluss. Weischedel S. 479.

Im zweiten Kapitel wurde die völkerrechtliche Legalität als ein formeller und materieller Rahmen dargestellt, der im Grunde genommen den Kern des rechtsstaatlichen Legalitätsbegriffes und jene Kantische Aspiration auf Frieden auf die internationale Staatengemeinschaft überträgt⁴¹⁶, nämlich die Unterwerfung der internationalen Beziehungen unter rechtliche, auf dem Willen der Rechtssubjekten basierenden Maßstäben, um eine Barriere gegen die Willkür in den internationalen Beziehungen zu etablieren und somit Frieden zu stiften. Es ist eben in diesem Sinne, in dem man von Objektivität und Herrschaft des Rechtes („The rule of law could be conceived, however, as implying only the restraint of arbitrary power“⁴¹⁷) sprechen kann. In diesem Sinne ist es Funktion der Legalitätsidee, für Rationalität bei der Ausübung der internationalen öffentlichen Macht zu sorgen. Und dies, indem sie die Machtausübung rechtlich (Rechtssetzung, Rechtsdurchsetzung und Rechtsquellentheorie⁴¹⁸) kanalisiert und indem sie Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsverfahren bestimmten Standards unterwirft. Eben darin findet der Objektivitätsanspruch des Völkerrechts qua Recht Ausdruck.

Letzten Endes sind es drei Aspekte, welche mit dem Objektivitätsanspruch des Völkerrechts in Verbindung stehen:

- Zunächst, dass die völkerrechtliche Gesetzgebung mit bestimmten anerkannten (Konsensprinzip) Verfahren und Institutionen in Verbindung steht, welche darüber hinaus als Kriterien für die Feststellung der Geltung und der Existenz der Normen fungieren.

⁴¹⁶ Die Figur, welche dieser Übertragung zum Fundament dient, wird „domestic analogy“ genannt. Ansatzpunkt derselben ist die Betrachtung des Verhältnisses der Staaten zueinander als analog zum zwischen den Individuen, vor der Errichtung des rechtlichen Zustandes herrschenden Naturzustand. Unmittelbare Folge dieser Betrachtung ist das bei Kant moralische Gebot „ex eundem est“, d.h. das Gebot aus dem Naturzustand herauszukommen und einen rechtlichen und daher gewaltfreien Zustand zu gründen. Ob sich aus der Anwendung dieser Analogie weitere Folgen hinsichtlich der Konstitutionalisierung des Völkerrechts herleiten – so wie es Habermas in „Der gespaltene Westen“ nahe legt -, ist eine für meine Arbeit irrelevante Frage. Die weitere Verrechtlichung des Völkerrechts ist eher eine Folge der Bedürfnisse der Staaten in der internationalen Gemeinschaft, als das Produkt eines bestimmten politischen Projekts.

⁴¹⁷ Georgiev, Dencho „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in international Law“ EJIL 4 1993, S. 3.

⁴¹⁸ S. Röben, Volker „What About Hobbes? Legitimacy as a Matter of Inclusion in the functional and Rational Exercise of International Public Power“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 363 ff.

Die Komplexität der Regulierungsgegenstände fordert die Einbeziehung von Expertisen in den gesetzgeberischen Prozess. Die Rationalität der Entscheidung ist ein wichtiger Aspekt der völkerrechtlichen Gesetzgebung und der Legitimität der Normen.

- Zweitens, dass die Geltung der durch jene Verfahren zustande gekommenen Normen nicht vom politischen Willen, ja von strategischen Interessen oder moralischen Überlegungen der Staaten abhängig ist bzw. relativiert werden können. Völkerrechtliche Normen gelten, solange sie nicht rechtlich abgeschafft oder modifiziert werden.
- Drittens, dass außerhalb des Legalitätsrahmens keine weiteren Quellen rechtlicher Verpflichtungen besteht. Der Gehorsamsanspruch der völkerrechtlichen Normen leitet sich aus ihrer Legalität her.

Das ist der Kern des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens. Er bildet mit der liberalen Rechtsbetrachtung (Autonomie und Gemeinschaft) und dem ihr zugrunde liegenden Rechtsprojekt (Friedenstiften) eine Einheit und ist deswegen „dekonstruktionsresistent“⁴¹⁹.

Legalität und Legitimität im Völkerrecht

Mit der Übertragung des liberalen Legalitätsbegriffes auf das Völkerrecht verzichtet die völkerrechtliche Rechtswissenschaft bewusst auf extrapositive Rechtsquellen und extrapositive Geltungsgründe des Völkerrechts. Sie akzeptiert aber auch die damit einhergehende strikte Trennung zwischen Legalität und Legitimität. Das Recht wird dementsprechend als ein Produkt der menschlichen Gesetzgebung betrachtet. Recht ist Satzung und keine Eingebung. Dieses Rechtsverständnis wird „social conception of law“⁴²⁰ genannt. Die Legalität wird somit zur einzigen Legitimitätsquelle. Anders ausgedrückt: damit „Legitimität“ als Begriff rechtlich Sinn macht, soll er sich begrenzen auf

⁴¹⁹ Für eine Kritik an dem dekonstruktivistischen Ansatz Koskeniemi siehe Georgiev, Dencho „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in international Law“ EJIL 4 1993, S. 1 ff.

⁴²⁰ Georgiev, Dencho „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in international Law“ EJIL 4 1993, S. 7.

„values that are inherent in the existing legal system. If that is true there is no space for legitimacy above or opposed to international law“⁴²¹; ferner nimmt die völkerrechtliche Rechtswissenschaft ein bestimmtes Rechtsprojekt in Anspruch, nämlich einen Koexistenzrahmen durch gegenseitige Handlungsfreiheitseinschränkung herzustellen, in dem verschiedene internationale Rechtssubjekte zusammen bestehen und miteinander kooperieren können. Materielle Bedingungen würden den Legalitätsrahmen und dementsprechend die friedliche Koexistenz und Kooperation zwischen Staaten gefährden, ja sogar unmöglich machen.

Der völkerrechtliche Legalitätsrahmen

Der Legalitätsrahmen bildet eine Garantie der Rechte der internationalen Akteure. Auf dieser Garantie beruht nicht nur die friedliche Koexistenz, sondern auch die Kooperation der Staaten auf der internationalen Ebene. In diesem Sinne bestimmen das allgemeine Völkerrecht und der auf es bezogene Legalitätsrahmen die „Kern- und Rahmenregelungen“⁴²², welche die internationale Gemeinschaft strukturieren. Die Grundprinzipien der UN-Charta und der UN-Prinzipien Deklaration 2625 (XXV - Friendly Relations Declaration) tragen diesem Projekt Rechnung. Von daher kann behauptet werden, dass die völkerrechtliche Legalität bereits auf den richtigen Gründen basiert: Sie ist ganz im kantischen Sinne „Freiheit durch Recht“, ihr Hauptziel ist die Friedensstiftung. Das Völkerrecht ist eben eine Friedensordnung.

Die Grundstruktur des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens ist folglich eine Kombination verschiedenartiger Aspekte:

- Staatswille bzw. Staatskonsens, Rechtsquellen und technische Überlegungen;
- verfahrensmäßige Rationalität;
- Das liberale Projekt der Moderne.

⁴²¹ Herdegen, Matthias „Discussion Following Presentations by Rüdiger Wolfrum, Robert Keohane, Alain Pellet and Anthony D’Amato“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in international Law“ 2008, S. 97.

⁴²² Graf Vitzthum „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht 2001, S. 6 ff.

Normen, welche innerhalb des Legalitätsrahmens und in Anbetracht der ihn gestaltenden Prinzipien zustande kommen, sind Recht und erheben einen Gehorsamsanspruch: Sie sind legitim, weil sie legal, d.h. innerhalb des Legalitätsrahmens zustande gekommen sind.

Völkerrechtliche Legalitätsrahmen, Staatswillen und Rechtsquellen

Der Geltungsgrund des Völkerrechts ist auf den Staatswillen bzw. auf den Staatskonsens zurückzuführen und liegt dem Legalitätsrahmen zugrunde – dies ist der positivistische Rechtsansatz. Bei der Herausbildung des Staatswillens spielen nicht nur politische, und moralische Überlegungen eine Rolle. Mit der fortschreitenden Komplexität der anvisierten Regulierungsgegenstände gewinnen auch wissenschaftliche und technische Überlegungen an Bedeutung. Sie können den Staatswillen beeinflussen und bereichern, ersetzen können sie ihn jedoch nicht. Der Staatskonsens ist also das Produkt eines langwierigen Prozesses, in dem innerstaatliche, verfassungsmäßige Verfahren unter Beteiligung verschiedenartiger Staatsinstitutionen und völkerrechtlich unterschiedlicher Abläufe innerhalb und außerhalb internationaler Institutionen stattfinden.

Im Verfassungsstaate sorgen die von der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren für die Beteiligung des Volkes an der staatlichen Willensbildung. Letzten Endes mündet der demokratisch gebildete Wille des Staatsvolkes im Staatskonsens – Wolfrum beschreibt das Verhältnis zwischen staatlicher Willensbildung und völkerrechtlicher Norm als „chain of legitimacy“⁴²³. Tatsächlich fordert die Entwicklung des Völkerrechts seit dem Ende des Kalten Krieges wesentliche Merkmale der Demokratie heraus. Ob der Staatswille im Staate demokratisch gebildet wird, ist jedoch keine völkerrechtliche Frage, sondern bleibt den innerstaatlichen Rechtsordnungen reserviert. Völkerrechtlich relevant ist ausschließlich die Manifestation des Staatswillens durch ersichtliche oder stillschweigende, jedoch anerkannte Formen, welche die Absicht des Staates zum Ausdruck bringen oder darauf schließen lassen, durch eine Norm gebunden zu sein.

⁴²³ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 7.

In diesem Sinne ist die Abwesenheit einer demokratischen Rechtsordnung kein Grund dafür, die zwischen demokratischen Staaten und dem nicht-demokratischen Staat unterzeichneten Verträge als illegitim anzusehen. Eine andere Lösung würde nach bester sowjetischer Rechtstradition die Differenzierung zwischen einem Völkerrecht für demokratische Staaten und einem Völkerrecht für die Beziehungen zwischen demokratischen und nicht demokratischen Staaten zur Folge haben, und dementsprechend die Einheit des Völkerrechts als Rechtsordnung gefährden. Ferner: nimmt man den Demokratieanspruch als Voraussetzung der Legitimität völkerrechtlicher Verträge an, so würden auch die Einflussmöglichkeiten auf jene nicht-demokratischen Staaten zunichte gemacht⁴²⁴ und somit wäre der mögliche Weg zu einem demokratischen System versperrt. Das Völkerrecht fordert tatsächlich Demokratie, Menschenrechte und Rechtsherrschaft, kennt aber keine Sanktionen gegen Staaten, die sich nach anderen Prinzipien organisieren. Die demokratische Struktur des Legalitätsrahmens rührt nicht primär von der demokratischen Struktur der Staaten, sondern von der auf der souveränen Gleichheit basierenden Gleichberechtigung der an dem rechtssetzenden Prozess beteiligten Staaten her.

Art. 38 der UN Charta bietet einen offenen Rechtsquellenkatalog, der in gewissem Sinne auf dem Konsensprinzip gründet, welches sich in den Begriffen „acceptance“ für Völkergewohnheitsrecht und „recognition“ für die allgemeinen Rechtsprinzipien zu erkennen gibt. Von den in Art. 38 aufgezählten Rechtsquellen ist das Vertragsrecht völkerrechtlich zur wichtigsten Rechtsquelle geworden. Diese Entwicklung betrachtet D´Amato sehr kritisch. Blickt man auf die Bildungsmethodologien von Vertrags- und Völkergewohnheitsrecht, entdeckt man wesentliche Unterschiede, die sich auf die konkrete Gestalt der internationalen Rechtsordnung auswirken. Eine auf Völkergewohnheitsrecht basierende internationale Rechtsordnung zeichnet sich durch ihren demokratischen und inklusiven Charakter aus, weil sich die Völkergewohnheitsrechtsnormen in der fundamentalen Erfahrung der Staaten miteinander, in ihrer Kompatibilität mit anderen Normen und in

⁴²⁴ Ebd. S. 8.

ihrer Effektivität hinsichtlich der friedlichen Konfliktsaustragung⁴²⁵ bewährt haben. Sie werden im Laufe eines langwierigen Prozess zu universellen Regeln: Die Staaten halten sich an jene Konfliktlösungen, deren Effektivität in Anbetracht von Millionen von Fällen außer Zweifeln steht. In diesem Sinne beschreibt D'Amato das Völkergewohnheitsrecht als „bottom-top“ Recht. Dahingegen liegen Verträge internationalen Institutionen zugrunde, welche „exclusive circle-regimes superimposed upon the globe“⁴²⁶ bilden. Die auf diese Weise entstandene Rechtsordnung folgt dem Muster „top-bottom“. Solche IO maßen sich an, eine *world government* zu sein und bilden eine ernst zu nehmende Gefahr für die Freiheit der Staaten, die insbesondere durch das Völkergewohnheitsrecht zum Ausdruck kommt, aber auch eine Gefährdung der Individuen. Aus diesem Grund betrachtet D'Amato ausschließlich das Völkergewohnheitsrecht als legitimiert. In seinen Ausführungen erkennt man die kantische Warnung vor einer „Universalmonarchie“, welche letzten Endes in einem „seelenlosen Despotism“⁴²⁷ entarten könnte. Der Autor scheint auch das Werk Goldsmiths und Posners⁴²⁸ „The Limits of International Law“ (2005) vor Augen zu haben. Sie betrachten das Völkergewohnheitsrecht als „behavioral regularities that emerge when states pursue their interests on the international stage“⁴²⁹. Dieser Theorie zufolge haben Kooperation und Koordination durch Völkergewohnheitsrecht „natural limits“⁴³⁰, die in dessen Unzulänglichkeit für die multilaterale Koordination von Problemen zum Vorschein kommen. Bei der Organisierung und Forderung der zwischenstaatlichen Kooperation und Koordination sind Vertragsrechtswesen und die mit ihm in Verbindung stehenden IOs deutlich effektiver. Dennoch finden die Verträge ihre Grenzen in „the configuration of states interests, the distribution of state power, the logic of

⁴²⁵ Vgl. D'Amato Anthony „On the Legitimacy of International Institutions“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 91

⁴²⁶ D'Amato Anthony „On the Legitimacy of International Institutions“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 92.

⁴²⁷ Kant „Zum ewigen Frieden“ B 63.

⁴²⁸ Goldsmith, Jack L. / Posner, Eric A. „The Limits of International Law“ 2005.

⁴²⁹ Goldsmith, Jack L. / Posner, Eric A. „The Limits of International Law“ 2005, S. 26.

⁴³⁰ Ebd. S. 38.

collective action, and asymmetric information“⁴³¹, d.h. in der Tatsache, dass Ungleichheiten zwischen den Staaten bestehen, die rechtlich nicht zu beheben sind. Dass solche Ungleichheiten bestehen, ist kein Grund für die Illegitimität des ganzen völkerrechtlichen Systems.

Auch Koskenniemi bezieht sehr kritisch Stellung gegen die Theorie Goldsmiths und Posners im Allgemeinen und insbesondere gegen das von ihnen vertretene Verständnis des Vertragsrechts. Goldsmiths und Posners Theorie geht vom Postulat aus, dass „states act rationally to maximize their interests“⁴³². Daraus folgern sie, dass Staaten Normen außer Acht lassen, wenn sie ihren gegenwärtigen Interessen nicht zugutekommen. Eine im Grunde genommen kontrahistorische Feststellung, denn – wie Franck in Erinnerung ruft – „the real *reality*“⁴³³ bis zu unseren Tagen ist, dass sich Staaten historisch völkerrechtsmäßig verhalten haben, sogar dann, wenn dies ihren Interessen nicht zuträglich war.

Die ganze Erklärungskraft der Theorie Goldsmiths und Posners beruht auf diesem Postulat des Selbstinteresses. Jedwede auf Kooperation und Koordination ausgerichtete Verhaltensregelmäßigkeit der Staaten – denn nichts anderes sind Normen - ist eben aus diesem Postulat zu erklären. In diesem Sinne sind Verträge „bargains between rational egoists seeking to resolve coordination or cooperation problems so as to minimise transaction costs“⁴³⁴. Von daher behaupten die Autoren von sich, „the logic of treaties without reference to notions of legality or *pacta sunt servanda*“⁴³⁵ begründet zu haben. Koskenniemi sieht in diesem Anspruch eine Manifestation eines post-modernen Naturrechts, das letzten Endes hochmütig den Anspruch erhebt, den Schlüssel zu einem jeden Problem gefunden zu haben - nämlich in Form der *rational choice* - und somit als Vorbote einer neuen Art von seelenlosem Despotismus zu betrachten ist. Letzten Endes ist das Völkerrecht in den Augen der Vertreter der *rational choice*-Theorien nichts weiter als „one of many considerations to be taken

⁴³¹ Ebd. S. 225.

⁴³² Ebd. S. 7.

⁴³³ Franck, Thomas M. “The Power of Legitimacy and The Legitimacy of Power: International Law in Age of Power Disequilibrium” AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 92.

⁴³⁴ Koskenniemi, Martti “Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation” 2005, S. 6.

⁴³⁵ Goldsmith, Jack L. / Posner, Eric A. “The Limits of International Law” 2005 S. 90.

into account by government when deciding, transaction by transaction, what strategy is most likely to advance the national interest“⁴³⁶.

Bei dem völkerrechtlichen Vertragsrecht wird der Wille der Staatsparteien ausdrücklich in den Vordergrund gerückt. Internationale Organisationen finden ihren Ursprung und rechtliches Fundament in solchen Instrumenten, die ihnen ggf. breitere rechtssetzende, rechtsauslegende und rechtsanwendende Kompetenzen einräumen können. All diese Kompetenzen verdichten sich zum sogenannten sekundären Vertragsrecht, das in mancher Hinsicht nicht vollkommen vom originellen Staatswillen gedeckt wird. Die laufende Legitimationsdebatte im Völkerrecht ist eng mit dieser Eventualität verbunden. Es ist eben in diesem Bereich, in dem Begriffe wie *fragmentation* oder *global governance* an Bedeutung und Konturen gewinnen. Letzten Endes kann das Konsensprinzip „as the ultimate criterion for the objective validity and, hence, existence of rules of international law“⁴³⁷ gehalten werden.

Rationalität

Für Rationalität und allgemeine Akzeptanz der Normen sorgen u.a. die innerhalb von Staatskonferenzen stattfindenden Verhandlungen. Sie dienen nicht nur dem politischen, sondern auch dem wissenschaftlichen Meinungs austausch.

Hierarchieansätze und Grenzen des Staatswillens

Mit dem Ansatz zur Herstellung hierarchischer Normbeziehungen (*ius cogens*, *Obligationen erga omnes* und dem Vorrang der UN Charta) stieß aus rechtlicher Perspektive der Staatswillen an bestimmte Grenzen, welche mit dem moralischen Wert und der Würde des Menschen in engem Zusammenhang stehen. Darüber hinaus kommt diesen Normen ein bestimmter Wert in der internationalen Rechtsordnung zu, denn indem sie für „protection to vulnerable groups whose interests are not well

⁴³⁶ Franck, Thomas M. „The Power of Legitimacy and The Legitimacy of Power: International Law in a Age of Power Desequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 89.

⁴³⁷ Georgiev, Dencho „Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in international Law“ EJIL 4 1993, S. 8.

represented in governance bodies“⁴³⁸ sorgen, bringen sie die internationale Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck. Die Universalität des Völkerrechts als Recht hebt sich dabei deutlich gegen den Partikularismus der *self-contained* Regime ab.

*Formelle und materielle Aspekte des Legalitätsrahmens im Dienste
zwischenstaatlicher Koexistenz und Kooperation*

Der völkerrechtliche Legalitätsrahmen baut auf formellen und materiellen Aspekten, die zum Ziel haben, die minimalen Koexistenzvoraussetzungen herzustellen, ohne welche jedwede zwischenstaatliche Kooperation unmöglich ist. Anzumerken ist hierbei, dass sich die materiellen Aspekte des Legalitätsrahmens (*ius cogens, obligationen erga omnes*, Souveränität, Selbstbestimmung, Menschenrechte, Interventionsverbot) in einem Unbestimmtheitsrahmen bewegen, um ihre Universalität zu bewahren. Koskenniemi behandelte in seinem „*From Apology to Utopia*“ (1989) die Unbestimmtheit („*indeterminacy*“) der völkerrechtlichen Normen, die Spielraum für selbstbezogene und unendliche Argumentationen über das anwendbare Recht zulässt. Ursache dieser völkerrechtlich-argumentativen Struktur war die Entpolitisierung, die Technifizierung und die Formalität des Völkerrechts, um einen neutralen Koexistenzraum zu ermöglichen – dies entsprach der Idee des *Rule of Law*. Nun scheinen eben Unbestimmtheit und Rechtsformalität die Universalisierung der Normen zu ermöglichen, denn „because there is no agreement about what such words mean (Koskenniemi bezieht sich hierbei auf Prinzipien wie Souveränität, Ziele wie Frieden ...), law’s virtue cannot reside in such meanings. Instead of what it says, law’s virtue resides in how it says it“⁴³⁹. Die Formalität des Rechtes ist das Bindeglied zwischen Partikularität und Universalität.

Das Projekt des Liberalismus als Fundament des Legalitätsrahmens

Dazu kommt das politische Projekt des Liberalismus: Koexistenz durch Verzicht auf absolute Freiheit bzw. Souveränität. Das Ziel, einen

⁴³⁸ Koskenniemi, Martti „Global Governance and Public International Law“ Kritische Justiz, 2004, S. 19.

⁴³⁹ Ebd. S. 19.

Koexistenzrahmen bzw. Koordinationsrahmen zu schaffen, wohnt dem allgemeinen, klassischen Völkerrecht inne, weil es sich rechtsphilosophisch von der Tradition und dem politischen Projekt der Aufklärung speist. Das Völkerrecht ist in diesem Sinne nach wie vor „modern“. Dazu kommt, dass die Ausbildung der Völkerrechtler – zumindest in westeuropäischen Staaten – auf diesem Rechtsverständnis aufbaut, sodass trotz der wesentlichen, zwischen nationalen Rechtsordnungen und Völkerrecht bestehenden Unterschiede, das Völkerrecht nach den von ihnen erlernten Strukturen gedacht wird. Und in diesen Strukturen spielt „Legitimität“ ausschließlich insofern eine Rolle, wie sie durch Legalität begründet wird.

Der völkerrechtliche Legalitätsrahmen spiegelt eben diese Modernität wieder, in dessen Kern die Bewahrung der Selbstbestimmung und der Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte in Anbetracht der Unvermeidbarkeit der Interaktion derselben liegt. – Der Legalitätsrahmen ist also „Freiheit durch Recht“. Dieses Rechtsverständnis, dessen Krönung die Idee des *Rule of Law* ist, zieht sich – Koskenniemi⁴⁴⁰ zufolge - seit Vattel mit unterschiedlichen, dem Geist jeder Epoche entsprechenden Modulationen bis zu unseren Tagen hin. Das Völkerrecht mutiert in Anbetracht des zeitlichen und gemeinschaftlichen Anwendungsumfeldes, jedoch ohne seine koexistenzorganisierende und koordinationsfordernde Funktion aufzugeben. In gewissem Sinne weist Weiler mit seiner geologischen Betrachtungsweise des Völkerrechts auf die wesentlichen Funktionen des Völkerrechts und auf die gegenseitige Angewiesenheit derselben hin⁴⁴¹. Eine Ansicht, die auch bei Nettesheim zu finden ist.⁴⁴²

Opus iustitiae pax

Die Grundlage und Rechtsprinzipien, auf welchen die völkerrechtliche Legalität gründet und in deren Dienste sie steht, sind unabdingbar für eine auf Frieden gerichtete Rechtsordnung. In diesem Sinne wohnt dem Legalitätsrahmen ein moralisches Moment inne. Und weil jene Grundlage

⁴⁴⁰ S. Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“ EJIL Vol. 1. Nr. 1, 1990, S. 4.

⁴⁴¹ S. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 551.

⁴⁴² S. Nettesheim, Martin „Das kommunitive Völkerrecht“ JZ 12, 2002, S. 578.

und Rechtsprinzipien „gerecht“ sind, gründen und begründen sie eine Friedensordnung.

Der theoretischen Struktur des dargestellten Rechtsverständnisses wohnen bestimmte Spannungsfelder inne und zwar:

- Zwischen der Bewahrung der Staatssouveränität und ihrer Einschränkung.
- Zwischen dem Objektivitätsanspruch des Völkerrechts qua Recht und der politischen Natur desselben.
- Zwischen der unverzichtbaren Rechtsformalität und dem positivistischen Ansatz des Staatskonsens als Grund der völkerrechtlichen Verpflichtung auf der einen Seite, und materiellen Werten bzw. materiellen Gerechtigkeitskonzeptionen auf der anderen.

All diese Spannungsfelder kommen bei der Legitimationsdebatte des Völkerrechts deutlich zum Vorschein und zwar in Anbetracht bestimmter Entwicklungen innerhalb der internationalen Gemeinschaft.

3.1 Der geschichtliche und systematische Hintergrund der Legitimationsdebatte

Der Legitimationsbegriff im Völkerrecht ist geschichtlich vorbelastet. Völkerrechtlich trat das Legitimationsprinzip während des Wiener Kongresses 1814 – 1815 in Erscheinung. Talleyrand nahm es in Anspruch, um das postnapoleonische Frankreich ins Lager der Sieger zu befördern und somit die Folgen der Niederlage von der restaurierten Bourbonendynastie abzuwenden. Bereits während der Restauration setzte man dem modernen Legalitätsbegriff das Legitimationsprinzip entgegen, als „sacred principle of public international law“⁴⁴³. Unter Berufung auf das Legitimationsprinzip rechtfertigte die Heilige Allianz ihren Einmarsch in jene europäischen Staaten, in welchen die Monarchie revolutionär abgeschafft wurde. Da mit den neuen politischen Systemen eine

⁴⁴³ Dinstein, Yoram „Round Table“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 381.

rechtsstaatliche Konzeption von Recht und Staat einhergegangen ist, welche die Legalität als Ausdruck des Volkswillen zur Quelle aller Legitimation erhob, haftet dem Legitimationsprinzip historisch ein stark Legalität-relativierendes Moment an.

Der während des Kalten Krieges in den internationalen Beziehungen herrschende Realismus sah in dem Völkerrecht kein für Frieden und Sicherheit taugliches Instrument – Dabei werden beide Rechtsgüter im Sinne des lateinischen Aphorismus *si vis pacem, para bellum* ausgelegt. Tatsächlich lassen sich Fragen nach der zweckmäßig optimalen Anwendung von Macht und Gewalt nicht mit völkerrechtlichen Überlegungen beantworten. Dies bedeutet aber nicht, dass Selbstinteresse völkerrechtlich keine Rolle spielt, denn ein jeder Staat ist vernunftmäßig, aber auch rationell an einer verlässlichen internationalen Rechtsordnung interessiert.

Denkt man an die Völkerrechtsberufung, einen Koexistenzrahmen zu gestalten, ist man sich im Klaren über die Irrelevanz des Völkerrechts in einer Epoche, in der sich zwei „absolute Ordnungsentwürfe“⁴⁴⁴ entgegenstanden, deren jeweiliges Ziel darin bestand, die Vernichtung des anderen herbeizuführen. In diesem Zusammenhang dürfte das Völkerrecht kaum eine Rolle spielen und doch – zumindest im Bereich der bilateralen Beziehungen – erfüllte es seine auf Koordination ausgerichtete Funktion. Im Bereich der Blockpolitik sah es sich hingegen zur praktischen Irrelevanz, bestenfalls zum Subsystem der internationalen Machtpolitik reduziert. In diesem Sinne lässt sich die Irrelevanz der Legitimationsfrage vor 20 Jahren als Folge der Irrelevanz des Völkerrechts selbst verstehen. Die Niederlage des Kommunismus 1991 brachte das Ende jener Zeit. Eine ganze Epoche fand in diesem Ereignis ihr Ende – manche Historiker sprechen diesbezüglich von einer Zäsur. In der neuen Ära schien das Ziel einer auf dem *Rule of Law* basierten internationalen Rechtsordnung nicht mehr strategischen Überlegungen der Supermächte zum Opfer zu fallen, sondern ein wohldurchdachtes und erreichbares Ideal zu konstituieren.

⁴⁴⁴ Stöver, Bernd „Der Kalte Krieg. Geschichte eines radikalen Zeitalters 1947 – 1991“ 2007, S. 463.

Koskenniemi sieht den Geist jener Zeit durch die „optimistic trajectory“⁴⁴⁵ der Kantischen Geschichtsdeutung beseelt. Kant stellte in seiner „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ (1784) dennoch keine optimistische Geschichtsdeutung vor. In kritischer Einstellung gegenüber dem auf naturwissenschaftlichem und technischem Fortschritt basierenden Vernunftoptimismus seiner Zeit beschränkt sich Kant auf die Vorstellung der „Geschichte als Rechtsfortschritt“⁴⁴⁶. Für Kant – so Höffe – führt der Fortschritt in der Geschichte „nicht zur Vollendung der Moralität“⁴⁴⁷, wohl aber zur Errichtung eines rechtlichen Zustandes, auch auf der internationalen Ebene. In dieses Projekt würden sich die fortschrittliche Verrechtlichung der internationalen Beziehungen, die Ächtung des Krieges, die Verpflichtung zur friedlichen Konfliktauslegung und die neue Ära des Völkerrechts nach dem Zerfall der Sowjetunion einreihen. Die Herausbildung eines internationalen, kosmopolitischen, rechtlichen Zustandes wäre somit absehbar. Aus dieser Perspektive dürfte der Rechtsoptimismus in der Epoche nach dem Mauerfall wohl als gerechtfertigt gelten. Es ist in den Jahren, welche unmittelbar dem Mauerfall folgten, in denen das Völkerrecht eine beträchtliche Entwicklung erlebt hat, insbesondere hinsichtlich seiner Autorität und seines Einflusses auf Politik und Recht innerhalb der Staaten. Es ist eben der vom Völkerrecht erhobene Autoritätsanspruch, welcher den Demokratien Legitimationsprobleme bereitet⁴⁴⁸.

Der durch die UN getragene internationale Rechtsoptimismus verkörperte sich in der Erklärung des Jahrzehntes 1990 – 1999 zur „United Nations Decade Of International Law“ durch die Resolution der Generalversammlung 44/23 (1989) und in der darauf folgenden Berufung des Millenniumsgipfels (2000). 1992 erklärte sich der Sicherheitsrat der UN dafür zuständig, nicht nur bei militärischen, sondern auch bei ökonomischen, humanitären und ökologischen Krisen tätig zu werden.

