

CHRISTIAN MARXSEN

Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch

Jus Publicum

305

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 305



Christian Marxsen

Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch

Theorie und Praxis der Illegalität
im ius contra bellum

Mohr Siebeck

Christian Marxsen, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und New York; 2010 Promotion (Hamburg); seit 2014 wissenschaftlicher Referent, seit 2017 als Leiter der Forschungsgruppe „Shades of Illegality in International Peace and Security Law“ am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; 2020 Habilitation (Heidelberg); WS 2020/21 und SoSe 2021 Vertretung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin.
orcid.org/0000-0002-8666-8823

Diese Studie entstand im Rahmen der unabhängigen Max-Planck-Forschungsgruppe „Shades of Illegality in International Peace and Security Law“, die von der Max-Planck-Gesellschaft seit 2018 gefördert wird.

ISBN 978-3-16-160758-5 / eISBN 978-3-16-160759-2
DOI 10.1628/978-3-16-160759-2

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 02/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

VORWORT

Das Thema der vorliegenden Untersuchung beschäftigt mich seit dem Jahr 2014 als ich in der näheren Analyse des Russland-Ukraine-Konflikts und der internationalen Konfrontationsdynamiken der Frage nachzugehen begann, welchen Raum das Völkerrecht für die Austragung von Normkonflikten eröffnet und wie der für die gesamte Völkerrechtsordnung zentrale Gehalt des völkerrechtlichen Gewaltverbots mit dessen scheinbar omnipräsenter Verletzung im Zusammenhang steht. Für meine Forschungen hat mir das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg einen ausgezeichneten Rahmen gegeben – zunächst als wissenschaftlicher Referent, seit Oktober 2017 als Max-Planck-Forschungsgruppenleiter. Die vorliegende Untersuchung entstand im Kontext der Arbeit der von mir geleiteten unabhängigen Max-Planck-Forschungsgruppe „Shades of Illegality in International Peace and Security Law“, die die konflikthafte Normentwicklung im Bereich des internationalen Sicherheitsrechts mit theoretischem wie empirischem Zugriff erforscht. Die vorliegende Arbeit ist im Jahr 2020 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen worden. Das Habilitationsverfahren wurde im Dezember 2020 abgeschlossen.

Über viele Jahre habe ich immens vom inspirierenden Umfeld des Max-Planck-Instituts profitiert. Allen voran gilt mein Dank Prof. Dr. Anne Peters, welche die Anfertigung dieser Untersuchung als Mentorin begleitet hat. Ihr habe ich nicht nur vielfältige Anregungen und konstruktive Kritik zu verdanken, sondern durch sie vorbildlich erfahren, was es heißt, Völkerrechtswissenschaft als ein universalistisches und zugleich multiperspektivisches Projekt zu verstehen und zu praktizieren.

Vielen am Heidelberger Institut tätigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern bin ich für Inspirationen, Unterstützung oder kritische Rückmeldung zu Textentwürfen dankbar. Hier danke ich zunächst den gegenwärtigen und ehemaligen Mitgliedern meiner Forschungsgruppe, insbesondere Felix Herbert, Paula Jenner, Florian Kriener, Dr. Max Lesch und Alexander Wentker. Mein Dank gilt darüber hinaus Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Prof. Dr. Anusheh Farahat, Prof. Dr. Jochen Frowein, Dr. Matthias Hartwig, Dr. Karin Oellers-Frahm, Raphael Schäfer, Silvia Steininger, Robert Stendel, Leander Beinlich und Richard Dören. Herrn Prof. Dr. Bernd Grzeszick bin ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und für wertvolle Hinweise zu Dank verpflichtet.

Die Gespräche mit meiner Frau Dr. Marieluise Melichar waren mir stets ein Quell von Inspiration und Motivation. Ihr und unseren drei Töchtern ist dieses Buch gewidmet.

Heidelberg, August 2021

Christian Marxsen

INHALTSÜBERSICHT

VORWORT	V
INHALTSVERZEICHNIS	IX
EINLEITUNG	1
§ 1. <i>Thema, Methode, Untersuchungsgang</i>	1
I. Entwicklungslinien des völkerrechtlichen Gewaltverbots	1
II. Drei methodologische Vorbemerkungen	5
III. Gang der Untersuchung	8
TEIL 1: LEGALITÄT	11
§ 2. <i>Grundzüge des ius contra bellum</i>	11
I. Vom <i>ius ad bellum</i> zum <i>ius contra bellum</i>	11
II. Grundzüge des <i>ius contra bellum</i>	21
§ 3. <i>Die Dynamik des ius contra bellum seit 1945</i>	28
I. Neue Akteure	30
II. Neue Technologien und Gefahren	45
III. Neue Wertvorstellungen	62
§ 4. <i>Die Rechtsquellen des ius contra bellum</i>	80
I. Zwei maßgebliche Rechtsquellen	81
II. Völkergewohnheitsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots	85
III. Vertragsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots	108
IV. Das Gewaltverbot als <i>ius cogens</i>	124
V. Zusammenspiel der Rechtsquellen	134
TEIL 2: ILLEGALITÄT	151
§ 5. <i>Zum Begriff völkerrechtlicher Illegalität</i>	151
I. Objektivistisches Illegalitätsverständnis	152
II. Relatives Illegalitätsverständnis	156
III. Legalität und Illegalität als Kontinuum	161
IV. Folgerungen zum Begriff der Illegalität	167
§ 6. <i>Compliance und Umstrittenheit von Normen</i>	175
I. (Il-)Legales Verhalten begünstigende Faktoren	175
II. Dynamisches Normverständnis und Umstrittenheit von Normen	185
III. Spannungen zwischen völker- und politikwissenschaftlichem Normverständnis	189

IV. Folgerungen aus den politikwissenschaftlichen Analysen	192
TEIL 3: TYPOLOGIE DER ILLEGALITÄT	195
§ 7. <i>Konflikt und Illegalität in der Rechtsanwendung</i>	198
I. Streit über die Anwendung bestehenden Rechts	198
II. Konkretisierung des Inhalts von Rechtsnormen	203
III. Bestätigung von Rechtsnormen	205
IV. Illegalität in Konflikten im Rahmen des Rechts	217
§ 8. <i>Notstand – Rechtsbruch im Einzelfall</i>	219
I. Rechtsbruch und Legitimitätsargumente in der Praxis	219
II. „Illegal, aber legitim“	223
III. Exkulpation rechtswidrigen Gewalteinsatzes?	226
IV. Notstand und Illegalität: Rechtsfolgenlösung	240
§ 9. <i>Rechtsanwendung und Konflikte in den Grauzonen des Rechts</i>	243
I. Die Grauzonen des Rechts	244
II. Praxis der Erzeugung und Unterhaltung rechtlicher Grauzonen	248
III. Grauzonen zwischen integrativer Wirkung und Pathologie	259
IV. Illegalität in den Grauzonen des Rechts	262
§ 10. <i>Legislative Illegalität – Rechtsbruch zur Fortentwicklung des Rechts</i>	264
I. Staatspraxis des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung	264
II. Völkerrechtsdogmatische Einordnung	269
III. Potenziale und Gefahren legislativer Illegalität	275
IV. Das Paradox legislativer Illegalität	280
§ 11. <i>Illegalität und Systemopposition</i>	283
I. Sozialistisches Völkerrecht	283
II. US-amerikanischer Exzeptionalismus	296
III. Gegenwärtige Entwicklungen	307
IV. Illegalität, Systemopposition und die Integrationsfähigkeit des Rechts	313
§ 12. <i>Interventionen ohne Anrufung des Rechts</i>	318
I. Verdeckte militärische Interventionen	318
II. Offener Verzicht auf eine Anrufung des Rechts	327
III. Zynische Anrufung des Rechts	334
IV. Gefahr der allgemeinen Entrechtlichung	334
TEIL 4: FOLGERUNGEN	337
§ 13. <i>Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch – Folgerungen</i>	337
I. Die Ebenen des Konflikts um das Gewaltverbot	339
II. Objektivismus vs. Relativismus: Das überbewertete Problem der Unbestimmtheit des Rechts	347
III. Recht vs. Legitimität	359
IV. <i>Ius contra bellum quo vadis?</i>	370

TEIL 5: DAS GEWALTVERBOT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	377
§ 14. <i>Das völkerrechtliche Gewaltverbot im Grundgesetz</i>	379
I. Artikel 26 Abs. 1 GG: Das Verbot des Angriffskriegs und unterstützender Handlungen	381
II. Artikel 25 GG: Die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts . .	385
III. Insbesondere Artikel 59 Abs. 2 GG: Die innerstaatliche Geltung von Völkervertragsrecht	396
IV. Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit	398
V. Frieden als Staatszielbestimmung	401
§ 15. <i>Regeln für Auslandseinsätze der Bundeswehr</i>	405
I. Erforderlichkeit einer Einsatzermächtigung	406
II. Einsätze im Rahmen gegenseitiger kollektiver Sicherheitssysteme, Artikel 24 Abs. 2 GG	409
III. Einsätze zur Verteidigung, Artikel 87a Abs. 2 GG	416
IV. Weitere Einsatzgrundlagen	424
V. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt	425
§ 16. <i>Bundesdeutsche Praxis im Lichte des völkerrechtlichen Gewaltverbots</i>	428
I. Rettung von Staatsangehörigen	429
II. Sicherung von Menschenrechten (Kosovo 1999)	434
III. Militäroperation gegen den internationalen Terrorismus	439
IV. Unterstützung des Angriffskrieges von Drittstaaten	447
V. Verbale Deklarationen, insbesondere Billigung völkerrechtswidriger Einsätze	455
§ 17. <i>Typen der Illegalität – Folgerungen im Hinblick auf die bundesdeutsche Praxis</i>	457
I. Das grundsätzliche Verbot von Verstößen gegen das Gewaltverbot	457
II. Rechtsbruch zur Rechtsfortbildung unzulässig	459
III. Rechtsbruch in Notstandssituationen	462
IV. Umgang mit rechtlicher Unsicherheit (Anwendungsstreitigkeiten und Grauzonen des Rechts)	463
V. Pflichten betreffend die Anrufung des Rechts	468
§ 18. <i>Rechtsschutz gegen Völkerrechtsverstöße</i>	471
I. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht	471
II. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch Individuen	488
III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	504
IV. Die Defizite des Rechtsschutzes und mögliche Abhilfe	507
SCHLUSSBEMERKUNGEN	519
LITERATURVERZEICHNIS	523
SACHREGISTER	571

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	V
INHALTSÜBERSICHT	VII
EINLEITUNG	1
§1. <i>Thema, Methode, Untersuchungsgang</i>	1
I. Entwicklungslinien des völkerrechtlichen Gewaltverbots	1
II. Drei methodologische Vorbemerkungen	5
III. Gang der Untersuchung	8
TEIL 1: LEGALITÄT	11
§2. <i>Grundzüge des ius contra bellum</i>	11
I. Vom <i>ius ad bellum</i> zum <i>ius contra bellum</i>	11
II. Grundzüge des <i>ius contra bellum</i>	21
§3. <i>Die Dynamik des ius contra bellum seit 1945</i>	28
I. Neue Akteure	30
1. Antikoloniale Befreiungsbewegungen	30
2. Nichtstaatliche Akteure	37
II. Neue Technologien und Gefahren	45
1. Selbstverteidigungsrecht und Massenvernichtungswaffen	46
a) Vorgreifende Selbstverteidigung	47
b) Präventive Selbstverteidigung	52
2. Cybertechnologien	58
III. Neue Wertvorstellungen	62
1. Interventionen aus humanitären Gründen	64
a) Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger	64
b) Humanitäre Interventionen	67
2. Interventionen zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung von Gesellschaftsordnungen	76
§4. <i>Die Rechtsquellen des ius contra bellum</i>	80
I. Zwei maßgebliche Rechtsquellen	81
II. Völkergewohnheitsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots	85
1. Elemente des Völkergewohnheitsrechts	86
a) Allgemeine Staatenpraxis im Gewaltverbot	87
aa) Begriff der Praxis	88
bb) Allgemeinheit der Praxis	92
cc) Gewichtung der Praxis	92
b) <i>Opinio iuris</i>	95

2.	Die Entwicklung völkergewohnheitsrechtlicher Normen	97
3.	Methodologische Zugriffe auf das Völkergewohnheitsrecht	101
a)	Das induktive Verständnis	101
b)	Das deduktive Verständnis	102
c)	Das prinzipienorientierte deduktive Verständnis	104
d)	Das Verhältnis der methodologischen Zugänge zueinander	105
III.	Vertragsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots	108
1.	Entstehung vertragsrechtlicher Normen	109
2.	Entwicklung des Rechts durch nachfolgende Praxis (Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK)	112
a)	Die Funktionen nachfolgender Praxis	112
b)	Die Voraussetzungen nachfolgender Praxis	113
c)	„Sonstige“ nachfolgende Praxis	116
3.	Grenzen der Reinterpretation	118
4.	Untergang vertragsrechtlicher Regeln	124
IV.	Das Gewaltverbot als <i>ius cogens</i>	124
1.	Das Gewaltverbot als <i>ius cogens</i>	125
2.	Rechtsfolgen des <i>ius-cogens</i> -Charakters	128
3.	Kritik der Annahme des <i>ius-cogens</i> -Charakters des Gewaltverbots	132
V.	Zusammenspiel der Rechtsquellen	134
1.	Die UN-Charta als Ausgangspunkt für die Genese von Gewohnheitsrecht	136
2.	Komplementärverhältnis von Gewohnheitsrecht und UN-Charta	137
3.	Gewohnheitsrecht zur Interpretation der Charta	138
4.	Widersprüche zwischen UN-Charta und Gewohnheitsrecht	140
a)	Widersprüche rechtlich unzulässig	141
b)	Widersprüche ohne rechtsquellenübergreifende Rechtfertigung	143
c)	Übergreifende Rechtfertigungen zwischen den Rechtsregimes	145
5.	Konvergenz der Rechtsquellen	148
TEIL 2: ILLEGALITÄT		151
§ 5.	Zum Begriff völkerrechtlicher Illegalität	151
I.	Objektivistisches Illegalitätsverständnis	152
II.	Relatives Illegalitätsverständnis	156
III.	Legalität und Illegalität als Kontinuum	161
IV.	Folgerungen zum Begriff der Illegalität	167
1.	Differenzierung der Arten der Rechtsverwendung	168
2.	Differenzierung nach verschiedenen Akteuren	170
3.	Objektivistisches Rechtsverständnis als Ideal	170
4.	Die Berechtigung des Relativismus	173
§ 6.	Compliance und Umstrittenheit von Normen	175
I.	(Il-)Legales Verhalten begünstigende Faktoren	175
1.	Instrumentelle Faktoren	178
2.	Normative Beweggründe	180
3.	Habitualisierung	181

4. Rechtsfortentwicklung	182
5. Zusammenhang und Gewichtung der Faktoren	183
II. Dynamisches Normverständnis und Umstrittenheit von Normen	185
III. Spannungen zwischen völker- und politikwissenschaftlichem Normverständnis	189
IV. Folgerungen aus den politikwissenschaftlichen Analysen	192
 TEIL 3: TYPOLOGIE DER ILLEGALITÄT	 195
§ 7. <i>Konflikt und Illegalität in der Rechtsanwendung</i>	198
I. Streit über die Anwendung bestehenden Rechts	198
II. Konkretisierung des Inhalts von Rechtsnormen	203
III. Bestätigung von Rechtsnormen	205
1. Die Bestätigungshypothese des IGH	206
2. Die Rechtsverletzung als Bestätigung des Rechts nach Maßgabe der Rechtsquellen des Völkerrechts	207
3. Voraussetzungen der Bestätigung einer Rechtsregel	209
a) Anrufung des Rechts	209
b) Anrufung einer etablierten Norm	210
c) Anrufung einer etablierten Interpretation des Rechts	210
d) Grenze der Bestätigung: Zynische Verwendung des Rechts	212
e) Grenze der Bestätigung: Propagandistische Manipulation der Fakten	215
IV. Illegalität in Konflikten im Rahmen des Rechts	217
§ 8. <i>Notstand – Rechtsbruch im Einzelfall</i>	219
I. Rechtsbruch und Legitimitätsargumente in der Praxis	219
II. „Illegal, aber legitim“	223
III. Exkulpation rechtswidrigen Gewalteinsatzes?	226
1. Grundsätzliche Möglichkeit der entschuldigenden Wirkung des Notstands	228
2. <i>Ius-cogens</i> -Charakter des Gewaltverbots, Artikel 26 ARSIWA	231
3. Voraussetzungen des Notstands, Artikel 25 Abs. 1 ARSIWA	233
4. Ausschluss der Anrufung eines Notstandsrechts, Artikel 25 Abs. 2 ARSIWA	235
5. Keine Exkulpationsmöglichkeit	239
IV. Notstand und Illegalität: Rechtsfolgenlösung	240
§ 9. <i>Rechtsanwendung und Konflikte in den Grauzonen des Rechts</i>	243
I. Die Grauzonen des Rechts	244
II. Praxis der Erzeugung und Unterhaltung rechtlicher Grauzonen	248
1. Unkonkretisierte Rechtsnormen und neue empirische Phänomene ...	249
2. Formelkompromisse und konstruktive Mehrdeutigkeit	250
3. Praxis ohne klare <i>opinio iuris</i>	254
4. Interpretationsoffene staatliche Reaktionen	254
5. Unterlassen von rechtlicher Regulierung	255
6. Die Funktion der Gerichte	256

III. Grauzonen zwischen integrativer Wirkung und Pathologie	259
IV. Illegalität in den Grauzonen des Rechts	262
§ 10. <i>Legislative Illegalität – Rechtsbruch zur Fortentwicklung des Rechts</i>	264
I. Staatspraxis des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung	264
II. Völkerrechtsdogmatische Einordnung	269
III. Potenziale und Gefahren legislativer Illegalität	275
1. Potenziale und Funktionen	276
2. Gefahren legislativer Illegalität	278
IV. Das Paradox legislativer Illegalität	280
§ 11. <i>Illegalität und Systemopposition</i>	283
I. Sozialistisches Völkerrecht	283
1. Die These von der Unvermeidbarkeit des Krieges	284
2. Das Völkerrecht der Übergangszeit	285
3. Völkerrecht und dauerhafte friedliche Koexistenz	288
4. Proletarischer/Sozialistischer Internationalismus	291
5. Der systemoppositionelle Gehalt des Sozialistischen Völkerrechts ...	295
II. US-amerikanischer Exzeptionalismus	296
1. Außenpolitische Doktrinen der Vereinigten Staaten	297
2. Systemopposition	302
3. Kern der US-amerikanischen Strategie der Systemopposition	305
III. Gegenwärtige Entwicklungen	307
1. Der Islamische Staat als revolutionärer „Staat“	307
2. Die <i>unwilling-or-unable</i> -Doktrin als Systemopposition	310
3. Entwicklung einer spezifisch chinesischen Position zum Völkerrecht?	311
IV. Illegalität, Systemopposition und die Integrationsfähigkeit des Rechts	313
§ 12. <i>Interventionen ohne Anrufung des Rechts</i>	318
I. Verdeckte militärische Interventionen	318
1. Verdeckte Interventionen in der Praxis	319
2. Die politische Dimension verdeckter militärischer Interventionen ...	320
3. Rechtliche Standards und Auswirkungen auf das Recht	323
4. Verdeckte Praxis und Normenerosion	327
II. Offener Verzicht auf eine Anrufung des Rechts	327
1. Staatspraxis der offenen Nichtanrufung des Rechts	328
2. Einfluss auf völkerrechtliche Normen	331
3. Schwächung des Rechts als normatives System	333
III. Zynische Anrufung des Rechts	334
IV. Gefahr der allgemeinen Entrechtlichung	334
TEIL 4: FOLGERUNGEN	337
§ 13. <i>Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch – Folgerungen</i>	337
I. Die Ebenen des Konflikts um das Gewaltverbot	339
1. Konfliktebene 1: Anwendung des Rechts	341

2. Konfliktebene 2: Streit um den abstrakt-generellen Rechtsinhalt	341
3. Konfliktebene 3: Streit um die Geltung des Gewaltverbots	342
4. Ambivalenzen der Wahl der Konfliktebenen	343
II. Objektivismus vs. Relativismus: Das überbewertete Problem der Unbestimmtheit des Rechts	347
1. Ursachen rechtlicher Unbestimmtheit	348
2. Folgen für die Rechtsanwendung: Bedeutungskern und Bedeutungshof	351
3. Folgen für das Gewaltverbot	354
III. Recht vs. Legitimität	359
1. Die Gefahr von Legitimitätskriterien	360
2. Der richtige Ort für Legitimitätserwägungen: Rechtsfolgenseite	362
3. Elemente eines Begriffs der Legitimität	364
a) Handlung zum Schutz eines völkerrechtlich geschützten Rechtsguts	364
b) Schwere der Verletzung	365
c) Handlungsunfähigkeit der Institutionen kollektiver Sicherheit	366
d) Legitimierende Rolle der UN-Generalversammlung	366
e) Sonstige Positionierungen des UN-Sicherheitsrats	368
f) Fallbezogene Folgenabwägung	368
g) Regelbezogene Folgenabwägung	369
h) Formulierung klarer Standards	370
IV. <i>Ius contra bellum quo vadis?</i>	370
1. Abschaffung des Gewaltverbots/Entrechtlichung	371
2. Gewaltverbot auf der Grundlage von <i>double standards</i>	372
3. Verwässerung des Gewaltverbots: Transformation zu <i>aspirational norms</i>	372
4. Aufrechterhaltung und Stärkung eines allgemeinen Gewaltverbots	373
TEIL 5: DAS GEWALTVERBOT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	377
§ 14. <i>Das völkerrechtliche Gewaltverbot im Grundgesetz</i>	379
I. Artikel 26 Abs. 1 GG: Das Verbot des Angriffskriegs und unterstützender Handlungen	381
1. Störungseignung	381
2. Störungsabsicht	384
3. Rechtsfolgen	385
II. Artikel 25 GG: Die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts	385
1. Vollzug allgemeiner völkerrechtlicher Regeln im nationalen Recht	385
2. Allgemeine Rechtsfolgen des Artikel 25 GG	389
3. Die innerstaatliche Geltung des Gewaltverbots über Artikel 25 GG	393
III. Insbesondere Artikel 59 Abs. 2 GG: Die innerstaatliche Geltung von Völkervertragsrecht	396
IV. Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit	398
V. Frieden als Staatszielbestimmung	401

§ 15. Regeln für Auslandseinsätze der Bundeswehr	405
I. Erforderlichkeit einer Einsatzermächtigung	406
II. Einsätze im Rahmen gegenseitiger kollektiver Sicherheitssysteme, Artikel 24 Abs. 2 GG	409
1. Anforderungen an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ...	410
2. Einsatz im Rahmen und nach den Regeln des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit	413
III. Einsätze zur Verteidigung, Artikel 87a Abs. 2 GG	416
1. Objekte der Verteidigung	417
a) Territorial- und Bündnisverteidigung sowie Drittstaatennothilfe .	417
b) Personalverteidigung	419
2. Begriff des Angriffs	420
a) Angriffe durch nichtstaatliche Akteure	420
b) Angriff von außen	422
c) Zeitlicher Rahmen der Einsatzermächtigung	423
IV. Weitere Einsatzgrundlagen	424
V. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt	425
§ 16. Bundesdeutsche Praxis im Lichte des völkerrechtlichen Gewaltverbots	428
I. Rettung von Staatsangehörigen	429
1. Operation <i>Libelle</i> (1997)	429
2. Operation <i>Pegasus</i> (2011)	431
3. Verfassungsrechtliche Konfliktlage	433
II. Sicherung von Menschenrechten (Kosovo 1999)	434
1. Völkerrechtswidrigkeit des Einsatzes	435
2. Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1, 26 Abs. 1 GG	436
3. Handeln ohne verfassungsrechtliche Einsatzgrundlage (Artikel 24 Abs. 2 GG)	438
III. Militäroperation gegen den internationalen Terrorismus	439
1. <i>Enduring Freedom</i> , Afghanistan (2001)	439
2. <i>Counter Daesh</i> , Syrien (seit 2015)	442
a) Völkerrechtliche Beurteilung	443
b) Verfassungsrechtliche Beurteilung	446
c) Zusammenfassung	446
IV. Unterstützung des Angriffskrieges von Drittstaaten	447
1. Gewährung von Überflugrechten zu Gunsten der USA	447
2. Unterstützung eines in eine illegale Militärintervention verstrickten Drittstaates	452
V. Verbale Deklarationen, insbesondere Billigung völkerrechtswidriger Einsätze	455
§ 17. Typen der Illegalität – Folgerungen im Hinblick auf die bundesdeutsche Praxis	457
I. Das grundsätzliche Verbot von Verstößen gegen das Gewaltverbot	457
II. Rechtsbruch zur Rechtsfortbildung unzulässig	459
III. Rechtsbruch in Notstandssituationen	462
IV. Umgang mit rechtlicher Unsicherheit (Anwendungsstreitigkeiten und Grauzonen des Rechts)	463

V.	Pflichten betreffend die Anrufung des Rechts	468
1.	Darlegung der völkerrechtlichen Grundlage für Bundeswehreinmärsche	468
2.	Verbot der verbalen Unterstützung rechtswidriger Interventionen anderer Staaten	469
3.	Pflicht zur Geltendmachung der Verletzung des Völkerrechts durch andere Staaten	469
§ 18.	Rechtsschutz gegen Völkerrechtsverstöße	471
I.	Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht	471
1.	Organstreitverfahren (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 1 GG)	471
a)	Keine Geltendmachung von Verstößen gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot	472
b)	Begrenzter Rechtsschutz gegen die Fortentwicklung von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit, Artikel 59 Abs. 2 GG	473
c)	Kontrolle des friedenswahrenden Charakters eines Bündnisses, Artikel 59 Abs. 2 i. V. m. 24 Abs. 2 GG	477
d)	Kein Rechtsschutz gegen ein Handeln außerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit	479
e)	Grenzen der Kontrolle	480
2.	Abstrakte Normenkontrolle (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)	482
3.	Verfassungsbeschwerde (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)	485
II.	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch Individuen	488
1.	Rechtsschutz betreffend Verletzungen subjektiver Rechte involvierter Soldaten	488
a)	Wehrrechtliche Grundlagen	488
b)	Rechtsschutzmöglichkeiten der Soldaten	489
c)	Materieller Prüfungsrahmen	490
2.	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz wegen Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots	491
a)	Überblick über die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung	492
aa)	Klagen eines Anwohners der US-Luftwaffenbasis Ramstein	492
bb)	Klage betreffend Atomwaffenstationierung auf dem Fliegerhorst Büchel	493
cc)	US-Drohneinsätze vor dem Verwaltungsgericht	495
dd)	Keine Relevanz des Gewaltverbots in Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren	498
b)	Bisherige Ansatzpunkte des Rechtsschutzes	501
aa)	Subjektivierung des Gewaltverbots über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG	501
bb)	Staatliche Schutzpflichten, Artikel 2 Abs. 2 GG	502
cc)	Abwehrrechtliche Dimension	503
III.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit	504
1.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Aggression	504
2.	Strafverfahren gegen Kriegsgegner	506
IV.	Die Defizite des Rechtsschutzes und mögliche Abhilfe	507
1.	Defizitäre Rechtsschutzmöglichkeit <i>de lege lata</i>	507

2. Gewaltenteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt	509
3. Verfassungsrechtliches Gebot zur Einführung effektiver Rechtsschutzmechanismen	515
SCHLUSSBEMERKUNGEN	519
LITERATURVERZEICHNIS	523
SACHREGISTER	571

EINLEITUNG

§1. Thema, Methode, Untersuchungsgang

Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch stehen in einem widersprüchlichen und doch engen und unaufgelösten Zusammenhang. Das zeigt sich im besonderen Maße im Bereich des *ius contra bellum*, des Verbots zwischenstaatlicher Gewalt, das die Fundamentalnorm des Völkerrechts darstellt.

Die vorliegende Untersuchung entwickelt einen konzeptuellen Rahmen, in dem sich die Phänomene des Rechtsbruchs sowie des Streits um Normen im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots fassen lassen. Hierdurch soll ein besseres Verständnis des Völkerrechts, seiner Dynamik ebenso wie seiner Resilienz, aber auch der Gefahren seiner Zersetzung ermöglicht werden. Es genügt nicht, schlicht die Zahl der Rechtsbrüche zu diagnostizieren, um Aussagen über den Zustand des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu treffen. Es bedarf einer Differenzierung, und diese soll die in der vorliegenden Untersuchung entwickelte Typologie der Illegalität (Teil 3) leisten. Es werden verschiedene Formen der Illegalität identifiziert ebenso wie deren spezifische Auswirkungen auf völkerrechtliche Normen und die Völkerrechtsordnung insgesamt. Die vorliegende Untersuchung zeigt dabei, dass Konflikte um die Anwendung und Interpretation, um Ausgestaltung ebenso wie um die Fortentwicklung des Rechts an sich keine Pathologie sind. Sie zeigt aber auch, in welchen Fällen Rechtsbrüche zersetzenden Charakter haben und den Bestand des *ius contra bellum* in Frage stellen. Im Schwerpunkt widmet sich die vorliegende Untersuchung diesen Fragen aus der Perspektive des Völkerrechts, nimmt dann allerdings auch einen Perspektivwechsel vor und analysiert das völkerrechtliche Gewaltverbot und seine Geltung sowie die Möglichkeiten zu seiner Geltendmachung im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung.

I. Entwicklungslinien des völkerrechtlichen Gewaltverbots

Grundanliegen der rechtsförmigen Organisation internationaler Beziehungen ist, die Ausübung militärischer Gewalt wenn nicht gänzlich zu unterbinden, so doch einzuhegen und aufs Äußerste zu beschränken. Emphatisch stellt die Präambel der Charta der Vereinten Nationen die Entschlossenheit voran, künftige Generationen „vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die zweimal zu unseren Lebzeiten unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat“. In Artikel 1 Abs. 1 der UN-Charta (UNC) wird als oberstes Ziel der Vereinten Nationen benannt, „den Weltfrieden

und die internationale Sicherheit zu wahren“, und Artikel 2 Abs. 4 UNC postuliert schließlich ein allgemeines Verbot zwischenstaatlicher Gewalt.

Der fundamentalen Bedeutung des völkerrechtlichen Gewaltverbots zum Trotz ist die Geschichte der letzten 75 Jahre durch eine große Zahl bewaffneter Konflikte geprägt.¹ Das genaue Ausmaß wird in der Konfliktforschung mit einigen Schwankungen beziffert.² Schon bald nach Errichtung der Vereinten Nationen wich die Hoffnung auf effektive Strukturen internationaler friedlicher Kooperation einem Misstrauen und einer globalen Polarisierung, die schließlich in den Kalten Krieg mündeten. Zwar blieben direkte Konfrontationen der konträren Pole dieses Konflikts aus. Allerdings kam es regelmäßig zu Stellvertreterkriegen und militärischen Interventionen in den durch die Supermächte beanspruchten Einflussphären. Nach dem Ende des Kalten Krieges schien dann für etwa ein Jahrzehnt die Stunde des Durchbruchs des Völkerrechts auch im Bereich der internationalen Friedenssicherung gekommen.³ US-Präsident George H. W. Bush formulierte die Idee einer „new world order“ – einer Ordnung, die einen „path to peace“ weise und in der „the rule of law supplants the rule of the jungle“.⁴ Und in der Tat erhielt internationale Kooperation in der Folge eine bis dahin nicht gekannte Wirksamkeit, was sich in der Schaffung internationaler Gerichte wie den internationalen Ad-hoc-Straftribunalen für Jugoslawien und Ruanda und später der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs ebenso manifestierte wie in der Handlungsfähigkeit der internationalen Sicherheitsarchitektur mit Blick auf konkrete internationale Konflikte. Das kollektive Vorgehen im Hinblick auf die gegen Kuwait gerichtete Aggression des Irak in den Jahren 1990 und 1991 unterstrich eine bislang ungesehene Operationalität des UN-Sicherheitsrats und ließ allgemein auf eine zukünftige Effektivität der Vereinten Nationen hoffen. Der zur Zeit des Kalten Krieges noch weit verbreit-

¹ *Schachter*, Michigan Law Review 82 (1984), 1620 (1641).

² Das *Uppsala Conflict Data Program* (UCDP) hat für den Zeitraum von 1946 bis 2017 insgesamt 285 bewaffnete Konflikte identifiziert. Diese Zahl umfasst alle Fälle des organisierten Konflikts um die staatliche Herrschaft oder das Territorium, in denen mindestens ein Staat involviert war und mindestens 25 Tote durch militärische Auseinandersetzungen zu beklagen waren. Diese Zahl schließt mithin auch Bürgerkriegssituationen ein; *Dupuy/Rustad*, Trends in Armed Conflict, 1946–2017, 2018, S. 2. Das *Correlates-of-War*-Projekt zählt für den Zeitraum von 1945 bis 2007 241 bewaffnete Konflikte, wobei sich die Zahl aufspaltet in 38 zwischenstaatliche Konflikte, 23 sogenannte *extra-state wars* (Konflikte, in denen ein Staat außerhalb seiner Grenzen gegen einen nichtstaatlichen Akteur vorgeht) und innerstaatliche Konflikte im Übrigen. Das *Correlates-of-War*-Projekt erfasst Konflikte mit mindestens 1000 aus militärischen Auseinandersetzungen resultierenden Toten im Zeitraum von einem Jahr. Vgl. die Liste der Konflikte in: *Sarkees/Wayman*, Resort to War, 2010, S. 588–594.

³ Dies manifestierte sich nicht zuletzt auch in der in verschiedenen Variationen vertretenen Auffassung, dass die Auflösung der bis dato dominierenden internationalen Widersprüche möglich geworden sei. Exemplarisch hierfür steht das von Francis Fukuyama postulierte „Ende der Geschichte“: *Fukuyama*, The National Interest 16 (1989), 3–18; *ders.*, The End of History and the Last Man, 1992.

⁴ George Bush, Address Before a Joint Session of the Congress on the Persian Gulf Crisis and the Federal Budget Deficit, 11. September 1990, Public Papers of the Presidents of the United States, George Bush, 1990, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1990), S. 1218 (1219).

tete unilaterale Einsatz von Gewalt schien für einen kurzen Zeitraum überwindbar.⁵ In diesem Sinne erklärte das UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change die neue weltpolitische Lage noch im Jahr 2004:

„It may be that some States will always feel that they have the obligation to their own citizens, and the capacity, to do whatever they feel they need to do, unburdened by the constraints of collective Security Council process. But however understandable that approach may have been in the cold war years, when the United Nations was manifestly not operating as an effective collective security system, the world has now changed and expectations about legal compliance are very much higher.“⁶

Doch bereits zum Ende der 1990er Jahre hin setzte eine schrittweise Desillusionierung ein. In der Intervention von Mitgliedsstaaten der North Atlantic Treaty Organization (NATO) im Kosovo im Jahr 1999 offenbarten sich bereits Brüche in der neu gewonnenen Handlungsfähigkeit. Mangels Einigkeit über ein weiteres Vorgehen schritten die handelnden NATO-Mitgliedsstaaten auch ohne Mandat des UN-Sicherheitsrats zur Intervention. Die US-geführte Irakintervention des Jahres 2003 trug weiter zu einer internationalen Polarisierung bei und unterstrich, dass seitens der USA nationales Interesse über das Völkerrecht gestellt wurde. Weitere internationale Konflikte haben die Gräben vertieft. Die mangelnde Einigkeit und die daraus resultierende mangelnde internationale Reaktion auf die Konflikte beispielsweise in Libyen (seit 2011), in Syrien (seit 2012) oder im Jemen (seit 2014) sowie die Reterritorialisierung von Konflikten, in denen von manchen Staaten auch die Annexion von Territorium wieder in den Katalog außenpolitischer Handlungsoptionen aufgenommen worden ist,⁷ verdeutlichen das Ausmaß gegenwärtiger Konfrontationen (Ukraine/Krim seit 2014).⁸ Hinzu kommt, dass diese Entwicklungen vor dem Hintergrund gewandelter weltpolitischer Kräfteverhältnisse erfolgen. Die USA wendeten sich unter der Präsidentschaft Donald Trumps von multilateraler Kooperation ab und zogen sich aus der Rolle des globalen Hegemons zurück. Zwar haben die USA unter der Präsidentschaft Joe Bidens eine Abkehr von dieser Position vollzogen. Die langfristigen Folgen aber sind noch unabsehbar. Zugleich gewinnt die Volksrepublik China weiter an Bedeutung, die vor dem Hinter-

⁵ So erklärte etwa George Bush das Unterbleiben des in Teilen der Öffentlichkeit geforderten Sturzes Saddam Husseins anlässlich der UN-mandatierten Intervention des Jahres 1991 so: „The U. N. resolutions never called for the elimination of Saddam Hussein. [...] Am I happy Saddam Hussein is still there? Absolutely not. Am I determined he’s going to live with these resolutions? Absolutely. But we did the right thing. And I have absolutely no regrets about that part of it at all.“ – George Bush, Remarks to the American Society of Newspaper Editors, 9. April 1992, Public Papers of the Presidents of the United States: George Bush, 1992–1993, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1993), S. 564 (569).

⁶ UN-Generalversammlung, A more secure world: our shared responsibility – Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2. Dezember 2004, UN Doc. A/59/565, para. 196.

⁷ Peters/Marxsen, Die Krimkrise und die Reterritorialisierung internationaler Konflikte, MPG Forschungsbericht, 2014.

⁸ Vgl. zur genaueren Analyse der Konfrontationsdynamik der letzten 20 Jahre: Marxsen, German Yearbook of International Law 58 (2016), 11 (27 ff.).

grund eines signifikant anderen Werthintergrundes operiert und sich zumal auch im Bereich internationaler Sicherheitspolitik als Akteur in Stellung bringt. Schließlich ist eine Reorientierung der Russischen Föderation wahrnehmbar. Diese macht sich nach Ansätzen einer Westorientierung in den 1990er Jahren nunmehr daran, neue und dezidiert antiwestliche Allianzen zu schmieden.

Die beschriebenen Entwicklungslinien spiegeln sich auch in den völkerrechtswissenschaftlichen Diskursen, die – in Abhängigkeit von den internationalen Umständen – wechselnde Tendenzen zu einer entweder eher positiv-optimistischen oder zu einer realistisch-defätistischen Einschätzung hinsichtlich der Integrations- und Friedensstiftungspotenziale des Völkerrechts aufweisen.⁹ Besonders evident wird dies im Hinblick auf wiederkehrende und regelmäßig aktualisierte Krisendiagnosen, die den Niedergang des völkerrechtlichen Gewaltverbots konstatieren. In der Zeit des Kalten Krieges fand die These einigen Widerhall, dass das Gewaltverbot in Ansehung der großen Zahl von Verstößen den Charakter einer Rechtsnorm verloren habe.¹⁰ Thomas Franck formulierte diese These provokant in seinem Aufsatz *Who Killed Article 2(4)?* aus dem Jahr 1970. Vor dem Hintergrund des Interventionismus der Supermächte zur Zeit des Kalten Krieges stellte Thomas Franck fest, dass das Gewaltverbot bis zur Unkenntlichkeit erodiert sei.¹¹ Jean Combacau sah im Gewaltverbot nur einen „dead letter“,¹² und die internationale Gemeinschaft befinde sich nunmehr, „where it was before 1945: in the state of nature“.¹³

Fand diese Auffassung in den, wie Franck sagte, „optimistic 1990s“¹⁴ weniger Widerhall, so hat sie spätestens seit dem Irakkrieg des Jahres 2003 und dem darin liegenden offenen Verstoß gegen das Völkerrecht und der in der Folge eingetretenen Polarisierung der internationalen Beziehungen wieder Konjunktur. Oft wird eine Auflösung oder jedenfalls ein Niedergang der Regeln des *ius contra bellum* diagnostiziert.¹⁵

⁹ Diese Bewegung ist von Josef L. Kunz als „the swing of the pendulum“ beschrieben worden: Kunz, *American Journal of International Law* 44 (1950), 135–140.

¹⁰ Franck, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809 (835); Kunig, *Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip*, 1981, S. 234: „Die große Zahl von Vorkommnissen in der internationalen Politik, die das Nichteinmischungsprinzip verletzen, gibt Anlaß zu der Überlegung, ob dieses nicht den Charakter einer Rechtsnorm verloren (oder nie erlangt hat)“; Combacau, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 9 (30); Falk, *Revitalizing International Law*, 1989, S. 96 f.; Arend/Beck, *International Law and the Use of Force*, 1993, S. 188: „The problem [...] is that [...] Article 2(4) has already been stripped of any real meaning. In light of state practice, to contend that it is still good law is to make it mean virtually anything. Recognizing that Article 2(4) is dead may not be very satisfying, but it may be accurate.“

¹¹ Franck, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809 (835).

¹² Combacau, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 9 (30).

¹³ Combacau, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 9 (32).

¹⁴ Franck, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607 (609).

¹⁵ Arend, *Legal Rules and International Society*, 1999, S. 75; Glennon, *Foreign Affairs* 82 (2003), 16 (16); ders., *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25. Juni 2003; Franck, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607 (617); Glennon, *Georgetown Law Journal* 93 (2005), 939 (960); ders., in: Weller (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, S. 79

Dieser kurze Blick auf grobe Entwicklungslinien des völkerrechtlichen Gewaltverbots zeigt, dass die vielfach konstatierte Krise des Rechts, das heißt der offensichtbare Mangel des Rechts, in der Praxis wirkmächtig bewaffnete Konflikte zu regulieren und zu verhindern, keineswegs eine Ausnahmeerscheinung ist, sondern vielmehr die Völkerrechtsordnung im Bereich des internationalen Friedenssicherungsrechts von Grund auf prägt. Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, so zeigt sich in der Empirie, stehen in einem engen Verhältnis. Weit verbreitete Brüche des Rechts stellen den Rechtscharakter des *ius contra bellum* in Frage; zugleich aber bestehen wahrnehmbare Konjunkturen, in deren Folge das Gewaltverbot nicht schlicht verschwindet, sondern sich als fundamentales normatives Gebot in der Völkerrechtstheorie, aber auch in der Praxis der Staaten erhält.¹⁶ Bemerkenswert ist insoweit, dass in der Praxis der Staaten, jedenfalls weit überwiegend, weiterhin Rekurs auf das Gewaltverbot genommen wird und dass nicht bekannt ist, dass irgendein Staat positiv die Überwindung des gesamten völkerrechtlichen Gewaltverbots behauptet oder gefordert hätte.¹⁷ Staaten beziehen sich auf diese Regeln, wenngleich sie sich über deren Interpretation, Ausgestaltung, Konturierung und Entwicklung, aber auch partielle Abschaffung streiten mögen. Das Gewaltverbot stirbt nicht, sondern es erhält sich ungeachtet der beschriebenen Negationen am Leben. Mehr noch, und in den Worten David Wippmans: „[I]t not only stubbornly refuses to die, but sometimes emerges stronger than before.“¹⁸

II. Drei methodologische Vorbemerkungen

Drei methodologische Vorbemerkungen sollen der Untersuchung vorangestellt werden. Die erste Anmerkung betrifft das methodologische Vorgehen in der Entwicklung der Typologie der Illegalität (Teil 3), die einen Kernteil der Untersuchung ausmacht und die Basis für ein differenziertes Verständnis von Rechtsbruch und Streit um Normen darstellt. Die vorliegende Untersuchung nimmt ihren Ausgangspunkt in einem wahrgenommenen Widerspruch. Einerseits wird dem völkerrechtlichen Gewaltverbot eine fundamentale Bedeutung, auch in staatlichen Verlautbarungen, beigemessen, und dies scheint Verstößen gegen das Recht *a priori* ein

(91); vgl. auch Rosa Brooks, die von der „brokenness“ des Völkerrechts spricht: *Brooks*, *How Everything Became War and the Military Became Everything*, 2016, S. 290; vgl. auch den von neokonservativer Seite betonten „return of history“: *Kagan*, *The Return of History and the End of Dreams*, 2008.

¹⁶ *Cassese*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (518); *Wippman*, *Minnesota Journal of International Law* 16 (2007), 387–406; *Brunnée/Toope*, *Journal of Global Security Studies* 4 (2019), 73 (81).

¹⁷ Kritisch gegen die These vom Ende des völkerrechtlichen Gewaltverbots daher zum Beispiel: *Henkin*, *American Journal of International Law* 65 (1971), 544–548; *Schachter*, *University of Chicago Law Review* 53 (1986), 113 (131); *Cassese*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (514); *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 101 f. (Rn. 277); *Kreß*, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik* 12 (2019), 453 (455).

¹⁸ *Wippman*, *Minnesota Journal of International Law* 16 (2007), 387 (390).

fundamentales Unwerturteil anzuheften. Andererseits aber sehen wir eine gegenläufige Praxis, in der Verstöße gegen das Recht nicht nur häufig sind, sondern – so zeigt eine genauere Betrachtung – darüber hinaus für den Bestand des Rechts gewisse Funktionen erfüllen und zudem in vielen Konstellationen von anderen Staaten toleriert werden. Die verbreitete polarisierende Behandlung der Problematik, in der entweder der Niedergang des Gewaltverbots beklagt oder an dessen strikte Einhaltung appelliert wird, scheint vor dem Hintergrund eben der auch produktiven und systemerhaltenden Funktionen der Abweichung von den Normen und des Streits um diese zu kurz gegriffen. Die Entwicklung der vorliegenden Typologie ist ausgehend von dieser Beobachtung in einem fortgesetzten Prozess der – bildlich gesprochen – Korrespondenz zwischen der Ebene der Beobachtung der rechtlichen Dimensionen internationaler Konflikte (aus Perspektive des *ius contra bellum*) und der Ebene der Kategorienbildung erfolgt. Ausgangspunkt ist damit ein induktives Vorgehen, das gleichwohl im Hinblick auf die aufgeworfenen Fragen prinzipienorientiert vorgeht und damit bereits theoretisch vorgeformt ist.

Anzumerken ist zweitens, dass die vorliegende Untersuchung das Augenmerk auf die Phänomene des Rechtsbruchs legt und insoweit eine Metaperspektive einnimmt, die zwar nicht ohne eine Behandlung der konkreten dogmatischen Fragen für die Bewertung eines Verhaltens als legal oder illegal auskommt, die aber nicht diese dogmatischen Fragen selbst zum Hauptgegenstand hat. Es geht vorliegend also nicht um eine umfassende Behandlung der Fragen des völkerrechtlichen Gewaltverbots in ihren dogmatischen Verästelungen, welche die vorhandenen Monographien zum Thema ohnehin bereits exzellent leisten.¹⁹ Auch kommt es nicht darauf an, die diskutierten Konfliktbereiche allesamt vollauf rechtlich zu würdigen und streitige Fragen zu *entscheiden*. Zwar werden Präferenzen und Wertungen des Verfassers deutlich, wichtiger für das entfaltete Argument aber ist, dass die Multipolarität und Multiperspektivität des Völkerrechts jedenfalls in Teilen einen breiten Raum für Positionierungen lässt, was eben auch – wie zu zeigen sein wird – für die Möglichkeit der Bestimmung dessen, was legal und was illegal ist, erhebliche Folgen zeitigt.

Drittens schließlich ist eine Anmerkung im Hinblick auf die Rolle der Völkerrechtswissenschaft angezeigt. Die Thematisierung des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist selbst – das ist nur schwerlich zu leugnen – ein Feld, das im besonderen Maße durch politische Voreinstellungen geprägt ist. Bezugnahmen auf das Recht und die Formulierung bestimmter Interpretationen erfolgen nicht selten aus strategischer Perspektive. Die strategischen Erwägungen sind dabei selbst höchst volatil und können von gänzlich unterschiedlichen Grundannahmen ausgehen und hängen auch von der diskursiven Position der Protagonistinnen und Protagonisten ab. Das Postulat Thomas Francks über den Untergang des Gewaltverbots beispielsweise kann vor dem Hintergrund von Francks grundsätzlich affirmativer Bezug-

¹⁹ Corten, *The Law Against War*, 2010; Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018; Henderson, *The Use of Force and International Law*, 2018.

nahme auf das Völkerrecht nicht als Unterstützung der These der völligen Ungebundenheit von Regierungen verstanden werden, wie sie etwa vom Standpunkt einer neorealistischen und interventionistischen Außenpolitik gefordert wird. Im Gegenteil, Franck verfolgte eine kritische Strategie, die der US-amerikanischen Regierung den Spiegel vorhalten und die (vielleicht nicht vollauf intendierten) Konsequenzen ihres interventionistischen Vorgehens vor Augen führen wollte. Die Grenze dieses Zugangs aber ist evident: Das Gewaltverbot kann nur einmal plausibel für tot erklärt werden, sofern die entsprechende These noch Resonanz finden soll. Schon Francks zweite, in Ansehung des Irakkrieges 2003 aktualisierte These fordert die Plausibilität dieses Ansatzes heraus.²⁰

Andere wissenschaftliche Zugänge setzen dagegen darauf, die Integrationskraft des Rechts dadurch zu erhalten, dass sie Prinzipien als von gegenläufiger Praxis unangetastet darstellen. Dieses Vorgehen ist im Bereich des Völkerrechts auch deshalb attraktiv, weil nach Artikel 38 Abs. 1 lit. d) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) „die Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen [...] Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“ darstellen. In anderen Worten, auch eine völkerrechtswissenschaftliche Positionierung kann zumindest potenziell Einfluss auf den Inhalt der Rechtsnormen entfalten. Hält man also das völkerrechtliche Gewaltverbot für bewahrenswert, könnte es naheliegen, dessen Integrität und Festigkeit auch von wissenschaftlicher Seite zu betonen.

Die vorliegende Untersuchung wählt einen anderen Zugang und schlägt einen nicht völlig unproblematischen Weg ein. Auch der Verfasser ist davon überzeugt, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot aus normativer Perspektive notwendig bewahrt und gefestigt werden muss, und bewertet Tendenzen zu dessen Schwächung – das wird in der Untersuchung deutlich werden – äußerst kritisch. Insofern liegt eine mögliche Gefahr darin, dass die Ausarbeitung verschiedener Typen der Illegalität als Beitrag zur Normalisierung und letztlich Legitimierung illegaler Handlungen gewertet werden könnte, die ja – so zeigt die vorliegende Arbeit – in der Gesamtschau eine zentrale Funktion im dezentralen völkerrechtlichen System erfüllen. Dieser Konflikt aber muss ausgehalten werden. Ausgangspunkt wissenschaftlicher Untersuchung ist – ungeachtet aller postmodernen Dekonstruktionsbemühungen – der Gegenstand, wie er sich objektiv konstituiert.²¹ Insofern ist die vorliegende Untersuchung von der Überzeugung getragen, dass es wichtig ist, ein aufgeklärtes Verständnis der objektiven Funktionsweise des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu haben. Als Resultat dieses Verständnisses zeigen sich die Schwächen des völkerrechtlichen Gewaltverbots; Schwächen allerdings, die daher rühren, dass es Teil einer multipolaren und dezentralen Rechtsordnung ist, die man vielleicht nicht mehr – in den Worten Hans Kelsens – als „primitive“ Form des

²⁰ Hier erklärte Thomas Franck: „Article 2(4) has died again, and, this time, perhaps for good.“ – *Franck*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607 (610).

²¹ Dieses Streben nach Objektivität hat auch vor dem Hintergrund dessen Bestand, dass die Erkenntnis stets durch das erkennende Subjekt vermittelt und daher mit Unwägbarkeiten behaftet ist, die in der Person des Subjekts wurzeln.

Rechts²² bezeichnen möchte, die aber gleichwohl einer institutionellen Verfestigung und Vervollkommnung noch harrt. Eine international geteilte Einsicht in das Defizitäre dieser Lage wäre Voraussetzung einer nachhaltigen Verbesserung, das heißt einer weiteren Institutionalisierung und Multilateralisierung des internationalen Friedenssicherungsrechts. Zu dieser gibt es keine, jedenfalls keine wünschbare Alternative.

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung entfaltet den Gedankengang in fünf Teilen: Teil 1 widmet sich dem Begriff der Legalität im Rahmen des Völkerrechts. Diese Betrachtung des positiven Rechts ist Voraussetzung für einen Begriff der Illegalität, die definitionsgemäß die Negation des positiven Rechts darstellt. § 2 entwickelt die Grundzüge des *ius contra bellum*, sowohl hinsichtlich der historischen Genese als auch im Hinblick auf die wesentlichen Inhalte, die das Recht nach 1945 prägen. Die abstrakten Begriffe des völkerrechtlichen Gewaltverbots erhalten nähere Kontur allerdings nur durch die Praxis der folgenden Jahrzehnte. Folglich widmet sich § 3 einer Analyse der Praxis des Gewaltverbots seit 1945. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, werden hier die wesentlichen Transformationsbewegungen und Konfliktlinien betrachtet, welche das Gewaltverbot in der Vergangenheit prägten und bis heute kennzeichnen. Die Analysen im Rahmen des § 3 erfüllen dabei einen doppelten Zweck im Gesamtzusammenhang der vorliegenden Arbeit. Einerseits bieten sie einen Überblick über zentrale Streitstände des Gewaltverbots, andererseits führen sie das für die Ausarbeitung einzelner Illegalitätsformen zentrale empirische Material ein, das an verschiedenen Stellen der Arbeit Hintergrund und Grundlage der weiteren Argumentation bildet. § 4 wendet sich alsdann der Diskussion der Rechtsquellen zu und entwickelt die völkerrechtsdogmatischen Grundlagen dessen, wie konkrete Streitigkeiten rechtlich bewertet werden können. Untersucht werden hierbei die Regeln über die Herausbildung und Entwicklung von Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht als den beiden Rechtsquellen des Gewaltverbots. Darüber hinaus werden das Zusammenspiel beider Rechtsquellen analysiert und die Bedeutung des *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots diskutiert.

Im sich anschließenden Teil 2 geht es darum, wie sich auf der Grundlage der Rechtsquellen des Völkerrechts Konflikte rechtlich beurteilen lassen. Hierfür werden in § 5 verschiedene in Theorie und Praxis vorfindliche Verständnisse von Illegalität rekonstruiert und die Grundzüge eines Begriffs der Illegalität gelegt, der sowohl dem Ziel der objektiven Verbindlichkeit rechtlicher Vorgaben Rechnung trägt als auch der Beobachtung, dass sich das Gewaltverbot als in besonderem Maße un-

²² *Kelsen*, Principles of International Law, 1952, S. 22: „On account of its decentralization general international law has the character of a primitive law which is characterized by the fact that it does not establish special legislative, judicial, or administrative organs, but leaves the functions concerned to the individual subjects, members of the legal community.“

bestimmt und damit unwägbar und interpretationsoffen erweist. §6 erweitert das Verständnis von Illegalität und nimmt wesentliche Impulse aus der internationalen Politischen Theorie auf, in welcher der Streit um und die Abweichung von Normen seit langem Gegenstand der Forschung sind.

Vor diesem Hintergrund entwickelt dann Teil 3 eine Typologie der Illegalität, auf Grundlage derer sich die Charakteristik, die Folgen und Wirkungen von Rechtsbrüchen konzeptuell fassen lassen. §7 zeigt, dass der Streit um die Anwendung des Rechts der Normalfall konflikthafter Bezugnahmen auf das Recht ist und als solches grundsätzlich keine Pathologie begründet. Das Recht trifft keine eindeutigen Vorgaben, sondern es bedarf der Konkretisierung abstrakter Rechtsbegriffe auf eine konkrete, oft streitige Faktenlage, so dass im Ergebnis viele Fälle des Rechtsbruchs das Resultat eines (legitimen) Streits um die Anwendung rechtlicher Vorgaben sind. Es wird gezeigt, unter welchen Voraussetzungen solcher Anwendungstreit zu einer Bestätigung und Festigung oder gar Konkretisierung von Rechtsnormen beiträgt.

§8 widmet sich der Figur eines Rechtsbruchs in Notstandssituationen. Als Kehrseite des Anwendungstreits geht es hier darum, dass das im Grundsatz bestehende völkerrechtliche Gewaltverbot im Dienste der Abwendung einer schweren Notlage nicht angewendet werden soll – es geht also insbesondere um Fälle der humanitären Intervention, deren rechtliche Behandlungsmöglichkeiten eingehend untersucht werden.

§9 rekonstruiert einen Typus der Illegalität, der für die Völkerrechtsordnung von besonderer Relevanz ist. Durch die Dezentralität des Völkerrechts kommt es zu Situationen, in denen sich die Rechtslage als originär unbestimmt erweist, in denen es ein *non liquet* gibt. Es wird herausgearbeitet, dass solche Grauzonen des Rechts eine wichtige, wenn auch ambivalente, Funktion erfüllen, da sie einerseits für die Dynamik rechtlicher Entwicklung unabdingbar sind, andererseits aber im Falle einer Ausweitung die Gefahr einer Verwässerung und damit tendenziellen Unterminierung des völkerrechtlichen Gewaltverbots begründen.

§10 analysiert das hier als legislative Illegalität bezeichnete Phänomen des Rechtsbruchs zur Fortentwicklung des Rechts, und §11 wendet sich Fällen zu, in denen sich in Rechtsbrüchen eine radikale Opposition zu bestehenden völkerrechtlichen Prinzipien artikuliert. §12 schließlich untersucht das Phänomen fehlender Anrufungen des Rechts und widmet sich der Gefahr einer allgemeinen Entrechtlichung.

In ihrem Zusammenspiel zeigen die rekonstruierten Typen der Illegalität die Facetten von Rechtsbrüchen auf, die von Rechtsverstößen aus einer an sich rechtstreuen Gesinnung heraus bis hin zu radikaler Infragestellung völkerrechtlicher Prinzipien reichen. Aufbauend auf dieser Typologie führt dann der aus §13 bestehende Teil 4 die Fäden der Untersuchung zusammen und schließt mit Thesen zu, erstens, den Ebenen des Konflikts im *ius contra bellum* und zu deren Relevanz für die Gefährdung, aber auch Resilienz des Gewaltverbots; zweitens der Rolle der Unbestimmtheit des völkerrechtlichen Gewaltverbots; drittens dem problematischen

Begriff der Legitimität und viertens den möglichen zukünftigen Entwicklungsoptionen hinsichtlich des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Die Untersuchung zeigt, dass die Wahl einer dieser Optionen keine ihrerseits rechtlich determinierte Frage ist. Vielmehr handelt es sich um eine politische Entscheidung, die vor allem von außerrechtlichen Triebfedern, insbesondere politisch-moralischen Überzeugungen abhängt. Das völkerrechtliche Gewaltverbot ist damit verwiesen auf eine es selbst tragende und unterstützende politische Kultur, die auf kooperative Streitbeilegung und nicht auf Konfrontation setzt. Diese Kultur muss mühevoll geschaffen werden und verlangt eine langfristige Kooperationsperspektive, die nicht kurzfristigen Vorteilen durch Rechtsbrüche geopfert werden darf.

Teil 5 schließlich nimmt einen Ebenenwechsel vor und untersucht die Wirkung des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Rahmen der deutschen Verfassungsordnung. Anlass für diese Untersuchung gibt, dass auch die Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel in der Entscheidung über die Beteiligung an Militäreinsätzen zu Fragen völkerrechtlicher Legalität und Illegalität Position beziehen muss und dabei in der Vergangenheit durchaus zu völkerrechtswidrigen Maßnahmen gegriffen hat. § 14 nimmt die grundgesetzlichen Vorgaben über die Geltung des Gewaltverbots innerhalb der deutschen Rechtsordnung in den Blick und entwickelt die Dimensionen des Verfassungsgebots der Friedensstaatlichkeit. § 15 thematisiert sodann die verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen Bereich, in dem Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot besondere Relevanz entfalten können, nämlich für Auslandseinsätze der Bundeswehr. In § 16 werden die bundesdeutsche Praxis im Lichte des völkerrechtlichen Gewaltverbots analysiert und problematische Fallgruppen untersucht, in denen Völkerrechtsverstöße erfolgten oder jedenfalls in Rede standen. § 17 bringt die in Teil 3 entwickelte Typologie der Illegalität mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zusammen und zeigt, dass im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung, insbesondere vor dem Hintergrund des Friedensgebots, hohe Anforderungen an die Völkerrechtskonformität hoheitlichen Handelns der Bundesrepublik zu stellen sind, was insbesondere Folgen für die Möglichkeit zeitigt, Militärinterventionen auf rechtlich streitige und angreifbare Rechtfertigungen zu stützen. Schließlich geht § 18 den Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot im Rahmen der deutschen Rechtsordnung nach und untersucht hierbei Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, vor den Verwaltungsgerichten und vor den Strafgerichten. Die Untersuchung schließt mit der These, dass es angesichts der fundamentalen Bedeutung des völkerrechtlichen Gewaltverbots – insbesondere auch vor dem Hintergrund seiner Verankerung in der deutschen Verfassungsordnung – der Einführung effektiver Rechtsschutzverfahren bedarf. In den Schlussbetrachtungen werden der Argumentationszusammenhang rekapituliert und wesentliche Ergebnisse zusammengefasst.

TEIL 1: LEGALITÄT

Im Ausgangspunkt der Untersuchung sollen zunächst die positiv-rechtlichen Inhalte des völkerrechtlichen Gewaltverbots entwickelt werden. Hierzu werden zunächst die Grundzüge des Gewaltverbots – sowohl in ihrer historischen Genese als auch hinsichtlich ihres materiellen Inhalts nach 1945 – in den Blick genommen (§2). Die abstrakten Begriffe des Gewaltverbots sind allerdings maßgeblich von einer Konkretisierung und Konturierung durch die Praxis der Staaten abhängig, die – im Hinblick auf zentrale Bereiche des *ius contra bellum* – in §3 Gegenstand der Untersuchung ist. §4 wird sich dann den Rechtsquellen des völkerrechtlichen Gewaltverbots zuwenden und die dogmatischen Prinzipien genauer untersuchen, auf Grundlage derer der Inhalt der Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots bestimmt wird.

§2. Grundzüge des *ius contra bellum*

I. Vom *ius ad bellum* zum *ius contra bellum*

Ein populäres Symbol für die Markierung des Ausgangspunkts des modernen Völkerrechts ist der Westfälische Frieden von 1648, der den Dreißigjährigen Krieg beendete. Die Westfälischen Friedensverträge von Münster und Osnabrück stehen für eine die europäischen Herrschaftsbeziehungen grundlegend transformierende Entwicklung.¹ Die politische Ordnung Europas hatte lange auf der Idee einer christlichen Gemeinschaft basiert, in der den einzelnen Fürstentümern und Königreichen unter Führung von Papst und Kaiser eine nachrangige Rolle zugewiesen worden war. Allem voran hatte die weltliche Macht der geistigen Führung durch die Kirche Folge zu leisten. Der Westfälische Friede war Ausdruck einer Entwicklung, in deren Nachgang konfessionelle Fragen in den Hintergrund und die weltliche Dimension staatlicher Macht in den Vordergrund traten. Die Staaten erkannten einander zunehmend als Unabhängige an – mit erheblichen Konsequenzen für Innen- wie Außenpolitik. Im Außenverhältnis der Staaten wurde für die internationalen Beziehungen das Prinzip formaler Gleichheit entscheidend.² Die Staaten

¹ Die verwendeten Begrifflichkeiten sind sehr unterschiedlich. Oft wird der Zeitraum vom 17. bis 19. Jahrhundert auch als die Zeit des „klassischen Völkerrechts“ bezeichnet. Vgl. *Grewe*, in: Böhm/Ziegler (Hrsg.), *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationaler Beziehungen*, 1983, S. 111 (insb. 131).

² Vgl. *Gross*, *American Journal of International Law* 42 (1948), 20 (26).

konnten als die Subjekte der internationalen Ordnung eine unabhängige Außenpolitik betreiben – eine Unabhängigkeit, die eine Ablösung von den Macht- und Führungsansprüchen von Papst und Kaiser bedeutete.³ Zugleich anerkannt wurde damit aber auch der souveräne Hoheitsanspruch der Staaten, innerhalb ihres Territoriums nach ihren politischen Entscheidungen zu verfahren, unabhängig von äußerer Einmischung. Der zentrale Aspekt der „Westfälischen Ordnung“⁴ ist also, dass sie von der Herrschaft einzelner Territorialstaaten und deren Handlungsfähigkeit im Außen sowie exklusiven Herrschaftsanspruch im Inneren ausgeht. In der hergebrachten völkerrechtlichen Diskussion ist diese Transformation oft als ein Bruch stilisiert worden, der mit dem Westfälischen Frieden vollzogen worden sei.⁵ Der Westfälische Frieden wird insoweit als die Geburtsstunde des modernen Völkerrechts gesehen.⁶ In diesem Sinne schreibt zum Beispiel Richard Falk: „by way of the Peace of Westphalia in 1648 [...] the modern system of states was formally established as the dominant world order framework“.⁷ Diese schematische Darstellung und die starke Betonung der Rolle des Westfälischen Friedens sind, wie oft kritisiert worden ist, ein Mythos.⁸ In einer Reihe von Arbeiten sind die Kontinuitäten und die Prozesshaftigkeit der Transformation von alter zu neuer Ordnung in den Blick genommen worden, in Folge derer sich der Westfälische Frieden nurmehr als *ein* (wiewohl wichtiges) Moment einer größeren Entwicklungslinie darstellt.⁹ Deshalb ist der Westfälische Frieden eher als Gründungssymbol und nicht als das Gründungsdokument eines staatenbasierten völkerrechtlichen Systems zu verstehen. Die Strukturmerkmale des modernen internationalen Systems allerdings, die lange auf den Westfälischen Frieden zurückgeführt worden sind, waren von den

³ Grote, Westphalian System, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2006, Rn. 4.

⁴ Vgl. dazu Falk, in: Falk/Black (Hrsg.), The Future of the International Legal Order, Bd. I, 1969, S. 32 (43–48).

⁵ Der Westfälische Frieden wurde in den Verträgen von Münster und Osnabrück vereinbart. Der Aspekt der souveränen Gleichheit wird insbesondere im Vertrag von Osnabrück betont. In dessen Art. 5(2) heißt es: „In allen übrigen Punkten aber soll zwischen sämtlichen Kurfürsten, Fürsten und Ständen beider Bekenntnisse vollständige und gegenseitige Gleichheit (sit aequalitas exacta mutuaque), wie sie der gesamten Verfassung des Reiches, den Reichsgesetzen und dem gegenwärtigen Vertrag gemäß ist, herrschen, und zwar in der Weise, daß das, was für den einen Teil Recht ist, auch für den anderen Teil Recht sein (quod uni parti iustum est, alteri quoque sit iustum) und alle Gewaltanwendung, wie überall so auch hier, zwischen beiden Parteien für immer untersagt sein soll (violentia perpetuo prohibita).“ Vgl. das lateinische Original in: Repgen (Hrsg.), Acta Pacis Westphalicae, Serie III Abteilung B: Verhandlungsakten. Bd. 1: Die Friedensverträge mit Frankreich und Schweden. 1: Urkunden, 1998, S. 110 (111); deutsche Übersetzung in: Buschmann (Hrsg.), Kaiser und Reich, 2. Aufl., Bd. II, 1994, S. 34 f.

⁶ Vgl. Winfield, The Foundations & the Future of International Law, 1941, S. 18.

⁷ Falk, Law in an Emerging Global Village, 1998, S. 4.

⁸ Teschke, The Myth of 1648, 2. Aufl., 2009, S. 1 ff.; vgl. zum Überblick: Grote, in: von Arnauld (Hrsg.), Völkerrechtsgeschichte(n), 2017, S. 22 (22–38).

⁹ Vgl. generell hierzu: Beaulac, Journal of the History of International Law 2 (2000), 148 (175): „1648 represents no more than one case where distinct separate polities pursued their unending quest for more authority through greater independence“; Phillips, War, Religion and Empire, 2010, S. 136 f., 147.

Parteien weder intendiert noch können sie als direkte Folge der Verträge von 1648 angesehen werden.¹⁰

Diese *prinzipielle* Anerkennung der Staaten als der Kernbestandteile der internationalen Ordnung sicherte freilich den real existierenden Staaten noch lange nicht ihre Integrität gegen Übergriffe durch andere Staaten. Als dezentrale und multipolare Ordnung war das Westfälische System vielmehr grundsätzlich, zumindest potenziell, konflikthaft angelegt. Mit den Staaten als den letztlich Entscheidungsträgern war die gewaltsame Austragung politischer Differenzen stets als Möglichkeit angelegt.

Für die Frage nach der Rechtfertigung von militärischen Interventionen in anderen Staaten war und blieb die seit der Antike bestehende¹¹ und später insbesondere christlich geprägte Lehre vom gerechten Krieg maßgeblich.¹² Kriege könnten, so Augustinus, nur dann gerecht sein, wenn ihnen eine Ungerechtigkeit der gegnerischen Seite vorausgehe.¹³ Thomas von Aquin benennt drei Voraussetzungen eines gerechten Krieges. Erstens müsse er durch die öffentliche Gewalt, die Obrigkeit, geführt werden und nicht von Privaten (*auctoritas principis*). Zweitens müsse der Kriegsgegner eine Schuld auf sich geladen haben und damit die Bekriegung „verdienen“ – es bedürfe also eines gerechten Grundes zur Kriegsführung (*causa iusta*). Schließlich verlangt Thomas von Aquin, dass die Absicht zur Kriegsführung rechtschaffen sei (*intentio bellantium recta*). Sie solle darauf gehen, Gutes zu fördern und Übles zu verhüten.¹⁴

Diese Idee eines gerechten Krieges, die in den Werken von Francisco di Vittoria,¹⁵ Hugo Grotius¹⁶ und Emer de Vattel¹⁷ weiter entfaltet wird, findet auch in vielen völkerrechtlichen Abhandlungen des 19. Jahrhunderts noch starken Widerhall.¹⁸ Die Führung eines Krieges gegen einen anderen Staat war demnach nicht ohne weiteres, sondern nur zur Verfolgung rechtlicher Zwecke möglich. In diesem Sinne begrüßt zum Beispiel Daniel Webster in seinem berühmten Brief an Lord Ashburton im Hinblick auf den *Caroline*-Vorfall¹⁹ zunächst, dass sich beide einig seien, dass „respect for the inviolable character of the territory of independ-

¹⁰ Grote, in: von Arnould (Hrsg.), *Völkerrechtsgeschichte(n)*, 2017, S. 22 (31).

¹¹ Cicero, *Der Staat/De re publica*, 2013, 3. Buch, S. 245, Rn. 35.

¹² Vgl. zur Genese des Konzepts des gerechten Krieges: *von Elbe*, *American Journal of International Law* 33 (1939), 665–688.

¹³ *Augustinus*, *Vom Gottesstaat*, Bd. 2 (Buch 11–22), 1978, 19. Buch, Kap. 7.

¹⁴ *Thomas von Aquin*, *Summe der Theologie*, 3. Aufl., 1985, Bd. III, 40. Untersuchung, S. 187–189.

¹⁵ *De Vittoria*, in: ders. *Vorlesungen*, Bd. II, 1997, S. 542–605.

¹⁶ *Grotius*, *De Iure Praedae Commentarius*, 1950, Kapitel III (31–41); *ders.*, *The Rights of War and Peace*, Bd. II, 2005, Kap. I, S. 389–419.

¹⁷ *De Vattel*, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, 1916, Buch III, Kap. III, §§ 24–50 (S. 243–253).

¹⁸ *Halleck*, *International Law, or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, 1861, Kap. XIII, § 1, S. 311 f.

¹⁹ Vgl. zum Hintergrund *infra* 48.

ent states is the most essential foundation of civilization“.²⁰ Auch Henry Wheaton schreibt in seinem *Elements of International Law* von 1836:

„Every state, as a distinct moral being independent of every other, may freely exercise all its sovereign rights in a manner not inconsistent with the equal rights of the other states. Among these is that of establishing, altering, or abolishing its own municipal constitution of government. *No foreign state can lawfully interfere with the exercise of this right, unless such interference is authorized* by some special compact, or by such a clear case of necessity as it immediately affects its own independence, freedom, and security.“²¹

Heffter, in ähnlicher Weise, bestimmt Krieg als „äußerste Selbsthilfe“ und hält fest, dass Krieg nur gerecht sei, „wann und soweit Selbsthilfe erlaubt ist“.²² Aus der souveränen Gleichheit der Staaten wurde also zumindest im Grundsatz ein Verbot der Intervention gefolgert – ein Verbot allerdings, das durch die Weite seiner Ausnahmen im Ergebnis dennoch konterkariert wurde. Denn was letztlich als ein den Einsatz militärischer Gewalt rechtfertigender Grund (das heißt als hinreichende vorherige Verletzung eines Staates) angesehen werden kann, war wiederum der Willkür der Staaten anheimgegeben. In diesem Sinne schreibt Wheaton:

„The independent societies of men, called States, acknowledge no common arbiter or judge, except such as are constituted by special compact. The law by which they are governed, or profess to be governed, is deficient in those positive sanctions which are annexed to the municipal code of each distinct society. Every State has therefore a right to resort to force, as the only means to redress for injuries inflicted upon it by others, in the same manner as individuals would be entitled to that remedy were they not subject to the laws of civil society. Each State is also entitled to judge for itself, what are the nature and extent of the injuries which will justify such a means of redress.“²³

Es gebe, wie Heffter in ähnlicher Weise formuliert, „keinen irdischen Richter, von welchem ein Ausspruch über Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit eines Krieges mit Unfehlbarkeit zu erwarten wäre“.²⁴ In anderen Worten: Die Führung eines Krieges war also durchaus rechtfertigungsbedürftig. Die Entscheidung allerdings, ob im konkreten Fall eine Rechtfertigung einschlägig war, oblag aber den Staaten und so kann man angesichts der Weite und Subjektivität des Ausnahmetatbestands von einem wirklichen rechtlichen Verbot des Krieges im 19. Jahrhundert nicht sinnvoll sprechen.²⁵ Vielmehr zeigte sich, dass in Anbetracht der Subjektivität und Weite des

²⁰ Mr. Webster, Sec. of State, to Lord Ashburton, British plen., 6. August 1842, in: Moore (Hrsg.), *A Digest of International Law*, Bd. II (Washington: Government Printing Office, 1906), S. 412.

²¹ *Wheaton*, *Elements of International Law*, 1836, S. 95 (Hervorhebung C. M.).

²² *Heffter*, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, S. 195.

²³ *Wheaton*, *Elements of International Law*, 2. Aufl., 1863, Teil IV, Kap. I, S. 505.

²⁴ *Heffter*, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, S. 195.

²⁵ In dieser Hinsicht argumentiert aber beispielsweise Agatha Verdebout: „[T]he use of force (war and intervention) was generally considered as prohibited as a logical consequence of the principle of the equal sovereignty of states, according to which each had the right to the respect of their mutual independence.“ – *Verdebout*, *Journal of the Use of Force and International Law* 1 (2014), 223 (234); vgl. in ähnlicher Hinsicht die Argumentation Hendrik Simons, der argumentiert, dass

Ausnahmetatbestands die Theorie vom gerechten Krieg einer praktischen Anwendung nicht zugänglich war.²⁶ Mithin lässt sich auch von einem gehaltvollen völkerrechtlichen Verbot von Gewalt und Intervention im 19. Jahrhundert nicht sprechen.

Fraglos kam es zum Ende des 19. Jahrhunderts hin zu einem Bedeutungsverlust der Theorie vom gerechten Krieg.²⁷ Diese wurde nunmehr allein der Sphäre der Moralität zugerechnet, nicht der des Rechts.²⁸ Die Folgen dieses Ausklingsens der Theorie vom gerechten Krieg aber blieben umstritten. Entstand aus diesem Scheitern der Versuche der Bestimmung gerechter Kriegsursachen ein tatsächliches staatliches *Recht* zur Führung von Kriegen gegen andere Staaten als ein mögliches Mittel der Politik?²⁹ Eine Vielzahl von Autoren nahm ein entsprechendes „Recht zum Kriege“ an,³⁰ das in der einflussreichen und umstrittenen Beschreibung Grewes auch als das „freie Kriegsführungsrecht‘ der souveränen Staaten“ bezeichnet wurde.³¹ Andere Autoren sahen im Krieg allein ein politisches Faktum, das vom Recht selbst nicht reguliert werde.³² Neuere Interpretationen dagegen gehen davon

es sich bei der Annahme der rechtlichen Unreguliertheit der Entscheidung über einen Kriegseintritt um einen Mythos handle – *Simon*, *European Journal of International Law* 29 (2018), 113 (113 ff.); vgl. zur genauen Analyse staatlicher Rechtfertigungen für Interventionen vor dem Ersten Weltkrieg: *von Bernstorff*, *European Journal of International Law* 29 (2018), 233–260; kritisch gegen die These Verdebouts: *Ruys*, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 3 (11).

²⁶ *Wehberg*, *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, 1953, S. 21.

²⁷ *Brierly*, *The Cambridge Law Journal* 4 (1932), 308 (308); *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 71 (Rn. 193); vgl. aber die Debatte um ein Wiederaufleben der Doktrin vom gerechten Krieg, insbesondere im Hinblick auch auf den später noch zu diskutierenden Einsatz von Gewalt durch antikoloniale Befreiungsbewegungen sowie mit Hinblick auf die Zulässigkeit humanitärer Interventionen. Vgl. hierzu: *Shaw*, *Auckland University Law Review* 3 (1977), 156–176; *Fixdal/Smith*, *Mershon International Studies Review* 42 (1998), 283–312.

²⁸ Im Hinblick auf die Diskussion um Faktoren und Elemente des gerechten Kriegs schreibt *Lawrence*, *The Principles of International Law*, 4. Aufl., 1910, S. 334, § 135: „Such matters as these are supremely important; but they belong to morality and theology, and are as much out of place in a treatise on International Law as would be a discussion on the ethics of marriage in a book on the law of personal status“; vgl. auch: *Wehberg*, *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, 1953, S. 21.

²⁹ Vgl. insoweit die Abhandlung von *Simon*, der die Differenziertheit der Debatten um ein Recht zur Kriegsführung im 19. Jahrhundert herausarbeitet: *Simon*, *European Journal of International Law* 29 (2018), 113–136.

³⁰ *Rettich*, *Zur Theorie und Geschichte des Rechts zum Kriege*, 1888, S. 291; *Heilborn*, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, 1912, S. 23: „Das heutige Völkerrecht kennt [...] keine Kriegsursachen, keine Regeln darüber, wann Kriege geführt werden dürfen. Will ein Staat sein eigenes Selbst einsetzen, so darf er jederzeit Krieg beginnen“; *Fenwick*, *International Law*, 1924, S. 428: „In general, therefore, it may be said that states are legally entitled to resort to war as a means of redress when the necessity of doing so seems to them warranted by the importance of the interests involved and justified by the principles of international law as interpreted by themselves individually.“

³¹ *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, S. 623.

³² *Lawrence*, *The Principles of International Law*, 1895, S. 292, § 155: „[M]odern International Law knows nothing of these moral questions. It does not pronounce upon them: it simply ignores them. To it war, whether just or unjust, right or wrong, is a fact“; *Hershey*, *The International Law and Diplomacy of the Russo-Japanese War*, 1906, S. 67: „From a purely legal standpoint, all wars are equally just or unjust; or, properly speaking, they are neither just nor unjust. International

aus, dass das in der Theorie des gerechten Krieges verankerte prinzipielle Verbot des Krieges weiter Bestand gehabt habe, dass dieses aber mangels Kontrollmöglichkeiten staatlicher Entscheidungen über den Kriegseintritt praktisch defizitär geblieben sei.³³

In jedem Fall fungierte Krieg nach verbreitet vertretener Auffassung als eine stets in der souveränen staatlichen Gewalt angelegte politische Möglichkeit: „[W]ar is an exercise of sovereign or high political power – a quality assumed to be inherent in sovereignty itself.“³⁴ Während das im Krieg geltende Recht, das humanitäre Völkerrecht oder *ius in bello*, auf einer Vielzahl gewohnheitsrechtlicher Regelungen basierte, verblieb die Frage nach dem Ob des Kriegseintritts effektiv ungeregelt.

Der historische Ausgangspunkt für die vorliegenden Betrachtungen ist also eine Situation zum Ende des 19. Jahrhunderts, in der die Entscheidung über eine Kriegsbeteiligung letztlich von den subjektiven Einschätzungen der Staaten abhing, für die das Völkerrecht keine robusten Regelungen enthielt, so dass es sich letztlich bei der Entscheidung über den Krieg um eine politische Frage handelte. Gegen diesen Mangel an rechtlicher Einhegung gab es seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts erhebliche Bestrebungen, die in Richtung eines allgemeinen Kriegsverbots wirkten.³⁵

Blieb das Ob des Kriegseintritts einstweilen ungeregelt und staatlichem Ermessen vorbehalten, so schickten sich die Staaten bereits zur Mitte beziehungsweise zum Ende des 19. Jahrhunderts hin an, das *ius in bello* zu kodifizieren. Hintergrund hierfür waren die durch die Modernisierung der Kriegstechnik immens gesteigerten Verheerungen der Kriege, die Ausmaße annahmen, die auch unter dem Gesichtspunkt militärischer Erwägungen weder notwendig noch förderlich waren. Die Kodifizierung des *ius in bello* sollte mithin unnötiges Leiden im Krieg durch eine Beschränkung der zulässigen Mittel der Kriegsführung verhindern.³⁶ Auf den Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 wurden entscheidende kriegsvölkerrechtliche Regelungen, allem voran die Haager Landkriegsordnung, beschlossen.³⁷ Auf den Haager Konferenzen wurde allerdings auch das Bestreben nach der Reduzierung möglicher Anlässe für Kriege zwischen Staaten – wenn auch in noch

Law merely takes cognizance of the existence of war as a fact, and prescribes certain rules and regulations which affect the rights and duties of neutrals and belligerents during its continuance. The justice of war in general or of certain war in particular, are questions of the gravest importance and of the most vital interest, but they belong to the domain of International Ethics or Morality rather than to that of International Law“; *ders.*, *The Essentials of International Public Law*, 1927, S. 545, Rn. 330: „War a Political Fact rather than a Legal Right.“

³³ *Jouannet*, *The Liberal-Welfarist Law of Nations*, 2012, S. 130.

³⁴ *Hershey*, *The Essentials of International Public Law*, 1927, S. 545 (Rn. 330).

³⁵ Vgl. hierzu die anschauliche historische Abhandlung von *Hathaway/Shapiro*, *The Internationalists*, 2017, S. 101–130.

³⁶ Die erste Kodifizierung war der Abschluss der *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, 22. August 1864, 129 CTS 361.

³⁷ *Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land*, 29. Juli 1899, 187 CTS 429.

recht leisen Tönen – deutlich. Das Erste Haager Abkommen benannte das Ziel, die Gewalt zwischen Staaten so weit als möglich zu verhindern,³⁸ und die Staaten verpflichteten sich dazu, vor einem Waffengang zu verhandeln.³⁹ Auch wurden hierbei bereits explizit die legitimen Zwecke der Kriegsführung limitiert, indem sich die unterzeichnenden Staaten im Zweiten Haager Abkommen im Grundsatz dazu verpflichteten, nicht zur Eintreibung von Schulden zur Waffengewalt gegen einen anderen Staat zu greifen (sogenannte Drago-Porter-Konvention).⁴⁰ Diese Limitierung der Entscheidung zum Krieg hatte indessen nur ein recht beschränktes Ausmaß, denn sie bezog sich allein auf Schulden eines Staates gegenüber Privaten, die nunmehr ein Staat nicht mehr im Wege des Krieges eintreiben durfte. Direkte zwischenstaatliche Schulden waren von dem Vertrag nicht umfasst, und Waffengewalt war ferner dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldnerstaat in Verhandlungen angebotene Kompromisse nicht annahm.⁴¹ Über diese begrenzte Einschränkung hinaus kamen die Staaten im Dritten Haager Abkommen dahin überein, dass Feindseligkeiten nicht ohne vorherige Warnung aufgenommen werden durften.⁴² Wiewohl die Beschränkungen des Krieges als politisches Mittel also noch schwach waren, mag man in diesen Regelungen dennoch die ersten Tendenzen einer Verrechtlichung auch des *ius ad bellum* erkennen.⁴³

Trotz der Verheerungen des Ersten Weltkrieges blieb auch auf der Basis der Satzung des Völkerbundes von 1919 der Krieg ein grundsätzlich legales Mittel. Allerdings wurde die Legalität für einige bestimmte Konstellationen eingeschränkt.⁴⁴ Bemerkenswert ist zunächst, dass der Krieg beziehungsweise die Kriegsgefahr zu einer kollektiven Angelegenheit erklärt wurde. Artikel 11 der Satzung sah vor, dass

³⁸ Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18. Oktober 1907, 205 CTS 233, Art. 1: „With a view to obviating as far as possible recourse to force in the relations between States, the Contracting Powers agree to use their best efforts to ensure the pacific settlement of international differences.“

³⁹ Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18. Oktober 1907, 205 CTS 233, Art. 2: „In case of serious disagreement or dispute, before an appeal to arms, the Contracting Powers agree to have recourse, as far as circumstances allow, to the good offices or mediation of one or more friendly Powers.“

⁴⁰ Convention respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts, 18. Oktober 1907, 205 CTS 250, Art. 1: „The Contracting Powers agree not to have recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from the Government of one country by the Government of another country as being due to its nationals.“ Vgl. zum Hintergrund der Konvention: *Benedek*, Drago-Porter Convention (1907), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2007.

⁴¹ Vgl. Convention respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts, 18. Oktober 1907, 205 CTS 250, Art. 1(2). Siehe auch die Diskussion in: *Scott*, American Journal of International Law 2 (1908), 78–94.

⁴² Convention relative to the Opening of Hostilities, 18. Oktober 1907, 205 CTS 263, Art. 1: „The Contracting Powers recognize that hostilities between themselves must not commence without previous and explicit warning, in the form either of a reasoned declaration of war or of an ultimatum with conditional declaration of war.“

⁴³ *Rossi*, New York Law School Journal of International and Comparative Law 15 (1994), 49 (60).

⁴⁴ *Möller*, International Law in Peace and War, 1935, S. 88.

der Bund entsprechende Maßnahmen zur Friedenssicherung einleiten konnte und dass Mitgliedsstaaten der Versammlung oder dem Rat Umstände, die Gefahren für den Frieden begründen könnten, zur Aufmerksamkeit bringen durften.⁴⁵ Die Mitglieder des Völkerbundes verpflichteten sich ferner, Streitfragen, die zu einem Bruch des Bundes führen könnten, entweder der Schiedsgerichtsbarkeit oder der Prüfung durch den Rat des Völkerbundes zu unterbreiten und in keinem Fall vor Ablauf von drei Monaten nach dem Spruch der Schiedsrichter oder dem Bericht des Rates zu kriegerischen Akten zu schreiten.⁴⁶ Das *ius ad bellum* wurde damit gegenüber den Mitgliedern des Völkerbundes weiteren prozeduralen Beschränkungen unterworfen, deren Ziel es war, durch Verhandlungsprozesse sowie eine *cooling-off*-Periode etwaigen Streitigkeiten ihre Sprengkraft zu nehmen.⁴⁷ Jenseits dieser rechtlichen Beschränkungen aber war ein allgemeines Kriegsverbot nicht vorgesehen.

Daher überrascht es nicht, dass sich auch nach Errichtung des Völkerbundes ein Trend fortsetzte, der bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu verzeichnen war, nämlich dass eine Reihe von Staaten in bi- oder multilateralen Verträgen Kriege aus ihren internationalen Beziehungen zu verbannen suchten, indem sie beispielsweise Mechanismen der friedlichen Streitbeilegung für mögliche Konflikte vereinbarten, Nichtangriffspakte schlossen oder gar Beistandspflichten vorsahen.⁴⁸ Das wohl prominenteste Beispiel der Zeit waren die Verträge von Locarno aus dem Jahr 1925, in denen eine Vielzahl europäischer Mächte zum – wie es im Schlussprotokoll heißt – „Schutze ihrer Völker vor der Geißel des Krieges“ Wege für die friedliche Regelungen von Streitigkeiten aller Art schufen.⁴⁹ Allen voran erkannten Frank-

⁴⁵ Covenant of the League of Nations, 28. Juni 1919, 225 CTS 195, Art. 11: „Any war or threat of war, whether immediately affecting any of the Members of the League or not, is hereby declared a matter of concern to the whole League, and the League shall take any action that may be deemed wise and effectual to safeguard the peace of nations. In case any such emergency should arise the Secretary General shall on the request of any Member of the League forthwith summon a meeting of the Council. It is also declared to be the friendly right of each Member of the League to bring to the attention of the Assembly or of the Council any circumstance whatever affecting international relations which threatens to disturb international peace or the good understanding between nations upon which peace depends.“

⁴⁶ Covenant of the League of Nations, 28. Juni 1919, 225 CTS 195, Art. 12: „The Members of the League agree that, if there should arise between them any dispute likely to lead to a rupture they will submit the matter either to arbitration or judicial settlement or to enquiry by the Council, and they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council. In any case under this Article the award of the arbitrators or the judicial decision shall be made within a reasonable time, and the report of the Council shall be made within six months after the submission of the dispute.“

⁴⁷ Franck, *Recourse to Force*, 2002, S. 10.

⁴⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 81–83; vgl. auch die von den USA zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit einer Reihe von Staaten ausgehandelten Bryan Treaties, die unter anderem Mechanismen zur friedlichen Streitbeilegung vorsahen: Schlochauer, *Bryan Treaties (1913–1914)*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, insb. Rn. 4.

⁴⁹ Final Protocol of the Locarno Conference, Locarno, 16. Oktober 1925, 54 LNTS 289, 297.

reich und Deutschland die im Versailler Vertrag ausgewiesenen Grenzen an und schlossen einen Nichtangriffspakt.⁵⁰

Auch im Rahmen des Völkerbundes fanden weitere Bestrebungen statt, die auf ein generelles Kriegsverbot abzielten. 1924 stimmten die Mitgliedsstaaten des Völkerbundes dem Genfer Protokoll über die friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten zu, in dem sie sich dazu verpflichteten, unter keinen Umständen zu kriegerischen Mitteln zu greifen, wobei auch Nichtmitglieder unter bestimmten Voraussetzungen hiervon Schutz hätten erfahren können.⁵¹ Nach einem Regierungswechsel im Vereinigten Königreich wurde dieses Protokoll aber eben dort nicht ratifiziert und trat in der Folge gänzlich auch nicht in Kraft.

Am 24. September 1927 verabschiedete die Versammlung des Völkerbundes die Declaration concerning Wars of Aggression, in der sie Angriffskriege (*wars of aggression*) als unter allen Umständen illegal bezeichnete und die Pflicht der Staaten zur friedlichen Streitbeilegung betonte.⁵² Wiewohl diese Deklaration die Verbindlichkeit für alle Mitglieder des Völkerbundes explizit betonte, war sie im Ergebnis aber doch ob ihrer Form kein völkerrechtlich verbindliches Dokument, zumal die Satzung des Völkerbundes mit ihren deutlich weiteren Regelungen unverändert blieb.⁵³

Der entscheidende Moment für die Etablierung eines allgemeinen Kriegsverbots war schließlich der Abschluss des nach dem US-Amerikanischen Secretary of State und dem französischen Außenminister so benannten Kellogg-Briand-Pakts.⁵⁴ Kerngehalt des Vertrages war, dass die unterzeichnenden Staaten den Krieg als Mittel der Austragung internationaler Streitigkeiten verurteilten und kriegerische Aktivitäten als Mittel nationaler Politik in den Beziehungen der unterzeichnenden Staaten ausschlossen.⁵⁵ Ein nicht explizit im Vertrag benannter, von den Par-

⁵⁰ Treaty of mutual guarantee between Germany, Belgium, France, Great Britain and Italy, Locarno, 16. Oktober 1925, 54 LNTS 289, Art. 1 und 2. Vgl. auch *Lindley-French*, Locarno Treaties (1925), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2007, Rn. 1 ff.

⁵¹ League of Nations, Geneva Protocol on the Pacific Settlement of International Disputes, 2. Oktober 1924, Art. 2: „The signatory States agree in no case to resort to war either with one another or against a State which, if the occasion arises, accepts all the obligations hereinafter set out, except in case of resistance to acts of aggression or when acting in agreement with the Council or the Assembly of the League of Nations in accordance with the provisions of the Covenant and of the present Protocol“; vgl. zu den Regelungen des Protokolls: *Williams*, Journal of the British Institute of International Affairs 3 (1924), 288 (293 ff.).

⁵² League of Nations, Declaration Concerning Wars of Aggression, League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 53), September 24, 1927, 22.

⁵³ *Möller*, International Law in Peace and War, 1935, S. 88; vgl. aber auch Strupp, der meint, dass die einstimmige Deklaration geeignet sei, die Satzung des Völkerbundes zu ändern, sofern eine Ratifikation erfolge: *Strupp*, Der Kellogg-Pakt im Rahmen des Kriegsvorbeugungsrechts, 1928, S. 15, 20.

⁵⁴ General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, 27. August 1928, 94 LNTS 57 [Kellogg-Briand-Pakt]; deutsche Übersetzung in: RGBl. 1929 II, 97.

⁵⁵ Kellogg-Briand-Pakt, Art. 1: „The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of internation-

teien aber implizit vorausgesetzter Vorbehalt bezog sich insoweit auf das Recht zur Selbstverteidigung.⁵⁶ Bis zum Dezember 1938 hatte der Vertrag mit 63 Vertragsparteien eine überwältigende Zustimmung gefunden.⁵⁷

Bei allem wies der Kellogg-Briand-Pakt zwei entscheidende Schwächen auf. Zum einen war es defizitär, dass sich der Vertrag einzig auf das Führen eines „Krieges“ bezog und damit eine gewichtige und nicht zuletzt interpretations-offene Erheblichkeitsschwelle anführte und kleinere bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen Staaten nicht erfasste.⁵⁸ Insofern bestand stets die Möglichkeit, den Kriegscharakter gewaltsamer Auseinandersetzungen in Abrede zu stellen und damit für die Völkerrechtskonformität zu argumentieren (*measures short of war*). Zum anderen sah der Kellogg-Briand-Pakt keinerlei Sanktionen im Falle des Verstoßes vor und traf auch keine institutionellen Vorkehrungen, wie Verstöße zunächst festgestellt und schließlich adressiert werden könnten.⁵⁹ Der Vertrag beruhte allein, wie Henry Stimson 1932 noch mit Optimismus sagte, auf „der Sanktion durch die öffentliche Meinung, die zu einer der wirkmächtigsten Sanktionen der Welt gemacht werden kann“.⁶⁰

Ungeachtet dieser Defizite ist der Kellogg-Briand-Pakt doch eine wichtige Wegmarke. Er markiert den Moment, an dem eine große Anzahl von Staaten generell die Unzulässigkeit des Krieges als Mittel internationaler Politik beschloss und ein allgemeines Kriegsverbot Anerkennung fand – an dem also das grundsätzliche *ius ad bellum* in ein *ius contra bellum* transformiert wurde.⁶¹

Ein weiterer Ausdruckspunkt dieser Entwicklung ist ferner die Montevideo-Konvention von 1933, in der 20 amerikanische Staaten ein regionales Völkervertragswerk schufen und hierin unter anderem ein Gewalt- und Interventionsverbots verankerten.⁶² Die Unterzeichnerstaaten hielten die besondere Bedeutung der Friedenswahrung fest: „The primary interest of states is the conservation of peace. Differences of any nature which arise between them should be settled by recognized pacific methods.“⁶³

al controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another.“

⁵⁶ *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 87 f. (Rn. 239).

⁵⁷ Eine Liste der Staaten findet sich in: *American Journal of International Law* 33 (1939), 819 (865). Der Vertrag ist auch heute noch in Kraft und verzeichnet noch immer 63 Vertragsparteien. Vgl. zur Übersicht der Vertragsparteien: BGBl. II 2019, Fundstellennachweis B, 367.

⁵⁸ *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 2(4), Rn. 11.

⁵⁹ Kritisch insoweit z. B. *Kunz*, *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 9 (1929), 75 (95); *Wehberg*, *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, 1953, S. 48.

⁶⁰ *Stimson*, *Foreign Affairs* 11 (1932), Special Supplement 1, o. S.: „[T]he Briand-Kellogg Pact provides for no sanctions of force. It does not require any signatory to intervene with measures of force in case the Pact is violated. Instead it rests upon the sanction of public opinion, which can be made one of the most potent sanctions in the world.“

⁶¹ *Howard*, in: *Howard* (Hrsg.), *Restraints on War*, 1979, S. 1 (11).

⁶² Vgl. insbesondere Art. 8 und 11 *Montevideo Convention on Rights and Duties of States*, 26. Dezember 1933, 165 LNTS 19.

⁶³ Art. 10 *Montevideo Konvention*.

Dieser kurze historische Abriss zeigt die groben Entwicklungslinien auf, die im Hintergrund der heute noch relevanten Rechtskonzepte liegen. Das darin implizit zum Ausdruck kommende Fortschrittsnarrativ ist nicht unproblematisch, da sich zu vielen Zeitpunkten eine Geschichte auch aus der Sicht der „Underdogs“ erzählen ließe, von Staaten beispielsweise, die keine Gelegenheit hatten, nach dem Ersten Weltkrieg ein Mitglied des Völkerbundes zu werden.⁶⁴ Ein solches Gegennarrativ ist für ein volles Verständnis der geschichtlichen Dynamik entscheidend, soll aber unter dem Fokus der vorliegenden Arbeit auf die Herausbildung des Gewaltverbots nicht weiter verfolgt werden.

II. Grundzüge des *ius contra bellum*

Die Zahnlosigkeit des allgemeinen Kriegsverbots unter dem Kellogg-Briand-Pakt wurde in Anbetracht der Aggression des Deutschen Reiches gegen seine Nachbarn und des sich darauf entfaltenden Zweiten Weltkrieges evident. Ganz offenbar hatte die rechtlich verbindliche Ächtung des Krieges ihn nicht verhindern können. Ungeachtet dessen, oder vielmehr gerade in Anbetracht des Scheiterns des Kellogg-Briand-Paktes, wurde die Idee eines generellen Kriegsverbots zu einem zentralen Bestandteil der angestrebten Nachkriegsordnung, in welcher man die Idee einer Vereinigung der Nationen in einer internationalen Organisation verfolgte. So beginnt die Präambel der UN-Charta mit der Formulierung des Zieles, künftige Generationen „vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die zweimal zu unseren Lebzeiten unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat“. Die Idee einer allgemeinen Ächtung des Krieges wird in der UN-Charta in ein komplexes institutionelles Gefüge eingebaut. Artikel 1 Nr. 1 der UN-Charta weist den Weg hierfür, nämlich „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren und zu diesem Zweck wirksame Kollektivmaßnahmen zu treffen“. Während der Kellogg-Briand-Pakt einzig den Krieg als Mittel rechtlich verbannte, aber keine Prozesse und Institutionen schuf, die zu einer Sicherung des Friedens beitragen könnten, sollte genau dies nun im Rahmen der Vereinten Nationen durch den Aufbau eines Systems kollektiver Sicherheit geschehen. Die UN-Charta errichtete ein grundsätzliches und allgemeines Verbot des unilateralen Gewalteinsatzes.⁶⁵ Dieses in der UN-Charta verankerte Verbot der Gewalt wird gleichfalls durch eine später noch näher zu untersuchende gewohnheitsrechtliche Geltung abgesichert. Zugleich ist das Gewaltverbot in zahlreichen bi- und multilateralen Verträgen enthalten.⁶⁶

⁶⁴ Vgl. kritisch insoweit: von Bernstorff, in: von Arnould (Hrsg.), Völkerrechtsgeschichte(n), S. 39 (40–52).

⁶⁵ In diesem Abschnitt wird zunächst nur auf die Regelungen der UN-Charta eingegangen. Die gewohnheitsrechtliche Geltung des Gewaltverbots wird der Übersichtlichkeit halber erst später diskutiert. Vgl. dazu § 4.

⁶⁶ Vgl. z. B. die Vereinbarung in Art. 2 des Moskauer Vertrags zwischen der UdSSR und der Bundesrepublik Deutschland vom 12. August 1970, BGBl. 1972 II S. 354. Vgl. ebenso Art. II des

Zentrales Element der Absicherung ist die Errichtung von Institutionen, allem voran des UN-Sicherheitsrates, der im Dienste der Friedenssicherung und -wiederherstellung befugt ist, Maßnahmen – auch solche mit Zwangscharakter – gegen Kriegsgefahren und Aggressoren einzuleiten. Insofern ist es wichtig zu betonen, dass die UN-Charta nicht als Ausdruck eines allgemeinen ethischen Postulats des Pazifismus gelesen werden kann, denn sie schließt zwischenstaatliche Gewalt als solche nicht aus.⁶⁷ Ihr Hauptanliegen ist es vielmehr, unilateralen Gewalteinsatz zurückzudrängen und gegebenenfalls notwendig werdenden Gewalteinsatz in kollektiven Bahnen zu beschließen.

Eine wichtige Vorschrift für das grundsätzliche Kriegsverbot ist insoweit zunächst Artikel 2 Abs. 3 UNC, der vorschreibt, dass alle Mitglieder „ihre internationalen Streitigkeiten durch friedliche Mittel so bei[legen], daß der Weltfriede, die internationale Sicherheit und die Gerechtigkeit nicht gefährdet werden“.

Die Kernvorschrift des Kriegsverbotes ist Artikel 2 Abs. 4 UNC:

„Alle Mitglieder unterlassen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt.“

Die Formulierung „[a]lle Mitglieder“ bringt dabei zunächst den westfälisch konzipierten Ausgangspunkt der UN-Charta zum Ausdruck. Die Charta ist ein internationaler Vertrag zwischen Staaten und kann als Vertragsvorschrift direkt auch nur eben diese binden, nicht hingegen aber nichtstaatliche Akteure wie bewaffnete Gruppen, Separatisten oder Terroristen, wiewohl solche nichtstaatlichen Akteure in der Praxis bewaffneter Konflikte seit Jahrzehnten eine zunehmend wichtige Rolle spielen.⁶⁸ Diesem westfälischen Grundverständnis korrespondiert auch, dass der Wortlaut von Artikel 2 Abs. 4 UNC nur auf die Gewalt der Staaten „in ihren internationalen Beziehungen“ abstellt, damit also grundsätzlich Gewalt, die von Staaten innerhalb ihres Territoriums beispielsweise gegen Aufständische ausgeübt wird, außen vor lässt.

Mit dem *Begriff der Gewalt* erfolgt eine wichtige terminologische Abkehr vom vorherigen Rechtsrahmen. Die Verwendung des Begriffs der Gewalt verfolgte die Intention, die Unbestimmtheit und Umstrittenheit des noch im Kellogg-Briand-Pakt verwendeten Kriegsbegriffs zu umgehen.⁶⁹ Dem Kriegsbegriff hatte durch seine traditionelle Verknüpfung mit der Kriegserklärung immer ein gewisses voluntaristisches Element innegeohnt und Staaten hatten daher militärische Auseinandersetzungen schlicht nicht als Kriege anerkannt. Der Gewaltbegriff sollte die Unwägbarkeiten des Kriegsbegriffs umgehen, indem er eine rein objektive Be-

Warschauer Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen vom 7. Dezember 1970, BGBl. 1972 II S. 362.

⁶⁷ *Reisman*, American Journal of International Law 78 (1984), 642 (642).

⁶⁸ Vgl. aber auch die Debatten um die Ausweitung des Rechts in Richtung eines *ius ad bellum internum*: *Ruys*, The Quest for an Internal Jus Ad Bellum, SSRN Scholarly Paper, 2019.

⁶⁹ *Kunz*, American Journal of International Law 54 (1960), 324 (330).

trachtung erlaubte und zudem bereits auch militärische Akte unterhalb der Intensitätsschwelle eines Krieges erfasste (*measures short of war*).⁷⁰ Das Gewaltverbot ist im Grundsatz umfassend angelegt und verbietet großangelegte bewaffnete Konflikte ebenso wie die bezeichneten *measures short of war*.⁷¹

Bereits im Rahmen der Verhandlungen zur Schaffung der UN-Charta wurde allerdings darum gestritten, ob die Ausdehnung des Gewaltverbots nicht auch politische und ökonomische Maßnahmen erfassen solle.⁷² Während sich diese Auffassung im Rahmen der Schaffung der UN-Charta nicht durchsetzen konnte, wurde sie gleichwohl auch in den Folgejahren insbesondere von sozialistischen Staaten und Entwicklungsländern erhoben. Diese Gruppen von Staaten sahen in ökonomischen Eingriffen die primäre westliche Einflussform, die dem Gewalteinsatz in normativer Hinsicht gleichgestellt wurde⁷³ – mitunter auch bezeichnet als *economic aggression*.⁷⁴ Befürworter dieser Position beriefen sich für ihre Interpretation der UN-Charta insbesondere auf den Umstand, dass Artikel 2 Abs. 4 UNC allein von Gewalt, nicht aber, wie andere Vorschriften der UN-Charta explizit, das Kriterium der Bewaffnung anführt (vgl. etwa Artikel 51 UNC: „bewaffneter Angriff“).⁷⁵ Entsprechende Positionen werden aber heute kaum mehr vertreten und die Beschränkung des Gewaltverbots auf spezifisch militärische Gewalt wird nahezu einhellig anerkannt.

Artikel 2 Abs. 4 UNC verbietet dabei sowohl die Anwendung von Gewalt als auch deren Androhung. Drohung ist als die Inaussichtstellung eines Übels zu ver-

⁷⁰ *Schachter*, *Recueil des Cours* 178 (1982), 9 (138).

⁷¹ Mehrheitlich wird davon ausgegangen, dass Art. 2 Abs. 4 UNC keine Mindestschwelle der Gewalt verlange, solange es sich um militärische Gewalt handelt. *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 90 (Rn. 247); *Ruys*, *American Journal of International Law* 108 (2014), 159 (187f.); mitunter kann sich aber die Frage nach der Abgrenzung von militärischer Gewalt einerseits und bloßen Polizeimaßnahmen andererseits ergeben, die ihrerseits noch nicht unter das Gewaltverbot fallen; vgl. hierzu: *Corten*, *The Law Against War*, 2010, S. 52–55.

⁷² Vgl. beispielsweise den brasilianischen Änderungsvorschlag für Art. 2 Abs. 4 UNC, der anbot, in einer Vorschrift mit dem Gewaltverbot auch ökonomische Maßnahmen zu adressieren, im Ergebnis aber nicht aufgenommen wurde („from the threat or use of force and from the threat or use of economic measures in any manner inconsistent [...] etc“) (UNCIO, Bd. VI, 559). Vgl. auch *Kearney/Dalton*, *American Journal of International Law* 64 (1970), 495 (534).

⁷³ *Herczegh*, *Questions of International Law (Hungarian Branch of the International Law Association)* 2 (1964), 70 (85): „The prohibition contained in Article 2 (4) covers not only resort to armed (military) force but all other forms of force (economic, political, etc.) likely to jeopardize the independence of another State.“

⁷⁴ *Bokor-Szegö*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (461). Vgl. zur Debatte um diesen Begriff auch: Report of the Special Committee on the Question of ‚Defining Aggression‘, 24 August – 21 September 1953, UN Doc. A/2638, 8–10.

⁷⁵ *Bokor-Szegö*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (458): „It was clearly laid down, from the outset, that the prohibition of force was applicable not only to armed force but also to any other form of force. A logical interpretation of certain Charter provisions (and therefore of Art. 2[4] as well) leads to this conclusion. While certain provisions of the Charter refer to the concept of force without qualification, the Charter uses explicit terms where it intends to provide exclusively against armed force. Thus, Art. 51 of the Charter clearly mentions ‚armed attack‘ when it concedes the State the right to self-defence.“

stehen, das im Falle der Realisierung selbst als Gewalteinsetzung anzusehen wäre.⁷⁶ Die Probleme einer derartigen Bestimmung liegen auf der Hand: Das in Aussicht gestellte Übel wird oft nicht direkt angekündigt, sondern konkludent erklärt. Es ergeben sich also, etwa im Falle großer militärischer Übungen verfeindeter Staaten in Grenznähe, durchaus antizipierbare Differenzen darüber, ob eine Drohung vorliegt oder nicht.

Die Gewalt muss ferner „gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates“ gerichtet sein. Die Interpretation dieses Merkmals von Artikel 2 Abs. 4 hat seit der Schaffung der UN-Charta erheblichen Raum für Debatten gegeben und wurde dabei in zahlreichen Konstellationen von einigen Kommentatoren dahingehend interpretiert, dass es bestimmte Gewaltanwendungen vom generellen Verbot ausschließe.⁷⁷ So wurde argumentiert, dass dieses Merkmal nur solche Akte dem generellen Gewaltverbot unterwerfe, die insoweit gegen die territoriale Integrität gerichtet sind, als dass sie versuchten, eine territoriale Veränderung, letztlich also eine Annexion vorzunehmen. Das entscheidende Moment soll demnach sein, dass eine dauerhafte Veränderung der territorialen Ordnung vorgenommen wird. D’Amato zum Beispiel präsentiert eine historische Auslegung des Begriffs der territorialen Unversehrtheit und argumentiert, dass der gezielte und nur punktuelle Einsatz militärischer Mittel auf dem Territorium eines anderen Staates zwar Gewalt gegen das Territorium begründe, nicht aber eine gegen die territoriale Integrität, denn diese bleibe durch den Einsatz unverletzt. Als Beispiel diskutiert D’Amato die Zerstörung des seinerzeit im Bau befindlichen Kernreaktors *Osirak* auf irakischem Territorium im Jahr 1981, mit der Israel durch den nur punktuellen militärischen Eingriff keine Beeinträchtigung der territorialen Integrität herbeigeführt habe⁷⁸ – ein Vorfall, auf den im Folgenden noch näher einzugehen sein wird.⁷⁹ Ähnliche Argumente wurden vorgebracht, um die Rechtmäßigkeit humanitärer Interventionen zum Schutze der Bevölkerung vor Rechtsverletzungen durch ihre Regierungen zu begründen.⁸⁰ Auch in diesen Fällen kommt es nicht zu einer territorialen Änderung der Grenzverläufe, sondern es sollen allein vorübergehend Schutzmaßnahmen zu Gunsten der Zivilbevölkerung eines anderen Staates ergriffen werden.

Eine solche Auslegung von Artikel 2 Abs. 4 UNC ist allerdings aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Allem voran findet eine entsprechende Lesart in der

⁷⁶ IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Rechtsgutachten vom 8. Juli 1996, ICJ Reports 1996, 226, 246 (para. 47); vgl. ausführlich zur Drohung mit Gewalt: *Stürchler*, *The Threat of Force in International Law*, 2007, zu den Formen der Drohung insb. S. 258 ff.

⁷⁷ Vgl. bereits *Stone*, *Aggression and World Order*, 1958, S. 95.

⁷⁸ *D’Amato*, *International Law: Process and Prospect*, 2. Aufl., 1995, S. 57 f.; vgl. auch: *ders.*, *American Journal of International Law* 77 (1983), 584 (585); vgl. auch: *ders.*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 516 (520). Vgl. hierzu ausführlich *infra* 67–76.

⁷⁹ Vgl. *infra* 53.

⁸⁰ *Reisman*, in: *Lillich* (Hrsg.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, 1973, S. 167 (177); *Kirgis*, *AJIL Unbound* 108 (2014), 116 (117).

Praxis der Staaten keine Unterstützung. Im Gegenteil, die Staaten insistieren auf der Unverletzlichkeit ihres Territoriums als ein umfassendes Prinzip. Hintergrund ist nicht zuletzt, dass die von beispielsweise D'Amato vorgeschlagene Interpretation erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen würde.⁸¹ Auch könnte das von der UN-Charta ausweislich der Artikel 1(1) und 2(3) verfolgte Ziel einer allgemeinen Friedenssicherung kaum erreicht werden, wenn das Gewaltverbot letztlich nur Fälle beträfe, in denen die Gefahr besteht, dass staatliches Territorium dauerhaft verloren geht. In der Praxis staatlicher Konflikte spielen derartige „Annxionsfälle“ nur eine untergeordnete Rolle. Schließlich spricht auch eine historische Betrachtung gegen die entsprechende Interpretation. Ausweislich der *travaux préparatoires* ging es den Staaten auf der San-Francisco-Konferenz gerade darum, ein allgemeines und umfassendes Gewaltverbot zu etablieren. Das ursprüngliche Dumbarton Oaks Proposal, auf dessen Grundlage die Staaten die UN-Charta verhandelten, sah das Merkmal „gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates“ noch nicht vor.⁸² Vielmehr wurde es erst auf der San-Francisco-Konferenz 1945 eingefügt. Damit wurde auf die Änderungsanträge von militärisch wenig potenten Staaten reagiert, denen es allesamt um eine Stärkung des Gewaltverbots ging.⁸³

Die Formulierung des Artikel 2 Abs. 4 UNC, die ein Verbot jeder „sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare[n] Androhung oder Anwendung von Gewalt“ anführt, ist schließlich als eine *catch-all phrase* zu verstehen,⁸⁴ die die Umfänglichkeit des Verbots zwischenstaatlicher Gewalt unterstreichen soll.⁸⁵

Der Kerngehalt des Gewaltverbots ist also der Verzicht der Staaten auf den Einsatz von Gewalt in ihren internationalen Beziehungen. Der Einsatz von Gewalt ist auf der Grundlage der UN-Charta nur in zwei Konstellationen zulässig: Die für das Chartasystem zentrale Ausnahme ist die Möglichkeit kollektiver Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta. Die UN-Charta errichtet ein kollektives Sicherheitssystem, das den einzelnen Staaten im Grundsatz die Entscheidung über den Einsatz von Gewalt aberkennt. Als Pendant zu diesem generellen Gewaltver-

⁸¹ *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 94 (Rn. 258).

⁸² Das Dumbarton Oaks Proposal lautete vielmehr: „All members of the Organization shall refrain in their international relations from the threat and use of force in any manner inconsistent with the purposes of the Organization.“ – UNCIO, Bd. VI, 556.

⁸³ Vgl. dazu die Änderungsanträge von Australien, Brasilien, der Tschechoslowakei, Ägypten, Äthiopien, Mexiko, Peru und Uruguay, UNCIO, Bd. VI, 557–568; vgl. insoweit auch die Bestätigung dieser das Gewaltverbot stärkenden Interpretation des Rechts in der Rechtsprechung des IGH, Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, Urteil vom 9. April 1949, ICJ Reports 1949, 4, 35.

⁸⁴ *Dörr*, Use of Force, Prohibition Of, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2015, Rn. 14.

⁸⁵ Vgl. aber auch Manfred Lachs, der die Formulierung weitergehend interpretiert und zum Beispiel auch den Einsatz von Gewalt gegen Bestrebungen der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Völker als nach Maßgabe dieser Formulierung verboten ansieht: *Lachs*, Recueil des Cours 169 (1980), 9 (161 f.).

bot sprachen die Staaten demgegenüber dem Sicherheitsrat die Kompetenz zu, kollektive Maßnahmen zur Friedenssicherung – auch unter Einsatz von Gewalt – nach Kapitel VII der UN-Charta einzuleiten.

Die einzige Möglichkeit des unilateralen Einsatzes von Gewalt sieht die UN-Charta in Artikel 51 vor:

„Diese Charta beeinträchtigt im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.“

Der Wortlaut dieser Vorschrift stellt klar, dass die Charta das Selbstverteidigungsrecht als ein provisorisches Notrecht anerkennt, das die Staaten in die Lage versetzt, sich gegen bewaffnete Angriffe zu wehren. Dieses gilt allerdings nur so lange, bis im Rahmen des kollektiven Sicherheitssystems der UN Maßnahmen eingeleitet worden sind.

Eine weitere Konstellation, die hier zu erwähnen ist, ist die Möglichkeit der Intervention auf Einladung.⁸⁶ Bei dieser handelt es sich allerdings nach vorherrschender Auffassung nicht um eine Ausübung von Gewalt, da Gewalt ein Element der Willensbeugung oder Willensbruchs beinhaltet (*volenti non fit iniuria*).⁸⁷

Im Ausgangspunkt ist es somit wichtig festzuhalten, dass die UN-Charta keineswegs ein absolutes Gewaltverbot postuliert, sondern dass sie – insbesondere über die Möglichkeit unilateraler militärischer Akte in Selbstverteidigung – immer schon signifikante Ausnahmen bereithielt.⁸⁸ Die Entwicklung des Gewaltverbots seit Schaffung der UN-Charta ist daher auch maßgeblich durch eine Auseinandersetzung um die Reichweite des Gewaltverbots, allem voran seiner Ausnahmen charakterisiert.

Die Wichtigkeit des generellen Gewaltverbots ist vielfach betont und gepriesen worden: als „Herz“⁸⁹ und – so der IGH – „Grundpfeiler der UN-Charta“⁹⁰ sowie des Friedens.⁹¹ In den Worten Michael Byers: Die Erschaffung der UN-Charta „was a constitutional moment in international affairs: an anarchic world of self-help and temporary alliances was transformed into a nascent system of governance“.⁹²

⁸⁶ Explizit anerkannt durch den IGH in: IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 126 (para. 246).

⁸⁷ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 78 (2018), 588 (612, B.3); kritisch insoweit: *Kriener*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 79 (2019), 643–646.

⁸⁸ *Hurd*, European Journal of International Security 2 (2017), 1 (14).

⁸⁹ *Henkin*, American Journal of International Law 65 (1971), 544 (544).

⁹⁰ IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 223 (Rn. 148).

⁹¹ *Waldock*, Recueil des Cours 81 (1952), 451 (492).

⁹² *Byers*, London Review of Books 24, Nr. 14 (25. Juli 2002), 3–5.

Die Einschätzung darüber, wie radikal die Einführung eines generellen Gewaltverbotes durch die UN-Charta letztlich war, weichen allerdings deutlich voneinander ab. Sicher bedeutete das durch ein kollektives Sicherheitssystem gestärkte Gewaltverbot ein rechtliches Novum, gleichzeitig aber zementierten die Staaten im institutionellen Rahmen der UN – insbesondere durch den Sicherheitsrat und das Vetorecht der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats – die herausgehobene Stellung der Sieger des Zweiten Weltkrieges und gaben ihnen letztlich die institutionelle Zusicherung, dass sie ohne ungewollte Beeinträchtigung durch den Sicherheitsrat und damit letztlich sanktionsfrei agieren könnten.⁹³

⁹³ Cassese, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (507): „Did the new régime mark a radical innovation? In fact the Charter affected the position of the major Powers hardly at all. Whereas beforehand the lack of substantial restraints on the use of force was tacit confirmation that these Powers were the overlords in the world community, in 1945 the law went so far as to consecrate their superior power: although they must not use force contrary to the Charter, in case they did, no sanction could be taken against them under Chapter VII of the Charter thanks to the veto power each of them now enjoyed“; vgl. dazu auch: *Morgenthau*, *Politics among Nations*, 1949, S. 79–81.

§3. Die Dynamik des *ius contra bellum* seit 1945

Die 1945 beschlossenen Regelungen der UN-Charta sind äußerst abstrakt und unternehmen nicht den Versuch, die komplexen Fragen nach der Anwendung militärischer Gewalt in den internationalen Beziehungen mit einem Grad an Spezifik zu regeln, der die tatsächlichen Problemlagen konkret adressieren würde.¹ Das hat auch der IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung klar benannt: „[...] the United Nations Charter [...] by no means covers the whole area of the regulation of the use of force in international relations“.² Die Regelungen der UN-Charta waren dem Charakter eines konstitutionellen Vertrages entsprechend allgemein, interpretationsoffen und adaptionsfähig. Sie gaben nur einen groben Rahmen vor, während ihre Konkretisierung und Anpassung an die konkreten historischen Bedingungen von der Praxis der Staaten abhing sowie vom institutionellen System (insbesondere der UN), allem voran dem UN-Sicherheitsrat, der Generalversammlung, dem IGH, aber auch der UN-Völkerrechtskommission mit ihrem Ziel der Fortentwicklung des Rechts.

Bald nach der Schaffung der UN-Charta zeigte sich allerdings, dass die institutionelle Aufgabe der Rechtskonkretisierung und gegebenenfalls -reinterpretation unter den bestehenden politischen Rahmenbedingungen – insbesondere dem aufkommenden Kalten Krieg und der Blockade des UN-Sicherheitsrates sowie einer allgemeinen Polarisierung der Standpunkte – nur unter erheblichen Schwierigkeiten und zudem nur mit äußerster Langsamkeit voranschreiten konnte.³ Als Problem stellte sich also heraus, dass wir es im Ausgangspunkt nicht nur mit erheblich konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriffen zu tun haben, sondern dass darüber hinaus das institutionelle System nur bedingt in der Lage war und immer noch ist, diese erforderliche Konkretisierung zu leisten. Damit hängt, wie in vielen völkerrechtlichen Bereichen, die Feststellung des Rechts selbst fast ausschließlich von einem multipolaren Prozess ab, in dem die Staaten das Recht sukzessive durch ihre Praxis konkretisieren. Die genauen rechtlichen Standards dieser Konkretisierung, also die Regeln über die Rechtsquellen des Völkerrechts im Hinblick auf das Gewaltverbot, sollen im folgenden Kapitel (§4) in den Blick genommen werden. Sie sind von fundamentaler Bedeutung, um uns der formalen Regeln zu vergewissern, mit deren Hilfe der Stand des Rechts zu einem gegebenen historischen Zeitpunkt

¹ Gray, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., 2008, S. 7: „The rules of the Charter on the use of force are brief and cannot constitute a comprehensive code“; vgl. auch Tanca, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 397 (397), der von einer „inadequacy of the U. N. Charter on crucial questions such as the use of force“ spricht.

² IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 94 (Rn. 176).

³ Cassese, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (511): „[T]he U. N. soon proved ineffective in the field of collective security.“

festgestellt werden kann – eine fundamentale Voraussetzung für die Qualifizierung eines Verhaltens als legal oder illegal.

Im nunmehr eröffneten Kapitel geht es aber zunächst darum, ein Verständnis und einen Überblick über die wesentlichen substanziellen Rechtsfragen zu entwickeln, die im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots seit der Errichtung der UN-Charta die internationalen Auseinandersetzungen geprägt haben. Es soll nun zunächst analysiert werden, wie die abstrakten Regeln der UN-Charta in den realen internationalen Konflikten gleichsam mit Leben gefüllt wurden und welche Art von Kontroversen sich hierbei auftraten. Dabei kann selbstredend kein Anspruch auf Vollständigkeit und erschöpfende Diskussion aller Problemlagen und Streitstände erhoben werden. Vielmehr geht es darum, wichtige und paradigmatische Prozesse der Konkretisierung, aber auch der Infragestellung von Aspekten des Gewaltverbots in den Blick zu nehmen. Diese Aspekte werden in den Betrachtungen der Folgekapitel zu den verschiedenen Typen der Illegalität dann wieder aufzugreifen sein und den Hintergrund für die dortigen Analysen bilden. Bei allem soll die Prozesshaftigkeit des Rechts deutlich werden, die uns bereits hier einige der später im Detail zu diskutierenden Schwierigkeiten in der Bewertung der Legalität und Illegalität von staatlichem Verhalten antizipieren lässt.

Vor dem Hintergrund dieses Zieles erklärt sich auch, dass der Schwerpunkt der Betrachtung nicht auf einer *Entscheidung* der aufgeworfenen Rechtsfragen liegt, das heißt nicht darauf, im Hinblick auf die konkrete Streitigkeit das bessere Argument in der rechtlichen Bewertung zu identifizieren. Dieses Ziel würde den Rahmen sprengen. Es werden vielmehr in der Diskussion der materiellen Rechtsentwicklung die später rechtstheoretisch genauer zu fassende Umstrittenheit des Rechts und die Konfliktlinien seiner Entwicklung hervortreten.

Die folgenden Betrachtungen gliedern sich dabei nach den Triebfedern, die die internationalen Kontroversen um die Interpretation der UN-Charta oder um die Notwendigkeit ihrer Fortentwicklung angestoßen haben. Dies sind, erstens, das Auftreten neuer Akteure, deren Status im bestehenden Rechtsrahmen nicht hinreichend geklärt ist. Im Hinblick hierauf soll die Rolle von antikolonialen Befreiungsbewegungen einerseits, von nichtstaatlichen bewaffneten Akteuren andererseits diskutiert werden (dazu im Folgenden unter I.). Zweitens zeigt sich, dass technologische Entwicklungen geeignet sind, die Angemessenheit des bestehenden Rechtsrahmens in Frage zu stellen. Es werden daher die Auswirkungen in den Blick genommen, die die wachsende Verbreitung von Massenvernichtungswaffen, insbesondere Atomwaffen, auf das Gewaltverbot der UN-Charta gezeitigt haben. Zudem gehen wir auf die mit dem Aufkommen von Cybertechnologien verbundenen Herausforderungen ein (dazu im Folgenden unter II.). Drittens schließlich ist auch der Wandel normativer Wertvorstellungen eine äußerst relevante Triebfeder für die Auseinandersetzungen um das *ius contra bellum*. Die Debatten um das Verhältnis von staatlicher Souveränität und Menschenrechten, die insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit humanitärer Interventionen geführt worden sind, stehen exemplarisch hierfür (dazu im Folgenden unter III.).

I. Neue Akteure

1. Antikoloniale Befreiungsbewegungen

Das Gewaltverbot wurde schon bald nach Schaffung der UN-Charta durch die aufkommenden nationalen und antikolonialen Befreiungskämpfe punktuell herausgefordert und zum Gegenstand tief greifender Kontroversen. Die Frage nach dem Status der *non-self-governing territories*, also der Gebiete unter kolonialer Herrschaft, wurde in der UN-Charta in den Artikeln 73 ff. geregelt. Die Kolonien standen unter der Verwaltung eines Kolonialstaates, der die Regierungsfunktion mit Blick auf das Wohlergehen der dortigen Bevölkerung ausüben sollte. Dabei wurde in der UN-Charta durchaus das Ziel der letztlichen Unabhängigkeit dieser Territorien formuliert, allerdings wurde kein unmittelbarer und greifbarer Weg vorgesehen, in dem diese Unabhängigkeit zeitnah hätte erreicht werden können. Folglich wurden die antikolonialen Kämpfe nicht primär im Rahmen des UN-Treuhandsystems, sondern vor allem im Wege des politischen, dann zunehmend aber auch militärischen Kampfes geführt, in den sich neben den Kolonialmächten und den Befreiungsbewegungen allerdings auch eine Reihe von Staaten einmischte, so dass Auseinandersetzungen um die Dekolonialisierung nicht selten auch Schauplatz von Stellvertreterkonflikten wurden.

Der völkerrechtliche Ausgangspunkt im Jahre 1945 war, dass die Kolonien als Teil des Territoriums des Metropolenstaates angesehen wurden.⁴ Folglich verwiesen die Kolonialstaaten darauf, dass ihre (nicht selten gewaltsamen) Maßnahmen in den Kolonien (insbesondere zur Unterdrückung von Aufständen) nicht als völkerrechtlich relevante, sondern allein innerstaatliche Angelegenheit angesehen werden müssten.⁵ Mehr noch, die Kolonialstaaten beriefen sich auch auf das völkerrechtliche Gewaltverbot hinsichtlich des Schutzes ihrer Kolonien gegen von außen gelenkte Befreiungsbestrebungen.⁶

Bereits in den frühen Jahren der UN wurde diese traditionelle Sicht aber weithin in Frage gestellt. Hauptbefürworter waren insoweit vor allem die bereits in die Un-

⁴ Vgl. *Oppenheim*, Disputes, War and Neutrality, 7. Aufl, Bd. II, 1952, S. 238 f.

⁵ So betrachtete Frankreich im Konflikt mit Algerien dessen Territorium als integralen Bestandteil seiner eigenen Hoheitssphäre (vgl. *Horne*, A Savage War of Peace, 1977, S. 98); im Hinblick auf seine Protektorate berief sich Frankreich auf die entsprechende vertragliche Grundlage, der zufolge bestimmte Hoheitsfunktionen allein von Frankreich wahrzunehmen seien. Daher handle es sich um eine allein innere Angelegenheit (vgl. im Hinblick auf Tunesien: United Nations Yearbook 1952, 266, 271 f.; im Hinblick auf Marokko: United Nations Yearbook 1952, 278, 279; United Nations Yearbook 1953, 198, 204). Portugal betonte mit Blick auf Unabhängigkeitsbestrebungen seiner Kolonie in Goa/Indien, dass „Portugese India [...] cannot be labelled as a colony and is to be treated as a province of Portugal“ – UN-Sicherheitsrat, 988. Sitzung, 18. Dezember 1961, UN Doc. S/PV.988, para. 45 (Portugal); vgl. zur Befreiung Goas auch: *Gaitonde*, The Liberation of Goa, 1987, S. 58–70.

⁶ Vgl. zum Beispiel Portugals Vorwurf gegenüber Indien, dem zufolge Maßnahmen der indischen Armee gegen die portugiesische Kolonie eine völkerrechtswidrige Aggression darstellten, UN Doc. S/5016, 8. Dezember 1961.

abhängigkeit entlassenen ehemaligen Kolonien. Aber auch die sozialistischen Staaten sahen in dieser Frage eine willkommene Gelegenheit, ihren Gegnern im Kalten Krieg Teile von deren bis dato unbestrittenen Einflussphäre abspenstig zu machen und diese potenziell gar für den weltweiten Kommunismus zu öffnen.⁷

Die streitige rechtliche Verschiebung betraf die Reichweite des Gewaltverbots. Unterstützer der antikolonialen Bewegungen traten an, das Gewaltverbot im Dienste des Selbstbestimmungsrechts der Völker zu erweitern, um somit auch den innerstaatlichen Gewalteinsatz zum Zwecke kolonialer Unterdrückung als völkerrechtlich verbotene Handlung qualifizieren zu können.⁸

Hauptaustragungsort dieses Konflikts war die UN-Generalversammlung, in der in einer Reihe von Resolutionen eine schrittweise Beschränkung der Rechte der Kolonialstaaten beschlossen wurde. Bereits zu Beginn der 1960er Jahre wurde in der richtungweisenden Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples of 1960 koloniale Unterdrückung in der Generalversammlung ohne Gegenstimmen als unvereinbar mit der UN-Charta bezeichnet und verlangt, dass alle gewaltsamen und repressiven Maßnahmen eingestellt werden sollten, um die Realisierung des Selbstbestimmungsrechts zu gewährleisten.⁹ Die einstimmig verabschiedete *Friendly Relations Declaration* postulierte schließlich die Pflicht aller Staaten, „to refrain from any forcible action which deprives peoples [...] of their right to self-determination and freedom and independence“.¹⁰

Vom IGH ist das Selbstbestimmungsrecht der Völker in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt worden.¹¹ Besondere Bedeutung misst der IGH insoweit

⁷ Vgl. zum Überblick über die rechtlichen Argumentationen: *Wilson*, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, 1990, S. 130–135.

⁸ *Bokor-Szegö*, in: Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, S. 435 (456): „It follows that the relationship between a colonial power and a dependent territory can no longer be within the domestic jurisdiction of the administering power. The relations between a metropolitan country and its colonies therefore equally qualify as international relations, and thus the prohibition of the use of force determines the conduct of the metropolitan countries in this case as well“; in diesem Sinne wurde insbesondere von sozialistischer Seite argumentiert: *Herczegh*, Questions of International Law (Hungarian Branch of the International Law Association) 2 (1964), 70 (85): „[W]henever a colonial power uses armed force to suppress in a colony or in colonies an organized liberation movement of the indigenous population, this act constitutes an infringement or breach of the obligation laid down in Article 2 (4). Though colonies cannot be considered politically independent, it is beyond doubt that the threat or use of force against them is inconsistent with the purposes of the United Nations as conceived in the Charter and emphatically stressed in several recent resolutions.“

⁹ UN-Generalversammlung, Resolution 1514(XV) (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples of 1960), 14. Dezember 1960, UN Doc. A/RES/1514(XV), Rn. 1, 4, Abstimmungsergebnis: 89–0–9; vgl. ferner Resolution 1810(XVII), 17. Dezember 1962, UN Doc. A/RES/1810(XVII), Abstimmungsergebnis: 101–0–4 (Forderung der Einstellung aller militärischen Maßnahmen gegen Völker unter kolonialer Herrschaft); Resolution 2105(XX), 20. Dezember 1965, UN Doc. A/RES/2105(XX), Abstimmungsergebnis: 74–6–10 (Forderung der Aufgabe von Militärbasen in Kolonialgebieten).

¹⁰ UN-Generalversammlung, Resolution 2625(XXV), 24. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV), verabschiedet ohne Abstimmung.

¹¹ IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia

der UN-Generalversammlungsresolution Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples of 1960 zu und hält fest, dass jedenfalls ab 1965 das Selbstbestimmungsrecht der Völker zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm erwachsen sei.¹² Jedenfalls ab dann galten damit auch Maßnahmen der gewaltsamen Unterdrückung der Bevölkerung in den Kolonien als völkerrechtswidrige Akte.

Weniger eindeutig geklärt wurde die darüber hinausgehende Frage, wie der Gewalteinsatz auf der Gegenseite des Konflikts, also durch die antikolonialen Befreiungsbewegungen völkerrechtlich zu bewerten sei. Der traditionelle völkerrechtliche Ausgangspunkt war insoweit, dass die Befreiungsbewegungen als nichtstaatliche Akteure (und damit nicht als Völkerrechtssubjekte) unterhalb der völkerrechtlichen Regulierungsebene und damit außerhalb des vom *ius contra bellum* geregelten Bereichs agierten. Gleichwohl stritten Unterstützer der Befreiungsbewegungen in verschiedenen internationalen Foren darum, den antikolonialen Befreiungskampf auch völkerrechtlich zu verankern. In diesem Sinne rechtfertigten antikoloniale Bewegungen und eine Reihe von Staaten Gewaltakte nach Maßgabe des Völkerrechts als Akte der Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC gegen die koloniale Herrschaft, da diese selbst als bewaffnete Angriffe zu qualifizieren seien.¹³ In einer Vielzahl von Resolutionen der UN-Generalversammlung fand die Möglichkeit des Gewalteinsatzes durch antikoloniale Bewegungen schließlich aber auch international wachsenden Zuspruch und Wiederhall. In der UN-Generalversammlung wurde zunächst die „legitimacy of the struggle by the peoples under colonial rule to exercise their right to self-determination and independence“ anerkannt.¹⁴ In der Folge wählte die Generalversammlung auch stärkere Formulierungen und erkannte die Legitimität auch des *armed struggle* an.¹⁵

(South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Rechtsgutachten vom 21. Juni 1971, ICJ Reports 1971, 16, 31 (para. 53); IGH, Western Sahara, Rechtsgutachten vom 16. Oktober 1975, ICJ Reports 1975, 12, 68 (para. 162); IGH, East Timor (Portugal v. Australia), Urteil vom 30. Juni 1995, ICJ Reports 1995, 90, 102 (para. 29); IGH, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Rechtsgutachten vom 25. Februar 2019, ICJ Reports 2019, 95, 132–135 (para. 150–161).

¹² IGH, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Rechtsgutachten vom 25. Februar 2019, ICJ Reports 2019, 95, 134f. (para. 160f.).

¹³ Vgl. für eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesem Argument: *Dugard*, The International and Comparative Law Quarterly 16 (1967), 157–190; vgl. aber auch die Gegenargumente westlicher Staaten: *Fraleigh*, in: Falk (Hrsg.), The International Law of Civil War, 1971, S. 179 (190f.).

¹⁴ UN-Generalversammlung: Resolution 2105(X), 20. Dezember 1965, UN Doc. A/RES/2105(XX), para. 10 Abstimmungsergebnis: 74–6–27 (nicht abstimmend: 10); vgl. in diesem Sinne ferner die folgenden Resolutionen der UN-Generalversammlung: Resolution 2621, 12. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2621(XXV), Abstimmungsergebnis: 86–5–15 (nicht abstimmend: 20); Resolution 2708(XXV), 14. Dezember 1970, UN Doc. A/RES/2708(XXV), Rn. 5, Abstimmungsergebnis: 93–5–22 (nicht abstimmend: 7); Resolution 3163(XXVIII), 14. Dezember 1973, UN Doc. A/RES/3163(XXVIII), para. 5, Abstimmungsergebnis: 104–5–19 (nicht abstimmend: 7); Resolution 3295(XXIX), 13. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3295(XXIX), para. 3, Abstimmungsergebnis: 112–0–15 (nicht abstimmend: 11).

¹⁵ UN-Generalversammlung, Resolution 3070(XXVIII), 30. November 1973, UN Doc. A/

Wiewohl die dogmatische Einordnung eines solchen Gewalteinsatzes in den staatszentrierten Rahmen des Gewaltverbots – auch in der späteren völkerrechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung – umstritten blieb und insbesondere auch in der UN-Generalversammlung sich keine konsensuale Position herausbildete, wurde doch jedenfalls weithin eine gewisse völkerrechtliche Legitimation dieses Gewalteinsatzes angenommen.¹⁶ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der internationale Charakter des Befreiungskampfes spätestens mit der Verabschiedung der Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen im Jahr 1977 weithin anerkannt wurde. Im Zusatzprotokoll I betreffend internationale bewaffnete Konflikte wird nämlich in Artikel 1 Abs. 4 die Anwendbarkeit dieses Protokolls auch auf antikoloniale Befreiungskämpfe vorgesehen,¹⁷ was mithin den internationalen Charakter dieser Kämpfe vertraglich anerkennt.¹⁸

Eine weitere umstrittene Frage im Bereich antikolonialer Bewegungen betraf die Befugnisse von Drittstaaten im Hinblick auf Interventionen in die entsprechenden antikolonialen Auseinandersetzungen. Mit der in den 1960er Jahren rasch weithin angenommenen Illegalität kolonialer Unterdrückung fand ebenso bald weithin Anerkennung, dass internationale Hilfeleistungen (militärischer, aber auch ökonomischer Art) zu Gunsten kolonialer Unterdrückung gegen das Selbstbestimmungsrecht der Völker verstießen und damit illegal waren.¹⁹

RES/3070(XXVIII), para. 2, Abstimmungsergebnis: 97–5–28 (nicht abstimmend: 5); vgl. auch die ausdrückliche Anerkennung in späteren Resolutionen: Resolution 3246 (XXIX), 29 November 1974, UN Doc. A/RES/3246 (XXIX), Rn. 3, Abstimmungsergebnis: 107–1–20 (nicht abstimmend: 10); Resolution 36/103, 9. Dezember 1981, UN Doc. A/RES/36/103, Rn. III b), Abstimmungsergebnis: 120–22–6 (nicht abstimmend: 9); Resolution 37/43(1982), 3. Dezember 1982, UN Doc. A/RES/37/43, Rn. 2, Abstimmungsergebnis: 120–17–6 (nicht abstimmend: 14); Resolution 43/106, 8. Dezember 1988, UN Doc. A/RES/43/106, Rn. 2, Abstimmungsergebnis: 124–15–15 (nicht abstimmend: 5); vgl. im Hinblick auf die südafrikanische Befreiungsbewegung: Resolution 39/72A, 13. Dezember 1984, UN Doc. A/RES/39/72A, Rn. 20, Abstimmungsergebnis: 123–15–15 (nicht abstimmend: 6).

¹⁶ Die Fürsprecher der Befreiungsbewegungen nahmen insoweit ein volles *ius ad bellum* an, *Abi-Saab*, *Annales d'études internationales* 3 (1972), 93 (100); Antonio Cassese sprach sich gegen ein volles Recht aus und nahm vielmehr eine „Lizenz“ zum gewaltsamen Befreiungskampf an, *Cassese*, *Self-determination of peoples*, 1996, S. 153 f.; Oscar Schachter qualifizierte das fragliche Recht als Recht zur Revolte unterhalb der Ebene des Gewalteinsatzes in internationalen Beziehungen – *Schachter*, *Pace Yearbook of International Law* 1 (1989), 1 (8).

¹⁷ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 8. Juni 1977, 1125 UNTS 3, Art. 1 Abs. 4.

¹⁸ Vgl. hierzu die Analyse von *von Bernstorff*, in: von Bernstorff/Dann (Hrsg.), *The Battle for International Law*, 2019, S. 52–70.

¹⁹ Vgl. folgende Resolutionen der UN-Generalversammlung: Resolution 2105(XX), 20. Dezember 1965, UN Doc. A/RES/2105(XX), para. 11, Abstimmungsergebnis: 74–6–27 (nicht abstimmend: 10); Resolution 2708(XXV), 14. Dezember 1970, UN Doc. A/RES/2708(XXV), para. 7, Abstimmungsergebnis: 93–5–22 (nicht abstimmend: 7); Resolution 1899(XVIII), 13. November 1963, UN Doc. A/RES/1899(XVIII), para. 7, Abstimmungsergebnis: 84–6–17 (nicht abstimmend: 4); Resolution 2554(XXIV), 12. Dezember 1969, UN Doc. A/RES/2554 (XXIV), para. 8, Abstimmungsergebnis: 80–2–18 (nicht abstimmend: 26); Resolution 2621(XV), 12. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2621(XV), para. 3 (5), Abstimmungsergebnis: 86–5–15 (nicht ab-

Um die Legalität der Hilfeleistungen zu Gunsten antikolonialer Bewegungen fanden dagegen deutlich intensivere und langwierigere Auseinandersetzungen statt, die schließlich auch nicht zu einem klaren Ergebnis führten. Viele westliche Staaten positionierten sich zwar gegen den Kolonialismus, betonten aber, dass mit dessen Illegalität keineswegs die Rechtmäßigkeit von Unterstützungshandlungen für seine Bekämpfung gesetzt sei.²⁰ Die Entwicklungsländer und die sozialistischen Staaten vertraten demgegenüber von Anbeginn die Position, dass eine Unterstützung antikolonialer Kämpfe moralisch und politisch geboten sei.²¹ Viele Staaten unterstützten aktiv den antikolonialen Befreiungskampf in anderen Ländern und beriefen sich insoweit darauf, dass in Ansehung der Völkerrechtswidrigkeit kolonialer Herrschaft eine direkte oder indirekte, auch bewaffnete Unterstützung des Befreiungskampfes nach Maßgabe von Artikel 2 Abs. 4 UNC zulässig sei.²² In Anbetracht stark moralischer Argumentation wurde die Debatte nicht selten als ein Wiederaufleben der Doktrin vom gerechten Krieg analysiert.²³ In der sowjetischen Völkerrechtslehre wurde diese Lehre vom gerechten Krieg dezidiert als eine militärisches Eingreifen rechtfertigende Grundlage angesehen.²⁴ Im konkreten Rechtsrahmen der UN-Charta sahen Unterstützer antikolonialer Befreiungsbewegungen im Kolonialismus eine Form der „permanenten Aggression“, gegen

stimmend: 20); Resolution 3070(XXVIII), 30. November 1973, UN Doc. A/RES/3070(XXVIII), para. 5, Abstimmungsergebnis: 97–5–28 (nicht abstimmend: 5).

²⁰ In einer Sicherheitsratsdebatte über Indiens Militäreinsatz gegen in Goa stationierte portugiesische Truppen erklärte der Repräsentant der USA in diesem Sinne: „Resolution 1514 (XV) [die Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples von 1960] does not authorize the use of force for its implementation. It does not and it should not and it cannot, under the Charter. If it did, the resolution would lead to international chaos, not to national progress. Resolution 1514 (XV) does not and cannot overrule the Charter injunctions against the use of armed force.“ – UN-Sicherheitsrat, 988. Sitzung, 18. Dezember 1961, UN Doc. S/PV.988, para. 93.

²¹ Nikita Chruschtschow zum Beispiel äußerte vor der UN-Generalversammlung: „We welcome the sacred struggle of the colonial peoples for their liberation. If the colonial Powers, instead of heeding the voice of reason, persist in their old colonialist policy of keeping the colonial countries in subjection, the peoples which stand for the liquidation of the colonial regimes will have to give all possible help to those fighting for their independence against the colonialists and against colonial slavery. Moral, material and other assistance must be given so that the sacred and just struggle of the peoples for their independence can be brought to its conclusion.“ – UN-Generalversammlung, 869. Sitzung, 23. September 1960, UN Doc. A/PV.869, para. 223.

²² Vgl. z. B. die Positionen Sambias, Senegals und Guineas hinsichtlich des Kampfes gegen die portugiesische Kolonialherrschaft, Repertoire of the Practice of UN organs, Supplement No 4 (1966–1969), Vol. I, Article 2(4), para. 45.

²³ *Grabl-Madsen*, German Yearbook of International Law 22 (1979), 255–273; *Shaw*, Auckland University Law Review 3 (1977), 156 (170); *Ramundo*, Peaceful coexistence, 1967, S. 135–137; *Claude*, Political Science Quarterly 95 (1980), 83 (95); *Scheffer*, in: Henkin (Hrsg.), Right V. Might, 1991, S. 109 (136).

²⁴ *Koschewnikow*, in: Akademie der Wissenschaften der UdSSR (Hrsg.), Völkerrecht, 1960, S. 415 (416): „Der Marxismus-Leninismus lehrt, daß es gerechte und ungerechte Kriege gibt. Der gerechte Krieg ist kein Eroberungs- sondern ein Befreiungskrieg. Er hat den Zweck die Völker gegenüber äußeren Angriffen und Versklavungsversuchen zu verteidigen. Zu den gerechten Kriegen gehören Verteidigungs- und nationale Befreiungskriege. Die gesamte fortschrittliche Menschheit begrüßt derartige Kriege und unterstützt die Kämpfe für Freiheit und Unabhängigkeit.“

die ein kollektives Selbstverteidigungsrecht bestehe, so dass auch Unterstützungen durch andere Staaten legal seien.²⁵

Wie auch im Hinblick auf die vorherigen Fragen fanden die konkreten Auseinandersetzungen vor allem in der UN-Generalversammlung statt. Dort bildete sich die Mehrheitsauffassung heraus, dass eine Unterstützung zu Gunsten anti-kolonialer Bewegungen geboten sei, zunächst ausdrücklich nur hinsichtlich materieller und moralischer Unterstützung,²⁶ später (anlässlich und im Hinblick auf Namibia) auch explizit hinsichtlich der Leistung militärischer Hilfe.²⁷ Schließlich sah es die UN-Generalversammlung gar als eine Pflicht der Staaten an, das Selbstbestimmungsrecht der Völker und das Recht zum bewaffneten Kampf zu unterstützen.²⁸

²⁵ Vgl. für eine Diskussion der verschiedenen Rechtfertigungsstrategien: *Gorelick*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 11 (1979), 71 (71 ff. und insb. 77 ff. für den Gesichtspunkt „permanenten Aggression“); vgl. auch die Stellungnahme des ugandischen Professors *Abraham Kiapi*, *American Society of International Law Proceedings* 61 (1967), 20 (20): „Since the Second World War [...] the right of peoples to self-determination has been recognized by the consensus of the international community, and this consensus is now a principle of international law. It is now against international law to own colonial territories. Any Power that insists on ruling or owning colonial territories without the consent of the inhabitants is, as a matter of law, an aggressor. Therefore, if the inhabitants rise against the colonial rulers, they are as a matter of right fighting in self-defense, and the international community can properly intervene without concern for restriction on internal intervention“; vgl. auch die Folgerungen *Bokor-Szegös* vom Standpunkt sozialistischer Staaten: *Bokor-Szegö*, in: *Cassese* (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (469): „[A] colonial power commits an act of aggression if it suppresses the independence movements, and assistance provided to that power by other States also qualifies as aggression; – a colonial people can resort to armed force against the colonial power in order to fight for independence, without such action being in contravention of the prohibition of the use of force; – third States do not commit indirect aggression in case they provide ‚material‘ and ‚political‘ assistance to colonial peoples in their struggle for independence.“

²⁶ Vgl. die Resolutionen der UN-Generalversammlung: Resolution 2105(XX), 20. Dezember 1965, UN Doc. A/RES/2105(XX), para. 10 – Abstimmungsergebnis: 74–6–27 (nicht abstimmend: 10); Resolution 2621(XXV), 12. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2621(XXV), para. 3 (2) – Abstimmungsergebnis: 86–5–15 (nicht abstimmend: 20); Resolution 2708(XXV), 14. Dezember 1970, UN Doc. A/RES/2708(XXV), para. 6 – Abstimmungsergebnis: 93–5–22 (nicht abstimmend: 7); Resolution 2548(XXIV), 11. Dezember 1969, UN Doc. A/RES/2548(XXIV), para. 5 – Abstimmungsergebnis: 78–5–16 (nicht abstimmend: 27); Resolution 3295(XXIX), 13. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3295(XXIX), para. IV (6) – Abstimmungsergebnis: 112–0–15 (nicht abstimmend: 11); Resolution 3070(XXVIII), 30. November 1973, UN Doc. A/RES/3070(XXVIII), para. 3 – Abstimmungsergebnis: 97–5–28 (nicht abstimmend: 5); Resolution 3328(XXIX), 16. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3328(XXIX), para. 7 – Abstimmungsergebnis: 118–0–10 (nicht abstimmend: 10). Bereits dieser Aufruf zur Unterstützung wurde teils als einer zur Unterstützung des bewaffneten Kampfes gedeutet; vgl. *Quaye*, *Liberation Struggles in International Law*, 1991, S. 289: „The meaning of the expression ‚moral and material assistance‘ is not difficult to find. In all the situations to which the resolutions apply, the incumbent authorities oppress and suppress the strugglers by the use of armed force. The strugglers are always so poorly armed that even minor confrontations with their adversaries result in death for many of them. The call on states to assist the strugglers cannot have any practical meaning if it excludes assistance in the form of arms.“

²⁷ UN-Generalversammlung, Resolution 33/206, 31. Mai 1979, UN Doc. A/RES/33/206, para. 9, Abstimmungsergebnis: 118–0–16 (nicht abstimmend: 17).

²⁸ Die UN-Generalversammlung erklärte die Anerkennung von „[t]he right and duty of states

Diese und andere Resolutionen aber blieben umstritten und so bildete sich bis in die 1980er Jahre keine international geteilte Position heraus, da insbesondere die westlichen Staaten sowie die westliche Völkerrechtslehre ein entsprechendes Recht zum Gewalteinsatz ablehnten.²⁹

* * *

Der Fall antikolonialer Bewegungen zeigt deutlich die Kämpfe um die Transformation des Rechts in Anbetracht eines neuen Akteurs – der antikolonialen Bewegungen –, dessen Existenz zwar in der UN-Charta durch das Treuhandsystem antizipiert, aber in keiner Weise hinreichend reguliert worden war. Insofern wurde die UN-Charta zum Forum interpretativer Auseinandersetzungen, in denen die Staaten versuchten, ihre jeweiligen politischen Interessen zu forcieren. Ungeachtet eines verbleibenden Widerstandes einiger westlicher Staaten gegen eine Reinterpretation der UN-Charta kam es im Hinblick auf den Status und die Rechte antikolonialer Bewegungen in den Jahrzehnten zwischen 1960 und 1990 zu erheblichen Verschiebungen, die letztlich den internationalen Handlungsrahmen dieser Bewegungen deutlich erweiterten. Als konkrete Ergebnisse lassen sich festhalten, dass erstens als Resultat der Entwicklung der innerstaatliche Einsatz von Gewalt zum Zwecke kolonialer Unterdrückung als illegal gewertet wurde, dass es zweitens zu einer Anerkennung der Legitimität (teils auch der Legalität) des Gewalteinsatzes durch Befreiungsbewegungen kam und dass sich drittens jedenfalls eine starke, wenn auch keine allgemein anerkannte Stimme für die Legalität der auch militärischen Unterstützung von Befreiungsbewegungen aussprach.

Die Möglichkeit dieser graduellen Entwicklungen wurde nicht zuletzt dadurch begünstigt, dass aus der Sicht westlicher Staaten entsprechende Zugeständnisse an die schon lange von sozialistischer Seite postulierte Position gemacht werden konnten, ohne dass hier eine nachhaltige Gefährdung eigener Interessen zu besorgen gewesen wäre. Der Prozess der Dekolonialisierung ließ sich, so die weithin geteilte Einschätzung, ohnehin nicht mehr aufhalten, und auch war die Zahl der unmittelbaren Profiteure, der Kolonialstaaten, recht gering. Schließlich und vor allem bestand in Anbetracht der definitorischen Begrenztheit des Phänomens des Kolonialismus nur eine sehr geringe Gefahr einer Präzedenzwirkung etwaiger Zugeständnisse auch für andere Rechtsbereiche.³⁰

fully to support the right to self-determination, freedom and independence of peoples under colonial domination, foreign occupation or racist regimes, as well as the right of these peoples *to wage both political and armed struggle to that end*, in accordance with the purposes and principles of the Charter of the United Nations“, UN-Generalversammlung, Resolution 36/103, 9. Dezember 1981, UN Doc. A/RES/36/103, para. III b), Abstimmungsergebnis: 120–22–6 (nicht abstimmend: 9) (Hervorhebung C. M.).

²⁹ Schachter, *Pace Yearbook of International Law* 1 (1989), 1 (8); Cassese, *Self-determination of peoples*, 1996, S. 199.

³⁰ Cassese, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (513).

2. Nichtstaatliche Akteure

Eine weitere bedeutsame Gruppe im Rahmen bewaffneter Konflikte sind nichtstaatliche bewaffnete Gruppen, deren Rolle und rechtliche Behandlung im Rahmen des *ius contra bellum* seit Bestehen der UN-Charta erhebliche Schwierigkeiten aufwirft. Das Gewaltverbot in der UN-Charta und die Ausnahmen sind auf die Gewalt zwischen Staaten ausgerichtet und decken damit den großen Bereich potenzieller Gewalt, die durch nichtstaatliche Akteure ausgeübt wird, nicht im eindeutigen Ausmaß ab.³¹ Da aber auch nichtstaatliche Akteure erhebliche Sicherheitsrisiken für Staaten begründen können, bestehen seit Schaffung der Vereinten Nationen ausgreifende Debatten darüber, ob und auf Grundlage welcher konkreten juristischen Kriterien eine Erfassung nichtstaatlicher Akteure durch die Regelungen der UN-Charta möglich ist. Unter der Prämisse des Gewaltverbots ist dabei nicht problematisch, ob überhaupt Gewalt gegen nichtstaatliche Akteure ausgeübt werden darf. Wie die international seit je anerkannte Bekämpfung der Piraterie verdeutlicht, war dies stets unproblematisch zulässig, wenn sich die nichtstaatlichen Akteure in einem hoheitsfreien Raum (der Hohen See) bewegen.³² Schwierigkeiten in der rechtlichen Bewertung ergeben sich allerdings dann, wenn die Bekämpfung der nichtstaatlichen Akteure auf dem Territorium eines fremden Staates erfolgt, der als solcher den Schutz seiner territorialen Integrität nach Artikel 2 Abs. 4 UNC genießt.

Bereits in den frühen Jahren der UN-Charta finden sich eine beachtliche Zahl von Anrufungen eines Selbstverteidigungsrechts für Maßnahmen gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium eines Drittstaates, meist verbunden mit dem Verweis, dass dieser Staat den nichtstaatlichen Akteuren Hilfe und Unterstützung habe zuteil werden lassen.³³

Im Rahmen der UN hoben die Staaten daher bereits seit den 1950er Jahren an, den Rechtsrahmen für dieses Problem zu konkretisieren, indem sie den Begriff der Aggression näher zu definieren suchten.³⁴ Nichtstaatliche Akteure spielten eine

³¹ Die nahezu unhinterfragte Prämisse völkerrechtlicher Abhandlungen aus den frühen Jahren der UN-Charta ist daher auch die gänzliche Staatsbezogenheit von deren Vorschriften. So geht beispielsweise Kelsen in seinen Betrachtungen zur Selbsthilfe und Selbstverteidigung allein von staatlichen Angriffen aus: *Kelsen*, *The Law of the United Nations*, 1950, S. 269, 791 ff.; vgl. auch den Bericht der International Law Association: *Schwarzenberger*, *International Law Association Reports of Conferences* 48 (1958), 550 (569): „Measures of self-defence may be taken only against a subject of international law to whom illegal acts or omissions are imputable, but not against a third party.“

³² Allerdings bestehen insoweit auch seerechtliche Sondervorschriften; vgl. Art. 100–107 *United Nations Convention on the Law of the Sea [UNCLOS]*, 10. Dezember 1982, 1833 UNTS 397.

³³ *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (136–142); vgl. generell die ausführliche Analyse der Praxis bei *Kreß*, *Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater*, 1995, S. 40–102.

³⁴ Vgl. insoweit den ersten sowjetischen Vorschlag einer Definition der Aggression: *Union of the Socialist Soviet Republics: Draft resolution on the definition of aggression*, 4. November 1950,

Rolle, insoweit Staaten auch die Voraussetzungen einer indirekten Aggression bestimmen wollten – Fälle also, in denen die handelnden Akteure nicht unmittelbar dem Staat angehörten, aber dennoch in einer gewissen Zurechnungsbeziehung zu ihm standen.³⁵ Erst im Jahr 1974 konnte schließlich aber eine Einigkeit über die Definition der Aggression erzielt werden. Die von der UN-Generalversammlung verabschiedete *Definition of Aggression* verzichtete zwar auf den umstrittenen Begriff der indirekten Aggression, stellte aber unmissverständlich klar, dass Staaten auch dadurch gegen das Gewaltverbot des Artikel 2 Abs. 4 UNC verstoßen können, dass sie sich nichtstaatlicher Akteure bedienen. Artikel 3 der *Definition of Aggression* postulierte insoweit:

„Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall [...] qualify as an act of aggression: [...] (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.“³⁶

Die Aktivitäten von nichtstaatlichen Akteuren wurden also dann als Aggression gewertet, wenn ein Staat die nichtstaatlichen Akteure entsendet hat oder er in deren Aktivitäten anderweitig substantiell involviert ist. Insbesondere das letztere Kriterium (*substantial involvement*) ließ hier einstweilen noch einigen interpretativen Spielraum, da die genauen Kriterien einer solchen Einbindung von der *Definition of Aggression* selbst nicht vorgegeben wurden.³⁷ In der *Nicaragua*-Entscheidung des IGH aus dem Jahr 1986 wurden die Kriterien aus Artikel 3 (g) der *Definition of Aggression* schließlich aufgenommen und als gewohnheitsrechtlich geltend anerkannt.³⁸ Allerdings stellte das Gericht nicht weiter auf das Kriterium *substantial involvement* ab und legte insgesamt eine streng staatszentrierte Lesart an.³⁹

Der IGH nutzte die *Definition of Aggression* zur näheren Bestimmung des Kriteriums des bewaffneten Angriffs als dem entscheidenden Element der Selbstverteidigung. Hier erkannte der IGH an, dass in der staatlichen Steuerung nichtstaatlicher Akteure eine direkte Gewaltanwendung zu sehen ist, die grundsätzlich auch ein Selbstverteidigungsrecht gegen den entsendenden Staat auslöst, wenn sie von hinreichender Schwere ist.⁴⁰ Gleichzeitig erkannte der IGH an, dass auch Un-

UN Doc. A/C.1/608; vgl. ausführlich zum Hintergrund der später verabschiedeten *Definition of Aggression*: Bruha, *Die Definition der Aggression*, 1980.

³⁵ Report of the Special Committee on the Question of ‚Defining Aggression‘, 24 August – 21 September 1953, UN Doc. A/2638, 8; Report of the 1956 Special Committee on the Question of Defining Aggression, 8 October – 9 November 1956, UN Doc. A/3574, 8.

³⁶ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression), Art. 3 (g).

³⁷ *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi, *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (133).

³⁸ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 103 (para. 195).

³⁹ *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (133); *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 415.

⁴⁰ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 103 (para. 195).

terstützungen unterhalb der Schwelle der staatlichen Steuerung nichtstaatlicher Akteure gegen das Gewaltverbot des Artikel 2 Abs. 4 UNC verstoßen können. Waffenlieferungen an die Opposition innerhalb eines Staates oder militärische Trainings zu Gunsten nichtstaatlicher Akteure wertete der IGH nicht als Aggression und damit auch nicht als bewaffneten Angriff, gleichwohl aber als Verstöße gegen das Gewaltverbot. Die viel diskutierte Konsequenz dessen war die *Nicaragua gap* – der Umstand, dass sich ein Staat gegen Waffenlieferung an die Opposition nicht seinerseits mit Gewalt zur Wehr setzen darf.⁴¹ Ungeachtet dieses nach wie vor bestehenden Problems darf aber seit der *Definition of Aggression* und der *Nicaragua*-Entscheidung als geklärt gelten, dass die Steuerung, aber auch die bloße Unterstützung der Gewaltanwendung durch nichtstaatliche Akteure mit dem Gewaltverbot unvereinbar ist.

Rechtlich gut fassbar und daher heute auch unumstritten sind Konstellationen der Entsendung von nichtstaatlichen Akteuren, die direkt durch einen Staat gesteuert werden. Das vom IGH angelegte Kriterium ist insoweit die effektive Kontrolle (*effective control*) des Staates über den nichtstaatlichen Akteur.⁴² Gegenstand weitreichender Debatten ist dagegen nach wie vor, inwiefern auch Aktivitäten unterhalb dieser Schwelle vom Selbstverteidigungsrecht erfasst sind, also insbesondere die Frage, was im Sinne des Artikel 3 (g) der Aggressionsdefinition als „wesentliche Beteiligung“ gelten kann, und darüber hinaus, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen der Staat keine aktiv unterstützende Handlung vorgenommen hat.

In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Fälle des internationalen Terrorismus relevant, in denen transnational operierende Terrororganisationen oder andere, von Staaten unabhängige Zusammenschlüsse Sicherheitsrisiken für Staaten begründen, vielfach ohne dass eine Entsendung oder die substanzielle Einbindung eines anderen Staates hier ersichtlich wäre. Bis in die 1990er Jahre hinein rechtfertigten in diesem Sinne etwa Israel,⁴³ der Iran,⁴⁴ die USA,⁴⁵ aber der Sache nach auch die Türkei⁴⁶ militärische Operationen gegen Drittstaaten derart.

International stießen diese Aktionen auf ein geteiltes Echo. In jedem Fall aber ist eine generelle oder auch nur breite Befürwortung nicht feststellbar. Vielmehr

⁴¹ *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 205–208 (Rn. 543–547).

⁴² IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 65 (para. 115).

⁴³ Vgl. für den Hintergrund und Nachweise: *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 401 f.

⁴⁴ Der Iran rechtfertigte Maßnahmen gegen von irakischem Territorium aus operierende Milizionäre als Selbstverteidigung, vgl. UN Doc S/25843, 26. Mai 1993; vgl. auch United Nations Yearbook 1996, 268 f.

⁴⁵ Für gegen Osama Bin Ladens Organisation gerichtete Militärschläge nach Angriff auf die US-Botschaften in Kenia und Tansania: UN Doc S/1998/780, 20. August 1998.

⁴⁶ Die Türkei berief sich für militärische Maßnahmen gegen die PKK auf irakischem Territorium nicht *expressis verbis* auf das Selbstverteidigungsrecht, stellte aber der Sache nach hierauf ab, nämlich auf die Notwendigkeit, zum Schutz seiner Bürger vor Angriffen der PKK zu handeln, vgl. UN Doc. S/1995/605, 24. Juli 1995 (vgl. auch: United Nations Yearbook 1995, 494); UN Doc. A/HRC/7/G/15, 28. März 2008; UN Doc. A/HRC/9/G/8, 24. September 2008.

lässt sich unbeschadet des Umstands, dass es seit Bestehen der Vereinten Nationen auch ein gewisses Maß an Praxis der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure gab, festhalten, dass die staatszentrierte Lesart von Selbstverteidigung über Jahrzehnte die allgemein akzeptierte Lesart des Rechts war.⁴⁷ Selbstverteidigungshandlungen gegen einen nichtstaatlichen Akteur auf dem Territorium eines anderen Staates sind nach dieser traditionellen Lesart des Rechts demnach nur zulässig, sofern die Handlungen des nichtstaatlichen Akteurs (das heißt dessen bewaffneter Angriff) dem Staat zurechenbar waren, und dies verlangte auf der Grundlage des *Nicaragua*-Urteils eine effektive Kontrolle des Staates über den nichtstaatlichen Akteur.

Vielfach werden als ein Wendepunkt,⁴⁸ als ein „Grotian moment“⁴⁹ der 11. September 2001 und die folgenden internationalen Reaktionen wahrgenommen. Die USA und das Vereinigte Königreich beriefen sich auf ein Recht zur (kollektiven) Selbstverteidigung gegen al-Qaida als der Urheberin der Anschläge, deren operative Basen in Afghanistan lagen.⁵⁰ Die Taliban wurden durch eine Intervention der NATO-Staaten entmachtet und in Kooperation mit der afghanischen Opposition wurde eine neue Regierung eingesetzt. Die USA argumentierten, dass Afghanistans Taliban-Regierung al-Qaida einen sicheren Rückzugs- und Operationsraum (*safe haven*) zur Verfügung gestellt habe.⁵¹ Der Sicherheitsrat verurteilte die terroristischen Anschläge in seinen Resolutionen 1368 und 1373 aufs Schärfste, beurteilte sie als Gefahr für Frieden und Sicherheit und betonte in der Präambel die Existenz des Selbstverteidigungsrechts („Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter“).⁵² Während er die Legalität US-amerikanischer Selbstverteidigungsmaßnahmen gegen al-Qaida auf afghanischem Territorium nicht explizit aussprach, so wurde und wird doch der in den beiden Resolutionen hergestellte Zusammenhang vielfach als hinreichender Hinweis für einen Umschwung der Interpretation des Selbstverteidigungsrechts gewertet.⁵³ Zudem wurde international kaum Protest gegen die US-Intervention

⁴⁷ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 230 (para. 35) (Separate Opinion Kooijmans): Diese Lesart war die „generally accepted interpretation for more than 50 years“.

⁴⁸ Vgl. Ruys, der von einem „true turning point“ spricht: *Ruys*, Stanford Journal of International Law 43 (2007), 265 (280).

⁴⁹ *Scharf*, Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, 2013.

⁵⁰ UN Doc S/2001/946, 7. Oktober 2001 (USA); UN Doc S/2001/947, 7. Oktober 2001 (Vereinigtes Königreich).

⁵¹ UN Doc S/2001/946, 7. Oktober 2001 (USA): „The attacks on 11 September 2001 and the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization have been made possible by the decision of the Taliban regime to allow the parts of Afghanistan that it controls to be used by this organization as a base of operation.“

⁵² UN-Sicherheitsrat, Resolution 1368, 12. September 2001, UN Doc. S/RES/1368; vgl. Resolution 1373, 28. September 2001, UN Doc. S/RES/1373.

⁵³ IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 337 (para. 11) (Separate Opinion Simma); *Greenwood*, San Diego International Law Journal 4 (2003), 7 (17); *Frowein*, Zeit-

in Afghanistan artikuliert, was vielfach als wichtiger Anhaltspunkt für einen Umschwung der Rechtslage gewertet wird.⁵⁴

In den Folgejahren nach 2001 finden sich weitere Fälle der Anrufung eines weit verstandenen Selbstverteidigungsrechts,⁵⁵ zum Beispiel durch Israel,⁵⁶ Äthiopien⁵⁷ oder Kolumbien⁵⁸. Insbesondere der seit 2011 währende Konflikt in Syrien hat dann die Debatten um das Selbstverteidigungsrecht erneut befeuert. In Syrien sowie in Teilen des Irak riefen islamistische Terroristen den Islamischen Staat (IS) aus und waren lange in der Lage, dieses Gebiet effektiv zu halten.⁵⁹ Seit 2014 interveniert eine Reihe von Staaten auch auf syrischem Territorium gegen den IS, wiewohl eine Einladung Syriens hierfür nicht vorliegt.⁶⁰ Der UN-Sicherheitsrat reagierte in Resolution 2249 mehrdeutig, indem er Staaten zu militärischen Interventionen aufforderte, gleichzeitig aber verlangte, dass die Maßnahmen im Einklang mit internationalem Recht stehen müssten.⁶¹ Auf eine genauere Betrachtung dieser Resolution

schrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 77 (2017), 47 (47f.); *Müllerson*, *Chinese Journal of International Law* 18 (2019), 751 (753).

⁵⁴ *Ratner*, *American Journal of International Law* 96 (2002), 905 (910); diese Interpretation aber ist keineswegs zwingend, kann doch die Afghanistanintervention durchaus im Rahmen des allein zwischenstaatlichen Paradigmas interpretiert werden. Immerhin richteten die USA ihre Intervention auch gegen Afghanistan, das die USA somit letztlich auch für die Bestrebungen der al-Qaida verantwortlich zeichneten; vgl. zu dieser Interpretation *Tladi*, *American Journal of International Law* 107 (2013), 570 (575).

⁵⁵ Vgl. für eine detaillierte Analyse staatlicher Praxis im Nachgang des 11. September 2001: *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 447–472.

⁵⁶ Vgl. zum Beispiel die israelische Rechtfertigung von Schlägen gegen die Gruppe Islamic Jihad in Syrien im Jahr 2003, vgl. UN-Sicherheitsrat, 4836. Sitzung, 5. Oktober 2003, UN Doc. S/PV.4836, 7: „Israel’s measured defensive response to the horrific suicide bombings against a terrorist training facility in Syria is a clear act of self-defence in accordance with Article 51 of the Charter“; 2006 gegen die Hisbollah auf syrischem Territorium, UN Doc A/60/937–S/2006/515, 12. Juli 2006 (Israel); 2006 gegen die Hamas im Gazastreifen, UN Doc S/2008/816, 27. Dezember 2008.

⁵⁷ Äthiopien für Maßnahmen auf somalischem Gebiet: UN-Sicherheitsrat, 5614. Sitzung, 26. Dezember 2006, UN Doc S/PV.5614, 3. Vgl. hierzu auch: *Allo*, *Denver Journal of International Law and Policy* 39 (2010), 139 (139–167).

⁵⁸ Vgl. mit Nachweisen: *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 462; kritisch gegen diese Interpretation der Ereignisse aber: *Corten*, *The Law Against War*, 2010, S. 185.

⁵⁹ Vgl. zum Hintergrund des Islamischen Staates und dessen Infragestellung des Völkerrechts *infra* § 11.III.1., 307 ff.

⁶⁰ Vgl. die Mitteilungen an den Sicherheitsrat: UN Doc. S/2014/695, 23. September 2014 (USA); UN Doc. S/2014/851, 25. November 2014 sowie UN Doc. S/2015/688, 7. September 2015 (Vereinigtes Königreich); UN Doc. S/2015/563, 24. Juli 2015 (Türkei); UN Doc. S/2015/745, 8. September 2015 (Frankreich); UN Doc. S/2015/693, 9. September 2015 (Australien); UN Doc. S/2105/946, 10. Dezember 2015 (Bundesrepublik Deutschland); UN Doc. S/2016/132, 10. Februar 2016 (Niederlande); UN Doc. S/2016/34, 13. Januar 2016 (Dänemark); UN Doc. S/2015/221, 31. März 2015 (Kanada).

⁶¹ UN-Sicherheitsrat, Resolution 2249, 20. November 2015, UN Doc. S/RES/2249 (2015), para. 5: „Calls upon Member States that have the capacity to do so to take all necessary measures, in compliance with international law, in particular with the United Nations Charter, as well as international human rights, refugee and humanitarian law, on the territory under the control of ISIL also known as Da’esh, in Syria and Iraq, to redouble and coordinate their efforts to prevent

wird im Folgenden noch bei einer Analyse internationaler Strategien der Ambiguität zurückzukommen sein.⁶²

Die an der Intervention in Syrien beteiligten Staaten stützen sich auf sehr verschiedene Argumente dafür, warum Selbstverteidigungshandlungen gegen den IS auch syrisches Territorium betreffen dürften. In diesen unterschiedlichen Standards artikulieren sich weithin abweichende Vorstellungen darüber, wie weit und auf welche konkrete Weise das bislang angenommene Kriterium der Zurechenbarkeit eines Angriffs zu einem Staat aufgeweicht werden soll. Die USA, die Türkei, Kanada und Australien argumentieren insoweit mit dem *unwilling-or-unable*-Standard,⁶³ dem zufolge Interventionen zulässig sein sollen, sofern ein Staat nicht in der Lage oder nicht willens ist, die von seinem Territorium ausgehenden terroristischen Gefahren zu verhindern.⁶⁴ Dieser Standard findet auch in einer Reihe von politischen Gestaltungsvorschlägen (*policy recommendations*) Niederschlag⁶⁵ und zudem einige Unterstützung in der Völkerrechtswissenschaft.⁶⁶ Deutschland⁶⁷ und Belgien⁶⁸, auf der anderen Seite, argumentieren darin deutlich enger am traditionellen völkerrechtlichen Verständnis, indem sie zur Begründung anführen, dass der IS Teile seines Territoriums unter seine effektive Kontrolle gebracht habe.⁶⁹ Insoweit wird mit der *de-facto*-Situation argumentiert und wir finden einen bereits lange entwickelten Rechtsgedanken, nämlich dass auch *de-facto*-Regimes, das heißt nichtstaatliche Gebilde, die aber gleichwohl eine effektive Herrschaft über ein

and suppress terrorist acts committed specifically by ISIL also known as Da'esh [...] and to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria.“

⁶² Vgl. hierzu infra § 9, 250–254.

⁶³ Vgl. Nachweise zu den Erklärungen supra in Fn. 60.

⁶⁴ Bereits zuvor war der *unwilling-or-unable*-Standard in der Staatspraxis gelegentlich angerufen worden. Vgl. UN-Sicherheitsrat, 2292. Sitzung, 17. Juli 1981, UN Doc. S/PV.2292, 5 (para. 54) (Israel); UN Doc. S/1996/479, 2. Juli 1996 (Türkei); vgl. ferner: Annex zu UN Doc. S/2002/1012, 12. September 2002 (Russland).

⁶⁵ Vgl. die Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law, veröffentlicht in: *Schrijver/van den Herik*, Netherlands International Law Review 57 (2010), 531 (540); die Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence, veröffentlicht in: International and Comparative Law Quarterly 55 (2006), 963 (969); die Bethlehem-Principles, veröffentlicht in: *Bethlehem*, American Journal of International Law 106 (2012), 769 (776) (Prinzipien 11 und 12); kritisch zu diesen Vorschlägen: *Brunnée/Tooze*, International and Comparative Law Quarterly 67 (2018), 263 (275): „[T]here is a curious interplay amongst State officials, former officials writing in their personal capacity and some academic commentators, whereby a small group tries to expand its influence by constantly cross-referencing each other.“

⁶⁶ *Deeks*, Virginia Journal of International Law 52 (2012), 483–550; *Müllerson*, Chinese Journal of International Law 18 (2019), 751 (774).

⁶⁷ UN Doc. S/2105/946, 10. Dezember 2015 (Bundesrepublik Deutschland).

⁶⁸ UN Doc. S/2016/523, 9. Juni 2016 (Belgien).

⁶⁹ Die Bundesregierung hat allerdings in ihrem Antrag zur Bewilligung des Einsatzmandats durch den Bundestag gleichwohl auch auf den *unwilling-or-unable*-Standard Bezug genommen. In dem Antrag heißt es beschreibend, dass „militärische Maßnahmen auf syrischem Gebiet durchgeführt [werden], da die syrische Regierung nicht in der Lage und/oder nicht willens ist, die von ihrem Territorium ausgehenden Angriffe durch den IS zu unterbinden“. – Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 18/6866, 1. Dezember 2015, 2.

Territorium begründet haben, in Grenzen den Regelungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots unterfallen.⁷⁰

Die übrigen Staaten haben sich in ihren Äußerungen über die Voraussetzungen und Grenzen des Selbstverteidigungsrechts weit bedeckter gehalten. Die internationalen Reaktionen auf diese Rechtfertigungsstrategien fallen durchmischt aus und sind durchaus interpretationsoffen. Die Bewegung der Blockfreien Staaten (Non-Aligned Movement) hat in mehreren Stellungnahmen die Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts zurückgewiesen,⁷¹ dies allerdings in einer generellen und generischen Art, die für die konkrete Auslegung der Reichweite des Selbstverteidigungsrechts nur bedingt aussagekräftig ist. Einige Staaten haben sich ausdrücklich gegen die Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure gewandt.⁷²

Auch die Rechtsprechung des IGH wird in der Interpretation des gegenwärtigen Rechtsstandes äußerst kontrovers diskutiert. Explizit wird eine staatszentrierte Auslegung des Rechts zur Selbstverteidigung im Rechtsgutachten zur israelischen Mauer vertreten.⁷³ In der Entscheidung *Armed Activities on the Territory of the Congo* äußerte sich der IGH dann allerdings deutlich interpretationsoffener.⁷⁴ Die konkrete Dynamik dieser Ambiguitäten soll erst an einer späteren Stelle näher analysiert werden.⁷⁵

Die Frage der Zulässigkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure bleibt umstritten. Zwar wird weithin angenommen, dass es in den letzten zwei Jahrzehnten zu einer Ausweitung des Rechts auf Selbstverteidigung gekommen sei.⁷⁶ Die konkreten Konturen des Rechts auf Selbstverteidigung aber sind nach

⁷⁰ *Frowein*, De Facto Regime, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, Rn. 1 ff.; *ders.*, Das de facto-Regime im Völkerrecht, 1968.

⁷¹ Vgl. z. B. UN-Sicherheitsrat, 7621. Sitzung, 15. Februar 2016, UN Doc. S/PV.7621, 34 (Iran im Namen des Non-Aligned Movement): „In addition, consistent with the practice of the United Nations and international law, as pronounced by the International Court of Justice, Article 51 of the Charter is restrictive and should not be rewritten or reinterpreted.“

⁷² Vgl. die Stellungnahme des mexikanischen Vertreters im 6. Ausschuss der UN-Generalversammlung: UN-Generalversammlung, 6. Ausschuss, 73. Sitzung, 13. Treffen, 12. Oktober 2018, Press Release, UN Doc. GA/L/3573: „Article 51 cannot be invoked to justify a response to an armed attack that is carried out by a non-State actor that has no relationship with the State and should not undermine the territorial integrity of a Member State.“

⁷³ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 194 (para. 139): „Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State.“

⁷⁴ IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 222 f. (para. 146 f.).

⁷⁵ Vgl. die detaillierte Analyse der Rechtsprechung des IGH zu diesem Punkt *infra* 256–259.

⁷⁶ In diese Richtung: *Trapp*, *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007), 141 (147); *Lubell*, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, 2010, S. 42; *Deeks*, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), 483–550; *Corinna Dau*, *Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure*, 2018, S. 250 f.; *Wood*, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series* 16–05 (2016), 1 (1, 8); *Dinstein*, *War, Aggressi-*

wie vor ungeklärt. Hierbei ist insbesondere streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Selbstverteidigung auch außerhalb einer Zurechnung des Handelns nichtstaatlicher Akteure erlaubt ist. Im Nachgang der Afghanistanintervention wurde *safe-harbouring*, also die Zur-Verfügung-Stellung eines Operations- und Rückzugsraums für Aktivitäten von nichtstaatlichen Akteuren, als ein Maßstab für die Zulässigkeit von Selbstverteidigung diskutiert.⁷⁷ Kurz gefasst: Der Staat, der sein Territorium für die gewaltsamen Aktivitäten nichtstaatlicher Akteure zur Verfügung stellt, muss auch eine Selbstverteidigungshandlung gegen sich erdulden, auch wenn die eigentlichen nichtstaatlichen Angriffshandlungen ihm nicht zugerechnet werden können.

Die oben beschriebene deutsche und belgische Position, die auf eine territoriale Kontrolle nichtstaatlicher Akteure abstellt, rekuriert dagegen auf das objektive Element der Gebietskontrolle.⁷⁸ Haben nichtstaatliche Akteure eine verfestigte territoriale Herrschaft errichtet, so sollen auch Verteidigungshandlungen gegen diese Akteure zulässig sein. Der *unwilling-or-unable*-Standard schließlich geht davon aus, dass Selbstverteidigung zulässig sei, sofern der Staat nicht willens oder nicht in der Lage ist, den von nichtstaatlichen Akteuren ausgehenden Gefahren effektiv zu begegnen. Insbesondere der letztgenannte Standard erweist sich als rechtlich höchst problematisch, da er auf einem nichtkonturierten, sehr weiten und damit höchst missbrauchsanfälligen Kriterium beruht.⁷⁹ In der Staatspraxis⁸⁰ wie in der

on and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 241–249 (Rn. 634–650); *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (166–173).

Kritisch insbesondere: *Tladi*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (87–89); *O’Connell*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 174 (253–257).

⁷⁷ *Lorca*, *New York University Journal of International Law & Politics* 45 (2012), 1 (9, 27 ff.).

⁷⁸ Vgl. supra 42 f. (insb. Fn. 67 f.).

⁷⁹ Vgl. insoweit auch infra § 11, III, 2, wo die *unwilling-or-unable*-Doktrin als eine mögliche systemische Infragestellung des gegenwärtigen Völkerrechts in den Blick genommen wird.

⁸⁰ Vgl. die kritischen Stellungnahmen insbesondere amerikanischer Staaten (Hervorhebungen C. M.): UN-Generalversammlung, Sechster Ausschuss, 2. Oktober 2017, UN Doc. A/C.6/72/SR.1, para. 30 (El Salvador im Namen der Community of Latin American and Caribbean States – CELAC): „The Community was also concerned at the increasing number of letters sent to the Security Council pursuant to Article 51 of the Charter of the United Nations – most often after the fact – with a view to using force to combat terrorism. The use of force in a manner inconsistent with the Charter was illegal, unjustifiable and unacceptable“; UN-Generalversammlung, Sechster Ausschuss, 4. Oktober 2017, UN Doc. A/C.6/72/SR.4, para. 32 (Brasilien): „In addition to those issues, there were also concerns stemming from attempts to reinterpret the law regarding the content and scope of self-defence, especially its applicability in relation to non-State actors. Critical legal issues involving the use of force must be discussed. Some interpretations regarding the scope and content of self-defence arising in counter-terrorism scenarios might not be adequate or advisable, as they might set dangerous precedents. Silence regarding such interpretations, such as the so-called ‚unwilling and unable‘ doctrine, should not be understood as acquiescence or as proof of *opinio juris*. As the primary forum for the consideration of legal questions in the General Assembly, the Sixth Committee was an appropriate venue for such discussions, which should take into due account the views of the International Court of Justice on the matter“; UN-Sicherheitsrat, 8262. Sitzung, 17. Mai 2018, UN Doc. S/PV.8262, 44 (Brasilien): „Given the spread of terrorism, there have been attempts to depart from the collective security system towards actions that

Wissenschaft findet sich – neben den beschriebenen affirmativen Stimmen – daher zu Recht eine dezidierte Zurückweisung des *unwilling-or-unable*-Standards.⁸¹

Als Grundlage einer Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts werden ferner *due-diligence*-Pflichten von Staaten diskutiert, bei deren Verstoß einem Staat ein *substantial involvement* im Sinne der *Definition of Aggression* zum Vorwurf gemacht werden können soll.⁸²

Die unübersichtliche Rechtslage, in der institutionelle Akteure ebenso wie Staaten durch eine verbreitete Zurückhaltung in der Artikulation ihrer Rechtsauffassungen beziehungsweise durch bewusst mehrdeutige Positionierungen nicht zur Klärung der Rechtslage beitragen, hat eine Grauzone des Rechts erzeugt, deren Spezifik wir uns im Folgenden noch detailliert zuwenden werden.⁸³

II. Neue Technologien und Gefahren

Ein weiterer Motor der Entwicklung und der (partiellen) Infragestellung des Rechts sind neue Gefahrenlagen, wie sie beispielsweise durch Veränderungen in der Kriegsführung, allem voran durch neue Technologien, entstehen. In Anbetracht dieser Verschiebungen kommt es zu Neubewertungen der Anwendbarkeit und Angemessenheit des bestehenden Rechtsrahmens. Seit der Schaffung der UN-Charta lassen sich diesbezügliche Verschiebungen und Auseinandersetzungen um den

reflect pre-Charter understandings. They have included reinterpretations of the law on self-defence as well as problematic readings on the letter of Article 2, paragraph 4, of the Charter. Some have been arguing that self-defence could be applied as a response to non-State actors, sometimes adding as a condition the criterion of unwillingness or inability on the part of the territorial State. Brazil does not agree with such interpretations“; UN-Sicherheitsrat, 8175. Sitzung, 6. Februar 2018, UN Doc. S/PV.8175, 57f. (Mexiko): „Mexico is troubled that such a practice, coupled with the ambiguous language of recent Council resolutions, runs the risk of a de facto broadening of exceptions to the general prohibition on the use of force, as set out in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations, in an irregular manner“; vgl. ferner: „Statement of the Permanent Mission of the Republic of El Salvador on behalf of the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC)“, United Nations Special Committee on the Charter of the United Nations and the Strengthening of the Role of Organisation, New York, 20.–28. Februar 2018, <https://celac.rree.gob.sv/wp-content/uploads/2018/02/Statement-CELAC-Charter-Committee-Feb-2018.pdf> [abgerufen am 29. März 2021]: „There are also underlying concerns stemming from attempts to reinterpret the law on self-defence and de facto expand an exception to the general prohibition to the use of force contained in article 2.4.“

⁸¹ Vgl.: „A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism“ (<http://cdi.ulb.ac.be/contre-invocation-abusive-de-legitime-defense-faire-face-defi-terrorisme>) [abgerufen am 29. März 2021], 6. Oktober 2016, der insbesondere den Rekurs auf die Unfähigkeit eines Staates zurückweist und betont: „there is a serious risk of self-defence becoming an alibi, used systematically to justify the unilateral launching of military operations around the world“; vgl. m. w. N.: *Marxsen/Peters*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 1 (9).

⁸² *De Wet*, *Leiden Journal of International Law* 32 (2019), 91 (103).

⁸³ Vgl. ausführlich zu den Grauzonen des Rechts und zu den Mechanismen von deren Erzeugung, auch mit besonderem Blick auf Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure: §9, II.

Inhalt der Rechtsregeln insbesondere im Hinblick auf staatliche Reaktions- und Verteidigungsmöglichkeiten gegen Massenvernichtungswaffen, allem voran der Gefahr der Entwicklung und des Einsatzes von Atomwaffen, finden (dazu im Folgenden unter 1.). Eine weitere derzeit dringlich diskutierte Konstellation betrifft die rechtliche Bewertung von Cybertechnologien im Rahmen des bestehenden *ius contra bellum* (dazu im Folgenden unter 2.).

1. Selbstverteidigungsrecht und Massenvernichtungswaffen

Das traditionelle Verständnis legitimer und legaler staatlicher Gegenwehr wurde in der UN-Charta an den Begriff des bewaffneten Angriffs gekoppelt, der das auslösende Moment möglicher Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC begründet. Geschaffen wurde diese Regel zur Zeit des Zweiten Weltkrieges, in dem die kriegerischen Auseinandersetzungen mit Mitteln stattfanden, die wir heute als konventionell bezeichnen, also mittels herkömmlicher, auf physischer Wirkung basierender Waffensysteme. Für derartige Bedrohungslagen war und ist es für Staaten in den meisten Konstellationen durchaus eine überzeugende Handlungsweise, sich auf Angriffe vorzubereiten, diese tatsächlich abzuwarten, um sich alsdann gegen sie zur Wehr zu setzen. Aus einer Sicherheitslogik heraus ist dies nicht zuletzt deshalb sinnvoll, weil im Rahmen solch konventioneller Konflikte der sich verteidigende Staat nahezu immer im Vorteil ist, da er sich vorbereiten und eine strategisch günstige Position beziehen kann. Diese Bedrohungslage bestand und besteht zwar fort, war aber schon bald nicht mehr das primäre Sicherheitsbedenken, sondern Massenvernichtungswaffen – allem voran Atomwaffen – sorgten für eine Neubewertung von Sicherheitsrisiken, die zur Zeit der Schaffung der UN-Charta so noch nicht absehbar waren.⁸⁴

In Ansehung dieser Gefahren könnte ein Zuwarten auf den tatsächlichen Beginn eines Angriffs nicht selten bedeuten, dass eine Abwehr der entsprechenden Gefahren nicht mehr möglich ist und dass auch ab dem beginnenden Angriff Gegenmaßnahmen nur geringere Aussicht auf Erfolg haben. Insofern kam es zu einer Neubewertung der Sicherheitslage, die Motor für längwährende rechtliche Auseinandersetzungen geworden ist.⁸⁵ In diesem Sinne heißt es bereits in einem US-Memorandum aus dem Jahr 1946:

„[A]n ‚armed attack‘ is now something entirely different from what it was prior to the discovery of atomic weapons. It would therefore seem to be both important and appropriate under present conditions that the treaty define ‚armed attack‘ in a manner appropriate to

⁸⁴ Die Bedeutung dieser neuen Gefahrenlage betonen etwa: *Goodrich/Hambro*, Charter of the United Nations, 2. Aufl., 1949, S. 500; *Kaplan/Katzenbach*, The Political Foundations of International Law, 1961, S. 211 f.; *Higgins*, Problems and Process, 1994, S. 242; *Schwebel*, Recueil des Cours 136 (1972), 411 (481); *MacDougal/Feliciano*, Law and Minimum World Public Order, 1961, S. 240; *Cassese*, International Law in a Divided World, 1986, S. 231; *Franck*, Hastings International and Comparative Law Review 27 (2004), 425 (431 f.).

⁸⁵ *Joyner*, George Washington International Law Review 40 (2008), 233 (245).

atomic weapons and include in the definition not simply the actual dropping of an atomic bomb, but also certain steps in themselves preliminary to such action.“⁸⁶

Gegenstand der Auseinandersetzung ist somit eine mögliche Vorverlagerung zulässiger Gegenwehr und darüber hinaus die Reichweite dieser, die als eines der schwierigsten Rechtsprobleme bezeichnet wird, mit dem die UN seit ihrem Bestehen konfrontiert worden ist.⁸⁷ In Abhängigkeit von der Reichweite der Vorverlagerung lassen sich zwei Rechtsfragen differenzieren, die allerdings in der rechtswissenschaftlichen Literatur vielfach im Zusammenhang diskutiert worden sind. Die Terminologie ist in der Folge weithin uneinheitlich. Als vorgegreifende Selbstverteidigung (a) (*anticipatory self-defence*) wird hier verstanden, dass eine Abwehrmaßnahme gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff vorgenommen wird, als präventive Selbstverteidigung (b) dagegen Fälle, in denen gegen noch abstraktere Gefahrenlagen gehandelt werden soll (*pre-emptive self-defence*).⁸⁸

a) Vorgegreifende Selbstverteidigung

Artikel 51 UNC spricht vom „Falle eines bewaffneten Angriffs“ und scheint damit seinem Wortlaut nach das Erfordernis eines *stattfindenden* Angriffs aufzustellen.⁸⁹ Das entsprach auch der vorherrschenden Lesart zum Zeitpunkt der Schaffung der UN-Charta. US-Senator Harold Stassen, Mitglied der US-amerikanischen Verhandlungsdelegation bei der San-Francisco-Konferenz, betonte, dass dieses Verständnis beabsichtigt gewesen sei: „We did not want exercised the right of self-defence before an armed attack.“⁹⁰ Nach Lage der konkreten Situation mögliche und drohende Angriffe unterfallen in der Systematik des Gewaltverbots dem Verbot der Drohung mit Gewalt, für welches Artikel 51 UNC aber eben die Möglichkeit der Selbstverteidigung gerade nicht vorsieht.⁹¹ In Anbetracht dessen lehnte in den frühen Jahren der Vereinten Nationen die überwiegende Zahl von Kommentatoren ein Selbstverteidigungsrecht gegen nur bevorstehende Angriffe ab.⁹²

⁸⁶ U.S. Representative on the United Nations Atomic Energy Commission (Bernard M. Baruch), U.S. Memorandum 3: Relations between the Atomic Development Authority and the organs of the United Nations, 12. Juli 1946, Department of State Bulletin 15 (1946), 102 (105).

⁸⁷ Higgins, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (442).

⁸⁸ Diese Begriffsverwendung u. a. auch bei: *Schrijver/van den Herik*, *Netherlands International Law Review* 57 (2010), 531 (543).

⁸⁹ Vgl. insoweit allerdings auch die hier nicht weiter zu verfolgende Diskussion um die unterschiedlichen Fassungen in den offiziellen UN-Sprachen: *Schiffbauer*, *Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht*, 2012, S. 289–306.

⁹⁰ Minutes of the 48th Meeting of the US delegation of 20 May 1945, *Foreign Relations of the United States*, Bd. I (General: The United Nations), 1945, 813 (818); in diesem Zusammenhang heißt es in den Protokollen auch über die Stellungnahme eines anderen Delegationsmitglieds: „Mr. Hackworth expressed the view that the present draft greatly qualified the right to self-defense by limiting it to the occasion of an armed attack“ (ebd.).

⁹¹ *Bentwich/Martin*, *A Commentary on the Charter of the United Nations*, 1950, S. 107.

⁹² *Kunz*, *American Journal of International Law* 41 (1947), 872 (878); *Kelsen*, *American Journal of International Law* 42 (1948), 783 (791); *ders.*, *The Law of the United Nations*, 1950, S. 797 f.;

Für die Gegenauffassung waren insbesondere die neuen nuklearen Gefahren ausschlaggebend, die ein Zuwarten auf den eigentlichen Angriff für Staaten als unzumutbar scheinen ließen. Der spätere Richter und Präsident des IGH M. Nagma Singh führte beispielsweise den (hypothetischen) Fall an, dass ein Staat davon Kenntnis habe, dass ein atomarer Angriff gegen ihn von einem U-Boot aus gestartet werden solle, von dessen momentanen Aufenthaltsort der Staat Kenntnis habe.⁹³ Dürfe dieser Staat also gegen dieses Boot intervenieren?

Die rechtlichen Fürsprecher dieser Position stellten insoweit zunächst lange auf das Fortleben von Gewohnheitsrecht aus der Zeit vor der Errichtung der UN-Charta ab.⁹⁴ Artikel 51 UNC nimmt auf ein „naturgegebenes Recht“ zur Selbstverteidigung Bezug, das der IGH später in der *Nicaragua*-Entscheidung zutreffend als ein gewohnheitsrechtliches qualifizierte.⁹⁵ Als Grundlage solchen Gewohnheitsrechts ist der Hauptreferenzpunkt der *Caroline*-Vorfall des Jahres 1837. Hierbei hatten die Briten das Schiff *Caroline* am US-amerikanischen Ufer des Niagaraflusses versenkt, da dieses benutzt wurde, um bewaffnete Aufständische nach Kanada zu verbringen, die sich dort stattfindenden Unruhen anschließen wollten. Im Nachgang kam es im Jahr 1842 zu einer Korrespondenz zwischen den Regierungen der beiden involvierten Staaten.⁹⁶ Der US Secretary of State Daniel Webster hielt in einer weithin aufgegriffenen und anerkannten Formel fest, dass eine Ausdehnung des Selbstverteidigungsrechts nur in Fällen in Betracht komme, in denen die „necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation“.⁹⁷ Vorgreifende Selbstverteidigung soll danach also dort als *Ultima Ratio* zulässig sein, wo keine andere Abhilfe gegen die Gefahr zur Verfügung steht.

Dinh, *Revue Générale de Droit International Public* 52 (1948), 223 (241); *Jessup*, *A Modern Law of Nations*, 1950, S. 166; *Beckett*, *The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations*, 1950, S. 13; *Bentwich/Martin*, *A Commentary on the Charter of the United Nations*, 1950, S. 107; *Kulskei*, *American Journal of International Law* 44 (1950), 453 (461); *Tucker*, *The International Law Quarterly* 4 (1951), 11 (29); *Oppenheim*, *Disputes, War and Neutrality*, 7. Aufl., Bd. II, 1952, S. 156; *Martin*, *Collective Security*, 1952, S. 169; *Al Chalabi*, *La légitime Défense en Droit international*, 1952, S. 79–81; *Pompe*, *Aggressive War*, 1953, S. 98; *Bebr*, *American Journal of International Law* 49 (1955), 166 (173f.); *Nincic*, *International Law Association Reports of Conferences* 48 (1958), 617 (617f.); *Skubiszewski*, *American Journal of International Law* 53 (1959), 613 (622); *Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 257–261, 275–278; *Henkin*, *Political Science Quarterly* 78 (1963), 504 (532f.); *Wright*, *American Journal of International Law* 57 (1963), 546 (560).

⁹³ *Singh*, *Indian Yearbook of International Affairs* 5 (1956), 3 (25f.).

⁹⁴ Vgl. insbesondere: *Bowett*, *Self-Defence in International Law*, 1958, S. 184f., 191.

⁹⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 94 (para. 176).

⁹⁶ Vgl. zum Hintergrund *Greenwood*, *Caroline, The*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

⁹⁷ Mr. Webster, Sec. of State, to Lord Ashburton, British plen., 6. August 1842, in: John Basset Moore (Hrsg.), *A Digest of International Law*, Bd. II (Washington: Government Printing Office, 1906), 412.

Die gewohnheitsrechtliche (Fort-)Geltung dieser Formel war weithin umstritten, insbesondere da sich der Vorfall zu einer Zeit ereignete, in der der gesamte Rechtsrahmen noch völlig anders gelagert war und insbesondere noch kein generelles Gewaltverbot wie unter der UN-Charta existierte.⁹⁸ Auch wurde zur Zeit des *Caroline*-Vorfalls nicht klar zwischen staatlicher Selbsterhaltung (*self-preservation*), Selbstverteidigung und Notstand unterschieden, so dass die Übertragung der Kriterien auf Selbstverteidigung mindestens problematisch war.⁹⁹ Schließlich waren klare Fälle von Staatenpraxis aus den Jahren 1920 bis 1939, die ja für den Inhalt des Gewohnheitsrechts auf Selbstverteidigung im Zeitpunkt der Schaffung der UN indikativ wären, nicht ersichtlich.¹⁰⁰ Insofern sprechen die besseren Argumente dafür, dass das generelle Gewaltverbot auch einen Einfluss auf das Gewohnheitsrecht der Selbstverteidigung hatte und nunmehr ein (etwaiges) weiteres Gewohnheitsrecht gerade beschränkte.¹⁰¹

In der Praxis der Staaten seit der Errichtung der UN-Charta sind klare Fälle der Anrufung eines Rechts zur vorgehenden Selbstverteidigung rar. In der Regel versuchten Staaten den antizipierenden Charakter ihrer Selbstverteidigung nicht zu sehr in den Vordergrund zu stellen, sondern die Ereignisse als bereits stattfindende Angriffe zu interpretieren.¹⁰² Der charakteristischste Fall ist insoweit der von Israel 1967 geführte Sechstagekrieg, mit dem Israel dem antizipierten Angriff insbesondere durch Ägypten vorgriff. Zunächst rechtfertigte sich Israel damit, gegen einen vermeintlich bereits tatsächlich stattfindenden Angriff Ägyptens vorzugehen.¹⁰³ Erst kurze Zeit später wurde von Israel auch die Position formuliert, eine vorgehende Verteidigung sei zulässig.¹⁰⁴ Darüber hinaus aber sind die in der Literatur diskutierten Fälle oft weniger eindeutig als behauptet. Der vielfach als klarer Fall angeführte Erste Golfkrieg zwischen dem Irak und dem Iran (1980–1988)¹⁰⁵ wurde zwar seitens des Irak tatsächlich auch mit präventiven Argumenten gerechtfertigt.¹⁰⁶ Der Irak nahm sogar explizit auf die Webster-Formel Bezug.¹⁰⁷ Bei genauerem Hinsehen aber nahm der Irak immer auch auf vorherige Angriffe

⁹⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission, 53rd session, Supplement No. 10 zu UN Doc A/56/10, 196; kritisch insoweit auch: *Schachter*, Michigan Law Review 82 (1984), 1620 (1635).

⁹⁹ *Brownlie*, International Law and the Use of Force by States, 1963, S. 258 f.

¹⁰⁰ *Brownlie*, International Law and the Use of Force by States, 1963, S. 259–261.

¹⁰¹ *Jessup*, A Modern Law of Nations, 1950, S. 166; *Skubiszewski*, American Journal of International Law 53 (1959), 613 (622); *Wright*, American Journal of International Law 57 (1963), 546 (560).

¹⁰² *Gray*, International Law and the Use of Force, 3. Aufl., 2008, S. 161.

¹⁰³ UN-Sicherheitsrat, 1348. Sitzung, 6. Juni 1967, UN Doc. S/PV.1348, 15 (para. 155) (Israel); UN-Sicherheitsrat, 1353. Sitzung, 9. Juni 1967, S/PV.1353, 12 (para. 129) (Israel).

¹⁰⁴ UN-Generalversammlung, 1526. Sitzung, 19. Juni 1967, UN Doc. A/PV.1526, 10 (para. 119) (Israel).

¹⁰⁵ Vgl. zum Beispiel: *Schiffbauer*, Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht, 2012, S. 379 f.

¹⁰⁶ UN Doc. S/14236, 1, 27. Oktober 1980 (Irak).

¹⁰⁷ UN Doc. S/14199, 26. September 1980, 2 (Irak); UN-Sicherheitsrat, 2250. Sitzung, 18. Oktober 1980, UN Doc. S/PV.2250, para. 40 (Irak).

des Irans Bezug,¹⁰⁸ so dass hier in der Tat ein traditionelles Verständnis der Selbstverteidigung angerufen wurde, ungeachtet des Bezugs auf Prävention.¹⁰⁹ Insoweit scheint die Verwirrung darin zu bestehen, dass natürlich eine Selbstverteidigungshandlung gegen einen bereits erfolgten Angriff immer auch die präventive Intention hat, zukünftige Angriffe zu verhindern, ohne dass dies den Kern der hier interessierenden antizipierenden Selbstverteidigung ausmache.

In der jüngsten Zeit finden sich insbesondere im Hinblick auf die Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure Referenzen auf eine antizipierende Selbstverteidigung. So berief sich beispielsweise das Vereinigte Königreich im Jahr 2015 zur Rechtfertigung eines Präzisionsschlages gegen ein Fahrzeug des Islamischen Staates, dessen Insassen in Planung und Anleitung unmittelbar bevorstehende Angriffe gegen das Vereinigte Königreich eingebunden gewesen seien, auf das Recht zur Selbstverteidigung.¹¹⁰

Der IGH hat sich zur Frage nach der Legalität der Selbstverteidigung gegen unmittelbar bevorstehende Angriffe bislang nicht geäußert, sondern die Entscheidung in den Fällen *Nicaragua* sowie *Armed Activities (DR Congo v. Uganda)* ausdrücklich offengelassen, da – so der IGH – sich die Parteien nicht explizit auf dieses rechtliche Argument bezogen hätten.¹¹¹ Ungeachtet dessen lässt sich aber dennoch eine allgemeine und breite Tendenz in der völkerrechtlichen Literatur ausmachen, die für die Annahme der Legalität vorgreifender Selbstverteidigung spricht. In den Deklarationen diverser Staaten findet sich zwar auch in jüngerer Zeit noch immer eine erhebliche Zurückweisung.¹¹² Gleichwohl wird insgesamt die Möglichkeit der Selbstverteidigung in Konstellationen, in denen ein Angriff unmittelbar bevorsteht, nur noch selten in Abrede gestellt, wenn andere Abhilfe, insbesondere durch die kollektiven Sicherheitsorgane, nicht beizubringen ist.

Dogmatisch wird dieses Ergebnis auf unterschiedliche Weise erreicht. Großteils wird dezidiert eine Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts auf unmittelbar bevorstehende Angriffe angenommen¹¹³ – eine Position, die sowohl in mehreren UN-

¹⁰⁸ UN Doc. A/35/483; S/14191, 24. September 1980, 2f. (Irak); UN Doc. S/14236, 27. Oktober 1980, 1 (Irak).

¹⁰⁹ So auch Corten, *The Law Against War*, 2010, S. 438.

¹¹⁰ UN Doc. S/2015/688, 8. September 2015 (Vereinigtes Königreich).

¹¹¹ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 103 (para. 194): „[T]he issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack has not been raised. Accordingly the Court expresses no view on that issue“; IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 222 (para. 143).

¹¹² UN-Generalversammlung, 6. April 2005, UN Doc. A/59/PV.86, 9 (Algerien): „[D]oc-trine and jurisprudence teach us that Article 51 in no way covers imminent attacks“. UN-Generalversammlung, 7. April 2005, UN Doc. A/59/PV.87, 17 (Iran): „Article 51 in no way covers imminent threats, and international law does not confer any legitimacy on the dangerous doctrine of pre-emption“; vgl. für Nachweise über ähnliche Stellungnahmen durch Belarus, Indonesien, Pakistan, Ägypten, Indien und die Türkei: Corten, *The Law Against War*, 2010, S. 431 f.

¹¹³ Waldock, *Recueil des Cours* 81 (1952), 451 (497f.); Fitzmaurice, *Recueil des Cours* 92

Berichten bezogen wird¹¹⁴ als auch von der International Law Association (Committee on the Use of Force).¹¹⁵

Ein weiterer Ansatz erreicht dasselbe Ziel durch eine bestimmte Interpretation des Merkmals des bewaffneten Angriffs. Erforderlich ist danach nicht, dass der Angriff bereits das Territorium des anzugreifenden Staates verletzt hat, sondern dass der Angriff bereits „unterwegs“ ist, ohne dass die letzte Angriffshandlung bereits vollzogen sein müsste.¹¹⁶ Insoweit interpretiert Dinstein beispielsweise das Zusammenziehen ägyptischer Truppen an der Grenze in Verbindung mit vorherigen ägyptischen Drohungen als einen bereits stattfindenden Angriff, der mittels einer „interceptive self-defence“ abgewehrt werden dürfe.¹¹⁷

Obgleich eindeutige Positionierungen zur Frage der vorgreifenden Selbstverteidigung rar sind und daher rechtliche Unsicherheiten verbleiben, ist heute weithin anerkannt, dass antizipierende Selbstverteidigung unter den Voraussetzungen zulässig ist, dass erstens verlässliche und konsistente Fakten vorliegen, die beweisen, dass ein anderer Staat im Begriff ist, einen existenzbedrohenden Angriff zu starten, und dass zweitens keine friedlichen Mittel der Abwehr, insbesondere kollektive Maßnahmen, zur Verfügung stehen.¹¹⁸

(1957), 1 (171); *Bowett*, International Law Association Reports of Conferences 48 (1958), 598 (598); *MacDougal/Feliciano*, Law and Minimum World Public Order, 1961, S. 240; *Higgins*, The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, 1963, S. 202 f.; *Friedmann*, The Changing Structure of International Law, 1964, S. 259 f.; *McDougal*, American Journal of International Law 57 (1963), 597 (598); *Schwebel*, Recueil des Cours 136 (1972), 411 (481); *Henkin*, How Nations Behave, 2. Aufl., 1979, S. 143 f.; *Schachter*, Michigan Law Review 82 (1984), 1620 (1634 f.); *Cassese*, International Law in a Divided World, 1986, S. 233; *Higgins*, in: Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, S. 435 (442); *Jennings/Watts*, Oppenheim's International Law, Bd. I (Peace), 1992, S. 421; *Greenwood*, San Diego International Law Journal 4 (2003), 7 (15); *Franck*, Recourse to Force, 2002, S. 103; *Bothe*, European Journal of International Law 14 (2003), 227 (231); *Franck*, Hastings International and Comparative Law Review 27 (2004), 425 (426); *Wippman*, Minnesota Journal of International Law 16 (2007), 387 (398); *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u. a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 53 f.

¹¹⁴ In diesem Sinne folgte im Jahr 2004 ohne weitere dogmatische Herleitung das vom UN-Generalsekretär eingesetzte High-level Panel on Threats, Challenges and Change in seinem Bericht: „a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is imminent, no other means would deflect it and the action is proportionate“ – A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2. Dezember 2004, UN Doc. A/59/565, 54 (para. 188). Vgl. dazu auch: In larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All – Report of the Secretary-General, UN Doc. A/59/2005, 21. März 2005, para. 125.

¹¹⁵ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 76 (2014), 648 (660) (B.II.b).

¹¹⁶ Vgl. *Singh*, Indian Yearbook of International Affairs 5 (1956), 3 (25); *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 356.

¹¹⁷ *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 212 (Rn. 555), S. 231 ff. (Rn. 606 ff.).

¹¹⁸ *Cassese*, International Law in a Divided World, 1986, S. 233; vgl. in diesem Sinne auch: *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 78 (2018), 588 (605) (B.2.b): „[T]here would seem to be increasing support for the

b) Präventive Selbstverteidigung

Jenseits der Frage eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs finden sich seit den frühen Stunden der UN-Charta Debatten, ob nicht bereits auch weiter entfernt liegende Gefahren für die Sicherheit eines Staates ein Selbstverteidigungsrecht zur Prävention möglicher späterer Angriffe begründen können – auch insoweit waren die von Massenvernichtungswaffen ausgehenden Gefahren ein treibender Faktor. In den Auseinandersetzungen um die internationale Regulierung der Atomenergie äußerte in diesem Sinne die UN Atomic Energy Commission in einem Bericht an den UN-Sicherheitsrat bereits im Jahr 1947 im Hinblick auf Verstöße gegen eine geplante, die Nutzung von Nukleartechnologie regulierende internationale Konvention:

„In consideration of the problem of violation of the terms of the treaty or convention, it should be borne in mind that a violation might be of so grave a character as to give rise to the inherent right of self-defense recognized in Article 51 of the Charter of the United Nations.“¹¹⁹

In der Praxis der Staaten finden wir eine begrenzte Zahl von Fällen, in denen die Ratio eines derart weit verstandenen Selbstverteidigungsrechts angeführt oder jedenfalls seitens der Wissenschaft als impliziert gesehen wurde. Im Jahr 1962 kam es zur sogenannten Kubakrise. Die Sowjetunion war damals im Begriff, Atomraketen auf Kuba zu stationieren, was die USA als äußerste Bedrohung ihrer nationalen Sicherheit betrachteten. Die USA errichteten in der Folge eine Seeblockade, um die UdSSR zu einer Abkehr von ihren Plänen zu bringen, und bedienten sich damit gewaltsamer Maßnahmen im Sinne des Artikel 2 Abs. 4 UNC. Sie beriefen sich hierbei allerdings nicht auf ein Selbstverteidigungsrecht.¹²⁰ Wie Chayes – seinerzeit Rechtsberater der USA – betont, habe man eine „full-scale adoption of the doctrine of anticipatory self-defence“ gerade vermeiden wollen.¹²¹ Zur Rechtfertigung bezog sich die Regierung John F. Kennedys vielmehr (insoweit rechtlich nicht weniger problematisch) auf eine Resolution des Rats der Organization of American States (OAS),¹²² die unter Rekurs auf den Interamerikanischen Vertrag über gegen-

view that the right to self-defence does exist in relation to manifestly imminent attacks, narrowly construed.“

¹¹⁹ United Nations Atomic Energy Commission, The First Report of the Atomic Energy Commission to the Security Council, 3. Januar 1947, UN. Doc AEC/18/Rev. 1, 24.

¹²⁰ Wohl aber wurden auch Erwägungen angeführt, die aus der Debatte um das Selbstverteidigungsrecht bekannt waren. Vgl. Address by President Kennedy – The Soviet Threat to the Americas, Department of State Bulletin 47 (1962), 715, 716: „We no longer live in a world where only the actual firing of weapons represents a sufficient challenge to a nation’s security to constitute maximum peril. Nuclear weapons are so destructive and ballistic missiles are so swift that any substantially increased possibility of their use or any sudden change in their deployment may well be regarded as a definite threat to peace“; vgl. dazu auch Chayes, der ausführt, dass der vorletzte Entwurf von Kennedys Rede vor der soeben zitierten Passage einen Bezug zum Selbstverteidigungsrecht beinhaltet habe: Chayes, The Cuban Missile Crisis, 1974, S. 63.

¹²¹ Chayes, The Cuban Missile Crisis, 1974, S. 63.

¹²² John F. Kennedy, Proclamation 3504: Interdiction of the Delivery of Offensive Weapons

seitigen Beistand (Rio Treaty) den Mitgliedsstaaten empfahl,¹²³ Maßnahmen (einschließlich militärischer Gewalt) gegen die Stationierung sowjetischer Offensivraketen auf Kuba einzuleiten.

Seitens der Völkerrechtslehre ist der Fall gleichwohl teilweise als ein Anwendungsfall der präventiven Selbstverteidigung diskutiert worden.¹²⁴ In Anbetracht einer fehlenden offiziellen Anrufung der Doktrin der präventiven Selbstverteidigung durch die USA selbst ist aber jedenfalls auch die seitens westlicher Staaten weithin ausgedrückte Unterstützung für die USA kein aussagekräftiger Anhaltspunkt für eine Befürwortung der Doktrin der präventiven Selbstverteidigung.

Ein weiterer wichtiger Vorfall in diesem Zusammenhang ist die Zerstörung des im Bau befindlichen irakischen Atomreaktors *Osirak (Tamuz-I)* im Jahr 1981 durch Israel. Israel rechtfertigte diese Intervention explizit mit seinem Recht auf Selbstverteidigung und dem Ziel, die Entwicklung von Atomwaffen durch den Irak zu verhindern.¹²⁵ Dabei vertrat es hierbei explizit eine weite Lesart des Rechts auf Selbstverteidigung, das sich in Anbetracht neuer, insbesondere nuklearer Gefahren entwickelt habe.¹²⁶ International stieß Israels Aktion allerdings auf breiten Protest. Sowohl der UN-Sicherheitsrat als auch die UN-Generalversammlung verurteilten Israels Intervention als Akt der Aggression scharf.¹²⁷ Auch wurde Israels Interpretation des Selbstverteidigungsrechts weithin explizit zurückgewiesen.¹²⁸

Neben der israelischen Politik hat der Vorbehalt präventiver und unilateraler Militäreinsätze vor allem in der Außenpolitik der USA eine gewisse Tradition, ins-

to Cuba, 23. Oktober 1962, Public Papers of the Presidents of the United States, John F. Kennedy, 1962 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1963), 809–811.

¹²³ Vgl. Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty), 2. September 1947, 21 UNTS 77 ff., Art. 6; vgl. die Anrufung von Art. 6 des Rio Treaty durch die Organization of American States (OAS) in der Resolution vom 23. Oktober 1962, UN Doc. S/5193, 25. Oktober 1962; vgl. *Meeker*, American Journal of International Law 57 (1963), 515 (523); vgl. auch *Chayes*, Department of State Bulletin 15 (1962), 763 (764 f.).

¹²⁴ Für die Legalität argumentieren etwa: *McDougal*, American Journal of International Law 57 (1963), 597 (597–599); *Fenwick*, American Journal of International Law 57 (1963), 588 (592); *Christol/Davis*, American Journal of International Law 57 (1963), 525 (532); *Higgins*, The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, 1963, S. 203; ablehnend: *Wright*, American Journal of International Law 57 (1963), 546 (559–563).

¹²⁵ UN-Sicherheitsrat, 2280. Sitzung, 12. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2280, para. 58 f., 97 (Israel).

¹²⁶ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 2288. Sitzung, 19. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2288, para. 85 (Israel): „Indeed, the concept of a State’s right to self-defence has not changed throughout recorded history. Its scope has, however, broadened with the advance of man’s ability to wreak havoc on his enemies. Consequently the concept took on new and far wider application with the advent of the nuclear era. Anyone who thinks otherwise has simply not faced up to the horrific realities of the world we live in today, and that is particularly true for small States whose vulnerability is vast and whose capacity to survive a nuclear strike is very limited.“

¹²⁷ UN-Sicherheitsrat, Resolution 487, 19. Juni 1981, UN Doc. S/RES/487; UN-Generalversammlung, Resolution 36/27, 13. November 1981, UN Doc. A/RES/36/27.

¹²⁸ Vgl. etwa die Debatten im UN-Sicherheitsrat zwischen dem 12. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2280, und dem 19. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2288; ebenso die Debatte in der UN-Generalversammlung am 13. November 1981, UN Doc. A/36/PV.56.

besondere im Kampf gegen den Terrorismus. In der unter US-Präsident Ronald Reagan erlassenen, zunächst geheimen National Security Decision Directive 207 hieß es insoweit: „The United States is opposed to domestic and international terrorism and is prepared to act in concert with other nations or unilaterally when necessary to prevent or respond to terrorist acts.“¹²⁹ Einstweiliger Kulminationspunkt im Hinblick auf die Formulierung eines Prinzips präventiver Gewaltanwendung ist insoweit die von der Regierung George W. Bush postulierte Doktrin der *pre-emptive self-defence* (auch Bush-Doktrin), die allerdings keinen Bruch mit der vorherigen Ausrichtung der Außenpolitik vollzog, sondern vielmehr die ohnehin lange vorhandenen, auf Prävention von Gefahren und Angriffen ausgerichteten Elemente nunmehr zu einer dezidierten außen- und sicherheitspolitischen Doktrin erhob.¹³⁰ Im Juni 2002 verkündete Bush in einer Rede an der West Point Military Academy: „[...] the war on terror will not be won on the defensive. We must take the battle to the enemy, disrupt his plans, and confront the worst threats before they emerge. [...] [O]ur security will require all Americans to be forward-looking and resolute, to be ready for preemptive action when necessary“.¹³¹

In der National Security Strategy (NSS) aus dem Jahr 2002 ebenso wie in der aktualisierten Fassung aus dem Jahr 2006 wurde das Konzept der präventiven Selbstverteidigung ausgeführt und zur offiziellen Grundlage US-amerikanischer Politik erklärt: „While the United States will constantly strive to enlist the support of the international community, we will not hesitate to act alone, if necessary, to exercise our right of self-defence by acting preemptively against such terrorists, to prevent them from doing harm against our people and our country“.¹³² Kern dieser Doktrin ist es, das im Rahmen der vorgehenden Selbstverteidigung ausschlaggebende Kriterium der Unmittelbarkeit einer Bedrohung zeitlich auszuweiten.¹³³ In einer Direktive George W. Bushs – der National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction – wurde schließlich auch die potenzielle Notwendigkeit präventiver Maßnahmen zur Bekämpfung von mit Massenvernichtungswaffen ausgestatteten Gegnern explizit benannt.¹³⁴

¹²⁹ National Security Decision Directive 207, The National Program for Combatting Terrorism, 20. Januar 1986, vormals „topsecret“, <https://fas.org/irp/offdocs/nsdd/> [abgerufen am 29. März 2021].

¹³⁰ Zur Entwicklung und zu den Zwischenschritten dieser Entwicklung vgl. *Reisman/Armstrong*, *American Journal of International Law* 100 (2006), 525 (527–530).

¹³¹ George W. Bush, Commencement Address at the United States Military Academy in West Point, New York, 1. Juni 2002, *Public Papers of the President of the United States, George W. Bush, 2002*, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2004), S. 917 (919).

¹³² National Security Strategy of the United States of America, 2002, S. 6, vgl. auch S. 15; ähnlich: National Security Strategy of the United States of America, 2006, S. 18, 23.

¹³³ National Security Strategy of the United States of America, 2002, 15: „We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries.“

¹³⁴ National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction, Dezember 2002, <https://fas.org/irp/offdocs/nspd/nspd-17.html> [abgerufen am 29. März 2021], S. 3: „Because deterrence may not succeed, and because of the potentially devastating consequences of WMD use against our forces and civilian population, U. S. military forces and appropriate civilian agencies must have

Die internationalen Reaktionen auf diese Doktrin waren und sind weithin negativ. Nur wenige Staaten wie Australien unterstützten sie vollauf.¹³⁵ Weitere Staaten wie Frankreich¹³⁶ vertraten zurückhaltendere und eingeschränktere Versionen der präventiven Selbstverteidigung.¹³⁷ Die von den USA als „Schurkenstaaten“ verurteilten Länder (wie Nordkorea, Iran) stellten allerdings klar, dass das Recht zur präventiven Selbstverteidigung kein einseitig den USA zukommendes sein könne und dass man sich entsprechende Maßnahmen daher auch vorbehalte.¹³⁸ Insbesondere in den Deklarationen Nordkoreas finden sich folglich auch regelmäßig Drohungen mit gegen die USA gerichteten Präventivschlägen.¹³⁹ Die weit überwiegende Zahl der Staaten wies dagegen die Doktrin der präventiven Selbstverteidigung klar zurück, darunter eine Reihe westlicher Staaten,¹⁴⁰ die Islamic Conference of Foreign Ministers¹⁴¹ sowie die Staaten des Non-Aligned Movement.¹⁴² In der völkerrechtlichen Literatur hat die Doktrin bis auf wenige affirmative Stimmen (oft mit Regierungshintergrund)¹⁴³ nahezu einhellige Zurückweisung erfah-

the capability to defend against WMD-armed adversaries, including in appropriate cases through preemptive measures.“

¹³⁵ Vgl. Australia ready to strike abroad, 1. Dezember 2002, BBC News, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/2532443.stm> [abgerufen am 29. März 2021].

¹³⁶ In Frankreich wurde jedenfalls in einem *Weißbuch* die Forderung aufgestellt, dass gegen terroristische Gefahren präventive Verteidigungsmaßnahmen von Art. 51 UNC gedeckt seien; vgl. La France face au terrorisme: Livre Blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme (Paris: La Documentation française, 2006), S. 62: „Comme cela est affirmé dans le rapport annexé à la loi de programmation militaire 2003–2008, la possibilité d’une action préemptive avérée serait reconnue. Le recours à une telle action s’inscrirait dans le cadre de l’article 51 de la charte des Nations unies, c’est-à-dire en situation de légitime défense.“

¹³⁷ Vgl. für eine Übersicht über internationale Reaktionen bis 2006 und für weitere Nachweise: *Reisman/Armstrong*, American Journal of International Law 100 (2006), 525 (538–546).

¹³⁸ Vgl. für Nachweise: *Reisman/Armstrong*, American Journal of International Law 100 (2006), 525 (545f.).

¹³⁹ Vgl. zum Beispiel: UN Doc. A/71/866, S/2017/303, 10. April 2017, 4, 6 (Demokratische Volksrepublik Korea).

¹⁴⁰ *Reisman/Armstrong*, American Journal of International Law 100 (2006), 525 (547).

¹⁴¹ Final Communiqué of the thirty-first Session of the Islamic Conference of Foreign Ministers (14.–16. Juni 2004), UN Doc. A/58/856, S/2004/582, 21. Juli 2004, 13 (para. 41): „In this connection, the Conference condemned once again the principle of preemptive military strikes against any country under any pretext whatsoever.“

¹⁴² 14th Summit Conference of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement, Havana, Cuba, 11–16 September 2006, NAM 2006/Doc.1/Rev.3Original, para. 20.2: „In addition and consistent with the practice of the UN and international law pronounced by the ICJ, Article 51 of the UN Charter is restrictive and that it should not be re-written or re-interpreted“; noch deutlicher die Stellungnahme der NAM-Staaten im UN-Sicherheitsrat, 7621. Sitzung, 15. Februar 2016, UN Doc. S/PV.7621, 33f.: „NAM member States [...] stress the need to undertake a wide range of measures: [...] fifthly, opposing and condemning the categorization of countries as good or evil based on unilateral and unjustified criteria, and the adoption of the doctrine of pre-emptive attack, including attack by nuclear weapons by certain States, which is inconsistent with international law, in particular the international legally binding instruments concerning nuclear disarmament.“

¹⁴³ *Sofaer*, European Journal of International Law 14 (2003), 209 (225f.); *Yoo*, American Journal of International Law 97 (2003), 563 (572f.); *Taft/Buchwald*, American Journal of International Law 97 (2003), 557 (563).

ren,¹⁴⁴ ebenso durch den UN-Generalsekretär¹⁴⁵ und durch die bereits angeführten UN-Berichte.¹⁴⁶

Die Doktrin der präventiven Selbstverteidigung hat in der US-amerikanischen Außenpolitik ungeachtet der deutlichen Worte in der zitierten Anzahl von offiziellen Strategiepapieren überraschend wenig praktischen Widerhall gefunden. In der Tat schlug Condoleezza Rice, damals Beraterin George W. Bushs, bereits im Oktober 2002 sanftere Töne an, indem sie den absoluten Ausnahmecharakter präventiver Aktionen betonte.¹⁴⁷ Bemerkenswert ist auch, dass die US-Intervention im Irak im Jahr 2003 nicht auf der Grundlage der Doktrin der präventiven Selbstverteidigung gerechtfertigt wurde. War zwar in den politischen Verlautbarungen der US-Regierung der Sache nach Bezug auf die Doktrin genommen worden,¹⁴⁸ so entschied sich

¹⁴⁴ *Bothe*, *European Journal of International Law* 14 (2003), 227 (231); *Byers*, *War Law*, 2005, S. 80; *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., 2008, S. 252; *O’Connell*, in: Fischer-Lescano u. a. (Hrsg.), *Frieden in Freiheit – Peace in liberty – Paix en liberté*, 2008, S. 249–260; *Brunnée/Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 302f.; *Garwood-Gowers*, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263 (279); IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 334, 337 (para. 11) (Separate Opinion Simma).

¹⁴⁵ Kofi Annan, UN-Generalversammlung, 58. Versammlung, 23. September 2003, UN Doc. A/58/PV.7, 3: „This logic represents a fundamental challenge to the principles on which, however imperfectly, world peace and stability have rested for the last fifty-eight years. My concern is that, if it were to be adopted, it would set precedents that resulted in a proliferation of the unilateral and lawless use of force, with or without justification.“

¹⁴⁶ *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2. Dezember 2004, UN Doc. A/59/565, 54 (para. 188); vgl. dazu auch: *In larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All – Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/59/2005, 21 März 2005, para. 125.

¹⁴⁷ Condoleezza Rice, 2002 Wriston Lecture: A Balance of Power That Favors Freedom, 1. Oktober 2002, <https://www.manhattan-institute.org/html/2002-wriston-lecture-balance-power-favors-freedom-5566.html> [abgerufen am 29. März 2021]: „The number of cases in which it might be justified will always be small. It does not give a green light – to the United States or any other nation – to act first without exhausting other means, including diplomacy. Preemptive action does not come at the beginning of a long chain of effort. The threat must be very grave. And the risks of waiting must far outweigh the risks of action.“

¹⁴⁸ In diese Richtung weisen zum Beispiel Aussagen von Präsident George W. Bush, Address Before a Joint Session of the Congress on the State of the Union, 28. Januar 2003, *Public Papers of the Presidents of the United States, George W. Bush, 2003*, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2006), S. 82 (87): „A brutal dictator, with a history of reckless aggression, with ties to terrorism, with great potential wealth, will not be permitted to dominate a vital region and threaten the United States“; ebd., S. 88f.: „With nuclear arms or a full arsenal of chemical and biological weapons, Saddam Hussein could resume his ambitions of conquest in the Middle East and create deadly havoc in that region. And this Congress and the American people must recognize another threat. Evidence from intelligence sources, secret communications, and statements by people now in custody reveal that Saddam Hussein aids and protects terrorists, including members of Al Qaida. Secretly and without fingerprints, he could provide one of his hidden weapons to terrorists or help them develop their own“; vgl. die Stellungnahme George W. Bushs bei der Erklärung des finalen Ultimatums an den Irak, Address to the Nation on Iraq, 17. März 2003, *Public Papers of the Presidents of the United States, George W. Bush, 2003*, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2006), S. 277 (277): „We are now acting because the risks of inaction would be far greater. In 1 year, or 5 years, the power of Iraq to inflict harm on all

die Regierung im Ergebnis doch für eine Rechtfertigung der Intervention auf der Basis einer (abwegigen) Interpretation von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats.¹⁴⁹ Allerdings wurde sie in den akademischen und praktischen völkerrechtlichen Debatten teils als ein *de-facto*-Fall der Prävention gewertet, so dass man auch die breite internationale Zurückweisung der Irakintervention als Stellungnahme gegen die Doktrin präventiver Selbstverteidigung interpretieren kann. Unter der Regierung Barack Obama verschwand die explizite Referenz auf präventive Aktionen aus den US-Strategiepapieren. Die USA behielten sich unilaterale Aktionen vor, ohne einen präventiven Charakter hier zu erwähnen.¹⁵⁰ Die unter der Präsidentschaft Donald Trumps verfasste *National Security Strategy* enthielt ebenfalls keinen ausdrücklichen Hinweis auf präventive Selbstverteidigung.¹⁵¹ In der unter der Administration Joe Biden erlassenen *Interim National Security Strategic Guidance* findet sich allein der generelle Verweis, dass die USA nicht zögern werden, „to use force when required to defend our vital national interests“.¹⁵²

Im Kontrast zu der weithin artikulierten Ablehnung steht allerdings die Zurückhaltung vieler Staaten in den Folgejahren und bis heute, gegen Fälle augenscheinlicher präventiver Selbstverteidigung zu protestieren. Im Jahr 2007 zerstörten israelische Kampfflugzeuge in der Operation *Orchard* eine Anlage, bei der es sich aller Wahrscheinlichkeit nach um den im Bau befindlichen Atomreaktor *Al-Kibar* in Syrien handelte.¹⁵³ Die Ermittlungen der Internationalen Atomenergie-Organisation (IAEA) weisen stark darauf hin, dass es sich in der Tat um eine nukleare Anlage handelte, wiewohl letzte Gewissheit mangels Kooperation Syriens in der Aufklärung nicht zu erlangen war.¹⁵⁴ Während Syrien zunächst lediglich die Verletzung des Luftraums kritisierte¹⁵⁵ und erst mit Verzögerung die Zerstörung eines im Bau befindlichen militärischen Gebäudes einräumte, gab Israel keinerlei

free nations would be multiplied many times over. With these capabilities, Saddam Hussein and his terrorist allies could choose the moment of deadly conflict when they are strongest. We choose to meet that threat now, where it arises, before it can appear suddenly in our skies and cities. [...] And responding to such enemies only after they have struck first is not self-defense; it is suicide. The security of the world requires disarming Saddam Hussein now.“

¹⁴⁹ Vgl. hierzu ausführlicher infra 214; vgl. auch die Ausführungen der Regierungsberater: *Taft/Buchwald*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 557–563.

¹⁵⁰ *National Security Strategy of the United States of America*, 2010, 22: „The United States must reserve the right to act unilaterally if necessary to defend our nation and our interests, yet we will also seek to adhere to standards that govern the use of force. Doing so strengthens those who act in line with international standards, while isolating and weakening those who do not“; vgl. auch: *National Security Strategy of the United States of America*, 2015, S. 8; US Department of Defense, *Strategy for Countering Weapons of Mass Destruction*, 2014, S. 11.

¹⁵¹ *National Security Strategy of the United States of America*, 2017.

¹⁵² *Interim National Security Strategic Guidance*, 2021, S. 14.

¹⁵³ *Sanger/Mazzetti*, *Israel Struck Syrian Nuclear Project, Analysts Say*, *New York Times* (online ed.), 14. Oktober 2007, <http://www.nytimes.com/2007/10/14/washington/14weapons.html> [abgerufen am 29. März 2021].

¹⁵⁴ Vgl. die Stellungnahmen der IAEA: *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Syrian Arab Republic*, GOV/2008/60 (19. November 2008), GOV/2009/36 (5. Juni 2009), GOV/2009/75 (16. November 2009); GOV/2010/29 (31. Mai 2010).

¹⁵⁵ UN Doc. S/2007/537, A/61/1041, 10. September 2007 (Syrien).

rechtfertigende Stellungnahme ab. International wurde der Luftschlag kaum kritisiert, allein Nordkorea sprach sich gegen ihn aus.¹⁵⁶

Eine starke Rolle spielt der Präventionsgedanke heute zudem – insoweit allerdings wenig beachtet – im Zusammenhang mit den internationalen Maßnahmen gegen den Terrorismus. So führen die USA noch immer Selbstverteidigungshandlungen gegen al-Qaida „in Reaktion“ auf die Anschläge vom 11. September 2001 aus, wiewohl man nach zwei Jahrzehnten die Anschläge kaum mehr als den die Selbstverteidigung auslösenden und auch heute noch rechtlich relevanten Angriff ansehen kann. Auch im Hinblick auf die Bedrohung durch von Syrien aus operierende islamistische Terroristen haben die USA in einem Brief an den Sicherheitsrat einmal im Jahr 2014 angezeigt, dass sie sich gegen „al-Qaida elements in Syria known as the Khorasan Group“ verteidigen würden, da diese eine Bedrohung für die USA und ihre Verbündeten begründeten.¹⁵⁷ Insofern wird hier eine bloße Gefahr für Verteidigungshandlungen, nicht aber ein unmittelbar bevorstehender Angriff (wie beispielsweise vom Vereinigten Königreich)¹⁵⁸ geltend gemacht. Die USA behalten sich letztlich das Recht zu einem Alleingang vor und postulieren insoweit einen wertungsoffenen Begriff des unmittelbar bevorstehenden Angriffs, der auch präventive Selbstverteidigung erfasst.¹⁵⁹ Zuletzt sind entsprechende Debatten um mögliche Präventivschläge der USA im Hinblick auf Nordkorea im Frühjahr 2017 geführt worden.¹⁶⁰

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich in einem äußerst kontroversen Prozess das Recht von Staaten zur Ausübung einer vorgeifenden Selbstverteidigung in einem sehr eng gefassten Rahmen herauskristallisiert hat, dass aber im gleichen Maße eine weitere Ausweitung im Hinblick auf abstraktere Gefahren keine internationale Anerkennung gefunden hat.

2. Cybertechnologien

Eine gegenwärtig zentrale Herausforderung des bestehenden Rechtsrahmens des *ius contra bellum* besteht mit Blick auf Cyberoperationen. Angriffe auf einen Staat

¹⁵⁶ Vgl. für eine Übersicht der Ereignisse: *Garwood-Gowers*, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263 (266–270); *Spector/Cohen*, *Israel’s Airstrike on Syria’s Reactor*, *Arms Control Association Blog*, 7. August 2008.

¹⁵⁷ UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014 (USA).

¹⁵⁸ Vgl. UN Doc. S/2015/688, 8. September 2015 (Vereinigtes Königreich). Hier gab das Vereinigte Königreich an, gegen „imminent armed attacks against the United Kingdom“ zu handeln.

¹⁵⁹ Vgl. dazu auch: White House, *Report on the legal and policy frameworks guiding the United States’ use of military force and related national security operations*, Dezember 2016, 9: „[T]he traditional conception of what constitutes an ‘imminent’ attack must be understood in light of the modern-day capabilities, techniques, and technological innovations of terrorist organizations.“

¹⁶⁰ *Perlez*, *All Eyes on China as U.S. Signals New Tack on North Korea*, *New York Times* (online ed.), 17. März 2017, <https://www.nytimes.com/2017/03/17/world/asia/all-eyes-on-china-as-us-signals-new-tack-on-north-korea.html> [abgerufen am 29. März 2021].

müssen nicht mehr allein auf konventionelle militärische Waffen gestützt sein, sondern können durch Computernetzwerkoperationen ausgeführt werden. Weithin besteht Übereinstimmung darin, dass Cybereinwirkungen in vielen Fällen nicht die hinreichende Intensität aufweisen, um als Gewalteinwirkung klassifiziert werden zu können. Problematische Fälle, die in den letzten Jahren im besonderen Maße Anlass zur Debatte gegeben haben, waren Fälle der Wahlbeeinflussung durch Cybermaßnahmen. Der Schwerpunkt der Debatte liegt auf der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Cybermaßnahmen gegen das Interventionsverbot verstoßen.¹⁶¹ Insoweit zeigen sich Schwierigkeiten, den meisten Formen von Cybereinwirkungen einen Zwangscharakter zu attestieren, der nach traditioneller Auffassung das zentrale Element der verbotenen Intervention darstellt.¹⁶² Darüber hinaus wird auch diskutiert, ob es unterhalb der Schwelle der verbotenen Intervention eine unerlaubte Handlung der Souveränitätsbeeinträchtigung gibt, so dass ungeachtet des Fehlens einer Zwangswirkung die Völkerrechtswidrigkeit einer Cybermaßnahme angenommen werden könnte. Ungeachtet dieser hier nicht weiter zu verfolgenden Fälle von Handlungen unterhalb der Schwelle von Gewalt ist es eine äußerst umstrittene Frage, ob und, wenn ja, auf der Grundlage welcher Kriterien Cybermaßnahmen einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot begründen können.

Praktische Fälle, in denen Computernetzwerkoperationen als potenzielle Einsätze von Gewalt im Sinne von Artikel 2 Abs. 4 UNC gewertet worden sind, sind rar. Diskutiert wurde dies vor allem im Hinblick auf den Einsatz des Computerschadprogramms *Stuxnet*, das im Jahr 2010 zu einer Beschädigung der Anlagen des iranischen Urananreicherungsprogramms führte.¹⁶³ Vor diesem Hintergrund, aber insbesondere auch im Hinblick auf zukünftig zu erwartende Cyberangriffe stellt sich die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen diese einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot begründen und damit auch das Recht auf Selbstverteidigung eröffnen können.

Dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist, sondern dass das Völkerrecht im Grundsatz auch auf Phänomene im Bereich Cyber angewendet werden kann, war eine zunächst durchaus umstrittene Annahme, fand dann allerdings verbreitete Anerkennung. Es signalisierte einen gewissen sich herausbildenden internationalen Konsens, dass die von der UN-Generalversammlung eingesetzte Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (UNGGE) die grundsätzliche Anwendbarkeit der UN-Charta auf Cyberphänomene bestätigte.¹⁶⁴ Die UNGGE

¹⁶¹ *Tsagourias*, Sheffield Centre for International and European Law Working Paper Series 2019/1 (2019), 1 (5 ff.).

¹⁶² *Ohlin*, *Texas Law Review* 95 (2017), 1579 (1594).

¹⁶³ Vgl. zum Hintergrund: *Buchan*, *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), 212 (219–221).

¹⁶⁴ UN-Generalversammlung, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, 24. Juni 2013, UN Doc. A/68/98, para. 19.

führte ferner das völkerrechtliche Gewalt- und Interventionsverbot ebenso wie das Gebot der friedlichen Streitbeilegung als für den Cyberbereich maßgebliche Rechtspflichten an.¹⁶⁵ Hinsichtlich eines weiteren Berichts konnte die UNGGE dann im Jahr 2017 keine Einigkeit erzielen.¹⁶⁶ Die Details dieses Scheiterns sind nicht öffentlich gemacht worden, vieles aber spricht dafür, dass sich der Streit auf Konkretisierungen und die generelle Anwendungen der Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots bezog.¹⁶⁷ Im Jahr 2018 setzte die UN-Generalversammlung erneut eine UNGGE ein und beauftragte diese, einen Bericht zu verfassen.¹⁶⁸

Einer verbreiteten Auffassung zufolge können Cyberangriffe als Gewalt im Sinne von Artikel 2 Abs. 4 UNC gewertet werden, wenn sie mit herkömmlichen Gewaltanwendungen vergleichbar sind.¹⁶⁹ Das durch eine Expertenkommission erarbeitete *Tallinn Manual* und dessen aktualisierte und erweiterte Version,

¹⁶⁵ UN-Generalversammlung, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, 22. Juli 2015, UN Doc. A/70/174, para. 26.

¹⁶⁶ Vgl. zum Hintergrund und zum Scheitern des UNGGE-Prozesses im Jahr 2017: *Henriksen*, *Journal of Cybersecurity* 5 (2019), 1 (2–6).

¹⁶⁷ Die Deklaration des kubanischen Repräsentanten deutet darauf hin, dass ein maßgeblicher Streitpunkt die Möglichkeit war, sich gegen Cyberoperationen im Wege der Selbstverteidigung zur Wehr zu setzen: Declaration by Miguel Rodríguez, Representative of Cuba at the final session of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, New York, 23. Juni 2017, <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/06/Cuban-Expert-Declaration.pdf> [abgerufen am 29. März 2021]: „I must register our serious concern over the pretension of some, reflected in paragraph 34 of the draft final report, to convert cyberspace into a theater of military operations and to legitimize, in that context, unilateral punitive force actions, including the application of sanctions and even military action by States claiming to be victims of illicit uses of ICTs [information and communications technologies]. We consider unacceptable the formulations contained in the draft, aimed to establish equivalence between the malicious use of ICTs and the concept of ‚armed attack‘, as provided for in Article 51 of the Charter, which attempts to justify the alleged applicability in this context of the right to self-defense.“ In diese Richtung deutet auch die US-Stellungnahme: Michele Markoff, U. S. Expert to the GGE; Deputy Coordinator for Cyber Issues, Office of the Coordinator For Cyber Issues, Office of the Secretary of State, Explanation of Position at the Conclusion of the 2016–2017 UN Group of Governmental Experts (GGE) on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, 23. Juni 2017, <https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-at-the-conclusion-of-the-2016-2017-un-group-of-governmental-experts-gge-on-developments-in-the-field-of-information-and-tele/> [abgerufen am 29. März 2021]: „During this GGE, I heard repeated assertions on the part of some participants that a discussion of certain bodies of international law, including the jus ad bellum, international humanitarian law, and the law of State responsibility, would be incompatible with the messages the Group should be sending regarding the peaceful settlement of disputes and conflict prevention. That is a false dichotomy that does not withstand scrutiny. A report that discusses the peaceful settlement of disputes and related concepts but omits a discussion of the lawful options States have to respond to malicious cyber activity they face would not only fail to deter States from potentially destabilizing activity, but also fail to send a stabilizing message to the broader community of States that their responses to such malicious cyber activity are constrained by international law.“

¹⁶⁸ UN-Generalversammlung, Resolution 73/266 vom 22. Dezember 2018, UN Doc. A/RES/73/266, para. 3.

¹⁶⁹ *Schmitt*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), 885 (935).

das *Tallinn Manual 2.0*, stellen dabei als entscheidende Kriterien auf das Ausmaß (*scale*) und die Wirkung (*effect*) ab, die eine Cyberoperation hat: „A cyber operation constitutes a use of force when its scale and effects are comparable to non-cyber operations rising to the level of a use of force.“¹⁷⁰ Diese Kriterien umfassen qualitative und quantitative Elemente für die Bestimmung, ob ein Einsatz von Gewalt vorliegt.

Sofern die Cyberoperation unmittelbar zur Tötung oder Verletzung von Personen oder zur Zerstörung von Gegenständen führt die auch durch konventionelle Waffengewalt erzeugt werden könnte, wird seitens des *Tallinn Manual* das Vorliegen einer Gewaltanwendung angenommen.¹⁷¹ Ob auch Cybereinwirkungen, die keine unmittelbaren physischen Folgen haben, als völkerrechtswidrige Gewalt qualifiziert werden können, ist umstritten. Hierbei werden insbesondere Einwirkungen auf kritische Infrastrukturen wie die öffentliche Strom- oder Wasserversorgung, aber auch den Finanzmarkt diskutiert. Insoweit bestehen allerdings keine aussagekräftige Staatspraxis oder Bekundungen von Rechtsauffassungen, so dass eine diesbezügliche Einordnung mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden ist. Teils wird vertreten, dass die cybervermittelte Herbeiführung einer signifikanten Störung dieser Infrastruktur grundsätzlich (abhängig von Ausmaß und konkreten Wirkungen) als mögliche völkerrechtswidrige Gewalt qualifiziert werden könne.¹⁷² Das *Tallinn Manual* stellt für eine Bewertung des Gewaltcharakters darauf ab, wie andere Staaten eine Cyberhandlung wahrscheinlich bewerten werden. Bei der Bewertung dessen soll es insbesondere auf die Faktoren der Schwere, Unmittelbarkeit, Direktheit und das Maß an Zudringlichkeit (*invasiveness*) der Einwirkung, die Messbarkeit der Effekte, den militärischen Charakter der Maßnahme, das Maß an Staatsbeteiligung und die mutmaßliche Legalität ankommen.¹⁷³ Computernetzwerkoperationen können auch, so das *Tallinn Manual*, einen bewaffneten Angriff darstellen und ein Recht auf Selbstverteidigung auslösen. Auch insoweit werden das Ausmaß und die Wirkungen als entscheidende Kriterien herangezogen, wobei eine höhere Schwelle angelegt wird.¹⁷⁴

Die beschriebenen Kriterien von Ausmaß und Wirkung unterliegen der Kritik, insbesondere da sie kaum substanzielle Orientierung geben.¹⁷⁵ Auch können sich Inkonsistenzen mit der etablierten Rechtslage im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot ergeben. So ist die Ausübung ökonomischen Zwangs nicht vom Ge-

¹⁷⁰ Schmitt (Hrsg.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Aufl., 2017, S. 330 (Rule 69).

¹⁷¹ Schmitt (Hrsg.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Aufl., 2017, S. 333; vgl. auch *Dinniss*, *Cyber Warfare and the Laws of War*, 2012, S. 74.

¹⁷² *Roscini*, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, 2014, S. 62f.

¹⁷³ Schmitt (Hrsg.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Aufl., 2017, S. 333–336.

¹⁷⁴ Schmitt (Hrsg.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Aufl., 2017, S. 339 (Rule 71).