⁴⁴⁵ Koskenniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ (Draft) 2005. Auch in „The Politics of International Law“ (EJIL 4, 1990, S. 6 - 7) zeigt sich Koskenniemi kritisch mit dem theoretischen Hintergrund eines auf der Idee des „Rule of Law“ basierten Völkerrechts, zu dessen Kern jene Kantische Geschichtsdeutung gehört.

⁴⁴⁶ S. Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 241 ff.

⁴⁴⁷ S. Höffe, Otfried „Immanuel Kant“ 5. Aufl. 2000, S. 244 ff.

⁴⁴⁸ S. Kumm, Mattias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004, Fn. 15 S. 912.

Inzwischen wurden unterschiedliche Staatskonferenzen von der UN einberufen mit dem Ziel, eine intensive rechtssetzende Aktivität durchzuführen und zwar in Bereichen, welche zuvor dem *domaine réservé* des Staates angehörten (Umwelt, Rio 1992; Menschenrechte, Wien 1993; Frauenrechte, Peking 1995; der *World Social Summit*, 1996 und *Human Settlement* 1997); ferner wurden internationale Strafgerichtshöfe nach der Nürnberger Tradition ins Leben gerufen – „everyone was speaking about the Rule of Law in the international field and recently, of the constitutionalization of the international world or this or that aspect of it“⁴⁴⁹. Hierbei sind die ersten Anzeichen der Schwächung des staatlichen Souveränitätspanzers zu bemerken, welche insbesondere bei *global governance*-Institutionen ganz deutlich zu erkennen sind.

Bereits mit dem Zerfall der ehemaligen jugoslawischen Republik und den darauf folgenden Kriegen 1999 wurde die internationale Gemeinschaft wachgerüttelt. Die von der NATO, ohne die Zustimmung des Sicherheitsrates durchgeführte *Operation Allied Force* eröffnete in gewissem Sinne die Legitimationsdebatte auf internationaler Ebene: Die Operation wurde als „illegal“ aber „morally justified, in other words legitimate“⁴⁵⁰ bezeichnet. Letzten Endes schwand die Hoffnung auf die mögliche Organisierung der internationalen Rechtsordnung um das Prinzip des *Rule of law*: Der Sicherheitsrat blieb mit seiner Parteilichkeit behaftet, die einberufenen Konferenzen scheiterten in ihrer rechtssetzenden Absicht⁴⁵¹. Das völkerrechtliche *Rule of Law* war doch nicht möglich. Ferner sind bestimmte Erscheinungen in den Vordergrund getreten, welche Skepsis gegenüber der weiteren Verrechtlichung der internationalen Beziehungen aufkommen ließen – Koskenniemi spricht in diesem Zusammenhang von drei Phänomenen, nämlich: „deformalisation, fragmentation and empire“⁴⁵². Ihnen liegt die international verbreitete

⁴⁴⁹ Koskenniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ (Draft) 2005, S. 4.

⁴⁵⁰ Neuhold, Hanspeter „Legitimacy: A Problem in International Law and for International Lawyers?“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 338.

⁴⁵¹ Koskenniemi, Martti „Global Governance and Public International Law“ *Kritische Justiz*, 2004, S. 7 ff.

⁴⁵² Unter „deformalization“ versteht Koskenniemi „the transfer of power to functional experts tasked to manage the relevant regimes“; (Koskenniemi „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation“ – LSE Chorley Lecture 2006, S. 14. Vgl. „Constitutional as a Mindset. Reflections on Kantian themes about

Ansicht zugrunde, „that traditional international law has failed in the management of the problems of a globalising world and that this has resulted its excessive formality and rigidity, its failure to adapt to new regulatory needs“⁴⁵³. In wenigen Jahren pendelte die Stimmung vom blauäugigen Vertrauen in eine Zukunft voller Harmonie zum schroffen Skeptizismus⁴⁵⁴. All diese Phänomene stellen freilich verschiedene Facetten der Infragestellung des völkerrechtlichen Legalitätsrahmens dar. Vor dem Hintergrund einer wirtschaftlich als bedrohlichen empfundenen, politisch entfachten Globalisierung⁴⁵⁵ und nach den terroristischen Anschlägen von New York, Madrid und London sowie nach den Kriegen im Afghanistan, Irak und der „humanitären Intervention“ Russlands in Georgien 2008 schien das Kantische Projekt erneut zum Scheitern verurteilt. Zwar betrachtete man die Entstehung einer Weltöffentlichkeit anlässlich der Solidarität mit den Opfern des internationalen Terrorismus und des angekündigten Krieges optimistisch, ihre selektive Mobilisierung (Der russische Feldzug 2008 in Georgien erregte kaum Interesse, insbesondere in der hochmotivierten europäischen pazifistischen Bewegung) erfüllt aber nicht die Anforderungen einer kosmopolitischen, objektiven Weltöffentlichkeit.

international law and globalisation” [Draft] 2005.). “Deformalization, the increasing management of the world’s affairs by flexible and informal, non-territorial networks within which decisions can be made rapidly and effectively” (“Global Governance and Public International Law, Kritische Justiz, 2004, S. 3). “Deformalization” bildet eine Begleiterscheinung der Fragmentierung.

⁴⁵³ Koskeniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation” [Draft] 2005, S. 4.

⁴⁵⁴ S. dafür Koskeniemi, Martti „International Legislation: Today’s Limits and Possibilities“ The University of Wisconsin - Madison, Conference "Speaking Law to Power: International Law and Foreign Policy", March, 5 - 6, 2004.

⁴⁵⁵ Globalisierung wird als das Ergebnis politischer Entscheidung erklärt, welche der Gründung der wichtigsten IO und Institutionen zugrunde liegen. Kumm vertritt diese Auffassung (S. „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004 S. 913). Auch Philosophen wie Otfried Höffe sehen in der Globalisierung ein gewolltes Phänomen (S. „Demokratie im Zeitalter der Globalisierung“), das sich nicht nur auf ökonomische Aspekte beschränkt. In diesem Sinne lebt die Menschheit in einer Gewaltgemeinschaft, aber auch in einer Kooperationsgemeinschaft, letzten Endes in einer Schicksalsgemeinschaft von Not und Leid.

3.2 Zwei Phänomene der Legitimationsfrage des Völkerrechts

Es ist ohnehin bemerkenswert, dass das Völkerrecht eben vor solchem Hintergrund eine Wachstums-⁴⁵⁶, ja Expansions-⁴⁵⁷ und Differenzierungszeit erlebte, die mit der Entstehung neuer IOs und der Weiterentwicklung der alten einhergegangen ist. Bemerkenswert ist auch die Verbindung zwischen naturgemäß verschiedenartiger Gegenstände, wie z.B. zwischen globaler Marktwirtschaft, Menschenrechten und Umweltrecht – „Trade issues addressed in the context of the WTO are no longer conceived as involving exclusively economic questions. There are pressures to link it to environmental concerns and human rights“⁴⁵⁸. Dies zeugt von der „expansive tendency“⁴⁵⁹ des Völkerrechts. Die Reichweite dieses die Globalisierung begleitenden Expansionsprozesses lässt sich im Ausdruck *global governance* erkennen. Er deutet in gewissem Sinne auf die weitere Verrechtlichung der internationalen Beziehungen hin, dennoch auch auf die Schwächung grundlegender Prinzipien der internationalen Rechtsordnung wie das Interventions- und Gewaltverbot. Der Kosovokrieg, der Irakkrieg und der russische Georgienfeldzug sind beeindruckende Beispiele dieser Tendenz. Aus beiden Aspekten ergibt sich die Infragestellung der grundlegenden Struktur des Legalitätsrahmens (Legalität als das Ergebnis des durch Verfahren und in Anbetracht bestimmter Grundwerte zustande gekommenen Staatskonsens; Legitimität durch Legalität).

Das erste Phänomen hängt eng mit der Entstehung dessen zusammen, was man als eine bestimmte völkerrechtliche Herrschaftsart beschreiben könnte. Für Weiler bildet es ein „style of international command“⁴⁶⁰, nämlich *governance*. Die Politikwissenschaft bezieht sich auf diese Erscheinung als *global governance governance without government* oder

⁴⁵⁶ Hobe, Stephan / Kimminich, Otto „Einführung in das Völkerrecht“ 8. Aufl. 2004, S. 13.

⁴⁵⁷ Graf Vitzthum in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht, 4. Aufl. Rn. 14. S. 12.

⁴⁵⁸ Kumm, Matthias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004 S. 913.

⁴⁵⁹ Koskeniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ [Draft] 2005, S. 9.

⁴⁶⁰ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“, ZaöRV 64, 2004, S. 551.

*international law as governance*⁴⁶¹, um die leitende Funktion bestimmter IOs zu unterstreichen, deren Wirkung über die Grenzen des Kooperationsvölkerrechts hinausgeht, ohne ein politisch staatsähnliches Gebildes zu konstituieren. Die Vielfalt, Spezialisierung und der Einfluss solcher Organisationen („functional differentiation“⁴⁶²) ließen die Frage nach der Fragmentierung des allgemeinen Völkerrechts auftauchen. Hierbei stellt sich die Legitimationsfrage hinsichtlich der Deckung solcher Entwicklungen durch das Konsensprinzip, insbesondere hinsichtlich der Legalitätskette in demokratischen Staaten und im Allgemeinen hinsichtlich der wirklichen Freiwilligkeit der Staaten, wenn sie sich solchen IOs anschließen. In diesem Sinne bieten Buchanan und Keohane⁴⁶³ weitere Gründe, weshalb die Legitimität von *global governance* Institutionen in Frage gestellt worden ist, nämlich weil:

- Die Nichtbeteiligung an denselben mit so erheblichen Nachteilen verbunden ist, dass kaum Raum für Freiwilligkeit übrig bleibt.
- Sie maßgeblich die Staatssouveränität einschränken.
- Ihre Aktivität erheblichen Einfluss auf die Wohlfahrt der Menschen in der ganzen Welt hat.

Ein weiterer Aspekt betrifft zwei Denkweisen, die völkerrechtlich im Spannungsverhältnis zueinander stehen. Koskenniemi beschreibt zwei *mindsets*, die entgegengesetzten Völkerrechtskonzeptionen entsprechen: die eine meidet die rechtliche Sprache und Argumentation wegen ihrer Starrheit und Formalität und richtet sich nach angeblichen Fachkenntnissen; sie verkennt und lässt die für das Recht grundlegende Unterscheidung zwischen legal und illegal außer Acht. Hierbei spricht Koskenniemi von einer „managerial mindset“, die er mit der Kantischen

⁴⁶¹ Kumm, Mattias “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis” EJIL Vo. 15, Nr. 5, 2004, S. 915.

⁴⁶² S. dafür Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“ LSE 2006, S. 5 ff.

⁴⁶³ S. Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 27 – 28.

Figur des „politischen Moralisten“⁴⁶⁴ identifiziert – für sie gilt: „law is a tactic“⁴⁶⁵ („Instrumentalismus“); Die andere Denkweise, die er „constitutionalism as a mindset“ nennt, versteht das Recht als eine Verallgemeinerungsform, als universell kraft Formalität und deswegen der Freiheitsgarantie bzw. der Vermeidung der Willkür einer amoralischen, instrumentalen Denkweise verschrieben, die Rechte, Vorteil und Interessen unterschiedslos gegeneinander abwägt. Geht man vom Kantischen Rechtsprinzip⁴⁶⁶ aus, dann ist Freiheit „the miracle of formalism“⁴⁶⁷.

Das zweite Phänomen bringt ein liberales und doch Legalität relativierendes Ethos zum Ausdruck, das zum Paradoxon der „illegalen Legitimität“ führt, das sich in der Gestalt unterschiedlicher Ausnahmen von grundlegenden Prinzipien der internationalen Rechtsordnung bildet. Es lässt sich folgendermaßen darstellen: „if the law does not permit us to do what is right, then all the worse for law“⁴⁶⁸. Dieses Ethos ist genauso in dem Vormarsch der amerikanischen Truppen in den Irak 2003 zu finden, der für Habermas für eine „Ethisierung der Weltpolitik“⁴⁶⁹ seitens einer Supermacht steht. Unmittelbare Folge dieses Prozesses ist die Renationalisierung der zwischenstaatlichen Gewaltanwendung, die somit nicht mehr dem Prinzip des *Rule of Law* unterliegen würde⁴⁷⁰.

Koskenniemi sieht in der Einführung des Legitimationsbegriffes in das Völkerrecht eine Art „Ersatz normativity to replace the formalistic conservatism of law on the one hand and the radical arbitrariness of

⁴⁶⁴ In „Zum ewigen Frieden“ beschreibt Kant zwei Klassen von Politikern: den politischen Moralisten und den moralischen Politiker. „Ich kann mir – schreibt Kant – nun zwar einen moralischen Politiker, d.i. einen, der die Prinzipien der Staatsklugheit so nimmt, dass sie mit der Moral zusammen bestehen können, aber nicht einen politischen Moralisten denken, der sich eine Moral so schmiedet, wie es der Vorteil des Staatsmanns sich zuträglich findet“ („Zum ewigen Frieden“ – B 76).

⁴⁶⁵ Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 23.

⁴⁶⁶ „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“, Kant „Rechtslehre“ § B.

⁴⁶⁷ Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 25.

⁴⁶⁸ Koskenniemi, Martti „Global Governance and Public International Law“ Kritische Justiz, 2004, S. 13.

⁴⁶⁹ Habermas, Jürgen „Der gespaltene Westen“ 1. Aufl. 2004, S. 115.

⁴⁷⁰ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 90.

justice on the other“⁴⁷¹. Die Einführung dieser Ersatznormativität (Legitimität) – die sich letzten Endes als nichts Weiteres als ein „feeling ... a psychological fact“⁴⁷² entpuppt - ist Teil eines breiteren Prozesses, dessen Ursprung in der Fragmentierung und *deformalization* des Völkerrechts zu finden ist. Die Vermehrung völkerrechtlicher Regime geht mit dem Anspruch an Wissenschaftlichkeit derselben einher. In der durch internationale Regime beherrschten Realität haben nicht rechtliche, sondern technische, durch *instrumental knowledge* geleitete Überlegungen die Oberhand. Das Recht mit seinem Formalismus ist den Herausforderungen der Zeit nicht gewachsen. In diesem Sinne erscheint die Achtung vor dem Recht in Vergleich zum Handlungsbedarf unserer Zeit zweitrangig. Solche Überlegungen entstammen aus einer „managerial“ bzw. „governance mindset“⁴⁷³, die nur auf die „political necessity“⁴⁷⁴ bedacht sind.

Betrachtet man die UN-Charta als das Ergebnis des *bargain* zwischen Staaten, die sich nur durch die Verfolgung der eigenen Interessen leiten lassen, repräsentiert sie die damalige herrschende Konzeption der kollektiven Sicherheit. In dem Maße, wie der jetzige geopolitische Rahmen den vormals herrschenden Umständen nicht mehr entspricht, erscheint es nicht mehr vorteilhaft, sich an den alten Rahmen zu halten. Das Ergebnis ist folglich die Relativierung in Anbetracht der neuen Umstände des Legalitätsrahmens. Der Hinweis ist auch Koskenniemi zu verdanken, welcher die Basis solcher sozusagen zwischen Legalität und Selbstinteresse abwiegenden Überlegungen auf das besagte, mit dem Fragmentierungsphänomen einhergehende „managerial mindset“ zurückführt⁴⁷⁵.

Zusammenfassend bezieht sich die Legitimationskrise auf zwei Gegenstände:

⁴⁷¹ Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 14.

⁴⁷² Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 12.

⁴⁷³ Koskenniemi, Martti “Global Governance and Public International Law” Kritische Justiz, 2004.

⁴⁷⁴ Ebd. S. 17.

⁴⁷⁵ Koskenniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ [Draft] 2005, S. 10.

- Auf ein Normativitäts- und Deckungsdefizit, sofern die Reichweite und Einfluss der IO und supranationale Organisationen so intensiv geworden ist, dass man von der Entstehung einer besonderen Herrschaftsart auf der internationalen Ebene berichtet, die als solche kaum vom herkömmlichen Konsensprinzip gedeckt werden kann. Stichwort in diesem Bereich ist *global governance*. Mit diesem Phänomen geht auch eine bestimmte Denkweise einher („managerial“ bzw. „governance mindset“), welche grundlegende Voraussetzungen einer internationalen Rechtsordnung in Frage stellen.
- Auf die Infragestellung grundlegender Prinzipien der internationalen Legalität wie etwa das Interventions- und Gewaltverbot aufgrund moralischer und „technischer“, jedenfalls außerrechtlicher Überlegungen. Stichwort in diesem Zusammenhang ist die bekannte Formel „illegal, doch legitim“.

Die Legitimationsfrage weist unterschiedliche Merkmale je nach dem Bereich aus, in dem sie sich stellt und soll deshalb Gegenstand differenzierter Thematisierung sein. In diesem Sinne werde ich mich zunächst auf die Legitimationsfrage im Rahmen des *global governance*-Phänomens und dann auf das Spannungsverhältnis von Legitimität und Legalität in Anbetracht der Infragestellung grundlegender Prinzipien des Legalitätsrahmens zuwenden. Bevor beide Facetten der sogenannten „Legitimationskrise des Völkerrechts“ dargestellt werden, werden die rechtswissenschaftlich wesentlichen Ansichten im nächsten Abschnitt dargelegt.

3.3 Die Debatte über die Legitimation in der völkerrechtlichen Doktrin

Die Legitimationsdebatte ist rechtswissenschaftlich relativ neu. Vor dem Mauerfall und dem Ende des Kalten Krieges nahm sie in der

rechtswissenschaftlichen Theorie kaum einen Platz ein⁴⁷⁶, wenngleich sich Autoren wie Thomas Franck bereits 1987 dieser Frage widmeten⁴⁷⁷ und auch die Abwesenheit rechtsphilosophischer Überlegungen zu diesem Thema kritisierten⁴⁷⁸. Doch die Legitimationsfrage an sich selbst, das Verhältnis zwischen Legitimität und Legalität, ist seit jeher ein „Dauerthema“⁴⁷⁹ der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft.

Francks Legitimationsbegriff

Wie im vorherigen Abschnitt dargestellt, waren es unterschiedliche historische und systematische Entwicklungen, welche der Legitimationsdebatte völkerrechtlich Aktualität verliehen haben. Ihr theoretischer Ursprung ist – wie bereits erwähnt – im Francks Werk „The Power of Legitimacy Among Nations“ (1990) zu finden. Dort verteidigt er den Wert des Legitimationsbegriffs für das Völkerrecht und stellt einen durchaus formellen und komplexen Legitimationsmaßstab vor. Staaten – so Franck – befolgen Normen, weil sie empfinden, dass sie legitim sind⁴⁸⁰. Und Legitimität bedeutet für ihn „a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process“⁴⁸¹. Dieser „powerful pull toward compliance“⁴⁸² basiert dennoch nicht auf Legalität, so wie wir sie staatlich konzipieren. Staaten befolgen Normen aus Gründen, die nicht mit dem rechtsstaatlichen Legalitätsbegriff zu tun haben. Diese Einsicht gründet auf einer bestimmten Konzeption der völkerrechtlichen Normbeschaffenheit. Franck denkt die internationale Rechtsordnung als

⁴⁷⁶ S. Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 26.

⁴⁷⁷ S. dafür Franck, Thomas „Why a Quest for Legitimacy“ UC Davis Law Review 21, 1987 S. 535 ff.;

⁴⁷⁸ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 7 ff.

⁴⁷⁹ Kammerer, Alexandra „Den Grenzen auf den Grund gehen. Im Schatten des Hegemons verhandelt das Völkerrecht sich selbst“ Internationale Politik 2005, S. 113.

⁴⁸⁰ „Why do nations obey rules? And we have adduced a hypothetical answer to this question: *Because they perceive the rule and its institutional penumbra to have a high degree of legitimacy*“, Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 25.

⁴⁸¹ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 24.

⁴⁸² Ebd. S. 25.

bestehend aus „rules“. Und er differenziert „rules“ von „law“⁴⁸³. Für Gesetze ist der Begriff von Legalität maßgebend – ihr Wert als Gesetze wird nicht durch ihre Nichtbefolgung beeinträchtigt. Gesetze unterstehen Geltungskriterien, die nicht auf das Völkerrecht übertragen werden können, weil sie systemisch verschiedenartiger Natur sind, nämlich rechtsstaatlicher: Sie können ggf. durch Zwang garantiert werden – rechtsstaatliche Legalität scheint für Franck in engem Zusammenhang mit der institutionellen Staatsorganisation zu stehen. Dahingegen bestehen völkerrechtlich weder Zwangsbefugnis noch zentrale Institutionen. Die Normbefolgung hängt dementsprechend von weiteren Faktoren ab, die nicht mit der zwangsläufigen Durchsetzung, sondern mit bestimmten Eigenschaften der Normen und der Normentstehungsverfahren zu tun haben. In diesem Zusammenhang spricht Franck von „elements of right process“⁴⁸⁴. Diese Elemente sind keine rechtlichen Vorschriften, welche die Normentstehung regulieren und dafür auf bestimmte Rechtsquellen hinweisen. Sie beziehen sich eher auf Qualitäten sowohl der Normen als auch der Normentstehungsverfahren. Sie sind nicht mit rechtsstaatlichen Legalitätskriterien zu vergleichen, wohl aber bilden sie den Legalitätskern. Sie sind sozusagen vorrechtliche Bedingungen der Legalität, so etwas wie „Meta-Legalität“.

Vier sind die von Franck aufgestellten Legitimationskriterien, auf denen säkulare Rechtsordnungen gründen und zwar:

- „Determinacy“⁴⁸⁵ („Bestimmtheit“⁴⁸⁶). Mit diesem Begriff bezieht sich Frank auf die literarische und strukturelle Sinnklarheit der Norm, die zwei Aspekte hat: Eine „substantive“ oder „textual clarity“ der Norm; und eine „procedural clarity“, nämlich die Möglichkeit, den Norminhalt mittels Auslegungsmechanismen und Institutionen zu erschließen. Je höher die Bestimmtheit der Norm, umso stärker wird der „compliance pull“ und die Legitimität der Normen

⁴⁸³ Ebd. S. 3, 27 ff.

⁴⁸⁴ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 235.

⁴⁸⁵ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 51 ff.

⁴⁸⁶ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 92.

empfunden. „Determinacy“ ist „the principal variable in determining the rule’s degree of legitimacy“⁴⁸⁷.

- „Symbolic validation“⁴⁸⁸ („Symbolische Anerkennung“⁴⁸⁹). Hiermit meint er die kulturelle und anthropologische Legitimitätsdimension der Normen, die durch bestimmte Hinweise („cues“) zum Vorschein kommt. Bestimmte Symbole (Rituale und/oder Tradition) deuten auf die Anerkennung der Normen hin. Wichtig dabei ist die Entsprechung von Hinweis und Realität: Entpuppen sich die Symbole als falsch, so fällt der „compliance pull“ aus.
- „Coherence“⁴⁹⁰ („Kohärenz mit anderen Regeln“⁴⁹¹). Kohärenz ist die innere und äußere Verknüpfung der Norm. Innere Verknüpfung sofern die Bestandteile und die Ziele der Norm einander angepasst sein sollen. Äußere Verknüpfung mit anderen Normen durch geteilte Prinzipien. Voraussetzung dieses Verständnisses ist die Existenz eines Systems von Prinzipien, Normen und Verfahren, dem eine „community of nations“ zugrunde liegt.
- „Adherence“⁴⁹² („Einfügung in das Normsystem“⁴⁹³). Was Franck hiermit beschreibt, ist im Grunde genommen seine Geltungsgrundtheorie des Völkerrechts. In diesem Sinne leitet sich die bindende Normkraft aus der Zugehörigkeit des Staates zu einer internationalen Normgemeinschaft ab – nicht nur Konsens, sondern insbesondere Status bilden das Fundament der internationalen Verpflichtung. Da die internationale Rechtsgemeinschaft – als „reife voluntarische Gemeinschaft“⁴⁹⁴ – dem Staate Mitgliedstatus anerkannt hat, ist der Staat dazu verpflichtet, ihre Normen einzuhalten, und zwar in Unabhängigkeit davon, ob er der konkreten Norm zugestimmt hat oder nicht. Diese Einsicht fungiert als eine *Secondary Rule of Recognition* im Sinne Harts.

⁴⁸⁷ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 94.

⁴⁸⁸ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 91 ff.

⁴⁸⁹ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 92.

⁴⁹⁰ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 135 ff.

⁴⁹¹ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 92.

⁴⁹² S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 183 ff.

⁴⁹³ Ebd. S. 92.

⁴⁹⁴ Ebd. S. 93.

In Anbetracht der Befolgung können die völkerrechtlichen Normen hierarchisch organisiert werden. Daraus folgt die Graduierbarkeit des „compliance pull“ („Erfüllungsdruck“⁴⁹⁵).

Legitimität und (Rechts-)Gemeinschaft sind bei Franck – so Paulus – eigentlich „zwei Seiten der selben Medaille“⁴⁹⁶. Die Rechtsgemeinschaft der Staatengesellschaft gründet auf einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung, aus der sich der Mitgliedstatus der Staaten herleitet. Weil die Staaten Mitglieder der Rechtsgemeinschaft sind, erübrigt sich die Notwendigkeit, jede konkrete Norm des Systems durch Konsens anzuerkennen. Im Grunde genommen sind die vier Legitimationsfaktoren Erscheinungen jener Rechtsgemeinschaft, sofern sie eine gemeinsame Rechtsüberzeugung voraussetzen.

Franck weist dem Legitimationsbegriff die Rolle zu, in der internationalen Gemeinschaft für Normativität zu sorgen, d.h. Legitimität hat völkerrechtlich die gleiche Funktion, welche der Begriff Legalität rechtsstaatlich erfüllt, denn ohne sie wäre die zwischenstaatliche Kooperation unmöglich⁴⁹⁷. Koskenniemi kritisiert diesen Legitimitätsbegriff, den er als eine Art „Ersatznormativität“ bezeichnet. Ersetzt wird eben „Legalität“ wegen ihrer höheren Ansprüche. Legitimität ist dagegen ein viel flexibleres Konzept. In Francks Darstellung gibt es also völkerrechtlich keinen Platz für einen Legalitätsbegriff, welcher auf zentralisierter Zwangbefugnis beruht. Denn gerade die Zwangbefugnis ist dem Völkerrecht systemisch fremd. Um die Rolle seines Legitimationsbegriffes deutlicher in den Vordergrund treten zu lassen, differenziert Franck denselben von „Gerechtigkeit“.

Exkurs: Legitimität, Selbstinteresse und Gerechtigkeit

Die Unterscheidung zwischen Legitimität und Gerechtigkeit ist für Francks Theorie von großer Bedeutung. Denn nur in dem Maße, wie diese Unterscheidung ersichtlich wird, wird die Rolle des Legitimationsbegriffes im Rahmen von Francks theoretischen Ansatzes deutlicher. Legitimation steht für Franck nicht für irgendwelche moralische Vorstellungen, sondern

⁴⁹⁵ Ebd. S. 92.

⁴⁹⁶ Ebd. S. 94.

⁴⁹⁷ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 210.

für durch und durch formelle Kriterien, welche Staaten angesichts tiefem normativen Dissens und in Ermangelung zentraler Durchsetzungsinstanzen zur Normerfüllung führen sollen.

Im Grunde genommen kommt Francks Legitimationsbegriff der formellen Legalität nahe. Bereits seine eigene Beschreibung des historischen Prozesses, die „bifurcation – the separation of justice and legitimacy“⁴⁹⁸ deutet darauf hin. Die Trennung von Legitimität und Gerechtigkeit geht zeitlich mit dem Paradigmenwechsel von Naturrecht zu Rechtspositivismus nach Aufklärung und Französischer Revolution einher⁴⁹⁹ und war Darstellungsgegenstand des ersten Kapitels dieser Arbeit. Die Differenzierung beider Größe führt zu zwei verschiedenen Rechtsordnungen, deren Normen, Prinzipien und Rechtfertigungsgründe weit entfernt voneinander sind. Die säkularen Rechtsordnungen entsprechen der Bestrebung unserer Gesellschaften nach Verfahren und vorhersagbaren Ergebnissen. Dahingegen geht es in moralischen Rechtsordnungen um die Rechtsgüterverteilung⁵⁰⁰. Voraussetzung dafür ist eine gemeinsame Vorstellung dessen, was „fairness und decency“⁵⁰¹ sind. Desgleichen ist in der internationalen Rechtsordnung nicht zu finden, von daher entspricht sie eher dem Modell eines säkularen Rechtssystems. Francks Legitimitätsbegriff ist – wie schon dargestellt – durchaus formell; dahingegen bezieht er Gerechtigkeit entweder auf normative Vorstellungen des Guten oder auf Verteilungsfragen.

In diesem Sinne beginnt Franck seine Überlegungen über Gerechtigkeit und Legitimität im Völkerrecht mit einer durchaus problematischen Behauptung, dass nämlich Gerechtigkeit nicht zu den Legitimitätsfaktoren einer Norm zu zählen sei⁵⁰². Und dies aus zwei Gründen, dass nämlich nur Menschen, nicht aber Institutionen oder Staaten Gerechtigkeit wiederfahren kann (Franck ist der Meinung, die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit internationaler Normen sei an deren Konsequenzen für die Staatsbürger zu entscheiden - „operational reason“⁵⁰³), und dass

⁴⁹⁸ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 236.

⁴⁹⁹ Ebd. S. 240.

⁵⁰⁰ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“ 1990, S. 235.

⁵⁰¹ Ebd. S. 235.

⁵⁰² Ebd. S. 208.

⁵⁰³ Ebd. S. 210

Gerechtigkeit und Legitimität zwar miteinander zusammenhängen („both tend to pull toward non-coerced compliance“⁵⁰⁴), dennoch begrifflich („conceptually“) verschieden sind („theoretical reason“) ⁵⁰⁵.