¹⁷⁵ Vgl. *International Law Association, Use of Force Committee*, *International Law Association Reports of Conferences 78 (2018)*, 588 (622) (C.2): „[T]he ‚scale and effects‘ criterion [does not] give much guidance in view of the questions over the correct thresholds for the separate notions of ‚force‘ and ‚armed attack‘.“

waltverbot erfasst, könnte aber über die benannten Kriterien letztlich im Falle von Cybereinwirkungen dennoch erfasst werden.¹⁷⁶

In der Praxis sind die vorgeschlagenen Kriterien ebenfalls nicht allgemein akzeptiert und können daher auch nicht kurzerhand als Ausdruck der akzeptierten völkerrechtlichen Lage gesehen werden. Das beschriebene Scheitern des UNGGE-Prozesses im Jahr 2017 unterstreicht die internationale Uneinigkeit im Hinblick auf die Anwendung der Regeln über das Gewaltverbot auf den Bereich Cyber. Eine Analyse der Staatspraxis hinsichtlich der Anerkennung zentraler Regeln des *Tallinn Manual* in der Staatspraxis hat ergeben, dass die dort vorgeschlagenen Kriterien in der Praxis keine klare Verankerung finden. Staaten nehmen derweil vielmehr eine Wartestellung ein und halten die Rechtslage damit in einem Zustand der Unbestimmtheit.¹⁷⁷ Dan Efrony und Yuval Shany halten fest:

„The upshot is that, at this point in time, states seem to prefer to engage in cyberoperations and counteroperations ‚below the radar,‘ and to retain, for the time being, some degree of stability in cyberspace by developing ‚parallel tracks‘ of restricted attacks, covert retaliation, and overt retorsion, subject to certain notions of proportionality.“¹⁷⁸

Die Staaten verfolgen mithin eine „policy of silence and ambiguity“.¹⁷⁹ Staaten betreiben derweil keine relevante Fortentwicklung des bestehenden Rechtsrahmens im Hinblick auf Cyberaktivitäten, sondern lassen die Anwendbarkeit bestehender Normen im Ungefähren oder stellen anstatt auf die Entwicklung dezidierter Regeln auf den allgemeineren und offeneren Begriff der Normen ab.¹⁸⁰

Hintergrund dürfte sein, dass für Staaten die Folgen einer konkreten rechtlichen Regelung noch nicht klar antizipierbar sind, und so kommt ihnen vielfach die Offenheit der Rechtslage eher zupass als eine vorschnelle Festlegung auf eine Praxis, die sich in der Zukunft als interessenwidrig herausstellen könnte.¹⁸¹ Zwar bestehen Schnittmengen in dem Interesse, bestimmte und schwer wiegende Cyberangriffe zu verhindern. Gleichzeitig aber bedeutet die Regulierung freilich auch, dass die eigenen Cyberoperationen eines Staates zum potenziellen Anlass für Gegenmaßnahmen oder gar Selbstverteidigungshandlungen herangezogen werden könnten.

III. Neue Wertvorstellungen

Das *ius contra bellum* wird nicht nur durch objektive Veränderungen der Gesellschaft und äußere Ereignisse herausgefordert, sondern auch durch die Entwicklung und Transformation von Wertvorstellungen. Neue Werte verändern die seitens in-

¹⁷⁶ Kliem, *Journal on the Use of Force and International Law* 4 (2017), 344 (353); vgl. auch Kreß, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik* 12 (2019), 453 (457).

¹⁷⁷ Efrony/Shany, *American Journal of International Law* 112 (2018), 583 (653).

¹⁷⁸ Efrony/Shany, *American Journal of International Law* 112 (2018), 583 (654).

¹⁷⁹ Efrony/Shany, *American Journal of International Law* 112 (2018), 583 (654).

¹⁸⁰ Mačák, *Leiden Journal of International Law* 30 (2017), 877 (882).

¹⁸¹ Waxman, *Yale Journal of International Law* 36 (2011), 421 (454f.).

ternationaler Akteure an das Völkerrecht gestellten Regelungsansprüche und sind daher ein wichtiger Motor für Veränderungen.

Ein wesentlicher Konflikt ist dabei seit Erschaffung der UN-Charta die Frage nach dem Verhältnis zweier Grundwerte, auf denen die Legitimität des Völkerrechts basiert: der Anerkennung und des Schutzes staatlicher Souveränität auf der einen Seite, des Status der Rechte des einzelnen Menschen und dessen Schutz insbesondere durch die internationale Ordnung auf der anderen Seite.¹⁸² In der Geschichte der Entwicklung des Völkerrechts lag der Schwerpunkt klar auf der Seite der Souveränität. Deren Schutz ist Kerngehalt des traditionellen Völkerrechts und spiegelt sich im Konzept des *domaine réservé*, der Vorstellung, dass es einen Bereich ausschließlicher staatlicher Kompetenz gibt, mit dem zu interferieren die internationale Ordnung nicht berechtigt ist.¹⁸³ Dieser Bereich einer ausschließlichen Hoheitskompetenz – auch im Hinblick auf eine Behandlung der Bürgerinnen und Bürger eines Staates – befindet sich seit langem in Entwicklung, in deren Tendenz der Bereich absoluter und uneingeschränkter Hoheitskompetenzen immer weiter eingeschränkt worden ist. In einer großen Zahl menschenrechtliche Verträge gibt heute das Völkerrecht klare und enge Vorgaben für national zulässige Maßnahmen, aber auch völkergewohnheitsrechtlich besteht eine Vielzahl von Schranken.

Für den vorliegenden Gegenstand des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist vor allem die Frage interessant, ob Verletzungen von Menschenrechten innerhalb eines Staates auch zu einem Interventionsrecht führen können. Schnell als unstrittig hat sich in der Praxis der Staaten herausgestellt, dass jedenfalls der UN-Sicherheitsrat für Maßnahmen nach Artikel VII der UNC eine weite Einschätzungsprärogative hat. Voraussetzung für kollektive Maßnahmen des Sicherheitsrates ist, dass er eine Bedrohung oder den Bruch des Friedens nach Artikel 39 UNC feststellt, und im Rahmen dieser Feststellung kann er anerkanntermaßen auch auf die internen Zustände eines Staates abstellen, wenn diese geeignet sind, auch Außenwirkungen zu erzeugen.

Neben diesen kollektiven Maßnahmen ist die brennendere Frage aber, ob unter bestimmten Umständen – insbesondere in Konstellationen, in denen der UN-Sicherheitsrat wegen des Vetos eines der ständigen Mitglieder blockiert ist – auch unilaterale militärische Einsätze eines Staates gerechtfertigt werden können, die der Abwendung der Verletzung von Menschenrechten auf dem Territorium eines Staates dienen. Hauptstreitpunkte seit der Schaffung der UN-Charta waren insoweit die Zulässigkeit von Interventionen aus humanitären Gründen (1.), in geringerem Ausmaß auch die Debatten um die Zulässigkeit von Interventionen zur Durchset-

¹⁸² In diesem Sinne heißt es in der Präambel der UN-Charta: „We the peoples of the United Nations determined [...] to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small“; vgl. dazu *Peters*, in: Klabbers/Peters/Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2. Aufl., 2011, S. 153 (157–179).

¹⁸³ *Ziegler*, *Domaine Réservé*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Rn. 1 ff.

zung oder Sicherung bestimmter gesellschaftlicher Ordnungsmodelle (2.). Ein weiterer wichtiger Streit um Wertvorstellungen ist auch in den Auseinandersetzungen um die Dekolonialisierung zu sehen, der oben bereits im Hinblick auf die neuen Akteure der antikolonialen Bewegungen analysiert worden ist.

1. Interventionen aus humanitären Gründen

Seit den frühen Stunden der UN-Charta gab es Auseinandersetzungen darum, ob und unter welchen Voraussetzungen militärische Gewalt über die in der UN-Charta explizit erwähnten Rechtfertigungsgründe hinaus auch aus humanitären Gründen eingesetzt werden könne. Zwei unterschiedliche Rechtsfragen haben sich dabei herauskristallisiert: die Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger im Ausland (a) und die Intervention zum Schutz von Personen vor schwer wiegenden Menschenrechtsverletzungen in einem anderen Staat (b)).

a) Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger

In der Vergangenheit haben Staaten in einer Vielzahl von Fällen zur Rettung eigener Staatsangehöriger in Drittstaaten interveniert, wenn diese nicht willens oder nicht in der Lage waren, die Sicherheit dieser Staatsangehörigen zu garantieren. Im Grundsatz unproblematisch ist diese Konstellation in all den Fällen, in denen die Intervention mit Zustimmung des entsprechenden Territorialstaates erfolgt.¹⁸⁴ Anlass zu Streitigkeiten gab es allerdings dort, wo eine entsprechende Einladung verweigert wurde. Eine Reihe von Staaten, allen voran das Vereinigte Königreich, Belgien, die USA, Frankreich und Israel, hat in den vergangenen Jahrzehnten Interventionen mit Verweis auf die Notwendigkeit der Rettung eigener Staatsangehöriger gerechtfertigt: das Vereinigte Königreich während der Suezkrise (1956);¹⁸⁵ Belgien im Rahmen von Unruhen nach der Unabhängigkeit des Kongo (1960)¹⁸⁶ sowie in Kooperation mit den USA im Kongo in Stanleyville zur Rettung von durch Rebellen entführten US-amerikanischen und belgischen Staatsangehörigen (1964);¹⁸⁷ die USA in der Dominikanischen Republik (1965),¹⁸⁸ im Iran zur Befreiung US-amerikanischer Botschaftsangehöriger (1980)¹⁸⁹ und in Panama (1989);¹⁹⁰ Frank-

¹⁸⁴ Vgl. grundlegend zur Problematik der Intervention auf Einladung: *Nolte*, Eingreifen auf Einladung, 1999.

¹⁸⁵ UN-Sicherheitsrat, 749. Sitzung, 30. Oktober 1956, UN Doc. S/PV.749, para. 141 (Vereinigtes Königreich).

¹⁸⁶ UN-Sicherheitsrat, 877. Sitzung, 20./21. Juli 1960, UN Doc. S/PV.877, para. 68ff., insb. 106 (Belgien); vgl. auch *United Nations Yearbook* 1960, 52ff.

¹⁸⁷ UN-Sicherheitsrat, 1173. Sitzung, 11. Dezember 1964, UN Doc. S/PV.1173, para. 9 (Belgien); vgl. auch *United Nations Yearbook* 1964, 95–100.

¹⁸⁸ UN-Sicherheitsrat, 1196. Sitzung, 3. Mai 1965, UN Doc. S/PV.1196, para. 68 (USA); vgl. zum Überblick *Walter*, in: *Ruys/Corten/Hofer* (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 118 (123–125).

¹⁸⁹ Jimmy Carter, Address to the Congress, 26. April 1980, US Department of State Bulletin 80 (1980), 42f.: „On April 24, 1980, elements of the United States Armed Forces under my direc-

reich in einer Vielzahl von Konstellationen in afrikanischen Staaten¹⁹¹ sowie Israel in dem paradigmatischen Fall der Rettung von Staatsangehörigen in Entebbe/Uganda zur Beendigung der Entführung eines Air-France-Flugzeuges mit großteils israelischen Geiseln (1976)¹⁹². Auch die Bundesrepublik Deutschland hat in der Vergangenheit mehrfach zur Rettung deutscher Staatsangehöriger im Ausland interveniert. Die Befreiung der Geiseln aus dem entführten Lufthansa-Flugzeug *Landshut* im Jahr 1977 durch die polizeiliche Spezialeinheit GSG 9 erfolgte mit Zustimmung der Regierung Somalias und war insoweit völkerrechtlich zulässig. Auch für die Rettung von deutschen und ausländischen Staatsangehörigen in Albanien 1997 durch die Operation *Libelle*¹⁹³ lag eine (wenn auch generelle) Einladung Albaniens vor, von der jedenfalls möglich scheint, dass sie Grundlage der Intervention sein konnte.¹⁹⁴ Ohne Einladung intervenierte Deutschland allerdings mit der Operation *Pegasus* 2011 in Libyen zur Rettung von vom Bürgerkrieg bedrohten deutschen und nichtdeutschen Staatsangehörigen.¹⁹⁵

Generell liegt die Schwierigkeit in der rechtlichen Einordnung und Bewertung der vorhandenen Staatspraxis darin begründet, dass in vielen Fällen die internationalen Reaktionen sehr gemischt, oft sogar klar zurückweisend ausfielen, teils aber auch keine Reaktion erfolgte. Protest gegen konkrete Maßnahmen kann allerdings nicht ohne weiteres als generelle Zurückweisung des Rechtsinstituts der Rettung von Staatsangehörigen interpretiert werden, sondern vielfach war es die konkrete rechtsmissbräuchliche Umsetzung, die Kritik hervorrief¹⁹⁶ – so beispielsweise in den Fällen der Interventionen der USA in der Dominikanischen Republik (1965) oder in Grenada (1983), mit denen weitere Zwecke als die der unmittelbaren Rettung verfolgt wurden, allem voran die Begrenzung und Zurückdrängung der sowjetischen Einflussphäre. Zudem beriefen sich Staaten in vielen Fällen gleich auf mehrere Rechtsgrundlagen, so dass ein Protest vielschichtig interpretiert werden konnte. Gleichzeitig waren aber auch „Reinformen“ der Intervention zur Rettung

tion commenced the positioning stage of a rescue operation [...] to effect the rescue of the American hostages who have been held captive in Iran [...] in clear violation of international law and the norms of civilized conduct among nations“; vgl. auch die US-amerikanische Anzeige an den UN-Sicherheitsrat gemäß Art. 51 UNC, UN Doc. S/13908, 25. April 1980.

¹⁹⁰ George Bush, Address to the Nation Announcing United States Military Action in Panama, 20. Dezember 1989, Public Papers of the President of the United States, George Bush 1989, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1990), S. 1722 (1723): „General Noriega’s reckless threats and attacks upon Americans in Panama created an imminent danger to the 35,000 American citizens in Panama. As President, I have no higher obligation than to safeguard the lives of American citizens. And that is why I directed our Armed Forces to protect the lives of American citizens in Panama and to bring General Noriega to justice in the United States.“; vgl. auch UN Doc. S/21035, 20. Dezember 1989 (USA).

¹⁹¹ Vgl. dazu: Gray, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., 2008, S. 88–90.

¹⁹² UN-Sicherheitsrat, 1939. Sitzung, 9. Juli 1976, UN Doc. S/PV.1939, para. 106, 115 (Israel).

¹⁹³ Vgl. hierzu die Diskussion des Falles *infra* 429–431.

¹⁹⁴ Vgl. dazu: Krefß, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57 (1997), 329 (337–339).

¹⁹⁵ Vgl. dazu ausführlicher *infra* 431.

¹⁹⁶ Vgl. Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 1993, S. 119.

von Staatsangehörigen, wie Israels Intervention in Entebbe, weitreichender Kritik ausgesetzt.¹⁹⁷

Angesichts dessen findet sich in der völkerrechtswissenschaftlichen Debatte ein lange währender Streit um die Rechtslage, in dem es vor allem um die Bewertung der hier nur angedeuteten Praxis geht. Kritiker interpretieren die Staatspraxis als nicht hinreichend universell zur Begründung eines Rechts zur Intervention.¹⁹⁸ Nicht zuletzt liegt im Hintergrund auch die Gefahr erheblichen Missbrauchs des Interventionsrechts, denn historisch hatte auch das nationalsozialistische Deutschland 1937 den Einmarsch in der Tschechoslowakei als Intervention zum Schutz deutscher Staatsbürger begründet.¹⁹⁹ Gute Teile der Völkerrechtswissenschaft lehnen daher ein Interventionsrecht zur Rettung eigener Staatsangehöriger ab.²⁰⁰ Demgegenüber findet sich aber auch eine Vielzahl von Stimmen, die eine Zulässigkeit grundsätzlich für möglich erachtet.²⁰¹ Versuche zur Begründung und Rechtfertigung eines begrenzten Interventionsrechts zur Rettung eigener Staatsangehöriger werden einerseits auf das Selbstverteidigungsrecht aus Artikel 51 UNC gestützt.²⁰² In dieser Lesart werden die Angriffe auf Staatsangehörige als Angriffe auf den Staat interpretiert (zu dessen konstituierenden Elementen eben das Staatsvolk zählt). Aller-

¹⁹⁷ Vgl. die Übersicht zu internationalen Reaktionen in: *Beyerlin*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 37 (1977), 212 (235–237); vgl. ebenso *Corten*, *The Law Against War*, 2010, S. 87.

¹⁹⁸ Vgl. *Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 289–301.

¹⁹⁹ Vgl. den ins Englische übersetzten Abdruck der Rede Adolf Hitlers in: Woodward/Butler (Hrsg.), *Documents on British Foreign Policy 1919–1939*, Third Series, Bd. 4, 1951, Nr. 259, S. 257.

²⁰⁰ *Beyerlin*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 37 (1977), 212 (239); *Brownlie*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 491 (497f.); *Verdross/Simma*, *Universelles Voelkerrecht*, 3. Aufl., 1984, S. 290, 904f.; *Randelzhofer*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 1994, Art. 2(4), Rn. 56; *Epping*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), 423 (464 und 467); *Corten*, *The Law Against War*, 2010, S. 534–537; *Bothe*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl., 2019, S. 755 (778f.) (Rn. 21).

²⁰¹ *Oppenheim*, *International Law*, 8. Aufl., Bd. I, 1955, S. 309; *Bowett*, *Self-Defence in International Law*, 1958, S. 87; *Bowett*, in: Moore (Hrsg.), *Law and Civil War in the Modern World*, 1974, S. 38 (44); *Schachter*, *Michigan Law Review* 82 (1984), 1620 (1629); *ders.*, in: Kreisberg (Hrsg.), *American Hostages in Iran*, 1985, S. 325 (332); *Farer*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 503 (505f.); *Lillich*, *German Yearbook of International Law* 35 (1992), 205 (223); *Oeter*, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89 (96); *Amerasinghe*, *International Organizations Law Review* 3 (2006), 7 (22); *Eichensehr*, *Virginia Journal of International Law* 48 (2008), 451 (484); *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 2(4), Rn. 60; *Wiefelspütz*, *Humanitäres Völkerrecht* 25 (2012), 56 (59); *Tams*, in: Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia*, 2012, S. 359 (265f.); *Peters*, *Völkerrecht*, 2016, S. 322; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 17. Aufl., 2017, S. 277f.; vorsichtiger in der Einschätzung, aber in diese Richtung: *Cassese*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (517).

²⁰² Vgl. zum Beispiel die Anrufung des Selbstverteidigungsrechts der USA hinsichtlich der versuchten Rettung von entführten Botschaftsangehörigen aus dem Iran: UN Doc. S/13908, 25. April 1980 (USA); vgl. ferner: *Bowett*, *Self-Defence in International Law*, 1958, S. 91f.; *Eichensehr*, *Virginia Journal of International Law* 48 (2008), 451 (484); *Greenwood*, *Self-Defence*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Rn. 24. Diese Klassifizierung bevorzugend auch: UK Foreign and Commonwealth Office, „Is Intervention ever justified?“, abgedruckt in: *British Yearbook of International Law* 57 (1986), 614 (617f.).

dings wird diese Position zu Recht weithin zurückgewiesen, da ein Angriff auf Staatsbürger im Ausland keinen Angriff auf den Staat als solchen begründet.²⁰³ Ein zweiter Ansatz nimmt demgegenüber die Existenz einer eigenständigen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung an.²⁰⁴ Andere schließlich erachten die Voraussetzungen der Legalität als nicht erfüllt, sehen aber die Praxis einer Tolerierung derartiger Interventionen in äußersten Notlagen.²⁰⁵ Die Rechtslage ist folglich nicht gänzlich geklärt, in jedem Fall aber ist in der Praxis wie in der Literatur eine Tendenz zu diagnostizieren, die Möglichkeit von Rettungsaktionen nicht auszuschließen. Soweit ein Recht zur Rettung eigener Staatsangehöriger unterstützt oder eine entsprechende Tolerierung angenommen wird, besteht Einigkeit jedenfalls dahingehend, dass nur sehr begrenzte Interventionen in Frage kommen können. Weithin anerkannte Voraussetzungen sind insoweit: erstens die bereits eingetretene oder unmittelbar bevorstehende erhebliche Verletzung von Angehörigen des intervenierenden Staates, zweitens ein Versagen des Territorialstaats in der Gewährung hinreichenden Schutzes, drittens die strikte Begrenzung der Intervention auf das zur Rettung erforderliche Maß sowie die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.²⁰⁶

b) *Humanitäre Interventionen*

Die rechtlich ungleich gewichtigere und umstrittenere Frage ist, ob Staaten ein Interventionsrecht zusteht in Fällen, in denen Staaten in schwerwiegender Weise gegen fundamentale Rechte ihrer Bürgerinnen und Bürger verstoßen. Es geht also um die Intervention zum Schutz der Bewohner und Bewohnerinnen eines anderen Staates und damit letztlich um eine wesentlich weiterreichende Intervention in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates, da auf einen Eingriff in dessen Politik abgezielt wird, nicht allein auf eine punktuelle Intervention zur Rettung ausländischer Personen.

Die UN-Charta selbst enthält keinen Verweis auf humanitäre Interventionen. Weder benennt die UN-Charta eine entsprechende Ausnahme noch findet sie sich in den wichtigen „legislativen“ Resolutionen der UN-Generalversammlung, wie

²⁰³ *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 28 (m. w. N.).

²⁰⁴ *Ronzitti*, *Journal of Conflict & Security Law* 11 (2006), 343 (354); *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 2(4), Rn. 60; *Dörr*, *Use of Force, Prohibition Of*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Online Ed.), 2015, Rn. 44; dies jedenfalls erwägend: *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 28.

²⁰⁵ *Epping*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), 423 (464): „Derzeit jedenfalls tendiert die Staatenpraxis dazu, derartige völkerrechtswidrige Schutzaktionen im Einzelfall wegen der besonderen Notlage politisch zu tolerieren, sofern sich diese Maßnahmen im Rahmen des unbedingt erforderlichen halten und von anderer Seite keine rechtzeitige und wirksame Hilfe zu erwarten ist.“

²⁰⁶ Vgl. insoweit bereits: *Waldock*, *Recueil des Cours* 81 (1952), 451 (467).

der *Friendly Relations Declaration*²⁰⁷ oder der *Definition of Aggression*.²⁰⁸ Im Gegenteil, die *Definition of Aggression* stellt vielmehr klar, dass „no consideration of whatever nature, whether political, economic, military or otherwise, may serve as a justification for aggression“.²⁰⁹

In den frühen Jahren der UN-Charta argumentierten Fürsprecher der Legalität humanitärer Interventionen, dass auch unter der UN-Charta altes Gewohnheitsrecht aus der Zeit vor der Errichtung der UN-Charta fortlebe.²¹⁰ In der Tat hat die Idee humanitärer Interventionen eine lange Tradition und reicht bis in die Theorien vom gerechten Krieg zurück.²¹¹ Bereits Grotius stellte in *De Jure Belli ac Pacis* die Grenzen staatlicher Herrschaft im Umgang mit ihren Subjekten heraus. Im Fall der Tyrannei des Staates über seine Subjekte nahm Grotius, unter Rückgriff auf Seneca, eine naturrechtliche Erlaubnis an, in den Krieg gegen den Tyrannen zu ziehen: „I may make War upon a Man, tho' he and I are of different Nations, if he disturbs and molests his own Country“.²¹² Entsprechend sah auch die Völkerrechtslehre des frühen 20. Jahrhunderts humanitäre Interventionen als rechtfertigbar an²¹³ und ging teils gar von einem moralischen Imperativ aus, Staaten dazu zu zwingen, „to guarantee to its citizens an existence more adequate to the ideas of modern civilization“.²¹⁴ Ob die entsprechende Praxis allerdings hinreichend dicht war, um insoweit eine völkergewohnheitsrechtliche Grundlage anzunehmen, scheint zweifelhaft.²¹⁵

Mit der Schaffung der UN-Charta wurde als ein Problem das mögliche Fortleben dieses (strittigen) Gewohnheitsrechts auch im Zeitalter der UN-Charta kontrovers diskutiert. Reisman zum Beispiel argumentierte insoweit mit dem anthropozentrischen Charakter der UN-Charta, dem zufolge der Schutz einzelner Menschen gerade auch einen Zweck darstelle, angesichts dessen das alte Gewohnheitsrecht fortlebe.²¹⁶ Insofern wurden die an Bedeutung gewinnenden Menschen-

²⁰⁷ UN-Generalversammlung, Resolution 2625(XXV), 24. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).

²⁰⁸ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression).

²⁰⁹ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression), Article 5(1).

²¹⁰ Zu den frühen Fürsprechern gehörten etwa: *Reisman*, in: Lillich (Hrsg.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, 1973, S. 167 (167 ff.); *Fonteyne*, *California Western International Law Journal* 4 (1973–1974), 203 (258).

²¹¹ Vgl. für eine kritische Betrachtung der Praxis vor Errichtung der UN-Charta: *Franck/Rodley*, *American Journal of International Law* 67 (1973), 275 (277–285).

²¹² *Grotius*, *The Rights of War and Peace*, Bd. II, 2005, Kap. XXV, S. 1162 (Abschnitt VIII, para. 4).

²¹³ *Stowell*, *Intervention in International Law*, 1921, S. 51–62.

²¹⁴ *Oppenheim*, *International Law*, 2. Aufl., Bd. I (Peace), 1912, S. 369 (§292).

²¹⁵ *Franck/Rodley*, *American Journal of International Law* 67 (1973), 275 (285); *Brownlie*, in: Moore (Hrsg.), *Law and Civil War in the Modern World*, 1974, S. 217 (222).

²¹⁶ *Reisman*, in: Lillich (Hrsg.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, 1973, S. 167 (171): „The advent of the United Nations neither terminated nor weakened the customary institution of humanitarian intervention. In terms of its substantive marrow, the Charter strengthened and extended humanitarian intervention, in that it confirmed the homocentric character of international law and set in motion a continuous authoritative process articulating inter-

rechte als Gegenprinzipien zum klassischen, souveränitätsorientierten Völkerrechtsverständnis ins Felde geführt.²¹⁷ Doehring hat in dieser Hinsicht für ein Recht zur humanitären Intervention auf der Grundlage eines allgemeinen Rechtsprinzips der Notwehr argumentiert. Notwehrfähig seien nicht nur – wie in Artikel 51 UNC verankert – Staaten, sondern auch Bevölkerungsgruppen und Einzelpersonen, deren Rechte alsdann auch durch Dritte im Wege der Nothilfe geltend gemacht werden könnten.²¹⁸

Die Versuche der Begründung eines Rechts zur humanitären Intervention sind insbesondere im Hinblick auf die Vagheit und Missbrauchsanfälligkeit des Konzepts und im Hinblick auf die Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut der UN-Charta kritisiert worden.²¹⁹ In der Staatenpraxis spielten humanitäre Gesichtspunkte in einer Reihe von Fällen eine gewisse Rolle, so zum Beispiel für die Intervention Indiens im Krieg mit Pakistan betreffend Ostpakistan (1971)²²⁰ oder im Rahmen von Vietnams Intervention gegen das Demokratische Kambodscha unter den Roten Khmer (1978).²²¹ Allerdings rechtfertigten in keinem dieser Fälle die handelnden Staaten ihre Intervention letztlich primär mit dem Argument humanitärer Interventionen, sondern diese hatten den Charakter eines die primäre Rechtfertigung sekundierenden Legitimitätsarguments.²²² So wurde sowohl Indiens Intervention gegen Pakistan 1971²²³ als auch die Vietnams gegen das Demokratische Kambodscha²²⁴ in erster Linie unter Rekurs auf ein Recht zur Selbstverteidigung gerechtfertigt.²²⁵

national human rights, reporting and deciding infractions, assessing the degree of aggregate realization of human rights, and appraising its own work.“

²¹⁷ *D'Amato*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 516 (519); *Reisman*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 866 (876).

²¹⁸ *Doehring*, in: Trindade (Hrsg.), *The Modern World of Human Rights*, 1996, S. 549 (563); *Wilms*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 32 (1999), 227 (230); *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., 2004, S. 448 (Rn. 1015); kritisch insoweit: *Nolte*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941 (949).

²¹⁹ *Brownlie*, in: Lillich (Hrsg.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, 1973, S. 139 (141, 145); vgl. auch *Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 343 f.; *Jessup*, *A Modern Law of Nations*, 1950, S. 169 f.

²²⁰ UN-Sicherheitsrat, 1606. Sitzung, 4. Dezember 1971, UN Doc. S/PV.1606, para. 185 (Indien).

²²¹ UN-Generalversammlung, 12. November 1979, UN Doc. A/34/PV.62, para. 33 (Vietnam). Vgl. zum Hintergrund und zu den Details der Intervention *Fox*, in: Ruys/Corten (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 242 (242 ff.).

²²² Vgl. hinsichtlich des Konflikts zwischen Indien und Pakistan: UN-Sicherheitsrat, 1606. Sitzung, 4. Dezember 1971, UN Doc. S/PV.1606, para. 185 (Indien); hinsichtlich des Konflikts zwischen Vietnam und Kambodscha vgl. UN Doc. S/13011, 8. Januar 1979 (Vietnam).

²²³ UN-Sicherheitsrat, 1606. Sitzung, 4. Dezember 1971, UN Doc. S/PV.1606, para. 366 (Indien); vgl. zum Hintergrund und zu Details *Kritsiotis*, in: Ruys/Corten (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 169 (169 ff.).

²²⁴ UN Doc. S/13011, 8. Januar 1979 (Vietnam); *Klintworth*, *Vietnam's Intervention in Cambodia in International Law*, 1989, S. 10 f.; vgl. auch: *Bazyley*, *Stanford Journal of International Law* 23 (1987), 547 (547).

²²⁵ Vgl. zur weiteren Analyse der Staatenpraxis der Jahre 1945–1998 *Tesón*, *Humanitarian Intervention*, 3. Aufl., 2005, S. 219–278.

Die Argumente für die Legalität der humanitären Intervention blieben in Anbetracht derartiger Staatspraxis daher nach nahezu einhelliger Einschätzung der Staaten und Kommentatoren äußerst schwach.²²⁶ Sogar das Vereinigte Königreich als ein grundsätzlicher Verfechter der Möglichkeit humanitärer Interventionen folgte noch im Jahr 1984, dass „the best case that can be made in support of humanitarian intervention is that it cannot be said to be unambiguously illegal“.²²⁷ Auch der IGH äußerte in der *Nicaragua*-Entscheidung ausdrücklich, dass Interventionen zum Schutz oder zur Durchsetzung von Menschenrechten kein zulässiges Mittel seien.²²⁸

Die potenziell aussagekräftigsten Fälle von Staatenpraxis finden sich dann in den 1990er Jahren, für die Gray gar einen „shift in state practice“ meint ausmachen zu können, da einige Staaten nunmehr offener und allgemeiner auf die Rechtsfigur der humanitären Intervention abstellten.²²⁹ Entsprechend finden sich auch seit den 1990er Jahren mehr als nur isolierte Stimmen, die für eine Legalität humanitärer Interventionen argumentieren.²³⁰

Im Jahr 1990 intervenierten Staaten der Economic Community of West African States (ECOWAS) in Liberia zur Sicherung des Friedensprozesses und rechtfertigten ihre Intervention unter anderem mit humanitären Argumenten.²³¹ Ein wichtiger Fall war insbesondere die Intervention der USA, des Vereinigten Königreichs und Frankreichs im Irak im Jahr 1991.²³² Hierbei bedienten sich diese Staaten militärischer Gewalt zur Errichtung von *safe havens* und Flugverbotszonen auf ira-

²²⁶ *Franck/Rodley*, *American Journal of International Law* 67 (1973), 275 (279, 285); *Brownlie*, in: Moore (Hrsg.), *Law and Civil War in the Modern World*, 1974, S. 217 (222).

²²⁷ *Planning Staff of the Foreign and Commonwealth Office*, *Is intervention ever justified?*, 1984, Auszüge abgedruckt in: *British Yearbook of International Law* 57 (1986), 619.

²²⁸ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 134 (para. 268): „In any event, while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect.“

²²⁹ *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., 2008, S. 35; vgl. aber die nunmehr zurückhaltendere Einschätzung in der 4. Auflage von 2018: *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 42.

²³⁰ *D'Amato*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 516 (519); *Reisman*, *American Journal of International Law* 84 (1990), 866 (873); *Greenwood*, *The World Today* 49, Nr. 2 (1993), 34 (40); *Adam Roberts*, *International Affairs* 69 (1993), 429 (444); *Brenfors/Petersen*, *Nordic Journal of International Law* 69 (2000), 449 (498f.); *Greenwood*, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 926 (929); *Frowein*, in: Hartwig u. a. (Hrsg.), *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas*, 2004, S. 165 (171).

²³¹ Vgl. UN Doc. S/21485, 10. August 1990 (Nigeria): „I must emphasize that the ECOWAS Monitoring Group (ECOMOG) is going to Liberia first and foremost to stop the senseless killing of innocent civilian nationals and foreigners, and to help the Liberian people to restore their democratic institutions. ECOWAS intervention is in no way designed to save one part or punish another“; vgl. ferner UN Doc. S/22025, 20. Dezember 1990 (Gambia); vgl. zur Kritik dieser und weiterer seitens der ECOWAS-Staaten vorgebrachten Rechtfertigungen: *Ofodile*, *Columbia Journal of Transnational Law* 32 (1994), 381–418.

²³² *Tesón*, *Humanitarian Intervention*, 3. Aufl., 2005, S. 291–298.

kischem Gebiet, um hierdurch irakische Kurden vor Übergriffen durch die Regierung Saddam Hussein zu schützen.²³³ Der UN-Sicherheitsrat hatte die Verfolgung der Kurden im Irak dabei verurteilt und die Notwendigkeit des Zugangs für humanitäre Organisationen betont.²³⁴ Eine Autorisierung militärischer Gewalt nach Kapitel VII der UN-Charta hatte er allerdings nicht erteilt.²³⁵ Die USA beriefen sich zu Rechtfertigung auf die UN-Sicherheitsratsresolution 688.²³⁶ Das Vereinigte Königreich sah eine solche Eingriffsgrundlage in dieser Resolution gerade nicht als gegeben an und nahm auf eine völkergewohnheitsrechtliche Grundlage für humanitäre Interventionen Bezug.²³⁷ In den Folgejahren setzten die USA und das Vereinigte Königreich diese Flugverbotszonen gewaltsam durch, unter anderem durch die Zerstörung irakischer Raketenstellungen, wobei sie sich implizit auf das Konzept der humanitären Intervention als der Grundlage für die Flugverbotszone bezogen.²³⁸

Der bislang prägnanteste Fall einer humanitären Intervention ist die Intervention im Kosovo im Jahr 1999, die seitens der NATO zur Verhinderung einer „humanitären Katastrophe“ durch Menschenrechtsverletzungen der jugoslawischen Regierung geführt wurde.²³⁹ Wichtig ist in diesem Rahmen, dass selbst unter den an der Intervention beteiligten Staaten nur eine kleine Zahl, allen voran Belgien²⁴⁰ und das Vereinigte Königreich²⁴¹, ausdrücklich die Legalität der Intervention behauptete-

²³³ Vgl. zum Hintergrund und Rahmen des Militäreinsatzes *Gray*, *British Yearbook of International Law* 65 (1994), 135 (161–169); *Scheffer*, in: Henkin (Hrsg.), *Right v. Might*, 1991, S. 109 (109–172); *Wheeler*, *Saving Strangers*, 2002, Kapitel 5, S. 139–171.

²³⁴ UN-Sicherheitsrat, Resolution 688, 5. April 1991, UN Doc. S/RES/688.

²³⁵ Die Resolution war allerdings Grundlage von Debatten darum, ob es eine implizite Autorisierung des UN-Sicherheitsrats geben könne, vgl. hierzu *Gray*, *European Journal of International Law* 13 (2002), 1–19.

²³⁶ George Bush, Remarks on Assistance for Iraqi Refugees and a News Conference, 16. April 1991, *Public Papers of the Presidents of the United States: Barack Obama*, 2009, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1992), S. 378 (379).

²³⁷ Vgl. Foreign and Commonwealth Office, *The expanding role of the United Nations and its implications for UK policy*, *British Yearbook of International Law* 63 (1992), 825 (827): „[T]he intervention in northern Iraq ‚Provide Comfort‘ was in fact, not specifically mandated by the United Nations, but the states taking action in northern Iraq did so in exercise of the customary international law principle of humanitarian intervention“.

²³⁸ *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 42–44.

²³⁹ NATO Press Release, 23. März 1999, (1999)040: „Our objective is to prevent more human suffering and more repression and violence against the civilian population of Kosovo. [...] We must halt the violence and bring an end to the humanitarian catastrophe now unfolding in Kosovo.“

²⁴⁰ Vgl. dazu Belgiens Position im Verfahren vor dem IGH, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Mündliche Verhandlung, 10. Mai 1999, CR 1999/15: „But we need to go further and develop the idea of armed humanitarian intervention. NATO, and the Kingdom of Belgium in particular, felt obliged to intervene to forestall an ongoing humanitarian catastrophe, acknowledged in Security Council resolutions. [...] For this reason the Kingdom of Belgium takes the view that this is an armed humanitarian intervention, compatible with Article 2, paragraph 4, of the Charter, which covers only intervention against the territorial integrity or political independence of a State.“

²⁴¹ The UK Defence Secretary stated in the House of Commons: „We are in no doubt that

te. Die Niederlande formulierten vorsichtiger, sahen aber immerhin „the legal basis we have available“ als „more than adequate“ an.²⁴² Die USA vermieden es, klar Stellung zur Rechtsgrundlage ihrer Beteiligung am Kosovokrieg zu beziehen.²⁴³ Andere teilnehmende Staaten versuchten dezidiert, die möglichen rechtsfortbildenden Effekte der Kosovointervention zu beschränken, indem sie den besonderen Ausnahmecharakter der Situation im Kosovo unterstrichen. Die deutsche Regierung betonte ausdrücklich, dass eine Intervention ohne Sicherheitsratsmandat „nicht zum Präzedenzfall werden“ dürfe.²⁴⁴ International fand das Postulat der Legalität der humanitären Intervention nur wenig Unterstützung. Im September 1999 richtete sich die Gruppe der 77 gegen „the so-called right of humanitarian intervention, which had no basis in the UN Charter or in international law“.²⁴⁵ Abweichende Einschätzungen bestanden allerdings dahingehend, ob die Intervention ungeachtet ihrer Illegalität nicht doch jedenfalls vor dem Hintergrund moralisch-politischer Maßstäbe gerechtfertigt gewesen sei.²⁴⁶ Die auf Initiative Schwedens eingesetzte Independent International Commission on Kosovo kam zu dem Ergebnis, dass die NATO-Intervention illegal, aber legitim gewesen sei.²⁴⁷ Auch im Sicherheitsrat kam es, was angesichts der Beteiligung zahlreicher Sicherheitsratsmitglieder an der Intervention wenig verwundert, nicht zu einer Verurteilung. Eine von Russland in den Sicherheitsrat eingebrachte Resolution wurde mit klarer Mehrheit abgelehnt.²⁴⁸

NATO is acting within international law. Our legal justification rests upon the accepted principle that force may be used in extreme circumstances to avert a humanitarian catastrophe. Those circumstances clearly exist in Kosovo“ (HC Deb, 25 March 1999, Col 616f.). „We believe that international intervention without the invitation of the country concerned can be justified in cases of extreme humanitarian need. This is why we were prepared to commit British forces to Operation Haven, mounted by the coalition in response to the refugee crisis involving the Iraqi Kurds. The development of these forces was entirely consistent with the objectives of SCR 688 (1991)“; vgl. ferner die britische Regierungsposition, dokumentiert in: United Kingdom Materials on International Law, British Yearbook of International Law 70 (1999), 595; British Yearbook of International Law 71 (2000), 643–646; British Yearbook of International Law 72 (2001), 695 f.

²⁴² UN-Sicherheitsrat, 3988. Sitzung, 24. März 1999, UN Doc. S/PV.3988, 8 (Niederlande).

²⁴³ Vgl. die Stellungnahme des damaligen Rechtsberaters der US-Regierung Michael J. Matheson: *Matheson*, Proceedings of the American Society of International Law 94 (2000), 301 (301); vgl. UN-Sicherheitsrat, 3988. Sitzung, 24. März 1999, UN Doc. S/PV.3988, 4 (USA).

²⁴⁴ Vgl. z. B. die Stellungnahme des damaligen Bundesaußenministers Klaus Kinkel (CDU): Deutscher Bundestag: Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23129: „Der Beschluß der NATO darf nicht zum Präzedenzfall werden. Wir dürfen nicht auf eine schiefe Bahn kommen, was das Gewaltmonopol des Sicherheitsrates anbelangt.“

²⁴⁵ Ministerial Declaration of the Twenty-Third Annual Meeting of Ministers of Foreign Affairs of the Group of 77, 24 September 1999, para. 69.

²⁴⁶ Vgl. dazu *Simma*, European Journal of International Law 10 (1999), 1, (1 ff.).

²⁴⁷ *Independent International Commission on Kosovo*, The Kosovo Report, 2000, S. 4: „The Commission concludes that the NATO military intervention was illegal but legitimate. It was illegal because it did not receive prior approval from the United Nations Security Council. However, the Commission considers that the intervention was justified because all diplomatic avenues had been exhausted and because the intervention had the effect of liberating the majority population of Kosovo from a long period of oppression under Serbian rule.“

²⁴⁸ Vgl. den Resolutionsentwurf von Belarus, Indien und Russland, UN Doc. S/1999/328, 26. März 1999. Die Resolution wurde mit 3 Fürstimmen (China, Namibia und Russland) und 12

Rechtlich wurde der Grundgedanke der humanitären Intervention in der Folge zum Konzept der Schutzverantwortung (Responsibility to Protect – R2P) weiterentwickelt.²⁴⁹ Kern der Schutzverantwortung ist die Formulierung von staatlichen Pflichten hinsichtlich des Schutzes der Bevölkerung vor schwer wiegenden Rechtsverletzungen. Diese Schutzverantwortung ist primär Angelegenheit jedes Staates, subsidiär aber erwächst auch der internationalen Gemeinschaft eine Pflicht zu, zum Schutz der Bevölkerungen der Staaten aktiv zu werden, sofern ein betreffender Staat seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Die UN-Generalversammlung bekannte sich 2005 im *World Summit Outcome* zum Konzept der Schutzverantwortung, stellte aber zugleich auch klar, dass die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzpflicht nur im Rahmen des bestehenden institutionellen Systems nachkommen dürfe.²⁵⁰ Für die Legalität einer Intervention ist also ein Mandat des Sicherheitsrats nach Kapitel VII UNC erforderlich.²⁵¹ Auch in der Völkerrechtswissenschaft wird heute eine rechtliche Grundlage für humanitäre Interventionen klar zurückgewiesen.²⁵² Abweichende Stimmen haben oft eine deutliche Regierungsauffinität.²⁵³

Als dezidiert rechtliches Argument wird die Zulässigkeit humanitärer Interventionen ausdrücklich und klar vor allem vom Vereinigten Königreich postuliert.²⁵⁴

Gegenstimmen abgelehnt. Vgl. UN-Sicherheitsrat, Press Release, UN Doc. SC/6659, 26. März 1999.

²⁴⁹ Vgl. hierzu den Bericht der auf Initiative der kanadischen Regierung eingesetzten Kommission: *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, The Responsibility to Protect – Report, 2001.

²⁵⁰ UN-Generalversammlung, 2005 World Summit Outcome, 16. September 2005, UN Doc. A/RES/60/1, para. 138f.

²⁵¹ UN-Generalversammlung, 2005 World Summit Outcome, 16. September 2005, UN Doc. A/RES/60/1, para. 139.

²⁵² *Nolte*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), 941 (957); *Hilpold*, European Journal of International Law 12 (2001), 437 (463); *Tams*, in: Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia*, 2012, S. 359 (359); *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., 2013, Bd. XI, § 244, Rn. 46; *Henriksen*, Journal of Conflict and Security Law 23 (2018), 33 (38).

²⁵³ *Bethlehem*, *Stepping Back a Moment – The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention*, EJIL:Talk!, 12. September 2013; *Kob*, Houston Law Review 53 (2016), 971 (1004f.); *ders.*, *The Trump Administration and International Law*, 2018, S. 134; vgl. aber auch: *Hurd*, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 39: „The development of responsibility to protect and other doctrines has arguably legalized humanitarian intervention even without Security Council approval“; ebenso: *Herdegen*, *Syrien-Konflikt: Eingreifen erlaubt*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10. September 2013, <https://www.faz.net/1.2561220> [abgerufen am 29. März 2021]: „Trotz aller Kontroverse bietet die Völkerrechtsordnung für eine Rechtfertigung der humanitären Intervention als ‚ultima ratio‘ eine tragfähige Basis“; *Doehring*, in: Trindade (Hrsg.), *The Modern World of Human Rights*, 1996, S. 549 (563).

²⁵⁴ Vgl. die Rede des Attorney General des Vereinigten Königreichs Jeremy Wright, *The Modern Law of Self-Defence – Attorney General’s Speech at International Institute for Strategic Studies*, 11. Januar 2017, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/speeches/attorney-generals-speech-at-the-international-institute-for-strategic-studies> [abgerufen am 29. März 2021]: „The UK also recognises humanitarian intervention as a potential legal basis for the use of force in certain exceptional circumstances.“

Die im Jahr 2013 seitens der USA und des Vereinigten Königreichs in Reaktion auf einen Chemiewaffeneinsatz in Syrien geplante, letztlich am Veto des britischen Unterhauses gescheiterte²⁵⁵ Intervention wurde seitens des Vereinigten Königreichs als humanitäre Intervention gerechtfertigt.²⁵⁶ Im April 2018 rechtfertigte das Vereinigte Königreich einen in Reaktion auf einen Chemiewaffeneinsatz auf syrischem Territorium in Kooperation mit den USA und Frankreich ausgeführten Militärschlag als rechtmäßige humanitäre Intervention.²⁵⁷ Die USA und Frankreich hielten sich hier bedeckter und boten keine dezidiert rechtliche Rechtfertigung.²⁵⁸ US-Präsident Barack Obama äußerte noch während seiner Amtszeit, dass

²⁵⁵ Vgl. zum Hintergrund: *Strong*, International Affairs 91 (2015), 1123–1139.

²⁵⁶ UK Prime Minister's Office, Guidance – Chemical weapon use by Syrian regime: UK government legal position, 29 August 2013: „If action in the Security Council is blocked, the UK would still be permitted under international law to take exceptional measures in order to alleviate the scale of the overwhelming humanitarian catastrophe in Syria by deterring and disrupting the further use of chemical weapons by the Syrian regime. Such a legal basis is available, under the doctrine of humanitarian intervention, provided three conditions are met:

(i) there is convincing evidence, generally accepted by the international community as a whole, of extreme humanitarian distress on a large scale, requiring immediate and urgent relief;

(ii) it must be objectively clear that there is no practicable alternative to the use of force if lives are to be saved; and

(iii) the proposed use of force must be necessary and proportionate to the aim of relief of humanitarian need and must be strictly limited in time and scope to this aim (i. e. the minimum necessary to achieve that end and for no other purpose).“ Für die USA: Barack Obama, Statement by the President on Syria, 31. August 2013, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/08/31/statement-president-syria> [abgerufen am 29. März 2021]: „I'm comfortable going forward without the approval of a United Nations Security Council that, so far, has been completely paralyzed and unwilling to hold Assad accountable.“

²⁵⁷ UK Prime Minister's Office, Policy paper: Syria action – UK government legal position, 14. April 2018, <https://www.gov.uk/government/publications/syria-action-uk-government-legal-position/syria-action-uk-government-legal-position> [abgerufen am 29. März 2021]: „The UK is permitted under international law, on an exceptional basis, to take measures in order to alleviate overwhelming humanitarian suffering“; vgl. auch UN-Sicherheitsrat, 8233. Sitzung, 14. April 2018, UN Doc. S/PV.8233, 6f. (Vereinigtes Königreich).

²⁵⁸ Vgl. in diesem Sinne die Stellungnahme der französischen Regierung mit dem Titel *The military intervention in Syria has punished a repeated violation of international law*, 17. April 2018, <http://www.gouvernement.fr/en/the-military-intervention-in-syria-has-punished-a-repeated-violation-of-international-law> [abgerufen am 29. März 2021]: „France's position had already been made clear on 29 May 2017 by the President of the Republic in Versailles: ‚A confirmed chemical attack, on the part of the Syrian armed forces and with fatal consequences, would result in immediate reprisals. This had been stated in no uncertain terms [...] in the presence [of Vladimir Putin], who had gone on to approve the President of the Republic's wording‘, the Prime Minister reminded those present during his statement to the National Assembly. This red line was crossed“; vgl. auch die Rechtfertigung der USA: The White House, Remarks, Statement by President Trump on Syria, April 13, 2018, https://dod.defense.gov/portals/1/features/2018/0418_syria/img/statement-by-president-trump-on-syria.pdf [abgerufen am 29. März 2021]: „The purpose of our actions tonight is to establish a strong deterrent against the production, spread, and use of chemical weapons“; vgl. auch die US-amerikanische Stellungnahme im UN-Sicherheitsrat, UN Doc. S/PV.8233, 6: „With yesterday's military action, our message was crystal clear. The United States of America will not allow the Al-Assad regime to continue to use chemical weapons.“

er humanitäre Interventionen für notwendig halte, ohne diese allerdings als deziertes Rechtsprinzip zu behaupten.²⁵⁹ Auch in sonstigen Rechtfertigungen für Interventionen spielen humanitäre Erwägungen jedenfalls eine Rolle, ohne aber als Rechtsprinzip im Rahmen des *ius contra bellum* angerufen zu werden. So wurden humanitäre Argumente beispielsweise durch Russland für die Intervention in der Ukraine im Jahr 2014 angeführt²⁶⁰ oder im April 2017 für den US-amerikanischen Raketenangriff gegen eine syrische Luftwaffenbasis in Reaktion auf einen Chemiewaffeneinsatz²⁶¹ auf syrischem Territorium.²⁶² Die Aussagekraft derartiger Referenzen für eine rechtliche Etablierung einer Doktrin der humanitären Intervention aber bleibt gering. Nicht nur fehlt es an einer entsprechenden klaren Anrufung dieser Doktrin, darüber hinaus positioniert sich jedenfalls Russland traditionell gegen die Rechtmäßigkeit humanitärer Interventionen.²⁶³ Insofern spricht die Praxis der Staaten eindeutig gegen die allgemeine Anerkennung eines Rechts zur humanitären Intervention.

Die Debatte um die Zulässigkeit humanitärer Interventionen erhebt sich vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung, die das moderne Völkerrecht dem Individuum zubilligt. Allerdings folgt aus dieser Rolle eben nicht notwendig auch eine Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung dieser Rechte. Das Völkerrecht muss, wie Georg Nolte betont hat, insoweit nicht konsequent sein,²⁶⁴ zumal die Verteidigung von Menschenrechten in einem unleugbaren Spannungsverhältnis

²⁵⁹ Barack Obama, Remarks on Accepting the Nobel Peace Prize in Oslo, 10. Dezember 2009, Public Papers of the Presidents of the United States, Barack Obama, 2009, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2013), S. 1799 (1801): „More and more, we all confront difficult questions about how to prevent the slaughter of civilians by their own government [...]. I believe that force can be justified on humanitarian grounds, as it was in the Balkans, or in other places that have been scarred by war. Inaction tears at our conscience and can lead to more costly intervention later. That’s why all responsible nations must embrace the role that militaries with a clear mandate can play to keep the peace.“

²⁶⁰ Vgl. dazu *Marxsen*, German Yearbook of International Law 58 (2016), 11 (14–16).

²⁶¹ Vgl. hierzu die OPCW, die die Verantwortlichkeit der syrischen Armee für mehrere Chemiewaffeneinsätze im Jahr 2017 festgestellt hat: First Report by the OPCW Investigation and Identification Team Pursuant to Paragraph 10 of the Decision C-SS-4/Dec. 3 „Addressing the Threat from Chemical Weapons Use“, Ltamenah (Syrian Arab Republic), 24, 25, and 30 March 2017, 8. April 2020, S/1867/2020, 2.

²⁶² UN-Sicherheitsrat, 7919. Sitzung, 7. April 2017, UN Doc. S/PV.7919, 17 (USA): „Our military destroyed the airfield from which this week’s chemical strike took place. We were fully justified in doing so. The moral stain of the Al-Assad regime could no longer go unanswered. His crimes against humanity could no longer be met with empty words. It was time to say ‚enough‘, but not only say it; it was time to act“; vgl. für eine Analyse dieser Intervention: *Henriksen*, Journal of Conflict and Security Law 23 (2018), 33 (33 ff.).

²⁶³ Vgl. Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Concept of the Foreign Policy of the Russian Federation, 12. Februar 2013, para. 31 b): „It is unacceptable that military interventions and other forms of interference [...] which undermine the foundations of international law based on the principle of sovereign equality of states, [are] carried out on the pretext of implementing the concept of ‚responsibility to protect‘.“

²⁶⁴ *Nolte*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), 941 (950).

zur Aufrechterhaltung der Strukturen des internationalen Systems steht, das durch unilaterale Maßnahmen bedroht wird.²⁶⁵

2. Interventionen zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung von Gesellschaftsordnungen

Ein weiterer Bereich, in dem gesellschaftlich-soziale Wertvorstellungen für die Transformation des völkerrechtlichen Gewaltverbots in Anschlag gebracht worden sind, betrifft Interventionen zur Aufrechterhaltung oder Durchsetzung bestimmter politischer Ordnungen. Seit den späten 1980er Jahren wurde insoweit die Möglichkeit diskutiert, ob es unter den Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots gerechtfertigt sein könne, den Regierungsanspruch einer demokratisch gewählten, aber abgesetzten oder nicht ins Amt gelangten Regierung mittels unilateraler militärischer Gewalt durchzusetzen.²⁶⁶ W. Michael Reisman rief in diesem Sinne 1984 zu einer Reinterpretation von Artikel 2 Abs. 4 UNC auf. Militärische Interventionen seien nicht von vornherein abzulehnen, da manche die „free choice of peoples about their government and political structure“ erhöhen könnten.²⁶⁷ In einer solchen Intervention könne eine Verletzung der Souveränität nur vor dem Hintergrund eines anachronistischen Souveränitätsverständnisses gesehen werden.²⁶⁸

Es ging also letztlich um die Legalität eines gewaltsamen Regierungswechsels (*regime change*) in Ansehung der (vermeintlich) höheren demokratischen Legitimität einer einstweilen unter Effektivitätsgesichtspunkten nicht amtierenden Regierung.²⁶⁹ Die aufgeworfenen Fragen weisen eine große Nähe zur Intervention auf Einladung auf, denn letztlich ist zentral, ob in Ansehung einer höheren demokratischen Legitimität einer Regierung diese zur Einladung einer Intervention befugt ist, wiewohl sie die nach herkömmlichen Kriterien für eine solche Einladungsbefugnis erforderliche faktische Kontrolle über das Territorium nicht innehat.

Die Debatte um prodemokratische Interventionen baut auf einem dann verstärkt in den frühen 1990er Jahren diskutierten Wertewandel innerhalb des Völkerrechts auf, insbesondere auf dem von Thomas Franck postulierten „emerging

²⁶⁵ Vgl. hierzu ausführlich infra 359–370.

²⁶⁶ Zu unterscheiden ist diese Konstellation also von der Frage, ob der UN-Sicherheitsrat mit dem Ziel der Erhaltung der demokratisch gewählten Regierung Zwangsmaßnahmen erlassen darf.

²⁶⁷ Reisman, *American Journal of International Law* 78 (1984), 642 (643 f.).

²⁶⁸ Reisman, in: Fox/Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, 2000, S. 239 (248): „[If cross-border military actions] displace the usurper and emplace the people who were freely elected, they can be characterized, in this particular regard, as a violation of sovereignty only if one uses the term anachronistically to mean the violation of some mystical survival of a monarchical right that supposedly devolves *jure gentium* on whichever warlord seizes and holds the presidential palace, or if the term is used in the jurisprudentially bizarre sense to mean that inanimate territory has political rights that preempt those of its inhabitants.“

²⁶⁹ Fox, *Regime Change*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Rn. 23.

right to democratic governance“ (das von Franck allerdings nicht als Grundlage unilateraler Militärinterventionen konzipiert wurde).²⁷⁰

Rechtsdogmatisch wurde für die Zulässigkeit der prodemokratischen Intervention mit dem Wortlaut von Artikel 2 Abs. 4 UNC argumentiert. Eine solche prodemokratische Intervention sei, wie beispielsweise D’Amato ausführte, nicht gegen die territoriale Integrität und politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtet.²⁷¹ Der intervenierende Staat handle vielmehr in Unterstützung der territorialen Integrität und politischen Unabhängigkeit.²⁷² Der Wortlaut der UN-Charta erweise sich, so auch die US-Botschafterin bei den Vereinten Nationen Jeane Kirkpatrick, als kontextabhängig und offen: „The prohibitions against the use of force in the UN Charter are contextual, not absolute. They provide ample justification for the use of force in pursuit of the other values also inscribed in the charter – freedom, democracy, and peace.“²⁷³

Als ein Recht zur prodemokratischen Intervention unterstützende Staatspraxis wird eine Reihe von vermeintlichen Präzedenzfällen angeführt. Im Jahr 1989 intervenierten die USA in Panama, wobei es ihnen um den Schutz US-amerikanischer Staatsangehöriger, um den Kampf gegen Drogenhandel und um den Schutz der Operationalität des Panamakanals ging.²⁷⁴ Ein weiteres Ziel der Intervention war der Schutz der Demokratie,²⁷⁵ denn in Panama hatte der Oppositionskandidat Guillermo Endara die Wahlen gegen den amtierenden General Noriega gewonnen. Diese Wahlen aber waren sodann von Noriega annulliert worden. Durch die US-Intervention wurde Noriega abgesetzt und Endara übernahm die Regierung. Als Präzedenzfall ist die Panamaintervention gleichwohl wenig aussagekräftig. Zum einen bezogen sich die USA in ihrer offiziellen *rechtlichen* Rechtfertigung auf ein Recht zur Selbstverteidigung im Hinblick auf sich in Panama aufhaltende US-amerikanische Staatsangehörige.²⁷⁶ Die Durchsetzung der Demokratie bildete insoweit nur ein legitimatorisches Hintergrundargument. Zum anderen fiel die internationale Reaktion auf die US-geführte Intervention eindeutig negativ aus, so dass eine Rechtsfortbildung nicht angenommen werden kann.²⁷⁷

²⁷⁰ Franck, *American Journal of International Law* 86 (1992), 46 (46 ff.); vgl. auch Franck, in: Fox/Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, 2000, S. 25 (25 ff.).

²⁷¹ D’Amato, *American Journal of International Law* 84 (1990), 516 (520).

²⁷² Halberstam, *Harvard International Law Journal* 34 (1993), 163 (167).

²⁷³ Ambassador Kirkpatrick’s Statement, UN Security Council, Oct. 27, 1983, Department of State Bulletin 83 (1983) Nr. 2081, 74.

²⁷⁴ Vgl. zum Hintergrund und zu weiteren Details: Tsagourias, in: Ruys/Corten (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 426 (426 ff.).

²⁷⁵ George Bush, Address to the Nation Announcing United States Military Action in Panama, 20. Dezember 1989, *Public Papers of the Presidents of the United States, George Bush, 1989*, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1990), S. 1722 (1722).

²⁷⁶ UN Doc. S/21035, 20. Dezember 1989 (USA).

²⁷⁷ Eine die Intervention verurteilende Resolution (UN Doc. S/21047, 22. Dezember 1989) wurde unter zehn positiven Voten, einer Enthaltung und vier Gegenstimmen (Frankreich, Vereinigtes Königreich, USA, Kanada) wegen des Vetos dreier Ständiger Mitglieder abgelehnt, vgl. *United Nations Yearbook* 1989, 175. Die UN-Generalversammlung verurteilte die Intervention:

Ein weiteres, in der Debatte häufig angeführtes Beispiel ist die US-Intervention in Haiti im Jahr 1994. Auch hier spielten demokratische Erwägungen eine Rolle, denn durch die Intervention sollte der Regierung des im Exil befindlichen Präsidenten Jean-Bertrand Aristide zur Macht verholfen werden. Allerdings erfolgte die Intervention letztlich auf der Grundlage einer Resolution des UN-Sicherheitsrats.²⁷⁸ Dieser wertete die Situation in Haiti als Bedrohung der internationalen Sicherheit und autorisierte eine multinationale Intervention nach Kapitel VII der UN-Charta. Auch insoweit wird also ein Recht zur unilateralen prodemokratischen Intervention nicht gestützt.

Als möglicher Präzedenzfall für die Legalität prodemokratischer Interventionen wird ferner die Intervention der ECOWAS-Staaten in Sierra Leone im Jahr 1998 diskutiert. Im Jahr 1996 war Ahmad Tejan Kabbah in freien Wahlen zum Präsidenten Sierra Leones gewählt worden, war dann aber von Angehörigen des Militärs gestürzt worden. International wurde dieser Putsch verurteilt.²⁷⁹ Die Militärregierung wurde daraufhin – nach einer Einladung des sich im Exil befindlichen Kabbah – von einer nigerianisch geführten Intervention abgesetzt.²⁸⁰ Der UN-Sicherheitsrat begrüßte den Sturz der Militärregierung und forderte die schnellstmögliche Wiedereinsetzung der Regierung Kabbahs.²⁸¹ Der Fall Sierra Leone unterstreicht damit die Bedeutung, die demokratische Legitimität für die internationale Bewertung von Militäroperationen haben kann. Allerdings spricht der Fall keineswegs für die generelle Zulässigkeit einer unilateralen prodemokratischen Intervention. Vielmehr deutet sich hier eine Entwicklung des Rechts zur Intervention auf Einladung an. Insoweit ist eine Tendenz wahrnehmbar, dass die Bestimmung der zur Einladung befugten Regierung nicht mehr nur vom Kriterium der faktischen Kontrolle abhängig gemacht wird. Vielmehr scheint der UN-Sicherheitsrat hier – auch auf der Grundlage von Kriterien betreffend die demokratische Legitimität einer Regierung – eine Bestimmung vorzunehmen, so dass das Fehlen faktischer Kontrolle durch ein Überwiegen der demokratischen Legitimität kompensiert werden kann.

Auch die vom Senegal geführte Intervention der ECOWAS-Staaten in Gambia zur Durchsetzung des Regierungsanspruchs des gewählten Adama Barrow im Jahr 2017 kann nicht als Indiz für ein allgemeines Recht zur prodemokratischen In-

Resolution 44/240 vom 29. Dezember 1989, UN Doc. A/RES/44/240 (Abstimmungsergebnis: 75–20–40, nicht abstimmend: 24).

²⁷⁸ UN-Sicherheitsrat, Resolution 940 vom 31. Juli 1994, UN Doc. S/RES/940, para. 4; vgl. insoweit auch *Payandeh*, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), 355 (370).

²⁷⁹ Vgl. insbesondere die präsidentiellen Stellungnahmen des UN-Sicherheitsrats, Statement by the President of the Security Council, 27. Mai 1997, UN Doc. S/PRST/1997/29 sowie vom 6. August 1997, UN Doc. S/PRST/1997/42; UN-Sicherheitsrat, Resolution 1132, 8. Oktober 1997, UN Doc. S/RES/1132.

²⁸⁰ Vgl. zum Hintergrund *Nowrot/Schbacher*, *American University International Law Review* 14 (1998), 321 (325 ff.).

²⁸¹ UN-Sicherheitsrat, Statement by the President of the Security Council, 26. Februar 1998, UN Doc. S/PRST/5.

tervention herangezogen werden, sondern betrifft die Fragen der Intervention auf Einladung und die Rolle des UN-Sicherheitsrats in der Bestimmung der legitimen und einladungsbefugten Regierung.²⁸²

Im Ergebnis zeigt sich, dass ein isoliertes und unilaterales Recht zur prodemokratischen Intervention im Völkerrecht eindeutig nicht besteht. Die Versuche zur Begründung eines Rechts zur prodemokratischen Intervention illustrieren allerdings das insbesondere von akademischer Seite betriebene Unterfangen zur Ausweitung der Interventionstatbestände im Rahmen des völkerrechtlichen Gewaltverbots.

Im Fortgang der Untersuchung wird der Blick auch noch auf Versuche der Sowjetunion gerichtet, während des Kalten Krieges spezielle Interventionstatbestände zur Aufrechterhaltung und Sicherung der sozialistischen Gesellschaftsordnung zu begründen. Die als sozialistischer Internationalismus oder auch Breschnew-Doktrin bekannte, im Rahmen des Sozialistischen Völkerrechts postulierte Doktrin hob an, einen speziellen im Rahmen des sozialistischen Staatenblocks wirksamen Interventionstatbestand zu begründen. Diesem Fall werden wir uns genauer bei der Untersuchung von radikalen Oppositionsbestrebungen zum Völkerrecht zuwenden.²⁸³

* * *

Die vorstehenden Betrachtungen zu den Entwicklungen einzelner Rechtsfragen des *ius contra bellum* veranschaulichen deutlich den dynamischen Charakter der Auseinandersetzungen um das Recht. Die Rechtsordnung befindet sich in einer kontinuierlichen Entwicklung, die über Jahre oder Jahrzehnte eine nur sehr langsame Dynamik aufweisen kann und dann plötzlich in Anbetracht neuer weltpolitischer Ereignisse entscheidende und die Rechtslage ändernde Impulse erfährt. Dies wirft erhebliche Probleme in der Bestimmung der Rechtslage auf, denen wir uns nunmehr zuwenden wollen.

²⁸² Vgl. hierzu *Kreß/Nußberger*, *Journal on the Use of Force and International Law* 4 (2017), 239 (248 ff.).

²⁸³ Vgl. hierzu § 11, *infra* 283–296.

§ 4. Die Rechtsquellen des *ius contra bellum*

Wir haben uns bis zu diesem Punkt den substantziellen Rechtsproblemen zugewendet, die eine Reihe von Streitigkeiten seit der Errichtung der Charta der Vereinten Nationen bestimmt haben. Es zeigt sich, dass die diesbezüglichen Auseinandersetzungen äußerst komplex sind, eine Vielzahl von Akteuren involvieren und schließlich in einem kontinuierlichen Entwicklungsprozess erfolgen. Dieser Prozess ist nicht linear, sondern nimmt teils in Reaktion auf aktuelle Ereignisse an Fahrt auf und verliert teils an Dynamik, wenn die jeweiligen Probleme aus dem Aufmerksamkeitsfokus rücken und damit infolge politischer Verschiebungen an Dringlichkeit verlieren. In Anbetracht dessen stellt sich die für die Ermittlung der Legalität vordringlichste Frage, wie angesichts solcher Prozesshaftigkeit und Dynamik eine Grenze zwischen Legalität und Illegalität gezogen werden kann, wie also der dynamische Entwicklungsprozess für den Zweck der juristischen Bewertung staatlichen Verhaltens angehalten und damit ein allgemeiner Maßstab entwickelt werden kann. Die Bewertung der Legalität eines spezifischen Verhaltens verlangt die Bestimmung des „International Law on a Given Day“,¹ wie der Titel eines Aufsatzes von James Crawford und Thomas Viles lautet.

Das Wissen um das Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt ist nach dem Grundsatz der Intertemporalität des Völkerrechts stets erforderlich. Das Völkerrecht entwickelt sich, aber ein Völkerrechtssubjekt kann denklogisch stets nur das Recht anwenden, das zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt gilt.² Dogmatisch leisten diese Bestimmung die Regeln über die Rechtsquellen des Völkerrechts, denen wir uns nun widmen wollen.

Dafür nehmen wir zunächst in den Blick, warum wir es im Bereich des Gewaltverbots mit Völkergewohnheitsrecht und Vertragsrecht als zwei maßgeblichen Rechtsquellen zu tun haben (I.). Sodann wenden wir uns den dogmatischen Grundlagen beider Rechtsquellen zu (II.–III.). Unter IV. untersuchen wir, welchen Einfluss der weithin angenommene *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots für das Recht zeitigt, und analysieren schließlich unter V. das Zusammenspiel der Rechtsquellen.

¹ Crawford/Viles, in: Ginther (Hrsg.), Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität, 1994, S. 45 (45–68).

² Vgl. die Ausführung von Arbitrator Max Huber im Fall *Island of Palmas*: „a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled.“ – *Island of Palmas Case* (Niederlande/USA), Schiedsspruch vom 4. April 1928, UNRIAA, Bd. II, 829–871, 845.

I. Zwei maßgebliche Rechtsquellen

Im Ausgangspunkt ist wichtig festzuhalten, dass im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots zwei Rechtsquellen relevant sind. Das Gewaltverbot ist zunächst in der UN-Charta geregelt und insofern geht es um Fragen der Interpretation von Völkervertragsrecht. Gleichzeitig ist allgemein anerkannt, dass das Gewaltverbot auch völkergewohnheitsrechtlich verankert ist.³ Dies hat allen voran auch der IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung herausgestellt.⁴ Weithin anerkannt ist, dass beide Rechtsbereiche jedenfalls derzeit substantiell keine unterschiedlichen Vorgaben treffen. Schwierigkeiten bestehen allerdings bei genauer dogmatischer Analyse insoweit, als dass für beide Rechtsquellen teils sehr feine, aber doch für die juristische Bewertung sehr relevante Unterschiede in den Vorgaben für die Ermittlung sowie für die Entwicklung des Rechts bestehen. Deren Auswirkungen, Relevanz und dogmatische und praktische Einordnung werden allerdings wenig thematisiert und theoretisiert.

Der Umgang mit diesem Zweiklang der Rechtsquellen ist sehr unterschiedlich. Eine Reihe von Autoren erkennt zwar fraglos die UN-Charta als den Startpunkt von Analysen des Gewaltverbots an, weist aber in der Konkretisierung der oft abstrakten Rechtsbegriffe dem Völkergewohnheitsrecht eine fundamentale Bedeutung zu. In diesem Sinne analysiert Corten beispielsweise das Gewaltverbot unter der Perspektive des Gewohnheitsrechts und behandelt die „controversies over the customary prohibition on the use of force“, wobei er das Gewohnheitsrecht als die maßgebliche Rechtsquelle in den Blick nimmt.⁵ Ruys geht in seiner Abhandlung über das Selbstverteidigungsrecht von einem Zusammenspiel der Rechtsquellen und einem gewissen interpretativen Vorrang des Gewohnheitsrechts aus. Kern seiner Überlegung ist, dass sich die abstrakten Vorgaben der UN-Charta nur über eine Analyse gewohnheitsrechtlicher Praxis konkretisieren ließen.⁶ Entsprechende die gewohnheitsrechtliche Seite des Gewaltverbots in den Vordergrund rückende

³ *Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 113; *Mosler*, *Recueil des Cours* 140 (1974), 1 (283); *Bothe*, *European Journal of International Law* 14 (2003), 227 (228); *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 15.

⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 27 (para. 34): „There can be no doubt that the issues of the use of force and collective self-defence raised in the present proceedings are issues which are regulated both by customary international law and by treaties, in particular the United Nations Charter.“ Es scheint unwahrscheinlich, dass sich der IGH der dogmatischen Folgen und Komplikationen der Betonung einer solchen Trennung vollauf bewusst war, wie *Bianchi* betont: *Bianchi*, *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), 651 (661): „The systemic consequences of admitting of the separate existence of a customary international law on the use of force might have escaped the Court’s attention at the time.“

⁵ *Corten*, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (803).

⁶ *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 511: „Throughout this study we have proceeded on the conviction that the primary material for interpreting and supplementing Article 51 UN Charter consists in relevant customary practice.“

Betrachtungen sind auch sonst in der Literatur weit verbreitet.⁷ Insofern werden die gewohnheitsrechtlichen Pflichten also zur Interpretation des Vertragsrechts herangezogen und somit ins Zentrum der Identifikation der konkreten Rechtsinhalte gerückt. In dieser Perspektive werden daher auch Vertragsbestimmungen wie Artikel 51 UNC von der Dynamik der Genese und Entwicklung völkergewohnheitsrechtlicher Normen erfasst.⁸ Im Hinblick auf das Selbstverteidigungsrecht als ein *inherent right* (also nach Rechtsprechung des IGH eine gewohnheitsrechtliche Norm) scheint der Rekurs auf gewohnheitsrechtliche Standards der Rechtsfortentwicklung im besonderen Maße naheliegend.⁹

Demgegenüber vertritt beispielsweise Tams die gegenteilige Auffassung und stellt in seiner Analyse der Rechtslage zur Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure allein auf das Vertragsrecht ab.¹⁰ Hierfür bringt Tams drei Erwägungen an. Zunächst argumentiert er mit einem Primat des Vertragsrechts. Wo eine Materie durch Vertragsrecht geregelt sei, trete das Gewohnheitsrecht hinter dieses zurück. Zweitens zweifelt er an, dass gewohnheitsrechtliche Pflichten gegenüber Vertragspflichten in Ansehung der nahezu universellen Mitgliedschaft in der UN ihre Autonomie bewahren könnten. Drittens schließlich – und für Tams der wichtigste Punkt – sei es nicht einzusehen, inwieweit eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung eine Intervention entgegen den Regeln der UN-Charta rechtfertigen könne – insofern sei die isolierte Betrachtung gewohnheitsrechtlicher Fragen nicht hilfreich.

Diese Aspekte sind allesamt gewichtig und können an diesem Punkt unserer Betrachtungen ohne die noch anzustellenden Untersuchungen zu Vertrags- wie Gewohnheitsrecht noch nicht in Gänze behandelt werden. Im Ergebnis dieses Kapitels wird sich zeigen, dass mannigfaltige Interaktionsmöglichkeiten zwischen der vertrags- und der gewohnheitsrechtlichen Dimension des Gewaltverbots bestehen, so dass grundsätzlich beide Perspektiven Relevanz entfalten können und es keine einseitige Dominanz von einer der beiden Rechtsquellen gibt.¹¹ Gleichwohl ist hier eingangs herauszustellen, warum eine nähere Untersuchung von Vertrags- wie Gewohnheitsrecht nötig ist. Dies ist erstens der Fall, weil es im Bereich des Gewalt-

⁷ Vgl. zum Beispiel Green, der eine Reinterpretation von Art. 2 Abs. 4 UNC durch eine Entwicklung von Gewohnheitsrecht anführt: Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (240): „It may well be that a new interpretation of the meaning of ‚force‘ will evolve in the future to take into account the growing threat of cyberwarfare. Such a change would not require any alteration of Article 2(4), of course, just a reinterpretation of its terminology in customary international law, based on state practice and opinio juris in the usual way.“

⁸ Brunnée/Toope, International and Comparative Law Quarterly 67 (2018), 263 (279): „Since much of the content of Article 51 of the UN Charter is provided by customary law, the treaty provision is subject to the inherent dynamism of this process.“

⁹ Bothe, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 255 (256): „Was die Selbstverteidigung als Rechtfertigung angeht, so verweist die Satzung auf ein vorbestehendes Verbot (‚inherent right‘). Das rechtfertigt es, auch für seine Fortentwicklung gewohnheitsrechtliche Maßstäbe anzulegen.“

¹⁰ Tams, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), Self-defence Against Non-State Actors, 2019, S. 90 (106–108).

¹¹ Vgl. infra Abschnitt V, 134–149.

verbots besondere Verstrickungen zwischen beiden Rechtsregimes gibt. Bereits die Formulierung des Artikel 51 UNC nimmt auf das „inherent right of individual or collective self-defence“ Bezug, das der IGH zutreffend als eine Referenz auf Gewohnheitsrecht interpretiert hat.¹² Im Gegensatz also zu sonstigen Fällen eines sich parallel oder im Hintergrund von Vertragsregimes entwickelnden Gewohnheitsrechts ist der gewohnheitsrechtliche Charakter eng mit dem Vertragsrecht verwoben, was insbesondere in den frühen Jahren des Bestehens der UN-Charta zu nicht unerheblichen rechtlichen Auseinandersetzungen (insbesondere im Hinblick auf das Fortleben des Rechts zur Selbstverteidigung aus Prä-Charta-Zeiten) führte.¹³

Zweitens ist relevant, dass auch in den völkerrechtlichen Auseinandersetzungen in der Wissenschaft, aber auch zwischen Staaten, die Legalität von militärischen Interventionen unter Rekurs auf Völkergewohnheitsrecht postuliert wird. So wird beispielsweise die behauptete Legalität humanitärer Interventionen in der wissenschaftlichen Debatte oft ausdrücklich auf eine völkergewohnheitsrechtliche Regel gestützt.¹⁴ Auch in der Staatspraxis bezieht sich insoweit das Vereinigte Königreich beispielsweise ausdrücklich auf eine völkergewohnheitsrechtliche Grundlage.¹⁵ Impliziert in dieser Behauptung ist, dass das Gewohnheitsrecht – wie auch immer dogmatisch begründet – auch hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die UN-Charta rechtfertigend wirke.¹⁶

Drittens lässt sich ein allgemeines Postulat dahingehend, dass es sich beim Vertragsrecht um eine vorgängig zu behandelnde *lex specialis* handelt, nicht mit den anerkannten völkerrechtlichen Prinzipien vereinbaren. Artikel 38 des IGH-Statuts, der die vom Gericht anzuwendenden Rechtsquellen anführt, nennt Völkergewohnheitsrecht ebenso wie Vertragsrecht, ohne dass beide hierarchisiert würden.¹⁷ Im Gegenteil, es besteht weithin Einigkeit, dass beide Rechtsquellen einander grundsätzlich gleichwertig sind.¹⁸ Zwar ist es für viele Rechtsbereiche kennzeich-

¹² IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 94 (para. 176).

¹³ Vgl. insoweit die Debatten im Hinblick auf die zeitliche Reichweite des Selbstverteidigungsrechts (supra 48) sowie im Hinblick auf das Recht zu humanitärer Intervention (supra 68).

¹⁴ Siehe dazu näher infra 146, insb. Nachweise in Fn. 316.

¹⁵ Vgl. Foreign and Commonwealth Office, „The expanding role of the United Nations and its implications for UK policy“, *British Yearbook of International Law* 63 (1992), 825 (827): „[T]he intervention in northern Iraq ‚Provide Comfort‘ was in fact, not specifically mandated by the United Nations, but the states taking action in northern Iraq did so in exercise of the customary international law principle of humanitarian intervention“.

¹⁶ Dazu im folgenden Abschnitt V (134 ff.).

¹⁷ Vgl. auch *Akehurst*, *British Yearbook of International Law* 47 (1975), 1 (27) (mit Verweisen zur gegenteiligen Auffassung).

¹⁸ *Czapliński*, *International and Comparative Law Quarterly* 38 (1989), 151 (162); *Czapliński/Danilenko*, *Netherlands Yearbook of International Law* 21 (1990), 3 (7 f.); *Verzijl/Fitzmaurice*, in: *Symbolae Verzijl: Présentées Au Prof. J. H. W. Verzijl, à l’occasion de son LXXième Anniversaire*, 1958, S. 153 (173 f.); *Kontou*, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, 1994, S. 20; *Schweisfurth*, *Völkerrecht*, 2006, S. 83 (Rn. 132–134); *Wolf-*

nend, dass sich ein vertragsrechtliches *lex-specialis*-Regime herausbildet. Sofern aber – wie im Bereich des Gewaltverbots – das Gewohnheitsrecht weiterhin eine eigenständige Rolle spielt, besteht kein schlagendes Argument, warum ein Staat seine Handlungen und Rechtfertigungen nicht in den Kontext des Gewohnheitsrecht stellen könnte, beziehungsweise, warum dies nicht auch aus wissenschaftlicher Perspektive ein überzeugender Zugang sein sollte. Dass einige der – wie Artikel 38 Abs. 1 (d) des IGH-Statuts formuliert – „fähigsten Völkerrechtler“ der die gewohnheitsrechtliche Dimension des Gewaltverbots betonenden Position zuneigen, ist schon als solches ein gewichtiges Argument, das Zusammenspiel der Rechtsquellen nicht außen vor zu lassen.

Bei einer Analyse der unterschiedlichen Rechtsquellen des Gewaltverbots, der dogmatischen Voraussetzungen ihrer jeweiligen Änderungen sowie von deren Interaktion handelt es sich dabei nicht um eine allein theoretische oder akademische Fragestellung.¹⁹ Für die Bestimmung der sich aus dem völkerrechtlichen Gewaltverbot ergebenden Pflichten ist es theoretisch, aber auch praktisch unabdingbar, ein genaues Verständnis der Rechtsquellen zu haben, denn Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht entstehen und entwickeln sich nach unterschiedlichen dogmatischen Voraussetzungen, was mithin sowohl ein praktisches als auch theoretisches Problem ist.

Viertens wäre selbst für den Fall, dass man nur dann auf Gewohnheitsrecht abstellen wollte, wenn – wie es etwa im *Nicaragua*-Fall geschah – ein Rückgriff auf Vertragsrecht aus Gründen beschränkter Jurisdiktion ausgeschlossen ist, erforderlich, juristisch stringent und klar beantworten zu können, in welchem Verhältnis Vertrags- und Gewohnheitsrecht stehen und ob oder gegebenenfalls inwieweit die Pflichten aus beiden Regimes konvergieren oder unter Umständen konfliktieren.

Der IGH jedenfalls hat seine Position klar zum Ausdruck gebracht und zurückgewiesen, dass Artikel 51 UNC Gewohnheitsrecht verdrängen könne.²⁰ Er hat vielmehr postuliert, dass selbst bei Deckungsgleichheit beider Rechtsregimes beide ihre eigenständige Existenz behielten.²¹

ke, Custom in Present International Law, 2. Aufl., 1993, S. 110; *Dinstein*, Recueil des Cours 322 (2006), 243 (413); *Wolfrum*, Sources of International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, Rn. 11.

¹⁹ So aber: *Drost*, The Crime of State, 1959, Bd. I, S. 46: „In view of the near universality of membership of the World Organization [...] the difference between general international law remains an academic question“.

²⁰ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 95 (para. 176).

²¹ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 95 (para. 178): „There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence.“

Zu guter Letzt ist schließlich auch von großer Bedeutung, dass die nationalen Rechtsordnungen mit den verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlich umgehen und insoweit eine abweichende Bindungswirkung für vertragliche und gewohnheitsrechtliche Pflichten besteht, die eine konkrete Pflichtbestimmung erforderlich macht. In der Bundesrepublik sind völkergewohnheitsrechtliche Regeln über Artikel 25 Grundgesetz (GG) als „allgemeine Regeln des Völkerrechts [...] Bestandteil des Bundesrechts“.²² Ähnliches gilt – wie Pierre-Hugues Verdier und Mila Versteeg darlegen – in einer Vielzahl von Staaten: „[...] the vast majority of national legal systems now recognize custom as directly applicable, at least in principle“.²³

Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Notwendigkeit einer „zweigleisigen“ Betrachtung des völkerrechtlichen Gewaltverbots als Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht. Diese Zweigleisigkeit ist den Besonderheiten dieses Rechtsgebiets geschuldet, in dem vertragsrechtliche Regeln und Völkergewohnheitsrecht deutlich enger verwoben sind als in anderen Bereichen und in denen diese Offenheit auch in der staatlichen Praxis aufrechterhalten und nicht zu Gunsten eines Primats des Vertragsrechts verdrängt wird.

Angesichts dessen wollen wir nunmehr sowohl die gewohnheitsrechtlichen (dazu im Folgenden II.) sowie die vertragsrechtlichen (dazu im Folgenden III.) Grundlagen für die Ermittlung des konkreten Inhalts der Rechtsnormen des völkerrechtlichen Gewaltverbots untersuchen.

II. Völkergewohnheitsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots

Völkergewohnheitsrecht steht schon lange in der Kritik. Als ungeschriebenes Recht ist es gegenüber dem Völkervertragsrecht noch unwägbarer und wird damit oft als inkonsistent, unverlässlich und in theoretischer Hinsicht unverstanden kritisiert.²⁴ In diesem Sinne betont Guzman, dass es sich bei Gewohnheitsrecht um eine schwache Kraft im Völkerrecht handle mit nur gelegentlichem Einfluss auf Ergebnisse,²⁵ und radikalisiert seine Skepsis später sogar noch einmal: „[...] one might ask whether the impact of CIL, whatever it may have been in the past, has faded to the point of irrelevance“.²⁶ Krieger und Nolte diagnostizieren die Krise des Völkergewohnheitsrechts.²⁷ Als Ursache für diese Krise wird oft ein fehlender Konsens

²² Vgl. hierzu ausführlich *infra* 385–396.

²³ Verdier/Versteeg, *American Journal of International Law* 109 (2015), 514 (515).

²⁴ Vgl. z. B. Posner/Goldsmith, *University of Chicago Law Review* 66 (1999), 1113 (1114): „CIL remains a puzzle. It lacks a centralized lawmaker, a centralized executive enforcer, and a centralized, authoritative decisionmaker. The content of CIL seems to track the interests of powerful nations. The origins of CIL rules are not understood.“

²⁵ Guzman, *California Law Review* 90 (2002), 1823 (1877): „I believe that it is a weak force on international law and may affect outcomes only infrequently.“

²⁶ Guzman, *Michigan Journal of International Law* 27 (2005), 115 (119), dies fragend, um alsdann zu zeigen, wie sich Völkergewohnheitsrecht richtig verstanden retten lässt.

²⁷ Krieger/Nolte, *KFG Working Paper Series* 1 (2016), 1 (12).

über die dogmatischen, methodologischen und theoretischen Grundlagen des Völkergewohnheitsrechts identifiziert: „CIL is under-theorized in general, and what theory it has is often incompletely formulated.“²⁸ Ungeachtet dessen leben Referenzen auf gewohnheitsrechtliche Normen fort – sowohl in der Praxis der Staaten und internationalen Organisationen, in den Entscheidungen internationaler Gerichte ebenso wie in wissenschaftlichen Abhandlungen. Daher scheinen Berichte über die Irrelevanz des Gewohnheitsrechts „greatly exaggerated“.²⁹

In der Völkerrechtswissenschaft hat es in Ansehung solcher gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht kritischen Diagnosen in den letzten Jahren eine Reihe von Versuchen gegeben, die dogmatische Basis des Völkergewohnheitsrechts zu stärken und eine theoretische Grundlage zu entwickeln, die die einzelnen streitigen Komponenten des Gewohnheitsrechts in einen übergreifenden Zusammenhang stellen kann und damit den einstweilen bestehenden Eklektizismus überwindet.³⁰ Eine Einigkeit ist in dieser Hinsicht allerdings einstweilen noch weit entfernt. Die Debatte ist nahezu uferlos, und wir müssen uns an dieser Stelle damit bescheiden, die wesentlichen Konfliktlinien zu skizzieren, die im Hinblick auf das hier interessierende völkerrechtliche Gewaltverbot von Belang sind.

1. Elemente des Völkergewohnheitsrechts

Artikel 38 des IGH-Statuts, der das durch den IGH anwendbare Recht aufführt, benennt als eine Rechtsquelle das Völkergewohnheitsrecht, nämlich „international custom, as evidence of a general practice accepted as law“.³¹ In dieser Formulierung angeführt und auch in der Literatur nahezu unstrittig ist, dass Völkergewohnheitsrecht zwei Komponenten verlangt – auf der einen Seite nämlich eine „allgemeine Praxis“ der Staaten, auf der anderen Seite muss diese Praxis getragen sein von einer Rechtsauffassung der Staaten (*opinio juris*), der zufolge diese Praxis als rechtmäßig gewertet wird. Völkergewohnheitsrecht ist insoweit – wie Posner und Sykes sagen – ein „impliziter Vertrag“,³² zu dem Staaten in doppelter und damit intersubjektiv nachvollziehbarer Weise ihre Zustimmung erklären müssen – auf der Ebene

²⁸ *Guzman*, Michigan Journal of International Law 27 (2005), 115 (166).

²⁹ *Scharf*, ILSA Journal of International & Comparative Law 20 (2014), 305 (308); vgl. auch *Bederman*, Duke Journal of Comparative & International Law 21 (2010), 31 (43f.): „Reports of the imminent demise of customary international law, which have been circulating for decades, thus seem premature. It is highly unlikely that the treaty-making process in international law will ever completely supplant CIL, even though (admittedly) more and more areas subject to exclusively customary regulation will be codified over time.“ – Fußnoten ausgelassen.

³⁰ Vgl. etwa *Guzman*, Michigan Journal of International Law 27 (2005), 115 (Entwicklung eines *rational-choice*-Modells des Gewohnheitsrechts); *Posner/Goldsmith*, University of Chicago Law Review 66 (1999), 1113 (Präsentation eines gegenüber der Wirkung von Gewohnheitsrecht skeptischen Verständnisses basierend auf einem spieltheoretischen Zugang); *Verdier/Voeten*, American Journal of International Law 108 (2014), 389 (Erklärung der steuernden Wirkung des Völkergewohnheitsrechts aus staatlicher Sorge um den Präzedenzcharakter etwaiger Verstöße).

³¹ Statute of the International Court of Justice, 24. Oktober 1945, Art. 38 Abs. 1 (b).

³² *Posner/Sykes*, Michigan Law Review 110 (2011), 243 (252).

des Handelns wie auf der Ebene einer artikulierten rechtlichen Überzeugung. Beide Elemente geben – ebenso wie ihre jeweilige Gewichtung und ihr Verhältnis zueinander – Raum für erheblichen Streit, dem wir uns nunmehr zuwenden wollen.

a) *Allgemeine Staatenpraxis im Gewaltverbot*

Die erste Voraussetzung für eine gewohnheitsrechtliche Rechtsnorm ist das Bestehen einer allgemeinen Staatenpraxis. Zentral ist insoweit stets, inwieweit eine Übereinstimmung zwischen Norm und Praxis bestehen muss und – spiegelbildlich – welches Ausmaß an abweichendem Verhalten tolerabel ist. Für die Feststellung völkergewohnheitsrechtlicher Normen ergibt sich daraus eine Reihe schwieriger Fragen.

Erstens stellt sich das Problem der Konkretisierung des Begriffs der Allgemeinheit der Praxis. Die Rechtsprechung des IGH bringt für die Konkretisierung des Begriffs der Allgemeinheit eine Reihe recht abstrakter Kriterien in Anschlag. Danach muss die Praxis einige Verbreitung haben, das heißt von vielen Staaten ausgeübt werden.³³ Der IGH verlangt, dass sie beständig („settled“)³⁴ und umfangreich („extensive“),³⁵ konstant („constant“)³⁶ und (nahezu) einheitlich („virtually uniform“)³⁷ ist. Das verlangt regelmäßig das Bestehen der Praxis für eine gewisse Zeit („sufficiently long“).³⁸ Allerdings hat der IGH in den *North-Sea-Continental-Shelf*-Fällen erkannt, dass eine bestimmte Dauer der Praxis nicht erforderlich ist, sondern dass bereits eine kurze Praxis ausreichen kann, wenn sie im Hinblick auf Ausmaß und Einheitlichkeit eindeutig ist.³⁹ Auch in kurzer Zeit kann sich eine einheitliche Praxis herauskristallisieren – dem trägt auch die (umstrittene) Lehre vom sofortigen Gewohnheitsrecht (*instant custom*) Rechnung, der zufolge sich Gewohnheitsrecht auch in einem konkreten Moment herausbilden kann.⁴⁰ Die Proble-

³³ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, S. 8, para. 7.

³⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 108 (para. 207); IGH, *Jurisdictional Immunities of the State*, Urteil vom 3. Februar 2012, ICJ Reports 2012, 99, 122 (para. 55).

³⁵ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 74).

³⁶ IGH, *Asylum Case* (Colombia/Peru), Urteil vom 20. November 1950, ICJ Reports 1950, 266, 277; IGH, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, Merits, Urteil vom 12. April 1960, ICJ Reports 1960, 6, 40; IGH, *Fisheries Case*, (United Kingdom v. Norway), Urteil vom 18. Dezember 1951, ICJ Reports 1951, 116, 139.

³⁷ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 74).

³⁸ IGH, *Fisheries Case*, (United Kingdom v. Norway), Urteil vom 18. Dezember 1951, ICJ Reports 1951, 116, 139.

³⁹ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 74).

⁴⁰ Grundlegend dazu *Cheng*, *Indian Journal of International Law* 5 (1965), 23 (35–40); grundsätzlich für die Möglichkeit, in Ausnahmekonstellationen eine gewohnheitsrechtliche Norm durch die Verabschiedung einer einstimmigen Resolution der UN-Generalversammlung zu er-

me sind ebenso komplex wie breit diskutiert worden und sollen hier nur aufgegriffen werden, insofern sie für Fragen des Gewaltverbots besondere Relevanz haben.

aa) Begriff der Praxis

Für die Bestimmung des völkergewohnheitsrechtlichen Gewaltverbots ist in einem ersten Schritt bereits problematisch, was als Praxis der Staaten zu gelten hat. Unstreitig unterfallen staatliche Handlungen dem Praxisbegriff – also staatlicherseits betriebene militärische Interventionen. Verstoßen solche Interventionen gegen das Gewaltverbot, sind wir mit staatlichen Maßnahmen konfrontiert, die mitunter Anhaltspunkte gegen die Allgemeinheit der das Gewaltverbot tragenden Praxis geben könnten. Allerdings haben wir es beim Gewaltverbot mit einer negativen Pflicht zu tun, der Pflicht nämlich, es zu unterlassen, gegen einen anderen Staat (im Einzelfall nicht gerechtfertigte) Gewalt einzusetzen. Insofern ist ein in der Wissenschaft streitiger Punkt, ob auch der Umstand, dass es nicht zu rechtswidrigem Gewalteintritt kam, als die Norm bestätigende Praxis gewertet werden kann – dies wird auch als „negative Praxis“ bezeichnet.⁴¹ „Last year“, so illustriert Glennon diesen Punkt, „Canada did not attack Mongolia; Guatemala did not attack New Zealand; Syria did not attack Luxembourg. States generally act consistently with the rule; isn't that evidence that they accept the rule as binding law?“⁴² Man könnte also, das möchte uns Glennon zeigen, einen potenziell endlosen Katalog abwegiger und ausageloser negativer Praxis aufzählen – eine Praxis zumal, die, wie in den Beispielen Glennons, für die Staaten gar nicht möglich oder sinnvoll wäre.

Andererseits manifestiert sich doch auch, das betont der ehemalige Rechtsberater der britischen Regierung Sir Daniel Bethlehem, in dem, was nicht passiert, die Präsenz des Rechts: „[...] there is a great deal that does not happen, and it may not happen because of the law“.⁴³ Überwiegend wird daher dafür argumentiert, negative Praxis grundsätzlich in Betracht zu ziehen. Zu Recht betont in diesem Sinne die International Law Commission (ILC) und nimmt dabei explizit auf das Gewaltverbot Bezug: „Inaction is a form of practice that (when general and coupled with acceptance as law) may give rise to a rule of customary international law. Well-known examples include [...] abstaining from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State“.⁴⁴ Diese Position ist grundsätzlich plausibel, denn durch Unterlassen illegalen Gewalteintritts wird

richten: *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, International Law Association Reports of Conferences 69 (2000), 712 (772 ff.); kritisch: *Verdier/Voeten*, American Journal of International Law 108 (2014), 389 (419); vgl. ferner infra 99.

⁴¹ Vgl. IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Urteil vom 14. Februar 2002, ICJ Reports 2002, 3, 144 f. (para. 13) (Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert).

⁴² *Glennon*, Georgetown Law Journal 93 (2005), 939 (972).

⁴³ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (29).

⁴⁴ ILC, Third report on identification of customary international law by Special Rapporteur Michael Wood, 27. März 2015, UN Doc. A/CN.4/682, para. 20.

der negativen Pflicht ja gerade Genüge getan. Wichtig ist in diesen Fällen aber, dass aus den Umständen (etwa durch Stellungnahmen der Staaten) deutlich wird, dass die „negative Praxis“ aus einer bewussten staatlichen Entscheidung resultiert – insofern können wir eine Bewertung nicht ohne Indikatoren für eine entsprechende Rechtsauffassung der Staaten vornehmen.⁴⁵ Es kommt mithin auf den Kontext der negativen Praxis an.⁴⁶

Insofern ist beispielsweise die Entscheidung von George H. W. Bush aus dem Jahr 1991, die Regierung Saddam Hussein im Rahmen der durch den UN-Sicherheitsrat autorisierten Operation *Desert Storm* nicht zu stürzen, erwähnenswert. Bush bekannte sich zum völkerrechtlichen Gewaltverbot, indem er die Begrenztheit des Mandats des Sicherheitsrats betonte und als Motivation für einen Verzicht auf die Ausweitung der Intervention anführte.⁴⁷ Auch die Entscheidungen der Bundesrepublik Deutschland⁴⁸ und Frankreichs⁴⁹ gegen eine Beteiligung an der durch die USA geführten Irakintervention des Jahres 2003 sind hier illustrativ, denn beide Staaten sahen von einer Teilnahme mit Verweis auf die Illegalität der US-Intervention ab. Auch wenn Staaten beispielsweise in regionalen oder bilateralen Verträgen auf den Gewalteinsatz verzichten, ist der Umstand des Unterlassens von Interventionen grundsätzlich als eine ebenfalls relevante Praxis zu werten.

Ein weiterer Hauptstreitpunkt der dogmatischen Debatten im Bereich des Gewaltverbots ist die Frage, ob Praxis nur tatsächliche Handlungen von Staaten umfasst oder ob auch verbale Deklarationen als Praxis angesehen werden können. Tra-

⁴⁵ In diesem Sinne auch Wyngaert: IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Urteil vom 14. Februar 2002, ICJ Reports 2002, 3, 145 (para. 13) (Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert): „A ‚negative practice‘ of States [...] cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Abstention may be explained by many other reasons, including courtesy, political considerations, practical concerns [...]. Only if this abstention was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law.“

⁴⁶ In diesem Sinne betonte der irische Repräsentant in der Debatte im Rechtsausschuss der Generalversammlung: „Context was particularly important in the assessment of inaction as a form of practice, and was likely to play a greater role there than in the assessment of other forms of practice.“ – General Assembly, Sixth Committee, Summary record of the 26th meeting, 20. November 2014, UN Doc. A/C.6/69/SR.26, para. 39.

⁴⁷ George Bush, Remarks to the American Society of Newspaper Editors, 9. April 1992, Public Papers of the Presidents of the United States: George Bush, 1992–1993, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1993), S. 564 (569): „And you hear all kinds of people [...] going after this administration and our military for stopping too soon. I don’t think that’s right. Am I happy Saddam Hussein is still there? Absolutely not. Am I determined he’s going to live with these resolutions? Absolutely. But we did the right thing. We did the honorable thing. And I have absolutely no regrets about that part of it at all.“

⁴⁸ Vgl. insoweit das Interview mit Gerhard Schröder: *Erlanger*, German Leader’s Warning: War Plan Is a Huge Mistake, New York Times (online ed.), 5 September 2002, <http://www.nytimes.com/2002/09/05/world/traces-of-terror-perspectives-german-leader-s-warning-war-plan-is-a-huge-mistake.html> [abgerufen am 29. März 2021].

⁴⁹ Vgl. das Interview mit Jacques Chirac: Threats and Responses: Perspectives/Jacques Chirac; French Leader Offers America Both Friendship and Criticism, New York Times (online ed.), 9 September 2009, <http://www.nytimes.com/2002/09/09/world/threats-responses-perspectives-jacques-chirac-french-leader-offers-america-both.html> [abgerufen am 29. März 2021].

ditionell zielte der Begriff der Praxis auf die Erfassung des tatsächlichen Verhaltens von Staaten,⁵⁰ nicht auf Reflexionen über das Verhalten.⁵¹ Dieses traditionelle Verständnis von Praxis findet sich nach wie vor bei einer Reihe von Autoren. D'Amato zum Beispiel führt aus: „[...] a state has not done anything when it makes a claim; until it takes enforcement action, the claim has little value as a prediction of what the state will actually do“.⁵² Deklarationen können zu Täuschungszwecken eingesetzt werden,⁵³ und man sollte diesen Täuschungen nicht durch eine Überbewertung staatlicher Äußerungen erliegen.⁵⁴

Allerdings sprechen die besseren Argumente gegen einen verbale Deklarationen ausschließenden Begriff der Praxis. Die Foren, in denen sich staatliche Rechtsauffassungen artikulieren können, haben sich durch die Proliferation internationaler Organisationen und anderer Arenen, durch die Entwicklung der Medien sowie durch eine generell größere Öffentlichkeit seit dem 19. Jahrhundert substantiell gewandelt.⁵⁵ Wollte man verbale staatliche Positionierungen vollkommen außer Acht lassen, so würde man das Feld potenziell relevanter Praxis erheblich limitieren, da verbale Praxis in der Tat weitaus verbreiteter ist als tatsächliche Handlungen.⁵⁶ In manchen Bereichen ist physische Praxis äußerst rar, so dass es nahezu unmöglich wäre, eine gewohnheitsrechtliche Norm zu ermitteln.⁵⁷ Berücksichtigte man verbale Praxis nicht, so marginalisierte man zudem auch die Auffassungen weniger mächtiger Staaten, da diese weniger Ressourcen für tatsächliche Praxis haben und an deren Stelle auf verbale Deklarationen zurückgreifen müssen.⁵⁸

Des Weiteren bestünden besondere Probleme dort, wo es – wie im Bereich des Gewaltverbots – um auf Unterlassen gerichtete gewohnheitsrechtliche Pflichten geht. Diese können sich naturgemäß nur bedingt in positiven Handlungen manifestieren. Auch würde eine Nichtbeachtung verbaler Praxis mitunter auch Konfrontationen befördern, da Staaten – zum Beispiel im Hinblick auf von ihnen proklamierte Territorien – ihre Ansprüche aktiv praktisch, und das heißt zuletzt militärisch, geltend machen müssten, um unter dieser Perspektive ernst genommen

⁵⁰ *Oppenheim*, International Law, 2. Aufl., Bd. I (Peace), 1912, S. 22.

⁵¹ *Fitzmaurice*, British Yearbook of International Law 30 (1953), 1 (67f.).

⁵² *D'Amato*, The Concept of Custom in International Law, 1971, S. 88.

⁵³ *Bodansky*, in: Arsanjani u. a. (Hrsg.), Looking to the Future, 2011, S. 119 (125): „[A] state may deliberately seek to mislead, opportunistically citing a norm that it does not itself accept, in order to criticize another state.“

⁵⁴ *Hoof*, Rethinking the Sources of International Law, 1983, S. 108; *D'Amato*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 21 (1988), 459 (465); *Wolfke*, Custom in Present International Law, 2. Aufl., 1993, S. 42; vgl. auch IGH, Anglo-Norwegian Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Urteil vom 18. Dezember 1951, ICJ Rep. 1951, 116, 191 (Dissenting Opinion Read).

⁵⁵ Vgl. *Bernhardt*, Recueil des Cours 205 (1987), 247 (267).

⁵⁶ *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, International Law Association Reports of Conferences 69 (2000), S. 712 (725).

⁵⁷ *Müllerson*, in: Wellens (Hrsg.), International Law, 1998, S. 161 (162).

⁵⁸ *Byers*, Custom, Power and the Power of Rules, 1999, S. 134.

zu werden.⁵⁹ Insbesondere im Bereich internationaler Straftaten und bewaffneter Konflikte würde eine Nichtbeachtung verbaler Akte als Praxis schließlich dazu führen, dass die durch Praxis unterlegten Positionen von Staaten, die sich an Aggression, Völkermord oder Ähnlichem beteiligen, schwerer wögen als die Positionen rechtstreuer Staaten, die sich darauf verlegen, die Rechtsbrüche anderer Staaten zu verurteilen.⁶⁰

Der IGH hat verschiedene Formen verbaler Deklarationen als Praxis gewertet,⁶¹ und auch die ILC ist der Auffassung, dass Praxis verschiedene Formen annehmen könne und sowohl physische als auch verbale Akte einschließe.⁶² Folglich ist es grundsätzlich angebracht, sowohl physische als auch verbale Akte als mögliche Formen von Praxis anzuerkennen.⁶³

Ein weiterer höchst umstrittener Aspekt im Hinblick auf den Begriff der Praxis betrifft die Frage, ob auch die Akte internationaler Organisationen, insbesondere Resolutionen der UN-Generalversammlung oder des UN-Sicherheitsrates, als staatliche Praxis gewertet werden können. Für den Bereich des Gewaltverbots ist dies von besonderer Bedeutung, da die Staaten in einer Reihe von Resolutionen der UN-Generalversammlung – allem voran der *Friendly Relations Declaration*⁶⁴ und der *Definition of Aggression*⁶⁵ – nicht nur wichtige Konkretisierungen des Gewaltverbots vorgenommen, sondern darüber hinaus auch weit reichende Bekenntnisse zur universalen Geltung des Gewaltverbots abgegeben haben. Die allgemeine, auch von der ILC vertretene Auffassung erkennt Resolutionen internationaler Organi-

⁵⁹ ILC, Second report on identification of customary international law by Special Rapporteur Michael Wood, 22. Mai 2014, UN Doc. A/CN.4/672, para. 37.

⁶⁰ Müllerson, in: Wellens (Hrsg.), *International Law*, 1998, S. 161 (162).

⁶¹ Vgl. IGH, *Asylum Case (Colombia/Peru)*, Urteil vom 20. November 1950, ICJ Reports 1950, 266, 277 (Berücksichtigung eines nichtratifizierten völkerrechtlichen Vertrags); IGH, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Urteil vom 27. August 1952, ICJ Reports 1952, 176, 200 (Berücksichtigung diplomatischer Korrespondenz); IGH, *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/Denmark; Germany/Netherlands)*, Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, para. 47, 100 (Berücksichtigung einer unilateralen Deklaration); IGH, *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom and Northern Ireland v. Iceland)*, Merits, Urteil vom 25. Juli 1974, ICJ Reports 1974, 3, para. 55–58 (Berücksichtigung unilateraler Änderungsvorschläge).

⁶² ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 2018, Vol. II, Part Two, 133 (Draft Conclusion 6.1): „Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts.“

⁶³ Vgl. auch Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, 1965, S. 63; Baxter, *British Yearbook of International Law* 41 (1965–66), 275 (300); Skubiszewski, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31 (1971), 810 (812f.); Bernhardt, *Recueil des Cours* 205 (1987), 247 (267); Akehurst, *British Yearbook of International Law* 47 (1975), 1 (53); Müllerson, *Austrian Review of International and European Law* 2 (1997), 341 (342–344); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2. Aufl., 1997, S. 19f.

⁶⁴ UN-Generalversammlung, Resolution 2625(XXV), 24. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).

⁶⁵ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression).

sationen nicht als solche als potenziell relevante Praxis an.⁶⁶ Eine Resolution kann aber Ausdruck einer entsprechenden Praxis sein und einen Hinweis auf die Verbreitung einer entsprechenden staatlichen Praxis geben.⁶⁷

bb) Allgemeinheit der Praxis

Das für die Bestimmung völkergewohnheitsrechtlicher Normen omnipräsente Problem ist die Festlegung, welcher Grad an Dichte und an Allgemeinheit von Praxis zu verlangen ist. Für die Operationalisierung dessen, was als allgemeine Praxis zählen kann, hat weder die Praxis noch die Literatur allgemein anerkannte konkretisierende Vorgaben entwickeln können.⁶⁸ Die International Law Association (ILA) hat in ihrer Studie zum Völkergewohnheitsrecht insoweit festgehalten, dass es keiner bestimmten Zahl partizipierender Staaten bedürfe und dass bei einer repräsentativen Staatenbeteiligung ohne signifikanten Widerspruch sich nicht einmal die Hälfte der Staaten beteiligen müsse.⁶⁹ Dies dürfte für eine Reihe von Rechtsbereichen, zum Beispiel für Aktivitäten im Weltraum, noch deutlich niedriger anzusiedeln sein, da nur wenige Staaten hier aktiv sind.

Für den Bereich des Gewaltverbotes zeigt sich an dieser Stelle, dass das Ergebnis der Bewertung der Allgemeinheit bestehender Praxis vor allem davon abhängt, was wir als Praxis in die Betrachtung einstellen. Berücksichtigen wir die diskutierte negative Praxis sowie die Deklarationen von Staaten und die Resolutionen internationaler Organisationen, so zeichnet sich ein gegenüber der Existenz des Gewaltverbots deutlich zuversichtlicheres Bild, als wenn wir uns primär auf die tatsächlichen staatlichen Handlungen beziehen und damit eben eher die Verstöße gegen das Gewaltverbot in den Blick nehmen.

cc) Gewichtung der Praxis

Drittens ist umstritten, ob die Praxis der Staaten einer Gewichtung unterzogen werden kann oder gar muss. Weithin ist anerkannt, dass die Praxis der von einer Norm besonders betroffenen Staaten (also etwa Küstenstaaten und Seemächte im Fall gewohnheitsrechtlichen Seerechts) besondere Bedeutung hat. Dies hat der

⁶⁶ ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 147 (Conclusion 12).

⁶⁷ Vgl. aber auch weitergehende Vorschläge dahin, dass auch die Praxis des UN-Sicherheitsrats als Beleg für Völkergewohnheitsrecht („evidence of customary international law“) gelten solle: *Fox/Boon/Jenkins*, *American University Law Review* 67 (2018), 649 (649f.).

⁶⁸ *Guzman*, *Michigan Journal of International Law* 27 (2005), 115 (124); *D'Amato*, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, S. 58.

⁶⁹ *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, *International Law Association Reports of Conferences* 69 (2000), 712 (736): „Given the inherently informal nature of customary law, it is not to be expected, neither is it the case, that a precise number or percentage of States is required. Much will depend on circumstances and, in particular, on the degree of representativeness of the practice [...]. Provided that participation is sufficiently representative, it is not normally necessary for even a majority of States to have engaged in the practice, provided that there is no significant dissent.“

IGH in der Entscheidung zum *North Sea Continental Shelf* betont⁷⁰ und auch in der Literatur findet diese Auffassung Niederschlag.⁷¹ Die hervorgehobene Berücksichtigung der besonders betroffenen Staaten bei der Bildung von Völkergewohnheitsrecht bleibt aber eine äußerst umstrittene Frage, insbesondere weil sie Ansatzpunkt für hegemoniale Zugänge zum Gewohnheitsrecht sein kann, die der Praxis von mächtigen Staaten größeres Gewicht einräumt.⁷² Die ILA interpretiert in diesem Sinne etwa das Erfordernis der Repräsentativität der Praxis,⁷³ die bei fehlender Akzeptanz einer Praxis durch besonders betroffene Staaten nicht gegeben sei.⁷⁴ Der Streit spiegelt sich auch in den Debatten der ILC. Im Bericht zur Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht aus dem Jahr 2014 hieß es insoweit noch, dass „[i]n assessing practice, due regard is to be given to the practice of States whose interests are specially affected“.⁷⁵ In der Folge von Kritik fiel diese *Draft Conclusion* schließlich weg und es heißt nunmehr nur noch im Kommentar: „[I]n assessing generality, an indispensable factor to be taken into account is the extent to which those States that are particularly involved in the relevant activity or are most likely to be concerned with the alleged rule (‘specially affected States’) have participated in the practice.“⁷⁶

Für das Gewaltverbot kann man aus dieser Überlegung aber nicht schließen, dass die Praxis militärisch potenter sowie die Praxis der tendenziell mit höherer Wahrscheinlichkeit zum Opfer militärischer Gewalt werdenden Staaten besondere Relevanz hätten, denn letztlich sind potenziell alle Staaten von der Gefahr militärischer Interventionen bedroht und es besteht auch ausweislich des bereits in der

⁷⁰ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 43 (para. 74).

⁷¹ *Baxter*, *Recueil des Cours* 129 (1970), 25 (66); *Wolfke*, *Custom in Present International Law*, 2. Aufl., 1993, S. 78; *Arend*, *Legal Rules and International Society*, 1999, S. 92 f.

⁷² Vgl. aber auch den Versuch, die kritischen Potenziale der Doktrin offenzulegen und die „doctrine of specially-affected states, properly understood“ zu entwickeln, die das Potenzial habe, „to provide states in the Global South with more power over the formation of custom than they or Global North states have ever imagined“: *Heller*, *American Journal of International Law* 112 (2018), 191 (243).

⁷³ *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, *International Law Association Reports of Conferences* 69 (2000), 712 (737): „The criterion of representativeness has in fact a dual aspect – negative and positive. The positive aspect is that, if all major interests (‘specially affected States’) are represented, it is not essential for a majority of States to have participated (still less a great majority, or all of them). The negative aspect is that if important actors do not accept the practice, it cannot mature into a rule of general customary law.“

⁷⁴ Vgl. insoweit die Kritik bei: *Chimni*, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1 (22): „The meaning of ‘sufficiently representative’ can then come to be equated with the practice of powerful western nations (and at best the practice of a few non-western nations).“

⁷⁵ ILC, *Report of the International Law Commission, Identification of Customary International Law*, UN Doc. A/69/10, 2014, 240 (Draft Conclusion 9.4).

⁷⁶ ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission* 2018, Vol. II, Part Two, 136 (Commentary to Conclusion 8, para. 4).

Präambel der UN-Charta benannten Zweckes der UN ein allgemeines Interesse an der Friedenswahrung.

Teilweise wird darüber hinaus argumentiert, dass auch der generelle Einfluss eines Staates bei der Bestimmung von Völkergewohnheitsrecht von Bedeutung sei.⁷⁷ „[T]he actions of a great power may be more generative of law than those of smaller states“,⁷⁸ wie Reisman und Armstrong diesen Gedanken formulieren.

Als empirische Beschreibung ist dies unzweifelhaft zutreffend, denn mächtige Staaten haben mehr Ressourcen und können sich schlicht „mehr Praxis leisten“ und darüber hinaus anderen Staaten Anreize geben, ihre Praxis zu unterstützen. Auch ist die Praxis weniger mächtiger, das heißt also auch ökonomisch weniger potenter Staaten regelmäßig schlechter dokumentiert und fließt daher in die Bestimmung völkergewohnheitsrechtlicher Normen nur entsprechend geringfügiger ein.⁷⁹ Zudem, und auf dieses Kriterium stellt D’Amato gar als das wichtigste für eine Differenzierung des Einflusses der staatlichen Positionen ab, können sich mächtige Staaten auch einen höheren Grad an „sophistication in international law“ leisten⁸⁰ und ihre Positionen in klare Rechtssprache übersetzen. Insofern hat eine Praxis mehr Aussicht, zu Recht zu gerinnen, wenn sie von mächtigen Staaten getragen und verteidigt wird. Dennoch darf dies nicht an und für sich genommen als Grund angesehen werden, der Praxis mächtiger Staaten auch von vornherein dogmatisch mehr Gewicht einzuräumen.⁸¹ Naheliegend ist allerdings, dass bereits die Betonung des generell größeren Einflusses mächtiger Staaten auf die Genese des Rechts dazu führen kann, dass die Praxis und Positionen weniger mächtiger Staaten als weniger maßgeblich abgetan werden und sich insoweit durch die Kenntnis der empirischen Effekte bereits auf kategorialer Ebene eine Differenzierung in der Bewertung

⁷⁷ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, 1957, S. 149f.: „Thus it happens that the great Powers, after imprinting a definite direction upon a usage, make themselves its guarantors and defenders. Their role, which was always decisive in the formation of customary international law, is to confer upon usages that degree of effectiveness without which the legal conviction [...] would find no sufficient basis in social reality“; *Baxter*, *Recueil des Cours* 129 (1970), 25 (66): „Even if all members of the community of States have some interest in the subject-matter of the treaty, there must be some weighting of the ‚votes‘ cast for and against the rule according to the size of the State, the volume of its international relations, and, in general, the contribution that it makes to the development of international law“; *Mendelson*, *Recueil des Cours* 272 (1998), 155 (225); Vgl. auch die kritische Diskussion in: *Corten*, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (810–812).

⁷⁸ *Reisman/Armstrong*, *American Journal of International Law* 100 (2006), 525 (526); vgl. auch *Reisman*, *California Western International Law Journal* 17 (1987), 133 (133).

⁷⁹ *Chimni*, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1 (20): „The problem is that the practice of third world states is, in many cases, not systematically assembled and published, making it difficult for it to be furnished or taken into account. The reason for this state of affairs can be traced to, among other things, the lack of human and financial resources to gather and disseminate legally relevant practice.“

⁸⁰ *D’Amato*, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, S. 96.

⁸¹ *Akehurst*, *British Yearbook of International Law* 47 (1975), 1 (23); *Ruys*, „Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 46.

der Praxis einschleicht.⁸² Die Realität rechtlicher Abhandlungen mit ihrem starken Fokus auf die Praxis der USA scheint diesen Aspekt zu unterstreichen.⁸³ Der Fokus auf die Praxis mächtiger Staaten verkörpert einen, wie Brownlie sagt, „hegemonial approach to law-making“, der zuletzt dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten zuwiderläuft.⁸⁴ In diese Richtung weisen auch Positionen aus der Richtung der Third World Approaches to International Law (TWAAIL), die Völkergewöhnheitsrecht wegen der Dominanz entwickelter, kapitalistisch ausgerichteter Staaten als ein Projekt postkolonialer Dominanz und Hegemonie kritisieren.⁸⁵ Chimni wendet sich insoweit gegen die weite Kluft zwischen Theorie und Praxis des Gewohnheitsrechts: „In determining the emergence of a CIL rule, the evidence of state practice to be considered has been democratized in principle in the postcolonial era, but for a variety of reasons it is far from being the case in practice.“⁸⁶

b) *Opinio iuris*

Das zweite Element des Gewohnheitsrechts ist die Rechtsauffassung, die *opinio iuris sive necessitatis* oder schlicht *opinio iuris*.⁸⁷ Unter diesem Kriterium wird ermittelt, ob Staaten eine Praxis in der Überzeugung ausführen, es handle sich hierbei um ein rechtlich gebotenes Verhalten.⁸⁸ Die Feststellung einer *opinio iuris* wird

⁸² Vgl. grundsätzlich zur Kritik von Entwicklungsländern an der Formierung von Völkergewöhnheitsrecht: Galindo/Yip, *Chinese Journal of International Law* 16 (2017), 251–270.

⁸³ Vgl. dazu Gray, die in der dritten Auflage ihres Werks noch einen Fokus auf die US-Praxis diagnostizierte, nunmehr aber feststellt, dass es eine Weitung der Perspektive hin zu einer inklusiveren Betrachtung gebe, Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 15; vgl. dazu noch die Voraufgabe: Gray, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., 2008, S. 11 f.

⁸⁴ Brownlie, *Recueil des Cours* 255 (1995), 9 (49f.): „The hegemonial approach to international relations may be defined as an approach to the sources which facilitates the translation of the difference in power between States into specific advantages for the more powerful actor. The hegemonial approach to the sources involves maximizing the occasions when the powerful actor will obtain ‚legal approval‘ for its actions and minimizing the occasions when such approach may be conspicuously withheld.“

⁸⁵ Chimni, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1 (6): „[T]he non-availability of the state practice of third world countries, and also the paucity of scholarly writings on the subject, allows the identification of rules of CIL primarily on the basis of state practice of advanced capitalist nations and the opinions of their scholars. In other words, while in theory the state practice of all nations is of import in the formation of CIL, this is not so in practice, allowing developed capitalist nations to shape CIL. Even if state practice of third world states is available, the doctrines of specially affected states and persistent objectors undermine their significance.“

⁸⁶ Chimni, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1 (20).

⁸⁷ Dieser Begriff der *opinio juris* ist in Rechtsprechung und Literatur weit verbreitet, vgl. nur IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 44; kritisch gegen diesen Begriff und die Bezeichnung *accepted as law* bevorzugend allerdings: ILC, *Second report on identification of customary international law by Special Rapporteur Michael Wood*, 22. Mai 2014, UN Doc. A/CN.4/672, para. 68.

⁸⁸ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, 3, 44 (para. 77); IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 207).

ganz überwiegend für erforderlich gehalten, wiewohl einige Kommentatoren auch argumentiert haben, dass es des Nachweises einer *opinio iuris* generell oder jedenfalls zumeist nicht bedürfe.⁸⁹ Das Erfordernis der *opinio iuris* ist Ausdruck des Konsenserfordernisses des Völkerrechts, welches nach traditioneller Lehre auf den Willen der Staaten rückführbar sein muss. Allerdings gilt einschränkend, dass nicht der individuell rechtlich gebundene Staat seine Zustimmung erklären muss. Vielmehr handelt es sich um ein generelles Zustimmungserfordernis der Gesamtheit der Staaten.⁹⁰ Das bedeutet, dass Staaten auch ohne ihre konkrete Zustimmung zu einer bestimmten Norm durch eben diese gebunden werden können. Allerdings können sie der Bindung durch eine neue Norm entgehen, indem sie ihren Widerspruch gegen die rechtliche Bindung kontinuierlich aufrechterhalten (*persistent objector*).⁹¹

Ein wesentliches Problem für die Feststellung der *opinio iuris* liegt darin begründet, dass die Staaten ihre Rechtsauffassungen nur selten dezidiert äußern. Sehr häufig finden sich dagegen Äußerungen in politischen Kontexten, in denen nicht sicher auszumachen ist, ob es sich um rechtliche oder politische Stellungnahmen handelt. Die Identifikation einer dezidiert rechtlichen Position aber ist zwingend erforderlich. Eine bloß politisch motivierte Zustimmung zu einem Verhalten reicht als Ausdruck einer *opinio iuris* nämlich nicht aus. Der IGH differenziert klar zwischen politischen und rechtlichen Argumenten⁹² – und nur artikulierte Rechtsauffassungen können auch eine für das Gewohnheitsrecht gestaltende Wirkung haben.

Schwieriger in der Bewertung sind aber die Fälle, in denen Staaten keinerlei *opinio iuris* artikulieren, sondern schweigen. Es handelt sich hier um Konstellationen, in denen eine gewisse, oft auch kleinere Anzahl von Staaten aktiv in einer Praxis engagiert ist und eine entsprechende Rechtsauffassung vertritt, die große Mehrheit der Staaten sich aber hierzu gar nicht positioniert. An sich verhindert die fehlende aktive Positionierung eines Staates (in Form von Praxis oder *opinio iuris*) die Genese einer rechtlichen Norm und auch eine Bindung des schweigenden Staates nicht. Nach der Lehre von der *acquiescence* kann nämlich auch durch Schweigen eine Zustimmung artikuliert werden.⁹³ Voraussetzung dafür ist, dass unter den konkreten

⁸⁹ *Mendelson*, Recueil des Cours 272 (1998), 155 (250): „[I]t is not in fact necessary to demonstrate the presence of the subjective element in all, or perhaps even most, instances“; Lauterpacht hält die Anforderung der *opinio iuris* aufrecht, legt den Schwerpunkt aber auf die Feststellung der Praxis: „[...] it would appear that the accurate principle on the subject consists in regarding all uniform conduct of Governments [...] as evidencing opinio necessitatis juris except when it is shown that the conduct in question was not accompanied by any such intention.“ – *Lauterpacht*, The Development of International Law by the International Court, 1958, S. 380; siehe zur Diskussion ferner: *Akehurst*, British Yearbook of International Law 47 (1975), 1 (32–34).

⁹⁰ *Guzman*, Michigan Journal of International Law 27 (2005), 115 (142).

⁹¹ Ausführlich zur „persistent objector rule“: *Green*, The Persistent Objector Rule in International Law, 2016, S. 59ff.

⁹² Vgl. IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 208).