Franck zweifelt an der Übertragbarkeit von Rawls' Gerechtigkeitstheorie auf das Völkerrecht wegen der unerwünschten Folgen, welche sich aus ihrer Struktur und dem argumentativen Vorgehen herleiten⁵⁰⁶. Zwei Prinzipien lassen sich aus Rawls' Theorie für die internationale Rechtsordnung aus der Sicht Francks gewinnen, nämlich Interventionsverbot und Selbstbestimmungsprinzip⁵⁰⁷. Geht man von der Feststellung solcher Prinzipien durch „normale“ Staatsvertreter – d.i. durch Vertreter von Staaten, welche nicht unbedingt nach Rawls' Gerechtigkeitsprinzipien aufgebaut sind - aus, ersieht man, dass jene Prinzipien auserwählt wurden, weil sie ihren Interessen als Staaten –nicht unmittelbar ihren Mitbürgern - am besten zuträglich sind. Dies ist der Fall beispielsweise beim Interventionsverbot, dessen besagte Funktion, die Staatssouveränität zu schützen, sich als Deckmantel für massives, regierungsgetriebenes Unrecht an der eigenen Staatsbevölkerung entpuppen kann. Das Interventionsverbot ist vollkommen legitim im Sinne Francks, kann aber trotzdem schwere Folgen für die Staatsbürger haben⁵⁰⁸ und ist deswegen zwar legitim, aber nicht fair. Denn letzten Endes ist der wichtigste Wert hinter dem Interventionsverbot für Staaten nicht Gerechtigkeit, sondern Ordnung, da Staaten naturgemäß nach Ordnung, nicht unbedingt nach Gerechtigkeit streben. Zuletzt bezieht sich Franck auf die bisweilen unerwünschten Effekte von wohl konstruierten theoretischen Modellen für die Wirklichkeit. Deswegen, und weil völkerrechtliche Normen meistens Staaten als Adressat haben, kann die Anwendung des Gerechtigkeitsbegriffes auf die zwischenstaatlichen Beziehungen ausschließlich metaphorischen Charakters haben. Von daher verrät uns die Behauptung, die betroffene Norm sei gerecht oder ungerecht für Staaten, gar nichts über die Wirkung der Norm über diejenigen, die im Grunde genommen die einzigen Wesen sind, welche

⁵⁰⁴ Ebd. S. 208.

⁵⁰⁵ Ebd. S. 208 ff.

⁵⁰⁶ Ebd. S. 233.

⁵⁰⁷ Ebd. S. 210.

⁵⁰⁸ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 232.

Schmerz oder Glück empfinden können. Auf jeden Fall bildet das Ziel des Völkerrechts die Bereitstellung eines derart legitimen Normensystems, dass die Befolgung der Normen aus nicht zwangsbezogenen Gründen erfolgt. In diesem Zusammenhang ist Gerechtigkeit eine zweitrangige Frage⁵⁰⁹.

Freilich ist es für Franck möglich, dass bestimmte Normen zugleich legitim und gerecht sind. Legitimität und Gerechtigkeit teilen die Eigenschaft, die zwangsläufige Durchsetzung der Norm unnötig zu machen. Das *pacta sunt servanda*-Prinzip bildet ein paradigmatisches Beispiel einer solchen Normenkategorie. Trotz der gemeinsamen Eigenschaften ist die Normerfüllung des *pacta sunt servanda* Prinzips deutlich verschieden, je nachdem, ob sie kraft Legitimität oder kraft Gerechtigkeit erfolgt. Das Prinzip *pacta sunt servanda* hat dementsprechend eine doppelte Natur. Es ist zugleich Ausdruck der Präferenz für Ordnung und Vorhersagbarkeit („order and predictability“⁵¹⁰) einer säkularen politischen Gemeinschaft, die darüber hinaus auch auf beide Rechtsgüter angewiesen ist; aber es verleiht auch Ausdruck der moralischen Überzeugung einer auf gemeinsamen Werten basierenden Gemeinschaft, dass „fairness requires the honoring of commitments“⁵¹¹. Dennoch ist die Übereinstimmung von Legitimität und Gerechtigkeit in einer Norm wegen des herrschenden normativen Dissenses äußerst selten.

Das ist der Grund, weshalb die Koexistenz entgegengesetzter moralischer Vorstellungen im Rahmen einer säkularen Rechtsordnung ausschließlich durch Legitimität möglich ist. Legitimität verschiebt absichtlich die Gerechtigkeitsfrage auf einen späteren Zeitpunkt⁵¹² und ermöglicht somit das Bestehen verschiedener Moralansätze. In diesem Sinne genießt Legitimität „lexical priority“⁵¹³ vor Gerechtigkeit. Auf der gleichen Weise wie Verkehrsnormen gibt es auch im Völkerrecht Normen, welche keinen Fairness- oder Gerechtigkeitsanspruch erheben – Ihr Wert liegt eben darin, dass sie „certainty and order“⁵¹⁴ in das Rechtssystem einführen. Sie

⁵⁰⁹ Ebd. S. 210.

⁵¹⁰ Ebd. S. 234.

⁵¹¹ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 234.

⁵¹² Ebd. S. 236.

⁵¹³ Ebd. S. 236.

⁵¹⁴ Ebd. S. 241.

sind pragmatischer, nicht moralischer Natur und deswegen ermöglichen sie zwischenstaatliche Kooperation. In diesem Rahmen ist Gerechtigkeit dennoch nicht funktionslos. Sie bildet einen kritischen Maßstab, welcher zur Veränderung legitimer doch ungerechter Normen führen kann⁵¹⁵.

Franck schließt seine Ausführungen mit der Mahnung, Legitimität sei vor Gerechtigkeit der Vorzug zu geben, denn ohne sie sei letzten Endes Gerechtigkeit nicht möglich⁵¹⁶. Legitimität ist also eine Bedingung der Möglichkeit von Gerechtigkeit. Francks Gerechtigkeitsbegriff ist dennoch sehr eingeschränkt, bezieht er sich doch auf Verteilungsgerechtigkeitsfragen und auf moralische Vorstellungen des Guten, etwa naturrechtlicher Art. Zunächst ist Francks Kritik an Rawls' Theorie nicht überzeugend. Rawls stellt ein nicht empirisches, sondern theoretisches Modell vor; daher kann die Warnung vor der Anwendung theoretischer Modelle auf die Wirklichkeit nicht ernst genommen werden, weil sie selbstverständlich erscheint. Für die Entmachtung solcher Kritik sorgte Rawls selbst, indem er Jahre nach der Veröffentlichung seiner Gerechtigkeitstheorie sein Gerechtigkeitsmodell den Bedingungen der internationalen Domäne anpasste. Dabei differenziert er zwischen „Regierungen“ bzw. „Staaten“ und „Völker“, nicht umsonst heißt sein Buch „Das Recht der Völker“⁵¹⁷. Bei der Ausarbeitung der unerwünschten Folgen, welche die Anwendung theoretischer Modelle auf die Wirklichkeit haben könnte, lässt sich Franck von der herkömmlichen Vorstellung der Staaten leiten, der zufolge sie „als rational betrachtet und als ängstlich besorgt um ihre Macht ... und als stets von ihren vitalen Interessen [geleitet]“⁵¹⁸ zu sehen sind. In Rawls' Modell sind aber nicht die Staaten, sondern liberale Völker diejenigen, welche über die Prinzipien befinden, die ihre Beziehungen miteinander zu regeln haben. Und gerechte liberale Völker zeichnen sich durch ihre Bereitschaft ab, „ihre vitalen Interessen“ vernünftig zu beschränken, um „eine lebensfähige Gesellschaft der Völker“⁵¹⁹ zu fördern. Hier haben wir es mit einem vernunftgeleiteten und rationalitätsgeleiteten Selbstinteresse zu tun: In der Originalposition auf

⁵¹⁵ Ebd. S. 242.

⁵¹⁶ Ebd. S. 244.

⁵¹⁷ Rawls, John „Das Recht der Völker“ 2002, S. 26 ff.

⁵¹⁸ Ebd. S. 30 - 31.

⁵¹⁹ Ebd. S. 32.

internationaler Ebene sollen Völker die Prinzipien unter Berücksichtigung der eigenen Interessen konstruieren. Der partielle „*veil of ignorance*“ sorgt dann für moralische Anreicherung. Dass das Interventionsverbot im Sinne der rationalen Interessen der Staaten ausgelegt werden kann, ist dennoch mit Rawls Theorie nicht kompatibel.

Gerechtigkeit ist ein sehr komplexer Begriff. Zu behaupten, dass Gerechtigkeit nicht zu den Legitimitätskriterien einer Norm zu zählen ist, weil sie ausschließlich Menschen und nicht Institutionen widerfahren könne, verkennt den Begriff von „politischer Gerechtigkeit“, d.i. die Idee, dass auch Gesetze und Institutionen sittlichen Kriterien unterworfen werden können und sollen⁵²⁰. Dabei geht es um den „moralischen Standpunkt gegenüber Recht und Staat“⁵²¹, welcher auf der einen Seite Handlungen politischer Instanzen (Gesetze, Richtersprüche ...), auf der anderen auch die eigene Beschaffenheit der Institutionen, des Staatswesens an sich betrifft. In diesem Sinne ist Gerechtigkeit eine Forderung, die sich nicht nur an die Bürger, sondern auch an die Staaten selbst richtet. Dabei werden sie dazu aufgefordert, ihr Zusammenleben auch nach Maßgabe „gerechten Rechtes“ zu organisieren. Und hierbei steht „gerechtes Recht“ für den „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“⁵²². In diesem Sinne hängt die Legitimität, die moralische Kraft der Normen, auch von den völkerrechtlichen Normen, von ihrer Gerechtigkeit ab. Allerdings ist Gerechtigkeit in diesem Zusammenhang kein materieller, sondern ein durchaus formeller Begriff, welcher zunächst die Anerkennung des Rechts als das Gegenteil von Gewalt und Willkür verlangt, zweitens die Errichtung eines gesetzlichen Zustandes auch zwischen den Staaten gebietet – ob Völkerbund, Weltrepublik oder Friedensordnung wie die geltende internationale Rechtsordnung, das mag dahingestellt bleiben⁵²³. Nicht zuletzt ist der Friede ein Produkt der Gerechtigkeit, von daher werden

⁵²⁰ Für den Begriff „politische Gerechtigkeit“ s. Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 58 ff..

⁵²¹ Höffe, Otfried „Politische Gerechtigkeit“, 1. Aufl. 1987, S. 59.

⁵²² Kant „Rechtslehre“ § B.

⁵²³ S. dafür Höffe, Otfried „Völkerbund oder Weltrepublik?“ in Höffe [Hrsg.] „Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden“ 1. Aufl. 1995, S. 109 ff.

Staaten dazu aufgefordert, für völkerrechtliche Gerechtigkeit zu sorgen, denn „si vis pacem, para iustitiam“⁵²⁴.

Paulus berichtet von der Evolution innerhalb Francks Legitimationstheorie von einer „formellen Legitimität“ (1990) zu einem materiellen, Fairness-orientierten Legitimationsbegriff⁵²⁵ (1995). Der theoretische Sprung findet seine Ursache in der Evolution der internationalen Gemeinschaft hin zu einer internationalen Wertgemeinschaft nach dem Fall der Berliner Mauer und der Befreiung Kuwaits, aber auch in der Erscheinung neuer Gefahren für die Menschheit wie etwa jene, die sich aus der Entwicklung neuer Technologien herleiten. Angesichts dessen bildet das Hauptproblem der Völkerrechtstheorie die Herstellung eines auf Fairness gründenden Rechtssystems⁵²⁶. Wobei sein Fairnessbegriff nicht nur materielle Aspekte, sondern auch formelle bzw. prozedurale Elemente beinhaltet, welche er von seinem alten Legitimationsbegriff herleitet. Die kurze Zeit, in der diese Entwicklung von Francks Theorie stattgefunden hat, führt Paulus zum Schluss, diese sei von der politischen Lage derart abhängig, dass man von einer gewissen „Kurzatmigkeit der Analyse“⁵²⁷ sprechen kann. Folge dieser neuen Vorstellung sei die Verschmelzung von „Recht mit Moral und Politik, Norm und Wirklichkeit“⁵²⁸.

2006 veröffentlichte Franck „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power“⁵²⁹. Hauptgegenstand des Buches ist die Rolle, welche die Normbestimmtheit („Determinacy“) für die Legitimität der Norm spielt. Im Grunde genommen ist die Normlegitimität, welche Franck dabei verteidigt, schlicht die Legitimität der Legalität. Nur gründet sein Legalitätsbegriff nicht auf formellen Kriterien oder auf der Möglichkeit, Normen durch Zwangsbefugnis durchzusetzen, sondern auf der Empfindung („perception“) – und diese Legalitätsempfindung ist –für die internationale Rechtsgemeinschaft hinsichtlich der Pflicht, „freely incurred obligations“⁵³⁰

⁵²⁴ Höffe, Otfried „Einleitung: Der Friede – ein vernachlässigtes Ideal“ in Höffe [Hrsg.] „Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden“ 1. Aufl. 1995, S. 21.

⁵²⁵ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 91 ff. und 198 ff.

⁵²⁶ Ebd. S. 199.

⁵²⁷ Ebd. S. 200.

⁵²⁸ Ebd. S. 201.

⁵²⁹ Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 88 – 106.

⁵³⁰ Ebd. S. 91.

einzuhalten (*pacta sunt servanda*) besonders wichtig. Das Prinzip *pacta sunt servanda* schützt das Vertrauen der Staaten in die Voraussetzbarkeit des Verhaltens anderer Staaten, garantiert die Regelmäßigkeit der zwischenstaatlichen Interaktion und somit „keeps the bumblebee of international law aloft“⁵³¹. Bereits in seinem „The Power of Legitimacy Among Nations“ hatte Franck das Prinzip *pacta sunt servanda* als eine jener seltenen völkerrechtlichen Normen hervorgehoben, welche von der internationalen Gemeinschaft zugleich für legitim und gerecht gehalten werden⁵³². Neu ist jetzt, dass Franck darin auch ein Stück Selbstinteresse und *rational choice* enthalten sieht, denn es ist eben dieses Vertrauen, welches die Handlungsfähigkeit der Staaten und folglich die Verfolgung der eigenen Interessen, wenngleich auf rechtllichem Weg, ermöglicht. Alle Staaten haben folglich ein Interesse an der Effizienz des Völkerrechts innerhalb der internationalen Rechtsgemeinschaft. Mit den *rational choice*-Theorien sind also zwei Einsichten kompatibel: ein „longer view of national interest and a narrower, more immediate approach to interest gratification“⁵³³. Die erste folgt der Logik der Macht der Legitimität – Legitimität, welche in diesem Zusammenhang als Legalität zu verstehen ist. Die zweite Einsicht folgt der Logik der Legitimität der schieren Macht, frei nach dem Motto, „Wer kann, darf auch“.

Buchanan und Keohane versuchen hingegen Legitimität als eine eigentümliche völkerrechtliche Kategorie hinsichtlich der sogenannten „institutional legitimacy of global governance Institutions“⁵³⁴ auszulegen. Dabei betonen sie die Unterschiede, welche ihren Legitimitätsbegriff von Selbstinteresse und Gerechtigkeit trennen. Die Idee des Selbstinteresses als Grund für die Pflichterfüllung war bei Franck auch anwesend. Bei ihm aber ist das Selbstinteresse an der Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten ein zusätzlicher Grund für die Erfüllung jener Obligationen, denn jeder Staat

⁵³¹ Die Aerodynamik hält die Hummel als ein Unding, denn nach allen Aerodynamikregeln könnte sie niemals fliegen. Und doch sie tut es. Desgleichen mit dem Völkerrecht. S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 92.

⁵³² S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy Among Nations“, 1990. S. 234.

⁵³³ S. Franck, Thomas „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium“ AJIL Vol. 100 Nr. 1, 2006, S. 106.

⁵³⁴ Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 26.

ist eben an der Stabilität des Rechtssystems interessiert, da dies die Vorhersagbarkeit des staatlichen Verhaltens sichert. In diesem Sinne scheint seine Argumentation den Wert eines aufgeklärten bzw. vernünftigen und nicht bloß rationellen Selbstinteresses anzuerkennen, frei nach dem Motto: „den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln“⁵³⁵. Bei Buchanan und Keohane finden wir keine Überlegungen jener Art. Sie führen in ihrer Argumentation die Selbstinteressefrage nur deshalb ein, weil sie die Normativität ihres Legitimationsbegriffes betonen wollen. Für sie ist die Normerfüllung aus Selbstinteresse deutlich von der Normerfüllung aus normativen Gründen zu unterscheiden. Bei einer bloß aus Selbstinteresse erfolgten Normerfüllung geht die Bedeutung des Legitimationsbegriffes verloren⁵³⁶. Was den Unterschied zwischen Legitimität und Gerechtigkeit betrifft, beschränken sich unsere Autoren auf die Behauptung, Gerechtigkeit und Legitimität seien nicht zu verwechseln, denn Gerechtigkeit sei „an ideal standard“⁵³⁷, über dessen Inhalt und Reichweite keine Übereinstimmung herrsche. Damit beziehen sie sich auf den normativen Dissens hinsichtlich moralischer Vorstellungen. Wenn die koordinierte Unterstützung einer *global governance*-Institution von ihrer Gerechtigkeit abhängig gemacht werde, hätte sie keine Chance, zustande zu kommen. Erneut treffen wir auf einen substantiellen Gerechtigkeitsbegriff, dessen zukünftige Erfüllung von der Existenz effektiver internationaler Institutionen abhängt.

Buchanan und Keohanes Legitimationsbegriff

Die rechtssetzende Befugnis, über die solche Institutionen verfügen, macht ihre Machtausübung rechtfertigungsbedürftig – diese Rolle erfüllt völkerrechtlich der Legitimationsbegriff. Buchanan / Keohanes Legitimationsbegriff ist zweiseitig: Auf der einen Seite impliziert er Normativität im Sinne von Verbindlichkeit; auf der anderen erscheint er als ein kritischer, dennoch realistischer, minimal normativer Beurteilungsmaßstab zur Unterstützungswürdigkeit internationaler

⁵³⁵ S. dafür Höffe, Otfried „Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln“ 1988, S. 55 ff.

⁵³⁶ Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 30 ff.

⁵³⁷ Ebd. S.34.

Institutionen. Als Beurteilungsmaßstab erschließt er sich sowohl für Regierungen als auch für Staatsbürger. Auf diese Weise können die Staatsbürger die Beteiligung ihrer Staaten an illegitimen internationalen Institutionen anprangern.

Im normativen Sinn geht der Legitimationsbegriff Buchanans von der Fähigkeit der Staaten aus, sich von Gründen verpflichtet zu fühlen, welche nichts mit Selbstinteresse oder Strategie, gleichwohl auch nichts mit moralischen Vorstellungen des Guten zu tun haben und dennoch normativ sind. Diese normativen Gründe sollen Staaten und andere internationale Akteure dazu bewegen, koordiniert eine bestimmte internationale Institution zu unterstützen. Und dies im Rahmen tiefen normativen Dissenses - d.h. in Ermangelung gemeinsamer Gerechtigkeitsvorstellung, gemeinsamer Interessen oder Strategien⁵³⁸. In diesem Sinne ist der Einfluss Francks auf ihren Legitimationsvorschlag bemerkbar.

Legitimität ist also ein *tertium*, ein „threshold value“⁵³⁹ zwischen Gerechtigkeitsvorstellungen (Idealen) sowie pragmatischen und technischen Überlegungen, welches den Staaten ermöglicht, ihre Differenzen aufgrund normativer Gründe und nicht nur angesichts bestimmter für sie aus der Aktivität internationaler Institutionen sich ergebender Vorteile („content-independent reasons“⁵⁴⁰) zu überwinden und innerhalb derselben trotz „shifting balances of power“⁵⁴¹ dauerhaft zu kooperieren. Und dies, „without requiring us to disregard our most basic normative commitments“⁵⁴². Als normativer Grund ist dennoch Legitimität „from standpoint of their own [Staaten, internationale Akteure. FMH] normative views“⁵⁴³ nicht optimal, d.h. sie erfüllt nicht all die

⁵³⁸ „The concept of legitimacy allows various actors to coordinate their support for institutions by appealing to their common capacity to be moved by what may be called normative reasons, as distinct from purely strategic or exclusively self-interested reasons, under conditions in which there is serious and persisting normative disagreement“, Buchanan, Allen / Keohane, Robert A. in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 30.

⁵³⁹ Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S.34.

⁵⁴⁰ Ebd. S.32.

⁵⁴¹ Ebd. S.31.

⁵⁴² Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S.31.

⁵⁴³ Ebd. S.30.

Anforderungen, welche Gerechtigkeitsvorstellungen von einer Institution aus der Sicht eines bestimmten Akteurs fordern könnten und bleibt deswegen für verschiedenartige normativer Vorstellungen zugänglich und akzeptierbar. Eine solche Funktion können Gerechtigkeitsvorstellungen nicht innehaben, denn es gibt keine gemeinsame Vorstellung; ferner weil der Versuch, die Legitimität einer internationalen Institution von Gerechtigkeit abhängig zu machen, den Gerechtigkeitsfortschritt sogar verzögern würde, „because progress toward justice requires effective institutions“⁵⁴⁴. Es geht hier um eine Idee, welche an den lexikographischen Vorrang der Legitimität vor Gerechtigkeit bei Franck erinnert. Und dennoch setzt Legitimität „sufficient agreement on what sorts of considerations count as normative reasons for evaluating the institution in question“⁵⁴⁵ voraus. Buchanan und Keohane sprechen ihrem Legitimationsbegriff einen Wert zu, der seit jeher Legalität zukommt. Buchanan und Keohane halten im Übrigen die Übertragung staatlich demokratischer Legitimationsstandards auf das Völkerrecht für utopisch⁵⁴⁶ und schlagen stattdessen einen komplexen Legitimationsmaßstab vor, der durchaus für wandelnde Umstände anpassungsfähig sein soll. In ihm messen sie dem Wesen der Demokratie Relevanz für das Völkerrecht zu⁵⁴⁷. Sie sehen im Legalitätsparadigma eine schiere Sammlung von bloß formellen, in einer Geltungskette eingebetteten Normen, deren einziger Geltungsgrund ihre Entstehung durch wiederum formelle, auf dem Willen eines Gremiums basierte Mechanismen ist. Das ist es, was sie „International Legal Pedigree View“⁵⁴⁸ nennen und auch gewissermaßen abtun.

Kumms Legitimationsbegriff

Die Frage nach der Legitimität der völkerrechtlichen Normen lässt sich – Kumm zufolge – auf die Frage nach der „moral force of international law or

⁵⁴⁴ Ebd. S.34.

⁵⁴⁵ Ebd. S.31.

⁵⁴⁶ Ebd. S.28.

⁵⁴⁷ S. Keohane, Robert in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 93.

⁵⁴⁸ Buchanan, Allen „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 35.

... the duty to obey international law“ zurückführen⁵⁴⁹. Als Pflicht obliegt die Erfüllung völkerrechtlicher Normen nicht erst dem Staat, sondern seinen Bürgern. Eben aus der Perspektive der Bürger demokratischer Verfassungsstaaten gedenkt Kumm, eine Antwort auf die Legitimationsfrage zu geben. In gewissem Sinne erweitert der von Kumm vorgestellte Legitimationsmaßstab die Reichweite des rechtsstaatlichen Konstitutionalismus bis auf die völkerrechtliche Ebene und gleicht auf diese Weise die Indifferenz desselben während des Kalten Krieges aus⁵⁵⁰. Die Verfassung stellt in diesem Sinne einen breiteren, aus materiellen und formellen Aspekten bestehenden Legalitätsbegriff (Supralegalität) dar, von dem die Legitimität der Normen abhängt.

Für Kumm sind es komplexe Faktoren, welche zur Frage nach der Legitimität völkerrechtlicher Normen beigetragen haben. Zunächst ist von einer Wahrnehmungswende bei den Bürgern demokratischer Staaten zu berichten, welche die Reichweite des Völkerrechts betrifft. Mit dem Ende des Kalten Krieges wird das Völkerrecht nicht mehr als „ineffective and unreliable as a guarantor of international peace and security“⁵⁵¹ wahrgenommen. Ferner wird den Staatsbürgern insbesondere in westlichen Demokratien ihre Qualität als Adressaten völkerrechtlicher Normen bewusst. Mit beiden Aspekten geht die Tatsache einher, dass sich die völkerrechtlichen Normen auch qualitativ verändert haben: Sie beziehen sich nun auf Gegenstände, die nicht mehr als „technical issues of low political salience“⁵⁵² bezeichnet werden können, weil sie eben verfassungsmäßige Elemente des Rechtsstaates betreffen, die somit der Kompetenz des Staates entzogen werden („denationalization“⁵⁵³); ferner neigen die Normproduktionsverfahren dazu, sich vom aktuellen Staatswillen abzulösen und die dabei entstandenen Verpflichtung positiver Natur werden spezifischer. Dieser Prozess, dessen Ursprung in politischen Entscheidungen der Regierungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Globalisierung zu finden ist, hat zur Verwischung der

⁵⁴⁹ Kumm, Mathias „The Legitimacy Of International Law: A Constitutionalist Framework Of Analysis“ EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 908.

⁵⁵⁰ Ebd. S. 910.

⁵⁵¹ Ebd. S. 911.

⁵⁵² Ebd. S. 912.

⁵⁵³ Ebd. S. 913.

Konturen zwischen nationalem Recht und Völkerrecht geführt; ferner zur Verstärkung der Rolle der Regierungen dank ihrer Mitwirkung an unzähligen *global networks, transnational bureaucracies*, deren *Modus Operandi* sich nicht staatlich demokratischen Zurechnungsfähigkeitsmustern unterwerfen lässt.

In diesem Sinne ist das Völkerrecht seit dem Ende des Kalten Krieges zu einem „firmly structured normative web“⁵⁵⁴ geworden, das einen Gehorsamanspruch erhebt, denn die Kosten der *non-compliance* sind extrem hoch. Völkerrechtliche Verpflichtungen scheinen sich vom Legitimationsparadigma des klassischen Völkerrechts, also von der Verbindung zwischen staatswillenbildenden Verfahren, Kontrollmechanismen (Zurechnungsfähigkeit) und Staatseinverständnis teilweise emanzipiert zu haben. Dadurch wird die Bürgerbeteiligung an den demokratischen Staatswillenbildungsverfahren, der Selbstregierung also relativiert, ohne dass sich auf der internationalen Ebene das Demokratiedefizit ausgleichen ließe. Dies ist der Grund dafür, dass die Legitimität völkerrechtlicher Verpflichtungen zunehmend von rechtsstaatlichen Instanzen im Namen der Demokratie und der politischen Selbstbestimmung in Frage gestellt wird. Kumm scheint hierbei Legitimität im Sinne von „Legitimität durch Legalität“ zu verwenden, denn die Infragestellung der völkerrechtlichen Normen erfolgt aufgrund der Unmöglichkeit, ihre Entstehung auf rechtsstaatlichen Mechanismen zurückzuführen oder sie ihnen zu unterwerfen. Versteht man den Staat als ein Instrument der Bürger für ihre Selbstbestimmung, dann fallen jene völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht erst dem Staate, sondern den Staatsbürgern zur Last. Von daher lautet die von Kumm aufgeworfene Frage: „*To what extent should citizens regard themselves as morally constrained by international law in the collective exercise of constitutional goverment?*“⁵⁵⁵. Die Antwort auf diese Frage erfordert ein „constitutionalist framework“, welches über schlichte Demokratiepostulate hinausgeht. In diesem Sinne sichert die schiere Legalität der Norm bloß eine Vermutung hinsichtlich ihrer Autorität, dies genügt jedoch nicht, um die Legitimität der

⁵⁵⁴ Kumm, Mathias „The Legitimacy Of International Law: A Constitutionalist Framework Of Analysis“ EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 912.

⁵⁵⁵ Ebd. S. 908 - 909.

Norm festzustellen. Die Vermutung hinsichtlich der Autorität der „legalen“ Normen ist aber spätestens dann wiederlegt, wenn feststeht, dass die Norm gegen „jurisdictional, procedural and outcome-related principles“ verstößt⁵⁵⁶. Diese Kriterien, nämlich: Legalität, Subsidiarität, Zurechnungsfähigkeit und „reasonable outcomes“ bilden das von Kumm vorgeschlagene „constitutionalist framework of analysis“. Seine Vorteile liegen darin, dass er bei der Beurteilung völkerrechtlicher Normen die richtigen Fragen hinsichtlich der wirklich bedeutsamen Problemen stellt. Deswegen kann dieses „constitutionalist framework“ – so Kumm – bei institutionellen Gestaltungsfragen zur Leitlinie werden, um eben die staatliche Anwendung völkerrechtlicher Normen zu sichern, wenn sie legitim sind⁵⁵⁷. Kumm sieht in dem Konstitutionalismus die richtige Alternative für ein auf dem Konsensprinzip basierendes Verständnis des Völkerrechts⁵⁵⁸. Es handelt sich dabei dennoch um einen den Staat transzendierenden Konstitutionalismus, welcher nicht mehr auf formelle Legitimitätskriterien fixiert ist, sondern das Wesen des Konstitutionalismus, nämlich „self-government and electoral accountability“ mit dem sich entwickelnden Völkerrecht in Eintracht bringt, denn aus diesen zwei Ideen stammen eben die wichtigen Legitimitätsherausforderungen, mit welchen sich das Völkerrecht konfrontiert sieht. Und dies eben ermöglichen das Subsidiaritätsprinzip und das Prinzip „of Adequate Participation and Accountability“⁵⁵⁹.

Wolfrums Legitimationsüberlegungen

Wolfrum stellt fest, dass die Debatte über die Legitimität im Völkerrecht das Vertragsrechtswesen wegen seiner Qualität als Hauptvölkerrechtsquelle und das Konsensprinzip betrifft. Es wurde bereits Wolfrums Unterscheidung zwischen einem statischen und einem dynamischen Sinn des Staatseinverständnisses, bzw. zwischen statischen

⁵⁵⁶ Kumm, Mathias „The Legitimacy Of International Law: A Constitutionalist Framework Of Analysis“ EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 928.

⁵⁵⁷ Kumm, Mathias „The Legitimacy Of International Law: A Constitutionalist Framework Of Analysis“ EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 929.

⁵⁵⁸ Ebd. S. 930.

⁵⁵⁹ Ebd. S. 930.

und dynamischen Verpflichtungen⁵⁶⁰ vorgestellt. Zwei Faktoren haben zur Stellung der Legitimationsfrage des Völkerrechts beigetragen: auf der einen Seite die dynamische Bedeutung des Staatskonsenses; auf der anderen Seite ein Komplex, der sich durch die Expansion des materiellen und personellen Geltungsbereiches des Völkerrechts, durch seinen intensiven Einfluss auf nationales Recht, durch die Entwicklung neuer Rechtssetzungsverfahren und die Erweiterung des dem klassischen, allgemeinen Völkerrecht zugrunde liegenden Wertsystems charakterisiert. Daraus ergibt sich „some form of international governance“⁵⁶¹. Sie ist das Ergebnis der Interaktion verschiedener internationaler Regime, deren Basis ein Gründungsvertrag ist, welcher dem neuen Regime ein allgemeines und dynamisches Mandat erteilt. Da gewöhnlich die Hauptorgane der Regime quasi-legislative und quasi-gerichtliche Kompetenzen vertragsgemäß innehaben, werden Inhalt und Reichweite des ursprünglichen Mandats derart ausgelegt und erweitert, dass sie sich kaum mehr aus dem ursprünglichen Staatswillen erklären lassen.

Die Legitimationsfrage des Völkerrechts weist für Wolfrum verschiedene Aspekte auf, die es zu identifizieren gilt, wollte man ihre Reichweite ergründen. Die Feststellung dessen, was unter Legitimität verstanden wird, ist ungemein wichtig, wenn man möchte, dass der Begriff nicht zu einem „mechanism for denying the relevance of international law in all those cases where short-term national interests seem to recommended such an approach“⁵⁶² ausartet. Es besteht rechtswissenschaftlich auch keine Übereinstimmung darüber, ob die Legitimationsfrage das ganze Völkerrecht, oder nur einige Bereiche desselben betrifft. Natürlich ist sie ganz deutlich hinsichtlich jener IOs zu erkennen, welche *governance* in einer der staatlichen Herrschaft vergleichbaren Form ausüben⁵⁶³. Es ist eben schon erwähnt worden, dass Demokratien die Herrschaftsausübung

⁵⁶⁰ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 9.

⁵⁶¹ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 10.

⁵⁶² Ebd. S. 11.

⁵⁶³ Jedoch nicht in vollem Umfang vergleichbar, denn die von Staaten ausgeübte „governance“ ist allgemein (territorial und personal), und nicht auf bestimmte Bereiche eingeschränkt, wie es der Fall beim Völkerrecht ist. Ferner bleibt der Staat die einzige Normdurchsetzungsinanz. S. dafür Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 12.

mit der Selbstbestimmung des politischen Volkes verbinden⁵⁶⁴, sodass in dem Maße, wie die Ausübung dieser Art völkerrechtlicher Herrschaft sich auf den Willen des Staates durch das Konsensprinzip nicht mehr zurückführen lässt, der Rechtfertigungsdrang in Gestalt der Legitimationsfrage entsteht. Diese Bereiche sind aber nicht viele. Dennoch wird auch die Legitimation von IOs wie der WTO in Frage gestellt, welche zwar weder über legislative noch über exekutive Kompetenzen verfügen, aber starken – wenn auch nur mittelbaren - Einfluss auf die Staaten ausüben. Hieran ist eben zu sehen, wie unterschiedliche Legitimationsmaßstäbe oder breitere Verständnisse dessen, was *governance* bedeutet, zu unterschiedlichen Ergebnissen bezüglich der Legitimationsfrage führen. In Anbetracht dessen identifiziert Wolfrum zusätzlich noch zwei Aspekte, welche zur Infragestellung der Legitimität des Phänomens der *global governance* (GG) maßgeblich beigetragen haben. Der eine ist soziologischer Natur: die Aktivität von IOs beeinträchtigt die Wohlfahrt der Menschen in der ganzen Welt; der andere betrifft die rechtliche Beschaffenheit: die Legitimationskette („chain of legitimacy“⁵⁶⁵) zwischen „agents of global governance“ und Bürgern ist sehr schwach geworden.

Wolfrum beschreibt drei Tendenzen, welche die Schwächung der Legitimationskette, folglich die Schwächung des unmittelbaren Einflusses nationaler Regierungen und Parlamente auf die Gestaltung internationaler Normen verursacht haben:

- Die Verschiebung der rechtssetzenden Kompetenz („shift of competences“⁵⁶⁶) vom nationalen zum internationalen Niveau. „Denationalization“ und „deparliamentarisation“ dieser Kompetenz laufen parallel mit der „internationalisation“ derselben und der Verstärkung der Rolle nationaler Regierungen.

⁵⁶⁴ S. Kap II.

⁵⁶⁵ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 7.

⁵⁶⁶ Ebd. S. 19.

- Die Expansion des Geltungsbereiches des Völkerrechts auf Individuen und Korporationen, die zunehmend Adressat völkerrechtlicher Normen werden.
- Die zunehmende Rolle von „judicial settlement of legal disputes“⁵⁶⁷.

Angesichts dieser Beschreibung scheint Wolfrums Hinweis auf die Schwächung der Legitimationskette „towards the people“⁵⁶⁸ irreführend zu sein. Denn im Grunde genommen ist die Verknüpfung zwischen Staatswillen und Konsensprinzip, also die Verknüpfung zwischen parlamentarischen Instanzen und völkerrechtlichen Verträgen Bedingung der Legalität solcher völkerrechtlicher Normen, welche nur deswegen für legitim gehalten werden können, weil sie verfassungsgemäß zustande gekommen sind.

Die Reichweite der Legitimationsfrage erstreckt sich – so Wolfrum⁵⁶⁹ – ausschließlich auf bestimmte Bereiche der internationalen Rechtsordnung. Daraus ist zu entnehmen, dass Wolfrum nicht die Legitimität des Völkerrechts im Allgemeinen kompromittiert sieht – eine Betrachtung, welche im Lichte des Paradoxons der „illegalen Legitimität“ relativiert werden soll. Auf jeden Fall lässt sich das Legitimationsdefizit in jenen wenigen Bereichen des Völkerrechts auf die Unmöglichkeit zurückführen, neue Entwicklungen (Erweiterung des ursprünglichen Mandates einer IO; Auferlegung neuer Verpflichtungen für den Staat) durch den ursprünglichen Konsens des Staates decken zu können. Und dies, weil die Ausgangskonzeption des unter Beteiligung der rechtlich vorgesehenen parlamentarischen Instanzen erschaffenen Staatseinverständnisses ausschließlich seine statische und konkrete, nicht aber seine dynamische und allgemeine Dimension vor Augen hat. Tragisch ist auf jeden Fall die Tatsache, dass die Normproduktionsverfahren innerhalb von IOs des öfteren nicht transparent sind, dass IO bürokratische Strukturen bilden, und dass die Regulierungsgegenstände recht komplex sind. All diese Faktoren mildern maßgeblich den Einfluss der Regierungen auf das

⁵⁶⁷ Ebd. S. 20.

⁵⁶⁸ Ebd. S. 20.

⁵⁶⁹ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 20.

sekundäre Vertragsrecht und machen es ferner unmöglich, parlamentarische nationale Instanzen einzuschalten.

Weilers Legitimationsüberlegungen

In seinem „The Geology of International Law“⁵⁷⁰ bezieht sich Weiler auf drei Themen, welche die Konturen der sogenannten Legitimationskrise des Völkerrechts aufzeichnen, nämlich: „governance, democracy and legitimacy“. Tatsächlich scheint das Konsensprinzip in dem Maße überfordert zu sein, jene Herrschaftsform zu legitimieren, wie sich völkerrechtlich *governance* entwickelt. *Governance* ist für Weiler im Grunde genommen ein Ergebnis des Expansionsprozesses des Völkerrechts im 20.Jhd.⁵⁷¹ Dieser Prozess lässt sich in drei komplementäre Momente einteilen, nämlich: „transaction“, „community“ und „governance“. Was die Legitimation dieser Momente anbelangt, haben sie unterschiedliche Legitimationsquellen und stellen dementsprechend unterschiedliche Legitimationsprobleme dar. All diese Schichten des Völkerrechts sind dennoch miteinander so verbunden, dass das eine dem anderen zum Fundament dient, so wie tektonische Erdschichten. In diesem Sinne ist zumindest ein Teil des Expansionsprozesses als Stratifikationsveränderungen zu verstehen.

Insbesondere für die dritte, heutzutage dominierende „governance“-Schicht stellt sich die Frage nach demokratischer Legitimation. Die Forderung nach demokratischer Legitimation des Völkerrechts gründet auf dem engen Zusammenhang, in welchem Legalität und Demokratie in Rechtsstaaten seit der Französischen Revolution stehen. Es ist eben aus diesem Rechtsverständnis, aus welchem die auf dem Konsensprinzip basierende Legalität als Legitimationsquelle des Völkerrechts infrage gestellt wird. In Anbetracht dessen stellt sich Weiler die Frage, „is democracy, then, a relevant category for the international legal process itself?“⁵⁷² Weiler weist die bloße Transposition der Mehrheitsregel als neue demokratische Legitimationsquelle im Völkerrecht zurück. In diesem

⁵⁷⁰ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 547 ff.

⁵⁷¹ Ebd. S. 561.

⁵⁷² S. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 548.

Sinne stellt er fest, dass innerstaatlich die Abwesenheit einer demokratischen Legitimationskette nicht immer die Illegitimität des ganzen Rechtssystems mit sich bringt oder als eine „lacuna“ oder als „necessary evil“ betrachtet werden muss⁵⁷³. Auf jeden Fall ist sich Weiler bewusst, dass eine Transformation hinsichtlich der Legitimationsanforderungen stattgefunden hat, die ernst genommen werden muss. Jedoch kann das Demokratieprinzip nicht ohne weiteres auf das Völkerrecht übertragen werden, da seine Hauptvoraussetzung, nämlich ein Demos, nicht besteht. Die Tragödie des Verhältnisses von Demokratieprinzip und Legalität im Völkerrecht ist eben, dass die vom Völkerrecht erlebten Wandlungen durchaus als positiv zu bewerten und dennoch demokratisch schwer zu legitimieren sind. Auf jeden Fall sind prozedurale vor ergebnisorientierten Legitimationsquellen zu befürworten. In diesem Sinne plädiert Weiler für das „rethinking of the very building blocks of democracy to see how these may or may not be employed in an international system“⁵⁷⁴. Dieser Prozess wird von den Staaten einen schwierigen Spagat verlangen, nämlich zwischen Akzeptanz der völkerrechtlichen Normativität und zugleich Skeptizismus ihr gegenüber.

Koskenniemi Betrachtungen über die Legitimationskrise des Völkerrechts
 Koskenniemi ist der Begriff „Legitimationskrise des Völkerrechts“ fremd. Stattdessen berichtet er von „marginalization, lack of normative force ...“⁵⁷⁵ als Hauptprobleme des Völkerrechts in unseren Tagen. Vor dem Hintergrund seiner Analyse der völkerrechtlichen Argumentation und der Unbestimmtheit der völkerrechtlichen Normen in „From Apology to Utopia“ (1988 - 2005) sieht er die völkerrechtliche Rechtswissenschaft in das Unterfangen verstrickt, dem Völkerrecht technische Gestalt zu verleihen, d.h. das Völkerrecht als Recht im Sinne von *Bürgerrecht* oder *Verwaltungsrecht* anzuwenden. Dafür versuchen die Völkerrechtler die Objektivität des Völkerrechts zu betonen und vom Politischen zu

⁵⁷³ Ebd. S. 561.

⁵⁷⁴ Ebd. S. 561.

⁵⁷⁵ Koskenniemi, Martti „The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?“ LSE Chorley Lecture, 2006, S. 2.

entfliehen⁵⁷⁶. Diese Bemühungen ziehen sich während des 19. und 20. Jhds. bis zu unseren Tagen hin. Die dem Mauerfall folgende Hoffnung auf die Weiterentwicklung der internationalen Rechtsordnung auf der Basis des *Rule of Law*-Prinzips sah sich in Anbetracht der entfachten Kriege, des internationalen Terrorismus und der unerwünschten Effekte der Globalisierung nicht bestätigt. Drei Phänomene fordern nun das Programm des völkerrechtlichen *Rule of Law* heraus, nämlich: Fragmentierung, Deformalisierung und Unilateralismus. Ein den komplexen politischen Konflikt auf strategische Simplifizierungen reduzierendes „managerial Mindset“ („managerialism“⁵⁷⁷) begleitet sie. Diese Denkweise betrachtet sich selbst als technisch überlegen und deshalb weder mit politischen, etwa moralischen Überlegungen, noch mit Rechtsformalismus belastet. In diesem Sinne geht mit dieser Denkweise die Tendenz einher, „international law’s archaic *mores* by a political science-inspired language of ‘governance’, ‘regulation’, or ‘legitimacy’“⁵⁷⁸ zu ersetzen. Dies ist aber nur ein Zeichen des Hochmutes einer solchen Einstellung. Unter dem Mantel einer technischen, deswegen unfehlbaren Sprache versteckt sich ein akritisches Instrument im Dienste der herrschenden Positionen innerhalb der internationalen Regime⁵⁷⁹. Diese akritische Einstellung, der gezeigte technische Hochmut und die sich selbst nachgesagte analytische Unfehlbarkeit führen Koskenniemi zum Vergleich des „managerial Mindset“ mit Grotius’ säkularem Naturrecht⁵⁸⁰. In diesem Sinne ruft Koskenniemi Rousseaus Kritik an Grotius’ Theorien in Erinnerung: „it is possible to conceive of a more

⁵⁷⁶ S. dafür Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law“ EJIL Vol. 1 Nr. 1 / 2, S. 4 – 32. Vgl. „The Politics of International Law – 20 Years Later“ EJIL Vol. 20. Nr. 1. 2009, S. 7 – 19. Der Begriff „Politik“, als Reich des Subjektiven, erscheint in jenem ersten Text 1990 konturenlos. Erst in der Revision des Artikles 2009 gibt Koskenniemi eine mögliche Definition dessen, was unter Politik zu verstehen ist, nämlich die Kompetenz angesichts der völkerrechtlich herrschenden Fragmentierung bestimmte Fragen, die mit sich weiteren Aspekten bringen, einem bestimmten Regime zu unterwerfen, das alsdann über das Wesen der Frage entscheidet. S.12.

⁵⁷⁷ S. Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law – 20 Years Later“ EJIL Vol. 20. Nr. 1. 2009, S. 16.

⁵⁷⁸ Ebd. S. 15.

⁵⁷⁹ S. Koskenniemi, Martti „The Politics of International Law – 20 Years Later“ EJIL Vol. 20. Nr. 1. 2009, S. 16.

⁵⁸⁰ In einem anderen Text spricht er vom „post-modernen natural law“ und bezieht sich auf Pufendorfs Theorien.

logical method, but no one more favourable for tyrants”⁵⁸¹. Und dies verdankt sich zum guten Teil der Unbestimmtheit der technischen Sprache selbst, die ebenso wie jene des Rechtes (Souveränität, Selbstbestimmung) in sich selbst geschlossen ist⁵⁸². Koskenniemis Betrachtung der Irrelevanz und des Mangels an normativer Kraft des Völkerrechts – eine Beschreibung, welche den Kern der Legitimationskrise des Völkerrechts zum Vorschein bringt – bildet einen theoretischen Komplex, der bestimmte Umwandlungen im Völkerrecht umfasst. Sie werden weiter unten Gegenstand weiterer Analyse und Beschreibung sein.

Dennoch sind es nicht wenige Völkerrechtler, welche der Legitimationsdebatte skeptisch gegenüber stehen. Denn vor dem Hintergrund der historischen und rechtsphilosophischen Differenzierung von Legitimität und Legalität und aus einem rechtspositivistischen Ansatz heraus bildet Legitimität keinen rechtlichen Begriff⁵⁸³, zumindest keinen gewöhnlichen⁵⁸⁴, es sei denn, man verwendet ihn im Sinne von Legalität. Und dann bezieht er sich einfach auf „Legitimität durch Legalität“. Legitimationsüberlegungen gehören zur Problematik der Politikwissenschaft oder der politischen Philosophie. Sie charakterisieren sich ferner durch ihre Subjektivität - Legalitätsurteile haben hingegen einen Objektivitätsanspruch, der dem Recht im Allgemeinen eigentümlich ist. Mit dem zunehmenden Einfluss der Lehre der internationalen Beziehungen auf das Völkerrecht ist dieser Begriff und mit ihm der Demokratieanspruch in den völkerrechtlichen Diskurs eingedrungen.

Unter den Völkerrechtlern, welche diese Analyse teilen, ist Yoram Dinstein⁵⁸⁵ zu erwähnen. Dinstein qualifiziert den Begriff Legitimität metaphorisch und wörtlich als „a bastard term“⁵⁸⁶. Und dies, weil er teilweise als Legalitätssynonym, teilweise als etwas von der Legalität

⁵⁸¹ S. dafür Koskenniemi, Martti „The Turn to Ethics in International Law“ 2002, S. 14.

⁵⁸² S. Koskenniemi, Martti “The Politics of International Law – 20 Years Later” EJIL Vol. 20. Nr. 1. 2009, S. 13.

⁵⁸³ S. dafür Dinstein, Yoram in Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 381 ff.

⁵⁸⁴ S. dafür Pellet, Alain „Legislative and Executive Actions of International Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) “The Legitimacy of International Law” 2008, S. 67.

⁵⁸⁵ Dinstein, Yoram “Round Table” in Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 381.

⁵⁸⁶ Dinstein, Yoram in Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 381.

Verschiedenes angewandt wird. Tatsächlich ist der Legitimationsbegriff historisch vorbelastet. Seine Wurzeln lassen sich von der römischen Jurisprudenz bis hin zu der Restauration nach der Französischen Revolution⁵⁸⁷ verfolgen. Der Wiener Kongress erkör das Legitimationsprinzip zur Grundlage der neuen Rechtsordnung in Europa. Nach dieser Zeit lassen sich drei Richtungen unterscheiden, nach denen der Legitimationsbegriff seitdem ausgelegt worden ist und zwar:

- Legitim kann als Synonym für legal angewandt werden⁵⁸⁸. Im Grunde genommen handelt es sich dabei um Legitimation durch Legalität oder um die Legitimation, welche aus der Legalität entstammt.
- Die zweite Legitimitätsbedeutung missachtet bewusst die Legalität, indem sie sich gegen ihren Wortlaut beugt. Dies ist – so Dinstein – der Fall im Kosovo-Krieg von 1999, der in Gestalt einer humanitären Intervention für illegal, doch legitim gehalten wurde, was aus rechtlicher Perspektive ein Paradoxon bildet.
- Die dritte Legitimitätsbedeutung ist jene, welche Carl Schmitt der demokratischen Legalität Weimars entgegensetzte. Sein Ziel war – wie bekannt – die absolute Relativierung der Legalität, welche, weil sie nicht legitim sei, vollkommen außer Acht gelassen werden könne und müsse. Dabei handelt es sich um Legitimität *contra* Legalität (Legitimität *contra legem*), um Legitimität als Instrument für die Vernichtung der Legalität.

Vor diesem historischen und konzeptuellen Hintergrund mahnt Dinstein zur Vorsicht bei der Anwendung von Begriffen wie Legitimität in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft. Legitimität gehört nur dann zum rechtlichen Wortschatz, wenn sie als Legitimität durch Legalität verstanden wird. In diesem Sinne erkennt Dinstein in dem Begriff Legitimation eine Art trojanisches Pferd, das von anderen Wissenschaften

⁵⁸⁷ Der historische Hintergrund des Legitimationsbegriffes wurde bereits im ersten Teil dieser Arbeit beleuchtet. S. „1.1. Wie aus der Legitimität Legalität wurde“.

⁵⁸⁸ S. dafür auch Bodansky, Daniel “The Concept of Legitimacy in International Law” in Wolfrum (Hrsg.) “The Legitimacy of International Law” 2008, S. 311.

dazu gebraucht wird, in die völkerrechtliche Diskussion einzudringen und sie zu kontaminieren.

Ziehen wir Bilanz. Die Diskussion über die Rolle der Legitimität im Völkerrecht nimmt kaum die historische Bedeutung, den rechtsphilosophischen Hintergrund (die Differenzierung von Legitimität und Legalität nach der Französischen Revolution) und die politische Reichweite (das seitdem zwischen beiden Ideen bestehende Spannungsverhältnis) des Legitimationsprinzips wahr. Ohne diese Parameter ist es nicht schwierig, dem Legitimationsbegriff neuen Inhalt beizumessen oder es derart kreativ auszulegen, dass manche Autoren sich einen Legitimationsbegriff nach Maß ihrer Theorien angefertigt zu haben scheinen. Eine Tendenz, welche unter den Politikwissenschaftlern besonders ausgeprägt ist. Von daher, dass es in der völkerrechtlichen Diskussion weder eine einheitliche Legitimitätskonzeption noch einen bestimmten Inhalt des Begriffes gibt.

Legitimität wird in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft in unterschiedlichen Bedeutungen verwendet, nämlich als Synonym für formelle Legalität – dies ist der Fall bei Francks Legitimationsbegriff – oder aber als Grenzbegriff zwischen Gerechtigkeit und pragmatischen und technischen Überlegungen, wie bei Buchanan und Keohane. In beiden Fällen kommt dem Legitimitätsbegriff eine normative, Dissens-überwindende Rolle zu – Legitimität soll also die Koexistenz verschiedenartiger Moralvorstellungen auf der internationalen Ebene ermöglichen bzw. die Unterstützung von *global governance*-Institutionen trotz des normativen Dissenses aus eben normativen und nicht nur pragmatischen Gründen sichern. In diesem Sinne halten sowohl Franck – wenngleich pointiert durch seine weiteren Überlegungen zum Thema Legitimität - als auch Buchanan und Keohane es für notwendig, ihre Legitimationsbegriffe streng von anderen Ideen zu differenzieren, insbesondere von Gerechtigkeit und Selbstinteresse.

Auch über die Reichweite der Legitimationsfrage scheint keine Übereinstimmung in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft zu herrschen. Bereits der Begriff „Legitimationskrise des Völkerrechts“ ist nicht bei allen Autoren zu finden. Koskenniemi verwendet ihn nicht,

wenngleich er vom „Mangel an normativer Kraft“ bzw. der „Irrelevanz des Völkerrechts“ spricht. Sein theoretischer Ansatz ist in der Infragestellung des dominierenden, auf der Idee des *Rule of Law* basierenden Diskurses im Völkerrecht zu finden. Aus dieser Perspektive ist es zu entnehmen, dass Koskenniemi das Völkerrecht im Allgemeinen kompromittiert sieht. Bei ihm finden wir den Begriff „Fragmentierung des Völkerrechts“, der sich mit jenem aus der Politikwissenschaft stammenden Begriffs der *global governance* deckt. Wolfrum dagegen sieht die Legitimationsfrage ausschließlich auf jene Bereiche eingeschränkt, in denen sich eine Herrschaftsart entwickeln hat, die mit der staatlichen vergleichbar ist.

Ihnen gemeinsam ist die Absicht, die Legitimationskrise des Völkerrechts in einen engen Zusammenhang mit einem tiefreichenden Wandlungsprozess zu stellen. Die Konturen des Prozesses selbst sind sehr diffus. Im Grunde genommen geht es dabei um die Entstehung einer Herrschaftsform auf völkerrechtlicher Ebene, die einen Regulierungsanspruch erhebt, dessen Geltung mit dem herkömmlichen Konsensprinzip nicht ausreichend gerechtfertigt werden kann. Diese Idee ist bei Weiler, aber auch bei Buchanan, Keohane und Wolfrum zu finden. All diese Autoren identifizieren das Vertragsrecht als den Bereich, wodurch und in dem jener komplexer Prozess von sich geht. Charakteristiken des Prozesses sind: Expansion und Differenzierung des Völkerrechts (Wolfrum, Koskenniemi, Weiler); Denationalisierung, Deparlamentarisierung (Wolfrum, Weiler, Kumm); Wandlungen in der Perzeption der Bürger hinsichtlich die Reichweite des Völkerrechts und der Legitimationskriterien (Kumm, Weiler); Fragmentierung, Deformalisierung, Unilateralismus, Technifizierung und Ethisierung des Völkerrechts (Koskenniemi).

In mancher Hinsicht sehen die Autoren den Ursprung der Infragestellung der Legitimation kraft völkerrechtlicher Legalität in dem Ausbruch eines neuen Zeitalters, dessen Herausforderungen (internationaler Terrorismus, globalisierte Märkte ... usw.) das klassische, allgemeine Völkerrecht nicht mehr gewachsen sein soll. Dazu kommen manche Entwicklungen, welche mit einem Autoritäts- und Effizienzschub des Völkerrechts

einhergegangen sind und nicht mehr vom alten Paradigmen des Konsensprinzips gedeckt werden.

Letzten Endes wird also „the moral force of international law“ oder, anders ausgedrückt, die „duty to obey international law“ in Frage gestellt⁵⁸⁹. Diese Infragestellung lässt sich folgendermaßen zum Ausdruck bringen: „Only to the extent that international law is legitimate is there a moral duty to obey international law“⁵⁹⁰. Eine Behauptung, die wohl im Sinne von Koskenniemi Kritik an der *governance mindset* ausgelegt werden kann. Für diesen Mindset ist das Recht zweirangig, denn „if the law fails to lead into those purposes, or worse, obstructs them, then of course there is no reason to apply it“⁵⁹¹. Das Recht wird zu einem Instrument unter anderen reduziert.

Insbesondere aus der Politikwissenschaft erheben sich Stimmen, die für neue Legitimationsformen des Völkerrechts plädieren, welche nichts mit dem Konsensprinzips zu tun haben. Sie fordern einen universellen, vermeintlich völkerrechtlichen Demokratieanspruch der Individuen. Der erhobene Demokratieanspruch auf der internationalen Ebene ist vielseitig. Er erstreckt sich von der Forderung nach der Verstärkung der innerstaatlichen Legitimationskette, um die parlamentarischen und gerichtlichen Kontrollen über die Regierungsaktivität innerhalb internationaler Organisationen zu garantieren – ein Anspruch, welcher nur hinsichtlich verfassungsmäßiger, demokratischer Staaten sinnvoll ist -, bis hin zur von den Vereinigten Staaten energisch angetriebenen Expansion der Demokratie. Eine auf diese Weise durchgesetzte „Ethisierung der Weltpolitik“ droht – so Habermas⁵⁹² - jedwede weitere Verrechtlichungsmöglichkeit des Völkerrechts zu vernichten. Unmittelbare Folge daraus ist zumindest die Relativierung des herrschenden Legalitätsrahmens.

⁵⁸⁹ Kumm, Mathias „The Legitimacy Of International Law: A Constitutionalist Framework Of Analysis“ EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004 S. 908.

⁵⁹⁰ Ebd. S. 908.

⁵⁹¹ Koskenniemi, Martti “Global Governance and Public International Law” Kritische Justiz, 2004, S. 13.

⁵⁹² Habermas, Jürgen “Der gespaltene Westen” 1. Aufl. 2004, S.115.

All diese Aspekte werden in den kommenden zwei Abschnitten differenziert behandelt.

3.4 Fragmentierung und *global governance*-Institutionen: Herrschaft, Demokratie und Konsensprinzip im Völkerrecht

Dass auf internationaler Ebene eine mit der staatlichen vergleichbare Herrschaftsart im Begriff ist, sich herauszubilden, scheint eine Tatsache zu sein⁵⁹³. Röben spricht in diesem Zusammenhang sogar von „international public power“⁵⁹⁴. Strittig sind jedoch die Reichweite dieser Gewaltform und ihre Legitimitätsquelle, also woher sie den erhobenen Gehorsamanspruch schöpft. Denn diese Herrschaftsform durchdringt den Souveränitätspanzer des Staates, nimmt Einfluss auf Bereiche, welche dem staatlichen *domaine réservé* unterliegen, und zwar ohne die staatlichen Verfahren zu berücksichtigen, und nicht zuletzt nimmt diese Herrschaftsform Einfluss auf die Wohlfahrt der Menschen in der ganzen Welt. Das ist das Ergebnis der Expansion des völkerrechtlichen Geltungsbereiches⁵⁹⁵, aber auch der Eigendynamik bestimmter internationaler Regime, welche dem Staate Verpflichtungen auferlegen, zu denen er sein Einverständnis nicht gegeben hat. Insbesondere in demokratischen Staaten kann dies wegen der Einbettung der staatlichen Willensbildung in verfassungsmäßige Verfahren nicht unbedacht akzeptiert werden. Aus einer anderen Perspektive sieht sich das Konsensprinzip auch durch technische, ja instrumentale Überlegungen herausgefordert und relativiert. Diese Überlegungen entstammen aus einer bestimmten Konzeption der internationalen Rechtsordnung, welche die ihr zugrunde liegende moderne Legalitätsidee wegen ihres Formalismus verwirft.

⁵⁹³ S. Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 5. Vgl. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 548.

⁵⁹⁴ Röben, Volker „What About Hobbes? Legitimacy as a Matter of Inclusion in the Functional and Rational Exercise of International Public Power?“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 353 ff.

⁵⁹⁵ S. Kumm, Matthias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004, S. 913.

Darüber hinaus haften dem Konsensprinzip bestimmte problematische Aspekte an. Da das Konsensprinzip die Entstehung einer Verpflichtung auf das Einverständnis des Adressaten zurückführt, der somit zum Gesetzgeber wird, könnte ein Staat einer Norm seinen Gehorsam verweigert, zu der er sein Einverständnis nicht geleistet hat. Dies ist der Fall beispielweise bei bestimmten Normen des Völkergewohnheitsrechts oder des *ius cogens*. Um solche unerwünschte Ergebnisse zu vermeiden, sieht sich die Rechtswissenschaft dazu gezwungen, auf rechtliche „Fiktionen“ zurückzugreifen wie etwa die Vermutung eines stillschweigenden Einverständnisses, oder – unter dem Einfluss der Politikwissenschaft – nach Alternativen auf Grundlage des Konsensprinzips zu verlangen.

3.4.1 Das Konsensprinzip im Allgemeinen

Die Idee des Consensus (Einverständnis) als letzte Grundlage der völkerrechtlichen Verpflichtung bildet ein grundlegendes Postulat des Rechtspositivismus. Er macht Staatssouveränität, das Prinzip *pacta sunt servanda* und den Konsens (i.S.v. der „Zustimmung der Staaten“⁵⁹⁶) „zum unbedingten Erfordernis für das Zustandekommen aller völkerrechtlichen Regeln“⁵⁹⁷. Das Konsensprinzip leitet sich aus der Natur der internationalen Rechtsordnung selbst her, denn wenn man – wie es Fastenrath aus der Perspektive der *Critical Legal Studies* tut - die internationale Rechtsordnung als eine universelle Rechtsordnung „zwischen gleichberechtigten Subjekten ohne übergeordneten Gesetzgeber und ohne Zwangsgerichtsbarkeit“⁵⁹⁸ versteht, dann kann man keinen weiteren Geltungsgrund der völkerrechtlichen Rechtsordnung als das Konsensprinzip annehmen. Es ist also unmittelbare Folge jener Konzeption des Völkerrechts. Dem Konsensprinzip liegt die Betrachtung der internationalen Rechtsordnung als eine vornehmlich zwischenstaatliche Rechtsordnung zu Grunde, in der Staaten

⁵⁹⁶ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl., 2008, Rn. 4, S. 28.

⁵⁹⁷ Hobe, Stephan / Otto Kimminich „Einführung in das Völkerrecht“ 8. Aufl. 2004, S. 10.

⁵⁹⁸ Fastenrath, Ulrich „Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts“ 1991, S. 81.

Hauptadressaten und Hauptnormgeber sind. In diesem Sinne ist das Konsensprinzip letzten Endes ein „inclusion mechanism“: „If states are the subjects of that very international law then they, and only they, need to be included in the lawmaking process“⁵⁹⁹. Alle Staaten sind kraft ihres Status als solche dazu berechtigt, Gesetzgeber zu sein. Die politische Struktur, Bevölkerung, ökonomisches System usw. ... sind hinsichtlich jener gesetzgeberischen Befugnis irrelevant.