⁹³ *MacGibbon*, British Yearbook of International Law 31 (1954), 143 (145): „[A]cquiescence [...] constitutes a procedure for enabling the seal of legality to be set upon rules which were formerly in process of development and upon rights which were formerly in process of consolidation. The primary purpose of acquiescence is evidential; but its value lies mainly in the fact that it serves

Umständen nach Lage der Dinge eine Reaktion des Staates zu erwarten gewesen wäre.⁹⁴ Bei den Voraussetzungen der *acquiescence* handelt es sich damit seinerseits wieder um sehr wertungsoffene Kriterien. Die erforderlichen Abgrenzungen sind mithin schwierig, und die Meinungen darüber, wann eine Reaktion zu erwarten wäre, fallen sehr unterschiedlich aus, da kein Konsens über die Voraussetzungen stillschweigender Zustimmung besteht.⁹⁵ Insbesondere im Hinblick auf militärische Interventionen ist es aber ohne weitere Betroffenheit eines Drittstaates nicht generell zu erwarten, dass sich ein Staat hierzu positioniert.⁹⁶ Eine bloße Toleranz artikuliert also keine Zustimmung,⁹⁷ zumal auch weitere Erklärungsansätze für ein Schweigen gegeben sein können, wie der Mangel an Wissen oder politische Erwägungen, die eine staatliche Positionierung inopportun scheinen lassen.⁹⁸ So wird zu Recht davor gewarnt, *reluctant tolerance* als schweigende Zustimmung zu interpretieren,⁹⁹ so dass beispielsweise bloßes für eine Intervention zum Ausdruck gebrachtes Verständnis nicht als eine relevante und einer potenziellen Rechtsänderung zustimmende *opinio iuris* gewertet werden kann.¹⁰⁰

2. Die Entwicklung völkergewohnheitsrechtlicher Normen

Festhalten können wir bis hierher, dass die Ermittlung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm eine Analyse der staatlichen Praxis, der erklärten Rechtsauffassungen und allem voran aber auch der internationalen Reaktionen hierauf verlangt. Gewohnheitsrecht kristallisiert sich zumeist in einem Auseinandersetzungsprozess der Staaten heraus, in einem oft dialektischen Prozess, in dem Staaten bestimmte Handlungen ausführen, Rechtsauffassungen postulieren, aufeinander Bezug nehmen und Unterstützung oder Protest gegen eine bestehende Praxis oder artikulierte Rechtsauffassungen zum Ausdruck bringen. Es geht, wie McDougal

as a form of recognition of legality and condonation of illegality and provides a criterion which is both objective and practical“; vgl. auch für einen historischen Überblick zu Schriften über *acquiescence*: MacGibbon, *British Yearbook of International Law* 33 (1957), 115 (138ff.).

⁹⁴ ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 2018, Vol. II, Part Two, 140 (Conclusion 10.3): „Failure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (*opinio juris*), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.“

⁹⁵ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 38.

⁹⁶ Corten, in: Cannizzaro/Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force*, 2005, S. 119 (132).

⁹⁷ Corten, in: Cannizzaro/Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force*, 2005, S. 119 (134); White/Cryer, *California Western International Law Journal* 29 (1999), 243 (246).

⁹⁸ Roberts, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (778); Garwood-Gowers, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263 (282).

⁹⁹ White/Cryer, *California Western International Law Journal* 29 (1999), 243 (246).

¹⁰⁰ Corten, in: Cannizzaro/Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force*, 2005, S. 119 (134).

dies prägnant beschrieben hat, um die Bewertung des kontinuierlichen Interaktionsprozesses verschiedener *claims*, *counterclaims* und der jeweiligen internationaler Reaktionen.¹⁰¹

Für den Entwicklungsprozess völkergewohnheitsrechtlicher Normen – man könnte auch sagen für deren Lebenszyklus – lassen sich daher drei Phasen unterscheiden: eine Entstehungsphase, eine Bestandsphase und eine Auflösungsphase (was natürlich nicht heißt, dass jede vorgeschlagene Norm über die Entstehungsphase hinaus auch alle Phasen durchlaufen muss).

In der Entstehungsphase wird eine Norm erstmals von einem oder mehreren Staaten postuliert und zur Rechtfertigung von Verhalten herangezogen. Teils wird dieser Prozess auch durch kollektive Handlungen vorangetrieben, wie beispielsweise durch die Schaffung eines völkerrechtlichen Vertragswerks oder durch die Verabschiedung von Resolutionen in internationalen Organisationen. Das gewohnheitsrechtliche Gewaltverbot selbst ist ein Rechtsinstitut, das erst durch die UN-Charta erzeugt wurde; erst die in der UN-Charta erschaffene institutionelle Ordnung kann als Bedingung gesehen werden, dass die Staaten eine entsprechende Praxis und Rechtsauffassung entwickelten.¹⁰² Aber auch die Ausnahmen vom Gewaltverbot sind gewohnheitsrechtlichen Charakters und unterliegen damit Entwicklungsprozessen. Zu denken ist beispielsweise an Militäreinsätze, die als humanitäre Interventionen gerechtfertigt werden. Staaten treten insoweit als „custom pioneers“¹⁰³ auf, wobei diese Rolle nicht selten mit Verstößen gegen geltendes Recht einhergeht¹⁰⁴ – diese Form von Rechtsverstoß zur Rechtsentwicklung werden wir in einem Folgekapitel noch ausführlich als „legislative Illegalität“ analysieren.¹⁰⁵ Wenn nun andere Staaten gleichfalls entsprechende Handlungen vornehmen und ihre Unterstützung für eine neu vorgeschlagene Rechtsnorm artikulieren, hat die neue Norm gute Chancen, bald gewohnheitsrechtlich zu gelten. Wie wir gesehen haben, sind aber insbesondere die erforderliche Allgemeinheit, Dichte und zeitliche Dauer der Praxis äußerst umstritten. In der Literatur finden sich mehrere Konzepte, die betonen, dass der Entstehungsprozess von Gewohnheitsrecht äußerst kurz sein kann. Nach der umstrittenen Lehre vom sofortigen Gewohnheitsrecht (*instant custom*) soll es auch ohne eine allgemeine Praxis möglich sein, dass eine Norm

¹⁰¹ Vgl. im Hinblick auf die Nutzung der Hochsee: *McDougal/Schlei*, Yale Law Journal 64 (1955), 648 (656) „From the perspective of realistic description, the public order of the high seas is not a mere body of rules, but a whole decision-making process, including both a structure of authorized decision-makers and a body of highly flexible, inherited prescriptions: it is a continuous process of interaction in which the decision-makers of individual nation-states unilaterally put forward claims of the most diverse and conflicting character to the use of the world’s seas, and in which other decision-makers, external to the demanding nation-state and including both national and international officials, weigh and appraise these competing claims in terms of the interests of the world community and of the rival claimants, and ultimately accept or reject them.“

¹⁰² *Reisman*, American Journal of International Law 78 (1984), 642 (642).

¹⁰³ *Scharf*, ILSA Journal of International & Comparative Law 20 (2014), 305 (313).

¹⁰⁴ Vgl. *D’Amato*, The Concept of Custom in International Law, 1971, S. 98: „Each deviation contains the seeds of a new rule.“

¹⁰⁵ Vgl. *supra* § 10.

Rechtscharakter erhält.¹⁰⁶ Cheng, der erste Verfechter dieser Theorie, führt insoweit das hypothetische Beispiel an, dass der Staat A ein territoriales Gewässer von 250 Seemeilen postuliert. Dies könne, so Cheng, zu einer sofortigen Veränderung der Rechtslage führen: „[...] if, instead of protesting, they [die Staaten] all follow State A's example and proclaim the next day territorial seas of 250 nautical miles, then a new rule of international law would be born overnight“.¹⁰⁷

Für den Bereich des Gewaltverbots und die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts¹⁰⁸ ist in dieser Hinsicht in jüngerer Vergangenheit beispielsweise von Gray erwogen worden, ob nicht die von den USA geführte Afghanistanintervention aus dem Jahr 2001 und die internationalen Reaktionen hierauf ein sofortiges Gewohnheitsrecht im Hinblick auf ein erweitertes Selbstverteidigungsrecht konstituierten.¹⁰⁹ Die Annahme eines sofortigen Gewohnheitsrechts aber erweist sich als problematisch, da die staatlichen Reaktionen und das weit reichende Unterlassen von Reaktionen auch den gegenteiligen Schluss zulassen, nämlich dass die Staaten eben gerade keine einen neuen Kurs unterstützende Rechtsauffassung haben, sondern sich dezidiert nicht positionieren.¹¹⁰

Eine neuere Fassung des Phänomens einer „accelerated formation of customary international law“¹¹¹ ist von Scharf unter dem Begriff der „Grotian moments“ vorgeschlagen worden.¹¹² Hierbei geht es darum, dass sich neues Gewohnheitsrecht in bestimmten historischen (Umbruch-)Situationen beschleunigt entwickeln sollte, wie beispielsweise nach dem Zweiten Weltkrieg im Hinblick auf die Nürnberger Prozesse. Dieses Konzept verlangt Staatenpraxis, erklärt aber, dass es unter bestimmten Bedingungen nur einer sehr geringen Praxis bedürfe, um eine Norm entstehen zu lassen.¹¹³

¹⁰⁶ Vgl. Nachweise supra 87 (Fn. 40).

¹⁰⁷ Cheng, in: Macdonald/Johnston (Hrsg.), *The Structure and Process of International Law*, 1983, S. 513 (532).

¹⁰⁸ Vgl. zum Hintergrund supra 37–45.

¹⁰⁹ Gray, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 2. Aufl., 2006, S. 589 (602): „This use of force goes beyond the traditional model of self-defence in many ways. It seems that the massive State support for the legality of the US claim to self-defence could constitute instant customary international law and an authoritative re-interpretation of the UN Charter, however radical the alteration from many States' prior conception of the right to self-defence.“

¹¹⁰ Kritisch z. B. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, S. 86: „Custom as a method of law-creation conveys the idea that the rules thus created are practice-based, i. e. that their content is delineated through the practice of States. Instant customary law does precisely the opposite; it suggests that such practice is irrelevant to customary international law. In summary, therefore, customary law and instantaneousness are irreconcilable concepts“; Weil betont den revolutionären Gehalt der Idee einer sofortigen Änderung von Völkergewohnheitsrecht: Weil, *American Journal of International Law* 77 (1983), 413 (435): „This is no mere acceleration of the custom-formation process, but a veritable revolution in the theory of custom.“

¹¹¹ So der Titel des Aufsatzes von Scharf, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 20 (2014), 305.

¹¹² Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change*, 2013, S. 8ff.

¹¹³ Scharf, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 20 (2014), 305 (340): „[T]he Grotian Moment concept is to be distinguished from the controversial notion of instant custom. Grotian Moments represent instances of rapid, as opposed to instantaneous, formation of cus-

Der Regelfall der Entwicklung aber ist, dass sich eine Norm in einem oft Jahrzehnte währenden Prozess herausbildet und sich die Rechtslage somit gewissermaßen an einem Umschlagpunkt ändert. Das Problem ist freilich, dass eine Bestimmung der Rechtslage in Ansehung der graduellen Entwicklung des Rechts in einem multipolaren System sehr schwierig ist. Im Hinblick auf das bereits diskutierte Beispiel des Gewalteinsatzes europäischer Staaten in ihren Kolonien zur Aufstandsbekämpfung kann man sicher sagen, dass dies 1945 auf der Grundlage bestehender Staatenpraxis noch nicht als Verstoß gegen die UN-Charta anzusehen war, wohl aber war eine völkerrechtliche Illegalität im Jahr 1970 anzunehmen. An welchem Punkt nun das Recht aber tatsächlich umschlug, ist schwierig, wenn nicht unmöglich, mit Exaktheit zu bestimmen. Wegen der Prozesshaftigkeit und Dynamik der Ereignisse ist dieser Umschlagpunkt oft nur als ein logischer Moment fassbar, zu meist aber nicht als konkret historisch verortbar. Dies ist also die Hauptschwierigkeit in der Bestimmung darüber, wann die Entstehungsphase in die Bestandsphase übergeht.

Schließlich kann eine Norm des Gewohnheitsrechts sich durch eine aufkommende und verbreitende gegenläufige Praxis auch auflösen. Beschrieben wird dies mit der dogmatischen Figur der *desuetude*.¹¹⁴ Auch hier stellt sich wiederum die Frage, wie dicht eine gegenläufige Praxis sein muss, wie häufig gegen eine Regel verstoßen worden sein muss, damit diese tatsächlich ihre Rechtskraft verliert. Auch insoweit spielen die internationalen Reaktionen auf Verstöße gegen eine Regel eine wichtige Rolle. Nach der Lehre von der *acquiescence* können nämlich Staaten auch stillschweigend einer Normauflösung zustimmen, so dass – bei hinreichend breiter Unterstützung – die Norm letztlich aufhört zu existieren.¹¹⁵

Im Rahmen des Gewaltverbots finden wir seit langem entsprechende Auseinandersetzungen darüber, ob das völkerrechtliche Gewaltverbot in Ansehung weit reichender Verstöße überhaupt noch als eine Rechtsregel angesehen werden kann. In seinem Aufsatz *Who Killed Article 2(4)?* stellte Thomas Franck die These auf, dass das Gewaltverbot wegen der Vielzahl von Verstößen seit Erschaffung der UN-Charta ausgehöhlt worden sei.¹¹⁶ Später wiederholte und aktualisierte er diesen Befund noch einmal¹¹⁷ und auch andere haben – je in Ansehung der letzten Verstöße gegen das Gewaltverbot – argumentiert, dass das Gewaltverbot nicht länger als Recht angesehen werden könne, oder haben jedenfalls die entsprechende Frage

tomy international law. In addition to General Assembly resolutions and international court decisions, Grotian Moments require some underpinning of State practice, whereas advocates of the concept of instant custom argue that customary law can form in the absence of State practice.“

¹¹⁴ Diese wird gemeinhin auf vertragsrechtliche Regelungen angewendet, kann aber auch für Normen des Völkergewohnheitsrechts herangezogen werden – *Wouters/Verhoeven*, *Desuetudo*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2008, Rn. 1.

¹¹⁵ *Weisburd*, *Georgia Journal of International & Comparative Law* 25 (1996), 99 (107): „[A]cquiescence by a system’s authorities in violations of a legal rule amounts to a ‚repeal‘ of that rule.“

¹¹⁶ *Franck*, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809 (insb. 835).

¹¹⁷ *Franck*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607 (610).

aufgeworfen.¹¹⁸ Deutlich wird insoweit, dass jedenfalls auch die Auflösung einer Norm die Frage nach der je erforderlichen Dichte von Verstößen aufwirft.

3. Methodologische Zugriffe auf das Völkergewohnheitsrecht

Wir haben bis hierher gesehen, dass hinsichtlich der Entstehung und Auflösung völkergewohnheitsrechtlicher Regeln unbestimmte Rechtsbegriffe eine zentrale Rolle spielen. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind teils durch Praxis geformt und konkretisiert, zu großen Teilen aber lassen sie dem Rechtsanwender großen Spielraum. Ein wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang ist, dass es im Rahmen des Völkergewohnheitsrechts keine allgemein anerkannte Methodologie gibt, sondern dass letztlich mehrere Zugänge konkurrieren, die alsdann je verschiedene Elemente des Gewohnheitsrechts als zentral erachten. In den Worten Cortens: „[...] specialists in international law are radically opposed to each other on the methodological level, in particular when it comes to making sense of customary rules“.¹¹⁹ Das materiell-rechtliche Ergebnis hängt somit maßgeblich von der Wahl der methodologischen Prämissen ab, die an die Ermittlung gewohnheitsrechtlicher Normen angelegt werden.¹²⁰

Die Zahl an Systematisierungen und konzeptuellen Vorschlägen ist unüberschaubar vielfältig, zumal die Debatten schon seit Jahrzehnten andauern. Im Groben lassen sich aber drei methodologische Hauptlinien identifizieren, die in der Gewichtung der Elemente des Gewohnheitsrechts einen je unterschiedlichen Schwerpunkt legen: das induktive Verständnis (a)), das deduktive Verständnis (b)) und das prinzipienorientierte deduktive Verständnis (c)).¹²¹ Das Verhältnis dieser Zugänge zueinander wird schließlich unter d) in den Blick genommen.

a) Das induktive Verständnis

Der klassische Zugang zum Völkergewohnheitsrecht begründet Rechtsnormen auf der Grundlage induktiven Vorgehens.¹²² Ausgangspunkt ist, wie sich die Staaten in der Praxis verhalten und welche Rechtsauffassungen sie dort artikulieren. Induktion bedeutet dabei, dass als Resultat der Analyse der Staatenpraxis durch die Identifikation von staatlichen Verhaltensmustern und entsprechenden Rechtsauffassun-

¹¹⁸ Vgl. hierzu supra § 1, 4 (Nachweise in Fn. 10).

¹¹⁹ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (821).

¹²⁰ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 6: „The methodological approach one adopts to a large degree determines the outcome of any inquiry into the substantive content of the law on the use of force.“

¹²¹ Vgl. hierzu auch: Marxsen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 78 (2018), 581 (581–585).

¹²² Vgl. zum induktiven Verständnis: Schwarzenberger, *Harvard Law Review* 60 (1947), 539 (562–570); ausführlicher noch: ders., *The Inductive Approach to International Law*, 1965; Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, S. 34–36; Mendelson, *Recueil des Cours* 272 (1998), 155 (181); vgl. auch Dinstein, *Recueil des Cours* 322 (2006), 243 (265).

gen auf eine allgemeine Rechtsregel geschlossen wird.¹²³ Das induktive Verständnis des Völkerrechts bemüht sich damit um einen realistischen Zugang, insofern es versucht, die objektive Verankerung des Rechts in der Realität staatlicher Beziehungen auszumachen.¹²⁴ Zentral für den induktiven Zugang sind folglich ausführliche Studien von Staatspraxis als der Grundlage der Ermittlung gewohnheitsrechtlicher Normen, die allerdings – so wird beklagt – viel zu selten ausgeführt würden. Mithin ist die induktive Methode mit der Herausforderung einer zumeist nur unzureichenden Aufarbeitung der Staatenpraxis konfrontiert.¹²⁵ Die rechtsanwendende Instanz steht mithin stets vor dem Problem der Auswahl der Akte von Praxis, auf deren Grundlage die Induktion erfolgen soll, und ist somit notwendig begrenzt, selektiv und hat eine nicht zu verleugnende subjektive Komponente.¹²⁶ Auch der IGH bekennt sich grundsätzlich zum Wert der induktiven Methode,¹²⁷ wiewohl in der Bestimmung konkreter Normen die hiernach erforderliche tief greifende Analyse der Staatspraxis zumeist nicht angestellt wird.

b) Das deduktive Verständnis

Eine weitere Begründungsstrategie für völkergewohnheitsrechtliche Normen bemüht sich um eine deduktive Normbegründung.¹²⁸ Dieser Zugang wird häufig auch als modernes Verständnis des Völkergewohnheitsrecht bezeichnet.¹²⁹ Deduktiv ist dieser Zugang, insofern er auf eine Norm nicht aus einer umfänglichen Analyse staatlicher Praxis schließt, sondern die Norm schwerpunktmäßig aus den seitens der Staaten artikulierten Rechtsauffassungen ableitet.¹³⁰ Insbesondere recurriert wird hierbei auf einstimmig verabschiedete Resolutionen der UN-Generalver-

¹²³ *Talmon*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (420).

¹²⁴ *Schwarzenberger*, *Harvard Law Review* 60 (1947), 539 (569): „The inductive approach does not suffer from the unreality of international law so taught.“

¹²⁵ *Schwarzenberger*, *Harvard Law Review* 60 (1947), 539 (564): „Nothing could be worse than the current repetition of quotations from the very limited repertoire of diplomatic notes which are taken over from one textbook into another and only rarely supplemented by casual personal excursions of writers into the unknown wilderness of state papers.“

¹²⁶ *Guzman*, *Michigan Journal of International Law* 27 (2005), 115 (126f.); *Talmon*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (432).

¹²⁷ IGH, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Urteil vom 12. Oktober 1984, ICJ Reports 1984, 246, 299 (para. 111). – Hier hält der IGH fest, dass das Bestehen gewohnheitsrechtlicher Normen getestet werden könne „by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, and not by deduction from preconceived ideas“.

¹²⁸ Vgl. generell zum deduktiven Zugang: *Tomuschat*, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (293–304).

¹²⁹ Vgl. *Roberts*, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (758).

¹³⁰ *Roberts*, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (758): „[M]odern custom is derived by a deductive process that begins with general statements of rules rather than particular instances of practice“; *Baker*, *Brooklyn Journal of International Law* 41 (2016), 439 (446): „At its core ‚modern custom‘ challenges ‚traditional custom‘’s reliance on the state practice prong in the test for customary international norms. Instead, ‚modern custom‘ seeks to de-emphasize state practice in exchange for a heightened reliance on *opinio juris*, and in this sense is more deductive in its logical reasoning where ‚traditional custom‘ is more inductive.“

sammlung, wie die *Definition of Aggression*¹³¹ oder die *Friendly Relations Declaration*¹³² oder auch die Texte universaler internationaler Verträge. Der Schwerpunkt des deduktiven Verständnisses liegt damit auf den Deklarationen der Staaten und auf der von ihnen zum Ausdruck gebrachten *opinio iuris*, in denen bestimmte Regeln formuliert oder vorausgesetzt werden.¹³³ Weniger ausschlaggebend sind dabei die tatsächlichen Handlungen. Insgesamt erlaubt dies einen deutlich flexibleren und dynamischeren Zugang zum Völkergewohnheitsrecht, da durch die selektive Auswahl von Staatspraxis bestimmte präkonzipierte Normen postuliert werden können, beispielsweise in Bereichen, in denen bislang noch keine oder kaum deziidierte Staatspraxis bestand. Auch ist es so möglich, abweichende Staatspraxis leichter zu integrieren, da gegenüber dieser Praxis der Schwerpunkt auf verbale Deklarationen und Bekenntnisse der Staaten gelegt wird.

Im Rahmen der Rechtsprechung des IGH verkörpert insbesondere die *Nicaragua*-Entscheidung ein Paradebeispiel der deduktiven Methode. Hier leitete das Gericht die gewohnheitsrechtliche Geltung des Gewalt- und Interventionsverbots vor allem aus der staatlichen Zustimmung zur *Friendly Relations Declaration* ab.¹³⁴ Damit postuliert das deduktive Verständnis des Gewohnheitsrechts ein deutlich stärker normativ ausgelegtes Konzept von Völkergewohnheitsrecht und betont die von Staaten artikulierten Rechtsauffassungen, an die die Staaten auch als gebunden

¹³¹ UN-Generalversammlung, Resolution 3314(XXIX), 14. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3314(XXIX).

¹³² UN-Generalversammlung, Resolution 2625(XXV), 24. Oktober 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).

¹³³ Vgl. z. B. die Betonung des *opinio iuris* Elements bei: *Cheng*, *Indian Journal of International Law* 5 (1965), 23 (36): „[T]he role of usage in the establishment of rules of international customary law is purely evidentiary: it provides evidence on the one hand of the contents of the rule in question and on the other hand of the *opinio juris* of the States concerned. Not only is it unnecessary that the usage should be prolonged, but there need also be no usage at all in the sense of repeated practice, provided that the *opinio juris* of the States concerned can be clearly established. Consequently, international customary law has in reality only one constitutive element, the *opinio juris*. Where there is *opinio juris*, there is a rule of international customary law“; vgl. auch Guzman, *Michigan Journal of International Law* 27 (2005), 115 (153–157); vgl. auch die Ausführungen von de Arechaga zur Rolle von Resolutionen der UN-Generalversammlung: *de Arechaga*, in: Cassese/Weiler (Hrsg.), *Change and Stability in International Law Making*, 1988, S. 48–50.

¹³⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 99f. (para. 188): „The Court has however to be satisfied that there exists in customary international law an *opinio juris* as to the binding character of such abstention. *This opinio juris may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions*, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled ‚Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations‘. The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a ‚reiteration or elucidation‘ of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves“ (Hervorhebung C. M.).

angesehen werden, wenn eine gegenläufige Praxis weit verbreitet scheint.¹³⁵ In den Worten Roberts: „[...] modern custom demonstrates a predilection for substantive normativity rather than descriptive accuracy. Modern custom derives norms primarily from abstract statements of *opinio juris* – working from theory to practice“.¹³⁶

c) Das prinzipienorientierte deduktive Verständnis

Eine weitere, noch stärker normativ ausgelegte Version des deduktiven Verständnisses schließlich geht noch einen Schritt weiter. Hierbei wird in der Begründung gewohnheitsrechtlicher Normen nicht einmal auf die als solche immerhin noch an staatliches Handeln angebundene Akte wie UN-Resolutionen abgestellt, sondern auf allgemeingültige (rechtliche, moralische oder denklogische) Prinzipien, auf denen eine gewohnheitsrechtliche Norm dann gegründet wird.

Der IGH hat sich in den Fällen zu *South West Africa* dezidiert gegen die Ableitung gewohnheitsrechtlicher Normen aus moralischen Prinzipien ausgesprochen.¹³⁷ Grundsätzlich aber ist die Ableitung völkerrechtlicher Normen aus übergeordneten Prinzipien eine lang etablierte Argumentationsfigur.¹³⁸ Bereits der Ständige Internationale Gerichtshof leitete 1927 in der *Lotus*-Entscheidung beispielsweise aus dem Prinzip der Freiheit der Meere ab, dass Schiffe auf Hoher See nur der Jurisdiktion des Staates unterliegen, unter dessen Flagge sie segeln.¹³⁹ Im Hinblick auf den *uti-possidetis*-Grundsatz hat der IGH argumentiert, dass es sich um ein allgemeines Prinzip handle, das logisch mit dem Phänomen der Unabhängigwerdung von Staaten verbunden sei.¹⁴⁰ Schließlich hat der IGH bereits mehrfach zur Begründung gewohnheitsrechtlicher Pflichten auf „elementary considerations of humanity“¹⁴¹ Bezug genommen, was jedenfalls gewisse Anklänge an moralische Prinzipien aufweist. Auch in der Literatur findet sich eine Reihe von Versuchen,

¹³⁵ Vgl. insoweit die Kritik von Michael Glennon, der von „the Nicaragua Court’s aversion to empirical data“ spricht und von einem „distaste for actual state practice“, *Glennon*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2002), 539 (555).

¹³⁶ *Roberts*, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (763).

¹³⁷ IGH, *South West Africa Cases* (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), Second Phase, Urteil vom 18. Juli 1966, ICJ Reports 1966, 6, 34 (para. 49): „Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form.“

¹³⁸ *Talmon*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (431).

¹³⁹ StIGH, *The Case of SS „Lotus“*, 1927 PCIJ Series A – No. 10, 4, 25.

¹⁴⁰ IGH, *Frontier Dispute*, Urteil vom 22. Dezember 1986, ICJ Reports 1986, 554, 565 (para. 20): „[*Uti possidetis juris*] is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs.“

¹⁴¹ IGH, *Corfu Channel Case* (*UK v. Albania*), Urteil vom 9. April 1949, ICJ Reports 1949, 4, 22: „The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying [...] the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based [...] on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of hu-

die für eine Berücksichtigung fundamentaler Prinzipien und Gerechtigkeitserwägungen eintreten, ausgehend freilich von sehr unterschiedlichen theoretischen Annahmen. Tomuschat etwa argumentiert, dass die die induktive Methode prägenden empirischen Auseinandersetzungen unterbleiben könnten, „whenever a rule of conduct can be deduced from the constitutional premises of the existing legal order“,¹⁴² wenn also eine Regel schlechthin konstitutiv ist für die Funktionsweise der völkerrechtlichen Ordnung und damit den Status eines Verfassungsprinzips erfüllt. Tomuschat spricht insoweit beispielsweise von Regeln, „generally qualified as being customary in nature [...] that can be directly derived from sovereign equality“.¹⁴³ Die souveräne Gleichheit der Staaten ist ein Strukturprinzip der internationalen Ordnung, zu der Tomuschat auch die wesentlichen Züge der Regeln über das Gewaltverbot zählt, wiewohl er diesbezüglich festhält: „The finetuning, the small print are then determined by the practice of States.“¹⁴⁴

Teils wird in der völkerrechtswissenschaftlichen Debatte auch postuliert, dass unter bestimmten Voraussetzungen moralische Gesichtspunkte in die Bestimmung völkergewohnheitsrechtlicher Normen einfließen sollten.¹⁴⁵ Auch in policyorientierten Perspektiven auf das Völkerrecht – wie beispielsweise durch die New-Haven-Schule verfochten – finden sich starke Tendenzen zur Berücksichtigung normativer Erwägungen.¹⁴⁶

Insgesamt muss aber festgehalten werden, dass die Praxis der Staaten, die Rechtsprechung des IGH und auch die meisten rechtswissenschaftlichen Positionen eher zurückhaltend und kritisch sind, Aspekte in der Bestimmung von Gewohnheitsrecht einfließen zu lassen, die nicht zumindest durch Deklarationen in internationalen Organisationen wie der UN-Generalversammlung an staatliche Willensäußerungen angebunden sind.

d) *Das Verhältnis der methodologischen Zugänge zueinander*

Methodologischer Rigorismus ist im Rahmen des Völkergewohnheitsrechts insgesamt rar. Zwar finden sich einige Ansätze, die einen allgemeingültigen Zugang formulieren. So wird, wie wir bereits gesehen haben, teils das Primat des indukti-

manity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States“; vgl. auch: IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 114 (para. 218).

¹⁴² Tomuschat, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (299).

¹⁴³ Tomuschat, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (293).

¹⁴⁴ Tomuschat, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (294).

¹⁴⁵ Cannizzaro, in: Cannizzaro/Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force*, 2005, S. 245 (261–267) (Vorschlag eines „Balance-of-Values-Approach“); Roberts, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (788–791) (Vorschlag eines „reflective interpretive approach“).

¹⁴⁶ Vgl. Reisman, *European Journal of International Law* 5 (1994), 120 (122): „[L]aw is not to be found exclusively in formal rules but in the shared expectations of politically relevant actors about what is substantively and procedurally right“.

ven über den deduktiven Zugang und damit die größere Bedeutung der Staatspraxis postuliert, teils die gegenteilige Position bezogen. Auch werden vermittelnde Ansätze vorgeschlagen. Kirgis beispielsweise verfißt die Idee eines „Custom on a Sliding Scale“, der zufolge in Abhängigkeit von der Umstrittenheit einer Norm eine unterschiedliche Dichte an Praxis und *opinio iuris* zu fordern sei. Auf der einen Seite der Skala soll dichte und konsistente Praxis eine völkergewohnheitsrechtliche Norm auch ohne artikulierte Rechtsauffassung begründen, ebenso wie – auf der anderen Seite der Skala – eine eindeutig demonstrierte *opinio iuris* zur Normbegründung ohne eine entsprechende Praxis hinreichen soll. Im Mittelfeld zwischen beiden Polen, in dem die Dichte der Praxis abnimmt, solle, so Kirgis, eine umso stärkere *opinio iuris* erforderlich sein.¹⁴⁷

Insgesamt aber existiert keine übergreifende und überwiegend anerkannte Theorie oder dominante Rechtskultur, auf die sich einheitliche Standards für die Feststellung gewohnheitsrechtlicher Normen mit Aussicht auf allgemeine Anerkennung berufen könnten.¹⁴⁸ Es besteht – wie Emily Kadens und Ernest A. Young festhalten – keine gewohnheitsrechtliche Praxis, die die Bestimmung gewohnheitsrechtlicher Normen lenken würde.¹⁴⁹ Auch ist der Streit zwischen induktivem und deduktivem Vorgehen, zwischen modernem und traditionellem Verständnis keineswegs vorüber, wie teils behauptet wird.¹⁵⁰ Denn in der Praxis und in der Wissenschaft stehen sich die verschiedenen Zugänge nach wie vor gegenüber.

Es ist wichtig, dessen gewahr zu sein, dass die verschiedenen methodischen Zugänge auch eine wichtige politische Funktion erfüllen, da sie es erlauben, konkrete Rechtsfragen in völlig unterschiedliche Richtungen zu beantworten. Insofern artikulieren sich in ihnen auch gegensätzliche politische Interessen. Letztlich werden viele Streitigkeiten über konkrete Rechtsfragen, wie die Reichweite von Selbstverteidigung oder die Zulässigkeit humanitärer Intervention, auf der Ebene der Methodik der Ermittlung gewohnheitsrechtlicher Normen ausgetragen.¹⁵¹ Für mächtige Staaten ist ein flexibles, stärker auf die Ableitung des Rechts aus einzelnen Akten von Praxis setzendes und nicht zuletzt auch normative Wertungen berücksichtigendes Verständnis des Gewohnheitsrechts attraktiv, erlaubt es doch, die eigenen politischen und moralischen Überzeugungen stärker als treibende Kräfte des Rechts zu postulieren. Für weniger handlungsmächtige Staaten ist ein Insistieren auf dem traditionellen induktiven Verständnis dagegen besser, da so die Dominanz der mächtigeren Staaten eher zurückgedrängt werden kann.¹⁵²

¹⁴⁷ Kirgis, *American Journal of International Law* 81 (1987), 146 (149); zustimmend: Tasioulas, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), 85 (109); Mendelson argumentiert, dass sich dieser Zugang besonders dort eigne, wo bislang noch keine rechtlichen Regeln bestanden hätten oder wo nur sehr begrenzte Staatenpraxis existiert habe (*Mendelson, Recueil des Cours* 272 [1998], 155 [386]).

¹⁴⁸ Kammerhofer, *European Journal of International Law* 15 (2004), 523 (552).

¹⁴⁹ Kadens/Young, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 885 (911): „There is, if you will, no settled customary practice governing how to define customary rules of law.“

¹⁵⁰ Baker, *European Journal of International Law* 21 (2010), 173 (175).

¹⁵¹ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (803).

¹⁵² In Anbetracht dieser Interessengeleitetheit der methodologischen Zugänge analysiert

Praxis und Wissenschaft sind in Ansehung dieser methodologischen Offenheit oft von pragmatischen Zugängen bestimmt. Allen voran der IGH greift, wie wir bereits in der kurzen Betrachtung der einzelnen methodischen Zugriffe gesehen haben, auf alle der benannten Zugänge zurück und entscheidet hierbei danach, was situativ passend erscheint. Talmon bezeichnet es treffend als die Hauptmethode des IGH, völkergewohnheitsrechtliche Normen schlicht zu postulieren: „The main method employed by the Court is not induction or deduction but assertion.“¹⁵³ In anderen Worten: Es gibt keine generelle Methode des IGH. Von Seiten der Staaten erfolgt die Wahl der methodischen Zugänge zum Gewohnheitsrecht oft inkonsistent und – insoweit wenig überraschend – interessengeleitet. So gab es in den Verhandlungen betreffend die UN-Seerechtskonvention auch unter Beteiligung der USA lange Debatten um die inhaltliche Ausgestaltung. Nachdem die USA schließlich wegen der in der Konvention getroffenen Regelungen zur Mineraliengewinnung am Meeresboden die Seerechtskonvention nicht ratifiziert hatten, verkündete US-Präsident Ronald Reagan, dass der amerikanische Rückzug ohne Bedeutung sei, da ohnehin Großteile der Konvention (und damit letztlich nach dieser Lesart alles, was den USA genehm schien) bereits völkergewohnheitsrechtlich gälten.¹⁵⁴ In der Literatur wird einem methodischen Pluralismus dabei oft beigeplichtet, teils in Affirmation, teils als Problembeschreibung. Nicht selten wird die deduktive Methode als komplementär zur induktiven Methode angesehen.¹⁵⁵

Der methodische Pluralismus zeigt sich zuletzt auch darin, dass mitunter ein und dieselben Akteure und Autoren in Abhängigkeit vom jeweiligen Rechtsgebiet unterschiedliche Zugänge wählen oder die Positionen auch entsprechend wechseln. So nimmt eine Reihe von US-Autoren zum Beispiel im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots eher auf ein stärker wertungsoffenes Verständnis von Völkergewohnheitsrecht Rekurs, was im Ergebnis eher für die Zulässigkeit von Interventionen streitet. In anderen Bereichen, wie beispielsweise im Hinblick auf die Entwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen des internationalen Strafrechts, werden dann von denselben Autoren demgegenüber deutlich zurückhaltendere Positionen vertreten, die eher auf eine traditionelle Methodik Bezug nehmen.¹⁵⁶

* * *

Chimni die Entwicklung der Debatte um die Dogmatik des Völkergewohnheitsrechts als eine hegemoniale Auseinandersetzung: *Chimni*, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1 (36): „CIL can be better accounted for by differentiating short-term and systemic interests of global capitalism safeguarded by CIL; by reviewing its evolution and development in different phases of history; and finally, by introducing the concepts of ‚dominance‘ and ‚hegemony‘ of ideas and beliefs that accompany the use of power.“

¹⁵³ Talmon, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (434).

¹⁵⁴ Vgl. Reisman, *California Western International Law Journal* 17 (1987), 133 (134).

¹⁵⁵ Talmon, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (423); Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, S. 658–660.

¹⁵⁶ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (822).

Im Ergebnis unserer Analyse der Grundlagen der völkergewohnheitsrechtlichen Dimension des Gewaltverbots liegen die Hintergründe für die eingangs erwähnten Krisendiagnosen betreffend die Rolle des Gewohnheitsrechts auf der Hand: Das Gewohnheitsrecht ist eine jedenfalls teils sehr vage Rechtsquelle, die durch die Vielzahl wertungsabhängiger Begriffe den Rechtsanwendern viel Spielraum, damit aber letztlich scheinbar den Rechtssubjekten wenig allgemeine Verbindlichkeit zur Hand gibt.¹⁵⁷ Die Bestimmung völkergewohnheitsrechtlicher Pflichten ist, wie zutreffend beobachtet worden ist, „more art than science“.¹⁵⁸

III. Vertragsrechtliche Grundlagen des Gewaltverbots

Wenden wir uns nun der zweiten für den Bereich des Gewaltverbots entscheidenden Rechtsquelle zu, nämlich den vertragsrechtlichen Grundlagen, die allem voran in der Charta der Vereinten Nationen verankert sind. Neben der UN-Charta bestehen auch zahlreiche bilaterale Kodifikationen des Gewaltverbots, etwa in Freundschafts- und Nachbarschaftsverträgen.¹⁵⁹ Auch eine Vielzahl multilateraler Verträge kodifiziert das völkerrechtliche Gewaltverbot,¹⁶⁰ so etwa die UN-Seerechtskonvention UNCLOS.¹⁶¹ In diesen Übereinkommen wird regelmäßig auf die Formulierungen und Rechtsinstitute des Gewaltverbots in der UN-Charta zurückgegriffen, so dass sie in der Praxis jedenfalls für das Verständnis des Inhalts

¹⁵⁷ Kelly, *Virginia Journal of International Law* 40 (2000), 449 (451); *D’Aspremont, Formalism and the Sources of International Law*, 2011, S. 164.

¹⁵⁸ Perina, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (570); vgl. auch: Hakimi, *American Journal of International Law* 112 (2018), 151 (158).

¹⁵⁹ Vgl. z. B. den Russisch-Ukrainischen Freundschaftsvertrag von 1997: *Treaty on Friendship, Cooperation, and Partnership between Ukraine and the Russian Federation*, 31. Mai 1997, (abgedruckt in: *Harvard Ukrainian Studies* 20 [1996], 319–329), Art. 3: „The High Contracting Parties shall build their mutual relations on the basis of the principles of mutual respect for their sovereign equality, territorial integrity, inviolability of borders, peaceful resolution of disputes, non-use of force or the threat of force, including economic and other means of pressure, the right of peoples to freely determine their fate, non-interference in internal affairs, observance of human rights and fundamental freedoms, cooperation among states, the conscientious performance of international obligations undertaken, and other generally recognized norms of international law.“

¹⁶⁰ Art. 1 *Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance*, 2. September 1947, 21 UNTS 77; Art. 22 (vormals Art. 18) *Charter of the Organization of American States*, 30. April 1948, 119 UNTS 47; Art. 1 *North Atlantic Treaty*, 4. April 1949, 34 UNTS 243; Abschnitt 1, II *Conference on Security and Cooperation in Europe, Helsinki Final Act*, 1. August 1975, 14 ILM 1292; Art. 4(f) *Constitutive Act of the African Union*, 11. Juli 2000, 2158 UNTS 33; vgl. auch den *Zwei-plus-vier-Vertrag*: Art. 2 *Treaty on the final settlement with respect to Germany*, 12. September 1990, 1696 UNTS 115.

¹⁶¹ Art. 301 *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10. Dezember 1982, 1833 UNTS 3: „In exercising their rights and performing their duties under this Convention, States Parties shall refrain from any threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.“

des Gewaltverbots kaum eine eigenständige Rolle spielen und wir uns insoweit für unsere Betrachtungen auf die Regeln der UN-Charta beschränken können.

1. Entstehung vertragsrechtlicher Normen

Wenn wir die im Hinblick auf das Gewohnheitsrecht getroffene Einteilung zwischen Entstehungsphase, Bestandsphase und Untergangsphase einer Norm auf den Bereich des Vertragsrechts anwenden, so scheinen die jeweiligen Übergangsgrenzen zunächst deutlich klarer markiert zu sein als im Fall des Völkergewohnheitsrechts. Die UN-Charta wurde am 26. Juni 1945 verabschiedet und trat am 24. Oktober 1945 in Kraft. Statt eines meist langsamen und teils widersprüchlichen Prozesses der Genese einer gewohnheitsrechtlichen Norm traten das Gewaltverbot des Artikel 2 Abs. 4 UNC und seine Ausnahmen von einem Moment auf den anderen in Kraft. Das derart begründete Gewaltverbot besteht seither – in seinem Wortlaut unverändert – fort, und es wird Bestand haben, bis es entweder förmlich nach Artikel 108 und 109 UNC geändert wird oder bis die UN-Charta infolge einer Nichtanwendung oder revolutionärer Veränderungen ganz oder teilweise schlicht keine Beachtung mehr findet.

Diese Betrachtung ist unbestreitbar korrekt, gleichzeitig aber reicht sie nicht an die Ebene der konkreten Probleme heran. Die bereits in § 3 exemplarisch diskutierten Problemkreise zeichnet aus, dass sie allesamt auf der Ebene der Interpretation der Regeln des Gewaltverbots geführt werden und dass insoweit der Wortlaut der UN-Charta eine in der Gesamtschau untergeordnete Rolle spielt. Wenn wir uns also des Entstehens, Bestehens und gegebenenfalls Untergangs konkreter Normen vergewissern wollen, so müssen wir unsere Frage spezifischer stellen. Wir müssen nach bestimmten Interpretationen des Gewaltverbots fragen, beispielsweise danach – um zwei der eingangs diskutierten Beispiele aufzugreifen –, ob das Selbstverteidigungsrecht des Artikel 51 UNC auch dann Anwendung findet, wenn sich ein Staat gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff zur Wehr setzen möchte oder wenn er sich gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium eines anderen Staates ohne das Einverständnis dieses Staates verteidigt.

Wir müssen also auch im Rahmen des Vertragsrechts die hohe Abstraktionsebene des Textes der UN-Charta verlassen und auf die Ebene der konkretisierenden Interpretation dieser Vorschrift vordringen, um die eigentlichen handlungsleitenden Auslegungen der abstrakten Formulierungen zu identifizieren. „Words are given meaning by action“,¹⁶² und so kann nur die Praxis dem als solchen inerten Wortlaut der UN-Charta Leben einhauchen.¹⁶³ Folgerichtig hat, wie Hurd zu-

¹⁶² Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl., 2015, S. 253.

¹⁶³ Chayes, *Proceedings of the American Society of International Law* 57 (1963), 10 (13): „The normative provisions of the Charter are expressed in general language. Their content is not self-evident or immanent in the words themselves [...]. Content and meaning are built up by accumulating experience, by developing public attitudes, and by the action of political bodies and other organs charged with the vindication of the norms“; Franck, *Recourse to Force*, 2002, S. 51: „[Prac-

treffend schreibt, in Betrachtungen zum Gewaltverbot die UN-Charta das erste, sicherlich aber nicht das letzte Wort, denn dieses kann ohne eine Analyse der praktischen Interpretation des Rechts nicht gesprochen werden.¹⁶⁴ Das Völkerrecht ist also – wie jedes andere Rechtssystem auch – bestimmt durch interpretative Vorgänge, und das Ziel ist es, mittels einer – wie James Brierly sagt – „juristischen Rationalität“ allgemeine Regeln vorzugeben, wie eine Konkretisierung der abstrakten Rechtsregeln vorzunehmen ist.¹⁶⁵

Die völkerrechtlichen Regeln für die Interpretation des Völkervertragsrechts ergeben sich aus den Artikeln 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 (WVK).¹⁶⁶ Zwar ist diese Vorschrift auf die Charta der Vereinten Nationen nicht direkt anwendbar, da die WVK auf die bei ihrem Inkrafttreten bereits bestehende UN-Charta keine Anwendung findet.¹⁶⁷ Gleichwohl beanspruchen die in den Artikeln 31 ff. WVK artikulierten Grundsätze auch gewohnheitsrechtliche Geltung und sind daher als allgemeine Interpretationsregeln auch für die Auslegung der UN-Charta heranzuziehen.¹⁶⁸

Artikel 31 WVK enthält die maßgeblichen Interpretationsregeln.¹⁶⁹ Nach Artikel 31 Abs. 1 WVK ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung

tion] can provide evidence of the ‚live‘ meaning given to intert words by existential experience and transactional process.“

¹⁶⁴ Hurd, *European Journal of International Security* 2 (2017), 1 (8): „The Charter provides the first word on the subject but it is rarely allowed the last word“.

¹⁶⁵ Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6. Aufl., 1963, S. 66f.: „[N]o system of law consists only of formulated rules, for these can never be sufficiently detailed or sufficiently foreseeing to provide for every situation that may call for a legal decision; those who administer law must meet new situations not precisely covered by a formulated rule by resorting to the principle which medieval writers would have called natural law, and which we generally call reason. Reason in this context does not mean the unassisted reasoning powers of any intelligent man, but a ‚judicial‘ reason, which means that a principle to cover the new situation is discovered by applying methods of reasoning which lawyers everywhere accept as valid, for example, the consideration of precedents, the finding of analogies, the disengagement from accidental circumstances of the principles underlying rules of law already established.“

¹⁶⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. Mai 1969, 1155 UNTS 331 (im Folgenden WVK).

¹⁶⁷ Vgl. Art. 4 WVK.

¹⁶⁸ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 2018, Vol. II, Part Two, 18f. (commentary to Conclusion 2, para. 4).

¹⁶⁹ Art. 31 WVK: „1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Kontext zukommenden Bedeutung und im Lichte des Zieles und Zweckes auszulegen. Ausgangspunkt für eine Interpretation des Gewaltverbots ist also der Wortlaut des Artikel 2 Abs. 4 UNC. Dessen allgemein gehaltener Text ist aber nicht hinreichend, um die realen Streitigkeiten im Rahmen des Gewaltverbots zu adressieren, es kommt also auf den Kontext an. Nach Artikel 31 Abs. 2 WVK bilden hierbei den relevanten Kontext neben dem Vertragstext, der Präambel und Anlagen auch weitere Übereinkünfte und Urkunden, die mit dem Vertrag in Zusammenhang stehen. Artikel 31 Abs. 3 WVK schließlich statuiert, dass neben diesem Kontext in gleicher Weise auch spätere Übereinkommen, die nachfolgende Praxis sowie die sonstigen zwischen den Parteien bestehenden völkerrechtlichen Rechtsbeziehungen zu berücksichtigen sind.

Die ILC betont, dass der Interpretationsvorgang eine Einheit bilde¹⁷⁰ und dass es sich um eine „single combined operation“¹⁷¹ handle: „All the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation.“¹⁷² Das heißt, dass im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung jede einzelne Auslegungsmethode – Wortlaut, Kontext (Systematik), Zweck der Norm, nachfolgende Übereinkommen und Praxis – relevant ist, ohne dass es hierbei eine *a priori* auszumachende Gewichtung gäbe. Vielmehr muss das jeweilige Gewicht der einzelnen Auslegungsmittel nach ihrer jeweiligen Aussagekraft ermessen werden. Eine besondere Bedeutung für die Interpretation der UN-Charta kommt allerdings der nachfolgenden Praxis zu, denn in dieser spiegelt sich die Interpretation der UN-Charta, die Staaten in ihrem praktischen Verhalten vorausgesetzt und zur Anwendung gebracht haben – wie sie also die abstrakten Regeln der UN-Charta konkret mit Leben füllen. Für die Gewichtung der nachfolgenden Praxis ist bei allem von besonderem Belang ihre Klarheit, Spezifik sowie die Häufigkeit ihrer Wiederholung.¹⁷³ Den konkreten Voraussetzungen nachfolgender Praxis wollen wir uns nunmehr zuwenden.

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.“

¹⁷⁰ ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 220: „[T]he process of interpretation is a unity and [...] the provisions of the article form a single, closely integrated rule.“

¹⁷¹ ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 219.

¹⁷² ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 219f.

¹⁷³ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 70 (Conclusion 9).

2. Entwicklung des Rechts durch nachfolgende Praxis (Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK)

a) Die Funktionen nachfolgender Praxis

Das Rechtsinstitut der nachfolgenden Praxis folgt dem Grundsatz, dass die Vertragsstaaten eines völkerrechtlichen Vertrages die Herren über den Vertragsinhalt sind. Ihnen steht es frei, die getroffenen Regeln zu interpretieren und gegebenenfalls auch zu reinterpreten. Die nachfolgende Praxis erfüllt zwei wesentliche Funktionen. Zum einen können mit ihrer Hilfe zunächst abstrakte und interpretationsoffene Begriffe substanziiert werden. Vertragsrechtliche Regelungen sind zumeist ein Kompromiss und dies spiegelt sich nicht zuletzt in einem oft mehrdeutigen Wortlaut. Eine Konkretisierung der Rechtsnorm kann unter solchen Umständen im Rahmen des Vertragsprozesses nicht geleistet werden und wird daher der nachfolgenden Praxis überantwortet. Insoweit erfüllt das Rechtsinstitut der nachfolgenden Praxis eine wichtige Funktion, denn mit seiner Hilfe können offene Rechtsfragen geklärt werden. Auch können bestehende Rechtsnormen auf neue Konstellationen angewendet werden, die bei der Schaffung des Vertrages noch keine Berücksichtigung gefunden hatten. Konkretisierend wirkte nachfolgende Praxis etwa durch die in der *Definition of Aggression* niedergelegten Grundsätze. War es bei Schaffung der UN-Charta noch weithin unklar, wie der Begriff des bewaffneten Angriffs zu interpretieren sei, so konkretisierten die Staaten mit Verabschiedung dieser Resolution (und deren späterer Befolgung) zum Beispiel, dass auch die Entsendung nichtstaatlicher bewaffneter Gruppen als bewaffneter Angriff eines Staates zu werten sei, der mithin das Selbstverteidigungsrecht auslöst. Wiewohl viele Fragen im Hinblick auf das Verständnis des bewaffneten Angriffs offenblieben, so trug doch diese nachfolgende Praxis zur Konkretisierung des Rechts bei.¹⁷⁴

Eine zweite wichtige Funktion der nachfolgenden Praxis ist es, die Möglichkeit zu eröffnen, bestehende Rechtsregeln zu reinterpreten. Ein äußerst kontrovers diskutiertes Beispiel ist, ob es bereits eine hinreichend dichte nachfolgende Praxis dahingehend gibt, dass Staaten nunmehr auch ein Selbstverteidigungsrecht gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium eines Drittstaates haben, auch wenn diesem Drittstaat die Akte der nichtstaatlichen Akteure nicht zurechenbar sind.¹⁷⁵

Die rechtsinterpretierende sowie konkretisierende und (dazu unten sogleich mehr) potenziell auch rechtsverändernde Wirkung nachfolgender Praxis gibt den Staaten ein flexibles und weithin informelles Instrument an die Hand. Hierdurch

¹⁷⁴ Anzumerken ist dabei, dass die Klassifikation einer Praxis als nachfolgende Übereinkünfte im Sinne des Art. 31 Abs. 3 lit. a) WVK oder als nachfolgende Praxis gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. b) nicht trennscharf ist. Man kann insoweit die *Definition of Aggression* potenziell unter beide Kategorien subsumieren. In jedem Fall aber ist der Aspekt der nachfolgenden Praxis stets relevant, da es immer darauf ankommt, wie ein Vertrag und auch nachfolgende Übereinkünfte in der Praxis umgesetzt worden sind.

¹⁷⁵ Vgl. dazu supra 38 ff.

können auch im Bereich völkerrechtlicher Verträge Rechtsentwicklungen vorangetrieben werden, ohne hierfür auf die Verhandlungen in Vertragsstaatenkonferenzen zu setzen, in denen ein Konsens oder auch nur Kompromiss oft schwer zu finden ist – nicht zuletzt, da einzelne Fragen dort nicht isoliert verhandelt werden, sondern zumeist zum Gegenstand eines „Package-Deals“ werden, so dass eine Einigung in einem Bereich mit der in vielen anderen verknüpft wird. Dies gilt noch wesentlich drastischer für die UN-Charta, denn Änderungen der UN-Charta bedürfen gemäß Artikel 108 UNC nicht nur einer Zweidrittelmehrheit in der Generalversammlung und einer Ratifikation durch zwei Drittel der Mitglieder, es müssen vielmehr auch alle ständigen Mitglieder des UN-Sicherheitsrats die Änderungen ratifizieren, was für nahezu alle relevanten Rechtsfragen eine Änderung der UN-Charta von vornherein nahezu aussichtslos macht.

Durch das Institut der nachfolgenden Praxis besteht im Rahmen des Vertragsrechts ein weithin nichtformalisiertes Element,¹⁷⁶ das erheblich flexibler ist und eine Rechtsgestaltung durch Praxis im Hinblick auf einzelne Rechtsfragen erlaubt und daher von hoher Bedeutung für die Funktion und Effektivität vertragsrechtlicher Regimes ist.

Die Wirkung der nachfolgenden Praxis ist, dass sie die Interpretation einer Vertragsnorm beeinflusst. Sie tritt im Auslegungsvorgang als ein Auslegungsmittel neben die übrigen in Artikel 31 WVK bezeichneten, so dass es eines unter Umständen komplexen Abwägungsvorgangs bedarf, in dem alle auslegungsrelevanten Aspekte in eine einzige Gesamtabwägung eingestellt werden.

b) Die Voraussetzungen nachfolgender Praxis

Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK normiert die Voraussetzungen, unter denen nachfolgende Praxis die Interpretation einer vertragsrechtlichen Norm beeinflussen kann:

„There shall be taken into account, together with the context:

(a) [...]

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation“.

Um eine autoritative Interpretation der UN-Charta durch eine nachfolgende Praxis zu erreichen, sind also zwei Voraussetzungen erforderlich. Erstens muss eine Praxis in Anwendung des Vertrages vorliegen („any subsequent practice in the application of the treaty“) und zweitens muss aus dieser Praxis die Einigkeit der Vertragsparteien über die Interpretation des Vertrages hervorgehen („establishes the agreement of the parties regarding its interpretation“).

Im Hinblick auf das Praxiserfordernis stellen sich damit zunächst ähnliche Probleme wie im Rahmen der Ermittlung völkergewohnheitsrechtlicher Normen. Wie

¹⁷⁶ *Bianchi*, in: Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, S. 133 (136): „Subsequent practice, by definition, hardly lends itself to be formalized. When one tries to constrain its operation, it may cease to perform its function of regulatory device and collective ‚meaning-fixer‘.“

dicht muss die Praxis sein, wie viele Staaten müssen sich also der Praxis aktiv anschließen? Welche Formen staatlicher Aktivität zählen als Praxis? Welchen Status haben hierbei die Entscheidungen internationaler Organisationen? Diese Fragen sollen an dieser Stelle nicht noch einmal aufgegriffen werden. Unstreitig ist jedenfalls, dass nicht alle Vertragsparteien aktiv einer Praxis folgen müssen, sondern dass es ausreicht, wenn eine gewisse Anzahl sich aktiv zeigt. Die konkret erforderliche Zahl der Staaten ist freilich oft umstrittenen und hängt von den je konkreten Umständen ab.

Ein besonderes Erfordernis ist bei allem, dass die nachfolgende Praxis *in the application of the treaty* sein muss. Es reicht also nicht jede Praxis aus, sondern das staatliche Verhalten muss gerade als eine Praxis im Rahmen des jeweiligen Vertragsregimes anzusehen sein.¹⁷⁷ Insofern bedarf es eines subjektiven Elements, das die Praxis in den Kontext der Erfüllung von Vertragspflichten stellt.¹⁷⁸ Eine Intervention wäre danach also nur dann potenziell als nachfolgende Praxis relevant, wenn der handelnde Staat die Auffassung vertreten würde, dass es sich hierbei um eine Maßnahme im Rahmen der UN-Charta handelte. In der Staatspraxis finden wir in den Deklarationen der Staaten regelmäßig keine Angabe darüber, ob ein Verhalten seitens des handelnden Staates als rechtmäßig unter der UN-Charta angesehen wird oder ob nicht vielleicht eher eine gewohnheitsrechtliche Norm als Grundlage der Legalität postuliert wird oder vielleicht gar schlicht eine politische Entscheidung die Grundlage ist. Angesichts dieser spärlichen Staatspraxis in der Erklärung von Verhalten dürfte es im Ergebnis ausreichen, um diesem subjektiven Merkmal Genüge zu tun, dass ein Staat seine militärische Maßnahme überhaupt mit rechtlichen Argumenten rechtfertigt, denn das impliziert auch Vereinbarkeit mit der UN-Charta.

Ausgeschlossen wäre eine nachfolgende Praxis nach diesen Maßgaben, wenn der Staat die Handlung selbst nicht als von einer Interpretation der UN-Charta gedeckt ansieht, wie dies zum Beispiel im Hinblick auf die Intervention im Kosovo im Jahr 1999 geschah. Die Mehrheit der intervenierenden NATO-Staaten verwies hier auf politische Gründe und die bestehende humanitäre Notlage, ohne aber eine Rechtmäßigkeit zu behaupten.¹⁷⁹ Folglich kann die Intervention dieser Staaten nicht als eine die UN-Charta interpretierende Praxis herangezogen werden.¹⁸⁰

Im Hinblick auf die zweite Komponente der nachfolgenden Praxis – die Einigkeit der Vertragsparteien über eine Interpretation – sind die Voraussetzungen noch stärker unterschieden von denen im Bereich des Völkergewohnheitsrechts. Steht es der Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht nicht entgegen, dass eine gewisse

¹⁷⁷ Vgl. hierzu: ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 43–48 (Commentary to Conclusion 6).

¹⁷⁸ Dörr, in: Dörr (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art. 31, Rn. 80.

¹⁷⁹ Vgl. dazu supra 71.

¹⁸⁰ Vgl. dazu infra § 8, in dem der Rechtsbruch auf der Grundlage von Notstandserwägungen eingehend untersucht wird.

Abweichung der Rechtsauffassungen vorliegt, so sind die Voraussetzungen im Rahmen des Vertragsrechts strenger. Zwar spricht die WVK insoweit nicht explizit von der erforderlichen Einigkeit aller Vertragsparteien, aber es ist allgemein anerkannt, dass nur dies von der WVK gemeint sein kann.¹⁸¹ Das heißt im Umkehrschluss, dass – streng genommen – bereits die Artikulation eines Widerspruchs gegen die Interpretation durch eine Vertragspartei das Vorliegen einer nachfolgenden Praxis i. S. d. Artikel 31 Abs. 3 lit. b) entgegensteht.¹⁸² In diesem Sinne formuliert Tladi die hohen Anforderungen an eine ausweitende Interpretation des Selbstverteidigungsrechts: „[...] any expression of criticism or objection will most certainly inflict a deathblow on any attempt to advance conduct, or series of actions, as constitutive of subsequent practice for the purposes of Article 31(3)(b) of the VCLT“.¹⁸³

Das heißt im Ergebnis, dass die Doktrin der nachfolgenden Praxis hohe Hürden für eine Veränderung des Rechts errichtet. Sobald wir einen Staat oder eine Staatengruppe finden, die einen dezidierten Widerspruch gegen eine bestimmte Interpretation des Rechts erheben, scheitert die Reinterpretation der UN-Charta. So kann beispielsweise ungeachtet breiter Bestrebungen seitens der Entwicklungsländer und der sozialistischen Staaten in dieser Richtung keine Rede davon sein, dass die Legalität militärischer Unterstützung antikolonialer Befreiungsbewegungen in ihrem Kampf gegen eine Kolonialmacht im Wege der nachfolgenden Praxis allgemeine Anerkennung unter den Staaten gefunden hätte. Zwar gab es, wie wir gesehen haben, eine Reihe von Resolutionen der UN-Generalversammlung. Diese aber waren weit entfernt davon, einstimmig zu ergehen, sondern stießen bei mehreren westlichen Staaten auf erhebliche Kritik.¹⁸⁴

Wichtig ist bei allem, dass für das Ergebnis in der Bewertung nachfolgender Praxis immer der rechtliche Ausgangspunkt entscheidend ist, die Frage also, was das Ausgangsverständnis einer Norm ist, welches durch die nachfolgende Praxis interpretiert werden soll. Bereits dies aber ist für eine Vielzahl von Konstellationen sehr umstritten. Greifen wir an dieser Stelle noch einmal die bereits diskutierte Frage auf, ob Staaten sich im Wege der Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC auch gegen noch nicht stattfindende, aber unmittelbar bevorstehende Angriffe

¹⁸¹ Vgl. dazu bereits: ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 222 (para. 15): „By omitting the word ‚all‘ the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase ‚the understanding of the parties‘ necessarily means ‚the parties as a whole‘. It omitted the word ‚all‘ merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice.“

¹⁸² *Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 31, Rn. 22; ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 76 (commentary to conclusion 10, para. 3): „Conflicting positions regarding interpretation expressed by different parties to a treaty preclude the existence of an agreement.“

¹⁸³ *Tladi*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (51).

¹⁸⁴ Vgl. *supra* 34 ff.

zur Wehr setzen dürfen (vorgreifende Selbstverteidigung). Geht man davon aus, dass die UN-Charta wegen des Wortlauts von Artikel 51 UNC sich nur auf bereits stattfindende Angriffe bezieht und dass dies auch die allgemeine Interpretation der UN-Charta zum Zeitpunkt ihrer Errichtung war, so käme man in der Tat in der Analyse der nachfolgenden Praxis zu einem klaren Ergebnis. Eine nachfolgende Praxis dergestalt, dass vorgreifende Selbstverteidigung zulässig wäre, wäre ausgeschlossen, denn einige Staaten sprechen sich auch heute noch klar dagegen aus.¹⁸⁵ Wählt man aber einen anderen interpretatorischen Ausgangspunkt, so kann ein vollkommen anderes Ergebnis erzielt werden. Verfechter der vorgreifenden Selbstverteidigung können etwa argumentieren, dass die Möglichkeit dieser Selbstverteidigung aus dem Vor-Charta-Gewohnheitsrecht folgt und Artikel 51 UNC durch seine Bezugnahme auf ein gewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht in seinem Ausgangspunkt von eben diesem weiteren Verständnis der Selbstverteidigung ausging. Von dieser Grundlage einer anfänglichen Legalität vorgreifender Selbstverteidigung oder jedenfalls vor dem Hintergrund der Annahme, dass die UN-Charta selbst in diesem Punkt indifferent verblieb und die Frage schlicht nicht klar beantwortete, würde die Prüfung der nachfolgenden Praxis nun unter anderen Vorzeichen erfolgen. Dieses Beispiel soll illustrieren, dass die vermeintlich klaren Kriterien der nachfolgenden Praxis nur in den Fällen gut operieren, in denen wir eine sichere rechtliche Ausgangslage haben. Überall dort aber, wo Unsicherheiten und interpretatorische Unklarheiten bestehen, sind auch die Ergebnisse angreifbar.

c) „Sonstige“ nachfolgende Praxis

Während es sich bei der nachfolgenden Praxis um ein originäres Merkmal für die Auslegung einer Norm handelt – die ILC spricht insoweit von einem „authentic means of interpretation“¹⁸⁶ –, besteht darüber hinaus auch Raum, im Rahmen der Interpretation einer Vertragsnorm weitere Staatspraxis zu berücksichtigen, die nicht die Anforderungen des Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK erfüllt. Die ILC bezeichnet diese Fälle als „subsequent practice as a supplementary means of interpretation“¹⁸⁷. Derartige Praxis kann über Artikel 32 WVK als ergänzendes Auslegungsmittel berücksichtigt werden.¹⁸⁸ Nach dieser Vorschrift darf zur Bestätigung oder Ermittlung einer gemäß Artikel 31 WVK gefassten Interpretation auf

¹⁸⁵ Vgl. für Nachweise und Details supra S. 50.

¹⁸⁶ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 23 (Conclusion 3).

¹⁸⁷ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 27 (Conclusion 4.3).

¹⁸⁸ Art. 32 WVK: „Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.“

ergänzende Auslegungsmittel zurückgegriffen werden, wenn die Auslegung nach Artikel 31 WVK allein die Bedeutung noch ungeklärt lässt oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

Damit ist grundsätzlich der Raum eröffnet, auch solche Staatenpraxis bei der Auslegung einer Vertragsnorm in Erwägung zu ziehen, die die hohen Anforderungen des Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK nicht erfüllt, insbesondere da es der Einigkeit aller Vertragsparteien über die neue Interpretation ermangelt.¹⁸⁹ Die ILC sieht es ferner gar als möglich an, dass auch Staatenpraxis, die nicht in Anwendung einer Vertragsnorm ausgeführt wird, als ergänzendes Auslegungsmittel herangezogen werden kann, sie hat sich hierzu aber bislang nicht ausführlicher geäußert.¹⁹⁰

Selbst wenn also eine das Gewaltverbot interpretierende Praxis nicht von allen Vertragsparteien getragen wird, kann sie ergänzend herangezogen werden, wenn die regulären Auslegungsmethoden nicht zu einem sicheren Ergebnis führen. Das ist in Ansehung der oft äußerst umstrittenen Rechtsprobleme durchaus relevant, denn für viele Streitfragen führen die Auslegungsmethoden in der Tat nicht zu einem klaren Ergebnis.

Kurzum, in den Fällen, in denen wir keine unstrittige Basis haben, von der aus wir die Prinzipien der nachfolgenden Praxis zur Anwendung bringen können, ist es zulässig, in der Auslegung einer Norm auch auf andere Praxis zurückzugreifen und damit zur Interpretation der Norm auch kontroverse Praxis heranzuziehen. Damit hat das Rechtsinstitut der „sonstigen nachfolgenden Praxis“ insbesondere für die hochumstrittenen Rechtsfragen eine wichtige Bedeutung, die auch Tams betont:

„In light of the difficulties of establishing a common understanding of all UN members, this ‚other subsequent practice‘ is significant. It means that the analysis needs to take into account the conduct of States and UN organs even where it does not reflect an ‚agreement of the parties regarding [the Charter’s] interpretation‘ in the sense of Article 31(3)(a) or (b).“¹⁹¹

Damit ergibt sich im Ergebnis ein vielschichtiges Bild der nachfolgenden Praxis. Einerseits errichtet das Erfordernis, dass eine nachfolgende Praxis von der Einwilligung aller Vertragsparteien getragen wird, eine hohe Hürde für eine Reinterpretation eines Vertrages. Andererseits aber ergeben sich deutlich flexiblere Standards für die Fälle, in denen bereits die rechtliche Ausgangslage umstritten ist. In diesen Fällen kommt nämlich die Auslegung nur nach Artikel 31 WVK oft nicht zu einem klaren Resultat. Daher kann dann auch auf Praxis abgestellt werden, die nicht den hohen Anforderungen des Artikel 31 Abs. 3 lit. b) WVK genügt. Auch in umstrit-

¹⁸⁹ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 21 (commentary to Conclusion 2, para. 10); 75 (commentary to Conclusion 10, para. 2).

¹⁹⁰ ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 21 (commentary to Conclusion 2, para. 11).

¹⁹¹ Tams, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (127).

tenen Fällen könnte dann also eine relativ verdichtete Praxis (die gleichwohl nicht konsensual ist), den Ausschlag geben, einer bestimmten Lesart des Rechts den Vorzug zu geben.

Das zeigt im Ergebnis auch, dass jedenfalls für diese umstrittenen Fälle die Interpretation und Reinterpretation des Vertragsrechts der Art und Weise, wie sich Gewohnheitsrecht entwickelt, durchaus ähnlich ist, denn auch dort müssen nicht alle Staaten einer Rechtsentwicklung zustimmen. Bevor wir uns aber dem Zusammenspiel der Rechtsquellen zuwenden, müssen wir zunächst die Frage aufwerfen, ob es Grenzen der Reinterpretation durch nachfolgende Praxis gibt.

3. Grenzen der Reinterpretation

Nachfolgende Praxis findet nach den Grundsätzen der WVK Berücksichtigung im Rahmen der Interpretation einer Vorschrift. Eine umstrittene Frage ist insoweit, ob sich nicht eine weit reichende Reinterpretation *de facto* als eine Änderung des Vertrages darstellt, für die unter Umständen andere, strengere Grundsätze gelten müssen. Die aufgeworfene Frage ist also, ob der Interpretation selbst Grenzen gesetzt sind oder ob beispielsweise auch eine der etablierten Auffassung diametral entgegengesetzte Interpretation als Form der authentischen Interpretation angesehen werden kann. Im Bereich des Gewaltverbots könnte insoweit beispielsweise diskutiert werden, ob nicht die Doktrin der präventiven Selbstverteidigung letztlich den Rahmen der Interpretation verlässt und eine *de-facto*-Änderung der UN-Charta anstrebt, da sie letztlich den von der UN-Charta vorgesehenen kollektiven Charakter des Gewalteinsatzes zu Gunsten eines Unilateralismus, der auf die Gefährdungseinschätzung der jeweiligen Staaten abstellt, substituiert.

Insoweit lassen sich drei Fragen differenzieren, die Gegenstand völkerrechtlicher Debatten sind. Erstens: Lassen sich Vertragsänderung und Vertragsinterpretation überhaupt voneinander unterscheiden? Zweitens: Was ist die Folge, wenn sich eine Abweichung als Änderung und nicht als Interpretation darstellt? Drittens: Wie sieht es mit der Möglichkeit einer praktischen Umsetzung und Operationalisierung solch einer Differenzierung aus?

Im Hinblick auf die erste Frage nach der *prinzipiellen* Möglichkeit einer Abgrenzung wird zu Recht überwiegend davon ausgegangen, dass eine Unterscheidbarkeit grundsätzlich gegeben sei.¹⁹² Bei Interpretation und Änderung handelt es sich um je spezifische juristische Operationen. In diesem Sinne äußerte bereits die ILC in ihrem Kommentar zum WVK-Entwurf von 1966, dass es sich bei Änderung und Interpretation um rechtlich eigenständige und unterschiedene Vorgänge handle.¹⁹³

¹⁹² Vgl. z. B. *Sinclair*, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Aufl., 1984, S. 138; *Peters*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 68 (2013), 1 (45 f.); *Alvarez*, in: Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, S. 123 (126); vgl. insoweit aber auch die kritische Position von: *Bianchi*, in: Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, S. 133 (135–137).

¹⁹³ ILC, *Report of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/191, *Yearbook of the International Law Commission* 1966, Vol. II, 236: „Although the line may sometimes be

Als Randnotiz interessant ist insoweit, dass der ursprüngliche von der ILC geschaffene Entwurf einer Vertragsrechtskonvention eine Vorschrift zur Frage der Vertragsänderung durch nachfolgende Praxis enthielt. Zusätzlich zur nachfolgenden Praxis im Rahmen der Interpretation eines Vertrags¹⁹⁴ benannte Artikel 38 des Entwurfs von 1966 explizit, dass ein Vertrag durch nachfolgende Praxis geändert werden könne.¹⁹⁵ Im Ergebnis aber wurde diese Vorschrift nicht in die WVK aufgenommen. Dass eine Aufnahme dieser Vorschrift über die Änderung durch nachfolgende Praxis unterblieb, wird teils als Argument dafür angeführt, dass die Staaten offenbar eine kategoriale Verschiedenheit beider Tatbestände aufrechterhalten wollten.¹⁹⁶

Nach der hier vertretenen Position lassen sich Vertragsinterpretation und Vertragsänderung *theoretisch* voneinander abgrenzen.¹⁹⁷ Der Interpretation geht es um die Feststellung des Vertragsinhalts.¹⁹⁸ Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sie sich mit Hilfe der Auslegungsmethoden an den Vertragstext rückbinden lässt. Einer Vertragsänderung dagegen geht es um eine Umgestaltung des Vertragsinhalts.¹⁹⁹

Die für eine Interpretation erforderliche Rückbindung an den Vertrag aber kann nicht im Sinne einer bloßen Wortlautfixierung verstanden werden. Es geht nicht um eine Ankopplung an einen statisch und überhistorisch verstandenen Vertragsinhalt, manifestiert im historischen Willen der vertragsschaffenden Staaten. In diesem Sinne führt auch die ILC in ihren *Draft Conclusions* aus: „The scope for ‚interpretation‘ is [...] not necessarily determined by a fixed ‚original intent‘, but must rather be determined by taking into account a broader range of considerations, including certain later developments.“²⁰⁰ Es muss daher die Gesamtheit der Auslegungsmethoden (Artikel 31, 32 WVK) Berücksichtigung finden, um den Rahmen

blurred between interpretation and amendment of a treaty through subsequent practice, legally the processes are distinct. Accordingly, the effect of subsequent practice in amending a treaty is dealt with in the present article as a case of modification of treaties.“

¹⁹⁴ ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 217f. (Art. 27 des ILC-Entwurfs).

¹⁹⁵ ILC, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/191, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 236: „Article 38 – Modification of treaties by subsequent practice: A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.“

¹⁹⁶ *Alvarez*, in: Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, S. 123 (126): „The default rule in my view should, however, remain as it is under the VCLT, where the removal of the proposed art 38 suggests that its drafters did not intend for subsequent practice to achieve the same result as a formal amendment.“

¹⁹⁷ Wolfram Karl spricht insoweit von einer „geltungsmäßigen Ebenbürtigkeit von Vertragsänderung und authentischer Auslegung“, verweist aber gleichwohl auf einen verbleibenden „konzeptuelle[n] Unterschied“ beider Rechtsinstitute – *Karl*, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, S. 42f.

¹⁹⁸ *Bernhardt*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 1963, S. 32: „Ziel der Vertragsauslegung ist die Feststellung der Tragweite und des normativen Gehalts des Vertrags“.

¹⁹⁹ *Karl*, in: Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 9 (9).

²⁰⁰ ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 60 (commentary to Conclusion 7, para. 27).

dessen zu bestimmen, was noch als Interpretation gelten kann. Wichtig ist hierbei, dass die Grenze der Interpretation damit nicht statisch ist, sondern dynamisch. So kann beispielsweise in Anbetracht weiterer, eine neue Rechtsauffassung unterstützender Praxis eine neu vorgeschlagene Lesart des Rechts sich ab einem bestimmten Zeitpunkt als eine mögliche Interpretation des Rechts darstellen, wiewohl sie zu einem vorherigen Zeitpunkt (in Ermangelung solcher Praxis) noch als eine (implizite) Vertragsänderung hätte gelesen werden müssen.

Diese Schwierigkeiten aber betreffen die noch zu betrachtende Ebene der Anwendung des Rechts und sollen uns hier nicht davon abhalten, die grundsätzliche theoretische Unterscheidbarkeit von Interpretation und Änderung anzunehmen.²⁰¹

Damit kommen wir zur zweiten Frage, die die Rechtsfolgen für eine Konstellation betrifft, in der eine Abweichung von bestehenden Lesarten nicht mehr als Interpretation, sondern als implizite Änderung eines Vertrags verstanden werden muss.

Für eine Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages bestimmt Artikel 39 WVK, dass diese durch Übereinkunft der Vertragsparteien erfolgen kann. Dabei finden grundsätzlich die für Vertragsschlüsse geltenden Regeln Anwendung, aber es handelt sich bei allem um dispositives Recht, so dass die Vertragsparteien andere Regeln vereinbaren können. Für die UN-Charta bestehen besondere Änderungsregelungen in Artikel 108.²⁰² Von diesem Änderungsverfahren ist bislang indessen nur dreimal Gebrauch gemacht worden.²⁰³ Reformen der UN erweisen sich als schwierig, da nach Artikel 108 UNC neben einer Zweidrittelmehrheit in der UN-Generalversammlung auch eine Zustimmung aller ständigen Mitglieder des UN-Sicherheitsrats erforderlich ist. Jenseits dieses förmlichen Verfahrens ist fraglich, ob eine Änderung der UN-Charta auch auf informelle Weise erfolgen kann.²⁰⁴ Nach den Regeln des Vertragsrechts ist dies grundsätzlich unproblematisch möglich, denn den Vertragsparteien steht es frei, selbst im Falle des Bestehens eines besonderen Verfahrens zusätzlich Änderungen auch im informellen Wege einzuführen.

Allerdings kommt nun im Hinblick auf die UN-Charta ein weiterer Gesichtspunkt hinzu, der insbesondere aus der Perspektive eines globalen Verfassungsrechts (*global constitutionalism*) vorgebracht wird.²⁰⁵ Als Gründungsdokument der

²⁰¹ Diese Schwierigkeiten betont auch Karl, sieht aber letztlich ebenfalls die Bedeutung beider Kategorien: Karl, in: Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 9 (9): „Betrachtet man die Auslegung genauer und berücksichtigt überdies die verschiedenen praktischen Auslegungsbegriffe [...], so erkennt man auch an der auslegenden Tätigkeit Elemente der Vertragsänderung, wodurch die Unterscheidung relativiert wird. Wertlos wird die Unterscheidung dadurch nicht, da sie zumindest in der Regel Unterschiede in der Rechtsschöpfungskompetenz und in der Autorität von Rechtsschöpfungsakten bezeichnet“. – Fußnoten ausgelassen.

²⁰² Vgl. zur Abgrenzung von Änderungen der UN-Charta nach Art. 108/109 Frowein, in: Hafner u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, S. 210 (206–209).

²⁰³ Vgl. dazu Witschel, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 108, Rn. 43–49.

²⁰⁴ Vgl. dazu Schröder, in: Wolfrum (Hrsg.), *United Nations*, Bd. I, 1995, S. 20 (24–26).

²⁰⁵ Vgl. zum Überblick: Peters, *Global Constitutionalism*, in: *The Encyclopedia of Politi-*

Vereinten Nationen ist die UN-Charta kein beliebiges Vertragswerk. Vielmehr errichtet und regelt sie Grundstrukturen der internationalen Ordnung, so dass diesen Ordnungsprinzipien ein besonderer Schutz zuteilwerden muss.²⁰⁶ In Anbetracht dessen argumentiert beispielsweise Peters, dass das Vertragsparadigma zur Betrachtung der Gründungsdokumente internationaler Organisationen nicht hinreichend sei und durch eine Verfassungsperspektive ergänzt werden müsse. Sie folgert für die Zulässigkeit informeller Änderungen insoweit:

„Ganz allgemein sollten die üblichen Änderungsklauseln als (implizites) Verbot der Änderung außerhalb der vorgeschriebenen Formen und Verfahren angesehen werden. Anders gewendet, diese Vorschriften dürfen nicht vom allgemeinen Recht der Verträge, das die formlose Änderung zulässt, überspielt werden. Nochmals anders gewendet: Ein Gründungsdokument mit Änderungsvorschrift ‚sieht etwas anderes vor‘ im Sinne von Artikel 39 WVK, und zwar abschließend.“²⁰⁷

Für die UN-Charta wird daher aus der Perspektive der Konstitutionalisierungsthese gefordert, dass eine Änderung nur nach Maßgabe der Artikel 108 und 109 erfolgen könne.²⁰⁸ Wegen des grundlegenden Charakters der Charta ist dies in der Tat eine plausible Annahme,²⁰⁹ die es erforderlich macht, nunmehr die praktischen Möglichkeiten der Abgrenzbarkeit von Interpretation und Änderung in den Blick zu nehmen.

Damit kommen wir zur dritten Frage nach der Möglichkeit der Operationalisierung dieser Erkenntnisse und der Relevanz für die Reinterpretation beziehungsweise Änderung von Vorschriften des Gewaltverbots. Unbestreitbar handelt es sich bei der Abgrenzung von Interpretation und Änderung um eine schwierige Aufgabe.²¹⁰ Teils wird insoweit auch der fluide Charakter der Übergänge zwischen Interpretation und Änderung betont. So spricht Ruys etwa von einer „sliding scale between interpretation and modification“²¹¹ und auch das Bundesverfassungs-

cal Thought, 2014, S. 1484 (1484–1487); vgl. ebenso *Fassbender*, in: Macdonald (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, S. 837 (837 ff.).

²⁰⁶ *Fassbender*, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), 529 (insb. 568 ff.).

²⁰⁷ *Peters*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 68 (2013), 1 (50).

²⁰⁸ *Fassbender*, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1993), 529 (599–600): „[T]he Charter, as constitution of the international community, can only be amended in the procedures provided for in Articles 108 and 109.“

²⁰⁹ Kritisch hierzu: *Kleinlein*, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012, S. 409 f.

²¹⁰ *Peters*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 68 (2013), 1 (45 f.): „Weil aber jede Interpretation auch einen schöpferischen Akt beinhaltet, ist die Trennlinie zwischen beiden Vorgängen oft verschwommen“; *Alvarez*, in: Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, S. 123 (126): „This means that lawyers are left with the unenviable task of distinguishing permissible treaty ‚interpretations‘, which can take effect through subsequent practice, from impermissible ‚amendments‘, usually only taking place through formal re-submission to the parties` respective parliaments or legislatures. But that is an interpretative task with which we are well familiar.“

²¹¹ *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 28: „[I]t is important to take account of the sliding scale between interpretation and modification. Again, this distinction constitutes an interpretive continuum, whereby parties may gradually wander from the original

gericht sieht in „der völkerrechtlichen Praxis [...] fließende Übergänge zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung“.²¹²

In der Praxis scheint es daher oft unmöglich, zwischen Änderung und Interpretation zu differenzieren.²¹³ Diese Auffassung vertritt auch die ILC, die – Sinclair zitierend²¹⁴ – festhält: „Indeed, the dividing line between the interpretation and the amendment or modification of a treaty is in practice sometimes ‚difficult, if not impossible, to fix‘.“²¹⁵

Diese praktische Unmöglichkeit resultiert nicht zuletzt daraus, dass die Grenzen der Interpretation selbst – wie oben argumentiert – nicht statisch, sondern dynamisch sind. Eine staatlich vertretene Position, die heute nur als eine Änderung des Vertrages zulässig wäre, könnte in Anbetracht unterstützender Praxis im nächsten Jahr schon eine zulässige Interpretation darstellen. Um das Eingangsbeispiel aufzugreifen: Sollten zunehmend mehr Staaten der Idee einer präventiven Selbstverteidigung zuneigen, so verlöre das Argument, dass dies nur im Wege der Chartaänderung möglich wäre, rasch an Boden. Eine Grenze aber, die wesentlich flexibel und durch eine entsprechende Praxis der Staaten (die ja begrenzt werden soll) verschiebbar ist, stellt sich nicht als starkes Argument dar.

Diese mangelnde Operationalisierbarkeit der Grenze sowie ihre Dynamik haben zur Folge, dass ein entsprechendes Argument tatsächlich auch in den völkerrechtstheoretischen wie -politischen Debatten hochgradig angreifbar wäre. Mangels allgemein anerkannter Kriterien für die Abgrenzung von Interpretation und Änderung lässt sich eine allgemeine Grundlage für die juristische Bewertung in diesem Punkt kaum finden. Insofern überrascht es nicht, dass weder die ILC noch der IGH noch Akteure in den politischen Auseinandersetzungen um die Legalität von Maßnahmen ein eigenständiges Argument dergestalt anführen, dass eine bestimmte Lesart nur im Wege der Änderung der Charta etabliert werden könnte. Die Debatten fokussieren sich vielmehr auf die Frage, ob eine bestimmte vorgeschlagene Interpretation der Charta tatsächlich von hinreichender Staatspra-

text and intention towards adjusting or updating the content, to the creation of a new rule through modification.“

²¹² BVerfGE 90, 286, 362: „In der völkerrechtlichen Praxis bestehen fließende Übergänge zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung [...]. Eine Inhaltsänderung, die sich durch Interpretation eines bestehenden völkerrechtlichen Vertrages in diesem Grenzbereich gelegentlich ereignet, kommt nicht durch einen Änderungsvertrag zustande“; vgl. auch: *Karl*, in: Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 9 (9).

²¹³ *Karl*, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, S. 43; vgl. auf theoretischer Ebene auch *Bix*, in: Keil/Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 247 (257): „[O]ne must recognize that the line between courts applying (their understanding of) a legal text’s meaning and modifying the meaning to serve other purposes is not always clearly drawn or publicly expressed (as is true generally for the distinction between courts applying existing law and creating new law“; *Wolfrum*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, 2001, S. 693 (707).

²¹⁴ *Sinclair*, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, S. 138.

²¹⁵ ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission* 2018, Vol. II, Part Two, 60 (commentary to Conclusion 7, para. 27).

xis getragen wird, um hierauf eine Reinterpretation im Wege der nachfolgenden Praxis zu stützen. Wäre eine entsprechende nachfolgende Praxis der Staaten einmal etabliert und anerkannt, so verlöre jedwedes Argument an Gewicht, dass sich die nunmehr konsensual anerkannte Interpretation eigentlich zu einem bestimmten Zeitpunkt als nur im Wege der Vertragsänderung zulässig dargestellt hat. Ein schlagendes Beispiel dafür ist die internationale Handhabung des Artikel 27 Abs. 3 UNC. Nach dieser Vorschrift müssen nichtverfahrensbezogene Beschlüsse des Sicherheitsrats auf der Zustimmung von neun Mitgliedern einschließlich sämtlicher ständiger Mitglieder beruhen. Die hiernach an sich geforderte positive Zustimmung der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats wurde in der Praxis der UN bald als ein negatives Erfordernis interpretiert, dem zufolge kein Veto eines ständigen Mitglieds vorliegen dürfe. Bereits 1971 erkannte der IGH diese Praxis als die autoritative Interpretation der Charta an²¹⁶ – eine Interpretation, die man nicht anders als *contra legem* bezeichnen kann. Vor dem Hintergrund der vorliegenden Diskussion müsste man sagen, dass zum Zeitpunkt der Schaffung der Charta eine solche Lesart nur als Änderung möglich gewesen wäre, dass schließlich aber in Anbetracht einer entsprechenden Praxis die Grenzen der Interpretation aufgeweitet worden sind, bis schließlich auch der IGH die Praxis als die richtige Lesart der Charta anerkannt hat.

Kurzum, nach der hier vertretenen Position ergibt sich keine praktisch relevante Grenze für die (Re-)Interpretation der UN-Charta. Der Geist eines Vertrages kann nicht gegen seine Interpretation in der Praxis bewahrt werden. Dies wäre nur möglich, wenn es einen Akteur gäbe, der als „Hüter der internationalen Rechtsordnung“ auftreten könnte.²¹⁷ In Ermangelung dessen mag man zwar anerkennen, dass Staaten gegen den ursprünglichen Wortlaut und Geist eines Vertrages verstoßen haben. Da sie im Falle des Vorliegens einer nachfolgenden Praxis aber offenbar geschlossen einer neuen Interpretation zustimmen, besteht im dezentralen völkerrechtlichen System kein Hebel mehr, sie an der überkommenen Interpretation festzuhalten.²¹⁸

²¹⁶ IGH, Legal Consequences for States of the continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Rechtsgutachten vom 21. Juni 1971, ICJ Reports 1971, 16, 22 (para. 22): „[M]embers of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions.“

²¹⁷ Schröder, in: Wolfrum (Hrsg.), Handbuch Vereinte Nationen, 1991, S. 701 (705), para. 14.

²¹⁸ In diesem Sinne erkannte die ILC an, dass, sobald eine nachfolgende Praxis etabliert sei, anzunehmen sei, dass die Staaten den Vertrag interpretieren und nicht verändern wollten: ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 51 (Conclusion 7.3): „It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it.“

Insoweit ist es auch nicht möglich, eine klare Grenze zwischen Modifikation und (Re-)Interpretation zu ziehen, und mithin ergeben sich hieraus auch keine praktisch relevanten Grenzen für eine Reinterpretation der UN-Charta.²¹⁹

4. Untergang vertragsrechtlicher Regeln

Die Geltung vertragsrechtlicher Vorschriften kann schließlich auf zweierlei Weisen beendet werden. Einerseits können sie zwischen den Staaten im Wege eines förmlichen Verfahrens aufgehoben werden. In diesem Zusammenhang würden abermals die Fragen um die Änderung der UN-Charta aufgeworfen werden. Andererseits können sie auch in Nichtanwendung fallen (*desuetude*).²²⁰ Letzteres ist Hintergrund für die Debatten um die Auflösung des völkerrechtlichen Gewaltverbots, für das vielfach argumentiert worden ist, dass es infolge weit reichender Verstöße seinen Rechtscharakter verloren habe.²²¹ Die Annahme einer Auflösung des völkerrechtlichen Gewaltverbots aber hat, wie wir im Ergebnis der vorliegenden Untersuchung sehen werden, einen Mangel an Differenzierung zwischen Wirk- und Konfliktebenen illegaler Handlung zur Ursache und kann daher nicht überzeugen.²²²

IV. Das Gewaltverbot als *ius cogens*

Bis hierher haben wir die Rechtsgrundlagen des Gewaltverbots analysiert und die Voraussetzungen für das Entstehen sowie die Entwicklung von vertrags- und gewohnheitsrechtlichen Normen. Bevor wir uns abschließend dem Zusammenspiel und der möglichen Konkurrenz beider Rechtsquellen zuwenden (V.), müssen wir vorgängig noch eine andere Thematik behandeln, die sowohl die vertrags- wie auch die gewohnheitsrechtliche Dimension des Gewaltverbots betrifft. Die Frage ist, ob für die Dynamik und Entwicklung der Normen des Gewaltverbots besondere Regeln aus dem Umstand folgen, dass diese zwingendes Völkerrecht – *ius cogens* – darstellen.

²¹⁹ Vgl. insoweit auch *Witschel*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 108, para. 11; *Schröder*, in: Wolfum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 1991, S. 710 (705 f.), para. 13–19; *Zacklin*, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, 1968, S. 197.

²²⁰ *Chayes/Chayes*, *International Organization* 47 (1993), 175 (201): „It seems plausible that treaty regimes are subject to a kind of critical-mass phenomenon, so that once defection reaches a certain level, or in the face of particularly egregious violations by a major player, the regime might collapse.“

²²¹ Vgl. hierzu § 1, supra 4 f.

²²² Vgl. hierzu infra § 13, 339–347.

1. Das Gewaltverbot als *ius cogens*

Vorschriften des *ius cogens* zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwingenden Charakter haben, dass sie also im Gegensatz zur grundsätzlichen Abbedingbarkeit völkerrechtlicher Normen (*ius dispositivum*) ein *ius strictum* darstellen.²²³ Dieses Verständnis von *ius cogens* wird in der WVK zum Ausdruck gebracht und auch über deren Rahmen hinaus weithin als autoritativ angesehen. In Artikel 53 S.2 WVK wird *ius cogens* wie folgt definiert: „For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.“²²⁴ Eine *ius-cogens*-Norm ist damit konzipiert als eine „Supernorm“, deren Einhaltung unabdingbar ist und die nur durch eine nachfolgende *ius-cogens*-Regel verändert werden kann.

Das Konzept des *ius cogens* war in der völkerrechtlichen Debatte lange Gegenstand von Kontroversen. Teils wurde das Bestehen einer übergeordneten Gruppe von Normen als mit der Struktur des auf Zustimmung der Staaten basierenden Völkerrechts unvereinbar angesehen.²²⁵ Das Konzept des *ius cogens* wurde als missbrauchsanfällig kritisiert und wegen seiner unbestimmten Konturen als nutzlos und normativ nicht wünschenswert grundsätzlich in Frage gestellt.²²⁶ Ungeachtet dieser Kritik ist das Konzept heute allerdings allgemein anerkannt.²²⁷

Eine *ius-cogens*-Norm setzt – so Artikel 53 WVK und dieser Struktur folgend auch die ILC – zwei Aspekte voraus. Erstens bedarf es einer Norm des allgemeinen Völkerrechts. Hierunter fallen sowohl völkergewohnheitsrechtliche Normen als auch allgemeine Rechtsprinzipien im Sinne von Artikel 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut.²²⁸ Vertragsrechtliche Regeln fallen nicht automatisch unter diesen Begriff, können aber bei paralleler gewohnheitsrechtlicher Geltung Ausdruck allgemeinen Völkerrechts sein und damit auch den Status einer *ius-cogens*-Vorschrift innehaben.²²⁹ Zweitens muss die internationale Gemeinschaft insgesamt (*international commu-*

²²³ Frowein, *Ius Cogens*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, Rn. 1.

²²⁴ Art. 53 S. 2 WVK.

²²⁵ Christenson, *Virginia Journal of International Law* 28 (1987), 585 (589); Glennon, in: Breitenmoser (Hrsg.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, 2007, S. 1268–1271.

²²⁶ Weil, *American Journal of International Law* 77 (1983), 414 (441); D’Amato, *Connecticut Journal of International Law* 6 (1990), 1 (6); Weisburd, *Michigan Journal of International Law* 17 (1995), 1 (50f.); Barnidge, *Israel Yearbook on Human Rights* 38 (2008), 199 (209f.).

²²⁷ Vgl. umfassend Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992; vgl. die Berichte der ILC, First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, 8. März 2016, UN Doc. A/CN.4/693; Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, 16. März 2017, UN Doc. A/CN.4/706; Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 12. Februar 2018, UN Doc. A/CN.4/714.

²²⁸ ILC, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 16. März 2017, UN Doc. A/CN.4/706, Rn. 39–59.

²²⁹ ILC, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 16. März 2017, UN Doc. A/CN.4/706, Rn. 59.

nity as a whole) den *ius-cogens*-Charakter einer Norm anerkannt haben. Dies verlangt eine entsprechende Rechtsauffassung der Staaten (*opinio iuris cogentis*). Gemeinhin wird insoweit kein Konsens verlangt, wohl aber die Zustimmung einer sehr großen Mehrheit.²³⁰ Über die genaueren Voraussetzungen der Entstehung von *ius cogens* besteht allerdings wenig Einigkeit.²³¹

Weithin anerkannt ist, dass eine kleinere Zahl von Normen einen entsprechenden zwingenden Charakter aufweisen. Das gilt für gewisse basale und auch moralische Werte inkorporierende Normen wie das Verbot von Sklaverei, Völkermord und Apartheid oder das Verbot der Errichtung kolonialer Herrschaftsverhältnisse.²³² Auch für das Verbot des Terrorismus wird ein *ius-cogens*-Charakter neuerdings diskutiert und teils angenommen.²³³

Auch das völkerrechtliche Gewaltverbot (oder jedenfalls Teile davon – dazu sogleich mehr) wird weithin als *ius-cogens*-Norm angesehen. In diese Richtung weist bereits die Formulierung der ILC aus dem Jahr 1966, der zufolge das Gewaltverbot ein deutliches Beispiel einer *ius-cogens*-Norm darstelle.²³⁴ Während der IGH zum *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots keine eindeutige Position bezogen hat,²³⁵ hat sich eine Reihe von IGH-Richtern in Sondervoten klar in diese Richtung geäußert.²³⁶ Auch in der völkerrechtlichen Literatur wird oft das Gewaltverbot all-

²³⁰ Vgl. dazu die Erklärung des Vorsitzenden des „Drafting Committee“ bei der Schaffung der WVK: „Mr. Yasseen, Chairman of the Drafting Committee, explained that by inserting the words ‚as a whole‘ in article 50 the Drafting Committee had wished to stress that there was no question of requiring a rule to be accepted and recognized as peremptory by all States. It would be enough if a very large majority did so; that would mean that, if one State in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that State was supported by a very small number of States, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected“ – United Nations Conference on the Law of Treaties, Mar. 26-May 24, 1968, 80th Meeting of the Committee of the Whole, UN Doc. A/CONF.39/C.1/SR.80, 21. Mai 1968, para. 12.

²³¹ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Aufl., 2013, S. 279.

²³² Vgl. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992, Kapitel 6.

²³³ De Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism*, 2019, S. 61–102.

²³⁴ Vgl. ILC, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, Article 50 – Commentary, ILC Yearbook, 1966, Vol. II, 247: „The Commission pointed out that the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens.“

²³⁵ Die oftmals als Bestätigung des *ius-cogens*-Charakters herangezogene *Nicaragua*-Entscheidung bezieht insoweit keine eindeutige Stellung. Der IGH führt hier nur die soeben zitierte Position der ILC sowie die Positionen der Streitparteien an, denen zufolge es sich beim Gewaltverbot um eine *ius-cogens*-Norm handle, ohne allerdings sich diese Position dezidiert zu eigen zu machen (wiewohl man auf ein gewisses Maß an impliziter Zustimmung aus dem Kontext mag schließen können). Vgl. IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 100 (para. 190). Vgl. für die gegenteilige Auffassung und Verweise auf die Debatte um die Interpretation der Auffassung des IGH: Green, *Michigan Journal of International Law* 65 (2011), 215 (223 f.).

²³⁶ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Uni-*

gemein als *ius-cogens*-Norm angeführt,²³⁷ teilweise sogar die Gesamtheit des Artikel 2 Abs. 4 UNC und damit auch das Verbot der Drohung mit Gewalt.²³⁸

Die genaue Bestimmung der Reichweite des *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots aber ist umstritten. Unstreitig ist in jedem Fall, dass der *ius-cogens*-Charakter sich nur auf einen *völkerrechtswidrigen* Gewalteinsatz beziehen kann.²³⁹ Da es sich bei *ius cogens* begriffsgemäß um Normen handelt, von denen eine Abweichung nicht zulässig ist, muss der *ius-cogens*-Rahmen bereits durch die etablierten Ausnahmen zum Gewaltverbot beschrieben werden.²⁴⁰

Umstritten aber ist, ob jedweder illegaler Gewalteinsatz oder nur besonders schwer wiegende Verstöße vom *ius-cogens*-Gehalt erfasst sein sollen. Gegen eine Erfassung des gesamten Gewaltverbots vom *ius-cogens*-Charakter spricht der Umstand, dass insbesondere niedrigschwellige und wenig intensive Einsätze rechtswidriger militärischer Gewalt in der Staatenpraxis weit verbreitet sind. Es scheint sich hier abzuzeichnen, dass ein gelegentlicher Einsatz von Gewalt von den Staaten nicht als derart zentral angesehen wird, wie dies für eine *ius-cogens*-Norm voraus-

ted States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 153 (Separate Opinion Singh); ebd., 199 (Separate Opinion Sette-Camara); IGH, Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Urteil vom 6. November 2003, ICJ Reports 2003, 161, 327 (para. 6)/330 (para. 9) (Separate Opinion Simma); ebd., 260 (para. 46) (Separate Opinion Kooijmans); ebd., 291 (Dissenting Opinion Elaraby); IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 254 (para. 3.1.) (Separate Opinion Elaraby).

²³⁷ Vgl. z. B. *Bothe*, in: Schaumann (Hrsg.), Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung, 1971, S. 11 (26); *Aust*, Modern Treaty Law and Practice, 3. Aufl., 2013, S. 279; *Cassese*, International Law, 2. Aufl., 2005, S. 202; *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 26 (1986), 1 (14); in diesem Sinne wohl auch: *Simma*, European Journal of International Law 10 (1999), 1 (5); *Bothe*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., 2019, S. 755 (612) (Rn. 23).

²³⁸ *Schachter*, University of Chicago Law Review 53 (1986), 113 (129): „[A]rticle 2[4] is the exemplary case of a peremptory norm [jus cogens]“; kritisch zur Erstreckung auf das Verbot der Drohung mit Gewalt: *Green*, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (226f.).

²³⁹ *Green*, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (229f.).

²⁴⁰ Auf der Grundlage dieser Überlegung wird nun teils argumentiert, dass auch die Rechtfertigungsgründe als solche als *ius cogens* angesehen werden müssten: *Orakhelashvili*, Peremptory Norms in International Law, 2006, S. 51: „[I]f the very prohibition of the use of force is peremptory, then every principle specifying the limits on the entitlement of States to use force is also peremptory“; *Kahgan*, ILSA Journal of International & Comparative Law 3 (1997), 767 (820–827); *Seiderman*, Hierarchy in International Law, 2001, S. 62; *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 27; vgl. auch ILC Study Group, Report „Fragmentation of International Law“, 13. April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, para. 374 (hier wird auch Art. 51 UNC als Kandidat für eine *ius-cogens*-Norm angeführt). Auch Hans Kelsen sieht im Selbstverteidigungsrecht eine *ius-cogens*-Regel: *Kelsen*, The Law of the United Nations, 1950, S. 791: „[T]he right of self-defence is supposed to be established by a rule of general international law which has the character of jus cogens“. Für diese Einschätzung mögen sich jedenfalls für das Selbstverteidigungsrecht aus Art. 51 UNC noch einige Fürsprecher finden (wiewohl diesbezüglich noch weniger Übereinstimmung als im Hinblick auf das Gewaltverbot besteht). Jedenfalls aber für weitere Rechtfertigungsgründe – Intervention auf Einladung und die Befugnis des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UNC – ist dies nicht plausibel, da diese nicht als fundamentale und unabdingbare Normen angesehen werden können.

zusetzen ist. Überzeugender ist es daher, die Reichweite des *ius-cogens*-Charakters im Hinblick auf das Gewaltverbot enger zu bestimmen. Vielfach wird dieser auf besonders gewichtige Verstöße, die zugleich als Aggression im Sinne der *Definition of Aggression*²⁴¹ gewertet werden können, begrenzt. Eine engere Bestimmung der Reichweite des *ius-cogens*-Charakters schlägt sich seit einiger Zeit auch in den Ausführungen der ILC nieder, die diesen nicht mehr generell auf das Gewaltverbot, sondern auf das Verbot der Aggression bezieht.²⁴² Auch in der Völkerrechtswissenschaft findet diese Position Rückhalt.²⁴³

2. Rechtsfolgen des *ius-cogens*-Charakters

Eine schwierige Frage ist nun, welche konkrete Rechtsfolge der *ius-cogens*-Charakter des Verbots der Aggression zeitigt. Unstreitige Folge ist zunächst, dass Staaten das Verbot untereinander nicht vertraglich abbedingen können und dass von der Norm abweichende Verträge zu Lasten von Drittstaaten nichtig wären.²⁴⁴ Damit wäre auch eine abweichende *lex specialis* – auch in Form eines regionalen Gewohnheitsrechts – ausgeschlossen. Diese Folge aber ist für die Praxis letztlich ohne Belang, da Staaten einen entsprechenden Vertrag (auf Grundlage dessen sie gegen ihren Willen der Einwirkung militärischer Gewalt unterzogen werden können) kaum je schließen dürften oder eine entsprechende *opinio iuris* nicht artikulieren werden.²⁴⁵

Für die Praxis wichtiger und schwieriger zu beurteilen ist die Folge für eine Veränderung bestehender *ius-cogens*-Normen, wobei Veränderung hier weit zu verstehen ist und auch Reinterpretationen umfasst – denn auch Reinterpretationen können, wie wir gesehen haben, beispielsweise das Verhältnis von Regel und Aus-

²⁴¹ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974.

²⁴² ILC, Report of the International Law Commission, 32. Sitzung, 1980, UN Doc. A/35/10, 91: „[A]ny use by a State of armed force for an assault [...] comes within the meaning of the term ‚aggression‘ [...] is subject to a prohibition of jus cogens – and the most typical and incontrovertible prohibition of jus cogens“; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 26, para. 5: „Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression“; ILC, Report of the International Law Commission, 53. Sitzung, 2001, UN Doc. A/56/10, 283: „[I]t is generally agreed that the prohibition of aggression is to be regarded as peremptory“; vgl. auch ILC Study Group, Report „Fragmentation of International Law“, 13. April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, para. 374 (führt die *prohibition of aggressive use of force* als Kandidat einer *ius-cogens*-Norm an).

²⁴³ Vgl. z. B. Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, 1988, S. 356; Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 234–236; Byers, Custom, Power and the Power of Rules, 1999, S. 164, 185; De Beer, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism, 2019, S. 204.

²⁴⁴ Vgl. Art. 53 S. 1 WVK.

²⁴⁵ Ausgeschlossen ist die Entwicklung solcher besonderen Interventionstatbestände aber nicht, wie insbesondere das später noch zu untersuchende Phänomen des Sozialistischen Völkerrechts (hier insbesondere die Breschnew-Doktrin) illustriert; vgl. infra 291–295.

nahme substanziell verschieben.²⁴⁶ Im Wesentlichen lassen sich hier zwei Positionen zu diesem Problembereich identifizieren:

Dynamischer Verweis auf Ausnahmen vom Gewaltverbot: Einige Autoren gehen davon aus, dass der *ius-cogens*-Charakter keine Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Reinterpretation des Gewaltverbots und damit auf eine Veränderung seiner Reichweite habe.²⁴⁷ Die Reichweite des *ius-cogens*-Charakters ist, wie wir gesehen haben, bestimmt durch die Ausnahmen vom Gewaltverbot. In anderen Worten: Ist eine Gewaltanwendung zum Beispiel eine zulässige Selbstverteidigung, so wird nicht gegen *ius cogens* verstoßen. Dies soll auch für den Fall der Reinterpretation des Gewaltverbots zutreffen. Die Überlegung ist, dass – wenn sich die Interpretation beispielsweise des Selbstverteidigungsrechts ausweitet – sich entsprechend automatisch die Reichweite des *ius-cogens*-Charakters verengen würde. Der *ius-cogens*-Gehalt des Gewaltverbots wird mithin dynamisch interpretiert – er unterliegt dem Wandel der Interpretation der Ausnahmen. Damit ist letztlich der *ius-cogens*-Charakter ohne Auswirkung für eine Interpretation des Gewaltverbots.

Erhöhte Anforderungen für die Reinterpretation: Demgegenüber finden sich in der Debatte auch viele Stellungnahmen dahingehend, dass eine Reinterpretation der Reichweite einer *ius-cogens*-Vorschrift an Artikel 53 S. 2 WVK zu messen sei.²⁴⁸ Eine Veränderung erfordert danach also eine Annahme der neuen Norm durch die gesamte internationale Staatengemeinschaft. Ruys zum Beispiel erkennt grundsätzlich an, dass eine bestehende *ius-cogens*-Vorschrift durch Praxis geändert werden könne, fordert aber einen höheren Standard als für die Veränderung allgemeiner vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Normen:

„It is submitted that modification of *ius cogens* could also occur as a result of subsequent custom. For this to be the case, the normal evidentiary standard for the formation of custom, viz. ‚a uniform and generally consistent practice accepted as law‘, will not be sufficient. Rather, the practice must also be ‚accepted and recognized by the international community of States as a whole‘.“²⁴⁹

Auch viele andere betonen die erhöhten Anforderungen, die an eine Änderung oder Reinterpretation einer *ius-cogens*-Norm zu stellen sind.²⁵⁰

²⁴⁶ O’Connell, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 174 (248).

²⁴⁷ Vgl. Tams, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (110f.).

²⁴⁸ Die WVK wird insoweit nur als Kodifikation gewohnheitsrechtlicher Standards herangezogen. Gemäß Art. 4 WVK findet sie auf die bereits vor ihrem Inkrafttreten verabschiedete UNC keine Anwendung.

²⁴⁹ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 28 – Fußnoten ausgelassen.

²⁵⁰ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (819): „[A]ll evolutions of the rule must be based upon near-unanimous agreement“; Roberts, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757 (785): „Moral customs, and in particular *jus cogens* norms, are unlikely to be undermined by contrary practice“; Byers/Chesterman, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 177 (180): „Given the public policy and preemptory character of these rules, the threshold for their development is necessarily very high: higher than that for other

Die Konsequenzen und Implikationen *beider* Positionen sind bei genauerer Betrachtung unbefriedigend. Die erste Position läuft darauf hinaus, dass der *ius-cogens*-Gehalt letztlich keinen signifikanten Effekt im Hinblick auf eine Sicherung und Stärkung des Gewaltverbots zeitigt. Er schlosse allenfalls nachgerade absurde Szenarien aus, beispielsweise einen Vertrag, in dem ein Staat dem anderen die gewaltsame Besetzung und Annexion seines Territoriums erlaubte.²⁵¹ Im Hinblick auf die eigentlichen Gefahren für die Normen des Gewaltverbots würde der *ius-cogens*-Charakter aber irrelevant bleiben. Vor dem üblichen Weg der Normentwicklung und auch Normerosion durch sukzessive Akte der Reinterpretation und Inhaltsveränderung nämlich bestünde keinerlei Schutz. Dieser findet statt im Wege einer Verschiebung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, gegen die allerdings durch das beschriebene dynamische Verständnis keinerlei Absicherung existierte. Die Annahme eines *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots wäre damit der Sache nach obsolet. Er wäre nichts anderes als ein verbales Attribut, welches die hohe moralische Bedeutung des Gewaltverbots unterstreicht.

Die zweite Position sieht demgegenüber einen erhöhten Schutz des Gewaltverbots auch gegen eine Reinterpretation vor. Das Problem dieser Auffassung ist allerdings, dass auf völkerrechtsdogmatischer Ebene hohe Hürden für die Entwicklung der Normen des Gewaltverbots postuliert werden, die mit den Erfordernissen und der Realität der Dynamik völkerrechtlicher Normentwicklung in diesem Bereich konfliktieren. Bereits 1966 hat die ILC das Erfordernis rechtlicher Entwicklung auch von *ius-cogens*-Normen betont: „[...] it would clearly be wrong to regard even rules of jus cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments“.²⁵² Welches aber sind die Regeln der Entwicklung von *ius-cogens*-Normen?

Für eine die Reichweite des Gewaltverbots einschränkende Reinterpretation wäre die Zustimmung der gesamten Staatengemeinschaft vorausgesetzt.²⁵³ Ver-

customary rules“; *Henderson*, *The Persistent Advocate and the Use of Force*, 2010, S. 28 f.; nicht mit dem *ius-cogens*-Charakter, dafür aber mit der fundamentalen Bedeutung argumentieren Randelzhofer und Nolte für strikte Anforderungen an eine Reinterpretation des Selbstverteidigungsrechts: *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 4; vgl. insoweit auch ILC, *First report on jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, 8. März 2016, UN Doc. A/CN.4/693, 45 (Draft Conclusion 2.2). Als Extremposition im Meinungsspektrum findet sich schließlich auch die Position, dass der *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots gewissermaßen als Ausdruck einer in der Normenhierarchie vorgeordneten, insbesondere moralisch und naturrechtlich gerechtfertigten Norm des Friedens zu interpretieren sei, dessen Einschränkung von vornherein ausgeschlossen sei – vgl. *O’Connell*, in: *O’Connell/Tams/Tladi* (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 174 (248–251).

²⁵¹ Anthony D’Amato hat dies polemisch überspitzt wie folgt pointiert: „I join partisans of jus cogens in applauding the wisdom of a preemptive rule [i. e. the ius cogens status] to the effect that if two nations seek the freedom to annihilate each other’s population centers, they cannot validly establish their right to do so by treaty.“ – *D’Amato*, *Connecticut Journal of International Law* 6 (1990), 1 (3 f.).

²⁵² ILC, *Commentary to Article 50*, *Yearbook of the International Law Commission* 1966, Vol. II, 248.

²⁵³ Vgl. Art. 53 S. 2 WVK.

langt wird mithin die Artikulation eines Willens aller Staaten.²⁵⁴ Dies könnte am einfachsten durch eine kollektive Erklärung des Staatswillens erfolgen. Insoweit würde gewissermaßen von einem Tag auf den anderen eine etablierte *ius-cogens*-Norm durch eine neue ersetzt. In diesem Sinne mutmaßte bereits die ILC im Jahr 1966, dass „a modification of a rule of jus cogens would to-day most probably be effected through a general multilateral treaty“.²⁵⁵ Im Rahmen des Gewaltverbots ist eine solche Fortentwicklung durch einen multilateralen Vertrag zwar denkbar, aber unwahrscheinlich. Eher realistisch scheint noch die Verabschiedung einer einstimmigen Resolution der UN-Generalversammlung, die als nachfolgende Übereinkunft (Artikel 31 Abs. 3 lit. a) WVK) die Interpretation des Rechts leiten könnte.²⁵⁶ Aber auch dieser Mechanismus ist als einzige Möglichkeit der Fortentwicklung des Rechts zu eng und entspricht nicht der inkrementellen Entwicklung des Rechts in der Realität. In der Praxis kommt es weder zu einer der Dogmatik des *ius cogens* entsprechenden Artikulation einer *opinio iuris cogentis* – einer eine *ius-cogens*-Norm konstituierenden Rechtsauffassung – noch können kollektive Klärungen des Inhalts des Gewaltverbots, wie zum Beispiel durch die *Definition of Aggression*, als eine übliche Handlungsform angesehen werden. In der Praxis vorherrschend ist vielmehr ein sukzessiver Prozess der Fortentwicklung des Rechts, in dem auch Rechtsbrüche für die Entwicklung relevant sind. Aufbauend auf Rechtsbrüchen aber könnte sich der Inhalt einer *ius-cogens*-Norm nicht entwickeln. Widerspricht ein unilateraler Akt oder eine entsprechende vertragliche Vereinbarung einer *ius-cogens*-Norm, so wären die Akte nichtig und könnten nach weithin vertretener Auffassung als fundamentaler Normverstoß nicht zum Anknüpfungspunkt für eine weitere Rechtsentwicklung werden.²⁵⁷ Solch eine Praxis könnte sich daher im Rechtssinne nicht verstetigen, so dass eine sukzessive Rechtsänderung nicht erfolgen könnte.²⁵⁸

²⁵⁴ Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, S. 266: „Such alteration of a peremptory norm must take place through a collective expression of the will of the international community of States as a whole.“

²⁵⁵ ILC, *Commentary to Article 50, Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. II, 248.

²⁵⁶ Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, S. 266: „An appropriate means would be a determinate resolution or declaration by the GA of the UN or of a representative international conference, declaring expressly in normative terms the modification of an existing peremptory norm by a new peremptory norm.“

²⁵⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, 2006, S. 129: „Bearing in mind the character of jus cogens, it should be asked what can amount to the norm which can satisfy requirements of Article 53 of the Vienna Convention to modify jus cogens. It does not seem that a State practice purely and simply would be enough. Unilateral acts conflicting with jus cogens would be void and so would be derogatory agreements. In case of the latter, the very first derogatory agreement would be void and generate no legal consequences whatsoever; the next agreement would likewise be void, without in any way being supported by a previous one, itself void. Such sequence of things could last indefinitely but bring no legally tangible results. It is hardly serious to think about modification of jus cogens through acts for which jus cogens itself constitutes a standard and measure of legality, determining their right to existence“; vgl. ferner *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 114 (Rn. 311 f.); *Glennon*, *Revue Générale de Droit International Public* 110 (2006), 525 (533).

²⁵⁸ Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, S. 266:

Eine stringente Anwendung der rechtlichen Standards für die Entwicklung von *ius-cogens*-Normen führt damit zu dem, was James Green als das Problem des „frozen“ *jus ad bellum*²⁵⁹ bezeichnet hat. Das Gewaltverbot könnte nur schwerlich auf Veränderungen reagieren, was dem dynamischen Charakter des Rechtsgebiets widerspräche.²⁶⁰ Die kategorialen Maßstäbe des *ius cogens* ernst genommen, bewirken sie die Einfrierung des Rechts und würden eine Anpassung an Formen internationaler Willensäußerungen der Staaten knüpfen, die in der Praxis kaum zu finden ist.²⁶¹

3. Kritik der Annahme des *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots

Die allgemeine Annahme, dass es sich beim völkerrechtlichen Gewaltverbot um eine *ius-cogens*-Vorschrift handle, scheint nach allem primär aus einem moralischen Impuls heraus zu folgen, dem es darum geht zu betonen, dass Gewalt in zwischenstaatlichen Beziehungen unterbleiben solle. Dieser moralischen Einschätzung ist nicht zu widersprechen. Allein, die Qualifizierung des Gewaltverbots als *ius cogens* ist für dessen Absicherung in der Praxis ohne nennenswerten Effekt.

Insbesondere wird im Bereich des Gewaltverbots offenbar, dass eine signifikante Kluft zwischen der Dogmatik des *ius cogens* und den Abläufen zwischenstaatlicher Praxis besteht. Ob es nämlich eine hinreichend klar artikulierte *opinio iuris cogentis* im Hinblick auf den *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots gibt, mag man bezweifeln.²⁶² Ohne letztlich eine klare Schlussfolgerung zu formulieren, hat James Green hinsichtlich dieser Frage festgehalten, dass viele Staaten jedenfalls keine eindeutige Position bezogen haben. In vielen Fällen liegen keine konkreten staatlichen Stellungnahmen vor, so dass angesichts des weithin zu konstatierenden Schweigens durchaus Anlass zu Skepsis besteht, ob die Schwelle einer Zustimmung

„[A] gradual modification is not possible, because the first acts aiming at modification would themselves involve the infringement of an existing peremptory norm.“

²⁵⁹ Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (255).

²⁶⁰ Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (237): „It is submitted here that such a stifling restriction on the development of the *jus ad bellum* would not concord with the reality of the law on the use of force. The rules of the *jus ad bellum*, particularly the exceptions to the general prohibition, are notoriously flexible“; in diesem Sinne auch: Schrijver/van den Herik, Netherlands International Law Review 57 (2010), 531 (540): „[T]he Charter is not a static instrument and needs to be interpreted in the light of contemporary practice and taking states' expectations into account.“

²⁶¹ Im Gegenteil, wie Anthony D'Amato zu Recht betont, entspricht der sukzessive Wandel gerade der üblichen rechtlichen Entwicklung: „Article 2(4) did not ‚freeze‘ international law for all time subsequent to 1945 (no more than an equivalent customary-law incident would have done). Rather, the rule of Article 2(4) underwent change and modification almost from the beginning. Subsequent customary practice [...] has profoundly altered the meaning and content of the non-intervention principle articulated in Article 2(4) in 1945.“ – D'Amato, American Journal of International Law 81 (1987), 101 (104) – Fußnoten ausgelassen.

²⁶² Vgl. aber die erhellende kritische Diskussion in Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215–257.

der gesamten Staatengemeinschaft gegeben ist, selbst wenn man eine universale Zustimmung nicht verlangt, sondern sich mit einer überwiegenden Mehrheit begnügt.²⁶³ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots von den meisten Autoren nicht mit Referenz zu Staatenpositionen dargetan, sondern schlichtweg wegen der fundamentalen Bedeutung des Gewaltverbots angenommen wird.²⁶⁴ Insbesondere bleibt auch die Frage nach der Reichweite des *ius-cogens*-Gehalts auf der Grundlage der unpräzisen Staatspraxis unbeantwortet, was die Operationalisierung der aufgeworfenen Rechtsfragen vor erhebliche Schwierigkeiten stellt.

Es zeigt sich zudem, dass die grundlegende Idee des Konzepts von *ius cogens* nicht ohne Weiteres auf das Gewaltverbot unter der UN-Charta anwendbar ist. Die Idee eines zwingenden Rechts ist, dass unter keinen Umständen Ausnahmen von einer Norm zugelassen werden dürfen. Wenn wir vom zwingenden Charakter des Gewaltverbots ausgehen, so müssen wir aber stets – wie wir gesehen haben – die etablierten Ausnahmen mitdenken, denn ist eine staatliche Handlung von einem etablierten Ausnahmetatbestand gedeckt, so wird nicht gegen das Gewaltverbot verstoßen. Das Gewaltverbot stellt insoweit einen Fremdkörper in der Familie der *ius-cogens*-Normen dar, denn das Verbot des Völkermords, der Sklaverei oder der Folter beziehen sich allesamt auf Handlungen, die kategorial verboten sind, weil bereits die Handlungen und die in Anschlag gebrachten Methoden *a priori* und unter keinen Umständen zugelassen werden sollen. Diese Verbote betreffen Handlungen, für deren Bestimmung zwar auch Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen mögen (zum Beispiel in der Bestimmung, ob eine Handlung tatsächlich als Folter zu qualifizieren ist), für die aber, sobald die entsprechende Qualifikation vorgenommen worden ist, von vornherein ausgeschlossen ist, dass eine entsprechende Handlung nicht doch gerechtfertigt werden kann und für die sich Ausnahmen auch nicht entwickeln sollen.

Demgegenüber betrifft das Gewaltverbot Handlungen, die nicht als solche und grundsätzlich unwertbehaftet sind. Die UN-Charta vertritt keine pazifistische Position,²⁶⁵ sondern erkennt die Legalität des Einsatzes von Gewalt an, wenn dieser durch Ausnahmen gerechtfertigt ist – und diese Ausnahmen unterliegen einer rechtlichen Entwicklung.

Darin wird drittens deutlich, dass das Konzept des *ius cogens* für Bereiche, in denen rechtliche Entwicklung potenziell auch in Richtung einer Einschränkung der *ius-cogens*-Rechtsposition (das heißt hin zu einer Ausweitung zulässigen Gewalteinsetzes) stattfinden soll, keine hinreichenden dogmatischen Kriterien bereithält.

Die derzeitige Handhabung dieser Probleme in der wissenschaftlichen und praktischen Diskussion ist unbefriedigend. Die Strategie scheint einstweilen zu

²⁶³ Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (244): „It is questionable whether such a large majority has been achieved with regard to the prohibition of the use of force.“

²⁶⁴ Green, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 (242).

²⁶⁵ Vgl. insoweit Bernd Grzeszick, der das Gewaltverbot als ein relatives Verbot qualifiziert, Grzeszick, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 484 (501).

sein, die bestehenden Widersprüche zwischen Theorie und Praxis zu ignorieren, das heißt den *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots theoretisch anzunehmen, ihm aber in der Entwicklung der Normen praktisch keine ausschlaggebende Rolle beizumessen. Konzeptuell überzeugender wäre es, das Gewaltverbot nicht als Teil des *ius cogens* anzusehen, solange sich nicht aus der Praxis der Staaten eine entsprechende Positionierung mit Klarheit – auch im Hinblick auf die Reichweite – ergibt. Aus der Praxis der Staaten folgt jedenfalls, dass ungeachtet einer Qualifizierung des Gewaltverbots als *ius cogens* eine Entwicklung des Rechts auch außerhalb multilateraler Foren für zulässig erachtet wird. In der Praxis wird der Frage nach dem *ius-cogens*-Status des Gewaltverbots kaum Bedeutung beigemessen.²⁶⁶ Im Ergebnis folgt daraus für die vorliegende Untersuchung, dass aus dem *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots keine erhöhten Standards für die Fortentwicklung des Gewaltverbots und seiner Ausnahmen anzulegen sind.

V. Zusammenspiel der Rechtsquellen

Nach der Betrachtung der Rechtsquellen müssen wir nun deren Zusammenspiel und Interaktion in den Blick nehmen. Wenn sowohl die vertrags- wie gewohnheitsrechtliche Dimension des Gewaltverbots besteht, wie können beide zusammengedacht werden? Wie können Konvergenzen und mögliche Friktionen bestimmt und in einen einheitlichen Rechtsrahmen integriert werden?