Das Konsensprinzip ist dementsprechend konsistent mit den Postulaten der Aufklärung (Selbstbestimmung, Autonomie), verlässt aber den Bereich des Naturrechts, welcher den Normen Rechtsqualität in Anbetracht ihrer Inhalte zuspricht, und deutet auf ein positiv orientiertes Rechtsverständnis hin. Die Idee des Konsens als Grundlage der völkerrechtlichen Verpflichtung besagt dennoch nicht, dass der Staatswille ohne weiteres Gesetzeskraft hat, denn dies würde der Inthronisierung schierer Willkür gleichkommen. Das ist - Koskenniemi zufolge - der Grund dafür, dass das Konsensprinzip eine formelle Rechtsquellentheorie („Source Theory“, „Basis of the obligation“)⁶⁰⁰ braucht, „indicating which acts express consent and which do not“ - „a pure consensualism does away with any significant sources doctrine“⁶⁰¹. Die Rechtswissenschaft sieht im Art 38 des IGH Status einen offenen Rechtsquellenkatalog, durch welchen der Staatswille Ausdruck findet. Dennoch ist die Verbindung zwischen Konsensprinzip und Rechtsquellen unbrauchbar, wenn es keine Verfahren oder Institutionen gibt, welche für die „*determinacy*“ der Norm sorgen, insbesondere wenn diese bereits unbestimmt sind. Ansonsten bleibt die Tür offen für unilaterale Normbestimmung, frei nach dem Motto: „the rules are whatever I say they are“⁶⁰².

Im Grunde genommen illustriert dieses Rechtsverständnis die Idee, dass Organisationen und Normen legitim sind, wenn sie „by the right sort of process“ entstanden sind „and, more specifically, if they were created by

⁵⁹⁹ Röben, Volker „What About Hobbes? Legitimacy as a Matter of Inclusion in the Functional and Rational Exercise of International Public Power“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 356.

⁶⁰⁰ S. Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl., 2005, S. 303 ff.

⁶⁰¹ Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl., 2005, S. 311.

⁶⁰² Franck, Thomas M. „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power“ AJIL Vol. 100, Nr. 1, 2006, S. 102.

legitimate institutions“⁶⁰³. Dies ist unter Politikwissenschaftlern als „International Legal Pedigree View“⁶⁰⁴ bekannt. Die Entwicklung von „new forms of international law making“⁶⁰⁵, die sich nicht direkt vom aktuellen Staatswillen speisen, beleuchtet einen großen Teil der Legitimationsfrage in der Rechtswissenschaft.

Das Konsensprinzip gilt völkerrechtlich als Basis der internationalen Verpflichtung und dient somit dem Legalitätsrahmen als Fundament. Es besagt, dass die Geltung völkerrechtlicher Normen von der allseitigen Annerkennung gleichberechtigter internationaler Akteure, nämlich der Staaten, abhängt. Es ist also keine Mehrheitsregel. In diesem Zusammenhang bleibt die Minderheit, solange sie ihr Einverständnis nicht geleistet hat, theoretisch ungebunden. Darüber hinaus steht das Konsensprinzip im engen Zusammenhang mit der Vermutung gegen die Beschränkung der Freiheit der Staaten in Abwesenheit ausdrücklicher Normen, ganz nach dem liberalen Prinzip, demzufolge alles, was nicht ausdrücklich verboten ist, erlaubt ist. Ein Prinzip, welches – Herdegen zufolge - sowohl vom Lotus-Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs als auch vom Gutachten des Internationalen Gerichtshofs zum Einsatz von Nuklearwaffen bestätigt wird⁶⁰⁶.

Weiler vertritt hierbei die These, das Konsensprinzip bilde das Gegenteil zur Mehrheitsregel, also zur Demokratie⁶⁰⁷. Nun ist es auch an dieser Stelle angebracht zu sagen, dass Demokratie nicht mit der schieren Mehrheitsregel zu verwechseln ist, denn der Volkswille darf im demokratischen Verfassungsstaate nicht über bestimmte Rechtspositionen der Individuen verfügen, die ausschließlich ihnen anheim gestellt bleiben. In diesem Sinne lässt sich das Konsensprinzip auch als Grenze des Völkerrechts verstehen. In mancher Hinsicht ist in dieser Rechtskonzeption die Idee der Limitation des Rechts in Anbetracht

⁶⁰³ Buchanan, Allen / Keohane, Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 35.

⁶⁰⁴ Ebd. S. 35.

⁶⁰⁵ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 1.

⁶⁰⁶ Vgl. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl., 2008, Rn. 6, S. 29.

⁶⁰⁷ „This, of course, is the opposite of any functioning notion of democracy which is based on the opposite premise, however justified in political theory, that a majority within a collectivity, a demos, has the authority to bind its individual members, even against their will“. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 548.

bestimmter Positionen des Staates, nämlich seiner Souveränität zu erkennen. Diese „limits of International law“ sind besonders wichtig für die Legitimität des Völkerrechts. Sie finden in den grundlegenden UN-Prinzipien, so z.B. im Non-Intervention-Prinzip Ausdruck (Art. 2 (7) UN Charta). Auch dieser Aspekt spricht für die Betrachtung des Völkerrechts als ein „demokratisches Gefüge“⁶⁰⁸.

Das Konsensprinzip braucht dennoch nicht nur eine Rechtsquellentheorie, es fordert auch eine bestimmte Rechtskonzeption, welche die bindende Kraft der Normen als Folge der Bedürfnisse der Koexistenz innerhalb der Gesellschaft versteht: „The law is binding not because it reflects what States happen to will but because this is compelled by the objective need to live in society“⁶⁰⁹, wie es Koskenniemi kritisch mit eben dieser Konzeption zum Ausdruck brachte. Denn daraus folgt die Möglichkeit, bei Dissens den Willen des andersdenkenden Staates aufzuheben und ihn als durch jene Pflicht gebunden anzusehen.

Das Konsensprinzip sieht sich mit den gleichen Problemen konfrontiert wie sie im Allgemeinen bei jedweder Willenstheorie auftreten. Der Wille der Subjekte kann unterschiedliche, ja sogar entgegengesetzte Ziele zum Gegenstand haben. Die Idee eines gemeinsamen Willens erscheint als eine mögliche Lösung auf diese Willensmannigfaltigkeit. Diese Idee gründet letzten Endes auf der Annahme einer „conscience juridique commune“⁶¹⁰. Der gemeinsame Wille bietet dennoch nur dann eine Grundlage für die Verpflichtung, wenn kein Dissens besteht. Sobald sich Meinungsverschiedenheiten herausstellen, wird die Idee des gemeinsamen Willens unvertretbar und büßen die Normen dementsprechend ihre bindende Kraft ein. Vor diesem Hintergrund ist es schwierig zu erklären, warum ein sich gegen eine Norm widersetzender Staat an dieser Norm gebunden sein kann.

Einen möglichen Ausweg aus dieser theoretischen Sackgasse suchte man – Koskenniemi zufolge - in dem Begriff des allgemeinen Willens (*volonté général*), so wie ihn Rousseau konzipierte. Aus dieser Perspektive spiegelt der gemeinsame Wille nicht den aktuellen Willen der Subjekte

⁶⁰⁸ Vgl. Graf Vitzthum „Begriff“ in Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, S. 28 ff.

⁶⁰⁹ Koskenniemi, Martti “From Apology to Utopia” 2. Aufl. 2005, S. 313.

⁶¹⁰ Koskenniemi, Martti “From Apology to Utopia” 2. Aufl. 2005, Fn. 33, S. 316.

wider, sondern das, was die Subjekte wollen sollten, um die eigene und die gemeinschaftliche Wohlfahrt zu fördern, mit dem Ergebnis, dass man die Subjekte zur Freiheit zwingen darf. Unmittelbare Folge dieser Idee ist die Unerheblichkeit des konkreten Staatswillens, d.h. „States are bound irrespective of consent“⁶¹¹. Auf diese Weise findet in das Konsensprinzip ein Moment Eingang, das aus den dem Konsensprinzip zugrunde liegenden Prämissen nicht erklärbar ist. Zwei Theorien des Konsensprinzips gründen auf nicht konsensmäßigen Elementen:

- Die „common consent“ Theorie.
- Die liberale Vertragstheorie.

Um jene Schwierigkeiten des allgemeinen Willens zu beheben, führt die Theorie des „common consent“ die bindende Kraft der Normen nicht auf den allgemeinen, sondern auf den Willen der überwiegenden Mehrheit zurück. Diese Lösung ist dennoch nicht vollkommen befriedigend, stellt sich doch die Frage, aus welchem Grund – so Koskenniemi – der willkürliche Mehrheitswille die nicht einwilligende Minderheit binden sollte.⁶¹²

Die liberale Vertragstheorie betrachtet den Vertrag als eine Hypothese. Der Vertrag ist das Ergebnis der vernunftgeleiteten Diskussion über die Prinzipien, welche das Zusammenleben regieren sollen. In diesem Zusammenhang leitet sich die bindende Normkraft aus der Fairness des hypothetischen Vertrags ab. Koskenniemi kritisiert an dieser Stelle die Angewiesenheit des Konsensprinzips auf Elemente, die jenseits des Prinzips selbst liegen.

In Anbetracht dessen sieht sich das Konsensprinzip dazu gezwungen, auf eine Fiktion zurückzugreifen, nämlich auf die Idee, dass das Einverständnis des Staates aus seinem vergangenen Verhalten herzuleiten ist. Es handelt sich dabei um die theoretische Figur des „tacit consent“⁶¹³. Zwei interpretative Richtungen, eine subjektive und eine objektive sind – Koskenniemi zufolge - hierbei möglich. Die subjektive

⁶¹¹ Ebd. S. 318.

⁶¹² Ebd. S. 319.

⁶¹³ S. dafür Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 325 ff.

Auslegung des stillschweigenden Konsenses betrachtet das vergangene Staatsverhalten als eine verbindliche Erklärung des Staates hinsichtlich seines künftigen Verhaltens. Die objektive Auslegung hingegen schenkt dem Vertrauen der anderen Staaten in die Regelmäßigkeit des adoptierten und gezeigten Staatsverhaltens besondere Aufmerksamkeit. Dieses Verständnis findet Ausdruck in Begriffen wie „principle of non-contradiction, good faith, justice, legitimate expectations, reciprocity, fairness or Vertrauensschutz“⁶¹⁴. Auch Herdegen bemerkt, dass sich die Konsensstheorie dazu gezwungen sieht, bestimmte, nicht konsensbezogene Elemente in Gestalt von „Grundwerte[n] und Fundamentalinteressen der internationalen Gemeinschaft“⁶¹⁵, sprich *ius cogens* hinzunehmen; ferner, dass das Konsensprinzip auch als Legitimationsgrundlage jener Aktionen der internationalen Gemeinschaft scheitere, die sich offensichtlich „über den Willen einer undemokratischen Staatsgewalt“⁶¹⁶ hinwegsetzen (Herdegen bezieht sich dabei auf die Intervention 1994 des Sicherheitsrats zur Verdrängung der Militärregierung in Haiti). In diesem Sinne behauptet Herdegen, dass „die moderne Völkerrechtsentwicklung die Anforderungen an den nachweisbaren Konsens des einzelnen Staates als Voraussetzung der Rechtsbindung deutlich zurücknimmt und sich vielfach mit einem eingenommenen oder stillschweigenden Konsens begnügt“⁶¹⁷. Ein Beispiel dafür ergibt sich im Allgemeinen von der UN und insbesondere von der Aktivität des Sicherheitsrats, der im Rahmen des Art. 39 UN Charta bindende Resolutionen auch für Nicht-Mitgliedstaaten erlassen kann. Mit der breiteren Auslegung des Begriffes „Friedensgefährdung“ ist es dem Sicherheitsrat gelungen, seine Zuständigkeit auf weitere Felder des internationalen Lebens zu erstrecken.

Zusammenfassend lassen sich Koskenniemi und Herdegens Haupteinwand gegen das Konsensprinzip auf die theoretische Ungereimtheit zurückführen, einem Staate eine Verpflichtung aufzuerlegen, deren Ursprung in seinem geleisteten Einverständnis zu

⁶¹⁴ Koskenniemi, Martti „From Apology to Utopia“ 2. Aufl. 2005, S. 330.

⁶¹⁵ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 8, S. 30.

⁶¹⁶ Ebd. Rn. 8, S. 30.

⁶¹⁷ Ebd. Rn. 9, S. 30.

finden sein sollte, obwohl er dies bestreitet. In diesem Sinne versucht die Rechtswissenschaft längts – so Nettesheim⁶¹⁸ - rechtliche Figuren aufzustellen, welche die *pacta tertiis* Klausel relativieren. Beispiele dieser rechtswissenschaftlichen Aktivität sind Simmas „world order treaties“ und Kleins „Statusvertrag“. Solche Figuren bleiben dennoch ohne rechtliche Folgen, sodass die Nichtbefolgung einer Norm durch einen nichteinwilligenden Staat nicht als Rechtsbruch gedeutet werden kann. Dennoch scheint sich ein Bereich mit der Herausbildung des *ius cogens* abzuzeichnen, deren Normen nicht derogierbar sind. Damit sind die Fundamente einer „materiellen Weltminimalordnung“ gelegt worden, die für eine nicht auf dem Souveränitätsparadigmen basierende Rechtsordnung sprechen, welche Nettesheim „kommunitare Völkerrecht“ nennt.

Nun stellen sich für das Konsensprinzip neue Herausforderungen, deren Ursprung in der Erscheinung der *global governance* zu finden ist. Da *global governance* auf Vertragsrecht gründet, wäre es anzunehmen, dass das Konsensprinzip dabei eher zum Vorschein kommen wird. Bereits die Mitgliedschaftsverhandlungen stellen jedoch das Konsensprinzip auf eine schwere Probe. Das Zusammentun der Staaten, kanalisiert durch jene rechtlichen Regime, kann eventuell auch den aktuellen Staatswillen nicht mehr erkennen lassen.

3.4.2 Konsensprinzip und *global governance*

Zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang zu betrachten:

- a) Die Alterationen, welche das *global governance*-Phänomen für die auf dem Konsensprinzip basierende völkerrechtliche Rechtsordnung hervorruft. Dabei handelt es sich um aus sekundärem Vertragsrecht stammende Verpflichtungen, die nicht unmittelbar auf dem Einverständnis des Staates basieren;
- b) Die Schwierigkeiten, welche das *global governance*-Phänomen demokratischen Staaten bereitet – mit der Entstehung dieser neuen

⁶¹⁸ Nettesheim, Martin „Das kommunitäre Völkerrecht“ Juristen Zeitung 2002, S. 576.

Herrschaftsart gehen zwei Erscheinungen einher, nämlich „Denationalisierung“ und „Deparlamentarisierung“. Beide sind als Herausforderungen für die staatliche Legalitätskette anzusehen.

Beide Aspekte gehen miteinander Hand in Hand.

Die Konzipierung des Völkerrechts als ein Koexistenz- und Kooperationsrahmen ist mit der Idee der Herrschaft, so wie sie innerstaatlich verstanden wird, inkompatibel. Die Abwesenheit hierarchischer zwischenstaatlicher Beziehungen und zentraler Institutionen zur Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung im Völkerrecht ist eben ein eigentümliches Merkmal der internationalen, auf Koexistenz und Kooperation gerichteten Rechtsordnung. Das Konsensprinzip ist ein wichtiger Teil dieser Rechtsvorstellung, sofern es die Grundlage der internationalen Verpflichtung in Zusammenhang mit bestimmten Rechtsquellen bietet, was für die Organisation des internationalen Zusammenlebens unausweichlich ist. Mit der Entwicklung herrschaftsähnlicher Formen im Völkerrecht und in Anbetracht deren Reichweite geht die Frage einher, ob das Konsensprinzip seine bisherige Rolle weiterhin einlösen kann, denn Herrschaft, wenngleich nur innerhalb bestimmter Bereiche, verlangt nach stärkeren Legitimationsmaßstäben. In westlichen Staaten ist Demokratie der Legitimationsmaßstab schlechthin. Diese Forderung ist nicht ganz unberechtigt, denn in dem Maße, wie sich völkerrechtlich Herrschaftsinstrumenten entwickeln, gehen bestimmte Prämissen der demokratischen Rechtsordnungen verloren. Seit der Französischen Revolution bindet man die Herrschaftsausübung an bestimmte Bedingungen, insbesondere an den Volkswillen. Von daher kommt es, dass staatliche Demokratie und Herrschaft des Rechtes eine Einheit bilden.

3.4.2.1 Governance und Staatswille

Was im Grunde genommen auf dem Spiel steht, ist die Natur des Völkerrechts überhaupt. Für Weiler bildet das Wesen des Völkerrechts die Bereitstellung eines auf Gerechtigkeit und Ordnung gerichteten,

rechtlichen Koexistenzrahmens, in dem die Staaten miteinander kooperieren können⁶¹⁹. *Governance* betrachtet er hingegen als eine Herrschaftsform. *Governance* ist eben das, was die Staaten *ad intra* treiben. Das Völkerrecht hat sich im Laufe der Geschichte von anderweitigen Instrumenten für die Organisierung dieses Koexistenzrahmens bedient. Mochte die Natur der angewandten Instrumente verschiedenartig sein, zwischen ihnen besteht dennoch ein besonderes Verhältnis, denn jedes von diesen Momenten scheint eine bestimmte Epoche des Völkerrechts beherrscht zu haben, ohne jedoch die anderen zu annullieren. Dies zeugt vom dynamischen Charakter, aber auch von der Stabilität („continuity“) der internationalen Rechtsordnung, denn so wie geologische Schichten dienen die einen Momente den anderen als Fundament⁶²⁰. Ferner hat Weilers geologische Betrachtung eine gewisse Erklärungskraft hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Koexistenz-, Kooperationsvölkerrecht und kommunitärem Völkerrecht: Kein Kooperationsvölkerrecht wäre denkbar ohne das Fundament des Koexistenzvölkerrechts. Welchem von diesen eine vorherrschende Rolle zukommt, ist eine Frage der Zeit und der Stratifikation. Und es sind verschiedenartige Schichtlagerungen vorstellbar. Aus dieser Perspektive lässt sich das Verhältnis zwischen vier grundlegenden Momenten des Völkerrechts verstehen und darstellen, nämlich zwischen Bilateralität („Transaction“), Multilateralität („Community“), Konstitutionalismus („constitutional layer“) und regulierender Dimension des Völkerrechts („governance“)⁶²¹.

Die regulierende Dimension oder Schicht des Völkerrechts ist an sich selbst noch keine *governance* im Sinne von Herrschaft, dennoch geht es um eine unausweichliche Bedingung derselben. *Governance* entsteht aus der Kombination jener regulierenden Schicht des Völkerrechts mit einem „international practice of management and a new form of international

⁶¹⁹ S. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 547.

⁶²⁰ „Thus, geology allows us to speak of continuity, of new strata which do not replace early ones, but simply layer themselves alongside“. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 551.

⁶²¹ S. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 549 - 550.

legal command“⁶²². Weiler detailliert nicht, was unter „practice of management“ bzw. unter „international management“⁶²³ zu verstehen ist. Dennoch lässt sich aus seinen weiteren Ausführungen schließen, dass er sich dabei auf die zunehmende Reichweite von „the administrative or regulatory strata of treaties“⁶²⁴, welche gewissermaßen mit der Entwicklung des Verwaltungsstaates zu vergleichen ist, und auf eine informelle Koordinierungspraxis der Regierungen einflussreicher Staaten bezieht, die innerhalb nicht rechtlicher Institutionen wie der G 7 stattfindet. Koskenniemi nimmt auch auf die Übertragung der Entscheidungsmacht von der Legislative auf Bürokratien Bezug, welche sich aus Expertisen zusammenfasst und nach Kriterien entscheidet, welche außerhalb des rechtlichen Bereichs liegen. Diese Strukturen werden von einem „managerial mindset“⁶²⁵ geleitet. Im Grunde genommen zeichnet sich diese Denkweise durch ihren „Instrumentalismus“ ab, d.h. durch „the systemic effort to look beyond legal rules to their assumed objectives“⁶²⁶, weil man erachtet, dass das Völkerrecht wegen seiner Formalität darin gescheitert ist, die Problemen der Epoche, folglich die Wirklichkeit zu meistern. Zwei Aspekte der Rechtsformalität werden immer wieder kritisiert: Zunächst die souveräne Gleichheit der Staaten, welche Schurkenstaaten und Demokratien gleichbehandelt; zweitens die Ineffektivität universeller völkerrechtlicher Normen⁶²⁷ als „techniques of management and control of a functionally diversified world“⁶²⁸. Dafür sei es notwendig, Kosten und Vorteile nach Kriterien der empirischen Politikwissenschaft abzuwägen und zu berechnen, um die richtige Entscheidung zu treffen, denn im Grunde genommen handelt es sich nicht

⁶²² Ebd. S. 550.

⁶²³ S. Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 550.

⁶²⁴ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 559.

⁶²⁵ Koskenniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ 2005, S. 5.

⁶²⁶ Ebd. S. 3.

⁶²⁷ Universell völkerrechtliche Normen werden als „over-inclusive“ („covering cases we would not wish to cover ...“) und „under-inclusive“ („and not applying in situations where we think they should be applied“) betrachtet. S. Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 5 – 6.

⁶²⁸ Universell völkerrechtliche Normen werden als „over-inclusive“ („covering cases we would not wish to cover ...“) und „under-inclusive“ („and not applying in situations where we think they should be applied“) betrachtet. S. Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 5 – 6.

um politische Konflikte über beispielweise Rohstoffquellen oder Menschenrechte, sondern um technische Probleme, die gelöst werden können, wenn man sie technisch betrachtet und handhabt. Koskenniemi richtet seinen kritischen Blick insbesondere gegen die *rational choice*-Theorie, die Goldsmith und Posner in seinem Werk „The Limits of International Law“ (2005) vertreten.

Im Allgemeinen betrachtet Koskenniemi die Entstehung dieser „managerial mindset“ im Rahmen eines breiteren Prozesses im Völkerrecht. Im Laufe desselben werden die herkömmlichen IOs durch funktionelle Regime abgelöst; völkerrechtlich allgemeine Normen durch Regeln; der Begriff *government*, im Sinne von zurechnungsfähiger Machtausübung, durch *governance*, deren Hauptmerkmal die Opferung der rechtlichen Zurechnungsfähigkeit zu Gunsten des Pragmatismus ist; rechtliche, auf dem Unterschied zwischen legal und illegal basierende Zurechnungsfähigkeit, wird durch „factual compliance“ ersetzt; Legalität durch Legitimität als Ersatznormativität – und diese Ersatznormativität besteht letzten Endes in einem bloß subjektiven „Gefühl“.

Da der *rational choice*-Theorie, die dieser Wandlung gewissermaßen fordert, der absolute Glaube zugrunde liegt, „the interests of actors are knowable, like facts of nature“⁶²⁹ und dementsprechend durch „behavioural directives“⁶³⁰ kontrollierbar, erkennt Koskenniemi in dieser Theorie wegen ihres erhobenen Wahrheitsanspruches eine Art Naturrecht wieder und nennt die resultierende Wandlung „post-modern natural law“⁶³¹, das er mit Pufendorfs Werk vergleicht. Pufendorf – so Koskenniemi – habe einen laizistischen politischen Wortschatz erschaffen, welcher dem empirischen naturwissenschaftlichen Vokabularium ähnele⁶³² - Sein Anspruch war eben, Moral und Politik dem absoluten Diktat der Vernunft zu unterwerfen.

⁶²⁹ Koskenniemi, Martti „Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today’s International Law“ 2005, S. 21.

⁶³⁰ Ebd. S. 21.

⁶³¹ Ebd. S. 17.

⁶³² S. Koskenniemi, Martti “Miserable Comforters: International Law as New Natural Law” Sir Kenneth Bailey Lecture, Melbourne, November 2006, S. 8.

Die regulierende Dimension setzt bereits bei dem Verständnis des Völkerrechts als Transaktion an. Hauptinstrument dieses „command mode“ des Völkerrechts ist der bilaterale Vertrag. Die Bilateralität setzt die Gleichberechtigung der Staaten voraus, d.h. die Idee der souveränen Gleichheit der völkerrechtlichen Hauptakteure, die darüber hinaus ihre rationalen Interesse rechtlich verfolgen und garantieren. Weil die Staaten mittels bilateraler Verträge bestimmte Restriktionen ihrer Handlungsfreiheit hinnehmen sollen, ferner diese Verträge mit der Errichtung administrativer Instrumente verbunden sind, um die Verwaltung gemeinsamer Interessen zu organisieren, betrachtet Weiler dieses Moment des Völkerrechts als eine Art Versuchsraum („laboratory“), in dem sich die Staaten „the habits of international governance“⁶³³ zu eigen machen. Daraus entsteht ein „general regime of both legislation and management“⁶³⁴, das besonders bei der Organisation der Bilateralität mittels multilateraler Organisationen zum Vorschein kommt. Tatsächlich ist die Bilateralität, verstanden als Transaktion, nicht mit der Errichtung multilateraler Regime inkompatibel. Eher trifft das Gegenteil zu: diese Regime dienen ihr als organisatorischer Rahmen. Die wirtschaftliche Vormachstellung der USA und der EU erlaubt es ihnen, ihre bilateralen Beziehungen anhand Vertragsvorlagen zu gestalten, welche den anderen, „gleichberechtigten“ hohen Parteien kaum Entscheidungsraum übrig lassen mit Ausnahme von sekundärer Aspekten wie der temporalen Dimension derselben. Solche Verträge mit innerstaatlichen „Standard Form contracts“ zu vergleichen ginge ohnehin über die Reichweite jener innerstaatlichen Figur hinaus, bettet man sie doch in den Rahmen multilateraler IOs wie die WTO ein. Dort – wie Weiler meint⁶³⁵ – erlangen sie eine Dimension und Kraft, die ausschließlich parlamentarischen Beschlüssen reserviert ist, doch ohne die parlamentarischen Instanzen der Signatarstaaten mit einzubeziehen. Die dadurch entstandenen Rechtsbeziehungen entsprechen der tatsächlichen Macht der Parteien und sind deshalb asymmetrisch. Symmetrie bildet dennoch die Grundlage des bilateralen Moments des

⁶³³ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 554.

⁶³⁴ Ebd. S. 554.

⁶³⁵ Ebd. S. 555.

Völkerrechts. Sie kommt in der Proklamierung der souveränen Gleichheit der Staaten, in dem Konsensprinzip als Fundament der völkerrechtlichen Verpflichtung und in dem Prinzip *pacta sunt servanda* zum Ausdruck. Mit dieser Entwicklung der „Transaktion/Bilateralität“ im Rahmen multilateraler IOs sind verschiedene Legitimationsprobleme verbunden. Da man in bilateralen Transaktionsverträgen keine politische Relevanz erkennt wie etwa jene, welche Verträgen über Menschenrechte innewohnt, unterliegen sie kaum wirkungsvollen demokratischen Kontrollen. Darüber hinaus mögen die Verträge zwar bilateral sein, denkt man aber an die Vormachstellung der USA und der EU in wirtschaftlichen Fragen wird klar, dass die Vertragsparteien nicht wirklich gleichberechtigt sind.

Noch problematischer wird diese Entfaltung, wenn sie in Verbindung mit einer neuen Art von IOs tritt, die imstande sind, eigene, von jenen der Mitgliedstaaten abweichende Ziele zu definieren. Aber es gibt noch weitere Aspekte der gemeinschaftlichen Schicht des Völkerrechts, welche dem *governance*-Phänomen zum Fundament dienen und zwar:

- Die Ausweitung des völkerrechtlichen Einflusses auf Bereiche, welche traditionell der *domaine réservé* der Staaten angehörten, die somit „has lost, if not all, at least much its traditional meaning“⁶³⁶. Hierzu sind Menschenrechte, Umweltschutz, Verwaltungsrecht und insbesondere Wirtschaftsrecht⁶³⁷ zu zählen. All diese Bereiche sind nicht als isolierte Gegenstände zu sehen. Eher trifft das Gegenteil zu: Die erlassenen Normen auf einem Gebiet pflegen weitere Effekte in den anderen Bereichen zu entfalten und machen es erforderlich, all diese Wirkungen quasi kompensatorisch umfassend zu betrachten⁶³⁸. Gemeinsam ist den internationalen Normen ihre die gesetzgeberische Handlungsfreiheit der Staaten einschränkende Wirkung.

⁶³⁶ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „Legitimcy in International Law“ 2008, S. 12.

⁶³⁷ Wie Kumm es zur Sprache bringt: „Who and what can cross a border and under what conditions is increansingly circumscribed by rules of international law“. Und dies gilt insbesondere wirtschaftlichen Fragen. S. dafür Kumm, Mattias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004, S. 913.

⁶³⁸ S. Kumm, Mattias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004, S. 913.

- Die Tendenz zur Anerkennung partieller völkerrechtlicher Subjektivität für Individuen und multinationale Korporationen, die mittelbar oder unmittelbar Adressat völkerrechtlicher Normen werden. Ein Beispiel dafür ist die im Rahmen des Kap. VII der UN Charta vom Sicherheitsrat adoptierte Resolution 1672 (2006), welche Reiseverbot und finanzielle Sanktionen über 4 sudanesischen Staatsbürger verhängt. Die Resolution richtet sich ferner an alle Staaten und verpflichtet sie alle, die beschriebenen Sanktionen durchzuführen. Dadurch werden die Staaten zur „agencies“⁶³⁹ des Sicherheitsrates degradiert.
- Die Einsetzung flexiblerer Mechanismen zur völkerrechtlichen Normsetzung, welche auch für den Einfluss privater Institutionen, insbesondere NGOs geöffnet sind, dies jedoch ohne ihnen ein Mitspracherecht zu gewähren. Dabei wird die Verknüpfung zwischen Verpflichtung und Staatseinverständnis geschwächt⁶⁴⁰. Besonders im Rahmen des Umweltschutzes kommt diese Entwicklung deutlich zum Vorschein. Es handelt sich um die Delegation der normsetzenden Kompetenz an *Meetings of States Parties*, welche mit der Befugnis ausgestattet werden, zwecks der Weiterentwicklung bestimmter Normen sekundäres Vertragsrecht zu setzen. Innerhalb solcher Gremien werden Normen anhand der Mehrheitsregel beschlossen, sodass auch Staaten, welche gegen die Norm gestimmt haben, durch sie gebunden und verpflichtet werden, die Norm in ihren entsprechenden Rechtsordnungen durchzusetzen. Die Staaten werden somit zur Vollstreckungseinheiten der IOs.
- Die progressive Ausweitung und Weiterentwicklung des ursprünglichen Mandats der IOs durch eine breitere Auslegung oder Anpassung desselben an neue Umstände. Für diesen Prozess steht beispielsweise die *New Security Strategy of the NATO* oder die breitere Auslegung, welche der Sicherheitsrat der UN von den

⁶³⁹ S. dafür Wolfrum, Rüdiger "Legitimacy of International Law from a Legal Perspective" in Wolfrum (Hrsg.) "The Legitimacy of International Law" 2008, S. 13.