Eine wichtige Frage ist dabei eingangs die, ob die staatlichen Akte (Staatspraxis und Artikulationen von Rechtsauffassungen) je einer Rechtsquelle zugeordnet werden können und müssen oder ob sie potenziell im Rahmen beider Rechtsquellen Relevanz haben können. Gegen eine „quellenübergreifende“ Berücksichtigung von Staatspraxis spricht sich beispielsweise Mendelson aus. Er betrachtet Handlungen, die ein Mitglied eines multilateralen Vertrages (hier also der UN-Charta) vornimmt, als Erfüllung entsprechender Vertragspflichten und bezeichnet es als „commonsense“, dass diese mithin als Praxis im Rahmen des Vertragsregimes, nicht aber auch als solche im Rahmen des Gewohnheitsrechts angesehen werden könnten.²⁶⁷ In der Tat wäre eine Zuordnung von Handlungen zu einzelnen Rechts-

²⁶⁶ Insoweit ist Marko Milanović zuzustimmen, wenn er meint: „There is probably no concept that has attracted so much scholarly attention, yet so little practical application, as *jus cogens*.“ – *Milanović*, *Journal of Conflict and Security Law* 14 (2009), 459 (466).

²⁶⁷ *Mendelson*, in: Butler (Hrsg.), *The Non-Use of Force in International Law*, 1989, S. 85 (95): „Even if, arguendo, what the parties do amongst themselves under the treaty is a form of State conduct or practice, it does not, without more, count as evidence of a customary rule binding between the non-parties, or as between parties and non-parties. The reason is that the conduct here is referable to the treaty obligation, not the alleged customary one: in the absence of any other indication, it is to be presumed that the parties acted, not out of any *opinio juris* concerning customary law, but in performance of a duty imposed on them by the convention. My authority for this proposition is not just commonsense, but the International Court of Justice in the North Sea Continental Shelf cases“.

quellen dogmatisch gesehen die sauberste Lösung, aber sie scheitert an der Praxis. Weder aus der Praxis noch aus den Deklarationen von Staaten im Hinblick auf für das Gewaltverbot relevante Aktionen lässt sich nämlich regelmäßig folgern, auf der Grundlage welcher Rechtsquelle Staaten agieren. Staaten behaupten die Legalität einer Intervention, oft unter einer generalisierten Bezugnahme auf Völkerrecht, vermeiden es aber zumeist, die angerufenen Prinzipien und ihre jeweiligen Rechtsquellen konkret zu benennen. Im Rahmen des Selbstverteidigungsrechts besteht hier wohl eine signifikante Ausnahme. Wenn die Staaten ihrer aus Artikel 51 UNC resultierenden Pflicht zur Anzeige einer Selbstverteidigungshandlung gegenüber dem Sicherheitsrat nachkommen, wird deutlich, dass sie davon ausgehen, hier im Rahmen der Charta zu handeln, denn nach einhelliger Auffassung ergibt sich auf der Grundlage von Völkergewohnheitsrecht keine derartige Pflicht zur Anzeige.²⁶⁸ Dennoch schließt dies eine gleichzeitige Berücksichtigung von Praxis auch für den Bereich des Gewohnheitsrechts keineswegs aus. Nicht nur nimmt auch die Formulierung von Artikel 51 UN-Charta selbst auf das naturgegebene Recht der Selbstverteidigung (und damit auf eine gewohnheitsrechtliche Dimension) Bezug, viel grundsätzlicher noch ist es weithin akzeptiert, dass es sich bei Vertrags- und Gewohnheitsrecht um gleichrangige Rechtsquellen handelt.

Daher bestehen in der Praxis enge Verbindungen und – wie noch zu zeigen sein wird – Wechselwirkungen der Rechtsquellen, und eine klare Zuordnung staatlicher Akte zu einer der beiden Rechtsquellen ist regelmäßig unmöglich.²⁶⁹ Nicht nur sind vertrags- und gewohnheitsrechtliche Pflichten eng verstrickt („entangled treaty and custom“),²⁷⁰ vielmehr sind auch die Akte von Staatspraxis potenziell unter der Perspektive beider Rechtsquellen relevant.

Schauen wir uns nun im Folgenden die möglichen Wechselwirkungen zwischen Charta und Gewohnheitsrecht genauer an. Dabei kann die Charta als Generator von Gewohnheitsrecht fungieren (1.), beide Regimes können in ein Komplementärverhältnis treten (2.), Gewohnheitsrecht kann schließlich auch zur Interpretation von Vertragspflichten herangezogen werden (3.) und schließlich ist denkbar, dass beide Rechtsquellen in ein widersprüchliches Verhältnis zueinander treten (4.). Un-

²⁶⁸ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 121 (para. 235).

²⁶⁹ Vgl. insoweit bspw. Steenberghe zur Anrufung des Selbstverteidigungsrechts: *Steenberghe*, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 81 (88f.): „However, this solution is hardly applicable with respect to the law of self-defence. It is, indeed, nearly impossible to establish in practice which of the two relevant sources, customary or conventional law, states are considering when they refer to the law of self-defence and, therefore, to differentiate between the evolution of each of these sources in practice. It is true that states usually invoke Article 51 of the UN Charter when referring to the right of self-defence. Yet, this does not necessarily mean that only conventional law is of relevance, as Article 51 itself refers to customary international law“; *Steenberghe*, *Leiden Journal of International Law* 23 (2010), 183 (183–208): „In brief, although this law is legally composed of customary as well as conventional aspects, the distinction between these aspects and the respective evolutions thereof are nearly impossible to establish in practice.“

²⁷⁰ Vgl. hierzu *Schachter*, in: Dinstein (Hrsg.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, S. 717 (717).

geachtet all dessen zeigt sich für das Gewaltverbot, dass die rechtlichen Vorgaben konvergieren (5.).

1. Die UN-Charta als Ausgangspunkt für die Genese von Gewohnheitsrecht

Eine erste wichtige Interaktion zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht ist, dass das Vertragsrecht Auswirkungen auf gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen zeitigt und Ausgangspunkt für eine Genese gewohnheitsrechtlicher Normen sein kann. Der IGH hat in seiner *Continental-Shelf*-Entscheidung explizit anerkannt, dass eine Vertragsvorschrift normerzeugend („norm-creating“) sein kann, insofern sie in der Folge auch von einer allgemeinen *opinio iuris* getragen wird. Der IGH hielt fest: „There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed.“²⁷¹

Für das Gewaltverbot markiert die Errichtung der UN-Charta einen signifikanten Umschlagspunkt. Zunächst bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Artikel 2 Abs. 6 UNC. In dieser Vorschrift wird normiert, dass die Vereinten Nationen dafür Sorge tragen, dass auch Nichtmitgliedsstaaten nach in den Artikel 2 verankerten Grundsätzen (und damit auch nach dem Gewaltverbot) handeln, sofern dies zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlich ist.²⁷² Dies begründet zwar als solches noch keine Rechtspflicht der Nichtmitglieder zur Beachtung beispielsweise des Gewaltverbots,²⁷³ verdeutlicht aber den seitens der UN-Charta erhobenen Universalitätsanspruch. Aus der heutigen Breite bzw. beinahe Universalität der Mitgliedschaft der Staaten in den Vereinten Nationen ergibt sich aber nach fast einhelliger Auffassung eine gewohnheitsrechtliche Bindungswirkung der fundamentalen Prinzipien der UN auch für Nichtmitgliedsstaaten. Insofern hatte die nahezu universelle Mitgliedschaft der Staaten in den Vereinten Nationen eine gewohnheitsrechtgenerierende Funktion.²⁷⁴

²⁷¹ IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Merits, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Reports Reports 1969, 3, 41 (para. 71).

²⁷² Art. 2 Abs. 6 UNC: „The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security“; vgl. dazu auch Kelsen, der diese Regelung der UNC als „revolutionär“ bezeichnet: *Kelsen, The Law of the United Nations*, 1950, S. 109f.

²⁷³ *Jessup, A Modern Law of Nations*, 1950, S. 135.

²⁷⁴ *Tunkin, Recueil des Cours* 95 (1958), 3 (65f.); *Drost, The Crime of State*, Bd. I, 1959, S. 46; *McNair, The Law of Treaties*, 1961, S. 217; *Brownlie, International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 113: „By reason of the universality of the Organization it is probable that the principles of Article 2 constitute general international law“; *D’Amato, American Journal of International Law* 81 (1987), 101 (104); *Dinstein, War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 100 (Rn. 271): „Article 2(4) may surely be seen as having generated new customary international law“; vgl. aber Kelsen, der die Bindungswirkung über Art. 2 Abs. 6 UNC als eine Drittwirkung der Charta auf Nichtmitgliedsstaaten konstruiert: *Kelsen*, in: *The United Nations Ten Years’ Legal Progress*, 1956, 1 (9–13); kritisch: *Castrén, The Present Law of War and Neutrality*, 1954, S. 56.

2. Komplementärverhältnis von Gewohnheitsrecht und UN-Charta

Über diese gewohnheitsrechtgenerierende Funktion hinaus kann das Recht der UN-Charta auch in einem produktiven Komplementärverhältnis zu völkerge-
wohnheitsrechtlichen Vorschriften stehen, so dass Lücken des Vertragsrechts ausgefüllt werden. Diesen Gesichtspunkt betonte der IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung. Im Hinblick auf das Selbstverteidigungsrecht führte er aus, dass die Kriterien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlungen nicht dem Vertragsrecht entstammen, sondern dem Gewohnheitsrecht, und dass gegebenenfalls auch für die Definition des Kriteriums des bewaffneten Angriffs die gewohnheitsrechtliche Dimension zur Klärung dieses Merkmals herangezogen werden kann. Insoweit hielt der IGH fest:

„[T]he Charter, having itself recognized the existence of this right [of self-defence], does not go on to regulate directly all aspects of its content. For example, it does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law. Moreover, a definition of the ‚armed attack‘ which, if found to exist, authorizes the exercise of the ‚inherent right‘ of self-defence, is not provided in the Charter, and is not part of treaty law. It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which ‚subsumes and supervenes‘ customary international law. It rather demonstrates that in the field in question [...] customary international law continues to exist alongside treaty law.“²⁷⁵

Insofern können Gewohnheitsrecht und UN-Charta in ein produktives Komplementärverhältnis treten und die Lücken der Charta durch gewohnheitsrechtliche Normen geschlossen werden.²⁷⁶ Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine trennscharfe und beständige Differenzierung zwischen beiden Rechtsquellen. Sind nämlich Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit erst einmal als Kriterien rechtmäßiger Selbstverteidigung anerkannt und praktiziert, so werden diese bald (wiewohl ursprünglich aus Gewohnheitsrecht folgend) auch aus dem Blickwinkel nachfolgender Praxis (Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK) die Interpretation des Artikel 51 UNC lenken.²⁷⁷ Es eröffnen sich damit verschiedene dogmatische Konstruktionen, die hier aber allesamt zum selben Ergebnis führen und die Komplementarität der Rechtsquellen verdeutlichen.

²⁷⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 94 (para. 176); vgl. insoweit auch IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Rechtsgutachten vom 8. Juli 1996, ICJ Reports 1996, 226, 245 (para. 41): „The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law. [...] This dual condition applies equally to Article 51 of the Charter, whatever the means of force employed.“

²⁷⁶ *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 19.

²⁷⁷ Vgl. dazu *Kreß*, der sich für diese Lesart ausspricht: *Kreß*, in: *Weller* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, S. 561 (567f.): „[C]omponents of the right of self-defence (the definition of the term ‚armed attack‘ as well as the limitations of necessity and proportionality), while having been of a purely customary nature in the first place, have been incorporated into the treaty rule in Article 51 on the right to self-defence.“

3. Gewohnheitsrecht zur Interpretation der Charta

Bereits das letzte Beispiel unterstreicht, dass damit auch das Gewohnheitsrecht auf die Interpretation der Charta einwirken kann. Dogmatisch kann dies auf verschiedene Weise konstruiert werden. Das Paradebeispiel ist insoweit die Formulierung des Artikel 51 UNC, der auf das naturgegebene Recht auf Selbstverteidigung Bezug nimmt und so – wie insbesondere früher oft argumentiert wurde²⁷⁸ – scheinbar auf ein gewohnheitsrechtliches Verständnis der Selbstverteidigung aus Zeiten vor Errichtung der UN-Charta rekurriert.²⁷⁹ Brownlie war der wohl schärfste Kritiker dieser Position und vertrat die Auffassung, dass vielmehr das alte Gewohnheitsrecht gerade durch die Charta soweit transformiert worden sei, dass es mit deren Regeln kompatibel sei.²⁸⁰ Brownlie wandte sich insbesondere gegen den Rekurs auf weit zurückliegende Vorkommnisse wie den *Caroline*-Fall²⁸¹ und warnte davor, dass der Verweis auf Gewohnheitsrecht aus Zeiten vor Errichtung der Charta als Ausrede für deren Unterhöhnung verwandt werde.²⁸²

Der von Brownlie kritisierte, prominent von Bowett verfochtene Rekurs²⁸³ auf Gewohnheitsrecht aus Zeiten vor Bestehen der UN-Charta wird heute in der Wissenschaft kaum mehr für überzeugend gehalten, insbesondere weil im Hinblick auf die vielschichtige und komplexe Staatspraxis nach der Schaffung der UN-Charta eine Berücksichtigung neuerer Entwicklungen vordringlich scheint. Allerdings wird das Argument vom Fortleben des Prä-UN-Charta-Gewohnheitsrechts noch immer von einigen Staaten vorgebracht. Insbesondere das Vereinigte Königreich positioniert sich in diesem Sinne und beruft sich nach wie vor explizit auf den oben diskutierten *Caroline*-Fall aus dem Jahr 1837 als maßgeblich für eine Interpretation des Selbstverteidigungsrechts.²⁸⁴ In der Lesart des Vereinigten Königreichs ist Ar-

²⁷⁸ Vgl. insoweit insbesondere *Bowett*, *Self-Defence in International Law*, 1958, S. 184f.

²⁷⁹ Vgl. ausführlich zum Punkt des Fortlebens von Prä-Charta-Gewohnheitsrecht *Ruys*, *„Armed Attack“ and Article 51 of the UN Charter*, 2010, S. 7–19.

²⁸⁰ *Brownlie*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 491 (497): „A number of writers and some governments have advanced the view that Art. 51, being a form of reservation, incorporates the ‚customary law‘ of self-defence into the Charter. It is far more likely that the concept is both preserved and at the same time transformed into a concept which fits into the régime of the Charter.“

²⁸¹ *Brownlie*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 491 (493): „If ‚the customary law‘ is still relevant, it must be that of 1945, immediately prior to the Charter, and not that of 1842.“

²⁸² *Brownlie*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 491 (493): „Unless the Charter provisions on the use of force count for nothing, the argument for some survival of rules of customary law must involve some careful articulation of the relationship between the Charter and the particular external rule. Thus a process of assimilation or incorporation must take place, since otherwise the ‚customary law‘ becomes a freely available excuse for the use of force.“

²⁸³ Vgl. *supra* 48 (insbesondere Fn. 94).

²⁸⁴ Vgl. die Stellungnahme des britischen Attorney-General (Lord Goldsmith), *House of Lords Debate*, *Lords Hansard*, Vol. 660, 21. April 2004, clmns 370f.: „It is clear that the language of Article 51 was not intended to create a new right of self-defence. Article 51 recognises the inherent right of self-defence that states enjoy under international law. That can be traced back to

tikel 51 UNC also aus der Sicht des Prä-Charta-Gewohnheitsrechts zu interpretieren: „Like many other states, the long-standing UK view is that Article 51 of the UN Charter does not require a state passively to await an attack, but includes the ‚inherent right‘ – as it’s described in Article 51 – to use force in self-defence against an ‚imminent‘ armed attack, referring back to customary international law.“²⁸⁵ Diese Referenz auf Gewohnheitsrecht basiert folglich direkt auf dem Wortlaut des Artikel 51 UNC. Aber auch jenseits solcher Bezugnahme im Text der UN-Charta kann Gewohnheitsrecht für die Interpretation der Charta maßgeblich sein. Dogmatisch ist dies an Artikel 31 Abs. 3 WVK festzumachen.²⁸⁶ Nach dieser Vorschrift ist im Rahmen der Interpretation jeder in den Beziehungen der Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen. Gibt es also zwischen den Parteien eine einschlägige gewohnheitsrechtliche Vorschrift, so ist diese in der Auslegung der Charta zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund betonen viele Autoren die Bedeutung des Völkergewohnheitsrechts in der Konkretisierung der Vorschriften der Charta. So ist beispielsweise Ruys der Auffassung, dass „gewöhnheitsrechtliche Praxis“ das entscheidende Material für die Auslegung der UN-Charta bereitstelle.²⁸⁷ Auch Corten unterstreicht die Rolle des Gewohnheitsrechts als einer „privilegierten Rechtsquelle“, die eine Konkretisierung und Substanziierung der abstrakten Rechtsprinzipien erlaube.²⁸⁸ Brunnée und Toope betonen, dass es einen engen Zusammenhang von Vertrag und Gewohnheitsrecht gebe, in dessen Folge die Dynamik des Gewohnheitsrechts auch in die UN-Charta hineinreiche: „Since much of the content of Article 51 of the UN Charter is provided by customary law, the treaty provision is subject to the inherent dynamism of this process.“²⁸⁹

the ‚Caroline‘ incident in 1837. [...] The Government’s position is supported by the records of the international conference at which the UN charter was drawn up and by state practice since 1945. It is therefore the Government’s view that international law permits the use of force in self-defence against an imminent attack but does not authorise the use of force to mount a pre-emptive strike against a threat that is more remote.“

²⁸⁵ Vgl. dazu die Rede des Attorney General des Vereinigten Königreichs Jeremy Wright, „The Modern Law of Self-Defence – Attorney General’s Speech at International Institute for Strategic Studies“, 11. Januar 2017, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/speeches/attorney-generals-speech-at-the-international-institute-for-strategic-studies> [abgerufen am 29. März 2021].

²⁸⁶ Vgl. Art. 31 Abs. 3 WVK: „There shall be taken into account, together with the context: [...] (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.“

²⁸⁷ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 511: „Throughout this study we have proceeded on the conviction that the primary material for interpreting and supplementing Article 51 UN Charter consists in relevant customary practice.“

²⁸⁸ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (806): „Custom is precisely what enables us to link the abstract legal concept to the particular factual situation; this confers on it the status of a privileged source of law, in particular with regard to treaties. It is, in effect, easier to evaluate a situation in terms of comparable precedents than by reference to fixed, disembodied texts.“

²⁸⁹ Brunnée/Toope, *International and Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 263 (279).

Daher ist es also im Sinne der oben bereits angesprochenen Interpretation des Selbstverteidigungsrechts möglich, die gewohnheitsrechtlichen Elemente von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigung auch als vertragsrechtlich verankerte Pflichten zu interpretieren.

* * *

Die bislang diskutierten Fälle der Interaktion von Gewohnheitsrecht und Charta werfen Fragen der rechtlichen Konstruktion des Zusammenspiels beider Rechtsquellen auf. Grundlegende Probleme aber haben sich in den bislang betrachteten Konstellationen nicht ergeben, da hier ein produktives Zusammenspiel beider Rechtsquellen gegeben war. Diese Rechtsquellen waren nämlich entweder komplementär zueinander, oder die jeweils andere diente als Leitfaden für die Konkretisierung der unter dem jeweiligen Rechtsregime bestehenden Pflichten. Fraglich aber ist, was in Fällen potenzieller Konflikte der Rechtsnormen gilt, in Fällen also, in denen eine (vermeintliche) gewohnheitsrechtliche Norm mit Regeln der Charta in Widerspruch tritt.

4. Widersprüche zwischen UN-Charta und Gewohnheitsrecht

Problematische Konstellationen sind also diejenigen, in denen sich zwischen UN-Charta und Gewohnheitsrecht Widersprüche abzeichnen, in denen sich also auf der Grundlage der beiden Rechtsquellen unterschiedliche normative Vorgaben ergeben.

Historisch können wir einen solchen Widerspruch beispielsweise für den Zeitpunkt der Schaffung der Charta identifizieren, denn die UN-Charta errichtete strengere Regeln im Hinblick auf den Gewalteinsatz, als dies zuvor gewohnheitsrechtlich normiert gewesen war. Rechtlich wurde dieser Widerspruch durch das allgemein auch im Völkerrecht geltende Prinzip *lex posterior derogat legi priori* adressiert,²⁹⁰ dem zufolge eine spätere Rechtsregel gegenüber einer früheren Vorrang hat und Gültigkeit genießt.²⁹¹ Entsprechend geht man fast einhellig davon aus, dass mit Errichtung der UN-Charta das bereits zuvor bestehende und mit der Charta in Widerspruch stehende Gewohnheitsrecht aufgehoben wurde.²⁹² Die Reichweite dieses Widerspruchs war und ist freilich – wie wir gesehen haben – im Hinblick auf eine Reihe von Fragen umstritten, behauptete doch zum Beispiel das Vereinigte Königreich, dass ein weites Verständnis des Selbstverteidigungsrechts durch die

²⁹⁰ Vgl. *Bernhardt*, *Recueil des Cours* 205 (1987), 247 (276).

²⁹¹ *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 13: „[I]t may be presumed that the parties to a treaty were aware of the existing customary rule, and that through the express statement of a new rule in a text, they intended to exclude other, incompatible customary rules on the same subject matter.“

²⁹² *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 18: „[I]n accordance with the equal normative power of treaty and customary law and the *lex posterior* principle, incompatible rules of pre-existing custom have been abrogated after 1945 as for the Members of the United Nations.“

explizite Referenz des Artikel 51 UNC auf ein naturgegebenes Recht auf Selbstverteidigung gerade nicht im Konflikt zur Charta stehe. Damit wird deutlich, dass auch die Anwendung des *lex-posterior*-Prinzips das Bestehen interpretatorischer Rechtsunsicherheiten nicht verhindern kann.

Die strittigste Frage aber ist, ob es auch nach der Schaffung der UN-Charta zur Herausbildung von Gewohnheitsrecht kommen kann, das von den Vorgaben der Charta abweicht. Hierzu werden im Wesentlichen drei generelle Positionen vertreten.

a) *Widersprüche rechtlich unzulässig*

Teils wird die Möglichkeit von Widersprüchen zwischen der UN-Charta und völkergewohnheitsrechtlichen Regeln grundsätzlich zurückgewiesen, da eine entsprechende Norm bereits auf einer Verletzung der Charta aufbaue. In diesem Sinne äußert sich Schachter: „May subsequent state practice create a new customary norm that supersedes a prior conventional norm? I reject the view that a new customary norm may be inferred from acts violating rules of world order.“²⁹³

Ein gelegentlich angeführtes Argument für den grundsätzlichen Vorrang der UN-Charta wird aus Artikel 103 UNC abgeleitet,²⁹⁴ dessen Bedeutung und Reichweite allerdings äußerst umstritten sind.²⁹⁵ Diese Vorschrift normiert einen Geltungsvorrang der UN-Charta und ordnet an, dass im Falle eines Widerspruchs zwischen Pflichten unter der UN-Charta und Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften die Pflichten aus der Charta Vorrang haben. Umstritten ist, ob diese Vorschrift auch einen Geltungsvorrang der UN-Charta gegenüber völkergewohnheitsrechtlichen Normen anordnet. Der Wortlaut der Vorschrift spricht gegen eine solche Erstreckung, denn Gewohnheitsrecht kann nicht als „internationale Übereinkunft“ im Sinne des Artikel 103 UNC qualifiziert werden.²⁹⁶ Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift weist in diese Richtung.²⁹⁷ Die Staaten waren sich durchaus der Problemlage bewusst und entschieden sich trotz gegenläufiger Formulierungsvorschläge gegen die Erstreckung des Vorrangs der Charta auch auf Völkergewohnheitsrecht.²⁹⁸

²⁹³ Schachter, American Society of International Law Proceedings 81 (1987), 158 (159).

²⁹⁴ Art. 103 UNC: „In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.“

²⁹⁵ Kolb, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), 21 (21): „This provision – whose main aim is to secure the efficacy of United Nations action in the maintenance of peace by according priority to the obligations incurred under the Charter over other treaty commitments – is replete with a plethora of uncertainties, ranging from the root of its meaning, to points on interpretation.“ – Fußnoten ausgelassen.

²⁹⁶ ILC Study Group, Report „Fragmentation of International Law“, 13. April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, para. 344.

²⁹⁷ Vgl. dazu die historische Analyse in Liivoja, International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), 285 (602–605).

²⁹⁸ Das Advisory Committee of Jurists schlug gegen die zur Diskussion stehende engere Fassung der Vorschrift ausdrücklich eine Erstreckung des Vorrangs der UN-Charta auf „any other

Gegenläufige Argumente stützen sich demgegenüber maßgeblich auf teleologische Gesichtspunkte und nehmen den Charakter der Charta als eines konstitutionellen Dokuments in den Blick. Bernhardt etwa argumentiert:

„[I]t would not be correct to assume that obligations under the Charter do not also prevail in relation to these other obligations. Article 103 must be seen in connection with Art. 25 and with the character of the Charter as the basic document and ‚constitution‘ of the international community. Therefore, the ideas underlying Art. 103 are also valid in case of conflict between Charter obligations and obligations other than those contained in treaties.“²⁹⁹

Die ILC baut in ihrem Bericht zur Fragmentierung des Völkerrechts Bernhardts Argument noch aus und argumentiert, dass eine Erstreckung des Vorrangs der Charta auf Gewohnheitsrecht nötig sei, um Wertungswidersprüche zu verhindern. Sei nämlich, so die ILC, anerkannt, dass Resolutionen des UN-Sicherheitsrats völkergewohnheitsrechtlichen Pflichten vorgehen, so müsse auch die UN-Charta selbst Vorrang vor Gewohnheitsrecht haben. Da der Sicherheitsrat seinerseits durch die UN-Charta geschaffen wird, wäre es widersprüchlich, wenn nicht auch die Regelungen der Charta gegenüber ihr zuwiderlaufenden gewohnheitsrechtlichen Pflichten Vorrang genössen, wohl aber die gegenüber der Charta rechtsquellenmäßig gesehen weniger gewichtigen Sicherheitsratsresolutionen.³⁰⁰

Zwingend ist diese Folgerung der ILC allerdings keineswegs. Es wäre durchaus nicht unplausibel, konkrete sicherheitspolitische Entscheidungen des Sicherheitsrats als bindend anzuerkennen, während doch die bloß abstrakt-generellen Regelungen der Charta davon nicht erfasst sind. Während sich in der Literatur einige Stimmen der auch Gewohnheitsrecht erfassenden Lesart des Artikel 103 UNC anschließen,³⁰¹ scheint aber doch im Ergebnis die Basis für diese Ansicht im Wortlaut der UN-Charta nicht hinreichend stark zu sein, um einen Rekurs auf von der UN-Charta abweichendes Gewohnheitsrecht *a priori* auszuschließen.³⁰² In diesem

obligations“ vor: Text revised by the Advisory Committee of Jurists at its Seventh Meeting, June 13 1945, Doc Nr.: WD 296, CO/102(2), 14. Juni 1945, 18 UNCIO 342: „In the event of a conflict between the obligations of the members of the United Nations under the present Charter and any other international obligations to which they are subject, their obligations under the present Charter shall prevail“.

²⁹⁹ Bernhardt, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl., Bd. II, 2002, Art. 103, Rn. 21.

³⁰⁰ ILC Study Group, Report „Fragmentation of international law“, 13 April 2006, Un Doc. A/CN.4/L.682, Rn. 345: „In any case, the practice of the Security Council has continuously been grounded on an understanding that Security Council resolutions override conflicting customary law. As the Security Council is a creation of the Charter, it would be odd if the prevailing effect of Security Council resolutions would not extend to the Charter itself. Therefore it seems sound to join the prevailing opinion that Article 103 should be read extensively – so as to affirm that charter obligations prevail also over United Nations Member States’ customary law obligations.“

³⁰¹ Paulus/Leiss, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 103, Rn. 68.

³⁰² Bowett, *European Journal of International Law* 5 (1994), 89 (92); Zemanek, *Recueil des Cours* 266 (1997), 9 (932); Liivoja, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 583 (612); Orakhelashvili, in: Corten/Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Bd. I, 2011, Art. 30 of the 1969 Convention, S. 764 (782) (Rn. 46); Kleinlein, *Konstitutionalisierung*

Sinne hält Zemanek gegen eine ausweitende Interpretation des Artikel 103 UNC fest: „[T]hat interpretation rests on shaky grounds. Logic is a tool of interpretation, not a means for creating new obligations. And the wording of Article 103 is just the way it is.“³⁰³

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überzeugend, die Möglichkeit von Widersprüchen zwischen Charta und Gewohnheitsrecht bereits von vornherein auszuschließen.

b) Widersprüche ohne rechtsquellenübergreifende Rechtfertigung

Eine andere Auffassung gesteht demgegenüber die Möglichkeit von Widersprüchen zwar zu, betont aber, dass dies im Ergebnis für die Rechtfertigung einer Intervention keinen Effekt haben könne. In diese Richtung lässt sich wohl die *Nicaragua*-Entscheidung des IGH interpretieren. Der IGH explizierte hier die Möglichkeit der Entwicklung neuer Rechtsnormen im Wege des Völkergewohnheitsrechts:³⁰⁴

„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. In fact however the Court finds that States have not justified their conduct by reference to a new right of intervention or a new exception to the principle of its prohibition.“³⁰⁵

Es bleibt offen, was die konkreten Effekte eines Widerspruchs zwischen UN-Charta und Gewohnheitsrecht auf der Grundlage der *Nicaragua*-Entscheidung wären. Der IGH zieht allerdings – in Reaktion auf ein entsprechendes die Jurisdiktion des IGH in Abrede stellendes Argument der USA³⁰⁶ – die Möglichkeit in Betracht, dass ein Urteil auf der Grundlage von Völkergewohnheitsrecht wegen Widersprüchen zu Vorgaben der UN-Charta ein rein akademisches Unterfangen sein könnte („wholly academic exercise“), das in der Praxis nicht befolgt werden könnte („not ,susceptible of any compliance or execution whatever“).³⁰⁷ Wegen fehlender

im Völkerrecht, 2012, S. 412f.; *White/Abass*, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., 2014, S. 537 (550); vgl. auch Simma, der Art. 103 UNC nur in seinem Effekt auf Vertragsrecht diskutiert: *Simma*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 1 (4f.); vgl. auch IGH, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising From the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1998, 9, 61 (para. 2) (Separate Opinion Rezek).

³⁰³ *Zemanek*, *Recueil des Cours* 266 (1997), 9 (232).

³⁰⁴ In diesem Sinne auch die Interpretation Grays: *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 12: „[The Court] apparently accepted in theory the possibility of the development of new law on forcible intervention allowing a new exception to the prohibition of the use of force in Article 2(4). That is, it seems to have accepted the possibility of a dynamic interpretation of the customary law rules contained in Articles 51 and 2(4) based on the development of state practice.“

³⁰⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 207).

³⁰⁶ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 96 (para. 180).

³⁰⁷ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 96 (para. 181) (zitierend

substanzieller Widersprüche zwischen beiden Rechtsbereichen aber soll im Ergebnis solch eine Gefahr im Falle einer bloß auf Völkergewohnheitsrecht begrenzten Entscheidung (wie im Fall *Nicaragua*) nicht bestehen.³⁰⁸

Andere Äußerungen in der Wissenschaft betonen die Eigenständigkeit und Getrenntheit beider Rechtsbereiche ausdrücklich. Abweichende Staatspraxis mag – auf der Grundlage dieser Auffassung – die gewohnheitsrechtliche Dimension des Gewaltverbots ändern, hat indessen keinen Effekt auf die UN-Charta.³⁰⁹ Kern dieser Position ist die Annahme, dass beide Rechtsregimes parallel zueinander existierten und ein Rechtfertigungsgrund aus einem Regime keine notwendigen Wirkungen in dem je anderen entfalte. In diesem Sinne argumentiert Jörg Kammerhofer:

„[E]ven if there are two norms [eine aus der UN-Charta folgend, eine aus Gewohnheitsrecht], a customary right to self-defence does not justify a breach under Article 2(4) UN Charter *stricto sensu* and Article 51 cannot justify a breach of the customary prohibition. Hence, claiming a customary right that is possibly wider than the Charter right does not help in justifying a *prima facie* breach of Article 2(4) UN Charter.“³¹⁰

Christian Tams pflichtet dem bei und ergänzt in seiner Diskussion zur Selbstverteidigung:

„If customary self-defence is to be an effective justification for such conduct, it would need to justify both violations. The customary rule on self-defence would not only need to apply alongside its treaty law equivalent, but it would need to ‚trump‘ the Charter system.“³¹¹

Das Problematische an dieser Einordnung ist, dass sie die Interaktionen beider Rechtsregimes nicht hinreichend in den Blick nimmt.³¹² Es wäre in der Tat ab-

die Entscheidung: IGH, Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom, Preliminary Objections, Urteil vom 2. Dezember 1963, ICJ Reports 1963, 15, 37).

³⁰⁸ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 97 (para. 181): „The differences which may exist between the specific content of each are not, in the Court’s view, such as to cause a judgment confined to the field of customary international law to be ineffective or inappropriate, or a judgment not susceptible of compliance or execution“; vgl. aber auch die Interpretation Schachters, der den IGH so interpretiert, dass dieser die Möglichkeit annehme, die UN-Charta könne von Völkergewohnheitsrecht verdrängt werden: *Schachter*, American Society of International Law Proceedings 81 (1987), 158 (158): „Consequently, under the Court’s decision, a conventional rule could be superseded by a customary rule. This is a new and unsettling issue in treaty relations“; vgl. auch *Schachter*, in: Dinstein (Hrsg.), International Law at a Time of Perplexity, 1989, S. 717 (720).

³⁰⁹ *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., 2017, S. 105 (Rn. 287): „[E]fforts are frequently made to limit the scope of the overall prohibition of the use of inter-State force. Such attempts may not be able to override the text of Article 2(4), but they may leave their imprint on customary international law.“

³¹⁰ *Kammerhofer*, in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of The Use of Force in International Law, 2015, S. 627 (641).

³¹¹ *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), Self-defence Against Non-State Actors, 2019, S. 90 (107).

³¹² Vgl. dazu auch Tzeng, der das Argument der Trennung der beiden Rechtsquellen von der gegenteiligen Richtung anführt und meint, dass selbst im Falle erfolgreicher nachfolgender Praxis keine Änderung des Gewohnheitsrechts erfolge: *Tzeng*, Vanderbilt Journal of Transnational

wegig, sich dauerhaft mit einem Widerspruch beider Rechtsquellen zu begnügen. Das aber ist auch nicht notwendig. Wie wir gesehen haben, bestehen durchaus rechtliche Prinzipien, auf deren Grundlage eine abweichende gewohnheitsrechtliche Pflicht nicht in einen dauerhaften Widerspruch der Rechtsordnungen münden muss. Erstens nämlich könnte die neue gewohnheitsrechtliche Pflicht als *lex posterior*-Vorrang vor den älteren Regeln der UN-Charta haben und damit eine Verletzung auch des Rechts der UN-Charta rechtfertigen. Zweitens ist es möglich, über Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK auch die UN-Charta im Lichte der gewohnheitsrechtlichen Pflicht zu interpretieren. Vor diesem Hintergrund ist die strikte Trennung der Rechtsregimes, wie sie die hier diskutierte Position voraussetzt, im Ergebnis nicht überzeugend.

c) Übergreifende Rechtfertigungen zwischen den Rechtsregimes

Die dritte Position schließlich geht davon aus, dass auch eine völkergewohnheitsrechtliche Handlungsgrundlage Verstöße gegen die Charta rechtfertigen kann. Die allgemeine rechtliche Grundlage für diese Folgerung ist die Geltung des *lex posterior*-Prinzips, welches dann auch im Hinblick auf neues, den Regeln der UN-Charta widersprechendes Gewohnheitsrecht angewendet wird. Dafür spricht zunächst einmal, dass sich nach allgemeinen Grundsätzen der völkerrechtlichen Quellenlehre Vertrag und Gewohnheitsrecht als gleichberechtigt gegenüberstehen, so dass jeweils die spätere Regel postulieren kann, die maßgebliche zu sein.³¹³ Ruys führt in diesem Sinne aus: „Today, most scholars accept the possibility of treaty modification as a result of the emergence of incompatible custom. This view is consistent with the equal normative power of treaty and customary law and the application of the *lex posterior* axiom, and has on occasion been confirmed by judicial practice.“³¹⁴

Tatsächlich existieren in der Praxis einige Konstellationen, in denen gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungen im Hinblick auf Abweichung vom Recht der UN-Charta diskutiert und erhoben worden sind. Zwar ist – wie bereits ausgeführt – die staatliche Praxis wenig explizit darin zu identifizieren, auf welche Rechtsquelle für die Rechtfertigung einer konkreten Handlung Bezug genommen wird, aber in der völkerrechtlichen Debatte finden sich viele entsprechende Verweise auf die Möglichkeit einer legalisierenden Wirkung gewohnheitsrechtlicher Abweichungen von Regeln der Charta. Teils wird die generelle Möglichkeit betont, dass Abwei-

Law 50 (2017), 415 (427): „Moreover, even if Article 31(3)(b) could be invoked to reinterpret the treaty prohibition on the use of force, it could not facilitate the reinterpretation of the customary prohibition on the use of force, which the ICJ made clear in *Military and Paramilitary Activities*, ‘retain[s] a separate existence’ from the treaty norm“ – die *Nicaragua*-Entscheidung des IGH zitiierend.

³¹³ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 13: „[T]reaties and customary rules are autonomous sources of international law that are equally binding, implying that treaties may in principle derogate from customary rules and vice versa.“

³¹⁴ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 24 – Fußnoten ausgelassen.

chungen von der Charta als nachfolgendes Gewohnheitsrecht angesehen werden könnten, so dass Handlungen legalisiert würden, die einst eine Rechtsverletzung dargestellt hätten.³¹⁵ Insbesondere Interventionsformen, die offensichtlich nicht in der Charta verankert sind, wie humanitäre Interventionen, sind dabei mit gewohnheitsrechtlichen Argumenten gerechtfertigt worden.³¹⁶ Auch die Rettung von Staatsangehörigen im Ausland wird – wiewohl zumeist als Fall der Selbstverteidigung gewertet – in Teilen als eine eigenständige gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung gesehen, die alsdann auch im Rahmen der Charta eine legalisierende Wirkung entfaltet.³¹⁷ Ranzelzhofer und Nolte halten in diesem Sinne in ihrem Kommentar zu Artikel 51 UNC fest: „Theoretically it is even possible that an additional exception to the general prohibition of the use of force could develop alongside Art. 51 by way of superseding customary international law.“³¹⁸

In der Praxis spielt also Gewohnheitsrecht eine Rolle und auch aus dogmatischer Sicht sprechen keine zwingenden Argumente dafür, eine rechtsquellenübergreifende Rechtfertigung abzulehnen. Zwar funktionieren in der Tat beide Rechtsquellen auf Grundlage spezifischer dogmatischer Vorgaben unabhängig voneinander. Allerdings können die Interaktionsmöglichkeiten zwischen beiden Rechtsquellen nicht außer Acht gelassen werden und vieles spricht dafür, dass jedenfalls nach ei-

³¹⁵ *Glennon*, *Foreign Affairs* 82 (2003), 16 (22): „The violations can also be regarded as subsequent custom that creates new law, supplanting old treaty norms and permitting conduct that was once a violation“; *Arend*, *Legal Rules and International Society*, 1999, S. 75: „While undoubtedly treaties create law among states, the international law-creating process remains dynamic. [...] I believe the existence of a treaty is prima facie evidence of a rule of law. But states can chose to alter legal rules established by treaty through customary practice.“ Dies illustriert Arend alsdann unter Rekurs auf Art. 2 Abs. 4 UNC.

³¹⁶ Vgl. ausdrücklich insoweit die Rechtsposition des Vereinigten Königreichs, supra 83 (Fn. 15); vgl. ferner Greenwood, der für die gewohnheitsrechtliche Zulässigkeit humanitärer Interventionen argumentiert: *Greenwood*, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 926 (929): „[I]nternational law is not confined to treaty texts. It includes customary international law. That law is not static but develops through a process of State practice, of actions and the reaction to those actions. Since 1945, that process has seen a growing importance attached to the preservation of human rights. Where the threat to human rights has been of an extreme character, States have been prepared to assert a right of humanitarian intervention as a matter of last resort“; vgl. auch Lowe und Tzanakopoulos, die als möglichen Weg der Legalisierung humanitärer Interventionen benennen „the emergence of a new customary rule (supervening custom)“, *Lowe/Tzanakopoulos*, *Humanitarian Intervention*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Rn. 26; vgl. auch Tzeng, der humanitäre Interventionen unter der Perspektive gewohnheitsrechtlicher Ausnahmen diskutiert: *Tzeng*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 50 (2017), 415 (427f.).

³¹⁷ *Ranzelzhofer/Dörr*, in: *Simma u. a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 2(4), Rn. 60: „[T]he argument can be made that a rule of customary international law is by now established allowing limited forcible action with the legitimate aim to rescue a State’s own nationals [...] in another State’s territory without that State’s consent and entailing, therewith, an unwritten justification to use armed force“; vgl. insoweit auch *Nolte*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941 (950f.).

³¹⁸ *Ranzelzhofer/Nolte*, in: *Simma u. a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 4 (betonend, dass die Anforderung an eine solche zusätzliche Ausnahme sehr hoch liege).

niger Zeit auch die UN-Charta im Lichte einer etablierten gewohnheitsrechtlichen Norm zu interpretieren wäre. Dieser Prozess ist von Brüchen und Übergangsphasen gekennzeichnet, in denen der Stand des Rechts nicht eindeutig auszumachen ist (wir werden dieses Phänomen im Folgenden in § 9 als die Grauzonen des Rechts eingehend analysieren).

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass aus rechtsdogmatischer Perspektive Staaten durchaus die Möglichkeit eröffnet ist, Interventionen auf der Grundlage gewohnheitsrechtlicher Normen zu rechtfertigen, auch wenn diese von den Regeln der UN-Charta abweichen. Dies birgt freilich den oft beschriebenen und im Folgenden noch eingehend zu analysierenden Widerspruch, dass mit dem Aufkommen einer neuen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung an irgendeinem Punkt ein Rechtsbruch vorausgesetzt ist, damit sich eben diese Praxis etablieren kann.³¹⁹

Zu beachten ist bei allem, dass auch die für Gewohnheitsrecht in Anschlag zu bringende Schwelle für die Etablierung einer neuen, eine Intervention rechtfertigenden Rechtsnorm durchaus hoch liegt, da wir eine repräsentative Praxis und eine allgemeine Rechtsauffassung der Staaten benötigen. Diese auf Gewohnheitsrecht abstellende Rechtfertigungsebene senkt gegenüber der Rechtfertigung einer Intervention im Wege der nachfolgenden Praxis die rechtliche Schwelle zwar, dies aber auch nur graduell. Duldete eine Reinterpretation der Charta im Wege der nachfolgenden Praxis keine abweichende Stimme, so besteht hierfür im Rahmen des Gewohnheitsrechts mehr Raum, da nur eine generelle Praxis verlangt wird und einzelne Abweichungen im Wege der Doktrin vom *persistent objector* aufgefangen werden können.

In diese Sinne beschreibt Corten zutreffend die Funktion, die Gewohnheitsrecht auch in der Fortentwicklung des Rechts übernimmt: „Custom thus permits us to free ourselves from the text of a treaty, or, at the very least, to interpret it in a very broad manner, and even to amend it without having to follow strict procedures.“³²⁰ Aus einer kritischen Perspektive gesehen ist dieser Umstand durchaus problematisch und kritikwürdig. Die Hinwendung zum Gewohnheitsrecht ist verbunden mit einer Abwendung von den multilateralen Foren insbesondere der UN, die ihrerseits unabdingbar sind, um eine Reinterpretation der Charta zu erreichen. Dies wiederum ist regelmäßig primär im Interesse handlungsmächtiger Staaten, die die kollektive Dimension der UN als Beschränkung ihrer Handlungsoptionen betrachten.³²¹ Gleichwohl kommen wir in der Diagnose der Situation nicht umhin zu konstatieren, dass dieser Umgang mit dem Recht der etablierten Praxis entspricht und er auch durch den bestehenden Rechtsrahmen nicht untersagt wird.

³¹⁹ Vgl. hierzu infra § 10, in dem dieses Phänomen als „legislative Illegalität“ analysiert wird.

³²⁰ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (806).

³²¹ Vgl. zu diesem Punkt *Reisman*, *California Western International Law Journal* 17 (1798), 133 (135).

5. Konvergenz der Rechtsquellen

Für unsere Betrachtungen ist nach allem als wesentliches Ergebnis festzuhalten, dass Staaten grundsätzlich die Möglichkeit haben, im Rahmen des Gewaltverbots sowohl unter Vertragsrecht als auch unter Gewohnheitsrecht zu handeln. Da die Staaten hier selbst zumeist keine klaren Zuordnungen vornehmen, sind ihre Handlungen regelmäßig unter der Perspektive beider Rechtsquellen berücksichtigungsfähig. Die beiden Rechtsquellen des völkerrechtlichen Gewaltverbots sind daher keine streng voneinander separierbaren Rechtsbereiche, sondern sie stellen ein je eigenes juristisches Vokabular zur Verfügung, die Rechtslage und ihre Entwicklung zu beschreiben.³²² Sind zwar, wie wir gesehen haben, die Standards insbesondere für die Entwicklung und Veränderungen rechtlicher Regeln im Hinblick auf die Breite einer erforderlichen Zustimmung unterschiedlich, so bestehen doch zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht hinreichende Möglichkeiten und Notwendigkeiten, die je andere Rechtsquelle in der Bestimmung der Rechte und Pflichten zu berücksichtigen.³²³ Letztlich wird derart eine Angleichung der Pflichten ermöglicht. Insofern ist auch für die oben diskutierten Fälle eines Widerspruchs zwischen Gewohnheitsrecht und UN-Charta nicht davon auszugehen, dass dieser Widerspruch dauerhaft erhalten bliebe. Bestünde beispielsweise in der Tat (was hier bestritten wird) eine gewohnheitsrechtliche Grundlage für humanitäre Interventionen, so wäre es nicht vorstellbar, hier dauerhaft einen Widerspruch zwischen Gewohnheitsrecht und UN-Charta aufrechtzuerhalten. Vielmehr würde dann, wie wir bereits gesehen haben, ihrerseits die Charta im Wege des neuen Gewohnheitsrechts zu interpretieren sein (Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK), so dass hierüber letztlich doch ein Gleichklang der Rechtslage entstünde.

Für das völkerrechtliche Gewaltverbot entspricht es schließlich auch der absolut dominierenden Ansicht, dass sich die aus beiden Bereichen ergebenden substanziellen Rechtspflichten nicht oder jedenfalls nur marginal voneinander unterscheiden. Als Unterschied wird insoweit die bereits erwähnte Pflicht aus Artikel 51 UNC angeführt, den Sicherheitsrat über Selbstverteidigungshandlungen zu unterrichten. Diese Pflicht besteht nach der UN-Charta, nicht aber nach Gewohnheitsrecht.³²⁴ Allgemein aber wird die *de facto* bestehende Deckungsgleichheit der Regimes hervorgehoben. Diese Position hat allen voran der IGH in seiner *Nicaragua*-Entschei-

³²² Insofern wird man auf verschiedenen Wegen der rechtlichen Konstruktion zum gleichen Ergebnis kommen: *Bothe*, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 255 (256): „Ob man hinsichtlich der Satzung der Vereinten Nationen von einer Vertragsänderung durch nachfolgendes Gewohnheitsrecht oder von einer Vertragsauslegung im Sinne der nachfolgenden Praxis sprechen muss, ist eher eine zweitrangige Frage.“

³²³ *Corten*, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (813): „[J]ust as a treaty cannot be interpreted independently of the custom that is generated by its application, a custom cannot be interpreted independently of the treaties that define the rule concerned and that express, at the same time, an *opinio juris*.“

³²⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 121 (para. 235).

dung bezogen.³²⁵ Brownlie bezeichnet die Unterschiede als Formalie,³²⁶ Tladi betont, dass die Ergebnisse beider Rechtsquellen dieselben seien,³²⁷ und Dinstein folgert: „[...] *grosso-modo, customary and Charter jus ad bellum* have in time converged“.³²⁸

Insofern lässt sich festhalten, dass – nach dem derzeitigen Stand des Rechts – die beiden Rechtsquellen des Gewaltverbots eine unterschiedliche Beschreibung der Rechtspflichten erlauben, ohne dabei in der Sache abweichende Standards vorzugeben.

* * *

Wir haben bis zu diesem Punkt die Funktionsweise der beiden Rechtsquellen des Gewaltverbots im Detail analysiert. Die Rechtsquellen des Gewaltverbots folgen teils ähnlichen, in den Einzelheiten aber unterschiedlichen Prinzipien. Im Folgenden wird es nunmehr darum gehen, wie auf der Grundlage der Komplexität dieser Rechtsquellen eine Entscheidung über die Legalität und Illegalität staatlichen Verhaltens getroffen werden kann.

³²⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 96 f. (para. 181).

³²⁶ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 113: „In any case the difference between Article 2, paragraph 4, and ‚general international law‘ is the merest technicality.“

³²⁷ Tladi, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (48): „In my view, because the content of the customary and charter rules on self-defence are co-extensive and identical, it makes little difference where the focus lies, and the outcome of the analysis will be the same.“

³²⁸ Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 104 (Rn. 285).

TEIL 2: ILLEGALITÄT

Bislang haben wir uns den wesentlichen Rechtsfragen, die die völkerrechtlichen Auseinandersetzungen seit 1945 im Bereich des Gewaltverbots dominierten, zugewendet (§3) und alsdann im Detail untersucht, nach welchen Regeln die konkreten Rechtsinhalte zu identifizieren sind und wie das Zusammenspiel der Rechtsquellen, insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung von Rechtsnormen, erfolgt (§4). Wie nun lassen sich aber konkrete Konflikte, wie die in §3 diskutierten, auf der Grundlage der in §4 analysierten Rechtsquellenlehre einer rechtlichen Bewertung zuführen? Was folgt aus all dem für die Bewertung von konkreten Interventionen als entweder legal oder illegal? Kern jedenfalls klassischer Vorstellungen von juristischer Rationalität ist die binäre Klassifizierung von Handlungen bzw. Handlungsoptionen, so dass eine klare Trennung von gewünschtem legalem und von unerwünschtem illegalem Verhalten ermöglicht wird. Es geht also um eine Grenzziehung zwischen Legalität und Illegalität, die eine Rechtsordnung leisten muss, um ihrem Anliegen einer verbindlichen Verhaltenssteuerung gerecht zu werden.

Was aber bedeutet Illegalität? Was ist die Aussagekraft der Qualifikation eines Verhaltens als illegal? Diese Fragen sind höchst umstritten und in den Antworten artikulieren sich sehr unterschiedliche generelle Zugänge zu (Völker-)Recht und seiner Funktion. Im nunmehr eröffneten Teil 2 wird zunächst der Grundstein für einen Begriff völkerrechtlicher Illegalität gelegt (§5). §6 erweitert die Perspektive, indem er sich Erkenntnissen aus der internationalen politikwissenschaftlichen Theorie zur Normen- und Normkonfliktforschung zuwendet. Als Ergebnis dieses Teils wird ein vorläufiges Verständnis von Illegalität stehen, welches dann den Ausgangspunkt für die Entwicklung der Typologie der Illegalität in Teil 3 bildet.

§5. Zum Begriff völkerrechtlicher Illegalität

Zunächst wollen wir uns originär völkerrechtlichen Debatten zuwenden und analysieren, welcher Bedeutungsgehalt der Qualifikation eines Verhaltens als „illegal“ dort beigemessen wird. Im Folgenden werden drei Illegalitätsverständnisse identifiziert: ein objektivistisches, dessen Kern das Postulat einer objektiven Unterscheidbarkeit von Recht und Unrecht ist (I.); ein relativistisches, das eine starke Perspektivenabhängigkeit der Unterscheidung postuliert und insofern die allgemeine Aussagekraft der Attribute legal und illegal in Abrede stellt (II.); und schließlich ein vermittelnder Zugang, der die Spannweite von Legalität und Illegalität als eine große Grauzone vorstellt, in der zwischen den Polen von Legalität und Illegalität verschiedene Nuancierungen bestehen (III.). An dieser Stelle geht es nicht darum,

diese Positionen in Reinform einzelnen Autorinnen und Autoren zuzuschreiben. Vielmehr geht es um eine idealtypische Identifikation von Zugriffen, die sich in der völkerrechtswissenschaftlichen Debatte finden und die bei je einzelnen Arbeiten differenzierter ausfallen mögen, als es der hier interessierende übergreifende und systematisierende Zugriff zu berücksichtigen erlaubt.

In einem vierten Abschnitt schließlich werden diese Verständnisse einer Bewertung und Einordnung unterzogen (IV.). Dabei wird sich zeigen, dass alle Verständnisse partiell zutreffend sind, dass sie aber je für sich genommen kein umfängliches Verständnis für die Möglichkeit zur Bestimmung von Legalität und Illegalität leisten können, sondern dass es weiterer Differenzierungen bedarf, die in der vorliegenden Untersuchung schließlich in der in Teil 3 zu entwickelnden Typologie der Illegalität reflektiert werden.

I. Objektivistisches Illegalitätsverständnis

Das traditionelle Verständnis von Recht und damit auch von Illegalität ist ein objektivistisches. Der Kern juristischer Rationalität ist es, die Verhältnisse von Rechtsobjekten verbindlich zu regeln. Dies verlangt Stabilität und Vorhersehbarkeit der Resultate der Rechtsanwendung. Die Grundthese eines objektivistischen Verständnisses ist, dass das Recht zu jeder Zeit einen allgemeinen und klar identifizierbaren Regelungsgehalt hat. Damit ist nicht in Frage gestellt, dass das Recht als solches in weiten Teilen auch unbestimmt sein kann. Der Regelungsgehalt des Rechts mag oft nur mit Hilfe interpretativer Anstrengungen zu ermitteln sein, die Rechtsquellen des nationalen Rechts und auch des Völkerrechts aber sind auf der Basis objektivistischer Zugänge zum Recht trotz aller Unbestimmtheiten gleichwohl hinreichend genau, um auch komplizierte Rechtsfragen eindeutig in die eine oder andere Richtung zu beantworten.

Die historischen Leitbilder eines solchen Rechtsverständnisses finden wir in einigen nationalen Rechtsschulen des 19. Jahrhunderts. In der deutschen Rechtswissenschaft relevant ist hier die Begriffsjurisprudenz.¹ Diese juristische Denkrichtung ging davon aus, dass die juristischen Begriffe selbst einer strengen inneren Logik folgen, die Jhering gar als „naturhistorische“ Methode bezeichnete.² Auf der Basis eines starken rationalistischen Zugriffs wurde die Binnenrationalität des Rechts betont, das beruhend auf Rechtserkenntnisprinzipien allgemeine und konkret erkennbare Vorgaben enthalten sollte. Das betraf dabei nicht nur den Vorgang der Auslegung als solchen, durch den eine allgemeine, richtige Interpretation des Rechts erzielt werden sollte. Vielmehr ging man davon aus, dass durch eine logische Zergliederung und darauffolgende Kombination einzelner Elemente nicht nur bestehende Rechtssätze in klarer Kontur wieder rekonstruiert werden könnten,

¹ Vgl. hierzu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 19–35.

² Vgl. *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1 (1857), 1 (21).

sondern dass durch eine Verbindung vorhandener Rechtssätze auch bislang offene Fragen basierend auf juristisch-logischen Methoden beantwortet werden könnten. Insoweit geht es um eine objektive Auslegung des Rechts.³

In der amerikanischen Rechtstradition findet sich ein vergleichbarer Objektivismus in der Schule des rechtlichen Formalismus (*legal formalism*). Kern des Formalismus ist es, die Logik des Rechts streng von äußeren Faktoren, wie etwa politischen Motivationen, die die Rechtsanwendung beeinflussen können, zu trennen.⁴ Es handelt sich in erster Linie um eine Theorie der gerichtlichen Rechtsanwendung, die die Binnenrationalität und Unabhängigkeit der juristischen Methode postuliert. Ähnlich der Begriffsjurisprudenz betrachtet der Formalismus das Recht als mittels rationaler Methoden bestimm- und konkretisierbar. Ferner geht er davon aus, dass es sich bei der Rechtsanwendung um eine wertfreie, in diesem Sinne „mechanische“ Tätigkeit handle. Schließlich basiert er auf der Annahme, dass ein bestimmtes Ergebnis aus der Rechtsanwendung folge, welches allein mit rechtlichen und ohne Zuhilfenahme außerrechtlicher Gründe oder Argumente gerechtfertigt werden könne.⁵ Dieser „late-nineteenth century Classical Legal Thought“ konzipiert Recht in dezidierter Abgrenzung zu Politik als „neutral, natural, and apolitical“.⁶ Die Rechtsanwender sind in diesem Verständnis neutrale Agenten des Rechts, die das Recht nicht schaffen, sondern seine objektiven Gebote für einen konkreten Fall „erkennen“.⁷

Ein derartiges objektives Verständnis des Rechts basiert auf einer Abschottung des Rechts gegenüber seinen realen Wirkbedingungen und Folgen in der Gesellschaft. Seit dem beginnenden 20. Jahrhundert wird dies als entscheidendes Defizit zurückgewiesen. Eine bis heute wirkmächtige theoretische Strömung ist insoweit der Realismus. Die Realisten wiesen die Abstraktheit des Formalismus zurück und interessierten sich dafür, wie das Recht unter realen Bedingungen in Aktion trat, wie es reale Entscheidungen der Rechtsanwender beeinflusste und in den Lebenssphären der Rechtsadressatinnen und -adressaten wirkte, und insbesondere auch, wie es von politischen Vorstellungen der Rechtsanwenderinnen und -anwender geprägt wurde.⁸ Es ging ihnen, wie Roscoe Pound – ein früher Vertreter des Realismus – postuliert, um das Recht in Aktion, nicht um das Recht in den Büchern.⁹ Die Begriffs- und Dogmatikfixierung des traditionellen Rechtsverständnisses wurde als „rechtlicher Fundamentalismus“¹⁰ und „Regelfetischismus“ kriti-

³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 32 ff.

⁴ Vgl. zur Herausbildung des Formalismus: Horwitz, American Journal of Legal History 19 (1975), 251 (254 ff.).

⁵ Leiter, Columbia Law Journal 99 (1999), 1138 (1145 f.).

⁶ Horwitz, The Transformation of American Law, 1992, S. 170.

⁷ Vgl. dazu auch Wiecek, The Lost World of Classical Legal Thought, 1998, S. 7.

⁸ Vgl. Llewellyn, Columbia Law Review 30 (1930), 431 (431 ff.).

⁹ Pound, American Law Review 44 (1910), 12 (35 f.): „Let us look the facts of human conduct in the face. Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient.“

¹⁰ Frank, Law and the Modern Mind, 1930, Kap. VI. S. 48–56.

siert.¹¹ Rechtliche Regeln würden durch das traditionelle Rechtsverständnis mystifiziert, seien aber in der Praxis nur von untergeordneter Bedeutung.¹² Dieser Grundzug der Kritik an einer abstrakten, im Wesentlichen auf Rechtsbegriffe und nicht auf die Rechtswirklichkeit abstellenden Sichtweise hat sich bis heute erhalten und eine Vielzahl von Formulierungen erfahren.

Verständlich ist insofern ein verbreitetes Bestreben, sich gegen den „naiven Objektivismus“ alter Tage abzugrenzen.¹³ Gleichwohl ist der generelle Unterton der Mehrheit völkerrechtlicher Beiträge und Ausführungen ein objektivistischer. Die Idee einer *rule of law* ist es, dass die Verhältnisse verbindlich in Rechtsform geregelt werden. Allein aus der Idee einer Verbindlichkeit folgt eine (jedenfalls gewisse) objektive Lesart des Rechts. In diesem Sinne beschreibt Georg Nolte das Ziel einer jeden völkerrechtlichen Regelung: „[...] the basic purpose of any treaty, or any rule of international law, [...] is to oblige their addressees to follow ‚it‘, ‚it‘ being an identical claim of *pacta sunt servanda* to all addressees (Article 26 VCLT)“.¹⁴ Das Prinzip *pacta sunt servanda*, das Nolte in Bezug nimmt, ist in der Tat Ausdruck der Idee einer objektiven Geltung einer Vertragsvorschrift, die eben gerade unabhängig vom konkreten und momentanen Willen einer Vertragspartei zu bestimmen ist und diese bindet.¹⁵ Im Sinne Hersch Lauterpachts: „The rule *pacta sunt servanda* confronts States as an objective principle independent of their will.“¹⁶

Die Idee einer allgemeinen Rechtsbindung setzt voraus, dass es nur einen Inhalt einer völkerrechtlichen Pflicht gibt. Orakhelashvili geht davon aus, dass Verträge objektiv feststellbare Pflichten von Staaten enthielten¹⁷ und dass eine rechtliche Interpretation in der Lage sein müsse, „to lead to a concrete and conclusive outcome“.¹⁸

Ein objektiver Zugang zum Recht begegnet uns also überall dort, wo vermittels des Rechts verbindliche Regelungen getroffen werden sollen. Allem voran sind auch die Kodifikations- und Konkretisierungsbestrebungen der UN-Völkerrechtskommission von einem objektiven Zugang zum Recht getragen, dem es darum geht, den objektiven Inhalt des Rechts zu identifizieren beziehungsweise zu dessen Herausbildung beizutragen. Die Objektivität des Rechts wurzelt letztlich in den Kriterien der Legalität, wie sie sich aus den Rechtsquellen des Völkerrechts ergeben.¹⁹ Diese

¹¹ Vgl. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, S. 264–284 (Appendix II – „Notes on Rule-Fetichism and Realism“).

¹² Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, S. 284: „We shall have better law when, by ridding ourselves of that myth, we come to recognize the relatively subordinate importance of rules.“

¹³ Vgl. insoweit z. B. d’Aspremont, der sich gegen einen „naïve objectivism“ abgrenzt: *D’Aspremont, Formalism and the Sources of International Law*, 2011, S. 146.

¹⁴ Nolte, in: Aust/Nolte (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, 2016, S. 1 (3).

¹⁵ Binder, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, 2013, S. 20.

¹⁶ Lauterpacht, *Economica*, 37 (1932), 301 (314).

¹⁷ Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 368: „each treaty having an objectively ascertainable meaning in relation to all its parties“.

¹⁸ Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, S. 287.

¹⁹ Brunnée/Toope, *Journal of Global Security Studies* 4 (2019), 73 (75): „For legal norms, the

Rechtsquellen sind ihrerseits objektiv in der Weise, dass sie in einer internationalen Praxis verankert sind.²⁰

Auch für den Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist die objektive Lesart des Rechts dominant. So betont Dire Tladi zum Beispiel, dass es eine objektiv richtige Interpretation der entsprechenden Vorschriften gebe,²¹ und stellt klar: „[...] the rules prohibiting the use of force have an objective and determinable content and are not in the eyes of the beholder.“²² Daniel Bethlehem sieht es als ein essenzielles Element rechtlicher Prinzipien, dass diese einer „objektiven Anwendung“ zugänglich seien.²³ Michael Wood betont: „One cannot reach different ‚correct‘ positions on the law by adopting different ‚methodologies‘; to admit such a possibility is to put in doubt the nature of international law as law.“²⁴ Michael Bothe führt im Hinblick auf die Zurückhaltung des UN-Sicherheitsrats in der Feststellung eines Friedensbruchs oder eines Akts der Aggression aus: „Rechtlich gesehen kann das eigentlich nicht sein. Rechtlich gesehen muss doch eine Seite unrechtmäßig gehandelt haben.“²⁵

Die dominante Lesart des Rechts ist mithin eine objektive. Die Rechtsquellen des Völkerrechts mögen vage sein, sie erlauben aber dennoch eine konkrete Entscheidung dahingehend, was zu einem konkreten Zeitpunkt Inhalt einer Rechtsnorm ist. „[T]he law is there to be applied, and to be applied in all of its infinitesimal detail, with a view to determining whether any given action by states acting alone or in concert is lawful or unlawful“ – wie Dino Kritsiotis formuliert.²⁶

Das schließt freilich nicht aus, dass auf der Grundlage eines objektivistischen Rechtsverständnisses auch neue Entwicklungstendenzen anerkannt werden, die – sofern sie weitere Unterstützung erfahren – selbst einmal zum Recht erstarken können. Die Prämisse bei allem aber ist, dass zu einem gegebenen Zeitpunkt stets

criteria of legality impose a further discipline that is internal to law. So it is not true that, in the absence of an authoritative body that could reconcile conflicting views, the difference between compliance and noncompliance is often unknowable [...]. It is generally possible, in law, to know whether or not an argument on compliance is convincing by testing it against the criteria of legality“ – Nachweise ausgelassen.

²⁰ *D’Aspremont*, *Formalism and the Sources of International Law*, 2011, S. 194: „Being grounded in social practice, these law-ascertainment criteria allow the international legal order – which they help delineate – to be [...] a selfstanding set of rules, the existence of which is dependent on facts.“

²¹ *Tladi*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (17): „[T]here is an objectively correct interpretation of the rules on the use of force which can be discovered by the proper application of the tools of interpretation and methodology of international law.“

²² *Tladi*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (35).

²³ *Bethlehem*, *American Journal of International Law* 106 (2012), 769 (774): „An essential element of any legal principle is that it must be capable of objective application“.

²⁴ *Wood*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 79 (2019), 655 (657f.).

²⁵ *Bothe*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, 2010, S. 63 (66).

²⁶ *Kritsiotis*, in: Orford/Hofman (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, S. 655 (683).

nur eine Lesart des Rechts die richtige ist, die sich im Wege eines dogmatisch stringenten und rigorosen Vorgehens auf universal nachvollziehbare Art und Weise ermitteln lässt. Für die Identifikation und Klassifikation von Verhalten als legal oder illegal bedeutet dies, dass stets eine eindeutige und objektive Zuordnung vorgenommen werden kann.

II. Relatives Illegalitätsverständnis

Gegen das objektive Verständnis des Rechts werden seit geraumer Zeit die argumentative Offenheit und Dehnbarkeit des Rechts angeführt, die einer allgemeinen Verbindlichkeit zu widersprechen scheinen. Ausgangspunkt ist insoweit die Beobachtung, dass nicht selten alle Parteien eines Konflikts das Recht für sich in Anschlag bringen und insofern die Objektivität unter dem Zugriff völlig divergierender Zwecke und Interessen zu zerfallen scheint. In diesem Sinne hält beispielsweise Martti Koskenniemi fest: „[...] it is possible to defend *any* course of action – including deviation from a clear rule – by professionally impeccable legal arguments that look from rules to their underlying reasons, make choices between several rules as well as rules and exceptions, and interpret rules in the context of evaluative standards“.²⁷

Koskenniemi argumentiert, dass rechtliche Positionen stets auf der Grundlage widerstreitender, im Recht selbst aber unauflösbar angelegter Prämissen angreifbar seien und daher der Objektivismus unhaltbar sei. In diesem Sinne nimmt auch Ian Hurd an, dass die Annahme einer Pflicht zur Rechtsbefolgung nicht sinnvoll sei, da sie auf der unrealistischen Voraussetzung einer Klarheit und Stabilität des Rechts beruhe.²⁸ Kurzum, wegen der interpretativen Offenheit des Rechts wird die Möglichkeit einer objektiv feststellbaren Verbindlichkeit zurückgewiesen.

Diese Zurückweisung einer objektiven Dimension des Rechts zeitigt entscheidende Auswirkungen auf die Möglichkeit der Bewertung eines Verhaltens als legal oder illegal – diese nämlich hat im Sinne einer allgemeingültigen Klassifizierung eines Verhaltens keinen Wert. Illegalität kann daher nur als ein politischer Kampfbegriff gesehen werden, nicht als eine allgemein nachvollziehbare Bewertung eines Verhaltens – insofern haben wir es mit einem relativen Illegalitätsverständnis zu tun, das perspektivenabhängig ist. In diesem Zusammenhang führt Koskenniemi aus:

„The weakness of international legal argument appears as its incapability to provide a coherent, convincing justification for solving a normative problem. The choice of solution is dependent on an ultimately arbitrary choice to stop criticisms at one point instead of another. In other words, my argument is that international law is singularly useless as a means for justifying or criticizing international behaviour.“²⁹

²⁷ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2. Aufl., 2005, S. 591 (Hervorhebung im Original).

²⁸ Hurd, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 21: „[T]he notion of the obligation to comply [...] presumes an unrealistic clarity and stability of legal resources.“

²⁹ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 67 (Hervorhebung C. M.); vgl. auch Kos-

Auch Hurd misst der Bewertung einer Praxis als legal oder illegal keinen signifikanten Wert bei. Staaten behaupteten, das Recht zu befolgen, wiewohl es hierfür keine hinlänglichen objektiven Maßstäbe gebe.³⁰ Die reflexive Dynamik rechtlicher Entwicklung in Verbindung mit der Interpretationshoheit der Staaten machten, so Hurd, das Gewaltverbot zu einem „law that cannot be broken“.³¹

Züge eines derart relativistischen Verständnisses von Illegalität haben zumeist breite Schnittmengen in einigen theoretischen Grundannahmen, wiewohl insbesondere die politische Zielsetzung äußerst unterschiedlich ist. Zugespitzt basiert das relativistische Illegalitätsverständnis auf drei Prämissen.

Erstens: Relativistische Verständnisse betrachten Recht primär als eine argumentative Struktur. In seinem Eintrag in der *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* zu den Methoden des Völkerrechts bestimmt Koskenniemi den Gegenstand des Völkerrechts wie folgt: „International law is an argumentative practice. It is about persuading target audiences such as courts, colleagues, politicians, and readers of legal texts about the legal correctness – lawfulness, legitimacy, justice, permissibility, validity, etc – of the position one defends.“³² Ähnlich Ian Hurd: „Law is the language that states use to understand and explain their acts, goals, and desires“.³³ Vergleichbare Formulierungen finden sich bei anderen Autoren.³⁴ Die Kernfunktion des Rechts sei es danach, wie David Kennedy sagt, soziale Problemlagen in „rhetorische Alternativen“ zu übersetzen, in denen mögliche soziale Gestaltungsformen zum Ausdruck kommen.³⁵ Darüber hinaus konstruiere es politische Kontrahenten als Gleiche, insofern sich beide des Rechtes zum Aus-

kenniemis Diskussion dieser Passage im Epilog zur Neuauflage: *Koskenniemi, From Apology to Utopia*, 2005, S. 600.

³⁰ Hurd, in: Follesdal/Schaffer/Ulfstein (Hrsg.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, 2014, S. 165 (167f.): „Contested claims about compliance are endemic to international law, as they are to all law, and in the absence of a judicial institution they are likely to remain unresolved. The rule of law in world politics encompasses these controversies: states believe in the importance of rule-following even where they cannot agree on what actions constitute rule-following.“

³¹ Hurd, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 60: „[T]he reflexive dynamic between legality and state interests make the ban on war infrangible: if war is lawful when it serves the genuine security interests of the state, and states make their own judgments about the threats they face, then the ban on war has become ‚law that cannot be broken‘.“

³² Koskenniemi, *Methodology of International Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Rn. 1.

³³ Hurd, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 45; vgl. auch Hurd, *Ethics & International Affairs* 28 (2014), 39 (39): „The alternative, then, is to see international law as a set of resources, as tools that governments and others use to explain, legitimate, and understand their policies.“

³⁴ Vgl. insbesondere David Kennedy, *The Dark Sides of Virtues*, 2004, S. 266: „The modern law of force offers a vocabulary for disputation, rather than an external point of judgment“; ders., *Wisconsin International Law Journal* 7 (1988), 1 (10): „I focus rather upon the relationships among doctrines and arguments and upon their recurring rhetorical structure.“

³⁵ Ders., *Wisconsin International Law Journal* 7 (1988), 1 (39): „[M]odern public international law discourse is significant, in my view because it subtly transforms social difficulties into rhetorical alternatives which invoke social choices and fears in only the most hyperbolic fashion.“

druck ihrer politischen Positionen bedienten und insofern eine Gemeinsamkeit – man könnte sagen letztlich eine Anerkennungsbeziehung – gestiftet werde.³⁶

Relativistischen Positionen geht es also nicht um die Identifikation eines genauen Norminhalts,³⁷ vielmehr wird die Funktionsweise des Rechts als argumentative Struktur untersucht,³⁸ um dadurch zu verstehen, was innerhalb des Rechts als ein spezifisch rechtliches Argument gesagt und gedacht werden kann.³⁹ Es geht damit durchaus um ein Verständnis juristischer Dogmatik, nicht jedoch um die Bestimmung des Inhalts konkreter Regeln, sondern vielmehr darum, wie juristische Argumente mittels dogmatischer Argumentationsfiguren im Zusammenhang stehen.⁴⁰ Entscheidend ist damit die Frage, ob eine bestimmte Position der Form nach als rechtliches Argument formuliert werden kann, nicht, ob sie diejenige ist, die sich im Ergebnis durchsetzt.⁴¹ Völkerrecht wird damit gleichgesetzt mit dem strategischen Gebrauch, den wir in staatlichen Stellungnahmen finden: „Indeed, the strategic use of international law *is* international law.“⁴²

Relativistische Positionen beruhen zweitens auf der Annahme, dass ein spezifisches rechtliches Problem nicht mit Hilfe rechtlicher Argumente auf eine allgemeingültige Weise gelöst werden könne. David Kennedy argumentiert insoweit: „[...] it is not meaningful to speak of a particular solution to a legal problem as having been compelled by a line of reasoning. It is not true that some arguments, because of their content are more convincing or persuasive than others.“⁴³ Der juristische Diskurs sei vielmehr offen und biete den Teilnehmenden stets Argumente in die eine oder die andere Richtung, so dass sich in der Folge jedwedes gewünschte Ergebnis argumentativ einholen lasse. Kurzum, die These ist, dass das Ergebnis

³⁶ *Koskenniemi*, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., 2014, S. 31 (41): „The form of law constructs political adversaries as equals, entitled to express their subjectively felt injustices in terms of breaches of the rules of the community to which they belong no less than their adversaries – thus affirming both that inclusion and the principle that the conditions applying to the treatment of any one member of the community must apply to every other member as well.“

³⁷ Vgl. in diesem Sinne *Hurd*, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 6 f.: „[M]y understanding avoids much of the debate about the ‘true’ meaning of international legal rules. [...] Debates about the true meaning of international rules therefore are bound to be inconclusive.“

³⁸ Vgl. *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 8: Das Erkenntnisziel von *From Apology to Utopia* ist nach *Koskenniemi*, „to study particular legal arguments by attempting to see what links them together or keeps them separate and, in particular, what makes arguments within theory and doctrine constantly enter into oppositions which seem unresolvable on the argument’s own premises“.

³⁹ *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 11: „[The deconstructive study] attempts to reach further, to a description of the controlling legal language, the conditions of what can acceptably be said within it, or what it is possible to think or believe in it.“

⁴⁰ *Desautels-Stein*, *International Theory* 8 (2016), 201 (222).

⁴¹ *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 8: „What is relevant is not so much what arguments happen to be chosen at some particular time or in some particular dispute but what rules govern the production of arguments and the linking of arguments together in such a familiar and a conventionally acceptable way and why it is that no definite resolution of standard problems has been attained.“

⁴² *Hurd*, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 11 (Hervorhebung im Original).

⁴³ *David Kennedy*, *German Yearbook of International Law* 23 (1980), 353 (357).

der Rechtsanwendung nicht durch rechtliche Regeln selbst bestimmt sei.⁴⁴ „Legal reasoning“, so David Kairys, „is not a method or process that leads reasonable, competent, and fair-minded people to particular results in particular cases.“⁴⁵ Entscheidend dafür soll sein, dass es zu einer in Anschlag gebrachten Regel stets eine, gegebenenfalls versteckte, anrufbare Gegenregel gebe,⁴⁶ dass die Auswahl von Präzedenzfällen stets eine Entscheidung voraussetze⁴⁷ und dass nicht zuletzt die Streitparteien auch bei der Auswahl und Bewertung der einem Streit zugrunde zu legenden Fakten allerhand Beurteilungsspielraum hätten.⁴⁸ Die dogmatischen Inkonsistenzen des Rechts erlauben es daher, konträre Positionen auf der Basis anerkannter juristischer Methodik herzuleiten.⁴⁹

Drittens: Recht ist im Wesentlichen Politik. Die Unbestimmtheit des Rechts führt dazu, dass die Anwendung des Rechts auf konkrete Fälle ein, wie Koskeniemi sagt, „originär politischer Akt“ sei.⁵⁰ In Wahrheit seien es im Hintergrund liegende und rechtsexterne Werturteile, Abwägungen, Interessen, aber auch rein zufällige Umstände,⁵¹ die das Ergebnis der Rechtsanwendung – bewusst oder unbewusst – bestimmten.⁵² Hurd betont in diesem Sinne: „[T]he categories of ‚lawful‘ and ‚unlawful‘ are closely related to states’ interests, desires, and past and

⁴⁴ *Koskeniemi*, *European Journal of International Law* 1 (1990), 4 (23); *Yablon*, *Cardozo Law Review* 6 (1985), 917 (919f.); *Tushnet*, *Journal of Political Philosophy* 13 (2005), 99 (108); *Duncan Kennedy*, *Maryland Law Review* 41 (1982), 563 (580f.).

⁴⁵ *Kairys*, *George Washington Law Review* 52 (1984), 243 (247).

⁴⁶ *Duncan Kennedy*, *Harvard Law Review* 89 (1976), 1685 (1700); *Tushnet*, *Quinnipac Law Review* 16 (1996), 339 (347): „The indeterminacy thesis asserts only that with respect to every, or nearly every, possible controversy, there is at least one background rule that could be put into play and thereby introduce indeterminacy, not that putting any background rule into play will do so“; vgl. auch *Yablon*, *Cardozo Law Review* 6 (1985), 917 (918): „The experienced advocate knows that the doctrinal regime is sufficiently complex that there will always be some set of authoritative materials which, through skillful manipulation of the level of specificity and characterization of the facts, he can declare to be ‚controlling‘ of the case at bar.“

⁴⁷ *Kairys*, in: *Kairys* (Hrsg.), *The Politics of Law*, 1982, S. 11 (11): „[A]nyone familiar with the legal system knows that some precedents are followed and some are not; thus, not all precedents are treated similarly or equally. Moreover, the meaning of a precedent and its significance to a new case are frequently unclear.“

⁴⁸ *Kairys*, in: *Kairys* (Hrsg.), *The Politics of Law*, 1982, S. 17.

⁴⁹ *Dalton*, *Yale Law Journal* 94 (1985), 997 (1007): „[D]octrinal inconsistency necessarily undermines the force of any conventional legal argument, and [...] opposing arguments can be made with equal force.“

⁵⁰ *Koskeniemi*, in: *Evans* (Hrsg.), *International Law*, 3. Aufl., 2010, S. 32 (47): „A court’s decision or a lawyer’s opinion is always a genuinely political act, a choice between alternatives not fully dictated by external criteria.“

⁵¹ *Tushnet*, *Wisconsin Law Review* 1980 (1980), 1383 (1384): „The problem of language is that when lawyers look at a complex system of rules, they find that the rules, and the standard rhetorical devices for manipulating them, can justify any result at all – or, put differently, justify no results. Since controversies are in fact resolved, the problem of language means that the outcomes rest on choices external to the system of rules“; *Kairys*, in: *Kairys* (Hrsg.), *The Politics of Law*, 1982, S. 14: „There is no legal explanation in any of this; the law has provided a falsely legitimizing justification for a decision that is ultimately social and political.“

⁵² *Kairys*, *Georg Washington Law Review* 52 (1984), 243 (247): „The ultimate basis for a decision is a social and political judgment incorporating a variety of factors, including the context of

present choices.“⁵³ Das Völkerrecht sei also wesentlich politisch⁵⁴ oder, wie Kairys formuliert: „Law is simply politics by other means.“⁵⁵ Damit solle es im Ergebnis auch keine klar bestimmbare Grenze zwischen Rechtsnormen und politischen sowie moralischen Normen geben, sondern die Übergänge seien fließend.⁵⁶

Der politische Hintergrund sowie die Stoßrichtung, von denen aus relativistische Verständnisse von Illegalität formuliert werden, sind bei all dem sehr unterschiedlich. Zum einen wird mit der Zurückweisung des Objektivismus ein Zugang zum Recht begründet, der *de facto* bestehende Machtverhältnisse affirmiert, indem durch Ausweisung der Flexibilität und Offenheit der Rechtsordnung Handlungsspielräume für insbesondere mächtige Staaten gerechtfertigt werden. Hurd spricht beispielsweise von der „permissive power of the ban on war“ und meint damit, dass die Regeln über das Gewaltverbot durch die vorhandenen Ausnahmetatbestände eine legitimierende Grundlage für Interventionen bildeten.⁵⁷ Im Sinne der realistischen Tradition wird dies als eine realitätsnahe Beschreibung der Funktion des Völkerrechts gesehen.

Von anderer, diesem Ansatz diametral entgegenlaufender Seite wird der Objektivismus aus kritischer Perspektive zurückgewiesen. Insbesondere von den Critical Legal Studies wird die Kritik am Objektivismus dazu verwendet, um die Verstricktheit des Rechts in bestehende Herrschafts- und Ausbeutungsverhältnisse zu betonen⁵⁸ und die Möglichkeit von Veränderung zu unterstreichen. Es geht insoweit um eine „Entzauberung des Rechts“.⁵⁹ Kairys schreibt in diesem Sinne: „If religion is the opiate of the masses, it seems that objectivity, expertise, and science have become the tranquilizers.“⁶⁰ Die vermeintliche und vom traditionellen Rechtsdiskurs postulierte Objektivität des Rechts soll im Sinne einer „campaign against false necessity“⁶¹ erschüttert werden, um hierdurch zu zeigen, dass die konkreten

the case, the parties, and the substance of the issues. The decision is not based on, or determined by, legal reasoning.“

⁵³ Hurd, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 8.

⁵⁴ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 601.

⁵⁵ Kairys, in: Kairys (Hrsg.), *The Politics of Law*, 1982, S. 17.

⁵⁶ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 23: „My argument will be that the separation of the creation and ascertainment of legal rules cannot be consistently maintained. Their fusion into each other threatens the law’s concreteness and its normativity and makes ultimately doubtful whether any meaningful distinction between international law, politics, and morality can be made.“

⁵⁷ Hurd, *European Journal of International Security* 2 (2017), 1 (1).

⁵⁸ Koskeniemi argumentiert in diesem Sinne: „It [der Aufsatz *The Politics of International Law* aus dem Jahr 1990] had been inspired by a thorough-going frustration with the isolation of public international law from developments in legal theory and method and the conviction that the naïveté of the profession was anything but innocent – that it was somehow responsible for the implication of public international law in the perpetuation of the very problems that it officially claimed to alleviate“; Koskeniemi, *European Journal of International Law* 20 (2009), 7 (7–19).

⁵⁹ Frankenberg, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., 2009, S. 93 (94).

⁶⁰ Kairys, in: Kairys (Hrsg.), *The Politics of Law*, 1982, S. 17.

⁶¹ Unger, *False Necessity*, Bd. I, 2004, xxii.

Entscheidungen, die Institutionen und mächtige Akteure treffen, ihrerseits nicht einer unhintergehbaren und objektiven Lesart des Rechts folgen, sondern vielmehr einem spezifischen Interesse und bestimmten festgefahrenen institutionellen Handlungs- und Entscheidungsmustern.⁶² Der Nachweis der Unbestimmtheit des Rechts soll Handlungsspielräume eröffnen oder, wie Koskenniemi schreibt: „[T]he demonstration of the contingency of the mainstream position can be used as a prologue to a political critique of its being an apology of the dominant forces.“⁶³ Insofern geht es aus dieser kritischen Perspektive in entscheidender Hinsicht also auch um die Veränderung der Gesellschaft: „The routines of the international legal world would no longer have the feel of natural necessity but would come to seem problematic and contestable. And lawyers would use the law’s resources to help change those routines and thereby the world.“⁶⁴

Es geht also darum, eine kritische Selbstreflexion der Teilnehmer am Rechtsdiskurs anzustoßen⁶⁵ und Möglichkeiten für andere Entscheidungen und Spielräume für Veränderungen aufzuzeigen: „[...] it could always have gone the other way“.⁶⁶ In diesem Sinne verfolgen die Critical Legal Scholars dem Anspruch nach ein ideologiekritisches Projekt, das darauf abzielt, den Rechtsinstitutionen den Anschein der Naturgegebenheit zu nehmen und die politischen Entscheidungen, auf deren Grundlage sie funktionieren, transparent zu machen und damit ihre Veränderbarkeit herauszustellen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auf der Grundlage relativistischer Positionen die Bewertung eines staatlichen Verhaltens als legal oder illegal nicht als eine allgemeine nachvollziehbare Kategorisierung gesehen wird, sondern als eine originär politische Positionierung, durch die das entsprechende Verhalten positiv oder negativ sanktioniert werden soll. Es handelt sich insoweit also um ein Werturteil in Rechtssprache, dem keine allgemeine Geltungsdimension beikommt.

III. Legalität und Illegalität als Kontinuum

Ein anderer Zugang liegt in dem Versuch, das Verhältnis von Legalität und Illegalität als das eines Kontinuums zu beschreiben. Recht wird insoweit nicht als binäre Entscheidungsstruktur herangezogen, sondern als ein graduelles Bewertungsschema, das die Beschreibung von unterschiedlichen Graden an rechtlicher Überzeugungskraft und Rechtmäßigkeit erlaubt. In diesem Sinne hält Steven Ratner fest,

⁶² Koskenniemi, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 727 (728).

⁶³ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 609.

⁶⁴ Koskenniemi, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 727 (728).

⁶⁵ Insoweit identifiziert Koskenniemi „the field itself as part of the problem“ – Koskenniemi, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 727 (734).

⁶⁶ Koskenniemi, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 727 (733).

dass „normativity is not a binary phenomenon but, rather, comes in degrees. States routinely prescribe international law with such flexibility in mind“.⁶⁷

Kern dieser Überlegung ist, dass das Recht in vielen Konstellationen keine eindeutigen Antworten gibt, sondern dass die Identifikation eines Mehr oder Weniger an Plausibilität einer rechtlichen Position alles ist, was durch eine rechtliche Bewertung erreicht werden kann. Lauterpacht betont diesen Gesichtspunkt hinsichtlich der Entscheidungsfindung vor dem IGH: „It is that necessity of making a decision not between claims which are fully justified and claims which have no foundation at all but claims which have varying degrees of legal merit.“⁶⁸ Lauterpacht fährt zwar fort, dass die letztlich vom IGH getroffene Entscheidung „die bessere“ sei und damit zuletzt das Recht reflektiere.⁶⁹ Unbestreitbar aber ist, dass es im multipolaren und damit oft unübersichtlichen völkerrechtlichen Prozess, in dem überdies nur eine geringe Zahl von Rechtsstreitigkeiten gerichtlich entschieden wird, oftmals bei den beschriebenen Graden rechtlicher Validität bleibt und eine klare Bestimmung des Grenzverlaufs zwischen legal und illegal und damit eine sichere rechtliche Bewertung eines Verhalten nicht erfolgt.

Insbesondere unter zwei spezifischen völkerrechtlichen Perspektiven ist die Annahme eines graduellen Charakters von Legalität und Illegalität weit verbreitet. Einerseits findet sie sich in wissenschaftlichen Arbeiten, denen es nicht um die Bewertung und rechtliche Einordnung eines konkreten Konflikts geht, sondern um die Herausarbeitung und das Verständnis übergreifender Entwicklungslinien. Eine bestimmte Lesart des Rechts mag noch nicht herrschend sein, aber gleichwohl zunehmend Unterstützung in der Praxis der Staaten gewinnen. Damit ist sie noch nicht *das Recht*, aber die Validität einer entsprechenden Position ist fraglos höher, als wenn sich ein Staat auf keinerlei Rückendeckung durch eine Praxis der Staaten berufen kann und sein Verhalten damit als schlicht illegal erscheint.

Für ein tiefes und der Komplexität völkerrechtlicher Normentwicklung gerecht werdendes Verständnis ist es daher wichtig, größere Entwicklungslinien in den Blick zu nehmen, in denen bestimmte Rechtsnormen an Unterstützung gewinnen und gegebenenfalls zur herrschenden Lesart werden. Unter dieser Perspektive ist die Identifikation konkreter Umschlagspunkte in der Rechtsentwicklung weniger interessant. Sie mag für Gerichte die vordringliche und für Staaten, die ihre Handlungsoptionen abwägen, eine wichtige Frage sein. Für ein Verständnis übergreifender Entwicklungslinien aber ist sie weniger relevant. Der Versuch, Umschlagspunkte der Rechtsentwicklung zu bestimmen und damit das „international law on a given day“⁷⁰ zu identifizieren, kommt notwendigerweise mit einem gewissen

⁶⁷ Ratner, *American Journal of International Law* 96 (2002), 905 (914).

⁶⁸ Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, S. 398.

⁶⁹ Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, S. 398: „Undoubtedly, it is proper and imperative to consider the decision of the majority of the Court as representing the better law – the law.“

⁷⁰ So der Titel des Aufsatzes von: Crawford/Viles, in: Ginther (Hrsg.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, 1994, S. 45 (45).

Mangel an Präzision einher, der entsprechende völkerrechtswissenschaftliche Postulate regelmäßig sehr angreifbar macht. Folglich finden wir insbesondere dort, wo die Rechtslage unübersichtlich ist, auch in vielen völkerrechtswissenschaftlichen Arbeiten eher die Betonung bestimmter Entwicklungstendenzen. In diesem Sinne beschreibt es André de Hoogh in einer Analyse der Debatten um die Legalität der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure als ein allgemeines Phänomen, dass Autoren sich regelmäßig nicht auf eine konkrete Lesart des Rechts festlegen: „[...] authors do not attempt to quantify the extent of state practice required to establish a rule of customary international law, instead preferring to note trends“.⁷¹ In diesem Zusammenhang wird beispielsweise formuliert, dass sich eine internationale Praxis anscheinend entwickelt habe,⁷² dass ein bestimmtes Rechtsverständnis an Unterstützung gewinne,⁷³ dass es bestimmte Entwicklungstrends gebe,⁷⁴ dass es unwahrscheinlicher geworden sei, dass die internationale Gemeinschaft einem Staat ein bestimmtes Recht verwehren werde⁷⁵ oder dass ein bestimmtes Recht nunmehr einen Platz im hellen Graubereich des Völkerrechts einnehme.⁷⁶

Das Recht wird also vor diesem Hintergrund konzipiert als ein Medium, in dem sich bestimmte Entwicklungslinien und auch die Grade an Validität rechtlicher Argumente beschreiben lassen. Das Recht wird damit graduell vorgestellt, als ein Kontinuum und nicht als ein strikt binärer Code. In diesem Kontinuum gibt es zwar fraglos Fälle, die eindeutig in den weißen oder schwarzen Bereich fallen – also in den Bereich von Legalität oder Illegalität –, die große Zahl spannender rechtlicher Probleme aber findet sich in der Mitte, in der wir es mit einer Gemengelage zu tun haben, die eine klare Zuordnung nicht erlaubt.

So schlägt beispielsweise auch Richard Falk ein entsprechendes Verständnis von Legalität und Illegalität vor, um die Probleme der Einordnung humanitärer Interventionen in den bestehenden völkerrechtlichen Rahmen in den Griff zu bekom-

⁷¹ *De Hoogh*, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 19 (36).

⁷² *Brunnée/Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 296: „[I]nternational practice seems to have evolved both to allow self-defence against armed attacks by non-state forces, and to loosen the required link between such forces and a state in which armed defence measures are undertaken.“

⁷³ *Brunnée/Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 296: „The view appears to be gaining ground that lesser forms of involvement may put a state in the cross-hairs of a military response, so long as it can be justified as a necessary and proportional exercise of the right to self-defence.“

⁷⁴ *Stahn*, *Fletcher Forum of World Affairs* 27 (2003), 35 (47): „[T]he trend points clearly towards the establishment of an even further-reaching responsibility of the host state based on the mere toleration or harboring of terrorists.“

⁷⁵ *Tams*, *European Journal of International Law* 20 (2009), 359 (381): „[T]he international community today is much less likely to deny, as a matter of principle, that states can invoke self-defence against terrorist attacks not imputable to another state.“

⁷⁶ *Kreß*, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 11 (52f.): „In view of the development of state practice since 11 September 2001 it is hard to deny, persisting controversies notwithstanding, that the alleged right of self-defence in case of a non-state armed attack now occupies a place within the ‚light grey‘ area of the international law on the use of force.“

men: „[T]he most helpful form of legal appraisal is one of degree, conceiving of legality and illegality by reference to a spectrum. The more ‚reasonable‘ a response, the closer to the legality end of the spectrum.“⁷⁷ In vergleichbarer Weise führt auch Simma mit Blick auf die Kosovointervention eine Reihe von Überlegungen an, die in ihrer Zusammenschau nach Simmas Auffassung die Intervention so weit an den Bereich der Legalität heranrückten, dass „only a thin red line separates NATO’s action on Kosovo from international legality“.⁷⁸

Die andere Perspektive, aus der Legalität und Illegalität oftmals als ein Kontinuum verhandelt werden, findet sich in Abhandlungen, die die praktischen Entscheidungsvorgänge innerhalb von staatlichen Administrationen in den Blick nehmen. Im Rahmen der dortigen Entscheidungs- und Abwägungsvorgänge besteht zwar durchaus zunächst ein hohes Interesse an der Bestimmung dessen, was das Recht objektiv gebietet.⁷⁹ Dies illustriert Michael Wood hinsichtlich der Rolle von Rechtsberatern:

„A lawyer advising a Government whether or not force may lawfully be used in particular circumstances needs a clear view of the applicable international law on the use of force (the *jus ad bellum*). He or she cannot simply say that the law is unclear, or controversial, or merely a ‚process‘. Clear advice has to be given, in light of such facts as are known at the time.“⁸⁰

Der erste Schritt ist also die Identifikation der Rechtslage, die eine objektive Dimension hat. Es findet also zunächst eine Sondierung der Lage statt, in der das Recht als eine objektive Vorgabe vorausgesetzt wird. Allerdings handeln Staaten nicht selten auch in Fällen, in denen die von ihnen angedachte Maßnahme mit dem bestehenden Recht nicht klar in Einklang steht, sondern in denen wir es mit der eben beschriebenen Gemengelage zu tun haben, in der die Identifikation der Rechtslage mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist. Im Fall einer Handlung sehen sich die Staaten einem Rechtsrisiko ausgesetzt, das nicht zuletzt zur Folge hat, dass ihr Verhalten international verurteilt werden könnte.

Soll nun beispielsweise eine militärische Intervention ungeachtet fragwürdiger Legalität dennoch unternommen werden, so ist es für Staaten zweifelsohne günstiger, der binären Logik rechtlicher Bewertung nicht zu viel Raum zu geben und sich eindeutigen Antworten mit Blick auf die Legalität oder Illegalität zu entziehen. In der Diskussion der Kubakrise des Jahres 1962 und insbesondere der seitens der USA betriebenen Seeblockade Kubas argumentierte beispielsweise Abram Chayes, der als Rechtsberater der US-Regierung in die Ausarbeitung der rechtlichen Stra-

⁷⁷ Falk, *American Journal of International Law* 93 (1999), 847 (852).

⁷⁸ Simma, *European Journal of International Law* 10 (1999), 1 (22).

⁷⁹ Vgl. hierzu Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 40–42, Henkin beschreibt dies wie folgt: „A government contemplating action usually asks what the law has been, independently of what it proposes to do. It knows that ordinarily nations will judge and react to its action in the light of the law as it is deemed to be now.“

⁸⁰ Wood, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017), 75 (75).

tegie involviert war, dass die zugespitzte Frage nach Legalität und Illegalität keine legitime Frage sei:

„International lawyers who insist rightly on the relevance of law to the Cuban crisis also have a responsibility for the kind of questions which they permit to be put as legitimate professional questions. One is often struck at the generality and abstraction of the questions thought appropriate for discussion by scholars and publicists of international law and as well as by the Euclidean majesty of the discussion. ‚Was the quarantine legal?‘ A question put in that form is bound to elicit over-generalized and useless answers. The object of a first-year law school education is to teach students not to ask such questions.“⁸¹

Aus völkerrechtlicher Sicht sei es geboten, so Chayes, generalisierte und unterkomplexe Antworten auf schwierige politische und moralische Probleme zu vermeiden.⁸² In diesem Sinne betont auch der ehemalige US-Regierungsberater Harold Hongju Koh, dass die politisch Entscheidenden nicht vor die „falsche Entscheidung“ zwischen Vornahme einer Intervention und Rechtskonformität gestellt werden dürften, sondern dass es Aufgabe der Rechtsberatung sei, für eine tragfähige rechtliche Basis zu argumentieren, die die Komplexität der Situation anerkenne.⁸³ Koh wendet sich gegen die Vorstellung, dass Völkerrecht „schwarz oder weiß“ sei, also binäre Antworten bereithalte.⁸⁴

Von Völkerrechtlern mit Regierungshintergrund wird aktuell auch die Debatte um humanitäre Interventionen in diese Richtung geführt. So sieht der frühere Berater der britischen Regierung Daniel Bethlehem beispielsweise die Annahme einer Illegalität humanitärer Interventionen als „overly simplistic“ an.⁸⁵ Dem schließt sich der ehemalige US-Berater Koh an und wertet die Verurteilung humanitärer Interventionen als „plainly overbroad“.⁸⁶

Für eine Regierung ist es vor diesem Hintergrund vielversprechend, selbst Handlungen, die als illegal eingeordnet werden, durch alle denkbaren Argumente und Akzentuierungen so weit als möglich an die Grenze zur Legalität heranzubringen, so wie Simma es für die Kosovointervention des Jahres 1999 annimmt. Ungeachtet der Illegalität der NATO-Handlungen betont Simma, dass „the Alliance made every effort to get as close to legality as possible“.⁸⁷

⁸¹ Chayes, Proceedings of the American Society of International Law 57 (1963), 10 (11).

⁸² Chayes, Proceedings of the American Society of International Law 57 (1963), 10 (12): „[I]nternational lawyers must discipline themselves. Above all, they must avoid the temptation to deal with very difficult political and moral issues as though they could be resolved by rather simple and very general legal imperatives.“

⁸³ Koh, Houston Law Review 53 (2016), 971 (1032): „Asking policy-makers to make a false choice between action and legality sends them the wrong message: that when the law gets hard, or stands in the way of urgent action, lawyers are incapable of developing sound legal arguments that can achieve better policy results.“

⁸⁴ Koh, Houston Law Review 53 (2016), 971 (1004f.).

⁸⁵ Bethlehem, Stepping Back a Moment – The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention, EJIL:Talk!, 12. September 2013.

⁸⁶ Koh, Houston Law Review 53 (2016), 971 (1005).

⁸⁷ Simma, European Journal of International Law 10 (1999), 1 (22).

Diesen Zurückweisungen binärer Klassifizierungen liegt die Annahme zugrunde, dass mögliche rechtliche Qualifizierungen für Interventionen statt zu binären Resultaten, vielmehr zu komplexen und abgestuften Einschätzungen im Hinblick auf die Legalität oder Illegalität führen. Benedict Kingsbury hält fest, dass „the assumption that conformity and non-conformity are binary is not an adequate reflection of international practice, in which degrees of conformity or nonconformity and the circumstances of particular behavior often seem more important to the participants“.⁸⁸

Ein entsprechendes Stufensystem rechtlicher Bindungswirkung hat Francis A. Boyle näher zu fassen versucht. Er wendet sich gegen den vorherrschenden positivistischen Zugang der völkerrechtlichen Literatur, der durch die Simplifizierung von Problemlagen für reale Entscheidungsprozesse in Regierungen nicht hilfreich sei, da es diesem allein um eine „mechanistische Bestimmung“ von Legalität oder Illegalität gehe, die die realen Bedrohungslagen und Entscheidungszwänge nicht berücksichtige.⁸⁹ Boyle schlägt dagegen eine „funktionalistische Perspektive“ auf die Unterscheidung zwischen Legalität und Illegalität vor. Er identifiziert sieben Stufen im Kontinuum von Legalität und Illegalität: „[...] conduct which is (1) egregiously illegal; (2) clearly illegal; (3) arguably illegal; (4) arguably illegal or legal; (5) arguably legal; (6) clearly legal; (7) perfectly legal“.⁹⁰ Zwischen den einzelnen Kategorien des Spektrums sieht Boyle keine scharfen Grenzen, sondern „each degree imperceptibly shades off into its immediate neighbors along this continuum of international deportment“.⁹¹

Die Idee einer solchen Abstufung von Illegalität setzt – als praktisches Beispiel – etwa der vom Planungsstab des britischen Foreign and Commonwealth Office zum internen Gebrauch verfasste Bericht aus dem Jahr 1984 voraus, der oben bereits bei der Diskussion der humanitären Intervention zitiert worden ist. In diesem werden verschiedene Rechtfertigungen für militärische Interventionen diskutiert und mit Blick auf die Legalität humanitärer Interventionen wird festgehalten: „[...] the best case that can be made in support of humanitarian intervention is that it cannot be said to be unambiguously illegal“.⁹²

Wiewohl es von einem Standpunkt der Rechtsstaatlichkeit wünschenswert scheinen könnte, dass Staaten stets nur diejenigen Handlungen vornehmen, von

⁸⁸ Kingsbury, Michigan Journal of International Law 19 (1998), 345 (348).

⁸⁹ Boyle, World Politics and International Law, 1985, S. 164: „[T]he major problem with the great bulk of contemporary literature in the field of international law and organizations becomes its inability to articulate policy prescriptions in a manner that is useful to real-world government decision makers. Instead, most of the literature adopts a legal positivist approach to the subject of international relations that simplistically consists of a sterile, mechanistic determination of the legality or illegality of proposed or completed course of international deportment“; vgl. auch: ders., California Western International Law Journal 10 (1980), 193 (207).

⁹⁰ Francis A. Boyle, World Politics and International Law, 1985, S. 165.

⁹¹ Francis A. Boyle, World Politics and International Law, 1985, S. 165.

⁹² Planning Staff of the Foreign and Commonwealth Office, „Is intervention ever justified?“, 1984, Auszüge abgedruckt in: British Yearbook of International Law 57 (1986), 619.

deren Legalität sie überzeugt sind, so macht die Staatspraxis gleichwohl deutlich, dass hier durchaus andere Standards angewendet werden und Staaten sich nicht selten mit weniger als mit einer rechtlich klar abgesicherten Position zufriedengeben und dass sie graduell schwächere Standards anlegen.

Die Bewertung dieser Grade der Rechtmäßigkeit ist ein Vorgang mit nicht unerheblichen subjektiven Komponenten, in den auch die Rechtstraditionen der Staaten einfließen. Auch ist es eine Frage der politischen Verfasstheit und der von einem Staat gelebten Werte, welchen Grad an Eindeutigkeit der Vereinbarkeit von erwogenen Interventionen mit völkerrechtlichen Normen verlangt wird. In diese Bewertung werden Staaten nicht zuletzt auch einstellen, wie groß die Chance ist, trotz einer gegebenenfalls nur fragwürdigen Rechtsbehauptung unsanktioniert zu bleiben. Sofern eine gerichtliche Zuständigkeit nicht gegeben ist, eröffnen die Komplexitäten der internationalen Ordnung daher allerhand Spielraum, sich mit weniger als mit einer klaren rechtlichen Basis für ein Verhalten zufriedenzugeben.⁹³

IV. Folgerungen zum Begriff der Illegalität

Die drei diskutierten Zugänge werfen je wichtige Perspektiven auf den Begriff von Illegalität. Alle drei Verständnisse haben in Teilen ihre Berechtigung, denn sie beschreiben die Funktionsweise des Völkerrechts in je spezifischen Konstellationen. Allerdings können sie je für sich isoliert kein vollständiges Verständnis der Möglichkeit zur Bewertung eines Verhaltens als illegal im Rahmen des Völkerrechts begründen. Es ist vielmehr von Bedeutung, das Zusammenspiel und Ineinandergreifen dieser Illegalitätsverständnisse zu präzisieren und begrifflich zu schärfen.

Die Verständnisse völkerrechtlicher Legalität und Illegalität stehen dabei erstens in engem Zusammenhang mit der Art der Rechtsverwendung, zweitens mit der Rolle, welche die jeweiligen Akteure einnehmen. In diesen verschiedenen Arten der Rechtsverwendung zeigt sich drittens, dass der objektiven Betrachtung des Rechts ein Primat zukommt und von allen Rechtsanwendenden performativ vorausgesetzt werden muss. Viertens aber wird deutlich werden, dass es Bereiche gibt, in denen wegen der Offenheit der Rechtslage das objektivistische Verständnis keine sinnvollen Ergebnisse zeitigt und daher das relativistische Verständnis eine angemessene Zustandsbeschreibung ist.

⁹³ Vgl. *Bodansky*, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 267 (275): „Which of these various phenomena are ‚legal‘ in nature? The question would be important if we were litigating a case in court (although, even here, doctrine is often not decisive, as the legal realists demonstrated). But it is much less important when, as is usually the situation, we are outside the courtroom, in the messy, diffuse world of international [...] politics.“

1. Differenzierung der Arten der Rechtsverwendung

Eine wichtige Voraussetzung für ein angemessenes Verständnis von Legalität und Illegalität ist es, die verschiedenen Ebenen möglicher Verwendungen des Rechts durch die Akteure zu differenzieren. Im Mangel einer solchen Differenzierung haben nämlich viele der Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Verständnisses der Illegalität ihren Ursprung. Es sind verschiedene Arten der Bezugnahme auf das Recht denkbar, die grundsätzlich allesamt originär rechtlich sind und einen legitimen Bestandteil juristischer Auseinandersetzungen bilden. Drei Perspektiven lassen sich aus der Sicht der Akteure unterscheiden.⁹⁴

Erstens können wir eine dogmatische oder formalistische Perspektive identifizieren, die auch einer objektiven Lesart des Rechts zugrunde liegt. Ihr geht es darum, nach den internen Regeln der juristischen Profession, wie sie sich auf der Basis der Rechtsquellen darstellen, konkrete Rechtsfragen zu beantworten und ein bestimmtes Verhalten juristisch zu bewerten. Die Akteure rufen das Recht an und fragen danach, was in einer konkreten Situation rechtlich geboten ist. Patricia Ewick und Susan S. Silbey bezeichnen dies auch als ein Denken „vor dem Recht“, das das Recht als ein identifizierbares, autoritatives System von Normen vorstellt, das zu vorhersehbaren Ergebnissen führt. Es wird also als eine objektive Instanz behandelt und angerufen.

„In this form of consciousness, the law is described as a formally ordered, rational, and hierarchical system of known rules and procedures. Respondents conceive of legality as something relatively fixed and impervious to individual action. In a sense, respondents tell the law’s story of its own awesome grandeur, something that transcends by its history and processes the persons and conflicts of the moment. It is often regarded as somewhere else, a place very different from everyday life.“⁹⁵

Der zweite Zugang zum Recht ist ein instrumenteller. Unter dieser Bezugnahme wird Recht als ein Mittel zum Zweck verwendet, zum Beispiel zur Durchsetzung staatlicher Interessen, zur Beförderung von Menschenrechten oder zur Sicherung von Investitionen.⁹⁶ Ewick und Silbey bezeichnen dies auch als ein Denken „mit dem Recht“. Dieser Zugang ist durch einen deutlich offeneren, nachgerade spielerischen Umgang geprägt. Das Recht wird nicht als ein objektives System vorgestellt, sondern vielmehr als ein flexibles Regelwerk, in dem mit Kreativität und Erfindungsgeist Interessen artikuliert und verfolgt werden können. Das Recht wird nicht angerufen als ein schlüssiges Ganzes, als ein hierarchisches normatives System, sondern als eine momentbezogene argumentative Ressource für die Recht-

⁹⁴ Die folgende Differenzierung baut auf den Kategorien von Ewick und Silbey auf: *Ewick/Silbey, The Common Place of Law*, 1998, S. 47–49.

⁹⁵ *Ewick/Silbey, The Common Place of Law*, 1998, S. 47.

⁹⁶ *Bodansky, Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 267 (269): „[T]he instrumental perspective asks how international law might be used to achieve desired ends, such as the promotion of human rights, environmental protection, or free trade.“

fertigung gewünschter Handlungen oder Entscheidungen.⁹⁷ Dies ist der Kern rechtsberatender Tätigkeit, in der es darum geht, flexible und kreative Lösungen zur Vertretung der Interessen der Mandantschaft zu entwickeln. Hierbei kommt es darauf an, Argumente zu bilden, die vor dem Hintergrund etablierter Argumentations- und Interpretationsregeln bestehen können, gleichwohl aber Spielräume für die Rechtfertigung eines bestimmten Handelns ausnutzen oder gar erst erzeugen können. Auf diesem Zugang basiert das relativistische Verständnis von Illegalität.⁹⁸

Als dritte Perspektive schließlich können Akteure auch einen Standpunkt in Opposition zum Recht beziehen. In der Terminologie Ewicks und Silbeys ist dies das Denken „gegen das Recht“. Dieser Zugang ist dadurch gekennzeichnet, dass Akteure aus unterschiedlichen Motivationen heraus sich gegen das Recht stellen, indem sie seine Autorität hinterfragen. Ihnen geht es darum, sich zum Recht auf Distanz zu bringen, sich durch verschiedene Mittel eine Atempause vom Zugriff des Rechts zu verschaffen. Sie wehren sich gegen Rechtsnormen, weil sie sie für ungerecht halten oder schlicht mit der Erfüllung der normierten Rechtspflichten überfordert sind.⁹⁹ Diese Opposition zum Recht geht nicht selten auch mit dem Postulat normativer Alternativen einher. Akteure kritisieren dann das Recht nicht nur in seinem gegenwärtigen Inhalt, sondern bringen auch Vorschläge, wie es *de lege ferenda* sein sollte.¹⁰⁰

Eine Herausforderung besteht nun nach allem darin, dass die Ebenen des Zugriffs auf das Recht durch die Akteure selbst nicht als solche kenntlich gemacht werden. Eine interessengeleitete Rechtsposition wird alles daransetzen, sich als eine dogmatische Perspektive auszugeben und zu behaupten, das vorgebrachte Argument *sei das Recht*. Folglich werden *de-lege-ferenda*-Überlegungen regelmäßig so dargestellt, als reflektierten sie geltendes Recht unter einem dogmatischen Blickwinkel. Staaten, die von der Illegalität ihrer Praxis wissen, verschleiern dies hinter der Anrufung des Rechts. Insofern greifen die Ebenen der rechtlichen Auseinandersetzungen ineinander und stellen diejenigen, die unter dem Dickicht instrumenteller Bezugnahmen den Inhalt einer Norm identifizieren wollen, vor erhebliche Herausforderungen.

Auch wenn die Perspektiven regelmäßig nicht in Reinform vorliegen mögen und Interessen beispielsweise auch eine dogmatische Perspektive informieren, so sind doch die Bezugnahmen idealiter als verschiedene Modi der Rechtsverwendung identifizierbar.

⁹⁷ Ewick/Silbey, *The Common Place of Law*, 1998, S. 48.

⁹⁸ Vgl. in diesem Sinne auch Schachter, *American Journal of International Law* 83 (1989), 259 (273): „[A] clear distinction should be maintained between law as an expression of common policy and purpose and the use of law for rationalization of state action.“

⁹⁹ Ewick/Silbey, *The Common Place of Law*, 1998, S. 48 f.

¹⁰⁰ Bodansky, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 267 (269): „[T]he normative perspective asks: What should be the legal rule, as a matter of policy or morality?“

2. Differenzierung nach verschiedenen Akteuren

Die drei diskutierten Verständnisse der Illegalität empfehlen sich darüber hinaus auch unterschiedlichen Gruppen von Akteuren. Gerichten beispielsweise kommt klassischerweise die Rolle von neutralen Rechtsanwendern zu – vor ihnen sollte das Denken „vor dem Recht“, die dogmatische Perspektive den Ausschlag geben (was allerdings nicht ausschließt, dass Gerichte nicht auch aktivistisch einen bestimmten gesellschaftlichen Zweck anstreben und damit die Grenzen einer dogmatischen Perspektive überschreiten oder jedenfalls bis aufs Letzte ausreizen können). Insofern ist die leitende Frage die nach den objektiv-rechtlichen Vorgaben. Da Gerichte zumal eine Entscheidung treffen und damit tatsächlich eine Gestaltungsbefugnis haben, ist für sie eine objektivistische Betrachtung des Rechts maßgeblich.

Für Entscheidungsverantwortliche in Regierungen und für deren Rechtsberaterinnen und Rechtsberater stellt sich die Lage anders dar. Sie können einen Streit nicht verbindlich auflösen, sondern müssen bei der Bestimmung der Rechtslage (nach Maßgabe der in § 4 diskutierten Rechtsquellen) im Wege der Perspektivübernahme die möglichen Positionen und Reaktionen anderer Staaten antizipieren. Aus dieser Perspektive kommt mithin erhebliche Unsicherheit mit ins Spiel. Für handelnde Staaten und deren Rechtsberater ist daher in der Abwägung und Bewertung von Handlungsoptionen die dritte Sichtweise, nach der Legalität und Illegalität als ein Kontinuum vorgestellt werden, nahegelegt. Auf diese Weise können rechtliche und faktische Unsicherheiten, die eine objektive Bewertung erschweren oder unmöglich machen, besser berücksichtigt werden.

Die relativistische Perspektive schließlich wird zumeist von einem akademischen Standpunkt aus eingenommen, aber letztlich auch von Staaten, die die Existenz rechtlicher Vorgaben wegen deren vermeintlicher Unwägbarkeit insgesamt in Abrede stellen und derart ihre legitimen Handlungsoptionen erweitern wollen.

3. Objektivistisches Rechtsverständnis als Ideal

Auf der Grundlage der Differenzierung zwischen diesen Weisen der Rechtsverwendung und der involvierten Akteure kann eine weitere Folgerung getroffen werden. Es zeigt sich hier nämlich, dass die objektive Bestimmung eines Norminhalts dem Recht nicht nur als Ideal eingeschrieben ist, sondern von den Beteiligten am Rechtsprozess auch vorausgesetzt wird. Die Arten der Rechtsverwendung nämlich stehen normativ nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern in einer Hierarchie. Die instrumentelle Bezugnahme auf das Recht ist nur möglich, weil von den Beteiligten eine allgemeine Norm angerufen und damit performativ vorausgesetzt wird. Staaten können nur wissen, unter welchen Umständen beispielsweise ein besonderer Rechtfertigungsbedarf besteht, weil sie zunächst diese von ihren konkreten argumentativen Bestrebungen unabhängige Ebene der Rechtsgeltung vorausgesetzt haben. Dem entspricht auch die Empirie, wie Staaten sich zumeist

zu Völkerrecht ins Verhältnis setzen. Staaten, die in einer bestimmten historischen Situation handeln wollen und müssen, fragen ihre Rechtsberater regelmäßig nicht im ersten Schritt nach einer juristischen Rechtfertigung für eine vorzunehmende Handlung, ohne ein Interesse daran zu haben, was das „Recht als solches“ gebietet. Sie wollen nicht nur irgendeine rechtliche Rechtfertigung, sondern setzen vielmehr das Recht zunächst als eine Instanz voraus, die nicht allein subjektiv und politisch ist, sondern eine relevante objektive Dimension hat.¹⁰¹ Henkin hält in dieser Hinsicht zutreffend fest: „A government contemplating action usually asks what the law has been, independently of what it proposes to do. It knows that ordinarily nations will judge and react to its action in the light of the law as it is deemed to be now.“¹⁰² Es findet also zunächst eine Sondierung der Lage statt, in der das Recht mehr ist als eine bloße sprachliche Form. Dem Recht wird vielmehr eine Objektivität beigemessen und Staaten bedienen sich zunächst eines dogmatischen Zugriffs auf das Recht.

Es ist nun eine gänzlich nachgelagerte Frage, wie sich eine Regierung im Ergebnis verhält. Die Vorzüge einer Abweichung von der allgemeinen Rechtsauffassung, das heißt der Bruch einer völkerrechtlichen Norm mag mit derart gewichtigen Vorteilen verbunden sein, dass ein Staat ungeachtet der rechtlichen Einschätzung zur Tat schreitet. Selbst in diesem Fall wird der Staat für seine Handlung eine Rechtfertigung in Rechtsform nicht schuldig bleiben, und genau hier liegt der Punkt, an dem Staaten eine neue Einstellung zur Rolle des Rechts einnehmen – das Recht in einer anderen Funktion nutzen. Die ganz überwiegende Mehrheit der Beteiligungen an internationalen bewaffneten Konflikten wird mit rechtlichen Argumenten gerechtfertigt.¹⁰³ In diesem Schritt aber bedienen sich Staaten dann der oben bezeichneten zweiten Funktion, nämlich des instrumentellen Zugriffs, indem sie kreative Rechtfertigungen für ihre Handlungsziele entwerfen. Diese Argumente aber reflektieren nicht notwendig die Substanz von Rechtsnormen, wenn sie doch auch Teil des Rechtsprozesses sind.

Als Beispiel für dieses Vorgehen mag man die britische und französische Intervention 1956 in Ägypten im Rahmen der Suezkrise heranziehen. Hier erteilte Gerald Fitzmaurice als Berater der britischen Regierung völkerrechtlichen Rat. Fitzmaurice ließ keinen Zweifel daran, dass eine Intervention einen Verstoß gegen die

¹⁰¹ *Schachter*, *International Law in Theory and Practice*, 1991, S. 34: „If the rules were so flexible as to afford complete discretion to the parties or to the judge, we would not have law or decisions based on law. We might have negotiations, bargaining, conciliation or political fiat, any one of which may resolve disputes and produce order. But they would not be law because there would be no objective limit imposed by legal rule“; vgl. ferner *Schachter*, *International Law in Theory and Practice*, 1991, S. 35: „[I]n so far as States find it necessary (as they often do) to present legal reasons to justify decisions and acts of international significance they have to take the position that law is susceptible of validation on objective grounds. Otherwise, law is devoid of any function except to provide rhetorical gloss for political acts.“

¹⁰² *Henkin*, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 40–42.

¹⁰³ *Marxsen*, *Journal on the Use of Force and International Law* 5 (2018), 8 (15).

UN-Charta begründen werde,¹⁰⁴ und sprach sich gegen eine „gun-boat diplomacy“ aus.¹⁰⁵ Ungeachtet dessen kam es zur Intervention und die Briten beriefen sich neben dem vorgeblich notwendigen Schutz des Suezkanals darauf,¹⁰⁶ durch die Intervention eigene Staatsangehörige im Ausland zu schützen.¹⁰⁷ Allgemein wird dies als eine unhaltbare rechtliche Position gesehen.¹⁰⁸ Das Beispiel illustriert aber, dass die objektive Klärung der Rechtsfrage und die angerufene Rechtfertigung zwei getrennte Schritte sind. Der britischen Regierung war die Illegalität der Intervention wohl bewusst, der Rekurs auf die Rettung eigener Staatsangehöriger eine nicht tragende argumentative Stütze, die den Zweck verfolgte, der Intervention politische Legitimität zu verschaffen.

Aus der instrumentellen Perspektive der Rechtsverwendung geht es um eine Legitimierung bestimmter Handlungen. Diese Legitimierung aber kann nur erfolgen, weil die Akteure den Versuch unternehmen, ihre Handlungen als von einem allgemeinen Normverständnis gedeckt auszuweisen oder jedenfalls so nah als möglich an dieses heranzukommen. Wäre das Recht allein – wie vom relativistischen Illegalitätsverständnis vorausgesetzt – die argumentative Form (ohne Bezug zu einem präskriptiven Inhalt), so wäre Legitimierung nicht möglich, da es alsdann an einem von den Beteiligten vorausgesetzten Standard mangelte, an dem das Verhalten gemessen werden soll. Das Unterfangen wäre tautologisch, und es wäre unklar, warum sich Staaten überhaupt der Sprache des Rechts bedienen sollten.

Ein Fehlverständnis relativistischer Positionen ist also, dass die verschiedenen Ebenen des Rechts nicht hinreichend getrennt werden und dass ein an der Oberfläche dominanter Teilaspekt des Rechtsalltags (der instrumentelle Zugriff auf das Recht) als das Ganze des Rechts gesehen wird. Es ist Ian Hurd zwar durchaus zuzustimmen, wenn er festhält: „It is normal for all parties to claim to represent the fact of compliance, and they construct arguments in defense of that position using the legal resources of the past, adapted to present needs.“¹⁰⁹ Nicht für alle aber, so möchte man ergänzen, ist diese Behauptung auch zutreffend, und nicht einmal all diejenigen, die wie von Hurd beschrieben verfahren, glauben an die Validität ihrer

¹⁰⁴ Letter of G. G. Fitzmaurice to Sir George Coldstream, Top Secret, 6. September 1956, Records of the Lord Chancellor's Office and of various legal commissions and committees (LCO) 2/5760, S. 2: „If we attacked Egypt *solely* on the ground that the nationalisation of the Canal is illegal and incompatible with the Suez Canal Convention, or in order to impose an international authority for the operation of the Canal, we should, in my opinion, be committing a clear illegality and a breach of the United Nations Charter. It would in fact be a simple act of aggression, even if not an entirely unprovoked one“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁵ Letter of G. G. Fitzmaurice to Sir George Coldstream, Top Secret, 6. September 1956, LCO 2/5760, S. 3: „Very few people in this country realise the immense change that has taken place in the climate of world opinion on the question of the use of force, especially that particular use of it that takes the form of what might be called ‚gun-boat diplomacy‘. Justifications that would have been accepted without question fifty or twenty-five years ago would now be completely rejected.“

¹⁰⁶ UNSC, 749. Sitzung, UN Doc. S/PV.749, para. 139 (Vereinigtes Königreich).

¹⁰⁷ UNSC, 749. Sitzung, UN Doc. S/PV.749, para. 141 (Vereinigtes Königreich).

¹⁰⁸ Vgl. z. B. *Higgins*, British Yearbook of International Law 37 (1961), 269 (317).

¹⁰⁹ *Hurd*, How to Do Things with International Law, 2017, S. 46.

eigenen Argumente. Es ist vielmehr Aufgabe einer rechtlichen Bewertung, den Wahrheitsgehalt der entsprechenden Behauptungen zu identifizieren. Das heißt im Umkehrschluss nicht, dass sich ein solcher allgemeiner Inhalt in allen Fällen wird identifizieren lassen, dass also stets eine objektive Lesart des Rechts möglich ist. Relativistische Positionen greifen aber jedenfalls darin zu kurz, dass sie die Möglichkeit einer objektiven Geltung von vornherein ausschließen.

Auch das oben beschriebene Denken „gegen das Recht“ – also der Widerstand gegen seine Vorgaben oder das Bestreben der Veränderung der Rechtsordnung – setzt voraus, dass ein Akteur die objektiven Vorgaben des Rechts identifiziert hat und sich mit diesen nicht einverstanden erklärt. Insoweit handelt es sich also bei der objektivistischen Perspektive auf das Recht nicht um die einzig mögliche, jedenfalls aber doch um eine, die systematisch vorrangig ist und ohne die auch instrumentelle und kritische Zugänge sinnvollerweise keine Position beziehen können.