⁶⁴⁰ S. Kumm, Matthias "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis" EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004, S. 914.

ihm durch die UN Charta zugesprochenen Kompetenzen gemacht hat. Diese breitere Auslegung ist so weit gegangen, dass der Sicherheitsrat über neue, vom ursprünglichen Mandat nicht vorgesehene Kompetenzen verfügt und tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Die Resolutionen 1373 (2001) von 28 September 2001 und 1540 (2004) von 28 April 2004 zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus und die Ausbreitung von Massenvernichtungswaffen – die völkerrechtliche Rechtswissenschaft spricht hier von gesetzgeberischer Aktivität des Sicherheitsrats⁶⁴¹ - und die Einsetzung internationaler *ad hoc* Strafgerichtshöfe (Jugoslawien und Ruanda) sind aus dieser Perspektive zu betrachten. Im Allgemeinen lässt sich hierbei eine Tendenz beobachten, die anderen IOs überhaupt nicht fremd ist. Daraus ergibt sich eine Stärkung der IOs. Die breitere Auslegung des ursprünglichen Mandats, die Einsetzung effizienter Entscheidungsverfahren und insbesondere die Verstärkung des verwaltungsmäßigen Apparats verursachen die zunehmende Unabhängigkeit der IOs von ihren Mitgliedsstaaten, deren Regierungen nicht mehr imstande sind, die Aktivität der IOs zu lenken.

Vor diesem Hintergrund ist für die *governance*-Schicht des Völkerrechts ihr Einfluss auf Funktionen innerstaatlicher *governance* und die Entstehung „international regulatory or management regimes in a way familiar from domestic setting“⁶⁴² charakteristisch, wenngleich ausschließlich in konkreten Bereichen des Völkerrechts. Diese Regime bilden letzten Endes den Kern der sogenannten *governance without government*, die Weiler u.a. durch folgende Elemente kennzeichnet:

- Durch die zunehmende Bedeutsamkeit, welche den regulativen und verwaltungsmäßigen Organen und Funktionen der IOs zukommt.

⁶⁴¹ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 15.

⁶⁴² Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 557.

Neu dabei ist nicht nur der Einfluss der Organe der IOs auf Kompetenzbereiche der Staaten, sondern dass diese Bereiche verwaltungsmäßiger Natur sind.

- Durch die Entstehung neuer völkerrechtlicher Verpflichtungsformen („a new form of international legal command“⁶⁴³). Diese Verpflichtungen sind das Ergebnis eines völkerrechtlichen Verfahrens und spiegeln – so Wolfrum⁶⁴⁴ – den Willen einer IO, nicht den Willen der von der Norm betroffenen Staatsbürger wider. Solche Verpflichtungen zeichnen sich durch ihre relative Bestimmtheit („relative specificity of the obligations“⁶⁴⁵) aus, was letzten Endes den dem Staate reservierten Auslegungsraum bei der Durchsetzung derselben stark verringert. Weiler unterscheidet folgende völkerrechtlich, für die *governance layer* charakteristische Normen⁶⁴⁶ des sekundären Vertragsrechts:
 - „Direct regulatory obligation“, welche die innerstaatlichen Normen unmittelbar ablösen. Sie sind meistens positiver Natur, d.h. sie verpflichten die Staaten nicht nur auf bestimmte Ergebnisse, sondern auch auf bestimmte Verfahren, um jene herbeizuführen.
 - „Indirect regulatory norms“, welche einen einschränkenden Effekt über innerstaatliche Normen haben.
 - „Governance incentives“. Dabei handelt es sich meistens um wirtschaftliche Anreize zu *compliance* mit bestimmten Normen oder Regimen, welche Staaten zugesprochen werden. Der Staat bleibt frei, den Normen Folge zu leisten, dennoch überwiegen die Vorteile der *compliance* gegenüber

⁶⁴³ Ebd. S. 550.

⁶⁴⁴ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „Legitimcy in International Law“ 2008, S. 13.

⁶⁴⁵ Kumm, Mattias „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5. 2004, S. 914.

⁶⁴⁶ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 559.

der nicht-*compliance*. Ein Beispiel dafür sind die „stand-by arrangements“⁶⁴⁷ vom IMF.

- Durch die Entwicklung verschiedenartiger völkerrechtlicher Verfahren und
- Durch die Alteration verschiedener Aspekte der innerstaatlichen Rechtsordnungen, beispielweise hinsichtlich rechtlicher Vermutungen und Lasten.

Das Ergebnis solcher Entwicklung ist noch weit von der staatlichen *governance* entfernt, die sich durch ihre Allgemeinheit und die Ausübung des Gewaltmonopols auf einem bestimmten Staatsgebiet kennzeichnet. Die *global governance* hingegen beschränkt sich auf konkrete Bereiche der zwischenstaatlichen Beziehungen: Wirtschaft (WTO, IMF), Umweltschutz (Kyoto Protocol), internationales Strafrecht (Jugoslawien, Ruanda, ICC), und Bekämpfung des internationalen Terrorismus und der Massenvernichtungswaffen (Sicherheitsrat der UN). Diese Institutionen „are like governments in that they issue rules and publicly attach significant consequences to compliance or failure to comply with them“⁶⁴⁸. Im Allgemeinen bleibt die Umsetzung der durch solche Institutionen erlassenen Normen dem Staate anvertraut.

Die Mitgliedschaft in internationalen Regimen geht mit Vorteilen und Nachteilen, die nicht-Mitgliedschaft jedoch ausschließlich mit Nachteilen einher, denn die regulierende Funktion derselben erstreckt sich flächendeckend. Für einen Staat bedeutet nicht dabei zu sein, dass keine der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vorteile wahrgenommen werden und dennoch alle Nachteile mitgetragen werden müssen. Bereits der Mitgliedschaftsvertrag stellt die souveräne Gleichheit der Staaten vor eine schwere Probe. Dabei handelt es sich um die sogenannten *No Reservations Treaties*, welche den Staaten keine Möglichkeit zulässt, bestimmte Teile des Vertrages zu modifizieren oder außer Kraft zu setzen.

⁶⁴⁷ S. Pellet, Alain „Legislative and Executive Actions of International Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 69.

⁶⁴⁸ Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 27.

In diesem Sinne meint Weiler, dass Verträge wie jener der WTO „are negotiated on take-it-or-leave-it basis ... The consent given by these *sovereign* states is not much different to the *consent* that each of us gives, when we upgrade the operating system of our computer and blithely clic the *I Agree* button on the Microsoft Terms and Conditions”⁶⁴⁹. Wie es Pellet deutlich zum Ausdruck bringt: “will and consent are quite different notions”⁶⁵⁰. Auf diese Weise geht der Anspruch der Staaten verloren, selbst die Verpflichtungen auszusuchen, welche er eingehen möchte – und dies eben bildet den Kern des Konsensprinzips.

Wolfrum führt diese Ergebnisse auf die verschiedenen Verständnisse zurück, welche die durch den Willen des Staates entstandenen völkerrechtlichen Verpflichtungen haben können. In diesem Sinne unterscheidet Wolfrum zwischen einem statischen und einem dynamischen Verständnis der völkerrechtlichen Verpflichtung. Beide haben unterschiedliche Effekte über den Staatswillen. Während das erste in der Entstehung einer „particular clearly defined obligation“⁶⁵¹, die anhand einer einzigen Handlung eingelöst werden kann, zum Ausdruck kommt, legt das zweite das Fundament für die Errichtung internationaler Regime, welche imstande sind, Eigendynamik zu entfalten und die Reichweite und das Wesen der ursprünglichen Verpflichtungen derart zu modifizieren, dass sie nicht mehr vom ursprünglichen Staatswillen gedeckt werden. Wenn die auszulösende Verpflichtung spezifisch, statisch und mittels einer vereinzelt Handlung eingelöst werden kann oder unverändert in der Zeit bleibt, reicht der Staatswille für ihre Legitimation aus.

3.4.2.2 Governance und Demokratie

Legitimationsprobleme für demokratische Rechtsstaaten ergeben sich aus der Setzung von „sekundärem Vertragsrechts“, in Verbindung also mit

⁶⁴⁹ Weiler, J.H.H. “The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy” *ZaöRV* 64, 2004, S. 557.

⁶⁵⁰ Pellet, Alain “Legislative and Executive Actions of International Law” in Wolfrum, Rüdiger “The Legitimacy of International Law” 2008, S. 70 – 71.

⁶⁵¹ Wolfrum, Rüdiger “Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations” in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) “Legitimacy in International Law” 2008, S. 9.

jenem dynamischen Moment des Staatswillens. Die Entwicklung, ja die vorherrschende Rolle des *governance*-Phänomens – „geologisch“ betrachtet – stellt wichtige Aspekte der staatlichen Herrschaftsausübung in Frage, insbesondere in demokratischen Rechtsstaaten. Es ist nicht nur so, dass sich der Einfluss dieser internationalen Herrschaftsform auf Bereiche erstreckt, welche herkömmlich dem *domaine réservé* des Staates angehörten. Die neue, aus IOs und supranationalen Organisationen entstammende Regulierung überlappt sich mit innerstaatlichen Normen, welche eventuell modifiziert oder gar außer Kraft gesetzt werden, ohne jedoch die dafür vorgesehenen innerstaatlichen Prozeduren zu berücksichtigen. Hierbei findet eine Delegation auf *treaty-based bodies* statt, welche alsdann Kompetenzen von „quasi-legislative or quasi-judicial character“⁶⁵² ausüben. In diesem Sinne führen – wie es Wolfrum meint⁶⁵³ – „Denationalisierung“ („Denationalisation“. Die internationalen Normen haben „questions traditionally decided by national legal processes“⁶⁵⁴ zum Gegenstand) und „Deparlamentisierung“ (Sie ist in einem doppelten Sinn zu verstehen: zunächst als Vormachtstellung der Regierungen, die durch die Organe der IOs die „lästigen“ parlamentarischen Verfahren umgehen können, um neue Normen zu setzen; zweitens, als Übertragung der normsetzenden Kompetenzen auf die Organe der IOs zum Nachteil der nationalen Parlamente. Die Deparlamentisierung bildet eine Begleiterscheinung der „deformalization“, denn sie „involves transferring decision-making power from the legislator to the bureaucrat“⁶⁵⁵. Weiler spricht von einem „monstrous empowerment of the executive branch at the expense of other political estates“⁶⁵⁶) zu einem Bruch der innerstaatlichen Legitimationskette. In Anbetracht der verfassungsmäßigen Natur der Prinzipien, die durch die *global governance* in Mitleidenschaft gezogen werden, ist Legitimationskette als

⁶⁵² Kumm, Mattias “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis” EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 914.

⁶⁵³ S. Wolfrum, Rüdiger “Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations” in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) “Legitimacy in International Law” 2008, S. 19 - 20.

⁶⁵⁴ Kumm, Mattias “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis” EJIL Vol. 14, Nr. 5, 2004, S. 913.

⁶⁵⁵ Koskeniemi, Martti “Global Governance and Public International Law” Kritische Justiz, 2004, S. 18.

⁶⁵⁶ Weiler, J.H.H. “The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy” ZaöRV 64, 2004, S. 558.

Legalitätskette in diesem Zusammenhang zu verstehen: Was in Frage gestellt wird, ist also die Legitimität durch Legalität in demokratischen Staaten sofern das Konsensprinzip das Bindeglied zwischen den staatlichen Methoden und Verfahren, die zur Bildung des Staatswillen führen, und völkerrechtlicher Verpflichtung bildet.

In kritischer Absicht bemerkt Weiler hierzu, dass völkerrechtlich zwar *governance* stattfindet, es aber weder ein politisches Gemeinwesen (*government*), noch ein Volk (*governed*, „polity“⁶⁵⁷) gibt⁶⁵⁸. Für Demokratien ist der Zusammenhang zwischen *governance* und *governed* unausweichlich. Denn der komplexe Legitimationsmaßstab der Demokratien fordert Repräsentation, politische Deliberation, politische Zurechnungsfähigkeit und ein politisches System, dessen grundlegende Werte von Mehrheit und Minderheit geteilt werden. All diese Elemente sind erst in Verbindung mit dem Volk als politischer Kategorie möglich. Die vollkommene Abwesenheit eines politischen Körpers, der als Legitimationsquelle fungiert, ferner die Unmöglichkeit zwischen Akteuren und Agenten völkerrechtlich zu unterscheiden, und die tatsächliche Entwicklung einer Art „Regierens“ auf der internationalen Arena deuten – Weiler zufolge⁶⁵⁹ – auf die Unmöglichkeit hin, internationale *governance* und *in extenso* die Aktivität der staatlichen Regierungen auf diesem Gebiet effektiven demokratischen Kontrollen sogar auf dem nationalen Niveau zu unterziehen.

Dies ist der Grund dafür, dass manche Autoren die Verstärkung des Einflusses von NGOs oder die Errichtung neuer Institutionen auf dem internationalen Niveau fordern, welche parlamentarische Funktionen ausüben können und somit „replace or to supplement national governments by democratically legitimate world institutions“⁶⁶⁰. Autoren wie Buchanan und Keohane reservieren für NGOs und andere

⁶⁵⁷ Der Begriff „polity“ wird von Höffe folgendermaßen definiert: „Das edle Geschäft der Staatsgründer und Verfassungsgeber, die Staats- und Regierungsform oder politische Ordnung des Gemeinwesens“. S. Höffe, Otfried „Ist die Demokratie zukunftsfähig?“, 1. Aufl. 2009, S. 73.

⁶⁵⁸ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 560.

⁶⁵⁹ Weiler, J.H.H. „The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 560.

⁶⁶⁰ Wolfrum, Rüdiger „Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“ 2008, S. 4.

transnationale, nicht-staatliche Akteure eine besondere Rolle hinsichtlich der Legitimation von *global governance* Institutionen (GGI). Denkt man an die Legitimität, über welche die NGOs im Allgemeinen und auf internationaler Ebene verfügen, bildet es ein Paradoxon, in ihrer Verstärkung die Behebung der völkerrechtlichen Legitimationskrise zu sehen. Vielleicht deswegen befürworten andere Autoren die Anpassung der Adaptationsmechanismen und des Inhalts der völkerrechtlichen Normen an die Herausforderung einer globalisierten Welt. Andere sehen die Lösung in der Neuetaблиerung der innerstaatlichen Legitimations- bzw. Legalitätskette mittels „strengthening the national parliamentarian influence on the conduct of international relations“⁶⁶¹. Zu guter Letzt sprechen andere von der Notwendigkeit einer „kopernikanischen Wende“⁶⁶² in der völkerrechtlichen Rechtswissenschaft, die mit der Durchsetzung einer konstitutionellen Denkweise die dem in den *self-contained Regimes* dominierende „managerial mindset“ entgegengesetzt sein soll.

3.4.2.3 Buchanans und Keohanes emphatisch-demokratisch komplexes Legitimationsmodell als Alternativ zum Konsensprinzip

Buchanan und Keohane sind die Verfasser eines komplexen Legitimationsmodells, welches dem *global governance*-Phänomen demokratische Gestalt im emphatischen Sinne („*emphatically democratic*“⁶⁶³) verleihen soll. D.h., ihnen geht es nicht um globale Demokratie oder um die Unterwerfung von GGIs unter demokratische Standards, so wie wir sie in nationalem Staate verstehen, sondern um die Gestaltung der internationalen Ebene gemäß demokratischen Werten⁶⁶⁴. Die Autoren vertreten auch eine bestimmte Idee dessen, was für demokratische Werte als Leitlinie zur Gestaltung von GGIs zählt, denn es handelt sich dabei um Prinzipien unterschiedlicher, teilweise rechtlicher,

⁶⁶¹ Wolfrum, Rüdiger “Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations“ in Wolfrum Rüdiger / Röben, Volker (Hrsg.) “Legitimacy in International Law“ 2008, S. 5.

⁶⁶² Koskeniemi, Martti „Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian themes about international law and globalisation“ [Draft] 2005, S. 21.

⁶⁶³ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 39.

⁶⁶⁴ Ebd. S. 60.

teilweise systemischer, teilweise individuell-tugendhafter Natur, deren rechtliche Konkretisierung wesentlich mehr als die Konkretisierung des Legitimationsmodells erfordern würde. Drei sind diese maßgeblichen demokratischen Werte, welche dem Legitimationsmodell Buchanans und Keohanes zugrunde liegen:

- Die fundamentalen Interessen aller Menschen sollen als gleichwertig betrachtet werden.
- Der Entscheidungsprozess soll durch kollektive Deliberationsmechanismen durchgeführt werden.
- Alle Menschen schulden sich als Vernunftwesen gegeneinander Respekt.

Beide Autoren weisen kategorisch das Konsensprinzip zurück – auch dann, wenn es demokratisch qualifiziert ist - sowie jedwede Form von Weltdemokratie als Legitimationsquelle von GGIs. Das von Buchanan und Keohane vorgeschlagene GGI-Legitimationsmodell ist dreiteilig:

- Das erste Element ist die Unterstützung demokratischer Staaten („democratic channel of accountability“);
- Das zweite besteht aus drei substantiellen Kriterien, nämlich:
 - o „minimal moral acceptability“;
 - o „comparative benefit“ und
 - o “Institutional integrity”
- Das dritte sind die sogenannten erkenntnistheoretischen Aspekte (“epistemic aspects”), die dem „transnational civil society channel of accountability“ zugrunde liegen.

Der „democratic channel of accountability“

Buchanan und Keohane entnehmen dieses erste Element aus ihrer Kritik an dem völkerrechtlich geltenden Legitimationsparadigma, nämlich dem Konsensprinzip, das sie für unzureichend für die Begründung der Autorität von GGIs halten, selbst in der qualifizierten Gestalt des von

demokratischen Staaten geleisteten Einverständnisses. Dieses bildet dennoch eine notwendige, gleichwohl unzureichende Bedingung für die Legitimation von GGIs.

Die Hauptkritik an dem Konsensprinzip richtet sich im Grunde genommen gegen die Idee, dass richtige Verfahren richtige Entscheidungen produzieren; ferner dagegen, dass das Verfahren, in dem das Konsensprinzip eingebettet ist, Legitimität in Unabhängigkeit von der Qualität der sich an dem Prozess beteiligten Parteien ex novo herstellen und übertragen kann. Legitimität kann – so Buchanan und Keohane⁶⁶⁵ – auf diese Weise weder hergestellt, noch übermittelt werden. Das mittels eines Verfahrens geleistete Einverständnis eines nicht demokratischen, Menschenrechte verletzenden Staates kann keine Legitimität herstellen oder diese einer IO übertragen, weil die Quelle des Einverständnisses selbst, der Staat also illegitim ist. „State consent in these cases cannot transfer legitimacy for the simple reason that there is no legitimacy to transfer“⁶⁶⁶. Aus dieser Sichtweise liegt die Legitimationsquelle zum guten Teil in der moralischen Qualität des Staates überhaupt. Das von Buchanan und Keohane zur Beurteilung der moralischen Qualität des Staates herangezogene Maß heißt nicht Legitimität, sondern Gerechtigkeit. Buchanans und Keohanes Legitimationsvorstellung ist nicht weit von Augustinus entfernt: *remota iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia*. Demzufolge liegt die Bedingung der normativen Kraft von Normen in ihrer Gerechtigkeit. Es sind wohl effektive i.S.v. durchsetzbare Normen denkbar – so wie die Befehle eines bewaffneten Räubers -, sie sind dennoch illegitim, weil sie in Anbetracht der Quelle letzten Endes ungerecht sind. Diese doch naturrechtliche Rechtskonzeption ist mit dem von Buchanan und Keohane aufgestellten Legitimationsbegriffes – „a threshold value“⁶⁶⁷, das vom Ideal der Gerechtigkeit unterschieden werden soll – inkonsistent.

⁶⁶⁵ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 35.

⁶⁶⁶ Ebd. S. 35.

⁶⁶⁷ Ebd. S. 34.

Buchanan und Keohane erkennen dennoch dem von demokratischen Staaten geleisteten Konsens einen gewissen legitimatorischen Wert zu, gleichwohl ist dieser für die Legitimation von GGIs aus zweierlei Gründen nicht ausreichend⁶⁶⁸. Zunächst, weil für schwache Staaten, ob demokratische oder nicht, die Mitgliedschaft in GGIs ein politisches Muss darstellt, so dass das voluntative Element nur rechtlich, auf dem Papier besteht - eine Überlegung freilich, welche auch bei Weiler und Wolfrum zu finden ist. Zweitens, weil die ungeheure Bürokratie der GGIs mit demokratischen Prinzipien kaum vereinbar ist. Tatsächlich gibt es viele von staatlichen Bürokratien adoptierte Entscheidungen, welche nicht unmittelbar demokratisch legitimiert werden. Buchanan und Keohane geht es nicht primär um die Existenz einer Delegierungskette zwischen Bürger und Verwaltung, sondern um den effektiven Einfluss des Bürgerwillens auf die Anwendung politischer Macht. Das Problem erlangt wegen der Ausdehnung der Delegierungskette eine qualitativ neue Dimension auf der Ebene der GGIs. Weiler spielt die Dramatik diese Analyse herunter. Er weist darauf hin, dass es auch innerstaatliche Bereiche gibt, in denen Entscheidungen adoptiert werden, welche nicht unmittelbar demokratisch legitimiert werden. Dies ist dennoch an sich selbst noch kein Grund dafür, die Legitimität solcher Entscheidungen infrage zu stellen, da es in diesem Bereich weitere Legitimationsfaktoren gibt⁶⁶⁹ – beispielweise die gerichtliche Legalitätskontrolle jener Entscheidungen. Bekanntlich bezieht Weiler eine sehr kritische Stellung gegenüber der Demokratieforderung für GGIs.

Die Unterstützung demokratischer und Menschenrechte achtender Staaten ist eine Bedingung *sine quae non* für die Legitimität von GGIs, dennoch reicht sie allein nicht dafür aus, die GGIs zu legitimieren. Aus zwei Gründen ist sie Buchanan und Keohane zufolge unzureichend: Erstens weil ein Gutteil der Staaten, deren Bürger dem Einfluss von GGIs ausgesetzt werden, nicht demokratisch sind. Die Unterstützung demokratischer Staaten reicht nicht aus, um solche GGIs gegenüber den Völkern nicht demokratischer Staaten zurechnungsfähig zu machen.

⁶⁶⁸ Ebd. S. 36.

⁶⁶⁹ S. Weiler, J.H.H. „The Geologie of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy“ ZaöRV 64, 2004, S. 552.

Zweitens weil es gegenüber den Völkern ärmerer, nicht demokratischer Staaten nicht fair wäre. Dass GGIs auf die Unterstützung demokratischer Staaten zählen sollen, bedeutet jedoch nicht, dass die Unterstützung aller Demokratien notwendig ist. Relevant für die Legitimität von GGIs ist der „on-going consent of democratic states“⁶⁷⁰. Ohne diesen *on-going consent* ist die Illegitimität der GGIs zu vermuten. Die Beteiligung demokratischer Staaten an GGIs ist eine Garantie für die Zurechnungsfähigkeit / Rechenschaft („accountability“) von diesen Institutionen zumindest den Wahlvölkern der demokratischen Staaten gegenüber. Diese besondere Beziehung zwischen demokratischen und Menschenrechte achtenden Staaten einerseits und GGIs andererseits bildet, was Buchanan und Keohane „the democratic channel of accountability“⁶⁷¹ nennen.

Zuletzt analysieren Buchanan und Keohane die Legitimationsfähigkeit einer Weltdemokratie hinsichtlich GGIs. Die herrschende Übereinstimmung über die Legitimationsfähigkeit der Demokratie und der zunehmende Einfluss von GGIs auf die Wohlfahrt der Menschen in der ganzen Welt führen zur Schlussfolgerung, Weltbürger müssten irgendwelche Einflussmöglichkeiten auf die GGI-Politik haben. Dieses Postulat nennen Buchanan und Keohane „Global Democracy View“⁶⁷². Gegen diese Vision spricht die Tatsache, dass die Voraussetzungen der Demokratie auf globaler Ebene nicht erfüllt sind. Der Versuch, auf globaler Ebene demokratische Strukturen aufzubauen, wäre auch deshalb verfehlt, weil nicht alle Staaten demokratisch verfasst sind. Ferner besteht keine internationale Öffentlichkeit. Letzten Endes geht das Hauptziel der liberalen Demokratie über die regelmäßige Ausschreibung von Wahlen hinaus. Vielmehr geht es darum, der politischen Willkür Grenzen zu setzen. Und dies erfordert ein komplexes System, bestehend aus Öffentlichkeit und Institutionen.

⁶⁷⁰ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 38.

⁶⁷¹ Ebd. S. 38.

⁶⁷² S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 39.

Substantielle Legitimationskriterien

Das vorgeschlagene Legitimationsmodell geht vom Befund des herrschenden normativen Dissenses hinsichtlich der von GGIs zu verfolgenden Ziele aus; der Anforderungen globaler Gerechtigkeit und der von GGIs bei der Verfolgung jener Ziele und bei der Verwirklichung der Gerechtigkeitsanforderungen zu spielender Rolle („uncertainty“⁶⁷³). Diese Fragen gehören dennoch nicht exklusiv zur internationalen Ebene – sie tauchen auch in rechtsstaatlichen Systemen bezüglich der dem Staate zugrundeliegenden Prinzipien und der politischen Organisation desselben auf, allerdings können sie dort anhand demokratischer Prozesse autoritativ gelöst werden. Buchanan und Keohane vermissen auf dem internationalen Niveau, trotz der allgemeinen Empfindung der herrschenden Ungerechtigkeit im internationalen System, eine normative Arbeitsteilung zwischen den GGIs, welche die Verfolgung globaler Gerechtigkeit ermöglichen könnte.

Buchanans und Keohanes Legitimationsbegriff will in diesem Rahmen normativen Dissenses zur Brücke werden und eine minimale, allseits annehmbare normative Unterstützungsbasis für die GGIs anbieten. Dies verlangt von den GGIs strukturelle Reformen, welche die Autoren nicht explizit beschreiben. Trotz der Beteuerung der Unterschiede, welche Buchanan und Keohane zufolge zwischen Gerechtigkeit und Legitimation bestehen, scheint sich ihr Vorschlag einer substantiellen und normativen globalen Gerechtigkeitsidee zu verschreiben, die dem Vorschlag zugrunde liegende Absicht unglaubwürdig werden lässt.

GGIs sollen nicht nur auf die Unterstützung demokratischer und Menschenrechte achtender Staaten zählen, sie sollen außerdem drei substantielle Voraussetzungen erfüllen, nämlich:

- „Minimal moral acceptability“: Buchanan und Keohane zeichnen einen minimalen Menschenrechtsrahmen, zu dem das Recht auf Unversehrtheit, auf Freiheit und das Recht auf Existenzminimum („subsistence“⁶⁷⁴) wegen ihrer anscheinend allseitigen

⁶⁷³ Ebd. S. 42.

⁶⁷⁴ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 44.

Anerkennung (oder zumindest wegen der größeren Chancen, dass sie allseitig Anerkennung finden) gehören. Verstöße gegen Menschenrechte sind in den Augen Buchanans und Keohanes dermaßen „a serious injustice“⁶⁷⁵, dass GGIs nur dann legitim sind, wenn sie auf die Beeinträchtigung derselben nicht beharren. Der normative Dissens macht es derzeit unmöglich, einen höheren Standard an Menschenrechten zu erreichen, dennoch sollen GGIs für die Möglichkeit offen bleiben, dass neue zu den minimalen Menschenrechten hinzukommen oder sich die Reichweite der bestehenden ausdehnt. In Anbetracht dessen sollen GGI derart gestaltet sein, dass sie nicht nur dafür offen zu bleiben, sondern sich den neuen Bedingungen anpassen.

- „Comparative benefit“. Die Legitimität einer GGI wird infrage gestellt, wenn sich herausstellt, dass eine weitere GGI die von jener erbrachten Leistungen quantitativ und qualitativ effektiver zustande bringt und den minimalen moralischen Kriterien genügt.
- „Institutional integrity“. Damit ist Kohärenz gemeint und zwar zwischen den anerkannten und selbstgesetzten Zielen, Verfahren und Versprechen der GGI auf der eine Seite und der Praxis der GGIs auf der anderen. Die GGI-Legitimität wird infrage gestellt, wenn ihre Praxis die Erreichung der vorgegebenen Ziele offensichtlich beeinträchtigt oder wenn das Nichterreichen der Ziele auf Korruption oder falschen Versprechen beruht (z.B. Oil-for Food Skandal der UN).

Alle drei substantiellen Voraussetzungen sind gleichwertig, dennoch können sie ggf. in Anbetracht der konkreten Lage der GGIs gegeneinander abgewogen werden; Ferner sind sie kumulativ zu verstehen: Je mehr eine GGI diese Voraussetzungen erfüllt, umso legitimer ist sie. Dennoch reicht die Akkumulation aller drei Voraussetzungen nicht für die Legitimität einer GGI aus. Und dies aus zwei erkenntnistheoretischen Gründen („epistemic reasons“⁶⁷⁶): Erstens

⁶⁷⁵ Ebd. S. 43.

⁶⁷⁶ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 50.

hängt die Möglichkeit akkurater Beurteilungen über die Erfüllung jener Kriterien vom Zugang auf relevante Information über die von der GGI durchgeführten Aktivitäten ab; zweitens erschweren normativer Dissens und Unbestimmtheit die Feststellung der von der GGI zu spielenden Rolle hinsichtlich der Verfolgung globaler Gerechtigkeit.

Erkenntnistheoretische Legitimationsaspekte

Die Überwindung solcher Schwierigkeiten hängt von der erkenntnistheoretischen und deliberativen Qualität der GGIs ab, d.h. von der Bereitschaft derselben, relevante Informationen über die eigene Aktivität nicht nur den organisatorisch berechtigten Instanzen, sondern auch exogenen Institutionen und Organisationen zur Verfügung zu stellen. Dies erfordert zwei zusätzliche Voraussetzungen, nämlich:

- Zurechnungsfähigkeit / Rechenschaft und
- Transparenz.

Zurechnungsfähigkeit / Rechenschaft („accountability“). Dabei handelt es sich nicht um die schiere Einbettung von Beurteilungsstandards und Rechenschaftsmechanismen („narrow accountability“) in die GGI-Struktur, sondern um die „right sort of accountability“⁶⁷⁷. Und diese „right sort“ charakterisiert sich durch ein dynamisches Moment, denn sie soll auch ermöglichen, dass Beurteilungsstandards und Beurteilungsmechanismen deliberativen Prozessen unterzogen und sich anhand derselben weiterentwickeln oder modifizieren lassen. Ein guter Teil der Legitimation der GGIs hängt also mit ihrer Bereitschaft zusammen, die kritische Revision ihrer Prinzipien im Lichte des Zieles globaler Gerechtigkeit zu ermöglichen.

Transparenz. Auch hinsichtlich der Transparenzvoraussetzungen meinen Buchanan und Keohane, dass nicht jede Transparenzform für Legitimität sorgt. Dies ist der Fall, wenn Transparenz die schiere „Verfügbarkeit“

⁶⁷⁷ Ebd. S. 52.

(„availability“⁶⁷⁸) über Informationen über die Aktivitäten von GGIs bedeutet. Dadurch wird bloß die Beurteilung der Aktivitäten gemäß den bestehenden Beurteilungsstandards und durch die dafür von der GGI vorgesehenen Instanzen gesichert. Transparenz ist eine Bedingung für die kritische Beurteilung nicht nur der Aktivitäten und Ziele einer GGI, sondern auch der Beurteilungskriterien an sich selbst. Und dies nicht nur durch die von der GGI vorgesehenen Instanzen, sondern auch durch den „transnational civil society channel of accountability“⁶⁷⁹.

Das wahre Fundament des Legitimationsmodells ist die Herstellung der Rechenschaft von GGIs gegenüber demokratischen Staaten und einer transnationalen Bürgergesellschaft anhand jener substantiellen Kriterien. Verschiedene Probleme haften dem Legitimationsvorschlag Buchanans und Keohanes an:

- Es ist inkohärent, Legitimation als Überbrückung von normativem Dissens hinsichtlich der Bedingungen globaler Gerechtigkeit zu fassen und zugleich Legitimation einer normativen, materiellen Gerechtigkeitsvorstellung zuzuordnen, denn Menschenrechte und Demokratie sind eng mit der westlichen, liberalen Gerechtigkeitsidee verbunden⁶⁸⁰. Buchanan und Keohane fassen ferner globale Gerechtigkeit zum Teil als distributiv und als Gegengewicht zum Globalisierungsprozess auf – es geht also auch um den Ausgleich zwischen ärmeren und reichen Ländern der Welt, zwischen benachteiligten und bevorzugten Subjekten der Globalisierung⁶⁸¹. Das Legitimationsmodell beinhaltet im Grunde genommen eine an das Völkerrecht adressierte Aufforderung, in Anbetracht der Globalisierung nicht neutral zu bleiben und Partei für Demokratie und Menschenrechte – so wie die Autoren sie konzipieren - zu ergreifen. Deswegen kann der Legitimationsbegriff Buchanans und Keohanes nicht das erbringen, was er sich

⁶⁷⁸ S. Buchanan, Allen / Keohane Robert O. „The Legitimacy of Global Governance Institutions“ in Wolfrum, Rüdiger „The Legitimacy of International Law“, 2008, S. 53.

⁶⁷⁹ Ebd. S. 59.

⁶⁸⁰ S. Howse, E. „Discussion“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 95.

⁶⁸¹ S. Keohane, R. „Discussion“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 104.

vornimmt: Eine geteilte normative Basis zur Unterstützung von GGIs, denn die dem Legitimationsbegriff zugrundeliegenden Ziele sind selbst Gegenstand von normativem Dissens. In diesem Sinne kann das Legitimationsmodell seine Überlegenheit gegenüber formeller Legalität nicht beweisen. Denn wenn es um die Überwindung von normativem Dissens geht, scheint Legalität geeigneter als Legitimität zu sein: Auf der einen Seite ist der Legitimationsbegriff wegen seiner soziologischen Dimension vage, da kulturelle Faktoren für die Bestimmung seiner Konturen eine wichtige Rolle spielen⁶⁸². Dahingegen zielt Legalität als rechtlicher Begriff auf formelle, Kultur unabhängige Bedingungen ab, insbesondere auf das Einverständnis der Staaten. Legalität ist die aufgeklärte Antwort auf die Feststellung des herrschenden normativen Dissenses.

- Der Vorschlag ist streng normativ, beinhaltet keine konkreten Maßnahmen und verkennt ferner die historische und rechtsphilosophische Dimension des geltenden Legalitätsrahmens⁶⁸³. Für den geltenden Legalitätsrahmen und die daraus sich herleitende Legitimität sprechen drei Faktoren: Der tatsächliche Staatswille; seine Prägung im Laufe eines historischen Prozesses; und die Übereinstimmung seiner rechtsphilosophischen Prämissen mit jenen der Aufklärung. Buchanans und Keohanes Legitimationsmodell erweckt in dem Leser den Eindruck, vor einem Gegenstand politischer „Ingenieurskunst“ zu stehen.
- Der sogenannte „transnational civil society channel of accountability“ ist selbst legitimationsbedürftig. Weil er selbst die Bedingungen des vorgeschlagenen Legitimationsmodells nicht erfüllt, kann er nicht auf GGI übertragen, was er selber nicht hat, nämlich Legitimität. Dramatisch ist in diesem Sinne der Fall der teilweise aus Experten zusammengesetzten NGOs⁶⁸⁴.

⁶⁸² S. Bodansky, Daniel „The Concept of Legitimacy in International Law“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 314.

⁶⁸³ Ebd. S. 314.

⁶⁸⁴ S. Pellet, Alain „Discussion“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 102.

Im Grunde genommen lautet die wichtigste Frage hinsichtlich der Legitimität von GGIs, ob Verträge zwischen Unrechtstaaten wie Kuba, Nordkorea oder Iran und demokratischen Staaten rechtliche Gültigkeit haben. Dürfen die sich daraus herleitenden Verpflichtungen bedenkenlos außer Acht gelassen werden, weil sie in Anbetracht der mangelnden Legitimität von Unrechtstaaten keine normative Kraft beanspruchen können? Ist dies der globalen Gerechtigkeit zuträglich?

3.4.2.4 Schlussfolgerungen

Man kann nicht leugnen, dass ein Prozess auf der internationalen Ebene im Gang ist, im Laufe dessen verschiedenartige neue Machtzentren entstanden sind oder sich konsolidiert haben. Dabei handelt es sich um einen Prozess innerhalb eines breiteren Prozesses, nämlich der Differenzierung des Völkerrechts und der Expansion seines Geltungsbereiches auf neue Subjekte und Regulierungsgegenstände. Beide Prozesse hängen eng mit der Entwicklung des völkerrechtlichen Vertragsrechtswesens zusammen.

Die relative Unabhängigkeit der entstandenen Regime hinsichtlich organisatorischer Themen und die strenge Spezialisierung derselben lassen die Frage auftauchen, ob sich das Völkerrecht mit einem Fragmentierungsprozess konfrontiert sieht, der seine Einheit bedroht. Diese Frage erlangt besondere Bedeutung hinsichtlich des UN Systems, dessen Prinzipien dem allgemeinen Völkerrecht zugrunde liegen. Der Expansion- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts findet vor dem Hintergrund der zunehmenden – zumindest theoretisch – Verstärkung des Sicherheitsrats und der UN im Allgemeinen statt.

Diese neuen Machtzentren verfügen über breitere Kompetenzen, was ihnen ermöglicht, ihr ursprüngliches Mandat derart auszulegen und auch zu modifizieren, dass es nicht mehr vom originellen Staatswillen gedeckt wird. Sie sind auch im Stande, eigene Ziele in Unabhängigkeit von jenen der Mitgliedstaaten zu setzen und zu verfolgen. Dazu bedienen sie sich an Normen. Dadurch kommen neue Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten

zustande, welche ihren Ursprung nicht direkt in dem Einverständnis derselben finden.

Aus der Aktivität solcher internationalen Regime entsteht das von der Politikwissenschaft benannte *global governance* (GG)-Phänomen. Es charakterisiert sich u.a. durch seinen unmittelbaren Einfluss auf Bereiche, welche dem *domaine réservé* der Staaten angehörten, insbesondere auf wirtschaftliche, umwelt- und menschenrechtsbezogene Fragen. GG und Fragmentierung des Völkerrechts sind zwei Seiten derselben Medaille.

Die Fragmentierung des Völkerrechts stellt nicht nur die Einheit der internationalen Rechtsordnung, sondern auch die normative Kraft ihrer Prinzipien infrage. Und dies, weil sich die entstandenen Regime um anderslautende Prinzipien herum organisiert haben und dadurch die allgemeinen völkerrechtlichen Prinzipien zu verdrängen drohen. Der Bericht des von der ILC eingesetzten Gremiums zum Thema Fragmentierung enthält nicht nur eine Diagnose der herrschenden Lage, sondern schiebt auch dem Phänomen einen Riegel vor, indem das Gremium, ohne hierarchische Beziehungen festzustellen, die Subsidiarität der allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts in Bezug auf jene Regime bestätigt und erklärt. In diesem Sinne ist die systemische Einheit und die normative Kraft der internationalen Rechtsordnung gewährleistet. Die entstandenen Regime sind somit das Ergebnis der Expansion und Differenzierung des Völkerrechts – sie teilen nicht nur dessen Prinzipien, sie sind auch ihnen unterworfen.

Dessen ungeachtet bleibt die Frage offen, ob die Entwicklung der GGs zu einer internationalen Herrschaftsform stärkere Legitimationsquellen als das Konsensprinzip, sprich Demokratie braucht. Diese Frage stellt sich insbesondere hinsichtlich internationaler wirtschaftlicher Institutionen wie dem IMF, der WB oder der WTO. Die angebliche Illegitimität solcher Institutionen ist ein Komplex aus Faktoren verschiedenartiger Natur. Auf der einen Seite werden all diese Institutionen als Instrument der Globalisierung angesehen. Und Globalisierung ist ein Prozess, welcher - so die herkömmliche Kritik - starken Einfluss auf die Wohlfahrt abertausender Menschen hat, jedoch ohne deren Einverständnis. Sie richtet sich ferner nach den Interessen der mächtigsten Staaten und

transnationalen Korporationen der Welt, welche den wirtschaftlichen Rahmen derart gestalten, dass sich schwächere Staaten ihm unterwerfen sollen. Die Mitgliedschaft in solchen Institutionen ist für jene schwache Staaten angesichts der damit verbundenen Nachteile kaum als freiwillig zu betrachten. Letzten Endes verselbständigen sich solche Institutionen derart vom aktuellen Willen der Mitgliedsstaaten, dass die rechtstaatliche Legalitätskette, welche durch das Konsensprinzip zum Ausdruck kommt, geschwächt wird. Für demokratische Staaten ist die Entnationalisierung bestimmter Bereiche mit Deparlamentarisierung und Verstärkung der Regierungsrolle eng verbunden.

Pellet sieht die Legitimation solcher GGIs ebenfalls durch einen Komplex begründet⁶⁸⁵:

- Die Mitgliedschaft in solchen Institutionen bleibt freiwillig: Die Mitgliedschaft gründet auf dem Willen des Staates.
- Entscheidungen werden durch Mechanismen getroffen, welche formell die Staatssouveränität achten.
- Der „compliance pull“ gründet auf dem Wunsch, die aus der „non compliance“ sich herleitenden Nachteile zu vermeiden, aber auch auf der Möglichkeit, von Hilfemaßnahmen zu profitieren.

Pellet betrachtet also die zwischen Staaten, insbesondere innerhalb von GGIs herrschenden Ungleichheiten hinsichtlich Macht und Einfluss als „unfair“, doch bildet dies keinen Grund dafür, die GGIs an sich selbst für illegitim zu halten. GGI sind also „unfair but legitimate since it is expressly provided for in the Statutes of both organisations and, more deeply, because it is an exact reflexion of the unequal distribution of power among the states“⁶⁸⁶.

Pellet ist darin zuzustimmen, dass die Herstellung materieller Gleichheit oder politischer Fairness zwischen den Staaten kein Ziel des Völkerrechts ist, sondern Koexistenz und Kooperation auf der Basis souveräner Gleichheit (Gleichberechtigung, rechtlicher Fairness) zu ermöglichen. In

⁶⁸⁵ S. Pellet, Alain „Legislative and Executive Actions of International Institutions“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 68 ff.

⁶⁸⁶ Ebd. S. 71 ff.

diesem Sinne ist von der Legalität bzw. formellen Legitimität solcher GGIs auszugehen, sofern sie auf dem Einverständnis der Staaten gründen und im Einklang mit dem völkerrechtlichen Legalitätsrahmen stehen. GGIs sind Ausdruck der progressiven Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und dementsprechend positiv zu bewerten. Dennoch bereiten Entnationalisierung und Deparlamentarisierung große Legalitätsprobleme insbesondere für demokratische Staaten, in denen der Staatskonsens in eine Legalitätskette eingebettet wird, die letzten Endes auf dem Volkswillen beruht; ferner weil mit der Verstärkung der Regierungsmacht anhand der Bürokratie von GGIs eine verdeckte Einschränkung der Bürgerrechte einhergehen könnte. In diesem Rahmen ist es notwendig, die staatliche Legalitätskette zu verstärken. Parlamente sollen in diesem Bereich breitere Kontrollkompetenzen über die internationalen Beziehungen und über die Regierung selbst erlangen. Die staatlichen Legislaturen sollen ferner bei der Staatswillensbildung die Möglichkeit mit in Betracht ziehen, dass die GGIs weitere Kompetenzen in Anbetracht der gesetzten Ziele an sich ziehen und somit dem dynamischen Moment des Staatswillen gerecht werden. Nicht zuletzt ist die Ermöglichung rechtlicher Kontrolle über die Aktivität solcher GGIs im betroffenen Staate zu nennen. D.h., die Unterwerfung der Aktivitäten der Regierung und der GGIs unter rechtsstaatliche Kontrollmechanismen und dementsprechend im Einklang mit dem Legalitätsprinzip. Notwendig ist ebenso die statutarische Verankerung gewisser Grenzen der Aktivitäten von GGIs, insbesondere hinsichtlich der Ausweitung des ursprünglichen Mandats.

Über jene Fragen hinaus, also wie die demokratische Legalitätskette innerhalb des Staaten hinsichtlich GGIs modifiziert bzw. verstärkt werden soll, ist Demokratie kein Gegenstand des Völkerrechts⁶⁸⁷. Das Völkerrecht kann nicht von den Staaten als Bedingung der Geltung völkerrechtlicher Normen verlangen, dass sie ihre politischen Verfassungen demokratisch gestalten. Auf jeden Fall ist es schwierig, in Buchanans und Keohanes Demokratiebegriff die wesentlichen Merkmale der Demokratie zu erkennen. Es ist wahr, dass sie nicht die Übertragung der Mehrheitsregel

⁶⁸⁷ S. Pellet, Alain „Legislative and Executive Actions of International Institutions“ in Wolfrum (Hrsg.) „The Legitimacy of International Law“ 2008, S. 66.

auf die internationale Ebene etwa anhand der „domestic analogy“ oder die Errichtung einer demokratischen Weltrepublik als Ziel vorschlagen. Dennoch verstehen sie unter Demokratie Aspekte, die sehr umstritten sind. Denn Demokratie ist mehr Freiheit als Wohlfahrt, eher Unterbindung der Staatswillkür als soziale Gerechtigkeit. Und eben dies scheint den Kern des Demokratiebegriffes unserer Autoren auszumachen: die Förderung der Wohlfahrt und nicht die Vermeidung der Willkür.

Willkür ist auf jeden Fall Missachtung der Legalität. Damit sie nicht allseits verurteilt wird, nimmt sie für sich die Sprache der Moral in Anspruch und nennt sich „legitim“.

3.5 Das Paradoxon der „illegalen Legitimität“

Art. 2 (4) der UN Charta spielt eine besondere Rolle im völkerrechtlichen Legalitätsrahmen und im System der kollektiven Sicherheit der UN. Das Gewaltverbot ist die Krönung eines historischen Prozesses, im Laufe dessen ein Paradigmenwechsel stattfand: Vom Krieg als erlaubtes Rechtsmittel und politisches Instrument zu seiner definitiven Ächtung – im Wesentlichen stimmt es mit dem Kantischen kategorischen Friedensimperativ („es soll kein Krieg geben“. Friedenschrift) überein, sodass ihm auch moralischer Rang zuzusprechen ist. Art 2 (4) UN Charta gewährleistet die territoriale Unversehrtheit und die politische Unabhängigkeit der Staaten und untersagt die Androhung oder Anwendung von Gewalt. Er ist eine Norm des *ius cogens*, d.h. es geht hier um ein von der internationalen Gemeinschaft anerkanntes Prinzip, von dem Abweichungen nicht zulässig sind. Darüber hinaus bestätigt Art. 103 der UN Charta ihren höheren Rang, indem er ihr als eine sich von der UN Charta für die Mitgliedstaaten ergebenden Verpflichtung Vorrang vor anderen von den Mitgliedstaaten eingegangenen Verpflichtungen, welcher Art auch immer, gewährt. Dazu kommt ihre Natur als universelles Völkerrecht, die ihr außerdem Primat auch vor speziellen regionalen Normen einräumt. Die Stellung dieses Prinzips sowohl im Legalitätsrahmen als auch im System der kollektiven Sicherheit der UN ist für beide definitorisch und dementsprechend nicht mit der Stellung, welche

weiteren Werte oder Prinzipien in der internationalen Rechtsordnung eventuell zukommen kann, zu vergleichen. Denkt man das Gewalt- und Interventionsverbot weg, relativiert man sie grundsätzlich, verliert alsdann die internationale Rechtsordnung ihr Fundament. Dies bedeutet nicht, dass es keine Rechtsordnung gäbe, sondern dass sie nicht mehr das seit 1945 geltende Rechtssystem wäre. In diesem Sinne sollten Art. 2 (4) UN Charta als jene Prinzipien des Deutschen Grundgesetzes gedacht werden, welche durch die Ewigkeitsklausel garantiert werden.

Zwei Ausnahmen sind jedoch von der UN Charta ausdrücklich vorgesehen:

- Art. 51 UN Charta. „Das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung“ bis der Sicherheitsrat eingeschaltet wird und er Maßnahmen für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit ergriffen hat.
- Kapitel VII u. VIII UN Charta – Gewaltmonopol des Sicherheitsrates. Der Sicherheitsrat kann im Falle einer Bedrohung, Verletzung des Weltfriedens oder einer Angriffshandlung Militärmaßnahmen treffen, die von den Mitgliedstaaten durchgeführt werden können. Hierzu erfolgt in der Regel eine Ermächtigung des Sicherheitsrates, die einzelnen Staaten, *ad hoc*- Bündnissen oder anderen internationalen Organisationen erteilt werden kann.

Außerhalb dieses Rahmens gilt die Androhung oder Anwendung von Gewalt als Verstoß gegen die UN Charta und dementsprechend als illegal, in Anbetracht des moralischen Ranges des Art. 2 (4) auch als sittenwidrig bzw. illegitim. Die Bombardierungen Serbiens durch die NATO 1999 wirkten – so Paech – wie „Hebammen bei der Geburt der neuen Interventionskonzepte“⁶⁸⁸, welche dem Krieg gegen den Terrorismus ebenfalls zugrunde liegen. Dennoch ist auch die Mitwirkung der UN-Organen selbst an der Schwächung des Gewaltverbotes anzuerkennen - bereits Kofi Annan adressierte 1999 die Generalversammlung der UN mit

⁶⁸⁸ Paech, Norman „Epochenwechsel im Völkerrecht? Über die Auswirkungen der jüngsten Kriege auf das UNO-Friedenssystem“ Aus Politik und Zeitgeschichte B 43/2004, S. 24.

der Erklärung: „massive and systematic violations of human rights ... should not be allowed to stand ... state sovereignty, in its most basic sense, is being redefined by the forces of globalization and international cooperation“⁶⁸⁹.

Jene Interventionskonzepte fordern nicht nur das System der kollektiven Sicherheit heraus, sondern auch den völkerrechtlichen Legalitätsrahmen in Anbetracht der zentralen Stellung, welche Gewaltverbot und Friedenssicherung in beiden einnehmen. Friedenssicherung bleibt das Hauptziel der internationalen Rechtsordnung – Friedenssicherung wohnt also dem internationalen Legalitätsrahmen inne. In demselben hat die sogenannte unilaterale „humanitäre Intervention“ bis heute keinen rechtlichen Platz gefunden.

Der Ausdruck „illegal, doch legitim“ hat sich als Notrechtfertigung des Kosovo-Krieges etabliert. Mit ihm bezieht man sich auf die faktische Illegalität des Krieges – er wurde ohne Mandat bzw. Ermächtigung des Sicherheitsrates gewagt und bildete deswegen einen Verstoß gegen Art. 2 (4) der UN Charta (formaler Rechtsaspekt) -, welcher in Anbetracht des massiven Unrechts gegen die Bevölkerung des Kosovos außer Acht gelassen werden sollte – es handelte sich um einen humanitären Notstand (substantieller Moralaspekt). Zu bemerken ist, dass sich die NATO ausdrücklich nicht auf die Lehre der humanitären Intervention berief und dass sie sich, „wo und wann immer ihr das möglich ist, auf die UN-Charta und den Sicherheitsrat“⁶⁹⁰ stützte, um ihre Aktivität bezüglich des Kosovos zu rechtfertigen. Auf diese Weise präsentierte sich die NATO als eine Instanz, welche im Sinne der internationalen Gemeinschaft handelte, indem sie die von der UN formulierte Politik (Insbesondere Sicherheitsrat Res. 1160 u. 1190) durchsetzte und auf diese Weise die Schwächen des Systems überhaupt korrigierte. Der moralische Aspekt der Gleichung „illegal, doch legitim“ liegt dementsprechend in der internationalen Rechtsordnung selbst angesiedelt. Die Legitimität des NATO Angriffes ist

⁶⁸⁹ S. Franck, Thomas M. „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power“ AJIL Vol. 100, Nr. 1, 2006, S. 99.

⁶⁹⁰ Simma, Bruno „Die NATO, die UN und militärische Gewaltanwendung: Rechtliche Aspekte“ in Merkel (Hrsg.) „Das Kosovo-Krieg und das Völkerrecht“ 1. Aufl. 2000, S. 29.

also Ausdruck eines „moralistischen Positivismus“⁶⁹¹, aber auch dessen, was Koskenniemi „Instrumentalismus“ / „Deformalization“ bzw. „the turn to ethics in International Law“⁶⁹² nennt, d.i. die Überzeugung, dass „legal rules are insufficient, or unreasonable“ (Souveränität, Gewaltverbot). Deshalb kann ausschließlich die kontextuelle Beurteilung der Lage vor Ort eine angemessene Antwort geben. Diese kontextuelle Beurteilung ist von Experten, also Juristen in Anbetracht relevanter Informationen und anhand flexibler Standards, als auch moralischer Werte durchzuführen. In diesem Sinne nimmt die Beurteilung die Gestalt einer Abwägung zwischen Werten, Prinzipien und open-ended Normen ein. Daran ist die verschiedenartige Natur der zwei entgegengesetzten Begriffe, nämlich Legalität und Legitimität, zu erkennen. Der Legalität wohnen der Rechtsformalismus und der ihm zugrunde liegende Universalismus inne. Rechtsformalismus ist eine Methode, die der Willkür Grenzen setzt. Es handelt sich um eine Kultur der Zurückhaltung („a culture of restraint“) und der Verpflichtung, die Gründe Andersdenkender zu respektieren. Dahingegen ermöglicht die ethische Wende im Völkerrecht „a culture of dynamism, who can, may“⁶⁹³. Dabei herrscht nicht nur moralischer Partikularismus, sondern auch schiere Willkür, nämlich jene der Mächtigsten: Beiden bedienen sich eines bestimmten Wortschatzes, nämlich jenes der *global governance*, um die altmodische und ineffektive Sprache des Rechtes (legal / illegal) abzulösen⁶⁹⁴. Koskenniemi sieht also bei dem NATO-Angriff auf Serbien eine bestimmte Denkweise am Werk, die er – wie wir es bereits erklärt haben – „managerial mindset“ nennt. Sie charakterisiert sich durch ihre teleologisch-pragmatische Betrachtung, die in dem Recht bestenfalls nur dann ein Instrument erkennt, wenn es ihren Zielen zuträglich ist – „if the law fails to lead into those purposes, or worse, obstructs them, then of course there is no reasons to apply it“⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ S. Paech, Norman „Epochenwechsel im Völkerrecht? Über die Auswirkungen der jüngsten Kriege auf das UNO-Friedenssystem“ Aus Politik und Zeitgeschichte B 43/2004, S. 25.

⁶⁹² S. Koskenniemi, Martti „The Turn to Ethics in International Law“ Vortrag Bukarest, 2002.

⁶⁹³ Koskenniemi, Martti „The Turn to Ethics in International Law“ Vortrag Bukarest, 2002, S. 24.

⁶⁹⁴ Koskenniemi, Martti „Global Governance and Public International Law“ Kritische Justiz 2004, S. 17.

⁶⁹⁵ Ebd. S. 13.

Angesichts des massiven Unrechts gegen die Kosovaren, dürfe die serbische Souveränität nicht als eine Barriere gegen die Intervention der NATO wirken – Souveränität ist dann nichts Weiteres als eine formelle Norm. Dies ist die Logik, welche – Koskenniemi zufolge - dem Diktum „illegal but necessary“ zugrunde liegt.

Weil sich Herdegens Stellung hinsichtlich der Relativierung des Gewaltverbots nach einem ethischen, die partikulären Umstände berücksichtigenden Werteabwägungsmodells richtet, scheint sie zumindest teilweise einige von den theoretischen Elementen zusammenzufassen, welche Koskenniemi dem „managerial mindset“ zuspricht. Wie bereits dargestellt, vertritt Herdegens Postulate, die mit denen der New Haven School übereinzustimmen scheinen. Vor allem erkennt er im Kosovo-Krieg die Bestätigung für eine „prozesshafte(n) Sichtweise des Völkerrechts“⁶⁹⁶, welche letzten Endes auf die Verwirklichung gemeinschaftlicher Werte wie dem der Menschenwürde mittels eines diffusen, gesellschaftlich offenen Abwägungsprozesses abzielt. Bei diesem Prozess kommt dem Jurist die Aufgabe zu, „die Strukturen des autoritativen Entscheidungsprozesses zu identifizieren, wobei es nicht nur auf formelle, sondern gerade auch auf informelle Entscheidungsprozesse und –kriterien ankomme“⁶⁹⁷. Der Jurist als Rechtskundiger bzw. Rechtswissenschaftler wird auf diese Weise zum „Anwalt der Gemeinschaft“⁶⁹⁸, der dazu im Stande dazu ist, gemeinschaftliche von partikulären Interessen zu unterscheiden.

Herdegens erklärt, wie die besondere Stellung des Gewaltverbots in unseren Tagen rechtlich nuanciert werden soll. Indem man das Völkerrecht als eine Werteordnung konzipiert⁶⁹⁹, legt man das Völkerrecht i.S.v. einem ethischen System aus, in dem Prinzipien gegeneinander abgewogen werden können und sollen. Die Abwägung findet zwischen gleichwertigen Größen statt. Bereits in dieser Konzeption finden wir den ersten Ansatz, die vorrangige Stellung des Gewaltverbots zu relativieren und zwar „zugunsten des Schutzes elementarer Menschenrechte“⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Herdegens, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4, S. 34.

⁶⁹⁷ Paulus, Andreas L. „Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht“ 2001, S. 194.

⁶⁹⁸ Ebd. S. 195.

⁶⁹⁹ S. dafür Herdegens, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 14, S. 53 ff.

⁷⁰⁰ Herdegens, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4, S. 222.

Dieses „Abwägungsmodell“ fand zum ersten Mal 1999 im NATO-Krieg gegen Serbien Ausdruck, der ein „Wendepunkt in der völkerrechtlichen Beurteilung der humanitären Intervention“⁷⁰¹ markiert hat. Dabei wurde das Gewaltverbot gegen Menschenrechte abgewogen und in Anbetracht derselben als eine „nicht absolute Verbotsregel“ betrachtet und dementsprechend zugunsten der Menschenrechte suspendiert. In diesem Sinne führt Herdegen die „Neugewichtung des Verhältnisses staatlicher Souveränität (Gewaltverbot) und des Schutzes elementarer Menschenrechte“⁷⁰² auf das Zusammenspiel zwischen einigen wenigen Rechtswissenschaftlern und der Staatengemeinschaft zurück.

Herdegen ist sich dennoch darüber im Klaren, dass die Einführung solcher Methodologie in das Völkerrecht zur „Auflösung einer verlässlichen juristischen Methodik und eines stabilen Systems klar umgrenzter Rechte und Pflichten“⁷⁰³ führen kann. In diesem Sinne birgt die Verdrängung formeller Normen durch Auslegungsmechanismen insbesondere hinsichtlich der territorialen Unversehrtheit der Staaten die Gefahr, breitere Auslegungsspielräume offen zu lassen, die in der Regel von den mächtigsten Staaten und ihren Hierarchien dazu genutzt werden können, ihre Interessen durchzusetzen. Folge dieser Entwicklung ist Rechtsunsicherheit, die allerdings durch „operable Abwägungskriterien“ – so Herdegen - überwunden werden kann. Auf jeden Fall soll sich die völkerrechtliche Rechtswissenschaft die Frage stellen, ob das Gewaltverbot zugunsten anderer Grundrechte der internationalen Rechtsordnung relativiert werden kann. Und die Antwort auf diese Frage kann nicht der Hinweis auf den Wortlaut und die Spielregeln der UN Charta sein. Mit dieser Feststellung weist Herdegen auf den historischen Rahmen hin, aus welchem die UN Charta entstanden ist. Die UN Charta ist demzufolge ein historisches Instrument, das seit 1945 keine Veränderungen erfahren hat und dennoch den Herausforderungen der jetzigen Zeit angepasst werden soll. In ihrer Logik steht die Absicherung der Dispositionsmacht jedweden Staates nach innen und nach außen mit Unabhängigkeit seiner politischer Verfassung im Vordergrund. Mit dieser

⁷⁰¹ Ebd. Rn. 4, S. 222.

⁷⁰² Ebd. Rn. 4, S. 34.

⁷⁰³ Ebd. Rn. 15, S. 54.

Entscheidung räumt die UN Charta bestimmten Prinzipien – dem Gewaltverbot, der souveränen Gleichheit der Staaten – den Vorrang gegenüber anderen gleichwertigen, dennoch konkurrierenden Prinzipien ein, wie etwa die Menschenrechte, und stellt somit asymmetrische Beziehungen zwischen gleichrangigen Prinzipien her.