4. Die Berechtigung des Relativismus

Das grundsätzliche Festhalten an einer objektiven Lesart des Rechts heißt im Umkehrschluss allerdings nicht, dass die Völkerrechtsordnung einen stets klaren und objektiv bestimmbaren Inhalt hätte und dass nicht mehrere Interpretationen des Rechts möglich wären. Die Völkerrechtsordnung setzt einen interpretatorischen Rahmen, der mal mehr und mal weniger Spielraum zulässt, ganz in Abhängigkeit davon, wie sehr sich verbindliche Lesarten des Rechts herauskristallisiert haben.¹¹⁰ Die Folge ist, dass es sehr wohl Rechtsfragen gibt, in denen durch ein hohes Maß an Heterogenität und Uneinigkeit ein objektiver Norminhalt nicht allgemein feststellbar ist. Das relativistische Verständnis der Illegalität beschreibt also durchaus die Realität des Völkerrechts – jedenfalls im Hinblick auf bestimmte Bereiche und Rechtsfragen.¹¹¹ In diesen hat sich eine objektive rechtliche Vorgabe noch nicht herausgebildet und daher ist die Positionierung zur Legalität oder Illegalität einer Handlung in allgemeingültiger Weise nicht zu treffen, sondern verdankt sich letztlich einer politischen Stellungnahme und Bewertung.

Es ist daher nicht möglich, den objektivistischen Zugang zum Recht als den alleinigen zu wählen. Vielmehr müssen wir einräumen, dass das Völkerrecht in einer signifikanten Zahl von Konstellationen in der Tat keine konkreten und allgemeinverbindlichen Vorgaben bereit hält.

Im Gegensatz zur Auffassung generell relativistischer Positionen aber ist diese Unbestimmtheit keine, die sich allein auf der Ebene der Argumentation bewegt,

¹¹⁰ Corten, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (815): „The diversity of possible interpretations is not denied, but this relativism is limited by the need to justify choices in terms of the common reference framework that positive law represents.“

¹¹¹ Vgl. insoweit auch die Diskussion bei Ziv Bohrer, der zeigt, dass unter bestimmten Bedingungen die von den Critical Legal Studies betonte Unbestimmtheit des Rechts die Realität widerspiegeln könne: Bohrer, in: Bohrer/Dill/Duffy (Hrsg.), *Law Applicable to Armed Conflict*, 2020, S. 106 (164f.).

dergestalt also, dass sich jederzeit sowohl die eine wie die andere juristische Position rechtfertigen ließe. Vielmehr haben wir es zu tun mit einer Unbestimmtheit auf der Ebene der substanziellen Vorgaben des Rechts; wenn man so will mit einer *objektiven* Unbestimmtheit.

Insbesondere dort, wo neue völkerrechtliche Normen entstehen, kann das Recht mangels Klarheit der Vorgaben oft keine Steuerungsfunktion ausüben, da ein autoritatives Verständnis einer Rechtsnorm nicht feststeht. Ebenso können normative Entwicklungen dazu führen, dass das Recht seine Steuerungsfunktion einbüßt, da vormalig akzeptierte Interpretationen in Frage gestellt werden. In diesen Fällen findet alsdann vermittelt über das Recht tatsächlich eine vor allem politische Auseinandersetzung statt. In diesem Sinne ermöglicht und kanalisiert das Recht Auseinandersetzungen in der Sprache des Rechts.

* * *

Die vorliegende Untersuchung geht davon aus, dass sowohl objektivistische Rechtspositionen als auch der Relativismus jeweils ihre Berechtigung haben. Daher soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung am Grundsatz der Binarität der Rechtsordnung festgehalten werden, obgleich auch die Grenzen dieser Binarität näher bestimmt werden müssen. Dies wird die im Teil 3 dieser Untersuchung zu entwickelnde Typologie der Illegalität leisten.

§6. Compliance und Umstrittenheit von Normen

Jenseits der bislang thematisierten Verständnisse von Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch finden sich in den Debatten der letzten Jahrzehnte auch weitere Diskussionsstränge, die für ein angemessenes Verständnis von Illegalität von zentraler Bedeutung sind. Beachtung müssen insoweit die insbesondere von politikwissenschaftlicher Seite geführten Auseinandersetzungen um den Begriff und die Faktoren von Compliance mit völkerrechtlichen Normen finden (I.). Von besonderer Bedeutung für das hier zu entwickelnde Verständnis von Illegalität sind ferner die politikwissenschaftlichen Untersuchungen zur Umstrittenheit (*contestation*) von Normen. Hierin ist die dynamische Seite von Normen betont worden (II.). Zwar besteht ein erhebliches Spannungsverhältnis zwischen dem primär politikwissenschaftlichen und dem rechtlichen Normverständnis (III.). Gleichwohl lassen sich aus den Studien zur Umstrittenheit von Normen wichtige Folgerungen auch für ein rechtliches Verständnis von Illegalität ziehen, das alsdann einen maßgeblichen Hintergrund für die folgende Analyse bilden wird (IV.).

I. (Il-)Legales Verhalten begünstigende Faktoren

Wichtige Erkenntnisse für ein Verständnis der Illegalität im internationalen Bereich sind seit den 1970er Jahren aus einer politikwissenschaftlich informierten Sicht sowie aus der Perspektive der Studien zu internationalen Beziehungen entwickelt worden. Die bei Entstehung der Studien zu internationalen Beziehungen prägende theoretische Strömung war der Realismus, der auch für viele neuere theoretische Zugänge einen maßgeblichen Referenzpunkt darstellt.¹ Der Realismus zeichnet ein düsteres Bild internationaler Beziehungen.² Er geht davon aus, dass internationale Beziehungen anarchisch seien, dass Staaten durch ihre militärischen Kapazitäten potenziell einander zerstören könnten, dass folglich die Beziehungen zwischen den Staaten unsicher seien und Staaten als rationale Akteure danach strebten, ihren Fortbestand mit allen Mitteln abzusichern.³ Ist politische Macht die zentrale Währung, so fokussiert sich der Realismus auf diejenigen Staaten, die das größte Machtpotenzial haben, in ökonomischer, aber insbesondere auch militäri-

¹ Wohlforth, Realism, in: Reus-Smit/Snidal (Hrsg.), Oxford Handbook of International Relations, 2010, S. 131 (131): „Realism provides a foil against which many other schools of thought define themselves and their contributions.“

² Mearsheimer, International Security 19 (1994), 5 (9): „Realism paints a rather grim picture of world politics.“

³ Mearsheimer, International Security 19 (1994), 5 (10).

scher Hinsicht. Die internationalen Beziehungen werden verstanden als die Beziehungen der Großmächte.⁴ Normen und internationale Institutionen spielen in diesem Gefüge eine nur untergeordnete Rolle, sind nur Epiphänomene der darunter liegenden Machtverhältnisse. Zwar wird die Existenz des Rechts von den Realisten keineswegs in Abrede gestellt.⁵ Dieses aber steuert nicht das Verhalten der Staaten, sondern ist vielmehr Ausdruck des Einflusses der mächtigen Staaten, die somit ihrem Interesse die Rechtsform gegeben haben.⁶ Völkerrecht ist mithin nur Resultat, nicht aber Beschränkung für das Verhalten mächtiger Staaten.⁷

Während der Realismus, auch in aktualisierter Form als Neorealismus bezeichnet, immer noch zahlreiche Anhänger hat,⁸ so hat doch in den Studien zu internationalen Beziehungen seit den 1970er Jahren die Betrachtung des Einflusses von Normen eine erhebliche Bedeutung gewonnen. Insbesondere seitens des Institutionalismus wird die Möglichkeit von Kooperation in internationalen Institutionen betont,⁹ die durch Schaffung generalisierter Verhaltenserwartungen zu einer Stabilisierung und Überwindung des von realistischer Seite beschriebenen anarchischen Zustandes beitragen soll. Insgesamt lässt sich insoweit von einer Hinwendung zu Normen sprechen.¹⁰

In der politikwissenschaftlichen Diskussion werden unter dem Begriff der Norm Standards für angemessenes Verhalten für bestimmte Akteure verstanden.¹¹ Chayes und Chayes definieren den Begriff der Norm wie folgt:

⁴ *Slaughter/Hale*, International Relations, Principal Theories, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2013, Rn. 4: „In this view international relations is essentially a story of Great Power politics.“

⁵ *Morgenthau*, Politics among Nations, 1949, S. 211: „[T]o deny that international law exists at all as a system of binding legal rules flies in the face of all the evidence.“

⁶ *Schwarzenberger*, Power Politics, 3. Aufl., 1964, S. 199: „In a society in which power is the overriding consideration, the primary function of law is to assist in maintaining the supremacy of force and the hierarchies established on the basis of power, and to give to this overriding system the respectability and sanctity law confers.“

⁷ *Slaughter/Hale*, International Relations, Principal Theories, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Ed.), 2013, Rn. 7: „International law is thus a result of State behaviour, not a constraint upon it.“

⁸ Vgl. *Grieco*, International Organization 42 (1988), 485 (487).

⁹ *Keohane*, After Hegemony, 1984, S. 244: „[I]nternational regimes [...] create a more favorable institutional environment for cooperation than would otherwise exist; it is easier to maintain them than it would be to create new ones. Such regimes are important [...] because they can facilitate agreements, and decentralized enforcement of agreements, among governments. They enhance the likelihood of cooperation by reducing the cost of making transactions that are consistent with the principles of the regime.“

¹⁰ Vgl. *Finnemore/Sikkink*, International Organization 52 (1998), 887 (889), die von einem „return to norms“ sprechen, durch den die für die Politische Theorie seit zwei Jahrtausenden prägende Bedeutung von Normen auch für das Feld Internationaler Beziehungen in den Fokus rücke.

¹¹ *Finnemore/Sikkink*, International Organization 52 (1998), 887 (891): „There is general agreement on the definition of a norm as a standard of appropriate behavior for actors with a given identity“; vgl. auch *Katzenstein*, in: Katzenstein (Hrsg.), The Culture of National Security, 1996, S. 1 (5).

„Norms [...] in a generic sense include a broad class of generalized prescriptive statements – rules, standards, principles, and so forth – both procedural and substantive. All of these statements are *prescriptions for actions in situations of choice*, carrying a sense of obligation, a sense that they *ought* to be followed.“¹²

Für die politikwissenschaftliche Perspektive ist die Frage nach der Befolgung von Normen entscheidend, denn nur wenn diese in der Tat auch einen Einfluss auf das Verhalten von Staaten haben, sind sie in der Realität internationaler Beziehungen wirksam und können damit nicht, wie seitens der Realisten behauptet, als ein bloßer Reflex politischer Macht angesehen werden.

Seit den 1970 Jahren ist daher mit transdisziplinärem Interesse von politikwissenschaftlicher, aber auch völkerrechtswissenschaftlicher Seite untersucht worden, welches die Bedingungen und Faktoren der Normbefolgung (Compliance) sind. Der Schwerpunkt solcher Untersuchungen lag dabei zum einen auf der Analyse der Instrumente und der Effektivität der Normbefolgung in verschiedenen Rechtsgebieten, wie im Hinblick auf die Einhaltung von umweltvölkerrechtlichen Vorschriften,¹³ von Menschenrechten,¹⁴ des internationalen Währungsrechts,¹⁵ von Verpflichtungen gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof,¹⁶ der Einhaltung von Urteilen des IGH¹⁷ oder der Beachtung von Vorschriften des humanitären Völkerrechts¹⁸. Zum anderen wurde versucht, die Normbefolgung begünstigende Faktoren theoretisch zu erklären und zu fundieren. Ziel dieser Untersuchungen ist es herauszufinden, ob und unter welchen Umständen Staaten sich rechtskonform verhalten. Damit soll nicht zuletzt ermöglicht werden, den Erfolg und die Leistungsfähigkeit rechtlicher Regelungen zu bewerten. Die Perspektive ist dabei aber deutlich breiter als die traditionelle rechtliche Bewertung eines Verhaltens als legal oder illegal. Zwar wird Compliance grundsätzlich verstanden als die Einhaltung anwendbarer rechtlicher Standards.¹⁹ Dennoch ist der Begriff Compliance nicht binär in dem Sinne, dass ein Verhalten entweder gegen ein Rechtsregime verstößt oder mit ihm konform geht.²⁰ Vielmehr werden unter dem Begriff auch Grade der Regelbefolgung identifiziert, so dass beispielsweise Vergleiche zwischen verschiedenen Akteuren ermöglicht werden.²¹ Der Begriff Compliance dient also einer Ge-

¹² *Chayes/Chayes*, in: Nolan (Hrsg.), *Global Engagement*, 1994, S. 65 (68) (Hervorhebung im Original).

¹³ *Wolftrum*, *Recueil des Cours* 272 (1998), 9 (13 ff.).

¹⁴ *Hathaway*, *Yale Law Journal* 111 (2002), 1935–2042.

¹⁵ *Simmons*, *American Political Science Review* 94 (2000), 819–835.

¹⁶ *Kelley*, *American Political Science Review* 101 (2007), 573–589.

¹⁷ *Paulson*, *American Journal of International Law* 98 (2004), 434–461.

¹⁸ *Morrow*, *American Political Science Review* 101 (2007), 559–572.

¹⁹ *Young*, *Compliance and Public Authority*, 1979, S. 4: „The term compliance refers to all behaviour by subjects or actors that conforms to the requirements of behavioral prescriptions or compliance systems. Conversely, noncompliance (or violation) is behaviour that fails to conform to such requirements“; vgl. auch: *Meyer*, *American Society of International Law Proceedings* 108 (2014), 168 (169).

²⁰ *Young*, *Compliance and Public Authority*, 1979, S. 105; *Chayes/Chayes*, *The New Sovereignty*, 1995, S. 17: „Compliance is not an on-off phenomenon.“

²¹ *Von Stein*, in: *Dunoff/Pollack* (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law*

sambewertung zum Beispiel eines Regelungsregimes, nicht so sehr der Bewertung einzelner Handlungen. Folglich sind die Begriffe Compliance und Noncompliance nicht so rigoros wie die von Legalität und Illegalität. Eine beachtliche Nichtbefolgung einer Norm liegt vielmehr erst dann vor, wenn eine bestimmte Intensitätsschwelle überschritten wird.²² Diese Intensität ist insbesondere dann erreicht, wenn sich die Stärke der Abweichung als Bedrohung für die Norm als solche darstellt.²³ Das akzeptable Level der Abweichung ist dabei kein absoluter Standard, sondern hängt von den jeweiligen gesellschaftlichen Umständen ab.²⁴

Die Forschungen haben eine Reihe von weithin anerkannten und teils aber auch umstrittenen Faktoren für die (Nicht-)Befolgung von Normen identifiziert, denen wir uns nunmehr zuwenden.

1. Instrumentelle Faktoren

Aus einem instrumentellen Nutzenkalkül kann eine (Rechts-)Normbefolgung aus mehreren Gründen angezeigt sein: Reziprozität, Sanktionen, Reputation²⁵ sowie der Reduzierung von Transaktionskosten. Diese instrumentellen Beweggründe sind vor allem vom Standpunkt einer ökonomischen Analyse des Rechts formuliert worden.

Sanktionen sind das traditionelle Mittel, die Befolgung internationaler Normen sicherzustellen,²⁶ und gelten einigen gar als Voraussetzungen eines Rechtssystem, „das den Namen verdient“.²⁷ Sanktionen erhöhen die Kosten normabweichenden Verhaltens und sind damit ein wichtiger Faktor für Normbefolgung.²⁸

and International Relations, 2013, S. 477 (478): „I define compliance as the degree to which state behavior confirms to what an agreement prescribes or proscribes. Importantly, (non)compliance is a spectrum, not a dichotomy“; vgl. auch *Martin*, in: Dunoff/Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, S. 591 (605).

²² In diesem Sinne bestimmt Young Nichtbefolgung wie folgt: „noncompliance or violation occurs when actual behavior departs significantly from prescribed behaviour“, *Young, Compliance and Public Authority*, 1979, S. 104.

²³ *Diehl/Ku*, *The Dynamics of International Law*, 2010, S. 58f.

²⁴ *Chayes/Chayes*, *International Organization* 47 (1993), 175 (198).

²⁵ Vgl. Guzman, der über „reciprocity, retaliation, reputation“ als den „Three Rs of Compliance“ spricht, *Guzman*, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, 2008, S. 33.

²⁶ Vgl. zur Übersicht *Thompson*, in: Dunoff/Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, S. 502–523.

²⁷ *O’Connell*, *The Power and Purpose of International Law*, 2008, S. 269: „So long as sanctions exist and support widespread law compliance, international law is a legal system worthy of the name“; die Begrenztheit der zwangsweisen Durchsetzung von Rechtsbefolgung betonend: *Young*, *International Governance*, 1994, S. 134: „The crucial point is that it is virtually impossible to achieve high levels of implementation and compliance over time through coercion.“

²⁸ *Keohane*, *After Hegemony*, 1984, S. 103: „[S]ocial pressure, exercised through linkages among issues, provides the most compelling set of reasons for governments to comply with their commitments. That is, egoistic governments may comply with rules because if they fail to do so, other governments will observe their behaviour, evaluate it negatively, and perhaps take retaliatory action.“

Der Gesichtspunkt der *Reziprozität* kann Staaten zur Normbefolgung motivieren, wenn sie selbst ein Interesse an der Einhaltung der jeweiligen Norm durch andere Rechtsverpflichtete haben.²⁹ Verletzt nämlich ein Staat eine Norm, so steigt insbesondere im Fall bilateraler Verträge die Wahrscheinlichkeit, dass auch die andere Partei die Vertragspflicht nicht erfüllen wird, da insoweit beispielsweise eine Gegenmaßnahme ergriffen wird.³⁰ Die normbefolgungsförderliche Rolle der Reziprozität greift allerdings nur bei einem ähnlichen Kräfteverhältnis der beteiligten Staaten und ist insofern im Fall großer Machtdiskrepanzen,³¹ aber auch im Fall von nichtsynallagmatischen Vertragspflichten (zum Beispiel aus Menschenrechtsverträgen) kein Motivationsfaktor.³²

Ein allgemein als bedeutsam und oft als zentral angesehener Faktor für Normbefolgung besteht im Hinblick auf die *Reputation* eines Staates.³³ „Every nation’s foreign policy depends“, wie Henkin formuliert, „substantially on its ‚credit‘ – on maintaining the expectation that it will live up to international mores and obligations.“³⁴ Staaten sind auf internationale Kooperation verwiesen, und Rechtsbrüche lassen einen Staat als weniger verlässlichen Kooperationspartner erscheinen, was erhebliche Folgekosten im Hinblick auf diese internationale Kooperation erzeugen kann. Zu beachten ist allerdings, dass Staaten nicht unbedingt eine einheitliche Reputation haben oder anstreben müssen und dass daher Verletzungen in einem Bereich (zum Beispiel der Menschenrechte) nicht notwendig auch die Verlässlichkeit in einem anderen Bereich (zum Beispiel der ökonomischen Kooperation) in Frage stellen.³⁵ Bemerkenswert ist auch, dass die Sorge von Staaten um ihre Reputation nicht immer in Richtung einer höheren Normbefolgung weisen muss. Im Gegen-

²⁹ Vgl. von Stein, in: Dunoff/Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, S. 477 (480).

³⁰ Vgl. Guzman, *How International Law Works*, 2008, S. 33.

³¹ Keohane, *Proceedings of the American Society of International Law* 86 (1992), 176 (177).

³² Guzman, *How International Law Works*, 2008, S. 45.

³³ Diesen Faktor betonen beispielsweise: Hurrell/Kingsbury, in: Hurrell/Kingsbury (Hrsg.), *The International Politics of the Environment*, 1992, S. 1 (24): „[S]tates generally comply with international obligations and choose to cooperate even against their short term interests because of their broader concern with their reputation as reliable partners and their interest in a rule governed (or at least rule-structured) international system“; Chayes/Chayes, *The New Sovereignty*, 1995, S. 273: „When a member of an organization goes back on a commitment, it comprises in some degree its reputation as a reliable partner and jeopardizes its ability to continue to reap organizational benefits“; Simmons, *Annual Review of Political Science* 1 (1998), 75 (81): „The central mechanism for securing compliance is related to reputation: States anticipate paying a higher cost in the long run for breaking agreements in an effort to achieve immediate gain“; Abbott/Snidal, *International Organization* 54 (2000), 421 (428): „Violation of a legal commitment entails reputational costs“; Barrett, *Duke Environmental Law & Policy Forum* 10 (1999), 131 (139): „A damaged reputation resulting from noncompliance can make it difficult for a deviant to enter into future agreements. Even a single deviation carries the risk of precipitating general erosion in law abidance, to the detriment of all states“; Guzman, *California Law Review* 90 (2002), 1823 (1863): „[R]eputation plays a central role in compliance decisions“.

³⁴ Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 52.

³⁵ Keohane, *Harvard International Law Journal* 38 (1997), 487 (498); Downs/Jones, *Journal of Legal Studies* 31 (2002), 95 (97).

teil mögen manche Staaten gar versuchen, sich eine „reputation for toughness“³⁶ zuzulegen, um ihre internationale Verhandlungsposition durch Bekundung der Bereitschaft zu Rechtsbrüchen zu verstärken.³⁷ Insgesamt scheint es naheliegend, dass Reputationserwägungen im Hinblick auf Kernfragen von Staatlichkeit und Souveränität eine nur untergeordnete Rolle spielen.³⁸

Ein weiterer instrumenteller Faktor der Normbefolgung liegt in der *Reduktion von Transaktionskosten*. Die Überlegung ist, dass Staaten, die einmal ein Vertragsregime ausgehandelt und dafür signifikante Ressourcen eingesetzt haben, grundsätzlich eine Motivation zu rechtskonformem Verhalten haben, um diese „Investition“ nicht zu gefährden.³⁹

2. Normative Beweggründe

Auch normative Beweggründe können Entscheidungen betreffend Normkonformität oder -bruch beeinflussen. Zum einen spricht eine generelle ethische Pflicht für die Einhaltung internationaler Normen („law abidingness as a civic virtue“),⁴⁰ was jedenfalls in demokratischen Staaten bereits als solches ein Argument und Beweggrund für Rechtsbefolgung darstellt.

Normative Gesichtspunkte sind darüber hinaus auch insoweit relevant, als es die Rechtsbefolgung befördern kann, wenn die internationale Ordnung als solche als legitim wahrgenommen wird.⁴¹ Es geht dabei um das „Für-legitim-Halten“, mithin um eine subjektive Einschätzung durch die jeweiligen Staaten.⁴² Am prominentesten hat Thomas Franck argumentiert, dass legitime Regeln eine Sogwirkung zur Normbefolgung (*compliance pull*) ausüben, da die Rechtsadressaten dann davon ausgingen, dass die Regelung mit grundlegenden Anforderungen an faire Verfahren in Einklang stehe.⁴³ Als Faktoren für die Legitimität von Regeln identifiziert Franck erstens die Klarheit und Bestimmtheit einer Regel,⁴⁴ zweitens

³⁶ *Guzman*, California Law Review 90 (2002), 1823 (1851).

³⁷ *Goldsmith/Posner*, The Limits of International Law, 2005, S. 102f.; *Keohane*, Harvard International Law Journal 38 (1997), 487 (497); vgl. für dieses Argument im Hinblick auf Russlands außenpolitische Strategie: *Marxsen*, German Yearbook of International Law 58 (2016), 11 (45f.); vgl. auch die Untersuchung d’Ambruosos, der argumentiert, dass Verstöße der US-Regierung gegen das Folterverbot dieser erlaubten, sich als besonders „heroisch“ in der Verteidigung der öffentlichen Sicherheit zu inszenieren: *D’Ambruoso*, International Theory 7 (2015), 33 (44–46).

³⁸ *Burgstaller*, Nordic Journal of International Law 76 (2007), 39 (71).

³⁹ Vgl. *Chayes/Chayes*, The New Sovereignty, 1995, S. 4.

⁴⁰ *Falk*, Society 12, Nr. 3 (1975), 39 (43).

⁴¹ *Franck*, American Journal of International Law 82 (1988), 705 (705ff.); *Trimble*, Stanford Law Review 42 (1990), 811 (839f.); *Hurd*, International Organization 53 (1999), 379 (403–405).

⁴² *Franck*, American Journal of International Law 82 (1988), 705 (706); *Hurd*, International Organization 53 (1999), 379 (381).

⁴³ *Franck*, The Power of Legitimacy among Nations, 1990, S. 24; vgl. auch: *Franck*, American Journal of International Law 82 (1988), 705 (706, 711).

⁴⁴ *Franck*, The Power of Legitimacy among Nations, 1990, S. 92.

eine symbolische sowie rituelle Verankerung der Norm,⁴⁵ drittens ihre konzeptuelle Kohärenz⁴⁶ und viertens die Einhaltung von grundlegenden Rechtsprinzipien und die Beachtung der Hierarchie von Normen.⁴⁷

Die Rolle normativer Faktoren im Allgemeinen, Francks Annahmen im Besonderen sind nicht unumstritten. Francks Erklärung der Sogwirkung der Legitimität wird beispielsweise als zirkulär kritisiert.⁴⁸ Es sei schwierig, so Keohane, die Legitimität von Normen unabhängig von der Normbefolgung durch die Staaten zu messen. Folglich wüssten wir von der Legitimität einer Norm nur über deren Befolgung, die allerdings gerade durch den Begriff der Legitimität erklärt werden sollte.⁴⁹ Legitimität ist mithin ein – wenn überhaupt – nur äußerst schwierig empirisch zu validierendes Konzept, was auch von den Verfechtern des Konzepts eingeräumt wird⁵⁰ und was diesem die Kritik eingebracht hat, letztlich eine unergründliche „Blackbox“ zu sein.⁵¹

3. Habitualisierung

Auch die Habitualisierung von Normen ist ein wichtiger Aspekt.⁵² Normen können von Staaten derart internalisiert werden, dass sie die Identität eines Gemeinwesens prägen.⁵³ In diesem Sinne können Normen selbst zum Interesse des Staates werden, das dann aus eigenem Antrieb befolgt wird. Solange die Frage der Norm-

⁴⁵ Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, S. 91.

⁴⁶ Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, S. 144.

⁴⁷ Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, S. 184.

⁴⁸ Franck leistet diesem Vorwurf in der Tat Vorschub, indem er die Legitimität einer Norm bestimmt als „its ability to exert pull to compliance and to command voluntary obedience“ – Franck, *American Journal of International Law* 82 (1988), 705 (725).

⁴⁹ Keohane, *Harvard International Law Journal* 38 (1997), 487 (493): „Legitimacy is difficult to measure independent from the compliance that it is supposed to explain. For instance, Franck describes a rule’s compliance ‚pull power‘ as ‚its index of legitimacy.‘ Yet legitimacy is said to explain ‚compliance pull,‘ making the argument circular.“

⁵⁰ Trimble, *Stanford Law Review* 42 (1990), 811 (842): „My claim that international law compliance may depend on acceptance of its legitimacy [...] may be difficult to prove empirically.“

⁵¹ Guzman, *California Law Review* 90 (2002), 1823 (1834); Keohane, *Harvard International Law Journal* 38 (1997), 487 (493 f.): „The normative optic presents us with intriguing observations that seem anomalous for the mainstream political science view. However, when we seek to establish causality, we are left with an incomplete argument and empirical ambiguity.“

⁵² Hurd, *International Organization* 53 (1999), 379 (388): „A rule will become legitimate to a specific individual, and therefore become behaviorally significant, when the individual internalizes its content and reconceives his or her interests according to the rule“; Koh, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2599 (2655): „That participation helps to reconstitute national interests, to establish the identity of actors as ones who obey the law, and to develop the norms that become part of the fabric of emerging international society“; Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 60: „With acceptance comes observance, then the habit and inertia of continued observance“; Fisher, *Improving Compliance with International Law*, 1981, S. 147: „Converting an international legal obligation into a domestic one drastically increases the forces towards first-order compliance.“

⁵³ Katzenstein, in: Katzenstein (Hrsg.), *The Culture of National Security*, 1996, S. 5: „In some situations norms operate like rules that define the identity of an actor“.

befolgung einer steten Nutzenabwägung ausgesetzt ist, bleibt sie prekär und potenziell wechselhaft. Wird die Normbefolgung allerdings innerhalb eines Gemeinwesens zu einer Selbstverständlichkeit, so kann sich eine „culture of compliance“⁵⁴ herausbilden, die die Effektivität des Rechts erhöht.⁵⁵ Als Motor einer solchen Habitualisierung identifiziert Koh die Beteiligung von Staaten in transnationalem rechtlichem Austausch, in dem sich Staaten über internationale Normen auseinandersetzen.⁵⁶ Keohane bezeichnet diese Verbindung von nationaler und internationaler Ebene als den Vorgang der Verstrickung („enmeshment“).⁵⁷ Wenn sich internationale Normen mit nationalen Wertvorstellungen verstricken – zum Beispiel auch dadurch, dass internationale Normen Verfassungsrang erhalten⁵⁸ –, dann hat eine Normnichtbefolgung einen zunehmend höheren Preis, da alsdann auch die Legitimität nationaler Regierungen an der Einhaltung internationaler Standards gemessen wird.⁵⁹

4. Rechtsfortentwicklung

Schließlich kann die Entscheidung zur Rechtsbefolgung auch mit Erwägungen betreffend die *Rechtsfortentwicklung* im Zusammenhang stehen. Rechtsbrüche negieren nicht nur bestehende Normen, sie können auch eine „legislative Funktion“ erfüllen und die Basis für neue Normen oder für die Entwicklung bestehender Normen legen.⁶⁰ In diesem Sinne kann ein Rechtsbruch zur Transformation existierender oder Erschaffung neuer gewohnheitsrechtlicher Normen oder zur Über-

⁵⁴ *Henkin*, *Recueil des Cours* 216 (1989), 9 (72).

⁵⁵ *Kob*, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2599 (2646): „The aim is to ‚bind‘ [... states] to obey the interpretation as part of its internal value set.“

⁵⁶ *Kob*, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2599 (2655 f.).

⁵⁷ *Keohane*, *Proceedings of the American Society of International Law* 86 (1992), 176 (180): „Enmeshment‘ refers to a situation in which domestic decision making with respect to an international commitment is affected by the institutional arrangements established in the course of making or maintaining the commitment. It may be constitutional or simply the result of political processes.“

⁵⁸ *Keohane*, *Proceedings of the American Society of International Law* 86 (1992), 176 (179); *Henkin*, *Recueil des Cours* 216 (1989), 9 (89): „Constitutional and other State law may determine whether, to what extent, and how effectively a State carries out its obligations under international law.“

⁵⁹ *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (903): „[S]tates also care about international legitimation because it has become an essential contributor to perceptions of domestic legitimacy held by a state’s own citizens“; *Fisher*, *Improving Compliance with International Law*, 1981, S. 146 f.: „Government officers, in general, are not certain that they ought to comply with international law. They apparently operate on the assumption that it is frequently right for a government to take international law into its own hands. But a government officer rarely believes that he ought to take domestic law into his own hands. Converting an international legal obligation into a domestic one drastically increases the forces towards first-order compliance.“

⁶⁰ *Henkin*, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 42: „[A] government contemplating action inconsistent with what had theretofore been deemed the rule may be hoping to change the law.“

windung und Abschaffung einer durch einen Staat als nicht mehr vorteilhaft angesehenen Vertragsnorm eingesetzt werden.⁶¹

Auf der anderen Seite kann die Sorge um eine Normerosion auch eine gewichtige Motivation für eine Normbefolgung begründen. Insoweit kann es Staaten als eine beachtliche Gefahr erscheinen, dass ihr normwidriges Verhalten zu einem Präzedenzfall und die allgemeine Normbefolgung damit unterminiert wird. Verdier und Voeten entwickeln dieses Argument im Hinblick auf die Motivation für Staaten, völkergewohnheitsrechtliche Regeln einzuhalten: „[...] states may comply because they expect that their defection would undermine a cooperative norm whose continued existence they value“.⁶² Übertragen gilt dies auch für vertragsrechtliche Regelungen, denn auch vertragsrechtliche Normen können bei kontinuierlicher Nichtbefolgung ihren Inhalt verändern oder gar gänzlich in Nichtanwendung fallen.⁶³

5. Zusammenhang und Gewichtung der Faktoren

Die Relevanz und das Zusammenspiel dieser Faktoren sind bei allem äußerst umstritten. Nicht zuletzt wird insbesondere in der politikwissenschaftlichen Debatte die Frage nach der Kausalität aufgeworfen. In Zweifel gezogen wird, ob das Recht überhaupt einen Einfluss auf Normkonformität hat und ob die soeben diskutierten Faktoren überhaupt eine signifikante Rolle spielen.⁶⁴ In diesem Sinne betont Anne van Aaken: „One could well be of the opinion that ‚almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time‘, and still find that IL is ineffective, in the sense that no behavioural causality between law and behaviour exists.“⁶⁵

Kurzum, es ist schwierig, handfeste empirische Anhaltspunkte für den Einfluss des Rechts auf das Verhalten von Staaten und damit auch für die empirische Relevanz der oben diskutierten Faktoren zu finden. Nicht zuletzt werden die Entscheidungen über Militäreinsätze in vielen Staaten hinter verschlossenen Türen getroffen und auch den Protagonisten in den staatlichen Administrationen dürften die entscheidenden die Entscheidung bestimmenden Faktoren nicht immer klar sein.⁶⁶

* * *

⁶¹ *Henkin*, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 76f.

⁶² *Verdier/Voeten*, *American Journal of International Law* 108 (2014), 389 (401).

⁶³ Vgl. *supra* 124.

⁶⁴ *Keohane*, *Harvard International Law Journal* 38 (1997), 487 (487): „Yet what this level of compliance implies about the causal impact of commitments remains a mystery“; *Martin*, in: *Dunoff/Pollack* (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, S. 591 (591): Das Konzept der Compliance ist „unusually ill-suited to the central scientific pursuit: the identification and measurement of causal effects. Identification of the causal effect of an institution requires asking a counterfactual: how would state behaviour have varied in the absence of the institution?“; vgl. auch *von Stein*, in: *Dunoff/Pollack* (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, S. 477 (494).

⁶⁵ *Van Aaken*, *European Journal of International Law* 17 (2006), 289 (292).

⁶⁶ *Hurd*, *International Organization* 53 (1999), 379 (390).

Vier Schlussfolgerungen lassen sich aus den Debatten ziehen. Erstens: Normbefolgung oder -nichtbefolgung hängen von einer Reihe von Faktoren ab und basieren auf komplexen Abwägungsvorgängen in den staatlichen Administrationen. Die in diesen Abwägungen waltenden Kräfte können nicht im Detail kalkuliert und berechnet werden. Es kann nur darum gehen, so Henkin, die prinzipiellen Faktoren dieser Abwägung zu identifizieren: „[...] without claiming precision about forces that can only be suggested, not measured, we can indicate the principal elements that go into the accounting“.⁶⁷

Eine zweite Folgerung ist, dass es bei allem keinen primären Faktor gibt, der Normbefolgung oder -verletzung erklären könnte. Während aus verschiedenen theoretischen Perspektiven unterschiedliche Foki vorgeschlagen worden sind, geben doch die diskutierten Faktoren am ehesten in ihrer Gesamtschau ein stimmiges Bild der Beweggründe staatlicher Entscheidungen über Normbefolgung oder -verletzung ab.⁶⁸

Drittens ist festzuhalten, dass nicht alle der identifizierten Faktoren notwendig in die Richtung einer Normbefolgung weisen. Ein Staat mag eine Reputation für Stärke anstreben, es mag staatsintern eine legitimierende Wirkung entfalten, wenn sich eine Regierung gegen internationale Pflichten abgrenzt, oder es mögen legislative Gründe für einen Rechtsbruch sprechen. In diesem Sinne sind die oben analysierten Faktoren zweischneidig. Folglich sind auch Prognosen über Normbefolgung oder -verletzung nur schwerlich möglich.

Viertens ist die Besonderheit des Rechtsbereichs des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu betonen. Zwar scheint es grundsätzlich möglich, dass alle der diskutierten Faktoren eine Rolle spielen. Klar scheint aber auch, dass die Entscheidungen von Staaten, sich an bewaffneten Konflikten zu beteiligen, oftmals von großem sicherheitspolitischem Gewicht sind. Derartige Entscheidungen betreffen oft den Kernbereich der Souveränität, und es geht um die Sicherung von territorialer Integrität, Einflussphären oder um die Bekämpfung erheblicher Bedrohungslagen. Insoweit scheint es naheliegend, dass Staaten in ihren Abwägungen eher geneigt sein könnten, Imperativen der Nützlichkeit denn normativen Erwägungen zu folgen.⁶⁹

⁶⁷ Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 51.

⁶⁸ Vgl. *Wendt*, *International Organization* 46 (1992), 391 (392); *Kob*, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2599 (2639); *Simmons*, *Annual Review of Political Science* 1 (1998), 75 (76); *Hurd*, *International Organization* 53 (1999), 379 (389).

⁶⁹ *Ahmed*, *Journal of International Law and International Relations* 9 (2013), 1 (20): „[I]t appears that in matters of national security and defense, states may be particularly less open to moralistic or idealistic constraints of international law.“

II. Dynamisches Normverständnis und Umstrittenheit von Normen

Für ein Verständnis von Illegalität von besonderer Bedeutung sind die politikwissenschaftlichen Debatten der letzten Jahrzehnte, in denen die dynamische Seite von internationalen Normen verstärkt in den Blick genommen worden ist. Normen sind nicht statisch, sondern unterliegen Veränderungen, und diese normativen Transformationen sind Gegenstand des Interesses insbesondere im Rahmen der Studien zu internationalen Beziehungen.

Gegenüber den Untersuchungen zur Normbefolgung beziehungsweise -abweichung findet sich hier eine wichtige Perspektivverschiebung. Studien zur Normbefolgung gehen zumeist implizit von einem objektivistischen Normverständnis aus, denn letztlich lassen sich Normbefolgung begünstigende Faktoren nur dann sinnvoll identifizieren, wenn eine Norm als gegeben und damit objektiv vorausgesetzt wird und wenn zudem auf der Anwendungsebene angenommen wird, dass das Ergebnis der Subsumtion objektiv bestimmbar ist.⁷⁰ Demgegenüber betonen die nunmehr interessierenden Studien aber gerade die entwicklungschaftliche, dynamische und damit auch brüchigere Konstitution von Normen, was wiederum auch für die Ebene der Bewertung von Verhalten als Normbefolgung oder -bruch erhebliche Auswirkungen zeitigt.

Finnemore und Sikkink haben die Dynamik der Entwicklung internationaler Normen als einen „Lebenszyklus von Normen“ („life cycle of norms“) beschrieben.⁷¹ Dieser Zyklus besteht aus drei Phasen: der Normentstehung, der Normkaskade und der Norminternalisierung. In der Phase der Normentstehung bemühen sich Verfechter einer neuen Norm („norm entrepreneurs“) darum, die Unterstützung einer „kritischen Masse“ von Staaten zu gewinnen.⁷² In der zweiten Phase, der Normkaskade, geht es darum, eine breitere Unterstützung der neuen Norm zu erzeugen, so dass – ganz im Sinne des Bildes der Kaskade – eine Dynamik einsetzt, die immer mehr Staaten ergreift und Unterstützung für die neue Norm generiert. Ziel ist es, einen Umschlagpunkt – „tipping point“ – zu erreichen, so dass die in Entstehung befindliche Norm schließlich allgemein akzeptiert wird.⁷³ Der dritte Schritt ist schließlich der einer Internalisierung der Norm.

Die Umstrittenheit von Normen hat in diesem Normzyklusmodell vor allem in der Phase der Normherausbildung ihren Platz. Ist eine Norm allerdings einmal entstanden und erfolgreich internalisiert worden, so geht dieses Modell jedenfalls implizit von einer Stabilität und Konstanz aus.

⁷⁰ Freilich finden sich auch in den Untersuchungen zur Normbefolgung Stimmen, die gerade das Element der Unbestimmtheit des Rechts als eine Quelle möglicher Rechtsverstöße identifizieren und insofern gerade die mangelnde objektive Bestimmbarkeit von Rechtsnormen betonen. Vgl. *Chayes/Chayes*, *International Organization* 47 (1993), 175 (188).

⁷¹ *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (895).

⁷² *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (895).

⁷³ *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (902).

Diese Annahme einer Konstanz ist vielfach kritisiert worden.⁷⁴ Deitelhoff und Zimmermann sprechen insoweit von einem „stability bias of early norm research“.⁷⁵ Die Dynamik internationaler Normen ist beispielsweise in der Adaption internationaler Normen an regionale Kontexte herausgearbeitet worden.⁷⁶ Internationale Normen werden in spezifischen Kontexten regionalisiert, so dass internationale und lokale oder regionale Normen miteinander koordiniert werden können. Auch ist zu Recht betont worden, dass die Anwendung und Implementierung von Normen nicht allein unter der Perspektive von Internalisierung und Compliance betrachtet werden kann, sondern dass es zu fortgesetzten Auseinandersetzungen um die Redefinition von Norminhalten kommt.⁷⁷ Daher ist auch der Prozess der Norminternalisierung von einem Streit um Normen nicht zu trennen.⁷⁸ Konflikte um Normen sind also ein dauerhaftes Phänomen, das alle Phasen des Bestehens von Normen kennzeichnet.⁷⁹ In diesem Sinne argumentieren Sandholtz und Stiles:

„[D]ispute-driven norm change is a feature of every system of rules. The cyclic dynamic may not be the only mode of norm change, but it is an important and ubiquitous one. It is ubiquitous because it derives its motive force from inherent features of norm systems: the inevitable disputes over the application of rules to specific acts or events; the norm- and precedent-based arguments that actors offer in those disputes; the way in which the outcomes of those arguments inevitably modify the rules.“⁸⁰

Die Infragestellung von Normen und der Streit um ihren Inhalt sind damit tief in die Wirk- und Funktionsweise normativer Systeme eingeschrieben. Sie erlauben den Normadressaten, auf die Norm selbst, auf ihre konkrete normative Ausgestaltung wie auch ihre Entwicklung entscheidenden Einfluss zu nehmen.⁸¹ Die Umstrittenheit von Normen ist damit keine Pathologie, sondern Teil ihrer Normalfunktion und findet in allen Phasen des Lebenszyklus von Normen statt.⁸² Sie spielt eine zentrale Rolle in der Herausbildung von Normen und bestimmt ihren konkre-

⁷⁴ Rosert und Schirmbeck bezeichnen es als „theoretische Schwäche“, dass durch die Zyklusmodelle die „Notwendigkeit der Normreproduktion als auch die Möglichkeit eines vom Akteur ausgehenden Normwandels während oder nach der Internalisierungsphase [...] aus dem Blickfeld rücken“. – Rosert/Schirmbeck, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 14 (2007), 253 (257).

⁷⁵ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (2).

⁷⁶ Acharya, *International Organization* 58 (2004), 239 (269 f.).

⁷⁷ Van Kersbergen/Verbeek, *European Journal of International Relations* 13 (2007), 217 (234–236).

⁷⁸ Iommi, *Global Constitutionalism* 9 (2020), 76 (109).

⁷⁹ Sandholtz/Stiles, *International Norms and Cycles of Change*, 2009, S. 323: „The point is that rules cannot stand still, that norm systems are inherently dynamic“; Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (4): „In critical norm research, norm contestation becomes a normal practice which shapes the interpretation of norms.“

⁸⁰ Sandholtz/Stiles, *International Norms and Cycles of Change*, 2009, S. 336.

⁸¹ Zimmermann/Deitelhoff/Lesch, *Third World Thematics: A TWQ Journal* 2 (2017), 691 (701 f.).

⁸² Vgl. dazu Wiener/Puetter, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1 (3): „These and multiple other cases of norm contestation suggest that Henkin’s erstwhile observation that almost all states comply almost all the time with almost all the principles of inter-

ten Inhalt zum Zeitpunkt ihres Bestehens. Gleichzeitig muss in Rechnung gestellt werden, dass die Umstrittenheit einer Norm auch für den Wandel des Inhalts einer bestehenden Norm ausschlaggebend ist.⁸³ Zudem kann der Streit um eine Norm auch zu ihrem Untergang führen.⁸⁴ Es kann zu einer Kaskade der Nichtbefolgung (*non-compliance cascade*) kommen, in deren Folge die Norm schließlich auf Grund weit reichender Nichtbeachtung ihren präskriptiven Charakter verliert.⁸⁵ Wichtig ist es daher, ein nuanciertes Verständnis der Auswirkungen der Umstrittenheit von Normen auf die Stabilität und Funktionsweise normativer Systeme zu entwickeln.⁸⁶

Deitelhoff und Zimmermann differenzieren insoweit zwischen zwei Ebenen der Umstrittenheit von Normen – der Anwendungsebene einerseits, der Geltungs- oder Gültigkeitsebene andererseits.⁸⁷ Streitigkeiten auf der Anwendungsebene („applicatory discourses“)⁸⁸ gehören zum Alltag jedes Rechtssystems. In Anwendungsdiskursen muss geklärt werden, ob eine Norm in einer konkreten Situation Anwendung findet und welche konkrete Handlung in der jeweiligen Situation verlangt wird. Normen sind notwendig auf einer Abstraktionsebene formuliert, die die konkreten Umstände von Einzelfällen nicht adressiert. Auch ist die sprachliche Fassung von Normen oft mit Mehrdeutigkeiten verbunden und die Rechtsanwender sehen sich Konstellationen ausgesetzt, die bei der Normschaffung nicht antizipiert worden waren.⁸⁹ In der Folge bestehen kontinuierliche Streitigkeiten auf der Anwendungs-, das heißt auf der Subsumtionsebene, die die Konkretisierung von Ge- und Verboten für spezifische Situationen betreffen.⁹⁰ Anwendungsdiskurse sind unterschiedlich weit reichend und hängen insbesondere von der Konkretheit der Norm ab. Je bestimmter eine Norm formuliert ist, desto weniger provoziert ihre Anwendung Streitigkeiten.⁹¹

Eine wichtige Funktion der Umstrittenheit von Normen auf der Anwendungsebene ist, dass die Normen durch eben jene Streitigkeiten an Kontur und Präzision gewinnen, weil ihre Anwendung für bestimmte Typen von Situationen vorherseh-

national law is no longer a reasonable assessment of how norms work in the twenty-first century.“ – Fußnote ausgelassen.

⁸³ Wiener/Puetter, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1 (10).

⁸⁴ Vgl. insoweit McKeown, der vorschlägt, Finnemores und Sikkinks „norm life cycle“ um eine „norm death series“ zu ergänzen: McKeown, *International Relations* 23 (2009), 5 (11).

⁸⁵ Panke/Petersohn, *European Journal of International Relations* 18 (2012), 719 (721).

⁸⁶ Wiener/Puetter, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1 (9): „Research on norm application therefore cannot limit itself to the – albeit desirable and necessary – definition of scope conditions for argumentative action, but rather needs to better understand the potential for contestation of a specific norm itself as well as the context in which it is applied.“

⁸⁷ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (5).

⁸⁸ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (5).

⁸⁹ Chayes/Chayes, *International Organization* 47 (1993), 175 (188f.).

⁹⁰ Sandholtz/Stiles, *International Norms and Cycles of Change*, 2009, S. 4: „Actors attempt to apply the rules to new situations, with inevitable disputes and efforts to reinterpret or modify the rules.“

⁹¹ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (5): „The more precise a norm is, i. e. the more unequivocal its obligatory claims are, the less it provokes applicatory discourses“.

barer wird. In diesem Sinne können Anwendungsstreitigkeiten zu einer Stärkung von Normen führen: „Applicatory discourses [...] usually strengthen a norm’s validity since they give rise to learning processes among addressees regarding the claims that a norm involves, i. e. the meaning of these claims.“⁹² Gleichzeitig aber kann auch eine fortgesetzte Umstrittenheit auf der Anwendungsebene eine Normschwächung zur Folge haben, da eine in ihrer Anwendung hochgradig umstrittene Norm eine geringere verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet.

Neben Streit auf der Anwendungsebene kann es auch zu Streit um den abstrakten Inhalt einer Norm kommen. In diesen Fällen finden Auseinandersetzungen über die Berechtigung der Norm als solcher statt („validity discourses“)⁹³. Hier geht eine Streitigkeit nicht darum, wie in einem konkreten Konflikt Rechte und Pflichten verteilt sind, sondern darum, was die Normadressaten auf einer abstrakten Ebene voneinander erwarten können.⁹⁴ Wird eine Norm zunehmend auf der Geltungsebene in Frage gestellt, so kommt es zu einer Normerosion, in deren Ergebnis letztlich eine Norm ihre Geltungskraft einbüßen kann. Die Bewertung der Effekte von Umstrittenheit auf der Gültigkeitsebene fällt unterschiedlich aus. Teils wird angenommen, dass Angriffe gegen die Validität einer Norm auch dann negative Auswirkungen zeitigen, wenn sie von Verteidigern einer Norm einstweilen abgewehrt werden können.⁹⁵ Teils wird eine differenzierte Betrachtung verlangt, der zufolge der Streit um Normen sowohl eine normschwächende wie eine normstärkende Wirkung haben kann. Insofern wird argumentiert, dass Umstrittenheit ein wichtiger Ausdruck der Legitimität von Normen ist, die eben gerade eine Auseinandersetzung verlangt. Wichtig dafür aber ist, dass es Foren der Auseinandersetzung gibt, in denen die Streitigkeiten um Normen ausgetragen werden können.⁹⁶

Die Ebenen der Umstrittenheit lassen sich analytisch trennen, aber es bestehen durchaus Verbindungslinien. Ein Streit auf der Anwendungsebene kann sich zu einem Streit auf der Gültigkeitsebene ausweiten. Es kann, so Deitelhoff und Zimmermann, eine „radicalization of contestation from application to validity“ geben.⁹⁷ So kann beispielsweise ein neues gesellschaftliches Phänomen (wie die Mög-

⁹² Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (14).

⁹³ Deitelhoff/Zimmermann, *International Studies Review* 22 (2020), 51 (56).

⁹⁴ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (5).

⁹⁵ McKeown, *International Relations* 23 (2009) 5 (11): „Even the most salient norms will not be followed all the time, and can thus withstand rare and unjustified instances of norm-breaking; however, the purposeful creation of policy in contradiction to the norm, especially if accompanied by public justification for these policies, will pose a significant challenge to the strength of the norm and signal its declining salience within that state. It is important to note that, even if defenders are quite successful in rolling back some of the revisionists’ gains, the norm will always lose some salience just in virtue of it being publicly challenged.“

⁹⁶ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (3): „[C]ontestation can be a strengthening, not a destabilizing force if the right framework for such deliberation exists“; *Wiener, A Theory of Contestation*, 2014, S. 37–39.

⁹⁷ Deitelhoff/Zimmermann, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (9); *Brunnée/Toope, Journal of Global Security Studies* 4 (2019), 73 (76): „[A]pplicatory contestation can become so severe as to undermine the criteria of legality, leading to a form of validity contestation and ultimately to the destruction of the legal norm.“

lichkeiten der cybervermittelten Einflussnahme) von Akteuren auf andere Staaten als Frage der Anwendung bestehender Normen (zum Beispiel des Gewalt- und Interventionsverbots) in einem konkreten Fall betrachtet werden. Gleichzeitig kann über solch einen konkreten Streitfall aber die grundlegendere Frage nach der generellen Reichweite einer Norm aufgeworfen werden. Insoweit wird dann auf einer abstrakt-generellen Ebene streitig, ob bestimmte gesellschaftliche Phänomene überhaupt rechtlich geregelt sind. Dies aber betrifft dann die Anwendbarkeit und damit Gültigkeit einer Norm für bestimmte abstrakt-typisierte Situationen – hier die Anwendbarkeit des Gewalt- und Interventionsverbots für Formen der Cyberbeeinflussung. Konkrete Streitigkeiten können daher zum Kristallisationspunkt von Debatten über die Gültigkeit und Reichweite einer Norm werden.

III. Spannungen zwischen völker- und politikwissenschaftlichem Normverständnis

Zwischen den politikwissenschaftlichen Kategorien und einer spezifisch völkerrechtlichen Perspektive ergeben sich durchaus Spannungen. Auf vielen Ebenen nämlich verlaufen die verwendeten Begriffe und theoretischen Grundannahmen konträr zu einer juristischen Logik. Fünf Aspekte sollen insoweit betont werden.

Erstens liegt ein grundlegender Unterschied zwischen rechts- und politikwissenschaftlicher Perspektive im Normbegriff, der aus politikwissenschaftlicher Sicht deutlich flexibler und weiter gefasst ist als aus juristischer. Ausweislich der oben genannten Definition unterfallen ihm generell Anforderungen an angemessenes Verhalten,⁹⁸ so dass hierbei eben auch Normen ethischer oder gar moralischer Natur eingeschlossen sein können. Insoweit wird in der politikwissenschaftlichen Debatte beispielsweise auch im Hinblick auf humanitäre sowie prodemokratische Interventionen das Bestehen einer die Intervention erlaubenden oder gar verlangenden Norm angenommen.⁹⁹ Aus juristischer Perspektive ist dies – wie bereits in § 3 diskutiert – allerdings nicht haltbar.

Mit diesem Normbegriff verbunden ist zweitens die generalisierende Betrachtung der Bindungswirkung einer internationalen Norm. Hier wird nicht – wie von der juristischen Perspektive verlangt – nach konkreter Rechtsbindung gefragt, sondern allgemein das Be- und Entstehen von Normen untersucht. So gehen beispielsweise Panke und Petersohn – darin exemplarisch für den politikwissenschaftlichen Zugriff – generell vom Bestehen einer Norm zur Nichtverbreitung von Atomwaffen aus und bezeichnen Israel, Pakistan, Indien sowie Nordkorea als „norm chal-

⁹⁸ Vgl. supra 176 f.

⁹⁹ Vgl. z. B. im Hinblick auf prodemokratische Intervention: *Sandholtz/Stiles*, *International Norms and Cycles of Change*, 2009, S. 329: „Specifically, there is now considerable global support for the notion that the overthrow of a democratic regime should trigger international responses, possibly even including forcible intervention, as in Haiti.“

lengers“.¹⁰⁰ Man mag in einem generalisierenden Zugriff von der Existenz einer Norm ausgehen. Unter der engeren juristischen Perspektive, die sich konkreten Rechtspflichten zuwendet, wäre aber ausschlaggebend, dass die benannten Staaten als Nichtparteien des Nichtverbreitungsabkommens eine Pflicht im Rechtssinne nicht trifft.

In ähnlicher Weise gehen Finnemore und Sikkink davon aus, dass das durch die Ottawa-Konvention geschaffene Landminenverbot¹⁰¹ eine allgemeine Norm darstelle – allgemein in dem Sinne, dass auch Nichtvertragsparteien ihr Verhalten gegen diese Norm rechtfertigen müssten. In diesem Sinne führen sie alsdann den Umstand an, dass die USA ihre Nutzung von Landminen rechtfertigten, was sie nicht müssten, wenn sie die Norm nicht grundsätzlich als solche anerkennen würden.¹⁰² Während dies eine korrekte Beobachtung ist und demonstriert, dass sich die USA einer Verhaltenserwartung ausgesetzt sehen, die einen Rechtfertigungsdruck erzeugt, so ist damit aber eben noch nicht die *rechtliche* Verbindlichkeit dargetan, denn für diese müsste gezeigt werden, dass sich das Landminenverbot zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm kristallisiert hat. Das aber hat jedenfalls das Internationale Komitee des Roten Kreuzes (ICRC) in seiner Studie zum Völkergewohnheitsrecht auch in Ansehung einer Ratifikation des Ottawa-Vertrags durch über 140 Staaten zurückgewiesen.¹⁰³ Festzuhalten ist damit, dass die juristische Betrachtung im Hinblick auf die Bindungswirkung genauer vorgehen muss, als es im Rahmen politikwissenschaftlicher Diskurse verbreitet ist. Es kommt mithin auf Kriterien der Legalität für die Bestimmung über den *Rechtsnorm*charakter an.¹⁰⁴

Drittens fällt im Vergleich der rechts- und politikwissenschaftlichen Perspektiven eine unterschiedliche Gewichtung der Elemente von Prozesshaftigkeit und Stabilität auf. Die politikwissenschaftliche Perspektive kann sich damit bescheiden, Normen als wesentlich umstritten und dynamisch zu konzipieren.¹⁰⁵ Folgt man nicht dem oben beschriebenen relativistischen Verständnis (das sich politikwissenschaftlichen Zugriffen stark annähert), sondern bemüht sich darum, die spezifische Eigenlogik einer normativen Bewertung von Verhalten am Maßstab des Rechts zu bewahren, so ist es wichtig, bei aller Dynamik und allen stattfindenden Entwicklungen doch das Moment der Stabilität zu identifizieren, um dieses zum Ausgangs-

¹⁰⁰ Panke/Petersohn, *Cooperation and Conflict* 51 (2016), 3 (7).

¹⁰¹ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, 18. September 1999, 2056 UNTS 211.

¹⁰² Finnemore/Sikkink, *International Organization* 52 (1998), 887 (892): „For example, the United States’ explanations about why it feels compelled to continue using land mines in South Korea reveal that it recognizes the emerging norm against the use of such mines. If not for the norm, there would be no need to mention, explain, or justify the use of mines in Korea at all.“

¹⁰³ ICRC, Customary IHL Database, Regel 81, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule81 [abgerufen am 29. März 2021].

¹⁰⁴ Brunnée/Toope, *Journal of Global Security Studies* 4 (2019), 73 (75): „What distinguishes legal norms from other types of social norms is not widespread social acceptance alone, nor is it form or pedigree, but adherence to criteria of legality.“

¹⁰⁵ Wiener/Puetter, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1 (15): „[T]he quality of norms is conceptualized as inherently contested.“

punkt der Bewertung von Verhalten machen zu können. Selbst wenn auch für die juristische Perspektive das Prozesshafte normativer Entwicklung wichtig ist, so kann doch eine dezidiert rechtliche Betrachtung nicht umhin, sich der Frage mit größerer Sorgfalt zu widmen, wann eine Norm letztlich zu einer Rechtsnorm erstarkt. Denn erst ab diesem Zeitpunkt ist mit der Norm die Befugnis erteilt, eine Normabweichung im Rechtssinne zu sanktionieren – das heißt eine Handlung (beispielsweise eine Gegenmaßnahme) einzuleiten, die ohne einen vorgängigen Rechtsverstoß ihrerseits als Rechtsverletzung anzusehen wäre. Für die Politik- wie für die Rechtswissenschaft besteht zwar die gleiche Ausgangsfrage: „[H]ow do we know a norm when we see one?“¹⁰⁶ Die Antwort fällt aber unterschiedlich aus. Während für die politikwissenschaftliche Perspektive das Ausmaß der erforderlichen Unterstützung einer Norm flexibel und letztlich eine empirische Frage ist¹⁰⁷ und man allgemein in vager Weise die Unterstützung einer „kritischen Masse“ von Staaten fordert,¹⁰⁸ so ist dies im Bereich des Rechts durch die konkreteren Standards vorgegeben, die sich aus der oben analysierten Dogmatik der Rechtsquellen herleiten. Auch diese Standards sind – wie wir gesehen haben – interpretationsoffen, sie bieten aber deutlich konkretere und handfestere Maßstäbe, als wir sie in den seitens der Politikwissenschaft vorgeschlagenen Kriterien finden.

Viertens sind aus politikwissenschaftlicher Perspektive andere gesellschaftliche Vorgänge und Akteure normkonstituierend, als dies aus rechtlicher Perspektive der Fall ist. Während es der völkerrechtlichen Sicht entscheidend auf die Praxis und die Rechtsauffassungen der Staaten ankommt, so gehen in das breitere Normverständnis insbesondere auch soziale und kulturelle Rahmenbedingungen ein, die dafür sorgen, dass Normen lebensweltlich verankert und anerkannt sind.¹⁰⁹ Folglich legt die Politikwissenschaft ihren Arbeiten auch gänzlich andere Quellen für die Feststellung von Normen zugrunde. Rosert und Schirmbeck beispielsweise bauen in ihrer Analyse zur Erosion des Folterverbots und des „nuklearen Tabus“ auf einer Diskursanalyse von in renommierten Tageszeitungen publizierten Artikeln auf.¹¹⁰ Während eine derartige Verankerung von Normen in breiteren gesellschaftlichen

¹⁰⁶ *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (892).

¹⁰⁷ *Finnemore/Sikkink*, *International Organization* 52 (1998), 887 (892): „Norms as shared assessments raise the question of how many actors must share the assessment before we call it a norm. In part this is a question of empirical domain.“

¹⁰⁸ *Deitelhoff/Zimmermann*, *PRIF Working Paper* 18 (2013), 1 (7): „[A] norm can be said to be in existence once a critical mass of states has agreed to be bound by it.“

¹⁰⁹ *Wiener/Puetter*, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1 (5f.): „[T]he way norms are enacted through interactive international law, and interaction in international relations more generally, depends on three conditions: first, the degree of appropriateness depending on the potential for social recognition of a specific norm; second, the perception of legitimacy depending on the degree of persuasion generated through deliberation; and third, especially in the absence of the other two, the degree of understanding that is generated through the interactive process of cultural validation“; *Deitelhoff/Zimmermann*, *PRIF Working Paper* 18 (2013), 1 (4): „The source of obligation can vary: it can either refer to a sedimented ensemble of cultural values (that is, an ethos of a community), to common institutions, such as a constitution, or to the reasoned consensus of addressees in an open and public discourse“.

¹¹⁰ *Rosert/Schirmbeck*, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 14 (2007), 253.

und internationalen Diskursen auch für das Recht und seine Akzeptanz zweifelsohne als Hintergrundbedingung wichtig ist, so ist dies gleichwohl eine Ebene, die für die unmittelbare Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Rechtsnorm ohne Belang ist, denn diese hängt nach der insoweit deutlich engeren und spezifischeren Rechtsquellenlehre eben primär von staatlichen Akteuren ab.

Fünftens lässt sich damit allgemein sagen, dass die juristische Perspektive stärker zwischen Sein und Sollen differenziert. Insoweit sichern die strikteren juristischen Kategorien über die Fortentwicklung des Rechts eine größere Frustrationstoleranz im Hinblick auf eine Normerosion durch eine Infragestellung von Normen und entsprechende Normabweichungen. Wiewohl auch aus völkerrechtlicher Sicht die Verletzungen des Folterverbots durch die USA im Nachgang der Anschläge vom 11. September 2001 äußerst besorgniserregend sind, geht eine völkerrechtliche Betrachtung nicht davon aus, dass das als *ius-cogens*-Vorschrift anerkannte Folterverbot durch die US-amerikanischen Verstöße an Geltung verliert. In der Politikwissenschaft sind hingegen Stimmen, die einen „Slow Death of the Torture Norm“ annehmen, nicht selten.¹¹¹

IV. Folgerungen aus den politikwissenschaftlichen Analysen

Trotz dieser begrifflichen Unterschiede enthalten die diskutierten politikwissenschaftlichen Analysen zu Normbefolgung und -entwicklung auch für die völkerrechtswissenschaftliche Betrachtung wichtige Erkenntnisse bereit und weisen den Weg für die weiteren Untersuchungen. Fünf Punkte sind hier besonders zu betonen.

Erstens rücken die diskutierten Forschungen die Prozesshaftigkeit des Rechts in den Fokus. Zwar ist allgemein anerkannt, dass das Recht sich entwickelt. Die Schritte dieser Entwicklung aber und die konkrete Charakteristik des Übergangs von einer Norm zu einer anderen bleiben in den Details unterbelichtet. Die dominante Theorie der Veränderung ist eine, die sich auf Umschlagspunkte konzentriert. Ihr geht es um die Bestimmung desjenigen Momentes, an dem eine alte Regel durch eine neue abgelöst wird. Rene Urueña beschreibt diese wie folgt:

„According to this theory [of change], change is the sudden and complete replacement of the old by the new, which in turn implies the complete disappearance of the old. As a result of change, then, all looks as if nothing had ever changed: the norms and institutions that we have now look permanent, and completely unconnected to what came before them. Ultimately, international law’s theory of change is one of a constant present.“¹¹²

Demgegenüber ist die Betonung des Entwicklungshaften eine wichtige Ergänzung. In der Tat geht nämlich die Bestimmung des Übergangsmoments mit erheblichen Unsicherheiten einher und in der Folge ist die von Urueña beschriebene Theorie

¹¹¹ McKeown, *International Relations* 23 (2009) 5 (5).

¹¹² Urueña, *Netherlands Yearbook of International Law* 45 (2014), 19 (25).

des normativen Wandels wenn überhaupt nur mit Schwierigkeiten anzuwenden. Der Fokus auf das Moment des Übergangs und auf die Umstrittenheit von Normen weist damit auf eine im rechtswissenschaftlichen Diskurs unterbelichtete Dimension des normativen Wandels, der im Folgenden noch nachzugehen ist.

Von großer Bedeutung ist zweitens der Fokus auf die Abweichung von Normen. Der traditionelle rechtswissenschaftliche (aber auch politikwissenschaftliche) Diskurs sieht Normabweichungen – also in der juristischen Terminologie illegales Verhalten – als eine abzulehnende Pathologie.¹¹³ Ian Hurd bezeichnet diese Präferenz für Rechtsbefolgung als die „ideology of the rule of law“.¹¹⁴ Demgegenüber untersuchen die neueren Studien zur Umstrittenheit von Normen nicht nur die produktive Seite von Umstrittenheit, sondern betonen auch die Notwendigkeit dieser Auseinandersetzungen und damit im Endeffekt sogar ihre legitimierende Funktion. Zwar wäre es abwegig, generell von einer legitimierenden Funktion völkerrechtswidriger Interventionen zu sprechen, aber im Folgenden wird es gleichwohl darum gehen, ein differenziertes Bild von Rechtsverstößen und deren Funktion im Gesamtsystem des Völkerrechts zu entfalten.

Daraus kann drittens gefolgert werden, dass Streit um und Abweichung von bestehenden Rechtsvorschriften zur völkerrechtlichen Normalität gehören. Dieses Moment des Konflikthaften begründet nicht grundsätzlich eine Pathologie. Aus politikwissenschaftlicher Perspektive ist diese Einordnung lange anerkannt, aber auch für die völkerrechtswissenschaftliche Debatte ist die Bedeutung von Konflikthaftigkeit und Auseinandersetzung im Recht von einigen wenigen Stimmen zuletzt nachdrücklich betont worden. Monica Hakimi grenzt sich gegen ein Verständnis des Völkerrechts ab, das als den Kern und das Ziel des Rechts die konfliktfreie Kooperation ausmacht. Sie beschreibt dies als die den vorherrschenden Völkerrechtsdiskurs bestimmende „cooperation thesis“.¹¹⁵ Demgegenüber argumentiert sie, dass Konflikt und Kooperation im Völkerrecht Hand in Hand gingen und beide Elemente zu ihrem Recht kommen müssten: „[...] conflict and cooper-

¹¹³ Abbott und Snidal sehen einen „distaste for breaking the law“ – *Abbott/Snidal*, *International Organization* 54 (2000), 421 (428); Franck fordert: „When a faction tries to use power to subvert the rule of law, the lawyer must defend it“ – *Franck*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607 (620); *Guillaume*, *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004), 537 (548): „States [...] must [...] act in compliance with the law [...] which is], the underlying condition for the legitimacy of their action“; *Sands*, *Lawless World*, 2005, S. XVIII: „Imperfect as the rules of international law may be, they are necessary and they reflect minimum standards of acceptable behaviour. They provide a standard for judging the legitimacy of international actions. They are in place and they need to be complied with if actions are to be treated as legitimate“; Cogan bezeichnet es als eine allgegenwärtige Annahme in der Völkerrechtswissenschaft und in der politischen Rhetorik, „that compliance is sacrosanct and the international rule of law inviolable“ – *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (192); *Hakimi*, *Harvard Journal of International Law* 55 (2014), 105 (113): „Noncompliance is ordinarily unlawful and undesirable“; *Hurd*, *Ethics & International Affairs* 28 (2014), 39 (43): „Compliance is almost universally preferred over violation.“

¹¹⁴ *Hurd*, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 6.

¹¹⁵ *Hakimi*, *Harvard International Law Journal* 58 (2017), 1 (1).

ation are symbiotic“.¹¹⁶ Sowohl die Förderung von Kooperation als auch die Identifikation und Schärfung von Differenzen sind wichtig, und das Recht bietet ein Forum hierfür.¹¹⁷ Die Auflösung von Differenzen ist wünschenswert, aber selbst dort, wo sie nicht geschieht, hat es einen systemischen Wert, dass das Recht den Konflikten einen Raum eröffnet.¹¹⁸ Jedenfalls ist in vielen Konstellationen eine längere Phase des Konflikts die Voraussetzung dafür, Einigkeit herzustellen.¹¹⁹

Das bedeutet für den Bereich des Gewaltverbots auch, dass Konflikte, die über die Interpretation des Rechts ausgetragen werden, sich mitunter auch in militärischen Konfrontationen niederschlagen. Dies ist in der Struktur des Völkerrechts notwendig angelegt und indiziert daher nicht grundsätzlich einen Niedergang des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Illegale Handlungen können eine die Integration über Recht bedrohende Pathologie darstellen, müssen es aber nicht.¹²⁰ Es kommt für eine Bewertung entscheidend auf ein Verständnis verschiedener Formen der Illegalität an.

Viertens ist auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Unterscheidung der Ebenen der Umstrittenheit von Normen (Anwendungsebene und Gültigkeitsebene) relevant. In Abhängigkeit von der Ebene des Streits unterscheiden sich nämlich auch die Folgen von Normabweichungen für das Recht und es bestehen je spezifische dogmatische und praktische Wege, die jeweiligen Streitigkeiten „einzuhegen“ und rechtlich aufzufangen.

Schließlich kommt fünftens durch die Betonung des Elements des Streits über den Inhalt von Normen auch das Element der Multiperspektivität zum Tragen, das für Rechtsnormen einer multipolaren Ordnung, wie das Völkerrecht eine darstellt, eine fundamentale Bedeutung hat.¹²¹ In Ermangelung allgemein zuständiger zentraler Instanzen müssen wir in unserem Verständnis des Völkerrechts dem Moment der Abweichung und des Streits um Normen einen zentralen Platz zuweisen. Auch dieser Aspekt wird im Folgenden zu entwickeln sein.

¹¹⁶ *Hakimi*, Harvard International Law Journal 58 (2017), 1 (34).

¹¹⁷ *Hakimi*, Harvard International Law Journal 58 (2017), 1 (46): „[I]nternational law fosters both simultaneously. It helps the participants find and work toward areas of agreement, even as it helps them crystallize and sharpen their differences. Neither set of interactions is inherently problematic because the two are interdependent.“

¹¹⁸ *Hakimi*, American Journal of International Law 111 (2017), 317 (317): „[I]nternational legal conflict can have systemic value for the global order, even when it lacks substantive resolution.“

¹¹⁹ *Hakimi*, Harvard International Law Journal 58 (2017), 1 (31): „[E]nabling a conflict might enhance, rather than reduce, the likelihood that the participants will find and then promote a shared agenda.“

¹²⁰ *Brierly/Clapham*, Brierly's Law of Nations, 7. Aufl., 2012, S. 80: „It is a common mistake to suppose that the most conspicuous defect of international law is the frequency of violations“; *Hakimi*, Harvard International Law Journal 58 (2017), 1 (27): „Because conflict is interdependent with cooperation, it is not necessarily evidence of dysfunction of international law.“

¹²¹ Der Mangel solcher Multiperspektivität wird seit geraumer Zeit auch von Third World Approaches to International Law (TWAIL) aus postkolonialer Perspektive kritisiert. Vgl. z. B. *Mutua*, American Society of International Law Proceedings 94 (2000), 31–38.

TEIL 3: TYPOLOGIE DER ILLEGALITÄT

Kernstück der vorliegenden Untersuchung ist die Entfaltung der These, dass es verschiedene Formen von Illegalität gibt, die je spezifischen Mustern folgen, je spezifische Legalitäts- und Legitimationsfragen aufwerfen und auch je spezifische Auswirkungen auf die völkerrechtliche Ordnung zeitigen. Diesen Formen der Illegalität wollen wir uns nunmehr zuwenden.

Die Identifikation der Illegalitätsformen ist eine Voraussetzung, um zu einer angemessenen Einschätzung von Konflikten zu gelangen und um Funktionen illegalen Verhaltens insbesondere in der Fortentwicklung und Konkretisierung der völkerrechtlichen Ordnung theoretisch und dogmatisch erfassen zu können. Zudem ist ein entsprechend differenziertes Verständnis von Illegalität auch eine Voraussetzung dafür, den Zustand der völkerrechtlichen Ordnung und das Maß an Bedrohung, das für diese von illegalem Verhalten ausgeht, angemessen würdigen zu können. Nicht alle illegalen Interventionen sind Ausdruck des Niedergangs des Völkerrechts. Andere hingegen haben ein entsprechend zersetzendes Potenzial und verlangen daher Gegenreaktionen von allen, die eine rechtsbasierte, internationale Ordnung aufrechterhalten wollen.

Zentraler Ausgangspunkt für die Typologie der Illegalität ist die Analyse der für eine Intervention erhobenen staatlichen Rechtfertigungen.¹ In der Tat werden die meisten – jedenfalls größeren – militärischen Interventionen von Staaten mit rechtlichen Argumenten gerechtfertigt.² Solche Rechtfertigungen erlauben es oft überhaupt erst, eine bestimmte Praxis richtig zu verstehen und einzuordnen. Wie Corten festhält: „[...] a practice is not by itself meaningful or relevant. In order to transform facts into law, the legal position of states is of fundamental importance.“³ Durch eine Rechtfertigung stellt ein Staat sein Handeln in den Kontext des Völkerrechts und formuliert eine Legalitäts- beziehungsweise (auch nur) Legitimitätsbehauptung. Eigenes Handeln wird als im Lichte akzeptierter Maßstäbe gerechtfertigt dargestellt und zudem trägt ein Staat auf genereller Ebene zum

¹ *Finnemore*, *The Purpose of Intervention*, 2003, S. 15: „Justification is literally an attempt to connect one’s actions with standards of justice or, perhaps more generically, with standards of appropriate and acceptable behavior. Thus, through an examination of justifications, we can begin to piece together what those internationally held standards are and how they change over time.“

² *Marxsen*, *Journal on the Use of Force and International Law* 5 (2018), 8 (15); in Ansehung des Umstandes, dass jenseits der Anzeigepflicht aus Art. 51 UNC keine Pflicht zur Bezugnahme auf völkerrechtliche Normen besteht, führt *Kritsiotis* aus, dass dies „might seem a most anomalous turn for states to have taken“ – *Kritsiotis*, in: *Orford/Hofmann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, S. 655 (656).

³ *Corten*, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (817).

interpretatorischen Prozess bei.⁴ In diesen Rechtfertigungen artikuliert sich sowohl die Einstellung eines Staates zum Völkerrecht allgemein als auch zu spezifischen Rechtsnormen. Es zeigt sich, welche Normen ein Staat verteidigt und welche er aufrechterhalten will. Zugleich aber sind die gebotenen Rechtfertigungen ein entscheidender Anhaltspunkt dafür, welche Normen ein Staat „in Streit stellt“, welche er also herausfordert und durch seine Praxis verändern möchte. Insoweit artikulieren sich in den staatlichen Rechtfertigungen Rechtsüberzeugungen, die alsdann auch Anknüpfungspunkte und Material für folgende Rechtsentwicklungen geben können. Im dialogischen und multipolaren Prozess des Völkerrechts sind die Rechtfertigungsbehauptungen von Staaten ebenso entscheidende Bausteine für die Bestimmung des Rechtsinhalts, wie sie Elemente seiner Fortentwicklung sind.⁵ In ihnen kommen staatliche Regelungsvorstellungen zum Ausdruck und so sind sie die „raw materials for developing international law“.⁶ Ferner ist die erhobene Rechtfertigung die Grundlage für die Reaktionen anderer Staaten, die letztlich für eine Bewertung der Effekte konkreter Handlungen auf bestimmte Rechtsnormen zentral ist.⁷

Sind diese Rechtfertigungen der maßgebliche Ausgangspunkt der Analyse, so müssen sie vor dem Hintergrund der objektiven Rechtslage bewertet und eingeordnet werden. Zentral ist insoweit, vor dem Hintergrund welcher Rechtslage ein Rechtfertigungsanspruch erhoben wird. Ist die erhobene Rechtsbehauptung von der objektiven Rechtslage gedeckt oder setzt sie sich in Widerspruch zu dieser? Besteht überhaupt eine hinreichend klare Rechtslage, so dass für die fragliche Praxis identifizierbare rechtliche Vorgaben bestehen?

Auf der Grundlage dieser analytischen Perspektive identifiziert die folgende Untersuchung sechs Typen von Illegalität. §7 wendet sich dem zu, was als „Standardfall der Illegalität“ angesehen werden kann – Rechtsabweichungen nämlich, zu denen es im Rahmen eines Konflikts um die Anwendung des Rechts kommt. Hier erheben letztlich alle beteiligten Parteien den Anspruch, dass ihre Position von der bestehenden Rechtslage gedeckt ist und streiten über die Subsumtion der konkreten Faktenlage unter die rechtlichen Vorgaben. §8 beschäftigt sich mit einer besonderen Form des Anwendungstreits, nämlich Notstandssituationen, in denen

⁴ *Venzke*, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 9: „In legal interpretation, actors engage in struggle for the law with the decided interest of finding acceptance for their claims. They seek to influence what is considered (il)legal.“

⁵ Diese Position wird prominent insbesondere von W. Michael Reisman vertreten: *Reisman/Baker*, *Regulating Covert Action*, 1992, S. 21: „Lawmaking [...] is a process of communication in which the mobilization of authority and control creates and sustains expectations about what types of behavior and what contingencies shall be deemed lawful or unlawful and what sanctions shall be effectively applied“; vgl. auch *Reisman*, *American Society of International Law Proceedings* 75 (1981), 101 (105): „Put in simplest terms, lawmaking or the prescribing of policy as authoritative for a community is a process of communication.“

⁶ *Franck/Weisband*, *Stanford Law Review* 22 (1970), 979 (1014).

⁷ *Kratochwil/Ruggie*, *International Organization* 40 (1986), 753 (767): „[W]hether or not violations also invalidate or refute a law (norm) will depend upon a host of other factors, not the least of which is how the community assesses the violation and responds to it.“

Staaten die Nichtanwendbarkeit des völkerrechtlichen Gewaltverbots beispielsweise aus humanitären oder moralischen Erwägungen heraus postulieren. Anders gefasst, sie nehmen eine Notstandsbefugnis zur militärischen Intervention für sich in Anspruch. §9 wendet sich dem Phänomen der Rechtsanwendung in den Grauzonen des Rechts zu. Hier werden Rechtfertigungen vor dem Hintergrund einer unklaren und im konkreten Fall auch nicht klärbaren Rechtslage erhoben. §10 analysiert den Typus der „legislativen Illegalität“ – Fälle, in denen das Recht bewusst und vorsätzlich gebrochen wird, um hierdurch eine neue rechtliche Entwicklung anzustoßen und das Recht zu transformieren. §11 nimmt Fälle systemoppositiver Illegalität in den Blick. Auch hier verstößt ein Staat gegen rechtliche Vorschriften, strebt mit seiner Rechtfertigung allerdings zugleich eine fundamentale Opposition zu gegenwärtig etablierten Prinzipien der völkerrechtlichen Ordnung an. §12 schließlich diskutiert Fälle, die sich einer Einordnung in die beschriebene Typologie deshalb widersetzen, weil Staaten es unterlassen, eine rechtliche Rechtfertigung für militärische Interventionen zu geben.

Für alle Typen ist von besonderem Interesse, auf welcher Ebene – einzelfallbezogen oder allgemein – Konflikte von den beteiligten Staaten ausgetragen werden. Zudem wird untersucht, welche Auswirkungen und Folgen die jeweiligen Illegalitätstypen zeitigen, welche Funktionen sie im Rahmen der völkerrechtlichen Ordnung erfüllen und welche Gefahren von ihnen ausgehen.

§7. Konflikt und Illegalität in der Rechtsanwendung

In unseren bisherigen Betrachtungen zur Illegalität haben wir gesehen, dass Streit um die Anwendung von Normen zur alltäglichen und normalen rechtlichen Praxis gehört. Solcher Streit ist Teil einer *jeden* Rechtsordnung. Bei der Rechtsanwendung geht es darum, aus der gegebenen Rechtsmaterie Konsequenzen für einen konkreten Fall abzuleiten.¹ Ein solcher Streit um Rechtsanwendung verlangt nach Entscheidung, und das Ergebnis einer solchen Entscheidung ist, dass die Position einer Streitpartei unterliegt und diese damit rechtswidrig gehandelt hat. Streitigkeiten um die Anwendung des Rechts und Illegalität sind also eng miteinander verknüpft.

Was aber sind die Charakteristika von Rechtsanwendungsstreitigkeiten und welche Effekte zeitigen sie auf die Rechtsordnung sowie auf einzelne Rechtsnormen? Im Folgenden soll zunächst der Begriff der Streitigkeit um die Anwendung des Rechts geschärft werden (I.). Alsdann wenden wir uns den Effekten dieser Rechtsstreitigkeiten zu. Dabei analysieren wir zunächst, wie Rechtsanwendungsstreitigkeiten zu einer Konkretisierung der Rechtsordnung und damit zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen können (II.), werden aber zugleich sehen, dass angesichts einer zumeist ausbleibenden Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten im völkerrechtlichen Bereich diese konkretisierende Funktion vielfach nicht zum Tragen kommt. Die in der Praxis entscheidende Rolle ist vielmehr, dass Rechtsanwendungsstreitigkeiten zu einer Bestätigung und Verfestigung des angerufenen Normverständnisses führen (III.). Abschließend sind die Charakteristika von Illegalität in den hier untersuchten Streitigkeiten zu identifizieren (IV.).

I. Streit über die Anwendung bestehenden Rechts

Streitigkeiten über die Anwendung des Rechts sind weit verbreitet und wurzeln in Meinungsverschiedenheiten betreffend zwei mögliche Gegenstände. Erstens kann ein Streit über Fakten bestehen, zweitens ein Streit über die Interpretation des Rechts.

Faktische Streitigkeiten sind im Recht omnipräsent. In einer Vielzahl kleinerer, gewaltsam ausgetragener Grenzstreitigkeiten sind die Fakten sogar der einzige streitige Punkt, also insbesondere die Frage, ob es eine Grenzverletzung gab und wer für diese verantwortlich ist.² Darüber hinaus geht es in nahezu allen anderen

¹ *Braun*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 105 (2019), 44 (45).

² Vgl. insoweit *Gray*, International Law and the Use of Force, 4. Aufl., 2018, S. 14: „The vast mass of actual use of force reveals that states almost always agree on the content of the applicable law; it is on the application of the law to the particular facts or on the facts themselves that the

Konflikten jedenfalls *auch* um die der rechtlichen Bewertung zugrunde zu legenden Fakten. Im *Nicaragua*-Fall beispielsweise bestritt Nicaragua die Belieferung salvadorianischer Rebellen mit Waffen;³ im *Oil-Platforms*-Fall bestritt der Iran die Ausführung von Angriffen gegen kuwaitische, nunmehr unter der Flagge der USA segelnde Schiffe, gegen die sich die USA zur Wehr zu setzen vorgaben;⁴ im bewaffneten Konflikt zwischen der Demokratischen Republik Kongo (DRC) und Uganda behauptete Uganda, sich gegen Rebellen zur Wehr zu setzen, die seitens der DRC unterstützt worden seien, was die DRC ihrerseits bestritt.⁵

Es ist oft nicht möglich, eine von allen Streitparteien akzeptierte Faktengrundlage festzustellen. Vor diesem Problem stehen nicht zuletzt am Konflikt nicht beteiligte Staaten, die sich beispielsweise zur Rechtmäßigkeit einer Intervention verhalten wollen. Vieles bleibt im Unklaren, so dass eine Bewertung erschwert wird und aus diplomatischen Gründen daher auch oft unterbleibt. Für gerichtliche Verfahren helfen insoweit Beweislastregeln. So lag etwa im *Oil-Platforms*-Fall die Beweislast für das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs durch den Iran bei den USA.⁶ Da die USA diesen Anforderungen nicht gerecht wurden, konnte ein bewaffneter Angriff nicht angenommen werden.

Neben dieser Ebene des Streites um Fakten kommt es im Rahmen der Anwendung des Rechts regelmäßig auch zu Streitigkeiten über die Auslegung des Rechts, also über die Bestimmung dessen, was eine in ihrer abstrakten Formulierung unstrittige Norm in der Anwendung auf den konkreten Fall gebietet. Auch insoweit sind Streitigkeiten unvermeidbar. Was sich aus einiger Entfernung als feste Grundnorm des Völkerrechts darstellt, erweist sich beim Studium der Details oftmals als unklar:

„[T]he bright lines of the law, when you come to bring them into sharper focus, often have a more pixelated quality. When you look at them from a distance, they are sharp; the contours are clear. When you come to look at them up close, however, and put them under a microscope for purposes of advising on specific issues of conduct, the bright lines often devolve into pixels with the result that you may struggle to identify their edges with great precision.“⁷

Eine omnipräsente Herausforderung ist die Konkretisierung abstrakter Rechtsbegriffe für konkrete Fälle. So war beispielsweise im *Oil-Platforms*-Fall neben dem Streit um Fakten zwischen den Parteien auch umstritten, ob die US-amerikanische

states disagree. [...] The only disagreement in the mass of limited cross-frontier action is over the questions of fact whether there was a cross-border incursion or who began the conflict. This may occur in up to a hundred minor incidents a year.“

³ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 72 (para. 131).

⁴ IGH, *Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Urteil vom 6. November 2003, ICJ Reports 2003, 161, 187f. (para. 52–55).

⁵ Vgl. UN-Generalversammlung, UN Doc. A/53/PV.95, 23. März 1998, 9f., 14.

⁶ Vgl. IGH, *Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Urteil vom 6. November 2003, ICJ Reports 2003, 161, 189 (para. 57).

⁷ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (28f.).

Zerstörung der iranischen Ölplattformen verhältnismäßig gewesen wäre (vorausgesetzt, ein iranischer bewaffneter Angriff wäre nachweisbar gewesen). Der IGH erörterte dies im Rahmen einer Hilfserwägung und lehnte die Verhältnismäßigkeit ab.⁸

Entsprechende Anwendungsstreitigkeiten sind ebenfalls im Hinblick auf die Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrats zu verzeichnen. So war und ist beispielsweise die Auslegung der Sicherheitsratsresolution 1973 (2011) im Hinblick auf die Legalität der durch einige westliche Staaten betriebenen Libyenintervention des Jahres 2011 sehr umstritten. Der Sicherheitsrat hatte eine Ermächtigung erteilt, militärische Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung zu ergreifen, und die Entsendung von Bodentruppen explizit ausgeschlossen.⁹ Insbesondere Russland insistierte auf dem begrenzten Charakter der Autorisierung und sprach sich gegen die militärische Herbeiführung eines Regierungswechsels in Libyen aus.¹⁰ Im Ergebnis boten die intervenierenden Staaten den Oppositionstruppen im Kampf gegen die Regierung Muammar al-Gaddafi eine zentrale luftwaffenbasierte Unterstützung, so dass es letztlich zum Sturz al-Gaddafis kam. Es wurde argumentiert, dass dieses Ausmaß an Unterstützung zum Schutz der Bevölkerung notwendig gewesen und insoweit von der Resolution gedeckt sei. Russland dagegen kritisierte eine „arbitrary interpretation“¹¹ und warf den beteiligten Staaten vor, „pseudo-legal tricks“¹² anzuwenden, um den Einsatz militärischer Gewalt zu rechtfertigen.

Dies alles zeigt, dass die abstrakten Rechtsbegriffe einen interpretatorischen Spielraum eröffnen und daher das Feld für die alle Rechtsordnungen kennzeichnenden Anwendungsstreitigkeiten bilden.¹³

Der Begriff der Anwendungsstreitigkeiten basiert auf einer grundlegenden Unterscheidung zwischen Rechtserzeugung einerseits und Rechtsanwendung andererseits. Aus rechtstheoretischer Sicht ist diese Unterscheidung nicht unumstritten, hat doch auch die Rechtsanwendung rechtserzeugenden Charakter. Die bestehenden Normen müssen auf den konkreten Fall hin ausgelegt werden, da sich nicht unmittelbar aus der Norm als solcher ergibt, für welchen konkreten Fall sie einschlägig sein soll und für welchen nicht. Rechtsanwendung verlangt Rechtsinterpretation.¹⁴ Dieses Erfordernis der Auslegung gilt jedenfalls für Völkervertrags-

⁸ IGH, Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Urteil vom 6. November 2003, ICJ Reports 2003, 161, 198 (para. 76).

⁹ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1973, 17. März 2011, UN Doc. S/RES/1973, para. 4.

¹⁰ UN-Sicherheitsrat, 6528. Sitzung, 4. Mai 2011, UN Doc. S/PV.6528, 9 (Russland).

¹¹ Dmitry Medvedev, „Meeting with Security Council members“, 7. Oktober 2015, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/12972> [abgerufen am 29. März 2021].

¹² Dmitry Medvedev, „Meeting with Security Council members“, 7. Oktober 2015, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/12972> [abgerufen am 29. März 2021].

¹³ *Schachter*, American Journal of International Law 83 (1989), 259 (267): „Some indeterminacy results from the key standards of necessity and proportionality, concepts that leave ample room for diverse opinions in particular cases.“

¹⁴ In diesem Sinne hält die ILC fest: ILC, Report of the International Law Commission, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, UN Doc. A/71/10, 2016, 157 (para. 4): „Whereas there may be aspects of ‚interpretation‘ that remain unre-

recht, aber auch für die Anwendung von Normen des Völkergewohnheitsrechts bedarf es der Interpretation. Denn auch hier haben wir es mit abstrakt formulierten Regeln – zum Beispiel dem Gewalt- und Interventionsverbot – zu tun, deren Vorgaben für konkrete Streitfälle präzisiert und diesem Sinne interpretierend angewendet werden müssen.

Der Sache nach handelt es sich bei diesem Vorgang der Rechtsanwendung um eine Normgenerierung – nämlich um die Ermittlung des für den konkreten Fall rechtlich Gebotenen.¹⁵ Die Rechtsnorm erlaubt – wie wir gesehen haben – zumeist oder jedenfalls oft nicht nur *eine* mögliche Interpretation, sondern eröffnet regelmäßig mehrere Möglichkeiten der Auslegung. Die Rechtsnorm erzeugt einen Korridor für mögliche Interpretationen, innerhalb dessen sich eine konkrete Anwendung bewegen muss, wenn sie noch als Auslegung der fraglichen Norm gelten soll.

Hans Kelsen spricht im Hinblick auf diesen Korridor möglicher Bedeutungen davon, dass die „zu vollziehende Norm [...] nur einen Rahmen [bildet], innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Vollziehung gegeben sind“.¹⁶ Für eine gerichtliche Anwendung der Norm bedeutet dies, dass „jeder Akt normgemäß ist, der sich innerhalb dieses Rahmens hält, den Rahmen in irgendeinem möglichen Sinn ausfüllt“.¹⁷ Die in einem konkreten Fall in Anschlag zu bringende Interpretation wird also nicht durch die Norm determiniert, sondern es sind oft mehrere Auslegungen und damit Anwendungen einer Norm im konkreten Fall mit der Rechtsregel vereinbar. In der Normanwendung wird damit eine Interpretation der Rechtsnorm als für einen Fall maßgeblich anerkannt und somit eine Norm für den konkreten Fall generiert.¹⁸

Für konkrete Rechtsstreitigkeiten bedeutet dies, dass die Parteien eines Rechtsstreits – wie die Parteien eines bewaffneten Konflikts – durchaus jeweils eine Interpretation der Norm für sich mobilisieren können, die als zulässig anzusehen ist, da sie sich im durch die streitentscheidende Rechtsnorm eröffneten Rahmen bewegt.¹⁹ Unbeschadet dieser aus Ex-ante-Sicht gegebenen Gleichwertigkeit der Interpretationen²⁰ wird im Falle einer (gerichtlichen) Entscheidung der Streitigkeit *eine* mög-

lated to the ‚application‘ of a treaty, application of a treaty almost inevitably involves some element of interpretation – even in cases in which the rule in question appears to be clear on face value.“ – Fußnoten ausgelassen.

¹⁵ Vgl. zu diesem Zusammenhang auch *Venzke*, How Interpretation Makes International Law, 2012, S. 19ff.

¹⁶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 94.

¹⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 94.

¹⁸ *Venzke*, How Interpretation Makes International Law, 2012, S. 31: „Every act of law-application is also one of law-making.“

¹⁹ *Chayes/Chayes*, International Organization 47 (1993), 175 (189): „[M]ore often than not there will be a considerable range within which parties may reasonably adopt differing positions as to the meaning of the obligation.“

²⁰ Eine Gleichwertigkeit besteht im Hinblick darauf, dass beide Interpretationen als mögliche Lesarten des Rechts anzuerkennen sind. Das schließt aber nicht aus, dass man mit guten Gründen dafür streiten kann, dass sich eine der Lesarten als die bessere Interpretation des Rechts darstellt, da stärkere Argumente für sie sprechen.

liche Interpretation ausgewählt – es wird nur „eine einzige von ihnen im Akt des richterlichen Urteils positives Recht“.²¹ Rechtsstreitigkeiten werden also – Kelsens theoretischen Betrachtungen zu Folge – durch das Gericht entschieden, und die Annahme einer Richtigkeit der Entscheidung bedeutet nichts anderes, als dass eine Auslegung vorgenommen wurde, die innerhalb des interpretatorischen Rahmens der Rechtsregel bleibt.²² Rechtsanwendung – so viel ist festzuhalten – ist also immer auch Normerzeugung; in Kelsens Sinne allerdings Erzeugung einer Norm niedrigerer Rangstufe, die sich als Anwendung der abstrakteren Norm darstellt.

Im Hinblick auf das Selbstverteidigungsrecht sah Kelsen den UN-Sicherheitsrat als die zentrale Instanz an, die eine Entscheidung zu treffen habe. Er hielt es für wahrscheinlich, dass sich in Konflikten beide Parteien auf ein Selbstverteidigungsrecht berufen würden (und auch legitimerweise könnten): „In such case the question as to which state exercises the right of self-defence and which state is guilty of an illegal attack, remains undecided until the only organ of the United Nations competent to decide whether an armed attack occurred and who is responsible for it, the Security Council, intervenes.“²³ Solange eine entsprechende Entscheidung nicht vorliegt, besteht allerdings ein „state of uncertainty“.²⁴

Die uns im Rahmen dieses Kapitels interessierenden Anwendungstreitigkeiten sind also dadurch gekennzeichnet, dass sich die durch die Streitparteien vertretenen Rechtsinterpretationen auf mögliche Lesarten des Rechts berufen, auf Lesarten, die sich nach den Regeln der juristischen Profession als zulässige Interpretationen des Rechts darstellen. Die an einem Konflikt beteiligten Parteien beziehen sich auf eine gemeinsam unterstellte Rechtsgrundlage und streiten um deren Anwendung im konkreten Fall. Damit ausgeschlossen sind solche Konstellationen, in denen die Parteien Rechtsbehauptungen erheben, die sich zwar auf das Recht berufen, letztlich aber nicht als mögliche Lesart des Rechts angesehen werden können, weil sie schlechterdings unhaltbar und – wie Thomas Franck das einmal bildlich formuliert hat – damit durch den „laugh test“ gefallen sind.²⁵ Ebenfalls nicht in unsere Kategorie der Anwendungstreitigkeiten fallen die Konstellationen, in denen Staaten das Recht durch Erhebung einer Rechtsbehauptung gestalten wollen, in der sie also eine nicht etablierte Norm oder Lesart des Rechts anführen, um hierdurch eine Transformation des Rechts zu bewirken.²⁶ Ruft ein Staat nämlich eine neue Norm oder neue Lesart des Rechts an, so geht es ihm nicht um eine Anwendung des existierenden Rechts, sondern um die Etablierung neuen Rechts.

²¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 95.

²² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 95: „Daß ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als daß es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, daß es die, sondern nur, daß es eine der individuellen Normen ist, die innerhalb des Rahmens der generellen Norm möglich sind.“

²³ Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, S. 800.

²⁴ Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, S. 800f.

²⁵ Franck, *American Journal of International Law* 100 (2006), 88 (96).

²⁶ Diese Konstellation werden wir in § 10 als „legislative Illegalität“ genau untersuchen.

II. Konkretisierung des Inhalts von Rechtsnormen

Die Anwendung des Rechts zeitigt Konsequenzen für den für folgende Rechtsanwendungen bestehenden rechtlichen Bedeutungsrahmen. Durch den fortwährenden Prozess der Rechtsanwendung kann sich nämlich auch der generelle Inhalt einer Norm verändern. Rechtlicher Wandel erfolgt mithin in den „dynamics of continuous norm-application“.²⁷

Eine wichtige Funktion von Streitigkeiten um die Anwendung des Rechts ist, dass diese zu einer Konkretisierung von Rechtsnormen beitragen können. Der Bedeutungsrahmen einer Norm kann unterschiedlich weit sein und eröffnet den Staaten damit einen unterschiedlich breiten Aktionsradius für Handlungen, die noch als von einer plausiblen Rechtsinterpretation gedeckt angesehen werden können. Dieser Rahmen möglicher Interpretationen der Rechtsordnung aber ist nicht statisch, sondern hängt seinerseits von der Praxis der Interpretation der entsprechenden Regel ab, denn die Behandlung und Entscheidung früherer Fälle dient als „indication of how they are likely to be decided in the future“.²⁸ Die Anwendung einer Norm führt selbst zu einer Präzisierung des Norminhalts und kann damit den Korridor möglicher Bedeutungen für zukünftige Fälle verengen.²⁹ Durch Anwendung auf Streitfälle gewinnt auch der abstrakte Norminhalt zunehmend an Gestalt. Die abstrakte Rechtsregel wird substantziell angereichert, indem sich aus den bereits entschiedenen Fällen Anhaltspunkte für die Anwendung der abstrakten Norm auf zukünftige Fälle ergeben. Das führt auch dazu, dass sich der Rahmen möglicher Bedeutungen, die unter einem Rechtsbegriff verstanden werden können, verengt. Insoweit gewinnen also die rechtlichen Vorgaben an Präzision und die Rechtsordnung konkretisiert sich.

Diese Verengung des möglichen interpretatorischen Rahmens ist unter einer formalen Perspektive der Rechtsquellen oft nur unzureichend zu fassen.³⁰ Für klare Fälle solcher Verengung des interpretatorischen Rahmens reicht die Rechtsquellenperspektive zwar durchaus. So können wir bei Vorliegen einer internationalen Einigung auf eine bestimmte Interpretation des bestehenden Rechtsrahmens – beispielsweise geschehen im Hinblick auf die *Definition of Aggression* in Resolution 3314 der UN-Generalversammlung³¹ – unter der Perspektive der Rechtsquellen von einer nachfolgenden Vereinbarung im Sinne des Artikel 31 Abs. 3 lit. a) WVK hinsichtlich der Interpretation der UN-Charta ausgehen. Auch für die völkergeohnheitsrechtliche Seite des Gewaltverbots ist eine entsprechende Resolution für

²⁷ Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 30.

²⁸ Reisman, *Yale Journal of International Law* 20 (1995), 419 (419).

²⁹ Vgl. hierzu auch Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 31.

³⁰ Ingo Venzke betont insoweit zu Recht: „The making of international law is in significant parts a result of processes that cannot be convincingly captured in doctrines of sources.“ – Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 30.

³¹ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), 14. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX).

die Feststellung des Rechtsrahmens von erheblicher Bedeutung.³² Schwieriger ist die Annahme einer Konkretisierung des interpretatorischen Rahmens allerdings dort, wo die hohen Anforderungen der Rechtsquellen nicht erfüllt sind. Auch hier aber können vorangegangene Anwendungsstreitigkeiten für zukünftige Fälle relevant werden, allerdings ist ihr Einfluss subtiler:

„When actors enter legal discourses, they enter a context that is already structured by past practices and perpetuated rules. In such concrete contexts, relevant structures may be understood as the already present distribution of a legal claim’s chance to succeed in the practice of interpretation. Such structures are themselves products of action and represent an aggregate of various different factors that feed into action.“³³

Von einer Praxis, die bereits eine gewisse Unterstützung erfahren hat, wird es zukünftig schwieriger werden abzuweichen, auch wenn diese sich noch nicht unter den formalen Kriterien der Rechtsquellen als beispielsweise eine nachfolgende Praxis in der Anwendung der UN-Charta beschreiben lässt. Abweichende Positionen werden unter solchen Umständen dennoch, wie Ingo Venzke es umschreibt, eine „uphill battle“ führen müssen.³⁴

Diese Konkretisierung des Rechts können wir im Bereich des Gewaltverbots besonders eindrücklich im Effekt der wenigen durch den IGH entschiedenen Fälle nachvollziehen, die die Rechtssicherheit in diesem Bereich erheblich gestärkt haben. Insbesondere die *Nicaragua*-Entscheidung hatte hier gewichtige Auswirkungen. Wiewohl die Entscheidung in vielen Details hochgradig umstritten war, hat sie doch zum Beispiel im Hinblick auf die Rechtsquellen des Gewaltverbots (Gewohnheitsrecht und UN-Charta) die Bestimmung des Begriffs des bewaffneten Angriffs sowie die Bestimmung des Begriffs der Gewalt i. S. v. Artikel 2 Abs. 4 UNC (für den das Gericht beispielsweise bloße finanzielle Unterstützung nicht ausreichen ließ) erheblich zur Konkretisierung der Rechtsordnung beigetragen. Unter einer strengen Rechtsquellenperspektive entfaltet zwar ein Urteil des IGH allein zwischen den Parteien Bindungswirkung³⁵ und kann nur über Artikel 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen Berücksichtigung finden. In der Praxis aber haben entsprechende Entscheidungen oft eine fundamentale Bedeutung für die Interpretation des Rechts und bestimmen damit auch, was für zukünftige Streitigkeiten als zulässige Lesart des Rechts gelten kann.

Die Konkretisierung des Rechts durch Streitigkeiten um seine Anwendung ist eine wichtige Möglichkeit der Entwicklung des Rechts. Hierdurch gewinnen die rechtlichen Vorgaben an Substanz, werden konkreter und erhöhen damit das Maß an Rechtssicherheit. Allerdings schreitet die Konkretisierung des Völkerrechts durch seine Anwendung regelmäßig nur mit äußerster Langsamkeit voran. Das liegt vor allem daran, dass eine Konkretisierung voraussetzt, dass sich in einem

³² Vgl. dazu supra 91.

³³ Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 49.

³⁴ Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 2012, S. 58.

³⁵ Vgl. Art. 59 IGH-Statut.

Streit herauskristallisiert, welche von mehreren möglichen Lesarten des Rechts die verbindliche ist. Nur wenn sich im Ergebnis überhaupt eine verbindliche Lesart des Rechts ausmachen lässt, kann eine Wirkung für zukünftige Fälle entstehen. Eine verbindliche Entscheidung wird regelmäßig dann getroffen, wenn eine gerichtliche Zuständigkeit besteht. In diesem Fall wird das zuständige Gericht die entscheidungserheblichen Rechtsfragen klären und insoweit eindeutig und für folgende Auseinandersetzungen anknüpfungsfähig Stellung beziehen.

Das Herauskrystallisieren bestimmter Interpretationen in einer Weise, die den interpretatorischen Rahmen einer Norm einengt, bedarf aber nicht zwangsläufig gerichtlicher Tätigkeit, sondern kann auch dann erfolgen, wenn im dezentralen völkerrechtlichen Prozess eine klare interpretatorische Präferenz ablesbar wird (die Gründe der staatlichen Präferenzen müssen uns hier nicht weiter interessieren – sie reichen von Überzeugungskraft bis hin zu hegemonialen Einflussnahmen, in denen die Akzeptanz einer Interpretation allein das Resultat der Akzeptanz der Vorherrschaft eines anderen Staates ist). Die Erfahrung zeigt allerdings, dass in diesem multipolaren Prozess ein klares Ergebnis oft nicht zu ermitteln ist, sondern dass sich durch die Vielzahl der vertretenen Auffassungen eine zentrale Linie regelmäßig nicht herausbildet. Das typische Schicksal derartiger nicht gerichtlich entschiedener Streitigkeiten ist daher, dass die verschiedenen Lesarten des Rechts unversöhnt und unentschieden nebeneinanderstehen. So war und ist beispielsweise die eingangs zitierte Auslegung der Sicherheitsratsresolution 1973 betreffend Libyen mit ihrer Beschränkung der Ermächtigung zum Gewalteinsatz auf das zum Schutz der Zivilbevölkerung erforderliche Maß nach wie vor umstritten.³⁶ Eine weithin geteilte Interpretation des entsprechenden operativen Absatzes der Resolution, die auch für Folgeresolutionen Relevanz haben könnte, hat sich nicht herausgebildet, so dass eine Konkretisierung der Rechtsbegrifflichkeiten ausgeblieben ist. Eine wünschenswerte Konkretisierung der Rechtsordnung würde voraussetzen, dass eine größere Zahl an Streitigkeiten einer gerichtlichen Klärung zugeführt wird oder dass jedenfalls Staaten sich zur Rechtmäßigkeit der Legalitätsbehauptungen anderer Staaten stärker und klarer positionieren, um hierdurch die Herausbildung geteilter Auffassungen zu befördern.

III. Bestätigung von Rechtsnormen

Schreitet der Prozess der Konkretisierung des Rechts durch seine Anwendung in der Praxis nur sehr langsam voran, so haben Streitigkeiten um die Rechtsanwendung gleichwohl eine rechtsstabilisierende Funktion, auch wenn eine als verbindlich zu erachtende Entscheidung eines Rechtsstreits ausbleibt. Die gemeinsame Bezugnahme der Streitparteien auf das Recht bewirkt eine Bestätigung der ange-

³⁶ Vgl. für eine detaillierte Auslegung von Resolution 1973: *Payandeh*, Virginia Journal of International Law 52 (2012), 355 (383–391).

rufenen Rechtsnormen und hat zur Folge, dass diese Normen gegen eine etwaige Schwächung oder Auflösung durch gegenläufige Praxis abgesichert werden. Wir wollen uns nunmehr dieser normbestätigenden Funktion eingehend zuwenden. Zunächst gehen wir kurz auf die Formulierung des IGH ein, der die Idee der Bestätigung des Rechts durch die Anrufung in seiner *Nicaragua*-Entscheidung betont hat (1.). Wir untersuchen dann, wie eine solche Bestätigung unter der Perspektive der Rechtsquellen des Völkerrechts erfolgen kann (2.), und wenden uns schließlich den Voraussetzungen und Grenzen der Bestätigung des Rechts durch seine Anrufung im Rahmen der Rechtsanwendung zu und entwickeln dabei Kriterien für die Bewertung staatlicher Praxis, die in der bloß kursorischen Bezugnahme des IGH fehlen (3.).

1. Die Bestätigungshypothese des IGH

Dass die Anrufung des Rechts zu einer Bekräftigung und Bestätigung der in Bezug genommenen Regel führt, ist vom IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung betont worden. Das Gericht hielt fest:

„If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State’s conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.“³⁷

Die vom IGH vertretene These ist also, dass allein die Anrufung des Rechts als Rechtfertigung für eine Intervention zu einer Bestätigung des Norminhalts führt (Bestätigungshypothese).³⁸ Dies ist ungeachtet dessen der Fall, ob die vom fraglichen Staat in Anschlag gebrachte Interpretation des Rechts im Ergebnis auch diejenige ist, die sich durchsetzt, zum Beispiel weil sie von einem Gericht als die maßgebliche herangezogen wird. Es kommt für den IGH also wesentlich auf die die Gewaltanwendung begleitenden Rechtsdiskurse an.³⁹

Der IGH formulierte die Bestätigungshypothese im Zusammenhang damit, dass er feststellen musste, ob es ein *völkergewohnheitsrechtlich* verankertes Gewalt- und Interventionsverbot gibt, denn das Gericht konnte aus Gründen der Jurisdiktion seine Entscheidung nur auf gewohnheitsrechtliche Normen stützen. Die Herausforderung in diesem Zusammenhang war nun, dass Interventionen und Gewalteinsatz nicht die seltene Ausnahme zur Regel, sondern vielmehr ein weit verbreitetes Phänomen waren. Die fortwährende und verbreitete Abweichung von einer (vermeintlichen) Rechtsregel würde aber der Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Norm entgegenstehen. In Anbetracht dessen erfüllt die Bestätigungshypothese eine wichtige Funktion im Rahmen der Feststellung des Rechts.

³⁷ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 98 (para. 186).

³⁸ *Marxsen*, *Journal on the Use of Force and International Law* 5 (2018), 8 (21 ff.).

³⁹ *Bothe*, in: *Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?*, 2010, S. 63 (65).

Sie erlaubt nicht nur, abweichende Praxis nicht als Widerspruch zu einer Norm zu werten, sofern sie nur unter Bezugnahme auf eine etablierte Rechtsregel gerechtfertigt wird. Vielmehr ermöglicht sie es darüber hinaus, in der Verletzung des Rechts eine Bestätigung zu sehen. Damit erlaubt es die Bestätigungshypothese, rechtsbestätigenden Aspekten ein größeres Gewicht einzuräumen als der Abweichung, und erleichtert damit die argumentative Last in der Feststellung einer gewohnheitsrechtlichen Regel oder in der Verteidigung einer Regel gegen ihre vermeintliche Auflösung durch weit verbreitete abweichende Praxis.

2. Die Rechtsverletzung als Bestätigung des Rechts nach Maßgabe der Rechtsquellen des Völkerrechts

Wie aber kann eine solche Bestätigung unter der Perspektive der Rechtsquellenlehre erfolgen? Staatliche Rechtfertigungen sind jedenfalls Artikulationen einer Rechtsauffassung und insoweit im Rahmen der Rechtsquellen von Bedeutung. Sie können zugleich aber auch als verbale Stellungnahmen unter einem Gesichtspunkt der Praxis relevant werden.⁴⁰ Wollte man die Anrufung allerdings allein als eine die Norm unterstützende Praxis oder *opinio iuris* auffassen, geriete man in einen möglichen Widerspruch. In einem konkreten Rechtsstreit kann – sofern er entschieden wird – stets nur eine Partei letztlich im Recht sein und insoweit liegt doch eine Verletzung des Rechts durch die andere Partei vor. Das würde einen Widerspruch bedeuten, denn die rechtswidrig handelnde Seite hätte sich zwar auf das Recht berufen, läge damit aber falsch. Wir hätten es mit einem Widerspruch zwischen verbaler Anrufung des Rechts und praktischer Nichtbefolgung zu tun. Für die Bewertung der Staatspraxis sind Widersprüche grundsätzlich äußerst relevant. Bei der Analyse staatlicher Praxis nämlich ist es unzulässig, nur die genehmen – beispielsweise die rechtskonformen – Teile der Praxis zu berücksichtigen und die übrigen Teile zu vernachlässigen. Vielmehr muss die Gesamtheit der Praxis eines Staates analysiert werden, wobei die Gewichtung der einzelnen Elemente unter Würdigung der näheren Umstände vorzunehmen ist.⁴¹ Das hat zur Folge, dass die widersprüchliche Positionierung eines Staates in seiner Praxis für die Bestimmung des Inhalts einer Rechtsregel im Ergebnis ohne Wert sein kann, da beide Lesarten (die Norm und ihre Negation) unterstützt werden und insofern im Ergebnis keine Aussagekraft besteht.⁴² Der Widerspruch wäre also in unserem Fall, dass die staatliche Rechtfertigung eines Verhaltens die Norm bestärkt, während die tatsächlichen Handlungen einen Rechtsbruch beinhalten.

⁴⁰ Vgl. supra 90f.

⁴¹ Vgl. *Malcolm N. Shaw*, International Law, 8. Aufl., 2017, S. 62.

⁴² Vgl. *Skubiszewski*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 31 (1971), 810 (813): „The value of words for the ascertainment of State practice is non-existent when the State adopts different positions at different moments on the same subject. This is a not infrequent occurrence in diplomatic life, especially during political debates in the organs of the United Nations.“

Vor diesem Hintergrund ist auch die Kritik an der Bestätigungshypothese zu verstehen, die ein Teil der völkerrechtlichen Literatur artikuliert. D'Amato zum Beispiel attestierte den Richtern des IGH, sie seien „collectively naive about the nature of custom“,⁴³ und sah eine „empty theory that any practice inconsistent with [... an original rule] does not count“.⁴⁴ Glennon kritisierte, dass „the assumption that the state's intent is necessarily to ‚confirm‘ the rule is arbitrary“,⁴⁵ und hielt es für plausibler, in der Abweichung von der Norm in der Regel auch deren Infragestellung zu sehen: „If a state flouts a rule, it is more sensible to conclude that its policymakers disagree with the rule than to assume that their ‚cheap talk‘ authoritatively reveals their deeper motives.“⁴⁶

Diese grundsätzliche Kritik aber verkennt, dass die Anrufung des Rechts mehr leistet, als nur einen zusätzlichen Ausdruck von Praxis und Rechtsauffassung zu bieten. Vielmehr sind Rechtfertigungen für Interventionen in der Lage, die rechtsnegierende Dimension konkreter staatlicher Aktionen, deren Illegalität im Nachgang festgestellt wird, zu absorbieren. Die Bezugnahme auf das Recht vermag die (der späteren Feststellungen folgend teilweise illegale) Praxis eines Staates zu einer insgesamt völkerrechtskonformen Praxis umzuwerten.⁴⁷ Grund hierfür ist, dass es zur Zeit der Vornahme der Handlung schlechterdings nicht möglich war zu wissen, welche Lesart des Rechts sich durchsetzen würde. Wie oben beschrieben, bietet das Recht nur einen Rahmen zulässiger Interpretationen, so dass es möglich ist, dass sich alle Seiten redlicherweise auf das Recht berufen. Nicht selten kommt es vor, dass alle Parteien eines Konfliktes auf dasselbe generelle Verständnis einer Norm rekurrieren und dennoch für die Anwendung im konkreten Fall gegenläufige Schlussfolgerungen ziehen. Solange keine autoritative Entscheidung gefällt worden ist, besteht daher keine Klarheit, ob eine Intervention rechtmäßig oder rechtswidrig war. Im multipolaren völkerrechtlichen Prozess erfolgt solch eine Bestimmung – wenn überhaupt – im gleichfalls multipolaren Prozess der Äußerung durch Staaten und internationale Organisationen, die ihre Unterstützung oder Verurteilung zum Ausdruck bringen. Kollektiven Akteuren, wie dem UN-Sicherheitsrat oder der UN-Generalversammlung, kommt hierbei besondere Bedeutung zu. Ihre Stellungnahmen aber verbleiben oft mehrdeutig oder unterbleiben ganz. Der Sicherheitsrat zum Beispiel bezieht in Konflikten meist keine klare Position, da sein Mandat die Wahrung des Friedens ist und er nicht eine quasijudikative Rolle im Hinblick auf die Entscheidung über die Legalität oder Illegalität einer Intervention innehat.⁴⁸ Verbindliche rechtliche Klärung ließe sich freilich über gerichtliche Ent-

⁴³ D'Amato, *American Journal of International Law* 81 (1987), 101 (105).

⁴⁴ D'Amato, *American Journal of International Law* 81 (1987), 101 (102).

⁴⁵ Glennon, *Georgetown Law Journal* 93 (2005), 939 (977).

⁴⁶ Glennon, in: Weller (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, S. 79 (93).

⁴⁷ Wood/Sender, *State Practice*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, Rn. 6.

⁴⁸ Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 21 ff.

scheidungen herbeiführen, aber für die überwiegende Mehrheit an Konflikten ist eine gerichtliche Zuständigkeit nicht eröffnet.

Die Folge ist, dass für die überwiegende Mehrheit von Fällen eine verbindliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer Intervention nicht getroffen wird, sondern das ursprüngliche Spannungsfeld der Anrufung zweier divergierender Rechtspositionen erhalten bleibt, die sich beide als zulässige Interpretationen einer völkerrechtlichen Norm darstellen.

Mithin kann die Anrufung des Rechts zur Rechtfertigung einer Intervention nicht allein als Ausdruck einer Praxis und als Ausdruck einer Rechtsauffassung der Staaten gewertet werden. Vielmehr vermag sie auch die Bedeutung tatsächlicher Handlungen ihres (später möglicherweise festgestellten) rechtsnegierenden Charakters zu entheben.

3. Voraussetzungen der Bestätigung einer Rechtsregel

Die Kritiker der Annahme einer Bestätigung der Rechtsordnung durch die Anrufung der Norm (ungeachtet eines zu konstatierenden Rechtsbruchs) aber bringen gleichwohl einen berechtigten Einwand vor. Trägt man dem Umstand Rechnung, dass Staaten kaum jemals offen eingestehen, dass eine Intervention nicht rechtskonform ist, sondern in den meisten Fällen eine rechtliche Argumentation zur Legitimierung ihres Verhaltens anbringen, so würde man zuletzt nahezu jedes staatliche Verhalten als Bestärkung der Normen des Gewaltverbots werten können.⁴⁹ Nicht jede Anrufung des Rechts führt aber zu einer Bestärkung der Rechtsordnung. Vielmehr müssen bestimmte Voraussetzungen vorliegen, denen wir uns nunmehr zuwenden wollen.

a) Anrufung des Rechts

Die erste Voraussetzung der Bestätigung einer Rechtsregel ist, dass Staaten das Recht überhaupt zur Rechtfertigung einer Intervention anrufen. Diese Anrufung muss sich nicht spezifischer rechtlicher Terminologie bedienen, aber es muss im Wege der Interpretation staatlicher Äußerungen zu ermitteln sein, dass der Staat sich auf eine völkerrechtliche Norm stützt.⁵⁰ Im Rahmen der Feststellung dessen, ob überhaupt eine Anrufung des Rechts vorliegt, aber auch im Hinblick auf die

⁴⁹ *Charlesworth*, *Australian Year Book of International Law* 11 (1991), 1 (22): „Given the unlikelihood of a state’s acknowledgment that its actions violate a rule of international law, the Nicaragua formula would in practice cover all activities of states whether they were in accordance with or went against an asserted customary rule: the pool of actions which could constitute state practice becomes totally undifferentiated.“

⁵⁰ *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 36: „Moreover, what matters are the justifications of a legal character, not statements of international policy or morality that virtually always surround instances of inter-State use of force and are aimed at various (domestic or foreign) audiences. This presupposes firstly a textual analysis of the declarations involved. In principle there must be some express reference to legal considerations, for example to a formal source of law, or to a legal concept or institution.“

(nachgelagerte) Frage, welchen Inhalt diese Anrufung hat, ist zu berücksichtigen, dass einem Staat keine Positionen zugeschrieben werden dürfen, die dieser selbst der Sache nach nicht teilt. Dies hat auch der IGH festgehalten, insoweit er ausführte, dass er nicht berechtigt sei, „to ascribe to States legal views which they do not themselves advance“.⁵¹

Für die überwiegende Mehrheit an Interventionen berufen sich Staaten in der Tat auf rechtliche Normen.⁵² Allerdings sehen wir in der Praxis auch nicht selten, dass Staaten insbesondere begrenzte Interventionen nicht mit rechtlichen Argumenten, sondern mit politischen Erwägungen rechtfertigen.⁵³ Für diese letztgenannten Konstellationen scheidet damit eine Bestätigung der Rechtsordnung aus. Staaten entscheiden sich in diesen Fällen, zur Rechtfertigung ihrer Aktionen auf politische Argumente zurückzugreifen, was der Geltungskraft völkerrechtlicher Normen entgegenläuft.⁵⁴

b) Anrufung einer etablierten Norm

Die zweite Voraussetzung einer Bestätigung des Rechts ist, dass eine *etablierte* Norm angerufen wird. Der IGH hat ausdrücklich klargestellt, dass „[r]eliance 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“.⁵⁵ Wenn sich ein Staat also nicht auf eine etablierte Norm stützt, sondern auf eine *de lege ferenda* erst zu allgemeiner Anerkennung zu bringende Norm, dann kann eine Bestätigung mangels Normexistenz nicht erfolgen. In diesem Sinne bezieht sich beispielsweise die Anrufung der humanitären Intervention als Rechtsgrundlage, die wir in der britischen Staatspraxis finden, auf eine nicht bestehende, sondern nach Vorstellungen der britischen Regierung erst zu erzeugende Norm.⁵⁶ Im Sinne der hier verwandten Terminologie haben wir es alsdann auch nicht mit einem Streit um die Anwendung zu tun, sondern mit einem Fall der *legislativen Illegalität*, in der es einem Staat um die Gestaltung oder Veränderung einer bestehenden Rechtsnorm geht.⁵⁷

c) Anrufung einer etablierten Interpretation des Rechts

Mit dem Erfordernis der Anrufung einer *existierenden* Norm im Zusammenhang steht die Notwendigkeit, dass auch eine *etablierte Lesart* des Rechts angerufen

⁵¹ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 207).

⁵² Vgl. dazu *Marxsen*, Journal on the Use of Force and International Law 5 (2018), 8 (15, 31); vgl. hierzu im vorliegenden Band näher auch *infra* § 12, 328.

⁵³ Vgl. dazu näher *infra* § 12, 327 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu näher *infra* § 12, 334 ff.

⁵⁵ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 207).

⁵⁶ Vgl. *supra* 74 f.

⁵⁷ Vgl. dazu *infra* § 10, 264 ff.

wird. Der IGH führt diese Voraussetzungen nicht näher aus, wenn er allein verlangt, dass eine anerkannte Regel angerufen beziehungsweise Verhalten unter Rekurs auf einen anerkannten Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt wird. Nach der Formulierung des IGH könnte man von einer Bestätigung bereits dann ausgehen, wenn ein Staat nur verbal auf eine rechtliche Ausnahme Bezug nimmt.⁵⁸ Das aber wäre verkürzt und würde eine Bestätigung des Rechts voreilig annehmen. Die Anrufung eines – wie der IGH sagt – *novel right* muss nicht zwangsläufig in der Gestalt der Anrufung einer völlig neuen Rechtsgrundlage erfolgen, wie dies bei der humanitären Intervention der Fall ist (denn hierbei würde es sich um eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme zum Gewaltverbot handeln). Vielmehr kann auch eine eigentlich neue Norm als *Interpretation* einer bestehenden Norm vorgebracht werden – nicht selten finden wir im internationalen Recht diese Form des „international lawmaking by way of interpretation“.⁵⁹ So wird beispielsweise das von einigen Staaten angerufene Recht auf präventive Selbstverteidigung⁶⁰ als Interpretation des Selbstverteidigungsrechts ausgewiesen, wiewohl es der Sache nach eine neue, über das akzeptierte Selbstverteidigungsrecht weit hinausgehende Rechtfertigungsgrundlage für Interventionen postuliert. Staaten können also zwar durchaus auf einen etablierten Rechtfertigungsgrund Bezug nehmen, dabei aber eine Interpretation in Anschlag bringen, die die Norm nicht bestätigt, da sie eine Lesart anruft, die außerhalb des oben angesprochenen Rahmens liegt.

Insoweit könnte man freilich in der Anrufung solch einer neuen Interpretation grundsätzlich eine Bestätigung der generell angerufenen Norm – im bezeichneten Fall der Norm der Selbstverteidigung – erblicken. Denn letztlich wird ja durch die Anrufung eines Rechts auf präventive Selbstverteidigung die grundsätzliche Geltung der Selbstverteidigungsnorm anerkannt. Allerdings fällt die konkrete Abweichung von der etablierten Lesart des Selbstverteidigungsrechts gegenüber der letztlich formalen und bloß abstrakten Anrufung des Selbstverteidigungsrechts wesentlich schwerer ins Gewicht, so dass von einer substanziellen Bestätigung der Norm nicht sinnvoll gesprochen werden kann. Dies ist umso mehr der Fall, als die Breite des so verstandenen Selbstverteidigungsrechts letztlich zu einer Schwächung des Gewaltverbots führt, da die Spielräume für unilaterale Interventionen erheblich erweitert werden.⁶¹

⁵⁸ Vgl. in diesem Sinne die Interpretation des IGH durch: *Charlesworth*, Australian Year Book of International Law 11 (1991), 1 (21): „[R]ights to anticipatory self-defence and humanitarian intervention are often used to justify apparent violations of the prohibition on the use of force. On the Nicaragua analysis these claims apparently confirm the customary rule.“

⁵⁹ *Venzke*, How Interpretation Makes International Law, 2012, S. 17.

⁶⁰ Vgl. dazu *supra* 52 ff.

⁶¹ Vgl. in diesem Sinne: *Falk*, Revitalizing International Law, 1989, S. 96: „The decline of normative restraint can be seen in the broadening of the definition of self-defence and in the increasing resort to unilateral force by sovereign states. A consequence of this is to convert the rules of behavior embedded in the United Nations Charter into aspirational norms.“

Eine wirkliche Bekräftigung einer völkerrechtlichen Regel kommt also nur dann in Betracht, wenn ein Staat eine im Allgemeinen etablierte Lesart des Rechts in Anschlag bringt.

d) Grenze der Bestätigung: Zynische Verwendung des Rechts

Allerdings gibt es Grenzen der Bestätigung des Rechts durch seine Anrufung.⁶² Eine Bestätigung des Rechts erfolgt dann nicht, wenn ein Staat zwar eine Rechtsregel anruft, durch seine zynische Verwendung des Rechts aber zum Ausdruck bringt, dass er eigentlich die Autorität der Rechtsregel nicht anerkennt, sondern diese vielmehr in Frage stellt und auch nicht als generell handlungsleitend voraussetzt.⁶³ In einer solchen Konstellation geht es dem Staat nicht um eine *Anwendung des Rechts*. Ein Staat mag sich zwar oberflächlich auf eine etablierte Lesart einer völkerrechtlichen Norm berufen (zum Beispiel auf die Autorisierung durch eine Resolution des UN-Sicherheitsrats nach Kapitel VII UNC). Es ist aber nach den Umständen des konkreten Falls erkennbar, dass die entsprechende Anrufung der Norm nicht ernsthaft als Rechtfertigung herangezogen wird. Die Anrufung des Rechts stellt sich als Schutzbehauptung dar und ist an sich eine bloß politische Rechtfertigung für das Verhalten des Staates. Es ist zwar zutreffend, dass in solch zynischer Anrufung die Norm implizit Anerkennung findet,⁶⁴ denn die angerufene Norm bleibt für den sich rechtfertigenden Staat der Referenzpunkt.⁶⁵ In den Worten La Rochefoucaulds: „L’hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu.“⁶⁶ Dennoch führt sie unter der Perspektive der Rechtsquellen nicht zu einer Verstärkung der Norm, sondern zu einer Schwächung. Der Grund ist, dass der handelnde und sich rechtfertigende Staat durch die Präsentation einer schlicht unplausiblen und unhaltbaren Rechtfertigung zu verstehen gibt, dass ihm die Einhaltung der Norm letztlich gleichgültig ist und dass er das Vorliegen einer jedenfalls noch vertretbaren rechtlichen Interpretation nicht für nötig erachtet. In jüngerer Zeit ist eine entsprechende zynische Anrufung des Rechts auch als *lawfare* be-

⁶² Vgl. Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 27: „But the insistence that breaches may be seen as strengthening rather than negating rules cannot be taken too far without losing plausibility.“

⁶³ Verdier/Voeten, *American Journal of International Law* 108 (2014), 389 (419): „At some point, however, actions will speak louder than words: violations will undermine the purported CIL rule, no matter what expressions of *opinio juris* accompany them, because they will reveal that the rule is a poor predictor of actual behaviour.“

⁶⁴ Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 45: „Even when a nation hypocritically invokes international law as a cover for self-interested diplomacy-as-usual, it is significant that it feels the need to pay this homage to virtue“; Lowe, in: Byers/Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, S. 477 (480): „If a State takes the trouble to lie about its violation of a rule it is a powerful sign that the State takes the rule seriously and expects others to do so as well.“

⁶⁵ Cassese, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (518).

⁶⁶ La Rochefoucauld, *Réflexions-Sentences et Maximes Morales*, 1922, S. 39 (Nr. 218).

schrieben worden. Der Begriff *lawfare* wird dabei weithin verstanden als die „cynical manipulation of the rule of law and the humanitarian values it represents“.⁶⁷

Eine zynische Anrufung des Rechts wird durch die Verwendung unhaltbarer Rechtfertigungen charakterisiert, wiewohl hier signifikante Anforderungen an die Unhaltbarkeit zu stellen sind. Nicht jede unübliche, originelle, vielleicht sogar provokative Lesart des Rechts fällt sogleich aus dem von der Norm vorgegebenen Rahmen. Gleichwohl gibt es einen Umschlagspunkt. Franck spricht beispielsweise von einer „evidently tortured definition of the rule [that] can be seen to exceed its range of plausible meanings“.⁶⁸ An anderer Stelle nahm Franck Bezug auf den bereits zitierten *laugh test*, also eine letztlich als unhaltbar und damit – trotz allem gebotenen Respekt – als „lächerlich“ zu qualifizierende Rechtsbehauptung.⁶⁹

Die Kategorie der Unhaltbarkeit und insbesondere die Einordnung konkreter Fälle sind dabei mit Schwierigkeiten verbunden. Die Qualität rechtlicher Argumente variiert, und die Bestimmung dessen, wann eine Position unvertretbar ist, ist mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Die Bestimmung dieses Umschlagspunkts zwischen einer sich noch im Rahmen des Rechts bewegenden Positionierung und einer zynischen Anrufung des Rechts ist mithin schwierig. Die Standards der juristischen Profession, die für diese Entscheidung die Grundlage bilden, sind selbst hochgradig umstritten, und der Regierungsinteressen vertretende Jurist legt andere Standards an als die Anhängerin einer konstitutionalistischen Lesart des Rechts. Es wird also immer möglich sein, ausgebildete Juristen zu finden, die ein bestimmtes Staatshandeln rechtfertigen, aber ab einem bestimmten Punkt handelt es sich hierbei nicht mehr um einen spezifisch rechtlichen Zugang, sondern letztlich um eine politische Positionierung. Die folgenden Kriterien können bei der Analyse der potenziell zynischen Weise einer Rechtsanrufung in Anschlag gebracht werden und werden jedenfalls für viele Fälle eine Einordnung erlauben:

- Sofern die Mehrheit von Staaten und/oder internationalen Organisationen eine Rechtfertigung zurückweist, deutet dies auf eine Unhaltbarkeit der fraglichen Rechtsbehauptung hin. Ebenso spricht eine Verurteilung einer Intervention durch Staaten, die sonst enge Beziehungen zu dem handelnden Staat pflegen, für eine Unhaltbarkeit.⁷⁰
- Die Stärke der Verurteilung durch andere Staaten kann sich in Sanktionen niederschlagen und oft werden stärkere Sanktionen Ausdruck einer stärkeren Verurteilung und damit auch Zurückweisung der Rechtsbehauptung sein.
- Das Fehlen signifikanter, internationaler Unterstützung für den Standpunkt eines Staates ist ebenfalls ein Indiz für die Unhaltbarkeit einer Rechtfertigung.

⁶⁷ *Dunlap*, *Law and Military Interventions*, 2001, S. 4; vgl. grundsätzlich zum Begriff *Lawfare*: *Kittrie*, *Lawfare*, 2016, S. 1–28.

⁶⁸ *Franck*, *American Journal of International Law* 82 (1988), 705 (715).

⁶⁹ *Franck*, *American Journal of International Law* 100 (2006), 88 (96).

⁷⁰ *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 22.

- Schließlich ist auch der Grad an völkerrechtswissenschaftlicher Übereinstimmung in der Bewertung ein wichtiger Indikator. Ist sich die Völkerrechtswissenschaft in der Zurückweisung einer Rechtfertigung (nahezu) einig, so bestehen starke Anhaltspunkte für die Unhaltbarkeit der Rechtfertigung. Wo allerdings eine ausgreifende und nuancierte Debatte stattfindet, kann dies Anhaltspunkte dafür liefern, dass die Rechtsbehauptung nicht ohne Berechtigung ist und insoweit eine zynische Verwendung des Rechts nicht vorliegt.

Auf der Grundlage dieser Kriterien spricht vieles dagegen, die seitens der USA in Anschlag gebrachte Rechtfertigung für die Invasion im Irak 2003 als Stärkung der Normen des Gewaltverbots zu interpretieren.⁷¹ Die USA rechtfertigten ihre Intervention mit der angeblichen Reaktivierung einer Autorisierung zur militärischen Intervention gegen den Irak durch den Sicherheitsrat aus den Jahren 1990/1991.⁷² Diese Position aber ist unhaltbar,⁷³ da der Sicherheitsrat in Resolution 687 (1991) beschlossen hatte, dass er über weitere, gegebenenfalls nötige Maßnahmen zur Durchsetzung der Resolutionen entscheiden werde und die Durchsetzung der Pflichten des Irak insoweit gerade nicht dem unilateralen Ermessen einzelner Staaten anheimgegeben wurde.⁷⁴ Die Unhaltbarkeit der US-amerikanischen Rechtsbehauptung wird nicht zuletzt durch die breite internationale Zurückweisung indiziert. Ungeachtet einiger die US-Position rechtfertigender Stellungnahmen⁷⁵ verurteilten sowohl Staaten als auch die Völkerrechtswissenschaft die US-Intervention klar,⁷⁶

⁷¹ So aber *Bothe*, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 255 (270): „Das Gewaltlegitimationsmonopol des Sicherheitsrats wurde letztlich nicht in Frage gestellt, sondern dadurch bestätigt, dass sich die intervenierenden Staaten eben auf eine Autorisierung durch den Sicherheitsrat beriefen.“

⁷² Vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 678, 29. November 1990, UN Doc. S/RES/678; UN-Sicherheitsrat, Resolution 687, 8. April 1991, UN Doc. S/RES/687; UN-Sicherheitsrat, Resolution 1441, 8. November 2002, UN Doc. S/RES/1441. Vgl. die US-amerikanische Rechtfertigung in: UN Doc. S/2003/351, 21. März 2003.

⁷³ *Tomuschat*, *Vereinte Nationen* 51 (2003), 41 (44); *Bruha*, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 295 (296); so auch: *Bothe*, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 255 (265); vgl. auch BVerwGE 127, 302, 344f.: „Für einen Krieg gegen den Irak konnten sich die Regierungen der USA und des UK entgegen der von ihnen bei Beginn der Kampfhandlungen in förmlichen diplomatischen Noten an den UN-Sicherheitsrat zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung(en) auf keine sie ermächtigende Resolution(en) des UN-Sicherheitsrates nach Art. 39 und 42 UN-Charta stützen.“

⁷⁴ UN-Sicherheitsrat, Resolution 687, 8. April 1991, UN Doc. S/RES/687, para. 34: „Decides [...] to take such further steps as may be required for the implementation of the present resolution“.

⁷⁵ *Yoo*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 563 (563).

⁷⁶ Eine große Zahl von Staaten verurteilte die Intervention als Aggression: vgl. z. B. die Stellungnahmen der Bewegung der Blockfreien Staaten (Non-Aligned Movement), 116 Staaten vertretend (UN Doc. A/58/68–S/2003/357, 21. März 2003), sowie die der Arabischen Liga (League of Arab States) (UN Doc. S/2003/365, 26. März 2003). Vgl. auch die kritische Einschätzung der niederländischen Untersuchungskommission: *Rapport Commissie van Onderzoek Besluitvorming Irak*, Amsterdam 2010, 530. Sogar der damalige UN-Generalsekretär Kofi Annan äußerte (in ungewöhnlicher Direktheit), dass die Irakintervention gegen die UN-Charta verstoßen habe, vgl. „Excerpts: Annan Interview“, BBC News, 16. September 2004, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661640.stm [abgerufen am 29. März 2021].

wiewohl die Einschätzung über den Grad der Abwegigkeit der US-amerikanischen Position freilich variiert.⁷⁷ Wir finden in der US-amerikanischen Positionierung also zwar der Form nach eine Anrufung und Bestätigung des Rechts, der Sache nach aber artikuliert die Äußerung einer derart unhaltbaren Rechtfertigung einen Dispekt gegenüber bestehenden völkerrechtlichen Prinzipien.

Ein weiteres Beispiel für eine zynische Anrufung des Rechts findet sich im Rahmen der Krimkrise des Jahres 2014. Der russische Präsident Wladimir Putin rechtfertigte die Intervention in der Ukraine unter Bezug auf eine Einladung des vormaligen ukrainischen Präsidenten Wiktor Janukowytsch. Dieser rief Russland auf, „to use the armed forces of the Russian Federation to restore law and order, peace and stability and to protect the people of Ukraine“,⁷⁸ woraufhin Russland zunächst eine Volksabstimmung auf der Krim und anschließend einen Beitritt der Krim zur Russischen Föderation einleitete.⁷⁹ Offensichtlich ist insoweit, dass die angerufene Einladung die getroffenen Maßnahmen nicht tragen konnte, da die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und der Schutz der Bevölkerung der Ukraine jedenfalls eine Loslösung der Krim unter keiner erdenklichen Perspektive sinnvoll erscheinen ließ (ungeachtet der Frage, ob Janukowytsch wegen der vorangegangenen Absetzung überhaupt noch befugt war, eine Einladung an Russland auszusprechen).⁸⁰

Derart unhaltbare Rechtsbehauptungen können also auch, wenn sie sich auf an sich zulässige Rechtfertigungsgründe berufen – im Fall des Irakkriegs auf eine Sicherheitsratsresolution nach Kapitel VII der UN-Charta und im Fall der Krimkrise auf die Intervention auf Einladung –, nicht zu einer Bestätigung der Normen des Gewaltverbots führen, sondern stellen eine gegenläufige, das Gewaltverbot unterminierende Praxis dar.

e) Grenze der Bestätigung: Propagandistische Manipulation der Fakten

Eine weitere Grenze für die Bestätigung des Rechts kann in einer Anrufung des Rechts bei gleichzeitiger unverhohlener Negierung der Fakten des Falls liegen. Zwar ist es üblich und in gewissem Maße auch legitim, dass Parteien eines Rechtsstreits die Fakten nach Maßgabe ihrer Interessen darstellen und mitunter auch tendenziös interpretieren. Eine derartige Tendenz ist Zeichen einer performativen Anerkennung der Rechtsregel, unter die sich ein Staat durch derartige Versuche verzerrter Darstellung bringen möchte.⁸¹ Allerdings kann durch eine offen propa-

⁷⁷ Claus Kreß beispielsweise bezeichnet die US-amerikanische Rechtsansicht als „schlecht vertretbar, aber nicht schlechterdings unvertretbar“ – Kreß, *JuristenZeitung* 58 (2003), 911 (916).

⁷⁸ UN Doc. S/2014/146, 3. März 2014, S. 2 (Russland).

⁷⁹ Vgl. für eine Diskussion und Einschätzung der russischen Rechtfertigungen für die Intervention: Corten, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 17 (17 ff.); Marxsen, *German Yearbook of International Law* 58 (2016), 11 (11 ff.); Marxsen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 (2015), 7 (7 ff.).

⁸⁰ Marxsen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 74 (2014), 367 (374 ff.).

⁸¹ Schachter, *American Journal of International Law* 83 (1989), 259 (265); Farer, *American Journal of International Law* 97 (2003), 621 (622).

gandistische Verwendung des Rechts die Kluft zwischen verbaler Anrufung und tatsächlicher Sachlage so groß werden, dass hierdurch wiederum eine zynische Missachtung des Rechts zum Ausdruck gebracht wird.

Als klares historisches Beispiel für eine derartige propagandistische Anrufung internationaler Standards mag man den deutschen Überfall auf Polen im Jahr 1939 anführen. Reichskanzler Adolf Hitler stellte den Überfall als eine Reaktion auf vermeintliche Angriffe polnischer Soldaten auf deutschem Territorium dar.⁸² Einer dieser vermeintlichen Angriffe war seitens der nationalsozialistischen Regierung sogar tatsächlich fingiert worden. Die Nationalsozialisten bedienten sich hier eindeutig einer zynischen Einstellung im Hinblick auf internationale Standards. Hitler hatte das zuvor in einer Rede vor Wehrmachtsoffizieren deutlich gemacht. Hier hatte er gesagt: „Die Auslösung des Konfliktes wird durch eine geeignete Propaganda erfolgen. Die Glaubwürdigkeit ist dabei gleichgültig, im Sieg liegt das Recht.“⁸³ Es wäre absurd, Hitlers Anrufung internationaler Standards als deren Bestätigung zu werten, drückt sie doch die tiefste Verachtung gegen eben diese aus.

Propagandistische Verwendungen des Rechts finden sich – wiewohl freilich in gänzlich anderem historischen Kontext und mit anderen moralisch-politischen Implikationen – auch unter der Geltung der UN-Charta. In diese Kategorie fällt zum Beispiel die irakische Rechtfertigung der Annexion Kuwaits aus dem Jahr 1990, in der der Irak vorgab, zur Rettung und letztlich mit Einverständnis einer angeblichen „Provisional Free Government of Kuwait“ zu handeln.⁸⁴ Eine propagandistische Täuschungsabsicht legen auch die Abläufe im Rahmen des von den USA geführten Irakkriegs des Jahres 2003 nahe, in denen es zu einem – wie es im Bericht einer Untersuchungskommission hieß – „major intelligence failure“ kam.⁸⁵ Der seitens der USA behauptete und im Ergebnis nicht gegebene Besitz von Massenvernichtungswaffen durch den Irak war ein für die USA zentrales Argument für die Intervention und sollte den Verdacht erhärten, dass der Irak seine Abrüstungsverpflichtungen missachtet habe.

Ein weiteres, klares Beispiel propagandistischer Bezugnahmen auf das Recht findet sich schließlich im Rahmen der Krimkrise des Jahres 2014. Zu Beginn des Konflikts stellte sich Russland wiederholt als rechtstreu dar und betonte, dass keinerlei russische Soldaten auf der Krim im Einsatz gewesen seien.⁸⁶ In diesem Sinne

⁸² Adolf Hitler erklärte vor dem Deutschen Reichstag: „Polen hat nun heute nacht zum erstenmal auf unserem eigenen Territorium auch durch reguläre Soldaten geschossen. Seit 5 Uhr 45 wird jetzt zurückgeschossen! Und von jetzt ab wird Bombe mit Bombe vergolten!“

⁸³ Ansprache Adolf Hitlers, Aufzeichnung Generaladmiral Boehm, 22. August 1939, NS-Archiv, <http://ns-archiv.de/krieg/1939/22-08-1939-boehm.php> [abgerufen am 29. März 2021].

⁸⁴ Vgl. UN Doc. S/21436, 3. August 1990 (Irak).

⁸⁵ The Commission on the Intelligence Capabilities of the United States Regarding Weapons of Mass Destruction, Report to the President of the United States, 31. März 2005, S. 46.

⁸⁶ Die auf der Krim handelnden Soldaten wurden seitens Russlands vielmehr als „local self-defence units“ beschrieben. Vgl. Vladimir Putin, Vladimir Putin answered journalists' questions on the situation in Ukraine, 4. März 2014, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20366> [abgerufen am 29. März 2021].

bestätigte die russische Regierung das völkerrechtliche Gewaltverbot, indem sie zum Ausdruck brachte, dass das Unterlassen der Entsendung von Soldaten die richtige Entscheidung sei. Nach der Annexion der Krim bekannte Putin allerdings offen, dass russische Truppen eine wichtige Rolle in der Übernahme der Kontrolle der Krim gespielt hatten.⁸⁷ In Anbetracht dieser späteren Informationen werden die früheren Bekenntnisse Russlands entwertet und eine Bestätigung des Rechts kann wegen der propagandistischen Täuschung nicht angenommen werden.

Empirisch ist das Vorliegen schwer wiegender Faktenmanipulationen insbesondere im Zeitpunkt des eigentlichen Konflikts nur äußerst schwierig zu beurteilen. Insoweit lässt sich zumeist keine absolute Sicherheit herstellen und eine Bewertung kann nur vor dem Hintergrund des jeweils zugänglichen und begrenzten Materials erfolgen. Relevant sind insoweit offizielle staatliche Verlautbarungen, Analysen internationaler Organisationen, Ergebnisse von Faktenermittlungskommissionen und Medienberichte. Ebenfalls wichtig ist eine kritische Analyse des von einem Staat bemühten Narrativs. Präsentieren die Parteien eines Konflikts eine plausible Erklärung für die Geschehnisse und bestehen Übereinstimmungen mit anderen Berichten?

Wo diese Analyse auf eine propagandistische Anrufung des Rechts schließen lässt, kann eine Bestätigung der Regeln des Gewaltverbots nicht angenommen werden.

* * *

Die Bestätigung des Rechts durch Anwendungstreitigkeiten ist nach allem komplexer als aus der kursorischen Herangehensweise des IGH ersichtlich. Nicht jede Anrufung des Rechts führt zu einer Stärkung der Rechtsordnung. Insbesondere müssen bestehende Normen in einer etablierten Lesart angerufen werden. Eine Bestätigung des Rechts findet zudem dort nicht statt, wo Staaten sich des Rechts in zynischer Weise bedienen. Das bedeutet auch, dass die Einschätzung dessen, ob ein konkreter Anwendungstreit als eine Bestätigung der Rechtsordnung oder doch eher als eine Infragestellung zu interpretieren ist, im Laufe der Zeit wegen Bekanntwerdens neuer Fakten gegebenenfalls zu ändern ist.

IV. Illegalität in Konflikten im Rahmen des Rechts

Illegalität in den hier untersuchten Konflikten im Rahmen des Rechts gehört nach allem zum Normalvollzug des Völkerrechts. Selbst wenn sich alle Parteien redlicherweise auf das Völkerrecht beziehen, ist durch den binären Charakter des Rechts vorgegeben, dass im Falle einer Entscheidung des Streits eine Seite unterliegt und damit illegal gehandelt hat.

⁸⁷ Vgl. RT, Putin Acknowledges Russian Military Serviceman were in Crimea, 17. April 2014, veröffentlicht mit einer Videodokumentation von Putins Rede und einer Übersetzung ins Englische, www.rt.com/news/crimea-defense-russian-soldiers-108/ [abgerufen am 29. März 2021].

Das Entscheidende ist, dass sich die Streitparteien auf Rechtsinterpretationen bezogen, die sich zum Zeitpunkt der Vornahme einer bestimmten Handlung als mögliche Lesarten des Rechts darstellten. Die Parteien sind in diese Sinne sozusagen „an sich“ rechtstreu und konnten gute Gründe für ihre Lesart des Rechts und deren Anwendung auf den konkreten Fall vorbringen.⁸⁸

Die so handelnden Staaten stellen einzelne Rechtsnormen oder gar die Rechtsordnung als Ganzes nicht in Frage. Vielmehr führen derartige Auseinandersetzungen um die Anwendung des Rechts – unter den oben analysierten Voraussetzungen – zu einer Konkretisierung der Rechtsordnung. Eine solche Konkretisierung des Rechts aber erfolgt durch Anwendungsstreitigkeiten nur äußerst schwerfällig, da es in der Mehrheit der Fälle nicht zur Herausbildung einer weithin geteilten Interpretation des Rechts kommt und insofern der ursprüngliche Streit keiner allgemeinen Klärung zugeführt wird. Das institutionell im Bereich des Gewaltverbots, insbesondere im Hinblick auf ein allgemeines Gerichtswesen, nur rudimentär ausgebildete Völkerrecht drängt insoweit zumeist nicht auf eine verbindliche Klärung der einem Konflikt zugrunde liegenden Streitigkeiten. Vielmehr geht es darum, zwischen beteiligten Staaten eine friedliche Streitbeilegung zu befördern.⁸⁹ Die für den Normbestand zentrale Wirkung von Rechtsanwendungsstreitigkeiten ist daher, dass die Anrufung völkerrechtlicher Normen zu einer Bestätigung der angerufenen Normen und damit zu einer Bewahrung des rechtlichen Status quo führt – mit allen Vorzügen und Defiziten, die die je gegenwärtige Rechtslage aufweist. In jedem Fall aber schützt diese Bestätigung das Recht vor einer Unterminierung durch eine gegenläufige, rechtsnormnegierende Praxis.

Wo allerdings das Recht in zynischer Weise angerufen wird, findet keine Stärkung des Rechts statt, sondern Staaten geben zu erkennen, dass die Geltung des Rechts der Sache nach abgelehnt oder die normative Relevanz für den handelnden Staat im Sinne einer hegemonialen Sonderstellung zurückgewiesen wird.⁹⁰ Insofern haben wir es dann ungeachtet der formalen Anrufung des Rechts mit einer an sich außerrechtlichen, das heißt politischen Rechtfertigung für einen Militäreinsatz zu tun, deren Charakteristik wir uns in § 12 zuwenden werden.⁹¹

⁸⁸ Vgl. in diesem Sinne auch *Lowe*, in: Byers/Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, S. 477 (480): „Compliance [...] may be less a matter of what the State does than of the attitude of the State to the rule of law.“

⁸⁹ *Henkin*, *International Law: Politics and Values*, 1995, S. 51: „In general, then, the system promotes a culture of peaceful settlement rather than of compliance with the law.“

⁹⁰ Christian Tomuschat betont zu Recht, dass „das militärische Eingreifen der USA einen hegemonialen Machtanspruch [verdeutlicht], der eine strikte rechtliche Bindung an die geltenden Normen des Völkerrechts ablehnt.“ – *Tomuschat*, *Vereinte Nationen* 51 (2003), 41 (46).

⁹¹ Vgl. *infra* 327–334.

§ 8. Notstand – Rechtsbruch im Einzelfall

In der Analyse der Staatspraxis zeigt sich, dass Staaten mitunter gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstoßen, weil sie eine besondere Ausnahmesituation vorfinden, für die das Recht keine als zulänglich angesehenen Handlungsmöglichkeiten bietet. Treibende Kräfte sind insoweit zumeist normative Erwägungen, die eine Einhaltung des Rechtsrahmens als moralwidrig erscheinen lassen. Charakteristikum dieser Konstellation ist, dass es Staaten unter Zugrundelegung einer plausiblen juristischen Argumentation nicht möglich ist, die Legalität einer Intervention zu behaupten, dass aber trotzdem als zwingend angesehene Erwägungen für eine Intervention sprechen. Wie Falk betont: „[...] compliance with international law might produce sufficiently adverse results as to create moral and political pressures to consider the option of breaking the law“.¹ Wir haben es hier zu tun mit Situationen eines Notstandes, durch den der Unwert des Rechtsbruchs im Einzelfall durch überwiegende Interessen aufgewogen werden soll. Im nunmehr eröffneten Kapitel wollen wir uns der entsprechenden Praxis und Dogmatik solcher Notstandslagen zuwenden. Hierfür wollen wir zunächst einen Blick auf die Praxis von Legitimitätsargumenten werfen (I.). In einem zweiten Schritt wenden wir uns der im Nachgang der Kosovointervention intensiv geführten Debatte zu, in der der Topos „illegal aber legitim“ als ebenso relevante wie problematische völkerrechtliche Kategorie geprägt worden ist (II.). Wir verfolgen dann näher, ob es völkerrechtlich möglich ist, illegale, aber legitime Interventionen im Wege eines Notstandes zu *entschuldigen* (III.). Schließlich wird argumentiert, dass angesichts der Unhaltbarkeit einer Exkulpationslösung die aufgeworfenen Konflikte zwischen Recht und Moral stringent nur auf der Ebene der Rechtsfolgen gelöst werden können (IV.).

I. Rechtsbruch und Legitimitätsargumente in der Praxis

In der Praxis von Staaten finden wir eine starke Tendenz, dass Legitimitätsargumente mit dem Ziel herangezogen werden, Defizite einer rechtlichen Argumentation zu kompensieren. Der britische Rechtsberater Gerald Fitzmaurice formulierte diesen Gesichtspunkt in einem geheimen Bericht zur Suezkrise des Jahre 1956 ausdrücklich:

„I believe that we shall be making a very serious mistake for which we shall pay heavily in the future, if we use force without adequate legal justification, or at least without an over-

¹ Falk, in: Falk (Hrsg.), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, 2012, S. 3 (9).

whelmingly strong moral justification so clear and evident *as to compensate for any legal deficiencies*.“²

Die auch in der öffentlichen Debatte weithin Wiederhall findende Annahme ist, dass ein Defizit auf der Seite der Legalität durch ein Überwiegen moralischer Erwägungen kompensiert werden könne.

Das Lehrbuchbeispiel für ein auf Legitimitätsgesichtspunkte abstellendes staatliches Handeln finden wir im Rahmen der Kosovointervention des Jahres 1999. Die Staaten intervenierten, wiewohl eine rechtliche Grundlage, insbesondere ein Mandat des UN-Sicherheitsrats, nicht bestand.³ Die Intervention verfolgte ausweislich der Erklärung der NATO das Ziel eines Schutzes der Zivilbevölkerung:

„Our [NATO] objective is to prevent more human suffering and more repression and violence against the civilian population of Kosovo. [...] We must halt the violence and bring an end to the humanitarian catastrophe now unfolding in Kosovo.“⁴

Die konkrete rechtliche Einordnung dieses Ziels fiel unter den beteiligten Staaten indessen unterschiedlich aus. Das Vereinigte Königreich und Belgien argumentierten mit einem Rechtsprinzip der humanitären Intervention, dem zufolge die Intervention bereits nach dem bestehenden Völkerrecht legal gewesen sei. Diese Annahme ist, wie wir bereits analysiert haben, nicht überzeugend, da es im bestehenden Völkerrecht keine Rechtsgrundlage für humanitäre Interventionen ohne Sicherheitsratsmandat gibt.⁵ Die britische Positionierung ist vielmehr als eine aktive Stellungnahme im internationalen Rechtsentwicklungsprozess anzusehen, die insoweit eine rechtstransformatorische Absicht verfolgt. Diese Strategie des Rechtsbruchs zur Rechtsänderung wird in § 10 näher zu untersuchen sein. Von Interesse ist für unsere gegenwärtige Analyse vielmehr die Strategie der überwiegenden Mehrheit der an der Intervention beteiligten Staaten. Diese behaupteten keineswegs die Legalität des NATO-Militäreinsatzes im Kosovo, sondern beriefen sich auf Legitimitätserwägungen und eine Gesamtschau einer Vielzahl rechtlicher Argumente. Der deutsche Bundesaußenminister Klaus Kinkel sprach insoweit von einer „besonderen notstandsähnlichen Situation“.⁶ Gleichmaßen zentral waren moralische Argumente. Der deutsche Bundesverteidigungsminister Volker Rühle

² Letter of G. G. Fitzmaurice to Sir George Coldstream, Top Secret, 6. September 1956, LCO 2/5760, S. 1 (Hervorhebung C. M.).

³ Vgl. zum Rechtsrahmen supra 67 ff.

⁴ NATO Press Release, 23. März 1999, (1999) 040.

⁵ Vgl. supra 67 ff.

⁶ *Kinkel*, zitiert in: Kabinett billigt Nato-Einsatz im Kosovo, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13. Oktober 1998, 1: „Im Lichte des Unvermögens des Sicherheitsrats, seinem Gewaltmonopol bei dieser besonderen notstandsähnlichen Situation gerecht zu werden, fußt die Rechtsgrundlage angesichts der humanitären Krise im Kosovo auf Sinn und Logik der Sicherheitsratsresolutionen 1160 und 1199 in Verbindung mit dem Gesichtspunkt der humanitären Intervention und einem Mindeststandard in Europa für die Einhaltung der Menschenrechte, dem wir die Qualität eines sich entwickelnden regionalen Völkerrechts beimessen. Dies ist ein Fall, in dem das Völkerrecht ein militärisches Tätigwerden zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden humanitären Katastrophe, nachdem alle zivilen Mittel erschöpft sind, ausnahmsweise erlaubt.“

fürhte beispielsweise aus, dass es Situationen gebe, in denen es „zutiefst unmoralisch ist, Soldaten nicht einzusetzen“.⁷

Zudem wollte man sogar seitens einiger Staaten dem möglichen Präzedenzcharakter der Intervention entgegenwirken, da man in einem allgemeinen Prinzip der humanitären Intervention erhebliche Gefahren für die Reichweite und Stabilität des völkerrechtlichen Gewaltverbots erblickte. In diesem Sinne betonte Bundesaußenminister Klaus Kinkel im Bundestag ausdrücklich, dass die NATO mit „ihrem Beschluß [...] kein neues Rechtsinstrument geschaffen [hat] und auch nicht [hat] schaffen wollen, das eine Generalvollmacht der NATO für Interventionen begründen könnte“. Der Beschluss, so Kinkel, dürfe nicht „zum Präzedenzfall werden. Wir dürfen nicht auf eine schiefe Bahn kommen, was das Gewaltmonopol des Sicherheitsrates anbelangt.“⁸

Kern dieses Zugangs ist, dass weder ein bestehendes Recht formuliert wird, noch stellen sich die Staaten auf den Standpunkt, dass die verfolgte Intervention von einer *de lege ferenda* erst noch herzustellen Rechtsregel gedeckt sein sollte. Vielmehr gehen sie davon aus, dass der bestehende Rechtsrahmen eigentlich angemessen ist, dass aber in Ansehung der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Intervention gleichwohl notwendig ist. Zentral für diese Argumentation ist insoweit die Behauptung eines Widerspruchs zwischen den abstrakt-generellen Legalitätsanforderungen und den im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls bestehenden Legitimitäts Gesichtspunkten: Das Recht wird gebrochen, weil dies aus ethisch-moralischen Imperativen im Einzelfall erforderlich scheint. Im Kern handelt es sich hierbei um die Formulierung eines „übergesetzlichen“ Notstands, der als Rechtfertigungs- oder jedenfalls doch als Entschuldigungsgrund für die Verletzung des Rechts angeführt wird.⁹ In anderen Worten: Wegen der besonderen Umstände soll das generelle Gewaltverbot mit Blick auf eine konkrete Situation keine Anwendung finden.

Als Randnotiz kann hier angemerkt werden, dass auch im Rahmen der britischen Debatte die von der britischen Regierung bezogene Position keineswegs allgemeine Anerkennung fand. In einem Bericht des UK House of Commons aus dem Jahr 2000 heißt es: „[...] we conclude that NATO’s military action, if of dubious legality in the current state of international law, was justified on moral grounds“.¹⁰

Anklänge einer solchen Debatte um den Rechtsbruch aus übergeordneten normativen Gründen finden wir auch im Hinblick auf Fälle, in denen die staatliche Sicherheit bedroht ist, insbesondere wenn (vermeintliche oder tatsächliche) Gefahren für den Fortbestand eines Staates bestehen. Abram Chayes, Rechtsberater des US

⁷ Volker Rühle, Deutscher Bundestag: Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23134: „Es gibt genug Beispiele in der Geschichte, die zeigen: Es kann unmoralisch sein, Soldaten einzusetzen; es gibt aber auch andere Situationen, in denen man sagen muß, daß es zutiefst unmoralisch ist, Soldaten nicht einzusetzen, wenn dies die einzige Chance ist, Krieg und Massaker zu stoppen.“

⁸ Klaus Kinkel, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23129.

⁹ Ipsen, Die Friedens-Warte 74 (1999), 19 (22).

¹⁰ UK House of Commons, Foreign Affairs – Fourth Report, 23 May 2000, Rn. 138.

State Department unter US-Präsident John F. Kennedy, beschrieb in diesem Sinne den Zugang und die Rolle des Völkerrechts zum Zeitpunkt der Kubakrise des Jahres 1962. Auslöser der Kubakrise waren Pläne der Sowjetunion, Atomraketen auf Kuba zu stationieren, was wegen der geographischen Nähe seitens der USA als äußerste Bedrohung der nationalen Sicherheit angesehen wurde.¹¹ Die USA reagierten mit einer Seeblockade (*quarantine*), die völkerrechtlich als Gewaltanwendung zu qualifizieren ist.¹²

In diesem Zusammenhang führt Chayes aus:

„[T]he first, and perhaps the hardest question to be asked about the Cuban quarantine is whether law had anything to do with it at all. Some have said categorically ‚no.‘ They have argued that the presence of Soviet missiles in Cuba was intolerable and that the United States had no alternative but to act in one fashion or another to see that those missiles were removed. If such an action were successful, so the argument ran, the legal rationale really did not matter; if the action had been unsuccessful, legal justification would not have helped. Most who adopted these arguments did so with some distress; but some took satisfaction in the thought of United States action based on realpolitik, without a fastidious concern for legal niceties.“¹³

Kurzum, Chayes betont, dass in der damaligen Debatte in Anbetracht der als existenziell wahrgenommenen Bedrohung durch sowjetische Atomraketen in Reichweite zum US-amerikanischen Kernterritorium rechtliche Argumente völlig an Bedeutung verloren und der Erfolg einer Abwehr der Gefahr die einzig ausschlaggebende Perspektive wurde.¹⁴

Implizit findet sich hier eine Anspielung auf die Grenzen des Rechts. Wo das Recht Handlungsoptionen – wie Chayes sagt – intolerabel beschränkt, wird es in konkreten Situationen auch nicht handlungsleitend sein und wird von Staaten daher eher gebrochen werden. Dies ist umso mehr der Fall, wenn es um existenzielle Fragen der staatlichen Sicherheit geht, bei denen naturgemäß nur eine geringe Bereitschaft besteht, erhebliche Risiken in Kauf zu nehmen.

In der Praxis zeigt sich allerdings, dass Staaten in Fällen, in denen sie ihre Sicherheit bedroht sehen, nicht mit übergesetzlichen und moralisch-politisch begründeten Ausnahmen argumentieren. Vorherrschend sind insoweit eher zwei andere Strategien. Einerseits wird versucht, auf der Grundlage des nationalen Interesses eine abstrakt-generelle Regel zu formulieren, die alsdann dem staatlichen Handeln

¹¹ *Munton/Rennie*, Cuban Missile Crisis, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, Rn. 3–8.

¹² Vgl. in diesem Sinne explizit die später von der UN-Generalversammlung verabschiedete *Definition of Aggression*, UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), 14. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Art. 3 (c).

¹³ *Chayes*, Proceedings of the American Society of International Law 57 (1963), 10 (10f.).

¹⁴ In diesem Sinne äußerte sich z. B. der frühere US Secretary of State Dean Acheson: *Acheson*, Proceedings of the American Society of International Law 57 (1963), 13 (13–15): „I must conclude that the propriety of the Cuban quarantine is not a legal issue. [...] I cannot believe that there are principles of law that say we must accept destruction of our way of life. [...] No law can destroy the state creating the law. The survival of states is not a matter of law.“

zugrunde gelegt wird. In diesem Sinne ist beispielsweise die von Israel und in Teilen auch den USA verfolgte Strategie zu verstehen, ein Recht zur präventiven Selbstverteidigung zu begründen.¹⁵ Häufig ist aber auch, dass Staaten ungeachtet der offensichtlichen Illegalität geplanter militärischer Interventionen Rechtfertigungen anbringen, von denen ihnen klar ist, dass sie vor dem Hintergrund anerkannter Rechtsregeln nicht rechtfertigend wirken, sondern sich vielmehr als bloße Schutzbehauptung in Rechtsform darstellen. So führte die US-Regierung beispielsweise in der Kubakrise zur Legitimierung ihres Vorgehens eine Resolution der Organization of American States (OAS) an, in der die OAS zu einem Eingreifen auf der Grundlage des Interamerikanischer Vertrags über gegenseitigen Beistand (Rio Treaty) aufrief.¹⁶ Unhaltbar war diese Rechtfertigung, da eine regionale Organisation nach den Regeln der UN-Charta nicht dazu berechtigt ist, eine militärische Intervention zu autorisieren.¹⁷ Der Sache nach bemühte sich die US-Regierung aber darum, den Konflikt als einen Streit um die Anwendung bestehenden Rechts darzustellen, indem sie eine Interventionsgrundlage im Rio Treaty anführte.

Es zeigt sich also, dass der Gedanke eines isolierten Rechtsbruchs aus übergeordneten normativen Erwägungen eine gewisse Verankerung in der völkerrechtlichen Praxis hat und dass der Hauptanwendungsbereich Fälle sind, in denen es um die Sicherung menschenrechtlicher Standards durch humanitäre Interventionen geht. Wir wollen uns nunmehr den konkreteren dogmatischen Einordnungen zuwenden.

II. „Illegal, aber legitim“

Die dogmatische Einordnung eines Rechtsbruchs aus übergeordneten moralischen Motiven bereitet Schwierigkeiten. Einerseits besteht die verbreitete moralische Intuition, dass bestimmte Konsequenzen schlechterdings nicht hinnehmbar sind und dass ein Recht, das hochgradig moralwidrige Zustände schützt, ermöglicht oder perpetuiert, letztlich keinen Geltungsvorrang beanspruchen darf. So würde wohl die Mehrzahl der Kommentatorinnen und Kommentatoren dafür plädieren, sich über das völkerrechtliche Gewaltverbot hinwegzusetzen, wenn hierdurch ein stattfindender Genozid verhindert werden könnte.¹⁸ Die Frage ist allerdings, wie dem dogmatisch Rechnung getragen werden kann. Können wir diese Form des Rechtsbruchs gleichwohl mit rechtlichen Kategorien umschreiben und damit auch als eine

¹⁵ Vgl. supra 52 ff.

¹⁶ Vgl. m. w. N. supra 52 f.

¹⁷ Vgl. aber die Argumentation des damaligen US-Rechtsberaters, der Autorisierung durch den UN-Sicherheitsrat und durch die OAS parallelisiert: *Chayes*, Department of State Bulletin 15 (1962), 763 (765).

¹⁸ Andere würden schon eine Interpretation des Rechts, die zu einer rechtlichen Handlungsunfähigkeit eines Staates gegenüber einem stattfindenden Völkermord führt, für unzulässig halten. Dies ist ein Hintergrund und Rechtfertigungsstrang für die britische Position zur humanitären Intervention.

besondere Ausnahmesituation gleichsam rechtlich einhegen oder muss es bei einem offenen Widerspruch zwischen Recht und Moral bleiben?

Aussagekräftig ist insoweit zunächst eine Betrachtung des Kosovofalls, in dessen Nachgang und Aufarbeitung entsprechende Fragen ausgiebig diskutiert worden sind. Im Rahmen der Intervention im Kosovo ging es den NATO-Staaten darum, schwer wiegende Menschenrechtsverletzungen von Serben an albanischstämmigen Bevölkerungsteilen zu verhindern.

Die auf Initiative der schwedischen Regierung zur Aufarbeitung der Ereignisse eingesetzte Independent International Commission on Kosovo kam zu dem Ergebnis, dass die Intervention illegal, aber legitim gewesen sei.¹⁹ Diese Einschätzung wurde und wird in der völkerrechtlichen Debatte von vielen geteilt.²⁰ Prominent hat Bruno Simma diesen Gedanken formuliert. Er verwies auf die grundlegende Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen Moral und Recht im gegenwärtigen völkerrechtlichen System:

„The lesson which can be drawn from this is that unfortunately there do occur ‚hard cases‘ in which terrible dilemmas must be faced and imperative political and moral considerations may appear to leave no choice but to act outside the law.“²¹

In der Formulierung, die Intervention sei illegal, aber legitim, kommen zwei wichtige Annahmen zum Ausdruck. Die erste ist, dass auf der Ebene der primären völkerrechtlichen Pflichten eine humanitäre Intervention als eine Verletzung geltenden Rechts einzuordnen ist. Diese Feststellung ist keineswegs selbstverständlich. In der wissenschaftlichen Debatte wurde nämlich teilweise versucht, dieser Einordnung dadurch zu entgehen, dass das Recht selbst flexibler interpretiert wurde. Von Fürsprechern der Legalität humanitärer Interventionen werden gewissermaßen moralische Standards bereits im Rahmen der Interpretation und der Feststellung gewohnheitsrechtlicher Normen herangezogen.²² Letztlich ist die Überlegung, dass es schlechterdings nicht die richtige Lesart des Rechts sein könne, wenn eine Untätigkeit zum Beispiel in Ansehung eines stattfindenden Völkermords die Folge wäre.²³ Insoweit wird gleichsam ein Gesamtelos der UN-Charta ausgemacht, das auch für die Auslegung der Regeln des Gewaltverbots als maßgeblich herangezogen wird. Derart wird ein Widerspruch zwischen Recht und Moralität zwar vermieden.

¹⁹ *Independent International Commission on Kosovo*, The Kosovo Report, 2000, S. 4: „The Commission concludes that the NATO military intervention was illegal but legitimate. It was illegal because it did not receive prior approval from the United Nations Security Council. However, the Commission considers that the intervention was justified because all diplomatic avenues had been exhausted and because the intervention had the effect of liberating the majority population of Kosovo from a long period of oppression under Serbian rule.“

²⁰ Vgl. *Cassese*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 23 (25); *Franck*, *Recourse to Force*, 2002, S. 189; *Falk*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 590 (593 f.).

²¹ *Simma*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 1 (22).

²² Vgl. z. B. *Frowein*, in: Hartwig u. a. (Hrsg.), *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas: ausgewählte Schriften*, 2004, S. 165 (171 f.).

²³ *Herdegen*, *Syrien-Konflikt: Eingreifen erlaubt*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10. September 2013, <https://www.faz.net/1.2561220> [abgerufen am 29. März 2021].

Das Problem aber ist, dass es hierdurch zu einer Moralisierung der Rechtsquellen kommt.²⁴ Die ohnehin teils vagen und unklaren rechtlichen Standards werden damit um das umstrittene Feld moralischer Erwägungen erweitert, was dem Anliegen von Klarheit und universaler Nachvollziehbarkeit rechtlicher Vorgaben zuwiderläuft. Insofern ist es erstrebenswert, im Dienste analytischer Klarheit die Grenze zwischen Rechtmäßigkeit und Illegalität nicht hochgradig subjektiven moralischen Maßstäben anheimzugeben, sondern diese Grenze anzuerkennen und Rechtsbrüche auch als solche zu qualifizieren.²⁵ Nur wenn wir die Möglichkeiten und Grenzen des bestehenden Rechtsrahmens klar im Blick haben, können auch Debatten über Notwendigkeiten zur Veränderung oder über die Behandlung extremer Ausnahmesituationen zielführend angestrebt werden – und gleichfalls nur kann eine klare Kontur des Rechtsrahmens erhalten werden, die für seine Steuerungswirkung von größter Bedeutung ist. Der IGH jedenfalls hat sich gegen eine Berücksichtigung moralischer Standards auf der Ebene der *lex lata* ausgesprochen. Das Gericht betonte, es sei ein

„court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered.“²⁶

Eine zweite wichtige Schlussfolgerung ist, dass Interventionen ungeachtet ihrer Legalität legitim sein können. Auch das ist keineswegs eine Selbstverständlichkeit, könnte man doch auch in Hegel'scher Tradition die Legalität – das heißt die Geltung der objektiv bestehenden Regeln – als Ausdruck der höchsten verfügbaren Legitimität ansehen.²⁷

²⁴ Vgl. *Watson*, Yearbook of World Affairs 34 (1980), 265 (271): „The idea that emerges from this loose mixture of *lex lata* and *lex ferenda*, of the advocate and the scholar, and of normative and scientific rules that is so typical of the ‚new‘ international law is that one is justified in reaching a conclusion concerning the existence of an international norm not so much on the basis of valid legal reasoning within the confines of the system’s limited capacity, but rather on the basis of the overall desirability of the conclusion, and the goodness of the proponent’s intentions.“

²⁵ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 78 (2018), 588 (620) (Fn. 169).

²⁶ IGH, South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Urteil vom 18. Juli 1966, ICJ Reports 1966, 6, 34 (para. 49). Eine gewisse Spannung zu dieser apodiktischen Aussage besteht innerhalb der Rechtsprechung des IGH aber insoweit, als er in anderen Entscheidungen zur Begründung völkergewohnheitsrechtlicher Normen auf „elementary considerations of humanity“ abstellt, denen jedenfalls eine gewisse moralische Konnotation nicht abgesprochen werden kann. Vgl. dazu die Ausführung supra 104f., m. w. N.

²⁷ An dieser Stelle mag man auch an die politische Theorie Carl Schmitts denken, die im Hinblick auf die Theorie des Partisanen von der „billigen Antithese von Legalität und Legitimität“ spricht, *Carl Schmitt, Theorie des Partisanen*, 1963, S. 85: „Wir haben daran erinnert, daß der Partisan einer Legitimierung bedarf, wenn er sich in der Sphäre des Politischen halten und nicht einfach ins Kriminelle absinken will. Die Frage ist mit einigen heute üblich gewordenen billigen Antithesen von Legalität und Legitimität nicht erledigt. Denn die Legalität erweist sich gerade an diesem Fall als die weitaus stärkere Gültigkeit, ja, als das, was sie für einen Republikaner ur-

Die Kriterien für eine Bestimmung dessen, was als legitim gelten kann, sollen hier zunächst nicht weiter untersucht werden. Diese Kriterien werfen eine Reihe von Problemen auf, die im Gang der weiteren Untersuchung noch verschiedentlich thematisiert werden und daher abschließend und im Zusammenhang in § 13 diskutiert werden.²⁸ An dieser Stelle soll zunächst vorausgesetzt werden, dass ein isolierter Rechtsbruch auf der Grundlage von Legitimitätserwägungen in Betracht zu ziehen ist, und es soll untersucht werden, wie dem auf rechtsdogmatischer Ebene Rechnung getragen werden könnte.

III. Exkulpation rechtswidrigen Gewalteinsatzes?

Wie also lässt sich die beschriebene Ausnahmesituation rechtlich qualifizieren? Bestehen rechtliche Konzepte, den Gesichtspunkten der Legitimität auch innerhalb des bestehenden völkerrechtlichen Rahmens eine Position zuzuweisen?

Einen Ansatzpunkt für die rechtliche Einhegung der benannten Ausnahmesituationen ist der Begriff des Notstandes (*necessity*), der in der Debatte allenthalben angeführt wird, um die Entscheidungszwänge der handelnden Staaten (insbesondere im Hinblick auf die Intervention im Kosovo im Jahr 1999) zu bezeichnen. Das Grundprinzip des Notstands ist, dass eine bestehende Rechtsnorm und das von ihr geschützte Rechtsgut wegen besonderer Umstände nicht durchgesetzt beziehungsweise geschützt werden können, weil der Verstoß gegen die Norm der einzige Weg zur Abwendung drohender Schäden darstellt, „deren Hinnahme für die Rechtsordnung im Einzelfall weitaus schwerer zu ertragen wäre“.²⁹

Bruno Simma hat im Hinblick auf die Lage im Kosovo eine „overwhelming humanitarian necessity“³⁰ konstatiert, Belgien sich im Verfahren vor dem IGH als Hilfserwägung auf einen „state of necessity“ berufen,³¹ Thomas Franck spricht von „necessity and mitigation as ways out of the conundrum“³² und Knut Ipsen kennzeichnet die Situation als die eines übergesetzlichen Notstandes.³³

Eine Notstandskonstruktion hat zum Inhalt, dass wir zusätzlich zur Frage nach der Rechtfertigung einer Handlung nach Maßgabe der Regeln des Gewaltverbots auch die Frage in den Blick nehmen müssen, ob eine *Entschuldigung* eines Rechts-

sprünglich eigentlich war, nämlich als die rationale, die fortschrittliche, die einzig moderne, mit einem Wort: die höchste Form der Legitimität selbst.“

²⁸ Vgl. infra 359 ff.

²⁹ *Erb*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Bd. I, 2017, § 34, Rn. 4.

³⁰ *Simma*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 1 (14).

³¹ Vgl. die Stellungnahme Belgiens in: IGH, Öffentliche Sitzung, 10. Mai 1999, CR 1999/15, 13: „And, Mr. President, Members of the Court, if we have failed to convince you that what has been taking place is armed humanitarian intervention justified by international law, the Government of the Kingdom of Belgium will also plead, in the alternative, that there is a state of necessity.“

³² *Franck*, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 204 (212).

³³ *Ipsen*, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 19 (22).

bruchs im Einzelfall in Betracht zu ziehen ist.³⁴ Der Hintergrund für diese Debatte ist die in vielen nationalen Strafrechtsordnungen vorgesehene Differenzierung zwischen einem rechtfertigenden Notstand einerseits und einem entschuldigenden Notstand andererseits.³⁵

Die Übertragbarkeit von Konzepten aus dem Bereich des Strafrechts auf den Bereich des staatlichen Handelns ist nicht unproblematisch. Das strafrechtliche Konzept der Schuld setzt an der menschlichen Willensfreiheit an. Kern des Schuldvorwurfs ist, dass sich eine Person für den Rechtsbruch entschieden hat, wiewohl sie an sich befähigt ist, sich für eine rechtmäßige Handlung zu entscheiden.³⁶ Die Übertragung dieser Vorstellung auf die Organisationsform Staat bedeutet eine Anthropomorphisierung, deren Berechtigung oder Wünschbarkeit man anzweifeln kann, da die existenziellen Dimensionen und Entscheidungs(not)lagen in beiden Bereichen sehr unterschiedlich sind. Gleichwohl findet sich eine gewisse Parallele: Hier wie da scheint es, dass das Gewicht des Normverstoßes durch die Umstände gemindert werden könnte, und es stellt sich die Frage, ob und wie dem juristisch Rechnung getragen werden kann. Im Bereich des Strafrechts führt das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes zur Bewertung des Handelns als einer zwar rechtswidrigen, aber schuldlosen und damit straffreien Tat. In vergleichbarer Weise – so wird jedenfalls überlegt – könnten auch im Rahmen des Völkerrechts mögliche moralische Dilemmata, die mit einer rechtmäßigen Handlung verbunden sein können, adressiert werden.

In diesem Sinne ordnet Jure Vidmar die Kategorien illegal und legitim ein, die wir soeben erörtert haben:

„Applying the concept of defences, ‚illegal‘ means that it could not be justified under the applicable exceptions available under primary norms governing the use of force. ‚Legitimate‘ means that it could be excused as being the choice of the lesser evil.“³⁷

Diese Entschuldigung würde sich also nicht auf der Ebene der Primärnorm abspielen, da man nach wie vor von der Illegalität einer Intervention ausginge. Sie würde vielmehr die Ebene der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit betreffen. Hier geht es also um die Vorwerfbarkeit eines Rechtsbruchs. Dem ersten Anschein nach weist die soeben analysierte Debatte um den Topos *illegal, but legitimate* in eben diese Richtung.

³⁴ Vgl. Oeter, in: Brunkhorst (Hrsg.), *Einmischung erwünscht?*, 1998, S. 37 (48 ff.); Oeter, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89 (95); Franck, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 204 (212 ff.); Johnstone, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337 (357 ff.); Vidmar, *Jean Monnet Working Paper* 08 (2015), 1 (18 ff.).

³⁵ Vgl. § 35 StGB; vgl. für die entsprechende US-amerikanische Debatte: Berman, *Duke Law Journal* 53 (2003), 1–77; vgl. insoweit auch die unterschiedlichen Bewertungen der Möglichkeit einer klaren Differenzierung beider Konzepte: Greenawalt, *Columbia Law Review* 84 (1984), 1897–1927; Heidi M. Hurd, *Notre Dame Law Review* 74 (1999), 1551–1573.

³⁶ Vgl. BGHSt 2, 194, 200.

³⁷ Vidmar, *Jean Monnet Working Paper* 08 (2015), 1 (29).

Im Völkerrecht ist die Figur des Notstands in den von der ILC ausgearbeiteten Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) enthalten. Artikel 25 ARSIWA regelt den Notstand (*necessity*) als einen „ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation“. Ungeachtet früherer Kritik, die mitunter in der dogmatischen Figur des Notstandes gar eine „rejection of law“ sah,³⁸ ist unterdessen anerkannt, dass der Notstand eine völkergewohnheitsrechtliche Einrede im Hinblick auf die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht ist.³⁹

Wir wollen nunmehr der Frage nachgehen, ob ein entsprechender Notstand angerufen werden kann, um eine völkerrechtswidrige Intervention im Einzelfall zu entschuldigen. Dafür soll zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob das Völkerrecht das Institut einer Entschuldigung für rechtswidriges Verhalten im Allgemeinen anerkennt (1.). Alsdann wenden wir uns der Frage zu, ob eine Entschuldigung auch angesichts des weithin vertretenen *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots möglich ist (2.). Sodann werden die konkreten Voraussetzungen des Notstands als eines potenziell einschlägigen Entschuldigungsgrundes in den Blick genommen (3.). Schließlich ist zu fragen, ob nicht die Spezifik des Rechtsregimes betreffend das völkerrechtliche Gewaltverbot die Möglichkeit einer entschuldigenden Berufung auf einen Notstand ausschließt (4.). Unter 5. wird die Schlussfolgerung gezogen, dass ein Entschuldigungsgrund für einen rechtswidrigen Einsatz von Gewalt im Völkerrecht weder verankert ist noch dort verankert werden sollte.

1. Grundsätzliche Möglichkeit der entschuldigenden Wirkung des Notstands

Zur Verortung unserer Ausführungen ist es zunächst wichtig, sich über die möglichen Rechtsfolgen des Vorliegens eines Notstands zu vergewissern. Unsere Betrachtungen zielen darauf, die Möglichkeit einer „Exkulpationslösung“ zu eruieren. Dass aber im Völkerrecht neben der Frage der Rechtfertigung auf der Primärebene auch eine Entschuldigung auf der Sekundärebene überhaupt möglich ist, ist nicht unumstritten. Die ARSIWA sind insoweit keineswegs eindeutig, und es besteht eine erhebliche Unsicherheit. Die Entwurfsartikel sprechen von Notstand als einem „ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation“,⁴⁰ also von Umständen, die die „Ungerechtigkeit“ einer Handlung ausschließen. Durch diese Formulierung ist nicht geklärt, auf welcher Ebene (Rechtfertigung oder Entschuldigung) die *circumstances precluding wrongfulness* wirken. Im Kommentar zu den den Notstand betreffenden Artikel 25–26

³⁸ Waldock, Recueil des Cours 81 (1952), 451 (461 f.).

³⁹ Vgl. IGH, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Urteil vom 25. September 1997, ICJ Reports 1997, 7, 40 (para. 51): „The Court considers [...] that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation.“

⁴⁰ Art. 25(1) ARSIWA.

ARSIWA bedient sich die ILC keiner klaren Terminologie und spricht sowohl von Rechtfertigung (*justification*) als auch Entschuldigung (*excuse*).

In der völkerrechtlichen Debatte werden verschiedene Positionen zum Verhältnis von entschuldigender und rechtfertigender Wirkung der in den ARSIWA benannten Gründe vertreten. Einerseits wird die Möglichkeit einer entschuldigenden Wirkung grundsätzlich abgelehnt. Diese Position wurde vor allem vom für die erste Fassung der ARSIWA zuständigen Special Rapporteur Roberto Ago vertreten, der die Annahme von entschuldigenden Umständen als systemwidrig ansah und daher generell ablehnte.⁴¹ Nach dieser Lesart hätte eine *preclusion of wrongfulness* stets eine rechtfertigende Wirkung.

Dem entgegen wird die Position vertreten, dass alle in Kapitel V der ARSIWA angeführten *circumstances precluding wrongfulness*⁴² nur eine entschuldigende Wirkung haben könnten. Das zentrale Argument ist insoweit, dass die ARSIWA nur die Verantwortlichkeit für völkerrechtswidriges Verhalten regulieren, über die auf der Primärebene bestehenden Pflichten aber nichts aussagen.⁴³ Konkret formuliert mit Blick auf das Gewaltverbot: Ein Gewalteinsatz kann nicht auf der Grundlage der ARSIWA gerechtfertigt werden, sondern die Rechtfertigung muss sich aus den (primären) Regeln über das Gewaltverbot ergeben.

Schließlich wird die Position vertreten, dass die ARSIWA sowohl rechtfertigende wie entschuldigende Gründe beinhaltet. Federica Paddeu hält insoweit fest, dass die ARSIWA auch Fragen substantzieller rechtlicher Vorgaben betreffen und insoweit eben sowohl Rechtfertigungen als auch Entschuldigungen sein könnten.⁴⁴

Dieser grundlegende, die Ausrichtung und Systematik der ARSIWA betreffende Streit soll hier nicht allgemein weiterverfolgt werden.⁴⁵ Unstreitig ist jedenfalls für den Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots, dass eine *rechtfertigende* Wirkung von Notstandserwägungen nicht möglich ist. Eine militärische Intervention ist nämlich nach diesen primären Vorschriften nur zulässig, wenn sie entweder auf Einladung der entsprechenden Regierung, auf der Grundlage eines Mandats des UN-Sicherheitsrats oder in Selbstverteidigung erfolgt. Eine primärrechtliche Notstandsgrundlage besteht unstreitig nicht.

Demgegenüber sprechen viele Argumente dafür, die Möglichkeit entschuldigender Gründe grundsätzlich anzuerkennen. Diese verleiht eine Flexibilität zur

⁴¹ Vgl. hierzu ausführlich Paddeu, *Justification and Excuse in International Law*, 2018, S. 40–47.

⁴² Dies umfasst Zustimmung (Art. 20), Selbstverteidigung (Art. 21), Gegenmaßnahmen (Art. 22), höhere Gewalt (Art. 23), Notlage (Art. 24) und Notstand (Art. 25).

⁴³ Vidmar, Jean Monnet Working Paper 08 (2015), 1 (6): „State responsibility regulates the consequences of a breach. Thus, under the law of state responsibility, only responsibility for wrongfulness can be precluded, but not wrongfulness itself“ – Verweise ausgelassen.

⁴⁴ Paddeu, *Justification and Excuse in International Law*, 2018, S. 57–61, vgl. insb. S. 60f.: „[D]efences included in the ARS may be either justifications or excuses and their character as one or the other [...] cannot be determined by their primary or secondary rule characteristics.“

⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich: Paddeu, *Justification and Excuse in International Law*, 2018.

Differenzierung des Unwerts einer Handlung. Vaughan Lowe trat in der Debatte um die ARSIWA daher zu Recht für eine flexible Lösung ein:

„My plea is to restore the flexibility of response to states, allowing them to decide on a case-by-case basis whether to follow the exculpation or the excuse approach, rather than imposing one blanket solution.“⁴⁶

Auch der für die Ausarbeitung der ARSIWA zuständige Special Rapporteur James Crawford vertrat die Auffassung, dass es zwei Kategorien der *circumstances precluding wrongfulness* gebe: Rechtfertigungen und Entschuldigungen.⁴⁷

Im Hinblick auf die Qualifizierung der Einrede des Notstands sprechen die besseren Argumente für eine Qualifizierung als Entschuldigungsgrund. Dies entspricht auch der überwiegenden in der Literatur vertretenen Auffassung⁴⁸ und auch Special Rapporteur James Crawford qualifiziert den Notstand nach Artikel 25 ARSIWA explizit als einen Entschuldigungstatbestand.⁴⁹ Ein wichtiger Gesichtspunkt für diese Einordnung ist die sachgemäße Verteilung der Lasten. Für den Notstand ist kennzeichnend, dass ein Staat zum Schutze überwiegender Interessen in die Rechte eines anderen eingreift. Wäre er hierfür bereits auf der Ebene der Primärnorm gerechtfertigt, bestünde auf der Grundlage der ARSIWA keine Möglichkeit, eine Entschädigungspflicht nach Artikel 31 ARSIWA anzunehmen, da es an einer völkerrechtlichen Pflichtverletzung fehlte. Auch für eine sonstige allgemeine gewohnheitsrechtliche Pflicht zur Leistung einer Entschädigung ergeben sich keine Anhaltspunkte.⁵⁰ Nimmt man dagegen eine bloß entschuldigende Wirkung an, so kommt auf Grund einer bestehenden Rechtsverletzung eine Entschädigungspflicht nach Maßgabe der ARSIWA in Betracht.

Des Weiteren sprechen Überlegungen im Hinblick auf die Normdynamik für diese Auffassung. Vaughan Lowe hat die plausible Vermutung aufgestellt, dass die Behauptung *allgemeiner* Rechtfertigungsgründe im Gegensatz zur Möglichkeit der Entschuldigung im konkreten Fall eine generell schlechtere Einwirkung auf die Normentwicklung haben könne und insoweit weitere Rechtsverstöße begünstigen könne.⁵¹

⁴⁶ Lowe, *European Journal of International Law* 10 (1999), 405 (411).

⁴⁷ Crawford, *European Journal of International Law* 10 (1999), 435 (444).

⁴⁸ Johnstone, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337; Ryngaert, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010), 79 (96); Tsagourias, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010), 11 (40); Vicuna, in: Arsanjani u. a. (Hrsg.), *Looking to the Future*, 2011, S. 741 (742); Vidmar, *Jean Monnet Working Paper* 08 (2015), 1 (29); vgl. aber auch Paddeu, die diese Einordnung grundsätzlich befürwortet, angesichts der Formulierung der ARSIWA aber in Zweifel zieht, ob bereits unter dem bestehenden Recht eine entsprechende Einordnung möglich sei: Paddeu, *Justification and Excuse in International Law*, 2018, S. 426 ff.

⁴⁹ Crawford, *European Journal of International Law* 10 (1999), 435 (444).

⁵⁰ Vgl. Paddeu, *Justification and Excuse in International Law*, 2018, S. 421–425.

⁵¹ Lowe, *European Journal of International Law* 10 (1999), 405 (410); vgl. auch Johnstone, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337 (354): „Excusing the occasional breach is less likely to undermine the rule’s bite than carving out exceptions on the grounds of necessity.“

Somit ist grundsätzlich die Möglichkeit gegeben, dass ein Handeln im Notstand zu einer Entschuldigung der Verletzung einer primären völkerrechtlichen Pflicht führt.

2. *Ius-cogens-Charakter des Gewaltverbots, Artikel 26 ARSIWA*

Damit können wir nun konkreter auf die Frage eingehen, wie es um die Anwendbarkeit der Notstandsregelungen aus den ARSIWA auf Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot bestellt ist. Eine mögliche Einschränkung der Anwendbarkeit der Notstandseinrede auf derartige Fälle ergibt sich aus dem Umstand, dass das Gewaltverbot (oder jedenfalls Teile dessen) als Norm des zwingenden Völkerrechts – als *ius cogens* – angesehen wird.⁵² Die ARSIWA schließen eine Berufung auf Notstand in den Fällen aus, in denen der fragliche Akt einen Verstoß gegen eine Norm des zwingenden Völkerrechts begründet. Artikel 26 ARSIWA schreibt vor:

„Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.“

Diese Vorschrift begründet einige argumentative Hürden im Hinblick auf eine Anwendung des Notstands nach Artikel 25 ARSIWA auf Fälle des Verstoßes gegen das Gewaltverbot. Wird im Falle des illegalen Gewalteinsatzes gegen eine Norm des zwingenden Völkerrechts verstoßen, so wäre eine *preclusion of wrongfulness* nicht möglich.

Dieser Schlussfolgerung lässt sich auf drei Weisen entgegenzutreten. Die erste Möglichkeit wäre, sich der Annahme eines *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots grundsätzlich zu versperren. Hierfür mögen gute systematische Argumente sprechen,⁵³ angesichts einer unklaren Praxis und der einer solchen Lesart nahezu einhellig widersprechenden Auffassung in der Völkerrechtswissenschaft hat diese Position indessen wenig Aussicht, überwiegende Anerkennung zu finden.

Eine zweite Strategie basiert auf einer feinsinnigen Differenzierung zwischen der Ebene der primären Verpflichtung (des Gewaltverbots) und der sekundären Ebene der Verantwortlichkeit. Jure Vidmar geht davon aus, dass das gesamte Gewaltverbot *ius-cogens*-Charakter habe, argumentiert aber, dass der Rahmen der *ius-cogens*-Pflicht sehr eng sei. Staaten könnten – das sei auch durch Praxis zum Beispiel im Falle des Kosovo bestätigt – die durch einen Verstoß gegen das Gewaltverbot hergestellte Situation anerkennen, zum Beispiel indem sie die Situation rechtlich regeln. Eine relevante Norm in diesem Zusammenhang ist Artikel 41 Abs. 2 ARSIWA, dem zufolge Staaten eine aus einem *ius-cogens*-Verstoß resultierende Situation nicht anerkennen dürfen.⁵⁴ Diese Norm aber habe selbst keinen

⁵² Vgl. supra 124 ff.

⁵³ Vgl. supra 132 ff.

⁵⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 2 ARSIWA: „No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.“

ius-cogens-Charakter, und es könne daher von ihr in Anerkennung der besonderen Umstände des Falls abgewichen werden.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund sei es auch möglich, dass eine Entschuldigung einer völkerrechtswidrigen Gewaltanwendung erfolge, wenngleich die ursprüngliche Gewaltanwendung auch gegen eine Norm des zwingenden Völkerrechts verstoßen habe. Die von dieser Auffassung vorausgesetzte Differenzierung zwischen *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots und der letztlich einfachen Möglichkeit, dessen Effekte auf der Ebene der Rechtsfolgen zu umgehen, scheinen die Bedeutung eines *ius-cogens*-Verstoßes zu relativieren. Diese Auffassung scheint daher jedenfalls angreifbar.

Ein dritter – letztlich der vielversprechendste – Ansatz kann darin gesehen werden, dass die Reichweite des *ius-cogens*-Charakters des Gewaltverbots einschränkend bestimmt wird. Wir haben bereits gesehen, dass eine Vielzahl von Stellungnahmen die Ansicht zugrunde legt, dass nicht das Gewaltverbot in Gänze, sondern nur das Verbot der Aggression (als eines besonders schwer wiegenden Verstoßes gegen das Gewaltverbot) *ius-cogens*-Charakter hat.⁵⁶ Es könnte sich also sozusagen ein Fenster ergeben, in dem Gewaltanwendung zwar illegal ist, allerdings noch nicht einen Verstoß gegen eine zwingende Vorschrift des Völkerrechts darstellt, da die Schwelle der Aggression nicht überschritten wird.⁵⁷

Dafür, dass auch die ILC in den Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit diese Differenzierung vornimmt, spricht, dass im Kommentar zu Artikel 26 ARSIWA als ein Beispiel für eine zwingende Norm das Verbot der Aggression angeführt wird, nicht aber das Gewaltverbot selbst.⁵⁸ Somit ist es eine folgerichtige Konsequenz, die Anwendung der Notstandsregelungen auf Fälle des Gewalteinsatzes unterhalb der Aggressionsschwelle nicht an Artikel 26 ARSIWA scheitern zu lassen.⁵⁹ Für die Bewertung einzelner Interventionen und der Möglichkeit der Anrufbarkeit eines Notstandes hängt damit alles daran, ob eine konkrete militärische Intervention nur als Gewalt oder auch als Aggression qualifiziert werden muss.⁶⁰

⁵⁵ Vidmar, Jean Monnet Working Paper 08 (2015), 1 (24): „Given such a narrow interpretation of jus cogens, it also follows that illegal use of force is a violation of a peremptory norm, but the secondary obligation to withhold recognition is not peremptory. Indeed, Article 41 belongs to the secondary rules of state responsibility which by definition cannot be peremptory. The obligation under Article 41 can thus be weighed against other considerations and humanitarian considerations prevailed in the situation of Kosovo.“

⁵⁶ Vgl. supra 125 ff.

⁵⁷ Vgl. hierzu Trahan, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 42–80.

⁵⁸ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 85 (commentary to Art. 26, para. 5): „So far, relatively few peremptory norms have been recognized as such. [...] Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination.“

⁵⁹ Johnstone, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337 (348): „[The ILC] deliberately left open the possibility that some uses of force short of aggression, though unlawful, might not constitute violations of a peremptory norm, and that therefore necessity may be pleaded.“

⁶⁰ Eine parallele Diskussion über diese Frage stellt sich auch im Rahmen des internationalen Strafrechts. Die Einigung auf die Einfügung des Aggressionstatbestands in Art. 8bis des Rom-

Die hier aufgeworfenen Fragen sollen nicht weiter vertieft werden. Es sollte gezeigt werden, dass es – wenn auch angreifbare – Argumentationsstrategien dahin gibt, die Anwendbarkeit der Notstandsverteidigung nach Artikel 25 ARSIWA nicht am *ius-cogens*-Charakter des Gewaltverbots scheitern zu lassen.

3. Voraussetzungen des Notstands, Artikel 25 Abs. 1 ARSIWA

Die inhaltlichen Anforderungen für die Anrufung eines Notstands regelt Artikel 25 Abs. 1 ARSIWA. Darin heißt es:

„Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.“

Die Grundstruktur des Artikel 25 Abs. 1 ARSIWA stellt klar, dass die Anrufung des Notstands hohen Hürden unterliegen soll. Anstatt positiv zu statuieren, dass Notstand unter bestimmten Bedingungen angerufen werden kann, wählt die Vorschrift einen negativen Ausgangspunkt („may not be invoked [...] unless“) und unterstreicht damit die über ein allgemein übliches Regel-Ausnahme-Verhältnis hinausgehende Besonderheit dieses Rechtsinstituts.⁶¹

Das geschützte wesentliche Interesse eines Staates ist offen formuliert. Bedrohungen der Existenz eines Staates sind die offensichtlichsten Fälle,⁶² letztlich aber hängt die Bewertung von den Umständen des Einzelfalls ab.⁶³ Grundsätzlich kommt damit auch die Verhinderung erheblicher Menschenrechtsverletzun-

Statuts (Rome Statute of the International Criminal Court, Rom, 17. Juli 1998, 2187 UNTS 3, in der Fassung der Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 11. Juni 2010, UN Doc. C.N.651.2010.TREATIES-8, 29. November 2010) hat die Frage aufgeworfen, ob z. B. die Beteiligung an humanitären Interventionen vor dem IStGH als Aggression verfolgbar wäre. Art. 8bis des Rom-Statuts definiert einen Akt der Aggression als eine Gewaltanwendung, die „by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations“. Diese Anforderungen werden teils so interpretiert, dass sie die Anwendung des Aggressionstatbestands für (eng verstandene) humanitäre Intervention ausschließen. Vgl. zur umfassenden Diskussion der Probleme *Kreß*, in: *Kreß/Barriga* (Hrsg.), *The Crime of Aggression*, Bd. I, 2017, S. 412 (489–502, 524–526); *Traban*, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 42–80. Claus *Kreß* z. B. argumentiert, dass es sich bei einer humanitären Intervention nicht um eine „manifest violation of the UN Charter“ handle; *Kreß*, *Proceedings of the American Society of International Law* 105 (2011), 160 (162).

⁶¹ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 83 (commentary to Art. 25, para. 14). ILC, Commentary to Article 50, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, 248.

⁶² *Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 307.

⁶³ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 83 (commentary to Art. 25, para. 15).

gen als ein wesentliches Interesse in Betracht. Die inhaltlich aufgestellten Anforderungen sind allerdings sehr hoch. Nicht nur muss es dem handelnden Staat um den Schutz eines wesentlichen Interesses vor einer schwerwiegenden und gegenwärtigen Gefahr gehen. Die im Notstand vorzunehmende Handlung muss auch die einzige Möglichkeit für den Staat darstellen, das besagte wesentliche Interesse zu schützen.

Die größte argumentative Hürde aber dürfte in den meisten Fällen darin bestehen, dass nach Artikel 25 Abs. 1 lit. b) ARSIWA ein Notstand nur dann greift, wenn kein wesentliches Interesse des von einer Intervention betroffenen Staates (oder der internationalen Gemeinschaft) tangiert ist. Die Formulierung der ARSIWA scheint an dieser Stelle schlicht das Gewicht des beeinträchtigten Interesses in Betracht zu ziehen, ohne dieses ins Verhältnis zum zu schützenden Interesse zu setzen. Dies aber wäre eine unübliche und auch unplausible Lesart des Notstands. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Prinzip des Notstands muss auch nach Maßgabe der ARSIWA, ausweislich der Formulierung des Kommentars zu Artikel 25 ARSIWA, eine Interessenabwägung erfolgen:

„In other words, the interest relied on must outweigh all other considerations, not merely from the point of view of the acting State but on a reasonable assessment of the competing interests, whether these are individual or collective.“⁶⁴

Verlangt wird eine Abwägung im Einzelfall, die hier nicht in Allgemeinheit vorgezeichnet werden kann. Generell ist für diese Abwägung mit Blick auf einen möglichen Einsatz militärischer Gewalt gegen einen anderen Staat aber von Bedeutung, dass es sich beim Schutz der territorialen Integrität um ein Kerninteresse jedes Staates handelt, das folglich auch mit erheblichem Gewicht in die Abwägung einzustellen ist.⁶⁵ Auch wären jedenfalls bei umfangreichen humanitären Interventionen (zum Beispiel im Rahmen der NATO geführten Kosovointervention) auch die konkreten Folgen zu berücksichtigen, die durch Kollateralschäden (auch) zu Lasten der Zivilbevölkerung entstehen. Nicht zuletzt wären auch antizipierbare Folgewirkungen in den Blick zu nehmen. So wurden beispielsweise im Nachgang der Kosovointervention serbischstämmige Bevölkerungsteile⁶⁶ und Angehörige von Minderheiten wie den Roma⁶⁷ aus dem Kosovo vertrieben.⁶⁸

⁶⁴ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 84 (commentary to Art. 25, para. 17).

⁶⁵ Roberts, in: Alston/Macdonald (Hrsg.), Human Rights, Intervention and the Use of Force, 2008, S. 179 (187): „The use of force is likely to impair an essential interest of the state whose territory is violated.“

⁶⁶ Vgl. Hilpold, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), 779 (790).

⁶⁷ Cahn, German Law Journal 8 (2007), 81 (93).

⁶⁸ Nach Schätzungen des UNHCR flohen im Nachgang der NATO-Intervention etwa 180.000 Angehörige der serbischstämmigen Bevölkerung aus dem Kosovo: *del Mundo/Wilkinson*, Refugees 3, Nr. 116 (1999), 4 (11); vgl. auch Hilpold, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), 779 (790); vgl. hinsichtlich der Effekte für die im Kosovo lebenden Roma: Cahn, German Law Journal 8 (2007), 81.

Die geforderte Interessenabwägung stellt also hohe, keineswegs aber unerfüllbare Anforderungen an die Notstandslage.

4. Ausschluss der Anrufung eines Notstandsrechts, Artikel 25 Abs. 2 ARSIWA

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Notstand nach Artikel 25 ARSIWA steht unter den weiteren Voraussetzungen des Artikel 25 Abs. 2 ARSIWA. Diese Vorschrift besagt:

„In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) the State has contributed to the situation of necessity.“

Das Merkmal (b) betrifft die Beteiligung des sich auf Notstand berufenden Staates an der Herbeiführung der Notstandslage. Es ist einzelfallbezogen und könnte mit Blick auf Fragen des Gewaltverbots etwa dann relevant werden, wenn ein Staat zunächst zur Destabilisierung eines Landes beigetragen hat (zum Beispiel durch eine völkerrechtswidrige Unterstützung von Aufständischen) und alsdann auf der Grundlage einer sich dort ereignenden bürgerkriegsbedingten katastrophalen humanitären Situation intervenieren möchte.

Relevant auf der allgemeinen Ebene ist indessen die Voraussetzung (a). Hiernach ist eine Berufung auf Notstand ausgeschlossen, wenn die fragliche internationale Pflicht (hier das Gewaltverbot) die Möglichkeit der Anrufung des Notstandes ausschließt. Dies kann explizit erfolgen, und der Kommentar zu Artikel 25 ARSIWA erwähnt insoweit „certain humanitarian conventions applicable to armed conflict“, ohne diese näher zu bestimmen.⁶⁹

Aber auch implizit ist ein derartiger Ausschluss möglich. Dieser folgt dann aus dem Sinn und Zweck einer entsprechenden Rechtsregel: „In such a case the non-availability of the plea of necessity emerges clearly from the object and the purpose of the rule.“⁷⁰

Ein gutes Beispiel für solch einen impliziten Ausschluss kann man ganz generell in den Regeln des humanitären Völkerrechts sehen. Das humanitäre Völkerrecht stellt allgemein ein Regelungsregime dar, das in Ausnahmesituationen anzuwenden ist; insoweit ist die Notstandslage geradezu der Normalfall. Daher kann außer bei ausdrücklicher Bestimmung kein allgemeiner Rückgriff auf Notstandserwägungen erfolgen.⁷¹

⁶⁹ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 84 (commentary to Art. 25, para. 19).

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ *Sassòli*, International Review of the Red Cross 84 (2002), 401 (416): „Indeed, international humanitarian law is a law that was made for armed conflicts, which are by definition emergency

Die Frage ist, ob auch die Regeln über das Gewaltverbot implizit davon ausgehen, dass eine Berufung auf Notstand ausgeschlossen sein soll. Hierfür spricht eine Reihe von Erwägungen.

Erstens betreffen die Regeln des Gewaltverbots stets Entscheidungen, die einen Ausnahmecharakter aufweisen und die regelmäßig getroffen werden, um eine existenzielle Absicherung von Grundelementen der Staatlichkeit – insbesondere die territoriale Integrität und politische Unabhängigkeit eines Staates – zu sichern. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Entscheidung über den Einsatz militärischer Gewalt nicht leichtfertig erfolgt, sondern dass seitens der Staaten eine gewisse Zwangslage gesehen wird, die die potenziell folgenschwere Entscheidung rechtfertigt. Die Idee eines allgemeinen Gewaltverbots besteht nun gerade in der Limitierung der zulässigen Gründe, unter denen eine Beteiligung im Ausnahmefall dennoch zulässig ist. Die in den Regeln über das Gewaltverbot enthaltene Wertung ist, dass bis zur Einschlägigkeit eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes ein Gewalteinsatz unterbleiben muss. So findet beispielsweise nach den bestehenden Regeln eine Zwangslage in Form einer Sicherheitsbedrohung für einen Staat erst dann Anerkennung, wenn ein bewaffneter Angriff gegeben ist. Wollte man nun unterhalb dieser Schwelle eine – wenn auch nur entschuldigende – Berufung auf Notstand zulassen, so würde der vom Gewaltverbot generell verfolgte Zweck unterlaufen werden.

Die Annahme einer Exkulpationsmöglichkeit beruht fernerhin auf der Überzeugung, dass die Praxis der Staaten überhaupt hinreichend zwischen der Ebene der Rechtfertigung und der Entschuldigung differenziert.⁷² Thomas Franck hält diese Differenzierung zwar grundsätzlich für möglich, betont aber auch die Schwierigkeit in der Ziehung klarer Grenzen: „[...] the distinction between what is justified (exculpated) and what is excusable (mitigated) is so fine as to be of pure (yet also considerable) academic interest“.⁷³ Da die Exkulpierung letztlich von Staaten (und gegebenenfalls auch internationalen Organisationen) artikuliert werden muss, kommt es entscheidend darauf an, ob sich in deren Praxis eine hinreichende Trennschärfe widerspiegelt. Daran aber bestehen ernsthafte Zweifel.⁷⁴ Die Kosovo-intervention beispielsweise wurde von vielen Staaten und Staatengruppen mit unterschiedlichen Formulierungen kritisiert. Die Mitgliedsstaaten der Rio Gruppe zum Beispiel „bedauerten“ die Intervention und verwiesen auf den Umstand, dass regionale Organisationen keine Zwangsmaßnahmen ohne Sicherheitsratsautorisierung vornehmen dürften.⁷⁵ Die Interparlamentarische Versammlung der Gemein-

situations. It therefore implicitly excludes the defence claim of necessity, except where explicitly stated otherwise in some of its rules.“

⁷² *Johnstone*, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337 (380): „My own view is that the international system is capable of rendering such nuanced judgments“; vgl. ebd., 356.

⁷³ *Franck*, *Recourse to Force*, 2002, S. 191.

⁷⁴ *Roberts*, in: *Alston/Macdonald* (Hrsg.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, 2008, S. 179 (192): „While this mitigation analysis seems intuitively plausible, the distinctions between justification, excuse, and mitigation are blurry in the international system.“

⁷⁵ Communiqué issued on 25 March 1999 by the Rio Group, UN Doc. A/53/884, S/1999/347,

schaft Unabhängiger Staaten⁷⁶ bewertete die Kosovointervention als „a challenge to the current system of international relations“ und forderte „the most resolute action to halt NATO military action and resume the process of negotiations“.⁷⁷ Einige Staaten bezeichneten die Intervention als einen Akt der Aggression.⁷⁸ Wollte man nun die Differenzierung zwischen Rechtfertigungsgründen und Entschuldigungsgründen strikt anwenden, so könnte man viele der staatlichen Äußerungen, in denen eine Intervention verurteilt wird, allein der Ebene der Rechtswidrigkeit zuschreiben und dennoch argumentieren, dass dies einer Entschuldigung nicht entgegenstehe. Wäre zum Beispiel das von der Rio Gruppe zum Ausdruck gebrachte Bedauern dahingehend interpretierbar, dass es zwar die Illegalität der Intervention annehmen soll, eine Entschuldigung aber gleichwohl zulässt? Der Versuch einer solchen Differenzierung steht vor dem Problem, dass Staaten (jedenfalls außerhalb zugespitzter konfrontativer Lagen) in aller Regel für die Bewertung des Verhaltens anderer Staaten (mit denen sie sich ja vielfach in kooperativen Verbindungen befinden) eine mäßige Sprache verwenden. Es handelt sich um diplomatische Stellungnahmen, die oftmals nicht den Grad an Differenzierung aufweisen, den die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung letztlich verlangen würde. Insofern trägt die Exkulpationslösung an den internationalen politischen Prozess eine Differenzierung heran, die sich dort nur schwerlich widerspiegelt und auch gleichfalls schwerlich zu operationalisieren ist.

Daraus resultiert ein drittes Problem: Unter Zugrundelegung der Möglichkeit einer Exkulpation würde die Frage nach der Legalität einer Intervention an Bedeutung verlieren, da nunmehr als zusätzliche Argumentationsstrategie die Ebene der Entschuldigung eröffnet wäre. Für Staaten würde es im Ergebnis unter Gesichtspunkten der normativen Vertretbarkeit einer Intervention (im Heimatstaat aber auch gegenüber anderen Staaten) keinen gewichtigen Unterschied machen, ob sie gerechtfertigt oder entschuldigt handeln. In diesem Sinne argumentiert zum Beispiel Stefan Oeter, dass das „Erlaubtsein‘ i. S. der ‚allgemeinen Regel‘ [des Völkerrechts ...] nicht immer zwingend einen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungstatbestand verlangen [wird], sondern [...] im Einzelfall auch andere Formen der ‚circumstances precluding wrongfulness‘ akzeptieren“ müsse, nämlich eben Entschuldigungsgründe.⁷⁹ Oeters Interpretation veranschaulicht, dass aus der Sicht

26. März 1999: „The Rio Group also regrets the recourse to the use of force in the Balkan region in contravention of the provisions of Article 53, paragraph 1, and Article 54 of the Charter of the United Nations“.

⁷⁶ Bestehend aus der Mehrzahl der ehemaligen Sowjetrepubliken.

⁷⁷ Declaration adopted by the Inter-Parliamentary Assembly of States members of the Commonwealth of Independent States concerning military operations by the North Atlantic Treaty Organization (NATO) in the territory of the Federal Republic of Yugoslavia, Annex II zu UN Doc. A/53/920, S/1999/461, 22. April 1999.

⁷⁸ UN-Sicherheitsrat, 3988. Sitzung, 24. März 1999, UN Doc. S/PV.3988, 3 (Russland); ebd., 13 (China); ebd., 15 (Belarus); ebd., 16 (Indien) UN-Sicherheitsrat, 3989. Sitzung, 26. März 1999, UN Doc. S/PV.3989, 12 (Kuba).

⁷⁹ Oeter, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 42 (2000), 89 (95).

einzelner Staaten eine Differenzierung nach Rechtfertigung (Legalität) oder Entschuldigung (legitime Illegalität) zu Gunsten einer übergreifenden Kategorie des „Erlaubtseins“ verdrängt werden könnte. Denkbar ist sogar, dass der Rechtsbruch begünstigt würde: Auf der Grundlage der Exkulpationslösung handelte ein intervenierender Staat zwar nicht legal, dafür aber entschuldigt (und legitim), was gegenüber einem zwar legalen, aber doch illegitimen Verhalten durchaus vorzugswürdig scheinen mag. Anthea Roberts vermutet daher zu Recht, dass die Annahme einer Exkulpationsmöglichkeit den Fokus von staatlichem Verteidigungsvorbringen von der Ebene der Legalität hin zu Fragen der Legitimität verschieben würde.⁸⁰

Die Eröffnung einer weiteren Ebene zur Verteidigung einer Intervention begründet, viertens, im Ergebnis die Gefahr einer allgemeinen Normerosion. Zwar ist es die ursprüngliche Intention von Verfechtern der Exkulpationslösung, dass die Möglichkeit einer Entschuldigung letztlich die Primärnorm des Gewaltverbots intakt lässt, da eine Ausnahme nur einzelfallbezogen wirkt: „The plea of necessity leaves the existing law relatively intact“, wie Johnstone ausführt.⁸¹ Letztlich aber eröffnet die Entschuldigungsebene einen weiteren argumentativen Raum, in dem durch die Referenz auf Legitimitätskriterien weniger strenge Regeln gelten als für die Legalität. Damit wird die Verbindlichkeit der Primärnorm geschwächt, nicht zuletzt weil die Signalfunktion der Norm des Gewaltverbots dadurch gemindert wird, dass eine in den Konturen diffuse Klasse von Legitimitätsabwägungen rechtlich – wenn auch nur auf der Ebene der Entschuldigung – anerkannt wird. Das Bestehen einer Entschuldigungsebene leistete der Auffassung Vorschub, dass es ein normierter (und damit „normaler“) Zustand ist, dass völkerrechtliche Primärpflichten gebrochen werden. Das ausgesendete Signal wäre unweigerlich, dass ein Bruch primärer völkerrechtlicher Pflichten nicht so schwer wiegt, weil er nachvollziehbar und daher nicht vorwerfbar ist. Die Geltung des Rechts würde unterminiert, indem der Rechtsbruch normalisiert würde.⁸²

Fünftens und letztens ist in diesem Zusammenhang jedenfalls auch erwähnenswert, dass die ILC selbst in ihren Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit eine Regelung von Fällen wie dem der humanitären Intervention nicht beabsichtigte. Es gibt, wie James Crawford ausführt, „controversies the ARSIWA do not put to rest.“⁸³ Im Kommentar zu Artikel 25 ARSIWA heißt es insoweit ausdrücklich:

⁸⁰ Roberts, in: Alston/Macdonald (Hrsg.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, 2008, S. 179 (180): „This approach also shifts the focus away from questions of legality and towards questions of legitimacy, which can undermine the law and risks manipulation.“

⁸¹ Johnstone, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337 (388); vgl. auch Lowe, *European Journal of International Law* 10 (1999), 405 (410); Vidmar, *Jean Monnet Working Paper* 08 (2015), 1 (30).

⁸² Cogan, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (204): „[A]ny breach of an international obligation can undermine not only the authority of the primary rule breached but also the authority and integrity of the international legal system itself because it undermines the assumption that states must comply with international law.“

⁸³ Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 315.

„As embodied in article 25, the plea of necessity is not intended to cover conduct which is in principle regulated by the primary obligations. This has a particular importance in relation to the rules relating to the use of force in international relations and to the question of ‚military necessity‘. It is true that in a few cases, the plea of necessity has been invoked to excuse military action abroad, in particular in the context of claims to humanitarian intervention. The question whether measures of forcible humanitarian intervention, not sanctioned pursuant to Chapters VII or VIII of the Charter of the United Nations, may be lawful under modern international law is not covered by article 25.“⁸⁴

Die ILC stellte sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die entsprechenden Fragen auf der Ebene der Primärnorm zu adressieren seien, und wandte sich damit gegen die Möglichkeit einer entschuldigenden Wirkung im Hinblick auf Verstöße gegen das Gewaltverbot.⁸⁵

5. Keine Exkulpationsmöglichkeit

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Exkulpationsmöglichkeit *de lege lata* nach Maßgabe der ARSIWA nicht besteht. Sie kann auch nicht auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne von Artikel 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut gestützt werden.⁸⁶ Ein solcher Rechtsgrundsatz des übergesetzlichen Notstands scheint mit der erforderlichen Kontur nicht zu bestehen. Zwar wird beispielsweise in der deutschen Strafrechtsdogmatik ein entsprechender übergesetzlicher Notstand weitgehend für anwendbar gehalten.⁸⁷ Mit dieser dogmatischen Figur soll auf eine Pflichtenkollision reagiert werden, auf Grundlage derer sich eine Tat als im Ergebnis nicht vorwerfbar darstellt.⁸⁸ Allerdings sind die konkreten Konturen dieses Prinzips des übergesetzlichen Notstands weithin ungeklärt.⁸⁹ Es erscheint zumal ein weiterer, inhaltlich voraussetzungsreicher Schritt zu sein, dieses vage Prinzip auch zur Entschuldigung für die Verletzung eines Fundamentalprinzips der internationalen Ordnung in Anschlag zu bringen.

Ungeachtet dieses Mangels an positiv-rechtlicher Verankerung der Exkulpation für völkerrechtswidrige Militärinterventionen stellt sich diese Möglichkeit auch

⁸⁴ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 84 (commentary to Art. 25, para. 21).

⁸⁵ ILC, ARSIWA, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 84 (commentary to Art. 25, para. 21): „[W]hile considerations akin to those underlying article 25 may have a role, they are taken into account in the context of the formulation and interpretation of the primary obligations.“

⁸⁶ So aber *Ipsen*, Die Friedens-Warte 74 (1999), 19 (22).

⁸⁷ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, Vorbem. § 32, Rn. 115 ff.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2018, Vorbem. § 32, Rn. 31; OLG Hamm, Urteil vom 28. Oktober 1975, 5 Ss 210/75, Neue Juristische Wochenschrift 1976, 721, 722; offen gelassen vom BGH, 15. September 1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 350.

⁸⁸ *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, Vorbem. §§ 32 ff., Rn. 292 ff.

⁸⁹ *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 35, Rn. 54.

unter einer Perspektive *de lege ferenda* nicht als wünschenswert dar. Ungeachtet der diskutierten Versuche, die Büchse der Pandora sozusagen nur einen Spalt weit zu öffnen – die Berufung auf Notstand nur für die wenigen tatsächlich legitimen Fälle zu erlauben –, zeigt sich, dass eine Eingrenzung des Konzeptes nicht möglich ist. Sehen es die Verfechter der Exkulpationslösung zwar als den Vorzug ihrer Lösung an, dass die Primärnorm intakt gelassen wird, so zeigt sich im Ergebnis aber, dass die allgemeine Normierung einer separaten Klasse von Entschuldigungsgründen negative Auswirkungen auf das Gewaltverbot haben würde.

In diesem Sinne ist der älteren Kritik am Konzept des Notstandes – jedenfalls für den Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots – zuzustimmen. Die Berufung auf einen Notstand beinhaltet hier in der Tat, wie Waldock formulierte, eine „rejection of law“, wenn auch nur mit Blick auf den konkreten Fall. Diese soll zwar beschränkt werden auf die wirklichen Zwangslagen. Notstand aber ist ein Konzept, das – wie Higgins feststellt – „cannot be kept within proper bounds“.⁹⁰

Die Annahme einer Exkulpationsmöglichkeit führt letztlich dazu, dass die Ebenen von Legalität und Moralität verschwimmen, da die moralischen Maßstäbe letztlich auch auf der Ebene der rechtlichen Einordnung relevant werden (wenn auch nur auf der Ebene der Entschuldigung). Brownlie hat diese Vermischung der Ebenen als Charakteristikum des *ius ad bellum* vor Bestehen eines generellen Gewaltverbots ausgemacht und sie als eine wesentliche Schwierigkeit in der Entwicklung eines allgemeinen Rechtsrahmens für den Einsatz zwischenstaatlicher Gewalt angesehen:

„[T]he attempt to use vague categories of intervention and self-preservation to give a veneer of legality and morality to the exercise of the right of war or to the numerous interventions which occurred in this period obscured the situation and complicated the task of creating an adequate legal régime for the use of force.“⁹¹

Wir sollten das bestehende Rechtsregime also durch eine Vermengung von Legalität und Legitimität nicht in Mitleidenschaft ziehen, sondern die Klarheit der rechtlichen Vorgaben so weit als möglich bewahren.

IV. Notstand und Illegalität: Rechtsfolgenlösung

Wenn also eine Entschuldigung von Verstößen gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot weder im bestehenden Recht verankert noch normativ wünschenswert ist, wie sollte dann mit möglichen, eingangs diskutierten Widersprüchen zwischen Recht und Moral in Einzelfällen umgegangen werden?

Richtigerweise muss der Widerspruch auf der Ebene der Rechtsfolgen behandelt werden. Im Gegensatz zu Versuchen, den Ausnahmecharakter von als mora-

⁹⁰ Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, 1963, S. 218.

⁹¹ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 48f.

lisch geboten angesehenen Rechtsverstößen positivrechtlich zu verankern, liegt die bessere rechtliche Strategie darin, die Ebene der primären völkerrechtlichen Pflicht unangetastet zu lassen. Thomas Franck und Nigel Rodley betonen zu Recht, dass „in human experience it has proven wiser to outlaw absolutely conduct which, in practical experience, is almost invariably harmful, rather than try to provide general exceptions for rare cases“.⁹² Was für rechtfertigende Ausnahmen gilt, trifft allerdings auch für Entschuldigungsgründe zu. Denn eine Normierung des Ausnahmezustandes trägt unweigerlich zu dessen Normalisierung bei, so dass der Rechtsbruch im Notstand zu einer letztlich anerkannten Handlungsoption wird.

Demgegenüber ist es besser, den Bereich eines Notstandes im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot unreguliert zu lassen und auf die Besonderheiten des Einzelfalls auf der Ebene der Rechtsfolgen zu reagieren.⁹³ Das völkerrechtliche Gewaltverbot gibt einen normativen Rahmen, es bestimmt aber nur wenig darüber, wie auf einzelne Verstöße zu reagieren ist.⁹⁴ Die Ebene der Rechtsfolgen eines Verstoßes ist weithin dem multipolaren internationalen Prozess anheimgegeben, wiewohl selbstverständlich in Fragen der internationalen Sicherheit und der Friedenssicherung dem UN-Sicherheitsrat besonderes Gewicht zukommt. Letztlich obliegt die Bewertung einer Intervention der „jury of states“,⁹⁵ die in ihren Reaktionen auf Verstöße gegen das Gewaltverbot differenziert vorgehen und die jeweiligen Umstände des Einzelfalls berücksichtigen kann, insbesondere die jeweiligen Motivationen eines Akteurs, die Folgen der Intervention sowie die konkrete Art und Weise ihrer Ausführung.⁹⁶ Das Reaktionsspektrum ist weit gefächert. Es reicht von umfangreichen militärischen und wirtschaftlichen Sanktionen über die einfache Artikulation von Missbilligung und das Schweigen eines Staates bis hin zu der Äußerung, dass die Vornahme einer illegalen Handlung nachvollziehbar gewesen sei.

Eine derartige Rechtsfolgenlösung ist gegenüber der beschriebenen Exkulpationslösung vorzugswürdig, weil sie die Signalfunktion der völkerrechtlichen Primärnorm klar aufrechterhält. Wiewohl Thomas Franck im Ergebnis doch der Exkulpationslösung zuneigt, trifft der in seinem Aufsatz *Break it, Don't Fake it* geäußerte Appell einen wichtigen Punkt. Franck macht sich dafür stark, dass Staaten

⁹² Franck/Rodley, *American Journal of International Law* 67 (1973), 275 (290).

⁹³ In diese Richtung argumentieren auch Michael Byers und Simon Chesterman, die von einer „exceptional illegality“ sprechen: *Byers/Chesterman*, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 177 (198).

⁹⁴ Eine dieser wenigen Regelungen betrifft z. B. die bereits kurz diskutierte Rechtspflicht, dass die durch einen Verstoß gegen eine Norm des zwingenden Völkerrechts herbeigeführte Situation von anderen Staaten nicht anerkannt werden darf, vgl. Art. 41(2) ARSIWA.

⁹⁵ Franck, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 204 (230).

⁹⁶ Roberts, in: Alston/Macdonald (Hrsg.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, 2008, S. 179 (210f.): „Even when a use of force is considered to be illegal, many factors are relevant to assessing the gravity of that use of force, including the motivations for intervention (for example, aggression or humanitarian intervention) and the level of harm caused (for example, temporary or permanent infringement of sovereignty). These factors play a role in determining the likelihood and gravity of condemnations following a use of force, which then play a role in developing customary international law.“

einen Widerspruch zum Recht klar benennen sollten, anstatt sich durch treuwidrige Rechtfertigungen oder die Behauptung allgemeiner Rechtssätze für besondere Ausnahmefälle zu verteidigen:

„If, in a particular instance, a general law inhibits doing justice, then it is up to each member of the community to decide whether to disobey that law. If some so choose, however, their best strategy is not to ridicule, let alone change the law: it is to proffer the most expiating explanation of the special circumstances that ordained their moral choice.“⁹⁷

Die Begründungslast an eine solche moralische Entscheidung ist im besonderen Maße hoch, wenn ein Staat sich nicht auf eine entschuldigende Ausnahme berufen kann, sondern durch Vorbringen zwingender moralischer Gründe gleichsam Nachsicht im konkreten Fall auf der Ebene der Rechtsfolgen ersucht.

⁹⁷ *Franck*, *Foreign Affairs* 78, Nr. 4 (1999), 116 (118).

§9. Rechtsanwendung und Konflikte in den Grauzonen des Rechts

Bislang haben wir uns zunächst Streitigkeiten um die Anwendung des Rechts zugewendet (§7), Streitigkeiten also, für die die Parteien die Einschlägigkeit einer Rechtsnorm unterstellten, über deren konkrete Anwendung sie allerdings wegen Uneinigkeit über die der Rechtsanwendung zugrunde zu legenden Fakten oder wegen interpretatorischer Differenzen über die Auslegung der Rechtsnormen keine Einigkeit erzielen konnten. Alsdann widmete sich §8 Rechtsbrüchen, die aus Notstandsgesichtspunkten gerechtfertigt wurden, um damit letztlich das völkerrechtliche Gewaltverbot wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zur Anwendung zu bringen.

Einzelfallbezogene Anwendungsstreitigkeiten können aber auch Effekte für die Ebene der abstrakt-generellen Reichweite einer Rechtsnorm zeitigen. Dann schlagen Anwendungsdiskurse auf die Ebene der Normbegründung durch. Hierzu kann es kommen, wenn Streitigkeiten über die Anwendung einer Norm im Hinblick auf einen bestimmten Situations- und Konflikttypus wiederholt auftreten, ohne dass sie einer verbindlichen Entscheidung zugeführt würden. In diesen Fällen haben wir es nicht mehr nur mit einem einzelfallbezogenen Anwendungsstreit zu tun, sondern aus dem wiederholten Aufkommen einer streitigen Rechtsfrage entsteht auf abstrakt-genereller Ebene ein Konflikt über den Inhalt der Rechtsnorm.¹ Die rechtliche Unsicherheit in der Anwendung auf den einzelnen Fall verdichtet sich ob der Wiederholung zu einer abstrakt-generellen Unsicherheit über die Anwendbarkeit und Reichweite einer Norm – es bildet sich, was wir als Grauzonen des Rechts bezeichnen können. Diese Grauzonen sind Bereiche, für die im Hinblick auf die Anwendung des Rechts ein *non liquet* besteht – eine Situation, in der rechtsimmanent die aufgeworfene abstrakt-generelle Rechtsfrage nicht zu entscheiden ist.

Diese Grauzonen folgen eigenen Dynamiken, und sie erfüllen spezifische Funktionen im dezentralen völkerrechtlichen System. Im Folgenden soll zunächst der Begriff der Grauzone des Rechts geschärft werden (I.). Alsdann werden die Strategien der Erzeugung und Aufrechterhaltung von Grauzonen analysiert (II.). Unter III. werden Grauzonen des Rechts als Gefahr und Möglichkeit für die völkerrechtliche Ordnung analysiert und schließlich unter IV. der spezifische Charakter von Illegalität in den Grauzonen des Rechts.

¹ Vgl. insoweit bereits die parallelen Diskussionen in der politikwissenschaftlichen Normenforschung supra 185–189.

I. Die Grauzonen des Rechts

Wir haben in §7 gesehen, dass Streit um die Anwendung des Rechts für Recht im Allgemeinen und für das Völkerrecht im Besonderen kennzeichnend ist und als solches keine Pathologie begründet. Werden Rechtsstreitigkeiten entschieden, trägt solcher Anwendungsstreit gar zu einer Konkretisierung der Rechtsordnung bei und kann somit für die Völkerrechtsordnung im Hinblick auf die Erhöhung von Rechtssicherheit zuträglich sein. Werden Rechtsstreitigkeiten nicht entschieden (mangels Zuständigkeit von Gerichten und mangels Eindeutigkeit der internationalen Reaktionen), so kann die Anrufung des Rechts gleichwohl zu einer Bekräftigung der Rechtsordnung führen, da die von allen Seiten angerufenen Normen durch die Bezugnahme performativ Bestätigung finden.²

Bleiben Rechtsstreitigkeiten unentschieden, so mag dies in vielen Fällen jenseits dieser Bestätigung der angerufenen Normen über den Einzelfall hinaus keine weit reichende Bedeutung haben. Wenn in einem konkreten Fall beispielsweise nicht entschieden wird, ob eine Selbstverteidigungshandlung verhältnismäßig war oder sich doch bereits als ein rechtswidriger Exzess darstellt, so hat dies zumeist keine signifikanten Auswirkungen auf das Recht im Allgemeinen. Die entsprechende Anwendungsfrage stellt sich bei jeder Verteidigungshandlung erneut, und die Fälle sind derart unterschiedlich gelagert, dass die Nichtentscheidung über Legalität und Illegalität wenig Auswirkungen für andere Fälle zeitigt.

Es gibt allerdings auch Konstellationen, in denen die Uneinigkeit in der Rechtsanwendung im konkreten Fall letztlich auch eine allgemeine Uneinigkeit über die rechtlichen Vorgaben reflektiert und diese Uneinigkeit noch befördert. In diesen Konstellationen ist alsdann nicht mehr allein die Anwendung des Rechts auf den einzelnen Fall thematisch, sondern es kristallisiert sich in und durch den Anwendungsstreit eine Uneinigkeit über die abstrakt-generelle Rechtslage heraus. Es wird also der vom Recht gezogene Rahmen selbst problematisch. Hierdurch entsteht eine fortgesetzte Uneinigkeit über die Rechtslage selbst, die wir hier als Grauzone des Rechts bezeichnen wollen.

Solche Grauzonen des Rechts können auf verschiedene Weisen entstehen. Einerseits besteht die Möglichkeit, dass neue empirische Phänomene aufkommen, für die einstweilen ungewiss ist, ob und gegebenenfalls wie die rechtlichen Kategorien angewendet werden können. Eine derartige Ungewissheit besteht beispielsweise im Bereich von Computernetzwerkoperationen, für die international umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen die Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots Anwendung finden.³ Insbesondere das Fehlen einer einschlägigen Praxis und damit entsprechender Präzedenzfälle verstärkt die Ungewissheit der Rechtslage.

Grauzonen des Rechts können aber auch dadurch entstehen, dass der Inhalt bestehender Rechtsnormen durch gegenläufige Praxis in Frage gestellt wird. Dieses

² Vgl. *supra* 209ff.

³ Vgl. *supra* 58ff.

Phänomen der Infragestellung des Rechts durch illegale Handlungen werden wir in §10 noch eingehend als „legislative Illegalität“ untersuchen.⁴ Hier entscheidend ist allein, dass der Inhalt einer völkerrechtlichen Norm durch gegenläufige Praxis derart unsicher werden kann, dass es Gegenstand berechtigten Streits wird, ob für eine bestimmte Intervention ein rechtfertigender Tatbestand einschlägig ist oder nicht. Eine vormals verfestigte und klare Norm kann dergestalt aufgeweicht werden. Historisch finden wir eine solche Entwicklung zum Beispiel im Hinblick auf die Phase der Dekolonialisierung, in der die Ausübung von Hoheitsgewalt in den Kolonien zunächst als ein souveränes Recht der Kolonialstaaten erachtet wurde, diese Rechtsauffassung dann allerdings Unterstützung verlor und es vielmehr als völkerrechtlich zulässig gewertet wurde, den antikolonialen Befreiungskampf zu unterstützen.⁵ In der heutigen Debatte finden wir eine rechtliche Unsicherheit dahingehend, ob die Rettung von Staatsangehörigen aus existenziellen Notsituationen als eigenständiger Rechtfertigungsgrund angesehen werden kann.⁶ Gegenwärtig besteht eine Unsicherheit der Rechtslage ferner im Hinblick auf die Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure. Ob es hier zu einer Erweiterung des vormals staatszentrierten Selbstverteidigungsrechts gekommen ist, ist Gegenstand ausgiebiger Debatten.⁷

Streitigkeiten über den Inhalt des Rechts sind auch in nationalen Rechtsordnungen weit verbreitet. Im Völkerrecht aber sind sie von zentraler Bedeutung und prägen das Recht deutlich tief greifender als im nationalen Recht. Im nationalen Recht kommt es durch ein effektives institutionelles System, insbesondere durch die Gerichtsbarkeit, dazu, dass offene Rechtsfragen sukzessiv entschieden werden. Hier mag es zwar längere Phasen rechtlicher Unsicherheit geben. Die gerichtlichen Verfahren dauern oft lange, insbesondere bis ein für die Klärung einer grundlegenden Rechtsfrage geeigneter Fall letztlich dem obersten Gericht vorgelegt wird. Alles in allem aber besteht ein effizienter Rechtsweg und es ist zumeist möglich, Rechtssicherheit im Rahmen des institutionellen Systems herzustellen. Wenn auch der Inhalt der konkret getroffenen Entscheidung dann in rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen kritisiert werden mag, so trägt diese Entscheidung dennoch zu einer Sicherheit dahingehend bei, was das Recht im Hinblick auf den entschiedenen abstrakt-generalisierten Situationstypus gebietet.

Im institutionell unterentwickelten Völkerrecht liegt die beschriebene Unsicherheit deutlich mehr im Zentrum des Systems. Benjamin N. Cardozo hat in diesem Sinne für den US Supreme Court in *New Jersey v. Delaware* formuliert, dass das Völkerrecht zeitweise eine zwielichtige Existenz führe: „International law, or the law that governs between states, has at times, like the common law within states, a twilight existence during which it is hardly distinguishable from morality or justice, till at length the imprimatur of a court attests its jural

⁴ Vgl. *infra* §10.

⁵ Vgl. *supra* 33–36.

⁶ Vgl. *supra* 64–67.

⁷ Vgl. *supra* 37–45.

quality.“⁸ Antonio Cassese spricht von schwarzen Löchern („black holes“) und Schattenbereichen („shadowy areas“), innerhalb derer wegen der Abwesenheit gerichtlicher Entscheidungen jeder Staat frei sei, einer Rechtsregel eine ihm genehme Interpretation zu geben.⁹ Claus Kreß beschreibt das Gewaltverbot als einen völkerrechtlichen „Eckstein mit Grauzone“.¹⁰

Das Völkerrecht kann sich – das ist der Kern dieser Diagnosen – also im Hinblick auf bestimmte Rechtsfragen in einem Zustand des *non liquet* befinden. Das heißt, es ist über die in §7 diskutierten Probleme der Rechtsanwendung auf den konkreten Fall hinaus nicht klar, was das Recht auf abstrakt-genereller Ebene für einen bestimmten Situationstypus vorschreibt. Gleichzeitig besteht zumeist kein Zugang zu einer Institution, die eine fallbezogene Klärung dessen, was im konkreten Fall Recht ist, bewirken könnte (und damit auch zu einer Klärung der abstrakt-generellen Rechtslage beitragen könnte). Wie Crawford und Viles im Hinblick auf die Bestimmung einer konkreten völkerrechtlichen Norm (dort hinsichtlich der seerechtlichen Vorgaben betreffend den Festlandsockel) festhalten:

„We seem to have a case, within the momentary legal system of international law as it was on [... a specific day], of a question that cannot be answered, of conduct that was neither lawful nor unlawful (or perhaps contingently both).“¹¹

In anderen Worten: „[...] states may hold genuinely competing, legitimate views of what the law is“.¹²

Dieses *non liquet*-Phänomen mag von der Perspektive eines positivistischen Zugangs zum Recht aus befremdlich und kritikwürdig scheinen, ist es doch geradezu das Ziel rechtlicher Regulierung, dass eine binäre Einordnung von Verhalten getroffen werden kann. Insbesondere ist auch für die gerichtliche Entscheidungspraxis anerkannt, dass sich ein Spruchkörper nicht auf das Argument der Unentscheidbarkeit einer Rechtsfrage stützen kann. Hersch Lauterpacht führt aus, dass eine „prohibition of ‚non liquet‘“ als ein apriorisches Rechtsprinzip anzusehen sei.¹³

Im Hinblick auf die Spruchpraxis von Gerichten ist dem zuzustimmen. Gerichte können sich in der Tat der Entscheidung erheblicher Rechtsfragen nicht entzie-

⁸ U. S. Supreme Court, *New Jersey v. Delaware*, 291 U. S. 361 (1934).

⁹ Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, 1988, S. 39: „The point is that the Charter, especially article 51 and the principle of consent, is full of ‚black holes‘, or shadowy areas in which, since there are no judges, every state is free to lend the rule the interpretation it thinks fit.“

¹⁰ Kreß, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik* 12 (2019), 453 (472).

¹¹ Crawford/Viles, in: Ginther (Hrsg.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, 1994, S. 45 (67).

¹² Perina, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (570), Hervorhebung im Original.

¹³ Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, S. 63f.: „As a matter of fundamental legal principle, no express provision of the positive law is necessary in order to impose upon the judge the duty to give a decision, for or against the plaintiff, in every case brought before him. [...] It is impossible, as a matter of a priori assumption, to conceive that it is the will of the law that its rule should break down as the result of the refusal to pronounce upon claims.“

hen, ohne ihre eigentliche Aufgabe der Rechtsprechung zu vernachlässigen. Der Fall der Grauzonen des Rechts aber ist gerade durch die Abwesenheit einer zur Entscheidung befugten und zugleich zur Entscheidung bereiten Instanz gekennzeichnet. Daher kann im Völkerrecht neben die Unwägbarkeiten der Anwendung des Rechts (vgl. §7) auch eine weitere Unsicherheit der Rechtsanwendung treten, die sich aus der Offenheit und Ungeklärtheit der abstrakt-generellen Rechtslage ergibt.

In völkerrechtlichen Abhandlungen über konkrete Rechtsfragen findet sich die Annahme solcher Grauzonen des Rechts in vielfacher Weise ausgesprochen. Ein Blick auf die Debatte um die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts (insbesondere hinsichtlich nichtstaatlicher Akteure) verdeutlicht dies. Insoweit greifen Autorinnen und Autoren zu Formulierungen, die eine Tendenz ausdrücken, ohne sich aber konkret auf den Inhalt des Selbstverteidigungsrechts festzulegen. So wird zum Beispiel gesagt, dass sich das Recht anscheinend entwickelt habe,¹⁴ dass ein ausgedehntes Verständnis des Selbstverteidigungsrechts offenbar an Unterstützung gewinne; die Rede ist von Trends im Hinblick auf neue staatliche Pflichten in der Verhinderung terroristischer Aktivitäten auf ihrem Territorium;¹⁵ es wird ferner gesagt, dass es unwahrscheinlicher geworden sei, dass die internationale Gemeinschaft die Berufung auf ein Selbstverteidigungsrecht gegen nichtstaatliche Akteure unabhängig von der Zurechnung zu einem Staat verweigern werde;¹⁶ schließlich ist auch die Rede davon, dass das Recht auf Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche bewaffnete Angriffe nunmehr einen Platz „within the ‚light grey‘ area of the international law on the use of force“ einnehme.¹⁷

Wir sind also konfrontiert mit einer Situation, in der wegen der Widersprüchlichkeit der staatlichen Praxis die allgemeine Reichweite des Selbstverteidigungsrechts schon auf der Ebene abstrakt-genereller Begriffe nicht eindeutig geklärt werden kann. Die Rechtsfrage, ob Artikel 51 UNC Selbstverteidigungshandlungen gegen einen nichtstaatlichen Akteur auf dem Territorium eines für Angriffe nicht verantwortlichen Staates überhaupt rechtfertigen kann (ungeachtet der dann anzulegenden Kriterien), ist rechtlich nicht eindeutig zu beantworten, weil die staatliche Praxis selbst uneinheitlich ist.¹⁸ In dieser Hinsicht explizit äußert sich bei-

¹⁴ *Brunnée/Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 296: „[I]nternational practice seems to have evolved both to allow self-defence against armed attacks by non-state forces, and to loosen the required link between such forces and a state in which armed defence measures are undertaken. The view appears to be gaining ground that lesser forms of involvement may put a state in the cross-hairs of a military response.“

¹⁵ *Stahn*, *Fletcher Forum of World Affairs* 27 (2003), 35 (47): „[T]he trend points clearly towards the establishment of an even further-reaching responsibility of the host state based on the mere toleration or harboring of terrorists.“

¹⁶ *Tams*, *European Journal of International Law* 20 (2009), 359 (381): „[T]he international community today is much less likely to deny, as a matter of principle, that states can invoke self-defence against terrorist attacks not imputable to another state.“

¹⁷ *Kreß*, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 11 (53).

¹⁸ Marko Milanović spricht davon, dass das Recht insoweit „formally indeterminate“ sei: *Milanović*, in: *Williams/Ford* (Hrsg.), *Complex Battlespaces*, 2019, S. 33 (41).

spielsweise auch Monica Hakimi, die betont, dass „[e]fforts to clarify the law on the use of defensive force against non-State actors are premature [because of the] ongoing struggle over the law’s proper content“. ¹⁹ Diese Auseinandersetzungen über die Rechtslage verhindern freilich nicht, dass Vertreterinnen und Vertreter der juristischen Zunft mit ausgefeilten Argumenten in die eine oder andere Richtung argumentieren können. ²⁰ Im Kern aber ist die Entscheidung über die Rechtslage für oder gegen die Möglichkeit von Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure angesichts der Offenheit der Rechtslage eine wesentlich politische Angelegenheit. ²¹

Grauzonen des Rechts zeichnen sich nicht primär durch das Maß an rechtlicher Unsicherheit aus, das dem Rechtsanwender (also zum Beispiel der Rechtsberaterin eines Staates) entgegenschlägt. Denn auch im Vorgang der üblichen Rechtsanwendung, den wir in § 7 analysiert haben, besteht mitunter ein erheblicher interpretatorischer Korridor. Ob die im Rahmen solcher Rechtsanwendung von einem Staat gewählte Interpretation letztlich im internationalen Diskurs oder möglicherweise vor einem Gericht Anerkennung finden wird, lässt sich *a priori* nicht ausmachen. Auch in den Grauzonen des Rechts ist eine Unsicherheit über die Rechtsanwendung gegeben. Hier aber hat die Unsicherheit den Hintergrund eines etablierten Streitstandes über den Rahmen des Rechts. In einer Grauzone des Rechts haben sich interpretatorische Differenzen zwischen staatlichen Akteuren verstetigt. Die Anrufung der einen oder anderen Lesart des Rechts signalisiert damit auch eine staatliche Positionierung im internationalen Rechtsdiskurs.

Der kategoriale Unterschied liegt also darin, dass ein Staat innerhalb eines Anwendungstreits eine Lesart des Rechts präsentiert, die sich im Rahmen möglicher Bedeutungen bewegt. In einer Grauzone des Rechts ist dieser rechtliche Rahmen selbst problematisch. Damit erhält die Rechtsstreitigkeit zugleich auch eine legislative Dimension. Die staatliche Positionierung betrifft nicht nur den Einzelfall, sondern sie ist zugleich eine Positionierung im internationalen Streit um die generelle Reichweite einer Norm.

II. Praxis der Erzeugung und Unterhaltung rechtlicher Grauzonen

Die Herausbildung von Grauzonen wird durch eine Reihe von Faktoren befördert, und ihr Fortbestehen wird durch bestimmte Formen staatlicher Praxis intendiert oder jedenfalls unter billiger Inkaufnahme befördert.

¹⁹ Hakimi, *International Law Studies* 91 (2015), 1 (3).

²⁰ Vgl. etwa die drei in ihren Folgerungen über den Stand des Rechts auf Selbstverteidigung sehr gegensätzlichen Beiträge in *O’Connell/Tams/Tladi* (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019.

²¹ Marko Milanović betont in diesem Zusammenhang zu Recht: „[L]awyers may certainly choose between the two options, but we do so solely – solely – on policy grounds“, *Milanović, Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum*, *EJIL:Talk!*, 21. Februar 2010.

1. Unkonkretisierte Rechtsnormen und neue empirische Phänomene

Die Entstehung rechtlicher Grauzonen wird durch abstrakt formulierte, offene Rechtsbegriffe begünstigt. Diese nämlich eröffnen einen weiten Bedeutungsrahmen und verlangen, dass eine Konkretisierung der Vorgaben in und durch die staatliche Praxis erfolgt. Insbesondere nach der Schaffung neuer vertragsrechtlicher Vorschriften steht der Rechtsanwendungsprozess regelmäßig vor dem Problem, dass die genauen Konturen eines Rechtssatzes noch nicht klar vorgezeichnet sind. „Words are given meaning by action“,²² und wo eine entsprechende staatliche Praxis noch fehlt, ist auch der interpretatorische Rahmen weithin offen. Die möglichen zulässigen Auslegungen einer Norm sind also mitunter so vielfältig, dass eine signifikante Steuerungswirkung einer Norm (noch) nicht existiert. Der interpretatorische Rahmen verengt sich, wie wir gesehen haben, erst infolge der Praxis der Rechtsanwendung.²³ Die Allgemeinheit der Vorgaben der UN-Charta führte daher nach ihrer Schaffung unausweichlich zu einer Vielzahl interpretatorischer Streitigkeiten. „The generality of these legal prohibitions left gray areas, especially the failure to delineate boundaries upon the concept of self-defense.“²⁴ Mangels Einigkeit über die Konkretisierung der Rechtsordnung sind manche dieser bereits in der Frühphase der UN geführten Streitigkeiten – zum Beispiel über die zeitliche Reichweite des Selbstverteidigungsrechts – auch heute noch nicht völlig abgeschlossen.