Dies ist beim Sicherheitsrat besonders sichtbar. In ihm wird das Gewaltverbot dermaßen geschätzt, dass gleichwertige Prinzipien wie die Menschenrechte vernachlässigt werden. Dabei geht es um politische Interessen der Mitgliedstaaten und nicht um rechtliche Überlegungen. Von daher behauptet Herdegen: „Die gewaltsame Durchsetzung elementarer Völkerrechtsstandards scheitert grundsätzlich am Gewaltverbot“⁷⁰⁴. Die Lähmung des Sicherheitsrates während der Kosovo-Krise lässt sich aus dieser Perspektive erklären – eine befremdende Kritik, wenn man bedenkt, dass sie von einem Völkerrechtler stammt, denn eben jene Unmöglichkeit, Werte gewaltsam durchzusetzen, gilt völkerrechtlich als Tugend. Herdegens Kritik am System der kollektiven Sicherheit geht noch einen Schritt weiter: Die Legitimationsgrundlage des Sicherheitsrats, die sich im Grunde genommen nach dem von Hobbes beschriebenen Verhältnis zwischen Gehorsam und Schutz erklären lässt, könnte von der Einschränkung staatlich individueller Handlungsfreiheit zugunsten kollektiver Entscheidungen des Sicherheitsrates bei Sicherheitsfragen Schaden nehmen. In Anbetracht dessen entfällt die Verpflichtung der Staaten, sich an dessen Entscheidungen, ferner an die UN Charta zu halten, wenn der Sicherheitsrat nicht dazu im Stande ist, seine friedenssichernde und schutzgewährende Rolle einzulösen⁷⁰⁵. Letzten Endes herrscht auf diesem Gebiet Rechtsunsicherheit. Die internationale Gemeinschaft soll dies berücksichtigen und auf der Ebene der Rechtsfolgen dem Rechnung tragen. In diesem Sinne spricht Herdegen von „geminderter Rechtswidrigkeit“⁷⁰⁶ von Staaten und ihren Amtsträgern bei Verletzungen des internationalen Legalitätsrahmens. Was bleibt dann vom Recht übrig?

⁷⁰⁴ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4, S.224.

⁷⁰⁵ Ebd. Rn. 4, S.224.

⁷⁰⁶ Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4, S.225.

Das Hauptproblem des Kosovo-Krieges liegt jedoch darin, dass die Argumentation, welche ihm letzten Endes Legitimität trotz dessen Illegalität verleihen soll, „die Tür zur noch weitergehenden Interventionen“⁷⁰⁷ geöffnet hat. Tatsächlich kann in Anbetracht der letzten Feldzüge der USA (Irak 2003) und Russlands (Georgien 2008) die Relativierung des Gewaltverbotes angesichts ethischer Überlegungen nicht mehr als Ausnahme vom System der kollektiven Sicherheit der UNO gelten – Kosovo bildet eben einen Präzedenzfall für beide. In mancher Hinsicht bot diese Betrachtung als Ausnahme die wahre Legitimationsbasis für den Kosovo-Krieg an: Er war nicht nur „illegal, doch legitim“, er war vor allem eine nicht zu wiederholende und zu rechtfertigende Ausnahme von der UN Charta, ja ein Notfall, die Regel bestätigende „exceptio“, die nie zum „Präzedenzfall“ werden sollte. So haben es dann auch Autoren wie Simma, Habermas, Preuß und Höffe 2000 gedeutet⁷⁰⁸.

Die *New National Security Strategy* (NNSS) vom September 2002 befindet sich wohl im Banne der Relativierung des Legalitätsrahmens anhand moralischer und strategischer Überlegungen. Die Bush-Doktrin, die George W. Bush zum ersten mal in seiner West-Point Rede verkündigte und später zum Fundament der NNSS wurde, erklärt, dass die Vereinigten Staaten „nicht nur präemptiv und unilateral militärische Gewalt“ ausüben werden, „wann und wo sie es wollen, die Nation wird auch diejenigen bestrafen, die sich an Terror und Aggression beteiligten, und werden daran arbeiten, universell den moralischen Unterschied zwischen Gut und Böse klarzustellen“⁷⁰⁹. Diese Doktrin zieht sich wie ein roter Faden vom Antiterrorkampf in Afghanistan 2001 bis hin zum amerikanischen Einmarsch in Irak 2003 und Guantanamo Bay. Im Grunde genommen steht sie auch – wie Herdegen meint – für die weitere Relativierung des Gewaltverbots und des Entscheidungsmonopols des Sicherheitsrates in

⁷⁰⁷ Paech, Norman „Epochenwechsel im Völkerrecht? Über die Auswirkungen der jüngsten Kriege auf das UNO-Friedenssystem“ Aus Politik und Zeitgeschichte B 43/2004, S. 25.

⁷⁰⁸ S. Merkel, Reinhard (Hrsg.) „Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht“ 1. Aufl. 2000.

⁷⁰⁹ S. Paech, Norman „Epochenwechsel im Völkerrecht? Über die Auswirkungen der jüngsten Kriege auf das UNO-Friedenssystem“ Aus Politik und Zeitgeschichte B 43/2004, Fn. 38, S. 26.

Anbetracht anderer Grundwerte der internationalen Rechtsordnung⁷¹⁰. Sie steht aber auch für den Verzicht auf die Objektivität der (internationalen) Gemeinschaft, deren Ausdruck das (Völker)Recht ist, zugunsten des subjektiven Partikularismus der Macht.

Angeichts dieser Entwicklungen scheint die Frage gerechtfertigt, ob jene fundamentalen Prinzipien des Legalitätsrahmens an Bestimmtheit („Determinacy“) und folglich an „Legitimität“ eingebüßt haben. Franck widmet sich dieser Frage in seinem „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power“ (2006). Aus seiner Sicht erlauben weder die Rhetorik der Staaten hinsichtlich der Rechtfertigung ihrer eigenen Handlungen, noch die Handlungen an sich selbst einen solchen Schluss. Damit bezieht er sich auf die allgemeine Praxis der Staaten, sogar „scofflaws“⁷¹¹ ihr Verhalten als legal, also als völkerrechtsmäßig zu beschreiben und zu „verkaufen“. Dies ist eine Frage der Wahrnehmung der Staaten, denn sogar diejenigen, welche sich bewusst völkerrechtswidrig verhalten, indem sie ihr eigenes Verhalten als rechtsmäßig beschreiben, erkennen den Wert und die Geltung der verletzten Normen an. In diesem Sinne bleiben die wesentlichen Normen des Völkerrechts gültig und als Beurteilungsmaßstäbe in Kraft. Dennoch ist deutlich zu erkennen, dass sie für eine andere Welt und für eine andere Zeit gedacht wurden, nämlich für die Welt und die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg. „Thus, it is primarily obsolescence, not desuetude, that threatens the system’s determinacy“⁷¹², folgert Franck. Die neuen Herausforderungen, welche die bewährten Normen obsolet erscheinen lassen, stellen sich auf dem Bereich des Gewaltverbotes hinsichtlich der sogenannten humanitären Intervention und auf dem Bereich der Selbstverteidigung. Ereignisse wie der Kosovo-Krieg oder der amerikanische Feldzug in Irak 2003 deuten auf das Bedürfnis hin, die maßgebenden Normen den Herausforderungen unserer Zeit anzupassen. Dies erfordert Reformen der Entscheidungsmechanismen und der Implementierungsmechanismen des Sicherheitsrates bezüglich kollektiver

⁷¹⁰ S. Herdegen, Matthias „Völkerrecht“ 7. Aufl. 2008, Rn. 4, S.223.

⁷¹¹ Franck, Thomas M. „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power“ AJIL Vol. 100, Nr. 1, 2006, S. 98.

⁷¹² Ebd. S. 98.

Maßnahmen bei humanitären Krisen und hinsichtlich Maßnahmen, um terroristische Angriffe im Voraus zu vermeiden.

Der völkerrechtliche Legalitätsrahmen gründet auf der rechtsphilosophischen Annahme, dass es außerhalb der Legalität keine weiteren Verbindlichkeitsquellen gibt. Ferner, dass die Legalität selbst ein moralisches Fundament hat. Beide Aspekte führen zur Betrachtung der Legalität als einzige Legitimationsquelle. Verpflichtungen, Normen sind legitim, weil sie legal sind. Zu behaupten, dass eine rechtswidrige Verpflichtung zugleich für legitim zu halten ist, ist ein theoretisches Unding. Es ist auch die Revidierung vormoderner rechtlicher Schemata, in denen Legalität und Legitimität noch keine differenzierten Begriffe bildeten.

Dennoch beleuchtet dieses Paradoxon einen wichtigen Aspekt jedweder Rechtsordnung, nämlich den rechtlichen Wandel, die Anpassung der Normen an die Zeit und an ihren Herausforderungen. Rechtsverletzungen können letzten Endes als Wandelansätze gedeutet werden. Sie können also das Recht zu einem Erneuerungsprozess führen, dennoch es nicht außer Kraft setzen – Rechtsverletzungen bleiben Rechtsverletzungen bis sie als neues Recht angenommen werden. Ein *caveat* ist dennoch anzumelden: Rechtsverletzungen können nur dann das Recht zum Wandel bringen, wenn sie von der ganzen Rechtsgemeinschaft getragen werden.

Schlussfolgerungen

Der Gedanke des Primats der Legalität über Legitimationsüberlegungen entsteht im 19. Jahrhundert. Rechtsphilosophisch ist die Differenzierung zwischen Legitimität und Legalität der strikten Trennung zwischen Recht und Moral zu verdanken. Die zwischen beiden liegenden Unterschiede sind nicht nur begrifflicher, sondern auch funktioneller Natur. Nach dem bekannten Motto, ein Recht auf Alles entpuppt sich als ein Recht auf nichts, schränken Legalität und Rechtsformalität die absolute Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte ein. Erst dann wird die rechtliche Handlungsfreiheit derselben garantiert („Legitimation durch Limitation“). In

diesem Sinne beanspruchen Legalität und Rechtsformalität moralischen Rang. Indem sie die Koexistenz ermöglichen, bilden sie die Bedingung der Möglichkeit der Kooperation zwischen Rechtssubjekten.

Dahingegen ist Legitimität ein offener Begriff. Was legitim und was illegitim ist, sind Fragen, welche nur im Zusammenhang mit den materiellen Kriterien des befragten Gegenstandes beantwortet werden können. Während Legalitätsurteile Taturteile sind, bilden Legitimitätsurteile subjektive Werturteile. In diesem Sinne bildet Legitimität im Allgemeinen keinen rechtlichen Begriff und bleibt für die rechtliche Methodologie unzugänglich.

Zwischen politischem Liberalismus, Rechtsstaat und Legalität besteht historisch und begrifflich ein enger Zusammenhang. Mit dem liberalen Rechtsstaat schuf man ein auf die Ermöglichung des Zusammenlebens gerichtetes politisches Gebilde, dessen Grundlage die Unparteilichkeit des Rechtes ist. Positiv gründet er auf dem Willen der Bürger (Selbstbestimmung), negativ auf der Unverfügbarkeit bestimmter Rechte. Ferner baut er auf dem Verzicht auf „letzte Gründe“: In ihm wird das Recht zur Technik „vorletzter Gründe“. Diese kommen durch ein auf Objektivität bzw. Unparteilichkeit gerichtetes, rechtliches Verfahren zur Geltung. Der Gehorsamsanspruch des liberalen Staates gründet auf dieser Konzeption, welche Gestalt in der Legalitätsidee findet. Unter diesen Bedingungen erheben Normen einen Gehorsamsanspruch, der nicht primär auf moralischen Überlegungen gründet, sondern auf jenen formellen Prinzipien und Verfahren. Daraus lässt sich behaupten, dass die herrschende Legitimitätskonzeption nur kraft Legalität möglich ist. Sie ist die einzige von positiven Rechtssystemen anerkannte Legitimationsquelle. In liberalen Rechtssystemen handelt es sich dabei nicht nur um formelle, sondern auch um materielle Legitimität. Über den moralischen Wert der Legalität an sich selbst – Willkürvermeidung als Fundament für Koexistenz und Kooperation – bildet Legalität das Ergebnis der demokratischen Selbstbestimmung der Bürger.

Das im Völkerrecht geltende Legalitätsverständnis ist das Ergebnis verschiedener Einflüsse und historischer Ereignisse. Im Wesentlichen gründet es jedoch auf denselben Voraussetzungen, welche dem liberalen

Rechtsstaate zugrunde liegen: Aufklärung, Vertragstheorien, Kants Philosophie – also auf der Tradition und dem Projekt des Liberalismus. Daraus ergibt sich der Hauptanspruch des Völkerrechts, nämlich einen Koexistenzrahmen zu schaffen, in dem verschiedene Moralvorstellungen und internationale Akteure, aber insbesondere Staaten als seine Hauptsubjekte miteinander zusammenleben können (Natur des Völkerrechts als Koordinationsrecht). Die Idee des Koordinationsrechts selbst hat sich im Laufe der Zeit bis hin zur Idee des Völkerrechts als Friedensordnung entwickelt. Es handelt sich also um Koordination auch im Konfliktfall und zwar unter Ausschluss des Krieges als rechtlischem und politisch-strategischem Austragungsmittel. Diese Idee findet letzten Endes Ausdruck im System der UN. In ihm ist Friedenssicherung nicht ein weiterer Wert unter anderen, sondern ein dem ganzen System sinngebender Wert, welcher weder relativiert noch gegen anderen Werte oder Interesse kontextuell abgewogen werden kann. Der völkerrechtliche Legalitätsrahmen steht eben im Dienste dieser Konzeption des Völkerrechts.

Die Legitimationsdebatte bezieht sich auf einen solchen historischen und theoretischen Rahmen und findet vor einem komplexen Hintergrund statt. Zwei Aspekte bilden die Konturen dieses Hintergrundes: Auf der einen Seite die tiefreichenden Veränderungen der Staatenwelt nach der Niederlage des Kommunismus. Auf der anderen der Expansions- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts.

Im Laufe weniger Jahre ging das Völkerrecht vom Rechtsoptimismus (zum ersten Mal war eine auf dem Rule of Law-Prinzip basierte internationale Rechtsordnung möglich) zur moralischen Erschütterung angesichts des Krieges in der ehemaligen jugoslawischen Republik und des 11. Septembers über. Zugleich sind neue rechtliche Machtzentren entstanden, von denen man fürchtete, sie würden die erreichte prinzipielle Einheit des Völkerrechts bedrohen. Solche Machtzentren sind nichts Weiteres als IOs neuer Prägung. Dabei handelt es sich um hochspezialisierte Regime, die sich nach technischen Prinzipien und Kriterien organisieren. Sie stehen im Dienste der Menschenrechte, des Umweltschutzes, aber auch der wirtschaftlichen Globalisierung, welche nach wie vor als eine Bedrohung

für die Wohlfahrt der Menschen überall in der Welt empfunden wird. Man kann sie angesichts ihrer Organisations- und Durchsetzungskraft „Machtzentren“ nennen, deren Kraft in manchen Bereichen der Wirkung einer staatlicher Regierung ähneln, dies jedoch ohne eine Regierung zu bilden (*global governance*).

Der Expansions- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts ist auch Ausdruck der vorherrschenden Stellung des Vertragsrechtswesens unter den völkerrechtlichen Rechtsquellen und zwar zu Ungunsten des Völkergewohnheitsrechts. Vertragsrecht liegt der Entstehung, der Aktivität von IOs und dem sogenannten sekundären Vertragsrecht zu Grunde. Ein großer Teil der Legitimationsfrage des Völkerrechts hängt mit der Betrachtung dieser Entwicklung zusammen. Sie weist durchaus positive, aber auch negative Aspekte auf. Positiv ist diese Entwicklung insofern zu beschreiben, als mit ihr die weitere Verrechtlichung des internationalen Lebens einhergeht. In diesem Sinne und in Anbetracht der regulierenden Funktion und der Durchsetzungsfähigkeit, welche jene Art von IOs begleiten, ist von der Entstehung neuer Sublegalitätsrahmen zu berichten („konstitutionalisierte Teilordnungen“), wobei sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen und dem allgemeinen völkerrechtlichen Legalitätsrahmen stellt. Unter dem Begriff Fragmentierung erfasste man u.a. die Gefahr, dass die prinzipielle Einheit und die normative Kraft des Völkerrechts durch solche Regime (R) verloren geht, d.h. der allgemeine Legalitätsrahmen würde durch jene Sublegalitätsrahmen abgelöst. Die Antwort auf solche Befürchtungen kam von der ILC, welche eine Kommission ins Leben rief, um sich mit dem Fragmentierungsphänomen zu befassen. Sie erfasste diese Entwicklung eben als einen Expansions- und Differenzierungsprozess des Völkerrechts. In Anbetracht dessen untersteht das Verhältnis zwischen R und allgemeinem Völkerrecht dem Spezialitätsprinzip, wobei dem Völkerrecht subsidiärer Wert hinsichtlich jener R zukommt. Tatsächlich bildet das Völkerrecht eine differenzierte, dennoch kohärente rechtliche Einheit. Die Schlussfolgerungen der Kommission sind weitaus mehr als eine schiere Beschreibung der Umstände, unter denen die Fragmentierung des Völkerrechts stattfand. Sie beanspruchen auch normativen Wert, sofern sie dem

Fragmentierungsprozess Grenzen weisen, d.i. sie geben der Fragmentierung völkerrechtsmäßige Gestalt, sie zeichnen den Rahmen, an dem sich jene R zu halten haben, um weiter mit dem Schutz des allgemeinen Völkerrechts zählen zu können.

Die vorherrschende Rolle, welche dem Vertragsrechtswesen völkerrechtlich zukommt, kann nicht bedenkenlos verurteilt werden. Völkergewohnheitsrecht und Vertragsrecht liegen nicht zwei unterschiedliche, entgegengesetzte Visionen des Völkerrechts zugrunde. Tatsächlich sind die Beziehungen zwischen beiden Rechtsquellen fließend. Dennoch bringt die vorherrschende Stellung des Vertragsrechts bestimmte Vorteile für die internationale Rechtsordnung mit sich. Trotz des Bestandes von open-ended-Normen und der argumentativen Unbestimmtheit der völkerrechtlichen Normen im Allgemeinen, trägt das Vertragsrecht zur Minimierung des Unwissenheitsrahmens bei, wobei die zwischenstaatlichen Beziehungen klarer, bestimmter und vorhersagbarer erscheinen und auf sichere Schienen gebracht werden. Es ist aber nicht nur das. Das Vertragsrechtswesen ist mit bestimmten Verfahren und Normen über die Vertragsproduktion und rechtlichen Auslegungsmethoden verbunden, welche für rechtliche Rationalität und Überprüfbarkeit sorgen. Ferner kommt der enge Zusammenhang zwischen Konsensprinzip und staatlicher Legalität bei Vertragsrecht deutlich zum Ausdruck.

Das Konsensprinzip als Geltungsgrund des Vertragsrechts und des Völkerrechts im Allgemeinen etabliert eine Legalitätskette zwischen Staatswillen und Vertrag. Für demokratische Staaten bedeutet dies, dass jene Instanzen, in welchen die nationale Souveränität angesiedelt ist, eingeschaltet werden, um den internationalen Vertrag demokratisch zu legitimieren. Aber nicht nur sie, auch ordinäre gerichtliche und verfassungsmäßige Instanzen spielen eine wichtige Rolle, um die Konkordanz des Vertrages mit der nationalen Rechtsordnung zu sichern. Es ist eben jene demokratische Legalitätskette, welche in mancher Hinsicht von R und IOs herausgefordert wird. Und dies weil mit der zunehmenden Differenzierung des Völkerrechts auch die

Verselbständigung jener IO und R einhergeht, die auf diese Weise nicht mehr auf den aktuellen Staatswillen angewiesen sind.

Neue und alte IO haben ihre Kompetenz und Aktivität derart expandiert, dass sich die Frage stellt, ob jene Entwicklungen wirklich von den Mitgliedstaaten gewollt werden. Die Verselbstständigung der IO hat zum Hauptprotagonist die unterschiedlichen Bürokratien, welche jene IO nach sachlichen Kriterien regieren und organisieren. Die Erstreckung des Kompetenzfeldes jener IO auf Gegenstände, welche herkömmlich dem *domaine réservé* des Staates angehörten, ermöglicht jenen Bürokratien unmittelbaren Zugriff auf Themen, die bis dann rechtstaatlichen Gesetzgebungsmechanismen und gerichtlichen Instanzen unterlagen. An sich selbst stellt diese Entwicklung kein echtes Problem dar, da Souveränität prinzipiell mit dem Selbsteinschränkungsbefugnis einhergeht. Problematisch ist diese Entwicklung für Demokratien, wenn die Entnationalisierung und Deparlamentarisierung nicht auf Staatssouveränität zurückgeführt werden kann. Hauptproblem dieser Entwicklung ist vor allem die ungeheure Verstärkung der nationalen Regierungen, die somit von rechtsstaatlichen Kontrollmechanismen entzogen werden. Und dies bedroht die individuelle Freiheit der Bürger und dementsprechend auch das liberale Projekt. Aufgrund dessen reicht die Anpassung der parlamentarischen Mechanismen nicht aus, um das statische und das dynamische Moment des Staatswillens in Eintracht zu wahren. Notwendig ist die Verstärkung der gerichtlichen Instanzen, um den Bürgern die Anfechtung freiheitsrestriktiver Normen zu ermöglichen. Es ist in diesem Sinne, in welchem Demokratie für das Völkerrecht relevant wird, denn „eine internationale Instanz, die die Macht des Staates über das Individuum wirksam beschränkt, wird eine der besten Garantien für den Frieden sein“⁷¹³. Und dies nicht als ein international mehr oder weniger sozialdemokratischer Wohlfahrtsanspruch. Hauptziel der internationalen Rechtsordnung ist der Friede. Für ihn bildet der Legalitätsrahmen die minimale Moral des Zusammenlebens, dessen Voraussetzungen „hauptsächlich negativer Art“⁷¹⁴ sind.

⁷¹³ Hayek, Friedrich A. „Der Weg zur Knechtschaft“, Sonderausgabe, 2003, S. 291.

⁷¹⁴ Hayek, Friedrich A. „Der Weg zur Knechtschaft“, Sonderausgabe, 2003, S. 286.

Tatsächlich erfordert das *global governance*-Phänomen ein sozusagen qualifiziertes Konsensprinzip. Dabei geht es insbesondere um die Etablierung und Bewahrung der Legalitätskette in Einklang mit den Prinzipien des liberalen Rechtsstaates. *Global governance* kann nicht dazu führen, die rechtsstaatlichen Vorkehrungen gegen die Regierungswillkür zu schwächen – denn dies ist der Sinn der Zurechnungsfähigkeit. Darüber hinaus ist Demokratie völkerrechtlich irrelevant. Es besteht völkerrechtlich keine Demokratiepflicht. Staaten sind völkerrechtlich handlungsberechtigt, weil sie Staaten sind, in Unabhängigkeit ihrer Regierungsform. In diesem Sinne dürften Verträge mit Unrechtsstaaten wie Kuba oder Nordkorea vollkommene normative Kraft erhalten, also legal und deswegen legitim sein. Auch hier werden moralische Überlegungen ins Feld gebracht, um die Legalität zu relativieren.

Das Phänomen ist nicht neu, bereits während der Restauration kam dieser Charakter der Legitimität zum Vorschein. Der Kosovo-Krieg hat auch gezeigt, dass die ihm zugrunde liegende moralische Überlegung keine Grenzen kennt und kennen kann. Somit hat der Kosovo-Krieg das Fundament für weitere humanitäre Interventionen geliefert. Aber nicht nur für sie. Auch dort, wo wichtige Interessen des Staates im Spiel sind, bieten sich moralische Argumente an, um die Interessen ungeachtet der Legalität zu verfolgen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität ist unauflösbar. Denn im Grunde genommen betrifft es die Beziehung zwischen kritischer und etablierter Moral. Aus dieser Beziehung werden die Kräfte in Gang gesetzt, welche die Geschichte verändern. Letzten Endes basiert der völkerrechtliche Legalitätsrahmen auf der souveränen Gleichheit der Staaten, auf dem Konsensprinzip und auf seiner friedentiftenden Funktion. Dieser Komplex bietet zugleich eine auf Rechtsformalität gerichtete Methodik, die letzten Endes für Universalität, Unparteilichkeit und Objektivität sorgt. Moralische Überlegungen können nur insofern Aussicht auf erfolgreiche Durchsetzung haben, wie sie in diesem Rahmen bleiben, denn außerhalb desselben herrscht schiere Willkür und Machtmissbrauch. Dafür ist es unabdingbar, „die Macht in

einer Weise zu beschränken, die gelegentlich auch ihre Anwendung für wünschenswerte Zwecke verhindern könnte⁷¹⁵. Dieser Tatsache ist Rechnung zu tragen. In diesem Sinne sind dem unvermeidbaren Wandel Grenzen zu setzen - eben jene, welche mit jenen Prinzipien des Legalitätsrahmens übereinstimmen. Weil er bereits auf richtigen Gründen, auf formeller Gerechtigkeit basiert, deren Werk der Friede ist, denn *opus iustitiae pax*.

⁷¹⁵ Hayek, Friedrich A. „Der Weg zur Knechtschaft“, Sonderausgabe, 2003, S. 291.

LITERATURVERZEICHNIS

- **Brocker, Manfred** (Hrsg.) „Geschichte des politischen Denkens“, 1. Aufl. 2007.
- **Carty, Anthony** „Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law“ EJIL 2, 1991.
- **Dyzenhaus, David** “Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar”, 1977.
- **Fastenrath, Ulrich** “Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts“, 1991.
- **Fenske, Hans / Mertens, Dieter / Reinhard, Wolfgang / Rosen, Klaus** (Hrsg.) „Geschichte der politischen Ideen“, 2. Aufl., 2003.
- **Franck, Thomas M.**
 - Why a Quest for Legitimacy. UC Davis Law Review 21, 1987.
 - The Power of Legitimacy among the Nations, 1990.
 - The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium, AJIL Vol. 100, Nr. 1, 2006.
- **Fuller, Lon** „The Morality of Law“, 1963.
- **Georgiev, Dencho** “Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law” EJIL Nr. 4, 1993.
- **Goldsmith, Jack L. / Posner, Erich A.** „The Limits of International Law“, 2005.
- **Graf Vitzthum, Wolfgang** (Hrsg.) “Völkerrecht”, 2. Aufl. 2001.
- **Graf Vitzthum, Wolfgang** (Hrsg.) „Völkerrecht“, 4. Aufl., 2007.
- **Grewe, Wilhelm G.** “Epochen der Völkerrechtsgeschichte”, 10. Aufl. 1988.
- **Habermas, Jürgen**
 - Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1. Aufl., 1998.
 - Der gespaltene Westen, 1. Aufl., 2004.

- **Hacker, Volker Marcus** "Kants Friedensschrift und das Völkerrecht", 2000.
- **Hans, Fenske / Mertens, Dieter / Reinhard, Wolfgang / Rosen, Klaus** „Geschichte der politischen Ideen“, 2. Aufl., 2004.
- **Hart, H.L.A.** "The Concept of Law", 2. Aufl., 1994.
- **Herdegen, Matthias** „Völkerrecht“ 7. Aufl., 2008.
- **Heun, Werner** (Hrsg.) „Evangelisches Staatslexikon“, 2006.
- **Hobe, Stephan / Kimminich, Otto** „Einführung in das Völkerrecht“, 8. Aufl., 2004.
- **Höffe, Otfried:**
 - Ethik und Politik. Grundmodelle und –probleme der praktischen Philosophie, 1. Aufl., 1979.
 - Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1. Aufl., 1987.
 - Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. 1. Aufl. 1995.
 - Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 2. Aufl. 1998.
 - Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Band 19, 1999.
 - Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1. Aufl., 1999.
 - Immanuel Kant, 5. Aufl., 2000.
 - Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung. 2001.
 - Vernunft oder Macht? Zum Verhältnis von Philosophie und Politik, 2006.
 - Ist die Demokratie zukunftsfähig? 1. Aufl. 2009.
- **Hofmann, Hasso** „Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts“, 1964.
- **Ipsen, Knut** "Völkerrecht" 4. Aufl., 1999.
- **Kant, Immanuel** „Die Metaphysik der Sitten“ in Weischedel (Hrsg.), Band VIII, 1. Aufl. 1977. / „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, „Zum ewigen Frieden“ Meiner (Hrsg.), 1992.
- **Kelsen, Hans** „Principles of International Law“, 1966.
- **Kersting, Wolfgang** „Wohlgeordnete Freiheit“, 1984.

- **Koskenniemi, Martti** (abrufbar unter: <http://www.helsinki.fi/eci/Staff/Koskenniemi.html>. Stand: 01.01.2011):
 - **The Politics of International Law**, EJIL 1, 1990.
 - **The Turn to Ethics in International Law**, 2002.
 - **International Legislation: Today's Limits and Possibilities**. 2004.
 - **Global Governance and Public International Law**, Kritische Justiz, 2004.
 - **Constitutionalism as a Mindset – Reflections on Kantian Themes about international Law and Globalisation**, 2005.
 - **Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today's International Law**, 2005.
 - **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission**, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.
 - **The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?**, Chorley Lecture LSE, 2006.
 - **Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law**, Sir Kenneth Bailey Lecture, 2006.
 - **International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism**, 2006.
 - **The Politics of International Law – 20 Years Later**, EJIL Vol. 20, Nr. 1, 2009.

- **Koskenniemi, Martti** "From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument", 2. Aufl., 2005.

- **Krehoff, Bernd** „Legitimate Political Authority and Sovereignty: Why States cannot be the whole History“ Res Publica 14, 2008.

- **Kumm, Mattias** „The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis“ EJIL Vol. 15, Nr. 5, 2004.

- Lexikon der Bundeszentrale für politische Bildung.
<http://www.bpb.de/wissen/H75VXG.html>

- **Maurer, Hartmut** „Staatsrecht“, 1999.

- **Merkel, Reinhard** (Hrsg.) „Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht“, 1. Aufl. 2000.

- **Münkler, Herfried** „Die neuen Kriege“, 2. Aufl., 2005.

- **Nozick, Robert** „Anarchy, State and Utopia“, 1974.

- **Otto, Brunner / Werner, Conze / Kosellek, Reinhard** „Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland“, Band 3, H – Me, 1982.

- **Paech, Norman** „Epochenwechsel im Völkerrecht? Über die Auswirkungen der jüngsten Kriege auf das UNO-Friedenssystem“ Aus Politik und Zeitgeschichte Band 43, 2004.
- **Paulus, Andreas L.** “Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung“, 2001.
- **Petersen, Niels** „Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht“, 2009.
- **Rabkin, Jeremy A.** „Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States“, 2005.
- **Rawls, John** “Das Recht der Völker“, 2002.
- **Reinhard, Wolfgang** „Geschichte des modernen Staates“, 2007.
- **Schmitt, Carl** “Legitimität und Legalität“, 3. Aufl. 1980.
- **Stöver, Bernd** “Der Kalte Krieg. Geschichte eines radikalen Zeitalters 1947 – 1991“, 2007.
- **Verdross, Alfred / Simma, Bruno** “Universelles Völkerrecht“ 3. Aufl., 1984.
- **Weiler, J.H.H.** “The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy” ZaöRV 64, 2004.
- **Wolfrum, Rüdiger / Röben, Volker** (Hrsg.) „Legitimacy in International Law“, 2008.
- **Zippelius, Reinhold:**
 - Geschichte der Staatsideen, 10. Aufl., 2003.
 - Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 2007.