Grauzonen des Rechts können regelmäßig neu entstehen, und der Prozess einer Konkretisierung muss stets erneut einsetzen, wenn durch neue Entwicklungen unklar wird, wie ein bestehender Rechtsrahmen auf die neuen Phänomene Anwendung finden soll. Dies ist zum Beispiel der Fall im Hinblick auf die Bedrohung durch nichtstaatliche Akteure, die (wiewohl schon früher vorhanden) in der internationalen Wahrnehmung eine neue Qualität angenommen hat, die die Staatszentriertheit des etablierten Völkerrechts aus der Perspektive vieler Staaten als unzulänglich scheinen lässt.²⁵ Dasselbe trifft zu für den Phänomenbereich Cyber, für den eine etablierte Praxis noch nicht besteht und für den daher der abstrakte, noch nicht durch Praxis angereicherte Buchstabe der UN-Charta noch keine konkreten Vorgaben trifft.²⁶

Weit formulierte Rechtsbegriffe müssen allerdings nicht notwendig zur Entstehung von Grauzonen führen. Wo Staaten sich in der Praxis schnell auf eine Konkretisierung einigen können oder wo Staaten aufkommende Uneinigkeiten nicht als generalisierte Rechtsprobleme, sondern als einzelfallbezogene Phänomene behandeln, können Streitigkeiten um die Auslegung abstrakter Rechtsbegriffe auch allein als Anwendungsstreitigkeiten (§7) geführt werden.

²² Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl., 2015, S. 253.

²³ Vgl. supra 203–205.

²⁴ Falk, *Revitalizing International Law*, 1989, S. 96.

²⁵ Vgl. supra 37 ff.

²⁶ Vgl. supra 58–62.

2. Formelkompromisse und konstruktive Mehrdeutigkeit

Über diesen allgemeinen Aspekt interpretatorischer Offenheit rechtlicher Begriffe hinaus ist die Mehrdeutigkeit rechtlicher Bestimmungen aber auch eine bewusste Strategie von Staaten und anderen internationalen Akteuren, um Grauzonen des Rechts zu erzeugen und zu unterhalten. Mehrdeutigkeit ist ein Ausweg, wenn sich Staaten in internationalen diplomatischen Verhandlungen nicht oder jedenfalls nicht in hinreichender zeitlicher Nähe über alle aufgeworfenen Probleme einigen können.²⁷ Die Staaten wissen also um eine (potenzielle) Konfliktlage und greifen in der Folge oftmals zu Formulierungen, die den kleinsten gemeinsamen Nenner auch gegenläufiger Interessen bilden. Durch konstruktive Mehrdeutigkeit (*constructive ambiguity*) werden grundlegende Meinungsunterschiede durch eine vage, Einigkeit simulierende Formulierung kaschiert.²⁸ Die Interessendivergenzen werden nicht aufgehoben, sondern verschoben, nämlich auf den späteren Zeitpunkt der Umsetzung einer getroffenen Entscheidung beziehungsweise der Anwendung einer Norm.²⁹ Kern konstruktiver Mehrdeutigkeit ist also die Verwendung von regelmäßig bewusst bedeutungsoffenen Begriffen mit dem Ziel, einen Konsens über ein Vertragsdokument herzustellen, obgleich den Beteiligten klar ist, dass auf Ebene der Sachprobleme eine Einigkeit nicht vorliegt.³⁰ Insoweit stellt sich konstruktive Mehrdeutigkeit als eine bewusste Strategie der Komplexitätsreduktion oder jedenfalls Komplexitätsvermeidung dar, die es erlaubt, überhaupt zu einer formelhaften Einigung zu gelangen, auf Grundlage derer alsdann offene Streitpunkte adressiert werden können.³¹ Eben das macht auch das Konstruktive der Mehrdeutigkeit aus, erlaubt sie doch eine Einigung überhaupt erst.

Für die Parteien eines späteren Streits bedeutet dies, dass bis auf weiteres ein breiter Horizont an Interpretationen der Rechtsnorm zulässig ist, da in der Sache

²⁷ Das betrifft letztlich auch antizipierbare Probleme, denn die erheblichen Transaktionskosten, die verlängerte Verhandlungen mit sich bringen, halten Staaten regelmäßig davon ab, eventuell mögliche Konflikte antizipierend auszuhandeln, vgl. *Guzman*, *California Law Review* 90 (2002), 1823 (1855).

²⁸ *Gray*, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 13: „Typically the price of consensus was ambiguity on the crucial issues that divide states.“

²⁹ *Koskeniemi*, *Modern Law Review* 70 (2007), 1 (10): „Everyone participates in such efforts with two concerns in mind: to agree on nothing that might prejudice the future interests of my country, but to try as hard as possible to attain a definition that will strike at every conceivable future adversary. Where everybody participates on those premises, the result can only be inconclusive: an agreement to leave such determination for decision as the situation arises (with the hope, of course, that one will then be in a position to decide for oneself).“

³⁰ *Kulick*, *German Yearbook of International Law* 59 (2016), 257 (283).

³¹ *D’Aspremont*, *Formalism and the Sources of International Law*, 2011, S. 139: „These ambiguities may have been desired because they were the only manner in which the consensus reached by lawmakers could be translated into anything written“; *Bix*, in: *Keil/Poscher* (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 247 (250): „Indeterminate norms may also simply be a way to avoid conflict among law-makers or between contracting parties, who are unable to resolve their differences or simply do not want to take on the costs necessary to do so.“

jede Partei an ihrer Auffassung des im Hintergrund stehenden Konflikts festhält.³² „Whenever the drafters of a legal rule choose to draft it without laying down guidelines for its application, delegating the task of applying and hence of interpreting it to political agents, they give these agents discretionary power to decide what it means.“³³

Im Bereich des Gewaltverbots bestehen freilich zur Zeit keine weiteren Kodifikationsbestrebungen. Vielmehr spielt sich die rechtliche Entwicklung unterhalb der Ebene internationaler Verträge ab. Eine wichtige Rolle spielen insoweit Resolutionen des UN-Sicherheitsrats, wenngleich diese auch keine formelle Quelle des Völkerrechts darstellen. Es ist nicht Aufgabe des UN-Sicherheitsrats, konkrete Streitigkeiten zu entscheiden und Verantwortlichkeiten zuzuweisen oder die Rechtslage zu präzisieren.³⁴ Vielmehr ist er primär für die Erhaltung und Wiederherstellung des Friedens und der internationalen Sicherheit zuständig. Allerdings kommt dem Sicherheitsrat in der Praxis ein erheblich größeres Gewicht zu, als dies in der traditionellen völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre anerkannt wird. Resolutionen des Sicherheitsrats fungieren als zentrale Argumente in der Auslegung der Regeln des Gewaltverbots.³⁵ Monica Hakimi sieht insoweit eine informelle Regulierung des Gewaltverbots durch den UN-Sicherheitsrat.³⁶

Die Debatte um die Legalität von Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure illustriert die zentrale Rolle von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats im völkerrechtlichen Diskurs ebenso wie die zentrale Rolle konstruktiver Mehrdeutigkeit. Für das Bestehen eines Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure werden insoweit vor allem die Resolutionen 1368 und 1373 angeführt, in denen der Sicherheitsrat in Anbetracht der Anschläge vom 11. September 2001 in der Präambel das Selbstverteidigungsrecht der Vereinigten Staaten anerkannt hat.³⁷ Diese Referenz auf das Selbstverteidigungsrecht wird teils als Anerkennung dessen

³² Bell, *On the Law of Peace*, 2008, S. 166: „Constructive Ambiguity leaves parties able to evade compliance by constructing what it means in their own image.“

³³ *Combacau*, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 9 (12).

³⁴ Vgl. Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 21.

³⁵ Hakimi, *American Journal of International Law* 112 (2018), 151 (165): „The actions and pronouncements of international institutions are routinely treated as legally salient, even when they do not appear in binding legal form. Such authority might seem squishy, fleeting, or hard to pin down, but it nevertheless is real. It is evident, for example, in the common practice of citing Security Council resolutions as solid, if not dispositive, evidence of the law. The Council’s resolutions are cited this way even when they are not formally binding, and they do not neatly satisfy the sources doctrine. The Council’s normative power over the jus ad bellum is, quite simply, more expansive than the doctrine recognizes.“ – Fußnoten ausgelassen.

³⁶ Hakimi, *American Journal of International Law* 112 (2018), 151 (188) („jus ad bellum’s informal regulation“).

³⁷ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1368, 12. September 2001, UN Doc. S/RES/1368: „Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter“; UN-Sicherheitsrat, Resolution 1373, 28. September 2001, UN Doc. S/RES/1373: „Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001)“.

gedeutet, dass es sich bei den Terroranschlägen vom 11. September 2001 um einen „bewaffneten Angriff“ im Sinne des Artikel 51 UNC gehandelt habe, der mithin auch ein Selbstverteidigungsrecht der USA auszulösen vermocht habe.³⁸ In diesem Sinne hielt IGH-Richter Bruno Simma in seinem Sondervotum zum *Armed-Activities*-Fall fest: „Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations of the view that large-scale attacks by non-State actors can qualify as ‚armed attacks‘ within the meaning of Article 51.“³⁹

Demgegenüber verweisen Kritiker eines weiten Verständnisses des Selbstverteidigungsrechts darauf, dass die Referenz nur eine Erwähnung des im Grundsatz fraglos bestehenden Selbstverteidigungsrechts beinhalte, nicht aber eine Festlegung, ob die Voraussetzungen auch im konkreten Fall gegeben seien und gegen wen eine Selbstverteidigungshandlung auszuführen sei.⁴⁰ Die bloße Referenz auf das Selbstverteidigungsrecht lässt zum Beispiel die Interpretation zu, dass für die Rechtmäßigkeit einer Selbstverteidigungshandlung eine Verantwortlichkeit Afghanistans für einen Angriff nach wie vor eine Voraussetzung bleibt.⁴¹

Auf eine vergleichbare Weise mehrdeutig ist Resolution 2249, die der UN-Sicherheitsrat mit Blick auf die Situation in Syrien verabschiedete. Nach den Terroranschlägen vom 13. November 2013, die von Anhängern der Terrororganisation Islamischer Staat in Paris ausgeführt wurden, verabschiedete der Sicherheitsrat eine opake Resolution, die seither Gegenstand weit reichender Kontroversen und gegenläufiger Interpretation gewesen ist. Opak ist die Resolution, weil sie charakteristische Elemente von Militäreinsätze autorisierenden Resolutionen beinhaltet, zugleich aber tatsächlich ein Mandat für einen Militäreinsatz nicht schafft. Im zentralen operativen Absatz Nr. 5 fordert der Sicherheitsrat die Mitglieder der Vereinten Nationen auf, „to take all necessary measures, in compliance with international law, [...] on the territory under the control of ISIL also known as Da’esh, [...] to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria“.⁴²

Diese Resolution enthält eindeutig keine Autorisierung des Gewalteinsatzes, denn zum einen erging sie nicht nach Kapitel VII der UN-Charta, zum anderen fehlt die für Militäreinsätze autorisierende Resolutionen charakteristische Formulierung „authorizes the use of all necessary means“. Auch kann sie nicht als eine im-

³⁸ *Brown*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2003), 1 (29); *Tsagourias*, *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), 229 (243); *Henriksen*, *Journal of Conflict and Security Law* 19 (2014), 211 (225).

³⁹ IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 337 (para. 11) (Separate Opinion Simma); vgl. auch IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 242 (para. 6) (Declaration of Judge Buergenthal).

⁴⁰ *Pellet/Pellet*, *Tilburg Foreign Law Review* 10 (2002), 64 (71–73).

⁴¹ In diesem Sinne versteht z. B. Dire Tladi die US-Intervention in Afghanistan nicht als Intervention gegen einen nichtstaatlichen Akteur, sondern als eine Intervention gegen das von den Taliban regierte Afghanistan, dem die USA eine Verantwortlichkeit zuschrieb: *Tladi*, *American Journal of International Law* 107 (2013), 570 (575).

⁴² UN-Sicherheitsrat, Resolution 2249, 20. November 2015, UN Doc. S/RES/2249, para. 5.

plizite Autorisierung des Gewalteinsatzes gewertet werden, da es ein entsprechendes Rechtsinstitut völkerrechtlich nicht gibt.⁴³ Anstelle einer Autorisierung enthält die Resolution einen Aufruf („calls upon“). Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist, dass die Resolution explizit verlangt, dass die von den Staaten zu ergreifenden Maßnahmen „in compliance with international law“ sind. Russland verstand die Resolution daher auch lediglich als einen politischen Aufruf: „In our view, the French resolution is a political appeal, rather than a change to the legal principles underlying the fight against terrorism.“⁴⁴

Obwohl die Resolution einen Gewalteinsatz weder autorisierte noch explizit auf das Recht zur Selbstverteidigung Bezug nahm, wurde sie von vielen Staaten gleichwohl als Signal für eine erweiterte Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure interpretiert. In diesem Sinne wurde sie als Aufruf des Sicherheitsrats zur (kollektiven) Selbstverteidigung gegen die bewaffnete Gruppierung Islamischer Staat verstanden. Exemplarisch steht insoweit die – in der Sache unzutreffende – Ausführung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages:

„Die Resolution lässt sich in der Weise deuten, dass Staaten sich nunmehr auf ein Selbstverteidigungsrecht gegen den ‚IS‘ berufen können, ohne dabei auf ein (weiteres) Zustimmungsgerecht seitens der irakischen oder syrischen Regierung rekurrieren zu müssen. Indem der Sicherheitsrat auf die permanente Bedrohung durch bevorstehende Angriffe seitens des ‚IS‘ abhebt, scheint er die Staaten zudem auch von einer entsprechenden Begründung für ein Handeln im Rahmen von präventiver Selbstverteidigung zu entbinden.“⁴⁵

In der Folge spielte die Resolution auch eine wichtige Rolle in den Rechtfertigungen für Militäreinsätze gegen den Islamischen Staat auf syrischem Territorium.⁴⁶

Kern von Resolution 2249 ist mithin ihre konstruktive Mehrdeutigkeit, die es sowohl den Verfechtern des tradierten Rechtsrahmens als auch den Protagonisten eines erweiterten Selbstverteidigungsrechts erlaubt, ihre Lesart des Rechts als die maßgebliche bestätigt zu sehen.⁴⁷

⁴³ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 78 (2018), 588 (598) (B.1): „[W]hile Council resolutions can be ambiguous and may require careful interpretation, there is no such thing as an ‚implied authorization‘ to use force: force has either been authorized by the resolution or it has not.“

⁴⁴ UN-Sicherheitsrat, 7565. Sitzung, 20. November 2015, UN Doc. S/PV.7565, 5 (Russland).

⁴⁵ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Staatliche Selbstverteidigung gegen Terroristen, WD 2 – 3000 – 203/15, 2015, 15 (Nachweise weggelassen).

⁴⁶ Vgl. die Mitteilungen an den Sicherheitsrat: UN Doc. S/2015/946, 10. Dezember 2015 (Bundesrepublik Deutschland); UN Doc. S/2016/34, 13. Januar 2016 (Dänemark); UN Doc. S/2016/132, 10. Februar 2016 (Niederlande); UN Doc. S/2016/513, 3. Juni 2016 (Norwegen); UN Doc. S/2016/523, 9. Juni 2016 (Belgien).

⁴⁷ *Akande/Milanović*, The Constructive Ambiguity of the Security Council’s ISIS Resolution, EJIL:Talk!, 21. November 2015: „This [...] is the resolution’s constructive ambiguity: it allows the major players in Syria to politically move closer together without departing from the legal positions that they had previously adopted, and without compromising their essential interests.“

3. Praxis ohne klare *opinio iuris*

Eine weitere signifikante staatliche Strategie der Aufrechterhaltung rechtlicher Grauzonen liegt darin, dass Staaten Akte in der Praxis vornehmen, ohne dass die rechtliche Grundlage dessen klar artikuliert würde. Ein Beispiel finden wir wiederum im Hinblick auf die Militäreinsätze gegen den Islamischen Staat, für die Olivier Corten zu Recht ein „lack of confidence“ im Hinblick auf die Konturen der Rechtfertigung sogar durch die beteiligten Staaten feststellte.⁴⁸ Sogar die Staaten, die sich an dem Einsatz gegen den Islamischen Staat beteiligten und sich auf den *unwilling-or-unable*-Test bezogen,⁴⁹ unterließen es, sich in den Sicherheitsratsdebatten klar auf diesen rechtlichen Standard zu stützen, wiewohl dies anderweitig ein übliches Vorgehen gewesen wäre.⁵⁰ Der Mangel an Klarheit der rechtlichen Positionierung kann nicht sinnvoll anders denn als bewusste politische Strategie gewertet werden.⁵¹

Die Staaten tragen somit auf der Ebene der Praxis zu einer Reinterpretation des Selbstverteidigungsrechts bei, sie unterlassen aber zugleich eine eindeutige Positionierung auf der Ebene der *opinio iuris*, was zu einer interpretatorischen Mehrdeutigkeit und rechtlichen Unsicherheit beiträgt.

4. Interpretationsoffene staatliche Reaktionen

Eine weitere Strategie der Erzeugung und Unterhaltung von Grauzonen des Rechts liegt in mehrdeutigen staatlichen Reaktionen auf eine Intervention, die verschiedene Schlüsse hinsichtlich des Erklärungswerts zulassen. Diese internationalen Reaktionen sind von besonderer Bedeutung, da sie doch die Rechtsauffassung von Staaten zum Ausdruck bringen und damit für die Bewertung eines staatlichen Verhaltens maßgeblich sind.

Ein weit verbreitetes mehrdeutiges Verhalten liegt in einer Nichtreaktion von Staaten, also in einem Schweigen der Staaten zur Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Intervention eines anderen Staates.⁵²

⁴⁸ Corten, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 777 (785).

⁴⁹ Vgl. supra 42.

⁵⁰ Corten, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 777 (785): „In this case, however, the states participating in the US-led coalition chose to abstain from any reference to self-defence for more than a year. In the same vein, some US allies like Netherlands supported the self-defence argument on a national level, but did not evoke it within the UN.“

⁵¹ Milanović, in: Williams/Ford (Hrsg.), *Complex Battlespaces*, 2019, S. 33 (42f.): „The lack of clarity in these letters – and the ensuing contribution to the complexity of the legal landscape – can only be deliberate. This is, in other words, complexity as policy.“

⁵² Vgl. zum Einfluss des Schweigens auf die Entwicklung völkerrechtlicher Normen: *Schweiger*, *London Review of International Law* 6 (2018), 391–411; *Starski*, *Journal on the Use of Force and International Law* 4 (2017), 14–65; vgl. ferner die umfassende theoretische wie empirische Analyse staatlichen Schweigens in: *Lewis/Modirzadeh/Blum*, *Quantum of Silence*, 2019, <https://pilac.law.harvard.edu/quantum-of-silence> [abgerufen am 29. März 2021].

Die Effekte staatlicher Nichtreaktion sind allerdings oft nur schwierig zu beurteilen, geben Raum für gegenläufige Bewertungen und sind dabei doch zugleich regelmäßig von zentraler Relevanz. Wie wir in §4 gesehen haben, verlangt die Reinterpretation der UN-Charta die Zustimmung aller Vertragsparteien zu einer neuen Lesart des Rechts. Diese aber wird kaum von allen Staaten in ausdrücklicher Form bekundet werden. Vielmehr ist es die Regel, dass sich die Mehrheit der Staaten nicht positioniert. Vor diesem Hintergrund ist eine regelkonforme Reinterpretation nur möglich, wenn dem Schweigen der Mehrheit ein jedenfalls konkludenter Erklärungswert im Hinblick auf eine Zustimmung beizumessen ist, wenn ihr Schweigen also als Duldung (*acquiescence*) interpretiert werden kann.⁵³ Voraussetzung ist insoweit allerdings, dass nach Lage der Dinge eine Reaktion des Staates zu erwarten gewesen wäre. Wie bereits in §4 analysiert, geht es in diesem Zusammenhang also darum, konkludente Zustimmung von bloßer Zurückhaltung zu unterscheiden. Diese Abgrenzung verlangt eine wertende Einschätzung und gibt daher in der Praxis Raum für erheblich divergierende Einschätzungen.

Während der von den USA geführten Afghanistanintervention des Jahres 2001 beispielsweise unterstützten nicht nur viele Staaten die USA aktiv, eine weitere große Zahl an Staaten positionierte sich zur Legalität der Invasion nicht. Befürworter eines erweiterten Selbstverteidigungsrechts interpretieren diese Zurückhaltung als stillschweigende Zustimmung.⁵⁴ Gegner erklärten die Zurückhaltung damit, dass die Staaten in Anbetracht der verheerenden Anschläge vom 11. September 2001 den USA einen gewissen Handlungs- und Entscheidungsspielraum einräumen wollten, ohne dass diese der Artikulation einer Rechtsauffassung gleichkomme.⁵⁵

Durch eine bloße Nichtreaktion steht Staaten also ein mehrdeutiges Instrument zur Verfügung, von dem in der Praxis auch vielfach Gebrauch gemacht wird.

5. *Unterlassen von rechtlicher Regulierung*

Die Grauzonen des Rechts werden schließlich auch aufrechterhalten durch ein Unterlassen rechtlicher Regulierung. Zeigt sich zwar in der staatlichen Praxis, dass mitunter folgenschwere Unterschiede in der Einschätzung betreffend die Rechtslage bestehen, so nehmen Staaten dies dennoch nicht zum Anlass, Initiativen zu einer Regulierung zu ergreifen. Solch eine Regulierung könnte beispielsweise im Bereich des Gewaltverbots durch Resolutionen der UN-Generalversammlung erfolgen. Sind diese zwar nicht verbindlich, so kommt ihnen doch ein für die Auslegung des Rechts erhebliches interpretatorisches Gewicht zu, da sie gegebenenfalls gar als nachfolgende Übereinkünfte i. S. d. Artikel 31 Abs. 3 lit. a) WVK gewertet werden können.

⁵³ Vgl. dazu näher supra 96 ff.

⁵⁴ Ratner, *American Journal of International Law* 96 (2002), 905 (910).

⁵⁵ Vgl. Tladi, *American Journal of International Law* 107 (2013), 570 (574 f.).

Es ist aber kein Zufall, dass eine entsprechende Klärung streitiger Fragen zum Beispiel des Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure weithin unterbleibt. Dies nämlich erlaubt es den Staaten gerade, auf ihren jeweiligen interpretatorischen Standpunkten zu verharren.⁵⁶ Für handlungsmächtige Staaten stellt sich dies als eine Erweiterung ihrer Handlungsoptionen dar, da sie nicht durch den Buchstaben klarer rechtlicher Vorgaben restringiert werden.⁵⁷ In der Vergangenheit waren es insbesondere westliche Staaten, die sich einer weiteren Regulierung des Gewaltverbots entgegenstellten.⁵⁸

6. Die Funktion der Gerichte

Auch Gerichte spielen bei der Erzeugung und Aufrechterhaltung von Grauzonen eine wichtige Rolle, denn auch sie können, statt zur Klärung der Rechtslage beizutragen, den Zustand einer Unbestimmtheit der Rechtslage befördern. Das scheint im Ausgangspunkt zunächst einen Widerspruch zur Funktion eines Gerichts zu sein, denn dessen Aufgabe ist, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Und in der Tat ist es nach allgemeiner Auffassung nicht möglich, dass ein Gericht eine *entscheidungserhebliche* Rechtsfrage nicht entscheidet. Es besteht für gerichtliche Entscheidungen, wie bereits ausgeführt, ein Verbot des *non liquet* als ein grundlegendes Rechtsprinzip.⁵⁹

Was Gerichte aber gleichwohl tun können, ist, durch *obiter dicta* ihre Auffassung der Rechtslage zu bekunden, und dies kann für die Rechtslage klärend wirken oder bestehende Unsicherheiten aufrechterhalten oder verstärken. Letzteres ist im Hinblick auf Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure der Fall. In diesem Zusammenhang war der IGH stets ein starker Verfechter eines staatszentrierten Verständnisses des Gewaltverbots, dem zufolge Selbstverteidigung nur gegen *staatliche* Angriffe möglich war. Allem voran im Rechtsgutachten zur israelischen Mauer aus dem Jahr 2004 bezog der IGH Stellung und wies Israels Refe-

⁵⁶ Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 13 f.: „[S]tates preferred to avoid any substantive provision on this question of self-defence and this enabled them to maintain their opposing positions.“

⁵⁷ Cassese, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 505 (520): Das völkerrechtliche Gewaltverbot „is an area where major Powers, be they Western or Eastern, prefer to keep their hands as free as possible; consequently, they shun any exhaustive and unambiguous legal regulation. It seems, therefore, probable that even in the future, legal control of the use of force will preserve its current defective features.“

⁵⁸ Higgins, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (436): „It has been generally true to say that the West has been a reluctant participant in efforts in the U. N. to elaborate or codify matters relating to the use of force.“

⁵⁹ Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, S. 63: „As a matter of fundamental legal principle, no express provision of the positive law is necessary in order to impose upon the judge the duty to give a decision, for or against the plaintiff, in every case brought before him. [...] It is impossible, as a matter of a priori assumption, to conceive that it is the will of the law that its rule should break down as the result of the refusal to pronounce upon claims.“

renz auf das Recht zur Selbstverteidigung gegen palästinensische Terroristen klar zurück:

„Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State.“⁶⁰

Weniger eindeutig fiel demgegenüber die Entscheidung des IGH im *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* aus dem Jahr 2005 aus. Sie gab Anlass für weit reichende Streitigkeiten darüber, ob und inwieweit der IGH vom Kriterium der Zurechnung eines Angriffs zu einem Staat abgerückt ist. Uganda hatte sich zur Rechtfertigung von Verletzung des Territoriums der DRC auf ein Selbstverteidigungsrecht berufen. Der IGH beschäftigte sich in seiner Entscheidung mit den konkreten Umständen der Angriffe erst gar nicht, da er keinerlei Anhaltspunkt für eine Zurechnung zur DRC sah.⁶¹ Insoweit wurde die Linie der alten Rechtsprechung zunächst bestätigt. Verwirrung entstand nun durch den Folgeabsatz des Urteils:

„For all these reasons, the Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces.“⁶²

Diese Formulierung hat Anlass für weit greifende interpretatorische Streitigkeiten gegeben, da sie für viele eine gewisse Offenheit des Gerichts signalisierte, Selbstverteidigungshandlungen auch gegen nichtstaatliche Akteure anzuerkennen.⁶³ Die Passage lässt zumindest die Lesart zu, dass das Gericht sich zur Rechtmäßigkeit von Selbstverteidigung auch gegen staatsunabhängige Angriffe nichtstaatlicher Akteure dezidiert nicht äußern wollte.⁶⁴ Überzeugender ist es allerdings davon auszugehen, dass der zitierte Absatz sich ausschließlich auf einem Staat zurechenbare *large-scale attacks by irregular forces* bezieht.⁶⁵ In dieser Lesart entzog sich das Gericht also allein einer Konkretisierung dessen, wann einem Staat zurechenbare Aktivitäten nichtstaatlicher Akteure als bewaffnete Angriffe gewertet werden müssen. Immerhin hatte das Gericht ja ausgeführt, dass sich die Frage nach dem Angriffs-

⁶⁰ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 194 (para. 139).

⁶¹ IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 222 f. (para. 146).

⁶² IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 223 (para. 147).

⁶³ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 78 (2018), 588 (606): „[T]he Court appeared to have noted that the issue was not yet settled, and the interpretation of the Court’s position has been the subject of much debate“; in diese Richtung auch: BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 51.

⁶⁴ Christian Tams betont insoweit etwa, dass „the Court’s majority was far more equivocal“, Tams, *European Journal of International Law* 20 (2009), 359 (384).

⁶⁵ *Hakimi*, *International Law Studies* 91 (2015), 1 (5f.).

Charakter der Maßnahmen irregulärer Kräfte nur stelle, wenn diese einem Staat zu-rechenbar seien. Ungeachtet dieser überzeugenderen Lesart kommen wir aber nicht umhin zu konstatieren, dass das Gericht durch seine Formulierung erhebliche Un-sicherheit stiftete, die sich auch in der völkerrechtswissenschaftlichen Debatte in sehr unterschiedlichen Interpretationen der Entscheidung niedergeschlagen und für viele Kommentatoren eine größere Offenheit des IGH signalisiert hat, even-tuell auch Selbstverteidigungshandlungen gegen staatsunabhängig agierende nicht-staatliche Akteure als völkerrechtskonform anzusehen.

Festhalten lässt sich insoweit, dass der IGH zwar grundsätzlich eine restriktive Position im Hinblick auf das Gewaltverbot vertritt, dass er es aber zugleich ver-meidet, kontroverse Fragen gezielt und klar zu beantworten.⁶⁶ Hierdurch erzeugt und unterhält das Gericht für die Praxis einen Handlungsspielraum für Staaten. Dies wird zusätzlich verstärkt durch eine Reihe von Sondervoten, in denen einzel-ne Richter zu erkennen gaben, dass sie von der Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure ausgingen.⁶⁷ Zwar verkörpert die Mehrheitsentschei-dung in dieser Hinsicht eine größere Autorität. Lässt aber eben die Mehrheitsent-scheidung Fragen ungeklärt oder eröffnet zumindest erheblichen interpretatori-schen Spielraum, so werden auch die Sondervoten zum Verstärker einer ohnehin bereits diffusen Rechtslage.

Dieser Gemengelage entsprechend finden wir konträre Interpretationen die-ser Passagen in der Literatur. Einerseits werden sie als Indiz für eine neue Offen-heit des IGH im Hinblick auf ein mögliches Selbstverteidigungsrecht auch gegen nichtstaatliche Akteure verstanden,⁶⁸ andererseits wird argumentiert, dass die im Rechtsgutachten zur israelischen Sperrmauer zum Ausdruck gekommene Linie⁶⁹ aufrechterhalten werde.⁷⁰ Fakt ist jedenfalls, dass der IGH die aufgeworfene Rechtsfrage nicht mit Eindeutigkeit beantwortet hat, sondern vielmehr einen, wie Tom Ruys es formuliert, „smoke screen of ambiguity“ geschaffen hat.⁷¹ Zu Recht folgert insoweit Christian Tams: „The Court’s recent jurisprudence [...] seems to

⁶⁶ Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 19: „The Court has gener-ally taken a restrictive approach to the legality of the use of force. It has also been cautious in that it has avoided controversial issues such as anticipatory self-defence, the use of force against non-state actors, and nuclear weapons.“

⁶⁷ IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Ter-ritory*, Rechtsgutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, 136, 215 (para. 33) (Separate Opinion Higgins); ebd., 230 (para. 35) (Separate Opinion Kooijmans); ebd., 242 (para. 6) (Declaration of Judge Buergenthal); IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil vom 19. Dezember 2005, ICJ Reports 2005, 168, 314 (para. 30) (Separate Opinion Kooijmans); ebd., 337 (para. 11) (Separate Opinion Simma); ebd., 351 (para. 4) (Declaration of Judge Tomka).

⁶⁸ Vgl. z. B. Tams, der eine „new uncertainty“ des IGH diagnostiziert: *Tams*, *European Jour-nal of International Law* 20 (2009), 359 (384); vgl. auch *Frowein*, *Zeitschrift für ausländisches öf-fentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017), 47 (47); *Trapp*, *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007), 141 (144f.).

⁶⁹ Vgl. supra 256 (Fn. 60).

⁷⁰ *Corten*, *The Law Against War*, 2010, S. 468f.

⁷¹ *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 487.

reflect a considerable degree of uncertainty about the proper understanding of self-defence.⁷² Und: „Problems of internal consistency notwithstanding, it is perhaps best taken at face value: as an express recognition that the question of non-State attacks is an open one.“⁷³

* * *

Diese Ausführungen zeigen, dass Grauzonen des Rechts eine bewusste Strategie von Staaten und anderen internationalen Akteuren sind. Ihre Entstehung wird begünstigt durch offene Rechtsbegriffe (zum Beispiel des Selbstverteidigungsrechts nach Artikel 51 UNC). Sie werden aber alsdann unterhalten und verfestigt durch verschiedene Strategien der Mehrdeutigkeit, mit denen Staaten es vermeiden, konkrete Rechtsfragen zu entscheiden, und durch die sie Streitigkeiten über rechtliche Vorgaben auf Dauer stellen.

III. Grauzonen zwischen integrativer Wirkung und Pathologie

Grauzonen des Rechts und die sie erzeugenden Strategien stellen sich als Möglichkeit, zugleich aber auch als Gefahr für das Völkerrecht dar. Sie sind eine Möglichkeit, weil sie eine inklusive Wirkung haben. Eine Norm findet breitere Anerkennung und stiftet somit Zusammenhänge in der Form des Rechts, wenn verschiedene, teils auch divergierende Interessen es vermögen, sich auf eine Norm zu beziehen und diese als im Grundsatz wünschenswerten normativen Maßstab anzuerkennen. Der potenzielle praktische Anwendungsbereich einer Norm wird damit größer, oder er bleibt erhalten, da Staaten sich grundsätzlich zur Relevanz der Norm bekennen und nicht nach alternativen Wegen der Koordinierung ihrer Beziehungen Ausschau halten.⁷⁴ Ließe es das Recht nicht zu, dass divergierende Auffassungen über die abstrakt-generellen Vorgaben des Rechts bestünden, wäre es also stets rigoros und eindeutig, dann würde die Form der rechtlichen Regulierung insbesondere für mächtige Staaten an Attraktivität verlieren und die Rolle des Rechts wäre grundsätzlich in Frage gestellt. „[I]ndeterminacy is“, wie Martti Koskenniemi formuliert, „an absolutely central aspect of international law’s acceptability.“⁷⁵ Durch die in den Grauzonen des Rechts eröffnete Flexibilität sind Staaten des Zwangs enthoben, sich für eine von zwei einander ausschließenden Bedeutungen zu entscheiden.⁷⁶

Den Grauzonen des Rechts kommt stets dann eine zentrale Bedeutung zu, wenn rechtlicher Wandel stattfindet oder stattfinden soll. Zunächst ist das der Fall, wenn

⁷² *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (158).

⁷³ *Tams*, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 90 (157).

⁷⁴ *Kulick*, *German Yearbook of International Law* 59 (2016), 257 (273).

⁷⁵ *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 591.

⁷⁶ *Kulick*, *German Yearbook of International Law* 59 (2016), 257 (272).

neue rechtliche Regelungen geschaffen werden. Wenn zum Beispiel bewaffnete Konflikte durch Friedensverträge beendet werden sollen, ist es oft besser, eine in den Details unklare und umstrittene Einigung zu erzielen, als gar keine Einigung zu erreichen.⁷⁷ Aber auch wenn die Anwendung bestehender Regeln auf neue empirische Phänomene zur Debatte steht – wie zum Beispiel die Anwendbarkeit der Regeln des Gewaltverbots auf Phänomene aus dem Bereich Cyber –, dann ist die Flexibilität des Rechts in Grauzonen ein entscheidendes Element, das die Herausbildung neuer und konkreter sowie allgemein akzeptierter Interpretationen des Rechts ermöglichen kann.

Die Grauzonen des Rechts aber sind auch von grundlegender Bedeutung für den Wandel *bestehender* Rechtsnormen. Normen müssen adaptiert und reinterpretiert werden, um auf neue Entwicklungen und Herausforderungen zu reagieren. Mangels eines zentralen Gesetzgebers im Völkerrecht kann dies nicht von einem Moment auf den anderen erfolgen. Vielmehr erfolgt die Transformation von Normen sukzessiv. Eine Kette staatlicher Einzelakte erhärtet eine neue Norm, und die Angabe eines Umschlagspunkts ist nicht mit wissenschaftlicher Exaktheit möglich. Der Umschlag ist kein Punkt, sondern eine Phase und es bedarf dieser Phase, damit sich die Konturen einer neuen Norm überhaupt erst herauskristallisieren können.⁷⁸

Andererseits stellen die Grauzonen des Rechts auch eine beständige Gefahr für das Völkerrecht dar. Die erste Gefahr liegt darin, dass durch die Erzeugung und Aufrechterhaltung der Unsicherheit der Rechtslage die Steuerungswirkung des Rechts beeinträchtigt wird. Die Unbestimmtheit des Rechts hat, wie Thomas Franck betont, einen Preis:

„Indeterminate normative standards not only make it harder to know what conformity is expected, but also make it easier to justify noncompliance. Put conversely, the more determinate the standard, the more difficult it is to resist the pull of the rule to compliance and to justify noncompliance.“⁷⁹

Die Gefahr liegt also darin, dass in Anbetracht eines unklaren Rechtsinhalts schon die Frage nach Legalität und Illegalität ein hochgradig wertungsoffener Vorgang ist. „If it becomes unclear to actors what a norm consists of [...], then norm violations would hardly be recognizable and therefore liable to criticism as true ‚violations.‘“⁸⁰ Die Bewertung ist alsdann maßgeblich ein subjektiver Vorgang, für den allgemeinverbindliche Standards schwerlich identifizierbar sind. In den Grauzonen des Rechts sind ernsthafte Sanktionen nicht zu befürchten, sondern handelnde

⁷⁷ *Kulick*, German Yearbook of International Law 59 (2016), 257 (283): „[O]ften – and particularly if the question of war and peace is at stake – reaching an agreement is better than none at all, whatever its flaws. In this vein, [vagueness and ambiguity] represent the solution to negotiation deadlock.“ – Fußnote ausgelassen.

⁷⁸ *Schachter*, American Journal of International Law 83 (1989), 259 (267): „At times, the line between violations and emerging law may be difficult to draw, made more difficult by the absence of judicial authority and the great disparities in power in the international community.“

⁷⁹ *Franck*, American Journal of International Law 82 (1988), 705 (714).

⁸⁰ *Deitelhoff/Zimmermann*, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (5).

Staaten können mit der (jedenfalls stillschweigenden) Tolerierung von Interventionen rechnen.⁸¹ Das führt dazu, dass dem Recht eine effektive verhaltenssteuernde Funktion nicht zukommt.

Eine zweite Gefahr besteht in einer noch grundsätzlicheren Unterminierung des generellen Gewaltverbots durch diffuse Ausnahmetatbestände. Insoweit können Grauzonen des Rechts eine generelle Normerosion befördern. Die Einhaltung des generellen Gewaltverbots wird für Staaten ein weniger dringliches Anliegen, wo dieses als solches bereits konturlos und in den Grenzen flexibel erscheint. „In simplistic terms, the wider and more uncertain the exceptions, the less robust the rule.“⁸² Der von Thomas Franck beschriebene *compliance pull* klarer Normen verliert ob der Konturlosigkeit der Grundregel seine Kraft. Ein Verstoß gegen eine derart schwächere Norm birgt für Staaten insbesondere geringere Gefahren im Hinblick auf eine Herabsetzung ihrer Reputation.⁸³ Staaten könnten die allgemeine Unbestimmtheit des Rechts also als eine, wie Reisman und Armstrong beschreiben, „invitation to adventurism“ auffassen.⁸⁴

In diesem Sinne besteht die dritte Gefahr, dass Staaten die Unbestimmtheit der Rechtslage ausnutzen, um ihrerseits die Entwicklung noch weiter reichender Eingriffsstandards voranzutreiben. Wegen der Unklarheit der Rechtslage eignen sich die Grauzonen des Rechts auch im besonderen Maße für „Normentrepreneurs“. So zeigt beispielsweise der Streit um die Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure, dass einige Staaten vor dem Hintergrund der umstrittenen Rechtslage den rechtlich äußerst umstrittenen *unwilling-or-unable*-Standard als eine besonders permissive Lesart des Selbstverteidigungsrechts postulieren und damit einen hochgradig subjektiven und problematischen Maßstab formulieren.⁸⁵

Diese Unterminierung des allgemeinen Gewaltverbots wirkt sich, viertens, insbesondere zu Lasten weniger mächtiger Staaten aus. Die Offenheit des Rechts gibt notwendig mehr Spielraum für diejenigen, die handlungsmächtig sind, und auf Grund der Begrenztheit ihrer Mittel fallen insbesondere Entwicklungsländer nicht in diese Gruppe der Bevorteilten.⁸⁶

⁸¹ *Henkin*, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 73: „The uncertainties of ‚cost‘ and the likelihood of violations are increased when the norm or obligation itself is not wholly certain. An established rule is more likely to be observed than one in doubt, or in controversy, in the process of change, or one outdated and different from it ‚ought‘ to be.“

⁸² *Brunnée/Toope*, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 273.

⁸³ *Ahmed*, *Journal of International Law and International Relations* 9 (2013), 1 (16): „Making a rule precise and clear removes avenues for abuse. Even if a powerful state violates a clear test, this imposes a greater reputational cost on it than if the rule was ambiguous since it narrows the domain of argument for violation.“

⁸⁴ *Reisman/Armstrong*, *American Journal of International Law* 100 (2006), 525 (548): „But uncertainty about precisely what the law prohibits is always an invitation to adventurism; and adventurism with highly destructive and nondiscriminating weapons is a particularly frightening prospect.“

⁸⁵ Vgl. zur Kritik *infra* 310.

⁸⁶ Diese Kritik wird besonders von Vertretern der Third World Approaches to International Law erhoben, vgl. *Angbie/Chimni*, *Chinese Journal of International Law* 2 (2003), 77 (101): „[I]ndeterminacy very rarely works in favor of Third World interests. Ambiguities and uncer-

Eine fünfte Gefahr liegt in der Möglichkeit einer allgemeinen Proliferation von Grauzonen. Grauzonen entstehen, wo Rechtsfragen offenbleiben und zum Gegenstand fortgesetzter Meinungsverschiedenheiten werden. Da auf Grund immer neuer gesellschaftlicher und technologischer Entwicklungen stets neue Problem- und Konfliktfelder entstehen, kann sich auch die Zahl von Grauzonen immer weiter vergrößern. Bleiben viele dieser abstrakt streitigen Rechtsfragen unentschieden, so breiten sich Grauzonen aus, was wiederum der allgemeinen Steuerungsmöglichkeit durch Recht abträglich ist.

IV. Illegalität in den Grauzonen des Rechts

In den Grauzonen des Rechts tritt zu den Schwierigkeiten der Anwendung abstrakter Rechtsnormen auf einen konkreten Fall die Unklarheit der Rechtslage auf abstrakt-genereller Ebene hinzu. In Anbetracht der Offenheit der Rechtslage trifft in den Grauzonen des Rechts zu, was aus der Perspektive relativer Illegalitätsverständnisse (wie zum Beispiel von den Critical Legal Studies, aber auch in Teilen der politikwissenschaftlichen Debatte)⁸⁷ als das allgemeine Wesen des Rechts gesehen wird: Dieses bietet im Hinblick auf die ungeklärte Rechtsfrage keinen präskriptiven Rahmen, sondern es wird letztlich in Rechtssprache eine politisch motivierte Positionierung vorgenommen.

Die Grauzonen des Rechts entstehen hinsichtlich einzelner Rechtsfragen, historisch zum Beispiel bezogen auf die Reichweite des Gewaltverbots in Anbetracht antikolonialer Befreiungsbewegungen, aktuell bezogen auf die Geltung des Gewaltverbots im Hinblick auf Computernetzwerkoperationen, die Möglichkeit zur Rechtfertigung der Rettung von Staatsangehörigen sowie die Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure. Für Staaten bedeutet ein Handeln in den Grauzonen des Rechts, dass Maßnahmen weder klar als legal noch als illegal gewertet werden und dass eine Einordnung in die Binarität von legal und illegal letztlich weithin eine Wertungsfrage ist.

Die Grauzonen sind Ausdruck einer mangelnden internationalen Einigkeit darüber, welchen Inhalt das Gewaltverbot im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsfrage beziehungsweise einen bestimmten Situationstypus haben soll. Insofern erfüllen sie eine wichtige Rolle in der Transformation und Anpassung des Rechts an neue Herausforderungen und Bedrohungslagen. Bleiben Grauzonen auf einige Rechtsfragen begrenzt, so können sie produktiv wirken. Über die in Abschnitt II dieses Kapitels diskutierten Formen staatlicher und internationaler Praxis besteht ein kontinuierlicher Austausch von Auffassungen über den erstrebten Inhalt des Rechts, an dessen Ende idealerweise die Herausbildung einer allgemein geteilten Auffassung steht. Die Hauptgefahr der Grauzonen des Rechts liegt in der Möglich-

tainties are invariably resolved by resort to broader legal principles, policy goals or social contexts, all of which are often shaped by colonial views of the world.“

⁸⁷ Vgl. supra 156ff.

keit ihrer Ausweitung, also in dem Fall, dass im Rahmen des Gewaltverbots beharrlich neue Grauzonen entstehen, während es gleichzeitig nicht gelingt, die bereits existierenden zu überwinden oder jedenfalls einzudämmen. Das Recht wird fortwährend durch neue empirische Phänomene herausgefordert und es steht unter andauerndem Druck, rechtliche Lösungen für neue Problemlagen zu finden. Dies aber ist nur möglich, wenn sich Staaten auf dem Wege der rechtlichen Behandlung von Streitfällen einigen können. Gelänge dies fortwährend nicht, so bestünde die Gefahr, dass sich das Gewaltverbot von einem Eckpfeiler der internationalen Ordnung mit verbindlichen Vorgaben zu einem inhaltlich völlig unklar umrissenen Rechtsbereich transformierte, dessen normativer Charakter letztlich fragwürdig wäre.⁸⁸

Grauzonen des Rechts sind also einerseits ein notwendiges Korrelat der dezentralen internationalen Ordnung, die über eine nur rudimentäre gerichtliche Streitbeilegung verfügt und damit einer für die nationalen Rechtsordnungen entscheidenden Möglichkeit der Konkretisierung des Rechts entbehrt. Grauzonen des Rechts müssen aber andererseits von Staaten fortwährend bekämpft werden, da es andernfalls zu einer Proliferation der Grauzonen und damit zu einer Diffusion der völkerrechtlichen Normen kommt.

⁸⁸ Dies ist die Schlussfolgerung, die letztlich die in § 1 diskutierten Diagnosen des Verfalls des völkerrechtlichen Gewaltverbots gezogen haben, vgl. *supra* 4 f.

§ 10. Legislative Illegalität – Rechtsbruch zur Fortentwicklung des Rechts

Illegalität trat im Gang der bisherigen Untersuchung zunächst als letztlich nicht intendierte Begleiterscheinung des Streits um die Anwendung des Rechts auf (§7). Alsdann haben wir Situationen analysiert, in denen ein Rechtsbruch auf der Grundlage einer besonderen Ausnahmesituation vorgenommen wurde (§8), und sodann die für das Völkerrecht relevante Konstellation der Grauzonen des Rechts (§9). Staaten können allerdings auch zu der Auffassung gelangen, dass die Rechtslage im Hinblick auf eine bestimmte Frage in genereller Hinsicht unzulänglich ist. Anstatt in den raren und unregulierten Einzelfällen das Recht zu brechen, können sie vielmehr auch eine generelle Änderung der Rechtslage anstreben. Nicht selten ist ein rechtsbrüchiges Verhalten der Weg, solch eine Änderung der Rechtslage in Gang zu setzen. Rechtsbrüche verfolgen also in der völkerrechtlichen Ordnung mitunter auch eine legislative Intention.

Im Folgenden wollen wir diese Form der Illegalität zur Fortentwicklung des Rechts näher analysieren. Zunächst wollen wir uns dafür einige paradigmatische Fälle aus der Staatspraxis vor Augen führen (I.). Alsdann nehmen wir eine völkerrechtsdogmatische Einordnung vor und zeigen, dass sich das Phänomen des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung trefflich mit dem Begriff der legislativen Illegalität beschreiben lässt (II.). Im Anschluss wird die Ambivalenz legislativer Illegalität näher untersucht, die einerseits geeignet ist, bestimmten Dysfunktionalitäten der internationalen Ordnung entgegenzuwirken, die aber zugleich erhebliche Gefahren für deren Fortbestand begründet (III.). Es zeigt sich im Ergebnis, dass die Möglichkeit des Rechtsbruchs zur Fortentwicklung des Rechts eine Möglichkeit darstellt, die der multipolaren völkerrechtlichen Ordnung als Paradox innewohnt (IV.).

I. Staatspraxis des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung

In der Praxis der Staaten finden wir Rechtsbrüche zur Fortentwicklung des Rechts mit einiger Häufigkeit und Repräsentanten der Staaten sind sich dieser Handlungsoption sehr bewusst. In diesem Sinne beschreibt etwa der ehemalige Rechtsberater des US State Department Harold Hongju Koh die Aufgabe des Rechtsberaters, der auch die Möglichkeit einer Fortentwicklung des Rechts als Strategie in den Blick nehmen müsse und dabei politische Entscheidungsträger nicht vor die falsche Alternative zwischen Handlung oder Legalität stellen dürfe:

„Everyone who has worked in government knows that arguing for an evolution in the law is a decision with which both policymakers and government lawyers must grapple. Asking policy-makers to make a false choice between action and legality sends them the wrong message: that when the law gets hard, or stands in the way of urgent action, lawyers are incapable of developing sound legal arguments that can achieve better policy results.“¹

In der Staatspraxis der vergangenen Jahrzehnte finden sich viele Beispiele, in denen Staaten versucht haben, das Recht im Wege rechtsbrüchigen Verhaltens umzugestalten.

In historischer Hinsicht relevant waren Akte legislativer Illegalität im Rahmen des Dekolonialisierungsprozesses. Völkerrechtlicher Ausgangspunkt nach Errichtung der UN-Charta war zunächst, dass Kolonien als Bestandteil des Territoriums des Metropolenstaates Schutz über das völkerrechtliche Gewaltverbot erfahren.² Diese völkerrechtliche Annahme wurde im Prozess der Dekolonialisierung aber seit den 1950er Jahren auch in der Praxis der Staaten in Frage gestellt. Ein illustratives Beispiel ist insoweit die Invasion Indiens in Goa, das seinerzeit noch von Portugal als portugiesische „Provinz“ beansprucht und kontrolliert wurde.³ Am 18. Dezember 1961 kam es zu einer Invasion von ca. 30.000 indischen Truppen in Goa und in der Folge zu einer Annexion des Territoriums durch Indien.⁴ Indien bediente sich einer vielschichtigen Rechtfertigungsstrategie, die sowohl auf die Notwendigkeit des Schutzes der Bevölkerung Goas abstellte, aber auch die letztlich nicht tragfähige Behauptung anbrachte, Indiens Militäreinsatz sei eine Verteidigung gegen vorherige Angriffe Portugals gewesen.⁵

Ein Element legislativer Illegalität findet sich in der von Indien artikulierten und auch von anderen Staaten, insbesondere der Sowjetunion, unterstützten Position, dass es sich letztlich nicht um einen Einsatz völkerrechtswidriger Gewalt handle, da Goa von Portugal rechtswidrig gehalten werde. Der indische Repräsentant Jha führte im UN-Sicherheitsrat aus, dass wegen der Rechtswidrigkeit der portugiesischen Herrschaft über Goa die indische Invasion auch keine Aggression gewesen sei:⁶ „there can be no question of aggression against your own frontier, or against your own people whom you want to liberate“.⁷

¹ *Koh*, *Houston Law Review* 53 (2016), 971 (1032).

² Vgl. dazu die näheren Betrachtungen *supra* 30ff.

³ UN-Sicherheitsrat, 988. Sitzung, 18. Dezember 1961, UN Doc. S/PV.988, para. 45 (Portugal).

⁴ Vgl. zum Überblick *Ruys*, in: *Ruys/Corten* (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 85 (97ff.).

⁵ Vgl. die Analyse des Selbstverteidigungsarguments in: *Wright*, *American Journal of International Law* 56 (1962), 617 (620ff.).

⁶ UN-Sicherheitsrat, 987. Sitzung, 16. Dezember 1961, UN Doc. S.PV.987, para. 46 (Indien): „Portugal has no sovereign right over this territory. There is no legal frontier – there can be no legal frontier – between India and Goa. And since the whole occupation is illegal as an issue – it started in an illegal manner, it continues to be illegal today and it is even more illegal in the light of resolution 1514 (XV)“.

⁷ UN-Sicherheitsrat, 987. Sitzung, 16. Dezember 1961, UN Doc. S.PV.987, para. 46 (Indien).

Die Infragestellung des bestehenden völkerrechtlichen Rahmens im Dienste einer Legalisierung von „dekolonisierender Gewaltanwendung“ brachte Jha dabei klar zum Ausdruck:

„If any narrow-minded, legalistic considerations – considerations arising from international law as written by European law writers – should arise, those writers were after all, brought up in the atmosphere of colonialism. [...] But the tenet which says, and which is quoted in support of colonial Powers having sovereign rights over territories which they won by conquest in Asia and Africa is no longer acceptable. It is a European concept and it must die. It is time in the twentieth century, that it died.“⁸

Ungeachtet des Rekurses auf akzeptierte Rechtfertigungstatbestände wie Selbstverteidigung finden wir also im Kontext der Dekolonialisierung auch das Argument, der Gewalteinsatz zur Beförderung der Dekolonialisierung sei völkerrechtlich gerechtfertigt.

Ein weiteres Beispiel solcher Anrufung einer neuen Norm findet sich im Hinblick auf das behauptete Recht zur präventiven Selbstverteidigung. Ein solches nahm in der Vergangenheit Israel mehrfach für sich in Anspruch, zum Beispiel zur Rechtfertigung der Zerstörung des im Bau befindlichen irakischen Kernreaktors *Osirak* im Jahr 1981.⁹ Hier brachte Israel dezidiert eine Lesart des Selbstverteidigungsrechts in Anschlag, die nicht allein auf stattfindende oder unmittelbar bevorstehende Angriffe abstellte, sondern auf entferntere, abstrakte Gefahren, nämlich dass „[a] threat of nuclear obliteration was being developed against Israel by Iraq“.¹⁰

Ein anderes Beispiel betrifft die Rechtmäßigkeit humanitärer Interventionen. Während, wie wir eingehend analysiert haben, die Mehrheit der an der NATO-Intervention im Kosovo beteiligten Staaten sich auf die besonderen Umstände des Einzelfalls und damit auf eine Notstandssituation berief, stellten sich zwei Staaten – das Vereinigte Königreich und Belgien – ausdrücklich auf den Standpunkt, dass humanitäre Interventionen unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne ein Mandat des UN-Sicherheitsrats legal seien.¹¹

Auch bestimmte Anrufungen des Rechts auf Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure schlagen der Sache nach eine neue Norm der Selbstverteidigung vor. Der *unwilling-or-unable*-Standard soll rechtfertigen, dass im Rahmen der Verteidigung gegen nichtstaatliche Akteure auch das Territorium von Drittstaaten (in denen sich die nichtstaatlichen Akteure etwa aufhalten oder von wo aus sie operieren) verletzt werden darf. Dies soll eben dann möglich sein, wenn der Drittstaat nicht willens oder nicht in der Lage ist, die von den nichtstaatlichen Akteuren ausgehenden Gefahren zu verhindern. Damit aber wird ein rechtlich nicht etablierter Standard postuliert, der zudem die potenzielle Reichweite des Selbstverteidigungsrechts immens ausweitet. Im Rahmen der Syrienintervention beriefen sich vier

⁸ UN-Sicherheitsrat, 987. Sitzung, 16. Dezember 1961, UN Doc. S.PV.987, para. 47 (Indien).

⁹ Vgl. supra 53 m. w. N.

¹⁰ UN-Sicherheitsrat, 2280. Sitzung, 12. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2280, para. 59 (Israel).

¹¹ Vgl. die Nachweise supra 71 (Fn. 240f.).

Staaten auf den *unwilling-or-unable*-Standard.¹² Dieser Standard kann plausiblerweise nicht als eine mögliche Lesart des bestehenden Rechts gedeutet werden (und damit als Streitigkeit im Rahmen des Rechts, vgl. § 7), sondern bezieht eine aktiv gestalterische Haltung, die sich über die existierenden Beschränkungen des Selbstverteidigungsrechts hinwegsetzt. Interessanterweise wird dies auch durch die Details der Formulierungen der an den Sicherheitsrat gesendeten Schreiben deutlich. Eine genaue Lektüre zeigt, dass sich die USA, Kanada sowie Australien nicht darauf beriefen, dass der postulierte *unwilling-or-unable*-Standard bereits das etablierte Recht sei. Vielmehr stellten die Staaten ein normatives Postulat auf, indem sie – wie hier exemplarisch die USA – ausführten: „*States must be able to defend themselves, in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations, when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks.*“¹³ Diese Formulierung macht deutlich, dass auch die handelnden Staaten nicht davon ausgingen, dass dieser Standard bereits verbindlich den Inhalt des Selbstverteidigungsrechts umschrieb, sondern vielmehr, dass aus normativer Sicht Staaten hierzu berechtigt sein *sollten*.

Der wichtigste Ausgangspunkt für die Identifikation von Fällen legislativer Illegalität ist also, dass Staaten in den Rechtfertigungen für ihre Interventionen den Anspruch erheben, die von ihnen ausgeführte Intervention sei völkerrechtlich legal. Ziel eines solchen Postulats ist neben der Rechtfertigung des jeweiligen Einsatzes auch, mit dieser Rechtsbehauptung Anerkennung im internationalen politischen Prozess zu erhalten, um damit letztlich die Grenzen der Legalität zu verschieben, um neue Normen zu schaffen oder bestehende Normen zu reinterpreten. Bei der Analyse staatlicher Rechtfertigungen fällt eine Reihe bemerkenswerter Gesichtspunkte auf.

Erstens ist es relevant festzuhalten, dass die Identifikation der Rechtsbehauptung stets ihrerseits eine Frage der Interpretation ist. Eine Rechtsbehauptung muss nämlich nicht immer explizit erfolgen, sie kann auch implizit erhoben werden und daher einen erheblichen interpretatorischen Spielraum bei der Feststellung eröffnen. In diesem Sinne schlägt zum Beispiel Tom Ruys vor, die Berufung auf das *desire to prevent a humanitarian catastrophe* als implizite Anrufung eines Rechts zur humanitären Intervention anzuerkennen.¹⁴ Dabei sollte allerdings der vom IGH betonte Grundsatz berücksichtigt werden, dass Staaten keine Rechtspositionen zu-

¹² Vgl. supra 42 (insbesondere Fn. 63) mit Nachweisen.

¹³ Vgl. UN Doc. S/2014/695, 23. September 2014 (USA), Hervorhebung C.M. Vgl. die ähnlichen Formulierungen in: UN Doc. S/2015/693, 9. September 2015 (Australien), UN Doc. S/2015/22, 31. März 2015 (Kanada). Allein die Türkei traf eine direktere Formulierung, indem sie zunächst feststellte, dass die Regierung Syriens zur Verhinderung von Sicherheitsbedrohungen „neither capable nor willing“ sei, und alsdann betonte, dass „[i]ndividual and collective self-defence is our inherent right under international law, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations“; vgl. UN Doc. S/2015/563, 24. Juli 2015 (Türkei).

¹⁴ Ruys, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 36.

geschrieben werden können, die sie nicht selbst erheben.¹⁵ In diesem Sinne wäre es verfehlt, staatliche Stellungnahmen, die die Legalität einer Intervention explizit nicht verfechten, sondern auf eine Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls auf der Rechtsfolgenseite drängen, als Legalitätsbehauptungen auszulegen.¹⁶ Es zeigt sich aber an diesem Punkt eine gewisse methodologische Offenheit, die auch Quelle von interpretatorischen Streitigkeiten über die Relevanz einer Rechtfertigung für die weitere Normentwicklung ist.

Eine zweite wichtige Beobachtung ist, dass Staaten im Allgemeinen sehr zurückhaltend sind, was die Behauptung neuer Rechtsnormen oder neuer Interpretationen bereits bestehender Rechtsnormen angeht. Ein Blick auf die Praxis bestätigt dies. So rechtfertigten beispielsweise die USA die Seeblockade Kubas im Jahr 1962 nicht mit dem Argument einer präventiven Selbstverteidigung, wiewohl dies erwogen worden war.¹⁷ Anstatt diese nicht akzeptierte Lesart des Selbstverteidigungsrechts in Anschlag zu bringen, bevorzugte es die US-Regierung, sich auf eine die Seeblockade angeblich autorisierende Resolution der OAS zu berufen.¹⁸ In ähnlicher Weise vermied es die US-Regierung, sich zur Rechtfertigung der militärischen Intervention im Irak im Jahr 2003 auf das seinerzeit erst unlängst in der *National Security Strategy* postulierte Recht zur präventiven Selbstverteidigung zu berufen.¹⁹ Vielmehr stellte die US-Regierung auf Resolutionen des UN-Sicherheitsrats ab, deren Autorisierung angeblich durch Pflichtverstöße des Irak wieder aufgelebt sei. Auch diese Rechtfertigung war rechtlich unhaltbar, vermied aber die Behauptung einer starken allgemeinen Rechtsregel der präventiven Selbstverteidigung, an die auch andere Staaten in ihrer Praxis hätten anknüpfen können. Staaten lassen also durchaus eine signifikante Zurückhaltung walten, wenn es darum geht, eine bestehende Rechtsregel dezidiert und konfrontativ in Frage zu stellen. „Why should states challenge a rule head on, if less provocative conduct would better serve them?“, wie Theodor Meron die zugrunde liegenden staatlichen Abwägungen pointiert formuliert hat.²⁰ In der Regel ist es die verbreitetere Strategie, eine einzelfallbezogene, wenn auch unplausible Lesart bestehenden Rechts in Anschlag zu bringen. Da in der Regel eine genaue juristische Aufarbeitung der Fälle nicht

¹⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 109 (para. 207).

¹⁶ *Charney*, *American Journal of International Law* 93 (1999), 834 (836f.).

¹⁷ Vgl. insoweit die Erklärung des US-Rechtsberaters *Chayes*, *The Cuban Missile Crisis*, 1974, S. 65: „[A] claim to self-defence would set a dangerous precedent. In retrospect [...] I think the central difficulty with the Article 51 argument was that it seemed to trivialize the whole effort at legal justification. No doubt the phrase ‚armed attack‘ must be construed broadly enough to permit some anticipatory response. But it is a very different matter to expand it to include threatening deployments or demonstrations that do not have imminent attack as their purpose of probable outcome. To accept that reading is to make the occasion for forceful response essentially a question of unilateral national decision that would not only be formally unreviewable, but not subject to intelligent criticism, either.“

¹⁸ Vgl. m. w. N. *supra* 52f.

¹⁹ Vgl. *supra* 56f.

²⁰ *Meron*, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, S. 60.

erfolgt, birgt dies den Vorzug, dass Staaten pro forma eine Rechtsregel für sich anführen können, verhindert aber gleichzeitig, dass sich andere Staaten geradlinig auf die neu postulierte Norm berufen und damit mitunter die Interessen des intervenierenden Staates beeinträchtigen.²¹

Eine dritte Beobachtung schließlich ist, dass selbst Staaten, die sich der Strategie der legislativen Illegalität bedienen, den Umstand der Illegalität ihres Verhaltens kaum je offen anerkennen werden. Im Gegenteil, sie werden ihr Verhalten als von einer *bestehenden* Norm gerechtfertigt darstellen.²² In diesem Sinne etwa ist die britische Position, dass es sich bei der Rechtfertigung humanitärer Interventionen um ein *accepted principle* handle.²³ Israel vertrat die Auffassung, dass die Zerstörung des *Osirak*-Reaktors als Akt präventiver Selbstverteidigung „well within the meaning of Article 51 of the Charter of the United Nations“ gewesen sei.²⁴ Kurzum, wie Charney zu Recht konstatiert:

„States will rarely, if ever, admit that they have violated customary international law, even in order to change it. Rather, they will argue that their behaviour is consistent with the traditional law, or that the law has already changed.“²⁵

Diese Strategie ist durchaus nachvollziehbar, würde doch ein offenes Eingeständnis der Illegalität einer Intervention den vom handelnden Staat verfolgten Zweck diskreditieren und die Möglichkeiten für andere Staaten eher schmälern, sich der vorgeschlagenen Lesart des Rechts anzuschließen. Andere Staaten sollen mithin die Möglichkeit haben, sich als Unterstützer des bestehenden Rechts darzustellen, nicht als Unterstützer von Rechtsbrüchen. Insoweit findet hier die Wahrung einer diskursiven Fassade statt. Für eine an allgemeinen rechtlichen Standards orientierte rechtliche Bewertung schließt das allerdings keineswegs aus, dass die rechtlichen Postulate als das identifiziert und qualifiziert werden, was sie sind: *de-lege-ferenda*-Stellungnahmen, die eine aktive Position im Prozess der Rechtsentwicklung ergreifen.

II. Völkerrechtsdogmatische Einordnung

Rechtsdogmatisch liegt die Herausforderung eines Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung darin, dass der Rechtsbruch als rechtskreierendes Moment identifiziert und somit in widersprüchlicher Weise Bezug auf die Rechtsordnung genom-

²¹ Vgl. in diesem Zusammenhang aber die möglichen negativen Effekte einer „zynischen“ Anrufung des Rechts, die wir in § 7 eingehend analysiert haben, supra S. 212 f.

²² *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, International Law Association Reports of Conferences 69 (2000), 712 (767): „[I]t is quite common for States to assert that something is the law in the hope that this will help to bring about the desired state of affairs. So an apparently declaratory resolution may actually be, in whole or in part, for some or all of its supporters, *de lege ferenda*.“

²³ Vgl. supra 71 f. (Fn. 241).

²⁴ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 2280. Sitzung, 12. Juni 1981, UN Doc. S/PV.2280, para. 97 (Israel).

²⁵ *Charney*, American Journal of International Law 80 (1986), 913 (916).

men wird. Diese soll einerseits transformiert und damit als normativer Rahmen bewahrt werden, sie wird aber gleichzeitig in konkreter Hinsicht in Frage gestellt. Dies scheint der Idee einer *rule of law* zu widersprechen, basiert diese doch gerade auf einer Einhaltung bestehender Rechtsnormen. Die Dringlichkeit einer strengen Beachtung rechtlicher Gebote ist zumal im Rahmen des völkerrechtlichen Gewaltverbots im besonderen Maße evident. Eine Nichteinhaltung bedeutet zwingend, dass in rechtswidriger Weise militärische Gewalt eingesetzt wird, was durch das Gewaltverbot eben gerade vermieden werden soll. Daher konstatiert die ILA: „The UN Charter goal of collective peace and security is dependent upon strict adherence to the international law on use of force.“²⁶

Die Schlussfolgerung hieraus wäre einfach. Sind Staaten mit dem gegenwärtigen Inhalt völkerrechtlicher Normen nicht einverstanden, so müssen sie sich legaler Wege rechtlicher Transformation bedienen. Für die völkervertragsrechtliche Dimension des Gewaltverbots bedeutet dies, dass sich Staaten innerhalb der multilateralen Strukturen für die Veränderung des Rechts einsetzen können. Zu denken ist insoweit beispielsweise an den Abschluss neuer oder die Abänderung bestehender internationaler Verträge. Aber auch der Abschluss späterer Übereinkünfte im Sinne des Artikel 31 Abs. 3 lit. a) WVK, die alsdann im Rahmen der Interpretation zum Beispiel der UN-Charta heranzuziehen wären, kommt in Betracht. Als radikalster legaler Schritt stünde ihnen gegebenenfalls die Kündigung eines multilateralen Vertrages zur Verfügung.²⁷

Eine legale Alternative zum Rechtsbruch kann auch in verbalen Deklarationen gesehen werden. Staaten können wiederholt ihre Rechtsauffassung bekunden, dass eine bestimmte Verpflichtung nunmehr einen anderen Inhalt habe. Auf diese Weise können sie auf die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts ebenso wie auf die Interpretation bestehenden Vertragsrechts einwirken,²⁸ zumal auch verbale Stellungnahmen als staatliche Praxis Berücksichtigung finden können.²⁹

Ungeachtet dieser legalen Möglichkeiten wird in der völkerrechtlichen Debatte doch weithin anerkannt, dass konsensuale Möglichkeiten der Weiterentwicklung völkerrechtlicher Normen regelmäßig nur bedingt erfolversprechend sind.³⁰ „Formal processes for making international law, like those for enforcing it, lag behind its substantive ambitions“, wie Monica Hakimi betont.³¹ Das für die Rechtsentwicklung allgemein bestehende Konsenserfordernis gibt den einzelnen Staaten

²⁶ *International Law Association, Use of Force Committee*, International Law Association Reports of Conferences 77 (2016), 248 (275).

²⁷ Vgl. zum Überblick *Helper*, Virginia Law Review 91 (2005), 1579–1648.

²⁸ *Akehurst*, British Yearbook of International Law 47 (1975), 1 (8).

²⁹ Vgl. supra 90f.

³⁰ *Buchanan*, Ethics 111 (2001), 673 (677): „The ways in which international law can be made significantly limit the options for lawful reform of the system“; *Posner/Sykes*, Michigan Law Review 110 (2011), 243 (262): „[R]enegotiation‘ is not always viable, and the law may instead evolve toward efficiency through a process by which some nations deviate and others later mimic the deviations.“

³¹ *Hakimi*, Harvard Journal of International Law 55 (2014), 105 (107).

eine große Macht, die Fortentwicklung des Rechts zu blockieren.³² Aus diesem Grund ist es in der staatlichen Praxis nicht unüblich, Rechtsentwicklungen auch durch Rechtsbrüche in Gang zu setzen.

Insbesondere im Hinblick auf die Genese völkergewohnheitsrechtlicher Normen ist die Möglichkeit einer Rechtsgenerierung qua Rechtsbruch weithin anerkannt.³³ Anthony D'Amato beschreibt diesen Vorgang wie folgt:

„When a state violates an existing rule of customary international law, it undoubtedly is ‚guilty‘ of an illegal act, but the illegal act itself becomes a disconfirmatory instance of the underlying rule. The next state will find it somewhat easier to disobey the rule, until eventually a new line of conduct will replace the original rule by a new rule.“³⁴

Am Anfang einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Regel steht also oftmals eine Rechtsverletzung, die zum Anknüpfungspunkt für die Kristallisation einer neuen Regel wird: „Whenever a change is made, someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood.“³⁵ Illegalität zur Rechtsfortentwicklung

³² Helfer, *University of Illinois Law Review* 2008 (2008), 71 (105); Brunnée/Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, 2010, S. 215: „[A]lthough consensus decision-making appears at first glance to be conducive to interactional law-making, it can also hinder decision-making in situations where a large or even predominant majority of states have arrived at shared understandings“; Guzman, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), 747 (747): „If a country feels that a proposed change to international law does not serve its interests, it can avoid that change by withholding its agreement. This commitment to consent preserves the power of states, but it also creates a serious problem for the international system.“

³³ D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, S. 98: „Each deviation contains the seeds of a new rule“; Akehurst, *British Yearbook of International Law* 47 (1975), 1 (8): „It is often supposed that the only way to change customary rules is to break it frequently. There is no doubt that customary rules can be changed in this way“; Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 42; Charney, *British Yearbook of International Law* 56 (1985), 1 (21): „Nations forge new law by breaking existing law, thereby leading the way for other nations to follow“; Weisburd, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 21 (1988), 1 (31); Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, S. 151: „[T]he failure of members of the community to obey a command is still an accepted way to try to bring about change or reform“; Higgins, *Problems and Process*, 1994, S. 19: „One of the special characteristics of international law is that violations of law can lead to the formation of new law“; Charney, *American Journal of International Law* 93 (1999), 834 (836): „[G]eneral international law may change through breach of the current law and the development of new state practice and opinio juris supporting the change“; Buchanan, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 130 (135): „[I]t appears that significant change through the development of new customary law will usually, if not always, require illegality“; Glennon, *Georgetown Law Journal* 93 (2005), 939 (957): „[C]ustomary international law is thought to be altered by acts that initially constitute violations of old rules; that is how it changes“; Goodin, *The Journal of Ethics* 9 (2005), 225 (225); Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 453; Goldsmith/Posner, *The Limits of International Law*, 2005, S. 198; Bradley/Gulati, *Yale Law Journal* 120 (2010), 202 (212): „The only way for nations to change a rule of CIL (as opposed to overriding it by treaty) is to violate the rule and hope that other nations accept the new practice“; Hakimi, *Harvard Journal of International Law* 55 (2014), 105 (121 f.).

³⁴ D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, S. 97.

³⁵ UK Court of Appeal, *Law Reports, Queen's Bench Division* 1977, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* 529, 556.

wird zwar auch für das Gewohnheitsrecht teils als eine kritikwürdige Strategie angesehen, die mit der Grundidee einer *rule of law* unvereinbar sei.³⁶ Im Allgemeinen dominiert aber die Auffassung, dass eine allein legale Fortentwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen nur schwerlich möglich sei.³⁷

Für die völkerrechtsdogmatische Fassung dieser konflikthaften Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht ergeben sich erhebliche Probleme. Insbesondere die Anforderung an das Bestehen einer die Norm tragenden Rechtsauffassung (*opinio iuris*) kann in dem Moment noch nicht als erfüllt angesehen werden, in dem sich ein Staat erkennbar gegen die bestehende Rechtslage positioniert. Insoweit ergibt sich also die Notwendigkeit, die Anforderungen an das Element der *opinio iuris* anzupassen und insoweit die Formulierung einer kontrafaktischen Rechtsbehauptung als Ausgangspunkt der Genese einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Norm ausreichen zu lassen.³⁸

Für die Entwicklung vertragsrechtlicher Normen wird die Möglichkeit der Fortentwicklung durch Rechtsbruch kaum thematisiert oder explizit anerkannt, stellt dies doch einen eklatanten Bruch des Prinzips *pacta sunt servanda* dar. Der Umstand, dass derart das Recht der UN-Charta gleichsam als sakrosankt, als unangreifbar dargestellt wird, ist allerdings nur um den Preis möglich, dass man sozusagen nicht so genau hinschaut, dass man die konkreten Mechanismen der rechtlichen Entwicklung auch des unter der UN-Charta bestehenden Gewaltverbots nicht genau in den Blick nimmt. Dass nämlich auch die Normen der UN-Charta sich durch die Praxis der Staaten entwickeln können, ist weithin anerkannt. Eine Entwicklung des Rechts ist dann unproblematisch, wenn sie eine bloße Konkretisierung ist, wenn also die vormals noch unkonkreten und abstrakten Rechtsnormen durch staatliche Praxis konturiert werden – ein Mechanismus, den wir in § 7 analysiert haben.³⁹ Eine Entwicklung des Rechts kann aber ebenfalls bedeuten, dass die UN-Charta durch nachfolgende Praxis *reinterpretiert* wird. Was aber bedeutet Reinterpretation einer Norm anderes, als dass ein vormals illegales Verhalten nunmehr als legal angesehen wird oder vice versa? Wenn es in der Tat zutrifft – und das wird kaum bestritten –, dass nachfolgende Praxis der Motor rechtlicher Entwicklung auch für die Normen der UN-Charta ist, dann ist der erste Akt einer solchen Reinterpretation der UN-Charta regelmäßig ein Verhalten, das zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war, da es der herrschenden Interpretation des Gewaltverbots widersprach.

³⁶ Akehurst, British Yearbook of International Law 47 (1975), 1 (8): „It is often supposed that the only way to change customary rules is to break it frequently. There is no doubt that customary rules can be changed in this way, but the process is hardly one to be recommended by anyone who wishes to strengthen the rule of law in international relations. Fortunately there is a way out of the dilemma; as an alternative to changing customary law by breaking it, States can change it by repeatedly declaring that the old rule no longer exists – a much more desirable way of changing the law.“

³⁷ Vgl. die Zitate supra in Fn. 33.

³⁸ Vgl. hierzu Marxsen/Peters, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), Self-defence Against Non-State Actors, 2019, S. 274 ff.

³⁹ Vgl. supra 203 ff.

Noch ein anderer Gesichtspunkt lässt sich gegen eine strikte Trennung der Vorgaben der UN-Charta einerseits, des Völkergewohnheitsrechts andererseits, anführen. Ein weiteres Bindeglied zwischen beiden Rechtsquellen ist nämlich, dass Staaten die gewohnheitsrechtliche Dimension auch dafür nutzen können, eine Reinterpretation der UN-Charta zu erwirken.⁴⁰ Denn im Rahmen der Interpretation der UN-Charta ist gemäß Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK jeder zwischen den Vertragsparteien einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen, so dass auch eine bestehende völkergewohnheitsrechtliche Regel auf die Interpretation der UN-Charta wirken kann.

Kurzum, Rechtsabweichungen zum Zwecke der Fortentwicklung des Rechts sind für beide für das Gewaltverbot maßgeblichen Rechtsquellen relevant, für das Gewohnheitsrecht ebenso wie für die Normen der UN-Charta. Staaten können eine bestimmte empirische Situation zu einem „lawmaking moment“⁴¹ machen, indem sie einen Rechtsbruch begehen, dessen normative Rechtfertigung sie als hinreichend stark auffassen, dass auch andere Staaten ihm folgen und die neu postulierte Rechtsnorm unterstützen werden.

Der Umstand, dass Staaten sich illegaler Handlungen zur Rechtsfortentwicklung bedienen können, spiegelt das Paradox wider, dass Staaten sowohl die *Adressaten* der Völkerrechtsordnung sind und damit rechtsverpflichtet. Zugleich aber sind sie auch die *Rechtserzeuger*, die in einem sehr konkreten Sinne den Inhalt völkerrechtlicher Normen durch ihre Handlungen konstituieren und gelegentlich auch in die Hand nehmen und eigenmächtig gestalten. „Paradoxien sind“, wie Gunter Teubner das zutreffend formuliert, „keine logischen Fehler, die man ausmerzen muss, wenn man weiterkommen will.“⁴² Wichtig ist allerdings, einen integrativen Umgang zu finden, so dass sich aus einer Paradoxie keine Blockade oder gar ein Verfall des gesamten völkerrechtlichen Systems entwickelt. Vielmehr sollte die Paradoxie im Idealfall produktiv wirken, um – ganz im dialektischen Sinne – durch Überwindung konkreter Widersprüche eine Einheit auf höherer Ebene zu erzeugen. Solch eine Einheit auf höherer Ebene kann etwa sein, dass das Rechtssystem auf neue Herausforderungen reagiert und Rechtsbrüche mit legislativer Intention zum Anlass nimmt, das Rechtssystem entsprechend anzupassen. Eine entsprechende Einheit auf höherer Ebene kann aber auch darin liegen, dass sich das Rechtssystem zu seinem alten Inhalt bekennt, indem die Rechtsakteure Akte legislativer Illegalität verurteilen, um damit die bestehende Rechtslage zu bekräftigen. Wurden in der Vergangenheit etwa Versuche zur Begründung eines Rechts auf präventive Selbstverteidigung ebenso wie Versuche zur Begründung eines Rechts zur humanitären Intervention zurückgewiesen, so wurde eben durch Zu-

⁴⁰ Vgl. zum Zusammenspiel der Rechtsquellen supra 134–148.

⁴¹ Vgl. *Koh*, *Houston Law Review* 53 (2016), 971 (1006). Koh führt mit Blick auf den Einsatz von Chemiewaffen in Syrien aus, dass „the United States should have treated Syria as a lawmaking moment to crystallize a limited concept of humanitarian intervention, capable of breaking a veto stranglehold in extreme circumstances“.

⁴² *Teubner*, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, S. 25 (30).

rückweisung der aufgestellten Rechtsbehauptungen der alte Inhalt des Rechts bestätigt.

Wie sollte man nach allem aber diese produktive Seite der Illegalität bezeichnen? In der Debatte ist das hier interessierende Phänomen mit einer Reihe von Begriffen umschrieben worden. Jacob Katz Cogan hat den Begriff der *operational non-compliance* in Anschlag gebracht und bezieht sich damit auf den Umstand, dass Rechtsbrüche das Recht mitunter funktionsfähig und dynamisch halten. Cogans Begriff ist allerdings sehr weit gefasst und rekurriert auf drei Bereiche, in denen rechtswidriges Handeln das Völkerrecht operabel halten kann, nämlich „lawmaking and law termination, law enforcement, and institutional control“.⁴³ In ähnlicher Weise geht Monika Hakimi vor, die die Bedeutung einer konfrontativen Einstellung von Staaten zueinander und zum Recht betont und diese als „unfriendly unilateralism“ bezeichnet.⁴⁴ Dieser Begriff ist noch weiter konzipiert und beschreibt nach Hakimi erstens sowohl rechtmäßige, gleichwohl unfreundliche Maßnahmen (Retorsion); zweitens Maßnahmen, die gegen eine Rechtspflicht verstoßen, die aber als Gegenmaßnahme gerechtfertigt sind; aber drittens auch Maßnahmen – und das ist die aus unserer Perspektive interessante Konstellation –, die selbst nicht gerechtfertigt sind, sondern als „disobedient measures“ gegen das Recht verstoßen.⁴⁵ Folglich ist auch dieser Begriff für die Beschreibung des hier interessierenden Phänomens des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung deutlich zu weit ausgelegt.

Eric Posner und Alan Sykes diskutieren den Problembereich unter dem der ökonomischen Analyse des Rechts entstammenden Begriff des *efficient breach of international law*. Auch ihr Begriff aber nimmt sowohl die Ebene der Rechtsdurchsetzung als auch der Rechtserzeugung in den Blick⁴⁶ und ist damit zu weit gefasst.

Aus rechtstheoretischer Perspektive schließlich hat Hans Lindahl herausgearbeitet, wie sich durch bestimmte Formen der Rechtsabweichung die Grenze zwischen Legalität und Illegalität verschiebt. Lindahl bezeichnet dieses Phänomen als „Alegalität“: „[...] a-legality denotes behaviour that calls into question the distinction itself between legality and illegality as drawn by a legal order in a given situation“.⁴⁷ Lindahl beschreibt Alegalität als eine „interruption of legal order“,⁴⁸ die eine inhaltlich anders ausgerichtete Rechtsordnung postuliert.⁴⁹ Derartiges alegales Verhalten zwingt das Rechtskollektiv dazu zu bestimmen, wo die Grenze zwischen Legalität und Illegalität verlaufen solle.⁵⁰ Lindahl differenziert zwischen verschiedenen Formen der Alegalität, nämlich zwischen einer schwachen und einer

⁴³ Cogan, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (196).

⁴⁴ Hakimi, *Harvard Journal of International Law* 55 (2014), 105 (105).

⁴⁵ Hakimi, *Harvard Journal of International Law* 55 (2014), 105 (114).

⁴⁶ Vgl. Posner/Sykes, *Michigan Law Review* 110 (2011), 243 (254–264).

⁴⁷ Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 30f.

⁴⁸ Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 32.

⁴⁹ Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 37.

⁵⁰ Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 162: „In a word, a-legality forces (what thereby becomes) us, the legal collective, to establish what counts as our boundaries. But if ,we‘

starken Dimension. Die schwache Form der Alegalität könne grundsätzlich im Rahmen der Rechtsordnung adressiert werden, indem das Rechtskollektiv die vom Recht gesetzten Grenzen rekaliibriere.⁵¹ Die starke Form der Illegalität hingegen zeichne sich durch eine Unvereinbarkeit einer Positionierung mit der Grundausrichtung einer Rechtsordnung aus. Wir haben es dann zu tun mit einer letztlich revolutionären Einstellung, deren Realisierung innerhalb des bestehenden Rahmens nicht möglich ist, sondern nur durch den Übergang in eine andere.⁵² Der Begriff der Alegalität ist mithin ebenfalls zu weit gefasst und beschreibt sowohl eine legislative als auch revolutionäre Einstellung von Staaten – zwei Phänomene allerdings, die hinsichtlich ihrer Verbreitung, Funktion und Folgen sehr unterschiedlich zu bewerten sind.⁵³

Begrifflich klar zu fassen ist das Phänomen des Rechtsbruchs zur Rechtsfortentwicklung durch den Begriff der *legislativen Illegalität*. Dieser Begriff beschreibt den Umstand, dass Staaten die Rechtsordnung begrenzt und im Hinblick auf einzelne Aspekte in Frage stellen, indem sie illegale Handlungen vornehmen. Im Wege solch illegaler Handlungen soll ein rechtlicher Transformationsprozess angestoßen oder befördert werden. Die von Lindahl erfassten revolutionären Infragestellungen der bestehenden Rechtsordnungen werden wir alsdann im folgenden § 11 näher untersuchen.⁵⁴

* * *

Es lässt sich an dieser Stelle schlussfolgern, dass legislative Illegalität einen festen Platz in der Staatspraxis hat. Wenngleich viele Versuche der Umgestaltung des Rechts scheitern, so ist doch anzuerkennen, dass der Rechtsbruch zur Fortentwicklung des Rechts ein in der Praxis durchaus anerkanntes Mittel darstellt; ein Mittel allerdings, das hochgradig ambivalent ist.

III. Potenziale und Gefahren legislativer Illegalität

Die völkerrechtswissenschaftliche sowie theoretische Einordnung von Phänomenen legislativer Illegalität ist im Ausgangspunkt begleitet von einer nachvollzieh-

are forced to do this, in response to a-legality, then ‚our‘ boundaries are something we never fully have under our control or own: we owe our boundaries to others.“

⁵¹ Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 174: „By recalibrating legal boundaries, in response to the weak dimension of a-legality, a collective actualizes its own possibilities.“

⁵² Lindahl, *Fault Lines of Globalization*, 2013, S. 170: „[N]o dialectic succeeds in integrating a revolutionary act into the legal order. To interpret the act of revolutionaries as constitution-making, instead of treason, is not to widen the scope of legality by exploiting the practical possibilities of the legal collective they aim to overturn; it is to step out of one legal order and into another. [...] The interpretative abyss separating treason and constitution-making illustrates the radical unintelligibility that characterizes the strong dimension of a-legality: what cannot be said and done in one legal order can only be said and done by entering another order.“

⁵³ Vgl. zur Analyse solch revolutionärer Positionierungen *infra* § 11.

⁵⁴ Vgl. *infra* 280ff.

baren Ablehnung rechtsbrüchigen Verhaltens.⁵⁵ Gleichwohl erfüllen diese Formen des Rechtsbruchs wichtige Funktionen und stellen sich – jedenfalls in gewisser Hinsicht – auch als Stärkung des Völkerrechts dar. Wir wollen nunmehr die aufgeworfene Ambivalenz näher untersuchen. Was also sind die Potenziale und Funktionen (1.) sowie die Gefahren (2.) legislativer Illegalität?

1. Potenziale und Funktionen

Ein erster wichtiger Gesichtspunkt für eine Bewertung legislativer Illegalität ist der Umstand, dass Staaten durch den Versuch, auf den Inhalt von Rechtsnormen einzuwirken, sich grundsätzlich zur Relevanz und normativen Wünschbarkeit völkerrechtlicher Regulation internationaler Beziehungen bekennen. „[A] person who breaks the law“, wie Allen Buchanan diesen Gesichtspunkt formuliert, „with the aim of improving the legal system thereby shows that he values the contribution that a system of law can make to justice.“⁵⁶ Mehr noch, derartige Akteure mögen gute und auch international nachvollziehbare Gründe dafür vorweisen können, dass eine Änderung des Rechts erforderlich ist.⁵⁷ Insoweit beinhaltet legislative Illegalität ein Bekenntnis zur rechtsförmigen Integration und stellt nur gezielt und isoliert bestimmte Rechtsnormen in Frage. Gegenüber den in § 12 noch näher zu untersuchenden gegenwärtigen Tendenzen zu einer allein politischen und nicht mehr rechtsförmigen Koordination internationaler Beziehungen⁵⁸ stellen sich derartige Akte mithin zunächst als eine Bestärkung des Völkerrechts dar.

Zweitens hat legislative Illegalität eine starke konstruktive Dimension. Es geht den Staaten nicht allein um eine Überwindung bestehender Rechtsnormen, sondern um eine *produktive Weiterentwicklung*. In diesem Sinne handelt es sich um eine, wie Ian Hurd formuliert, „constructive non-compliance“.⁵⁹

Durch diese konstruktive Einstellung haben Akte legislativer Illegalität drittens das Potenzial, über institutionelle Defizite der völkerrechtlichen Ordnung hinwegzuhelfen. Jacob Katz Cogan hat dies in seiner Untersuchung zu *operational non-compliance* betont.⁶⁰ Dabei bezeichnet Cogan als *operational* solche Rechtsbrüche, die ein nur teilweise wirksames Rechtssystem wie das Völkerrecht funktionsfähig halten.⁶¹ Sind etwa die Foren für eine Durchsetzung bestehender Rechtspflichten

⁵⁵ Kenneth Abbott und Duncan Snidal diagnostizieren insoweit einen „distaste for breaking the law“; *Abbott/Snidal*, *International Organization* 54 (2000), 421 (428).

⁵⁶ *Buchanan*, *Ethics* 111 (2001), 673 (675).

⁵⁷ *Goodin*, *The Journal of Ethics* 9 (2005), 225 (231): Es handelt sich also um Akteure, „who are merely proposing an amendment in good faith“.

⁵⁸ Vgl. *infra* 327 ff.

⁵⁹ *Hurd*, *Chinese Journal of International Politics* 7 (2014), 361 (371); vgl. generell zum Begriff der *constructive non-compliance* auch: *Tsai*, *Comparative Politics* 47 (2015), 253 (255 ff.).

⁶⁰ *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (196): „centrality of operational noncompliance“.

⁶¹ *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (191): „States, on occasion, feel obliged, even absent community sanction, to take actions that reflect current or developing ex-

blockiert oder stagnieren Versuche, völkerrechtliche Regeln an neue Herausforderungen und Begebenheiten anzupassen, so können Rechtsbrüche eine Blockade auflösen und neue Impulse setzen, die letztlich die Funktionalität des Gesamtsystems erhöhen. Diese Form des Rechtsbruchs ist, wie Cogan unterstreicht, eine „necessary component of less capable legal systems, such as international law“.⁶² Durch *operational non-compliance* nehmen Staaten das Recht also in die eigene Hand und erfüllen Aufgaben, die in entwickelten Rechtssystemen üblicherweise den staatlichen Institutionen vorbehalten sind.⁶³ Rechtsbrüche haben also durchaus das Potenzial, die Effizienz des Rechtssystems zu erhöhen, indem beispielsweise anderweitig blockierte Reformen in Gang gesetzt werden können. Unter Rückgriff auf eine ökonomische Analyse des Rechts untersuchen Eric Posner und Alan Sykes in diesem Sinne die Effektivität von Rechtsbrüchen und betonen, dass „a period of formal noncompliance with the law may be necessary to facilitate efficient legal evolution“.⁶⁴

Eine damit im Zusammenhang stehende vierte Beobachtung ist, dass Akte legislativer Illegalität im Ergebnis dazu beitragen können, den Kollaps rechtlicher Systeme zu verhindern. Ein strikt verstandenes Bekenntnis zum gegenwärtigen Recht kann theoretisch dazu führen, dass das Recht in seiner Entwicklung stagniert und schließlich an Akzeptanz unter den Staaten verliert, da diese ihre Interessen nicht mehr hinreichend gewahrt und reflektiert sehen. „Excessive adherence to the rule of law can lead to a breakdown in the system itself if strict adherence means, paradoxically, the non-enforcement of the rules or the inability to update the rules.“⁶⁵

Unter dieser Perspektive nimmt sich auch fünftens der Widerspruch zwischen Rechtsbruch und der *rule of law* als weniger tief greifend aus, als es zunächst scheinen mochte.⁶⁶ Unilaterale und sogar rechtswidrige Akte können die *rule of law* gar befördern, insofern sie die Effektivität der Rechtsordnung erhöhen können.⁶⁷ Durch unilaterale Maßnahmen kann sichergestellt werden, dass das formal vielfach

peptations of lawfulness or make existing law effective [...] sometimes these actions violate existing norms, as with the humanitarian intervention in Kosovo, which, at least as a formal matter, breached international law. This latter category can be called ‚operational noncompliance‘-non-compliance that keeps a partially effective system, such as international law, operational by reconciling formal legal prescriptions with changing community policies or by bridging the enforcement gap created by inadequate community mechanisms of control.“

⁶² Cogan, Yale Journal of International Law 31 (2006), 189 (193).

⁶³ Cogan, Yale Journal of International Law 31 (2006), 189 (202): „States, when it is in their interests, breach international law in situations in which the international legal system does not or cannot operate effectively. By doing so, States act in a variety of ways-as lawmakers, as law enforcers, and as institutional checks-that are the responsibility of government institutions in highly developed legal systems.“

⁶⁴ Posner/Sykes, Michigan Law Review 110 (2011), 243 (261).

⁶⁵ Cogan, Yale Journal of International Law 31 (2006), 189 (205).

⁶⁶ Glennon, Foreign Affairs 78, Nr. 3 (1999), 2 (4): „[C]hallenging a law is not synonymous with challenging the rule of law. Quite the contrary: challenging an unjust law [...] can actually reinforce the legal regime.“

⁶⁷ Hakimi, Harvard Journal of International Law 55 (2014), 105 (110): „[U]nilateral and even unlawful exercises of state power can sometimes buttress the rule of law.“

bestehende Konsenserfordernis (insbesondere für die Fortentwicklung völkerrechtlicher Normen) nicht zu einer Blockade des Rechts führt: „If international law is to govern meaningfully, it must be capable of preserving, reconciling, strengthening, and recalibrating its various norms“, wie Hakimi ausführt.⁶⁸

Ein Verständnis der *rule of law* im Völkerrecht sollte folglich nicht positivistisch enggeführt und allein an die bloße Einhaltung bestehender Regeln gebunden werden. *Rule of law* bedeutet mehr. Sie verlangt neben der Einhaltung konkreter Regeln auch eine Berücksichtigung der Grundprinzipien, nach denen die Völkerrechtsordnung konstituiert ist. Als dezentrales und multipolares System entwickelt sich das Völkerrecht dialektisch. Es basiert auf teils widersprüchlichen Positionierungen, auf deren Grundlage sich im Laufe der Entwicklung der Inhalt von Rechtsnormen konstituiert – ein Inhalt allerdings, der dann seinerseits nicht statisch ist, sondern in der Folge wiederum in Frage gestellt werden kann. *Rule of law* derart verstanden ist damit beides, statisch und dynamisch. „Law must be stable and yet it cannot stand still“, wie Roscoe Pound es formulierte,⁶⁹ und die geforderte Dynamik ist auf Grundlage der institutionellen völkerrechtlichen Begebenheiten oftmals nicht allein konsensual möglich, sondern nur im Wege der Abweichung von bestehenden Rechtsnormen.

2. Gefahren legislativer Illegalität

Legislative Illegalität birgt indessen auch eine Reihe erheblicher Gefahren. Die erste Gefahr ist bereits mehrfach angeklungen. Verstöße gegen bestehende Rechtsnormen sind vor dem Hintergrund einer *rule of law* selbst eingedenk der oben bezeichneten Dynamik problematisch. Denn die *rule of law* ist in einem Spannungsfeld zwischen Statik und Dynamik zu verstehen und Rechtsbrüche stellen fraglos Verstöße gegen das gleichfalls konstitutive statische Element dar. Durch Akte legislativer Illegalität werden insbesondere die Vorhersehbarkeit sowie die Gleichheit der Rechtsanwendung in Frage gestellt.

Eine zweite Gefahr legislativer Illegalität wurzelt darin, dass sie die ohnehin bereits stark ausgeprägte Unsicherheit des Inhalts der Normen des völkerrechtlichen Gewaltverbots erhöhen kann. Eine realistische Erwartungshaltung handelnder Staaten kann es regelmäßig nicht sein, dass es infolge eines Aktes legislativer Illegalität zu einer sofortigen Änderung der Rechtslage kommt. Eine einhellig positive Resonanz – und damit ein *instant custom* oder eine sofortige Reinterpretation bestehenden Vertragsrechts – ist äußerst unwahrscheinlich. Daher ist das gewissermaßen beste Szenario, auf das ein handelnder Staat hoffen kann, dass eine verbreitete Gewissheit über den Inhalt einer Norm zu Gunsten einer Unsicherheit aufgelöst wird. Akte legislativer Illegalität werden also im für den handelnden Staat erfolgreichen Fall dazu führen, dass rechtliche Unsicherheit erhöht wird und dass

⁶⁸ Hakimi, Harvard Journal of International Law 55 (2014), 105 (138).

⁶⁹ Pound, Interpretations of Legal History, 1923, S. 1.

gegebenenfalls rechtliche Grauzonen entstehen oder sich verfestigen.⁷⁰ Die Klarheit und damit Sicherheit der Anwendung des internationalen Friedenssicherungsrechts wird damit insgesamt geschwächt.

Damit verbunden ist ein drittes, grundsätzliches, Problem. Jeder Rechtsbruch bringt eine gegenüber der Rechtsordnung relativierende Einstellung zum Ausdruck. Ungeachtet des Umstandes, dass Akte legislativer Illegalität ein grundsätzliches Bekenntnis zur rechtsförmigen Organisation internationaler Beziehungen enthalten, so formulieren sie dennoch einen Exzeptionalismus, der der Idee einer allgemeinen Bindungswirkung des *bestehenden* Rechts entgegensteht.

„[A]ny breach of an international obligation can undermine not only the authority of the primary rule breached but also the authority and integrity of the international legal system itself because it undermines the assumption that states must comply with international law.“⁷¹

Insoweit besteht grundsätzlich die Gefahr eines Dammbrochs. Rechtsbrüche einzelner Akteure sind geeignet, auch andere Akteure dazu anzuhalten, sich über bestehende Rechtsnormen hinwegzusetzen, wo die Effekte günstig oder normativ wünschenswert scheinen. Es besteht insoweit also die Gefahr eines „pull towards non-compliance“.⁷²

Dies führt viertens dazu, dass Einigungschancen im internationalen Bereich ganz generell verschlechtert werden und eine insgesamt konfrontativere internationale Ordnung befördert wird. Ist nämlich die Einflussnahme im Wege unilateraler Maßnahmen eine schnell verfügbare politische Option, so wird es unwahrscheinlicher, dass der steinige Weg einer internationalen Konsens- oder Kompromissuche erfolgreich beschritten wird.

Eine fünfte Gefahr legislativer Illegalität besteht in ihrem inhärent hegemonialen Charakter. Rechtsbrüche, so könnte man pointieren, muss ein Staat sich leisten können. Er muss gegebenenfalls die negativen Reaktionen anderer Staaten aushalten und kompensieren können oder, und das zeichnet die eigentlich hegemoniale Stellung aus, negative Reaktionen von vornherein ausschließen oder jedenfalls begrenzen können, da sich andere Staaten auf der Grundlage von Abhängigkeiten nicht erlauben, sich gegen eine rechtswidrige Maßnahme auszusprechen.

Derart hegemoniale Strategien sind natürlich im Völkerrecht weit verbreitet. Sie befinden sich aber durchaus im Widerspruch zu anerkannten Rechtsprinzipien, wie der souveränen Gleichheit der Staaten, und stellen den Multilateralismus, dem sich insbesondere auch die UN-Charta verschreibt, in Frage. Letztlich sind stets nur besonders mächtige Staaten in der Lage, im Wege legislativer Illegalität Einfluss zu nehmen, und insoweit unterliegen derartige Rechtsbrüche zu Recht der Kritik.⁷³

⁷⁰ Vgl. dazu supra § 9.

⁷¹ Cogan, Yale Journal of International Law 31 (2006), 189 (204).

⁷² Marxsen, Cleavages in International Law and the Danger of a Pull Towards Non-compliance, Völkerrechtsblog, 31. Januar 2018.

⁷³ Krisch, in: Byers/Nolte (Hrsg.), United States Hegemony and the Foundations of International Law, 2003, S. 135 (174).

Getragen ist die zu legislativer Illegalität treibende Haltung nicht zuletzt von einer Hybris.

„[W]e can do it! It is the mindset of well-placed, powerful actors, confident in their possessing the ‚right‘ purpose, the mindset that drove Stalin to collectivization, or Israel to destroy the Osiraq nuclear power plant in 1981. It is the mindset of the civilizing mission and of ‚regime change‘ by force if necessary.“⁷⁴

IV. Das Paradox legislativer Illegalität

Legislative Illegalität ist Ausdruck einer dem Völkerrecht inhärenten Spannung. Sie verkörpert einen Widerspruch, der sich nicht mittels einfacherer Handlungsanweisungen auflösen lässt. In einem stärker konstitutionalisierten Völkerrecht, in dem hinreichende Möglichkeiten bestünden, rechtliche Entwicklung anzustoßen, wären Akte legislativer Illegalität klar unvereinbar mit der Idee rechtsförmiger Organisation. In der dezentral organisierten völkerrechtlichen Ordnung, in der allgemeine und verbindliche Institutionen nur rudimentär und im Hinblick auf legislative Funktionen gar nicht ausgebildet sind, ist der Rechtsbruch zur Rechtsfortentwicklung aber noch immer eine jedenfalls in der staatlichen Praxis präsen- te Handlungsoption.

Das wirft die Frage auf, wie mit dieser Möglichkeit umzugehen ist und wie die ihr inhärenten Gefahren begrenzt werden können. In der völkerrechtlichen Debatte finden sich im Wesentlichen drei Zugänge. Erstens wird die Akzeptabilität legislativer Illegalität entschieden zurückgewiesen. Grund solcher Zurückweisung sind zumeist die hegemoniale Ausrichtung und die generelle Gefahr für die Völkerrechtsordnung, die auch durch die beschriebenen produktiven Funktionen nicht kompensiert werden. Nico Krisch beispielsweise betont, dass

„the mere fact that some goals that appear desirable under a substantive conception of justice might be achieved faster and more easily within a hegemonic order does not justify the existence of such an order instead of a multilateral system based on equality“.⁷⁵

Die Nichtanerkennung der Möglichkeit von Akten legislativer Illegalität basiert letztlich darauf, dass die Anerkennung selbst bereits eine Legitimierung des Rechtsbruchs bedeutete. Wir haben bereits in der Diskussion des Rechtsbruchs im Notstand analysiert, dass die Anerkennung einer möglichen Entschuldigung einer illegalen Intervention zu einem Dammbbruch dahingehend führen könnte, als dass sie den handlungswilligen Staaten noch weitere argumentative Munition zur Hand gäbe. Kurz formuliert: Der Begriff einer legislativen Illegalität könnte als Einladung für mächtige Staaten missbraucht werden, die bestehende Rechtsordnung

⁷⁴ Koskenniemi, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., 2014, S. 31 (37).

⁷⁵ Krisch, in: Byers/Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, S. 135 (174).

nach ihren normativen Vorstellungen umzugestalten, ohne den schwierigen und langwierigen Weg multilateraler Kooperation zu gehen.

Eine zweite Strategie liegt darin, den Umstand legislativer Illegalität durch verschiedene Maßnahmen zu kaschieren und damit nicht explizit zum Gegenstand der Analyse zu machen. Der hier betonte Widerspruch innerhalb der völkerrechtlichen *rule of law* rückt damit nicht in den Fokus der Aufmerksamkeit. In dieser Richtung ist die Strategie von Staaten zu verstehen, die sich – wie bereits eingangs zu diesem Kapitel betont worden ist – zurückhaltend geben, einen Widerspruch ihrer Handlungen mit gültigen völkerrechtlichen Normen anzuerkennen. In der völkerrechtswissenschaftlichen Debatte korrespondiert dem die Strategie, die Illegalität von als wünschenswert eingeordneten Interventionen nicht nach den strengen Regeln der Rechtsquellen zu bewerten, sondern normative Maßstäbe zugleich auch in die Bestimmung dessen, was legal oder illegal ist, mit in Anschlag zu bringen.

Die dritte Strategie schließlich hebt an, die Möglichkeit legislativer Illegalität grundsätzlich anzuerkennen⁷⁶ und entsprechend allgemeine Kriterien für die Bewertung der Zulässigkeit legislativer Illegalität zu entwickeln. Es geht also um die „morality of illegal international reform“, um die Bestimmung der Grenzen, innerhalb derer legislative Illegalität sich als eine moralisch betrachtet zulässige Handlungsform darstellt.⁷⁷

Im Wesen der Paradoxie liegt, dass einfache Lösungen nicht zur Hand sind. Einerseits finden sich Akte legislativer Illegalität in der Praxis der Staaten, setzen Impulse für die Entwicklung des Rechts und sind damit selbst Teil des Rechts. Die in Akten legislativer Illegalität zum Ausdruck kommende Dissidenz erhält eine dialektische Spannung im Rahmen des Rechts aufrecht, sie erlaubt den Streit um unterschiedliche normative Visionen und eröffnet damit den Spielraum für Opposition im Völkerrecht, für die sonst kaum ein institutionalisierter Raum besteht.⁷⁸

Zugleich aber birgt diese Form rechtsbrüchiger Opposition stets die Gefahr, dass sie im Ergebnis nicht nur einzelne Normen reformiert, sondern das Gesamtsystem unterminieren könnte, für dessen Ausgestaltung und Veränderung sie doch eintritt. Legislative Illegalität nämlich unterläuft das Element der Rechtssicherheit, das auf Stabilität, Vorhersehbarkeit und allgemeine Geltung ausgelegt ist.

Die Bewertung des Phänomens legislativer Illegalität hängt damit nicht zuletzt im besonderen Maße von zwei Fragen ab. Erstens: Welchen Stellenwert billigt man Streit und Konfrontation im Rahmen des Rechts zu? In anderen Worten: Wie kon-

⁷⁶ Vgl. in diesem Sinne *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189 (209): „[I]nternational lawyers should be more willing to acknowledge the role of noncompliance than their domestic counterparts but, in fact, they are not. Instead, international lawyers steadfastly resist operational noncompliance, even when such noncompliance might actually advance the relevance of international law by enforcing its rules, by ensuring its rules are in accord with current or developing policies, or by controlling international institutions.“

⁷⁷ *Buchanan*, *Ethics* 111 (2001), 673 (673).

⁷⁸ Vgl. grundsätzlich zur Frage der Opposition im Völkerrecht *Ley*, *Opposition im Völkerrecht*, 2015; *dies.*, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 717–742.

frontativ oder wie konsens- und kooperationsorientiert soll die internationale Ordnung sein? Zweitens: Unter welchen Umständen soll, wenn überhaupt, das geltende Recht zu Gunsten außerrechtlicher Beweggründe gebrochen werden können? Dies wirft letztlich die Frage nach dem Begriff der Legitimität auf. Beide Fragen betreffen Querschnittsthemen, die sich für viele der Illegalitätstypen stellen, und werden daher zusammenfassend in § 13 behandelt.

§ 11. Illegalität und Systemopposition

Brüche des Rechts und Streit über die Ausrichtung grundlegender völkerrechtlicher Normen reflektieren nicht nur, wie in § 10 analysiert, Auseinandersetzungen über den Inhalt und die Fortentwicklung konkreter Normen. Vielmehr können sich in Rechtsabweichungen auch Konflikte über Grundprinzipien der internationalen Ordnung artikulieren. „Rechtsbrüche können“, wie Vittorio Höfle diesen Gedanken formuliert, „verschiedenen Allgemeinheitsgrades sein. Am weitestgehenden sind Versuche des Umsturzes der ganzen sozialen Ordnung“.¹ Illegale Akte können insoweit eine Systemfrage aufwerfen und alternative Wege der internationalen Kooperation vor- und einschlagen. Dieser Umstand soll vorliegend als eine Systemopposition bezeichnet werden. Das bestehende System und seine Prinzipien werden im Dienste einer Neuausrichtung in Frage gestellt und eine Veränderung angestrebt, die – wäre sie erfolgreich – ein auf prinzipieller Ebene qualitativ *anderes* Völkerrecht begründen oder gar eine internationale Koordination ohne rechtliche Regulierung bedeuten würde.

Im Folgenden werden historische und gegenwärtige Formen systemischer Opposition untersucht, um die Charakteristika entsprechender Rechtsverstöße besser zu verstehen. Wie wurde die Systemopposition artikuliert? War sie auf lange Sicht erfolgreich? Welche Integrationswirkung und welche Resilienz kommt dem Völkerrecht zu? Dafür wenden wir uns zunächst dem Sozialistischen Völkerrecht als einem Versuch der Begründung eines Gegenmodells zum „bürgerlichen“ Völkerrecht zu (I.). Alsdann werden wir diskutieren, ob auch im US-amerikanischen Exzeptionalismus eine Systemopposition zu sehen ist (II.). Unter III. untersuchen wir gegenwärtige Tendenzen, in denen sich eine Systemopposition oder jedenfalls mögliche Ansätze hierzu artikulieren, und schließen mit einer Reihe von Folgerungen und Thesen unter IV.

I. Sozialistisches Völkerrecht

Der Versuch der Erschaffung eines spezifisch sozialistischen Völkerrechts insbesondere durch die Sowjetunion und später auch durch die Volksrepublik China verkörpert den umfänglichsten Ansatz einer revolutionären Veränderung der internationalen Ordnung.² Der sozialistische Zugang zum Völkerrecht vollzog sich

¹ Höfle, *Moral und Politik*, 1997, S. 971.

² Falk, in: Falk/Mendlovitz (Hrsg.), *International Law*, Bd. II, 1966, S. 172 (181): „The Sino-Soviet bloc is the central source of revolutionary animus, seeking fundamental internal reorderings and maximum external expansion of their radical ideology and structures of domination.“

in verschiedenen Entwicklungsphasen, in denen auch die Art und Radikalität der Opposition zu bestehenden Regeln internationaler Kooperation sehr unterschiedlich ausfielen.

1. Die These von der Unvermeidbarkeit des Krieges

In den ersten Jahren nach der Oktoberrevolution des Jahres 1917 ging die bolschewistische Führung von der Unvermeidbarkeit schwerer Konflikte zwischen dem sozialistischen System einerseits und dem kapitalistischen andererseits aus. Die politische Einschätzung der Bolschewisten war in den frühen Jahren nach der Oktoberrevolution getragen von der historisch-materialistischen Erwartung, dass alsbald sozialistische Revolutionen in allen Ländern weltweit erfolgen würden und sich im Zuge dessen auch die Kooperationsprinzipien zwischen den Ländern radikal umgestalten würden.

In der Zeit des Bürgerkriegs und in der frühen Phase der dann 1922 gegründeten Sowjetunion bildete das Völkerrecht keinen maßgeblichen Fokus. Ideologisch unterlag es als das „class law of the bourgeoisie“ der Kritik und sollte überwunden werden.³ In den Deklarationen zur Zeit des Bürgerkriegs nach 1917 fielen die Bezugnahmen auf rechtliche Kooperation ambivalent aus.⁴ Lenin wies in seinem *Dekret über den Frieden* vom Oktober 1917 zum einen gewichtige Normen der völkerrechtlichen Ordnung und bestehender völkerrechtlicher Pflichten zurück. Zum Beispiel wandte er sich gegen die Praxis von Geheimabkommen⁵ und gegen die Fortgeltung von Pflichten aus den vom Zarenreich geschlossenen Abkommen.⁶ Andererseits aber drängte Lenin auf internationale Kooperation, insbesondere auf die Beilegung des noch andauernden Weltkriegs im Wege von „Verhandlungen über einen gerechten demokratischen Frieden“,⁷ letztlich also auf eine völkervertragsrechtliche Einigung über die Beendigung des Krieges. Dabei machte Lenin deutlich, dass es sich um einen „sofortige[n] Frieden ohne Annexionen handeln müsse“,⁸ und nahm zur Untermauerung der Zurückweisung der Annexion auf das „Rechtsbewußtsein der Demokratie im allgemeinen und der werktätigen Klassen im besonderen“ Bezug.⁹ Rechtliche Kooperation und insbesonde-

³ *Pashukanis*, in: Beirne/Sharlet (Hrsg.), *Pashukanis*, 1980, S. 168 (172): „[International law] appears to us as the totality of forms which the capitalist, bourgeois states apply in their relations with each other, while the remainder of the world is considered as a simple object of their completed transactions.“

⁴ In diesem Sinne schrieb der sowjetische Völkerrechtler Jewgeni Korowin 1925: „Das Völkerrecht gehört zu den Disziplinen, die bis jetzt noch keinen bestimmten Platz im System der sowjetischen Jurisprudenz gefunden haben“, *Korowin*, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, 1929, S. 1.

⁵ Vgl. zum Hintergrund: *Quigley*, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 246–273.

⁶ *Lenin*, in: *Lenin Werke* 26 (1972), 239 (241).

⁷ *Lenin*, in: *Lenin Werke* 26 (1972), 239 (239).

⁸ *Lenin*, in: *Lenin Werke* 26 (1972), 239 (239).

⁹ *Lenin*, in: *Lenin Werke* 26 (1972), 239 (240).

re auch das Verbot der Aggression spielten also in der sowjetischen Ideologie früh eine Rolle.

Das Verbot der Aggression wurde dabei aber letztlich stets teleologisch dahingehend verstanden, dass es nur ein Verbot *imperialistischer* Aggression betreffe. Militärische Maßnahmen der Sowjetunion selbst fielen nicht in diese Kategorie, sah man mögliche sozialistische Interventionen doch als Befreiung und damit als das Gegenteil von Aggression an.¹⁰ Lenin betonte ausdrücklich, dass die Sowjetunion nicht den Krieg schlechthin, sondern allein den imperialistischen Krieg verurteile.¹¹ Ferner entsprach es auch der allgemeinen politischen Einschätzung, dass zukünftig Kriege zwischen den politischen Systemen unvermeidlich sein würden.¹² Lenin hierzu:

„Wir leben nicht nur in einem Staat, sondern in einem System von Staaten, und die Existenz der Sowjetrepublik neben den imperialistischen Staaten ist auf die Dauer undenkbar. Am Ende wird entweder das eine oder das andere siegen. Und bis dieses Ende eintritt, ist eine Reihe furchtbarster Zusammenstöße zwischen der Sowjetrepublik und den bürgerlichen Staaten unvermeidlich.“¹³

2. Das Völkerrecht der Übergangszeit

In Anbetracht des Umstandes, dass die (erwartete) weltweite sozialistische Revolution im Nachgang von 1917 ausblieb, etablierte sich in der Folge eine theoretische Einordnung des Völkerrechts als ein das Nebeneinander beider Systeme koordinierendes Regelwerk im Kosmos sozialistischer Weltanschauung. Jewgeni Paschukanis, in den 1920er Jahren einer der führenden Rechtsgelehrten der Sowjetunion (der 1937 im Rahmen der stalinistischen Verfolgungen ermordet wurde),¹⁴ betonte, dass „[w]ith the emergence of Soviet states in the historical arena, international law [...] becomes the form of a temporary compromise between two antagonistic class systems“.¹⁵ Das Völkerrecht wurde damit verstanden als ein „Völkerrecht der Übergangszeit“ – so der Titel der vom sowjetischen Völkerrechtler Jewgeni A. Korowin im Jahr 1925 verfassten Untersuchung, die zugleich die erste umfassende sowjetische Untersuchung zum Völkerrecht seit Bestehen der Sowjetunion war.¹⁶

¹⁰ Vgl. zum Fortleben dieses Befreiungsgedankens in der späteren sowjetischen und russischen Völkerrechtslehre: *Socher*, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 219–245.

¹¹ *Lenin*, *Lenin Werke* 29 (1963), 125 (138): „Wir verurteilten den imperialistischen Krieg, aber wir lehnten nicht den Krieg schlechthin ab.“

¹² Vgl. zur Transformation der sowjetischen Einstellung zum Krieg *Schroeder*, in: Maurach/Meissner (Hrsg.), *Völkerrecht in Ost und West*, 1967, S. 178 (183–198).

¹³ *Lenin*, *Lenin Werke* 29 (1963), 125 (138f.).

¹⁴ Vgl. zur Einordnung seines Wirkens *Bowring*, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 274–295.

¹⁵ *Pashukanis*, in: Beirne/Sharlet (Hrsg.), *Pashukanis*, 1980, S. 168 (172).

¹⁶ *Kelsen*, *The Communist Theory of Law*, 1955, S. 156.

Nach Korowins Auffassung war die Entstehung sozialistischer Staaten, allen voran der Sowjetunion, der „Anfang einer neuen Aera für das Völkerrecht“.¹⁷ Solange aber die bürgerlichen Staaten noch bestanden, sah man die „unaufschiebbare Notwendigkeit“, die Beziehungen zu diesen Staaten auch rechtsförmig zu regulieren.¹⁸ Dieses Recht der Übergangszeit sollte mögliche Verheerungen durch Zusammenstöße der Systeme mildern. Paschukanis betonte, dass

„[t]he significance of this transitional period consists in the fact that open struggle for destruction (intervention, blockade, non-recognition) is replaced by struggle within the limits of normal diplomatic relations and contractual exchange“.¹⁹

Nach Korowins Auffassung bestand allerdings kein „allgemeines Völkerrecht“, sondern es existierten im internationalen Bereich vielmehr verschiedene Rechtskreise parallel nebeneinander. Was nach traditioneller Auffassung als allgemeines Völkerrecht angesehen werde, sei in Wahrheit nicht allgemein, sondern partikular und regle allein die Beziehungen der „bürgerlichen“ Staaten. Parallel dazu entwickelte sich ein intersowjetisches Recht, das langsam bis zu globaler Geltung erstarken werde.²⁰ Die Verbindung beider völkerrechtlicher Sphären erfolge durch das Völkerrecht der Übergangszeit, das bis zur universalen Geltung des intersowjetischen Rechts die Beziehungen und den Austausch der Staaten regeln solle.

Dieses Völkerrecht der Übergangszeit wich teils erheblich von den Prinzipien des etablierten Völkerrechts ab. Diese Abweichungen wurden letztlich mit der bestehenden ideologischen Kluft erklärt:

„[D]ie Gemeinschaft auf dem Boden der intellektuellen Einheit (der Ideensolidarität) fällt zwischen Ländern der bürgerlichen und sozialistischen Kultur als Regel fort, und der ihr entsprechende Komplex von Rechtsnormen wird gegenstandslos. Dadurch wird trotzdem die Möglichkeit eines teilweisen Rechtsverkehrs auf dem Boden der Anerkennung der Werte allgemeinmenschlicher Ordnung, d. h. derjenigen Werte, die nicht an eine beschränkte Epoche und scharf umrissene Ordnung politischer und sozialer Formen gebunden sind – so z. B. der Kampf gegen Epidemien, Schutz des Altertums-, Kunst- und sonstiger Denkmäler u. s. w. – nicht ausgeschlossen.“²¹

Nach Auffassung der Sowjetunion waren also Teile des allgemeinen Völkerrechts bereits durch die Entstehung sozialistischer Staaten obsolet geworden, andere Teile sollten erhalten bleiben. Im Kern ging es hierbei also um den Versuch einer Umgestaltung des Rechts auf der Grundlage der sowjetischen Interessen, was dem sowjetischen Zugang zum Völkerrecht auch den Vorwurf eingebracht hat, „consistently inconsistent“ zu sein.²²

¹⁷ Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, 1929, S. 6.

¹⁸ Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, 1929, S. 6.

¹⁹ Pashukanis, in: Beirne/Sharlet (Hrsg.), *Pashukanis*, 1980, S. 168 (173).

²⁰ Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, 1929, S. 142.

²¹ Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, 1929, S. 13.

²² Lipsen, *International Law Studies* 61 (1980), 101 (102); vgl. auch Lissitzyn, *International Law Studies* 61 (1980), 90 (91 f.).

Diese Haltung zum Völkerrecht zeitigte eine Reihe von Folgen für die sowjetische Einschätzung dahingehend, welche völkerrechtlichen Normen Bestand haben sollten. Im Widerspruch zu damals geltendem Völkerrecht war es aus sowjetischer Sicht zum Beispiel möglich, dass vorrevolutionäre Verträge auf der Grundlage des Prinzips *rebus sic stantibus* aufgekündigt werden konnten, um derart eine rechtliche Bindung der Sowjetunion an die unter dem Zarenreich begründeten Verpflichtungen zu verhindern.²³ Ferner wandte sich die sowjetische Völkerrechtslehre gegen die Dominanz des Völkergewohnheitsrechts als dominierender Rechtsquelle und forderte ein Primat des Vertragsrechts, da es zwischen bürgerlichen und sozialistischen Staaten keinen Boden der Gemeinschaft und Einheit gebe, der aber für Völkergewohnheitsrecht erforderlich sei.²⁴ Auch vertrat die Sowjetunion einen starken souveränitätsorientierten Zugang und wandte sich beispielsweise gegen das bereits in manchen internationalen Organisationen bestehende Majoritätsprinzip, da die Sowjetunion „allen Grund zur Annahme hat, daß jedes bürgerliche internationale Kollektiv früher oder später als Vereinigung seiner Klassenfeinde auftreten wird.“²⁵ Aufrechterhalten bleiben sollten dagegen insbesondere Regeln über technische Fragen, zum Beispiel im Bereich des Post- und Telegraphenverkehrs.²⁶ Unterstützt wurden ferner ein Verbot der Aggression sowie das Selbstbestimmungsrecht der Völker im Kampf gegen Unterdrückung.²⁷

Das Völkerrecht der Übergangszeit war sowjetischer Theorie zufolge nach wie vor von der Annahme geprägt, dass es zu weiteren Kriegen zwischen den verschiedenen Systemen kommen werde. Stalin ging von der „Unvermeidlichkeit neuer imperialistischer Kriege“ aus,²⁸ hielt aber gleichzeitig zumindest ein zeitweises „Nebeneinanderbestehen der beiden entgegengesetzten Systeme für möglich.“²⁹ Die Sowjetunion unterstütze durchaus auch die allgemeine Ächtung des Krieges, wie sie im Kellogg-Briand-Pakt 1928 niedergelegt worden war. Auf Betreiben der Sowjetunion schloss die Sowjetunion mit Polen, Rumänien, Lettland und Estland im Jahr 1929 das nach dem sowjetischen Diplomaten Maxim Litwinow benannte Litwinow-Protokoll, welches den Boden dafür bereitete, dass der Kellogg-Briand-Pakt und damit die Verbannung des Krieges aus den internationalen Beziehungen zwischen diesen Staaten bereits vorzeitig in Kraft treten konnte.³⁰

Gleichzeitig blieb die sowjetische Außen- und Völkerrechtspolitik einer teleologischen Sichtweise verpflichtet, die letztlich einer Theorie des gerechten Krieges anhing und den Einsatz militärischer Gewalt für „gerechte Zwecke“ für zulässig

²³ Vgl. Korowin, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, S. 107–112.

²⁴ Korowin, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, S. 24.

²⁵ Korowin, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, S. 46.

²⁶ Korowin, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, S. 13.

²⁷ Grzybowski, American Journal of International Law 77 (1983), 862 (865).

²⁸ Stalin, Stalin Werke 10 (1953), 233 (244).

²⁹ Stalin, Stalin Werke 10 (1953), 233 (251).

³⁰ Protocol for the immediate entry into force of the Treaty of Paris of August 27, 1928, regarding Renunciation of War as an Instrument of National Policy, 9. Februar 1929, 89 LNTS 369.

erachtete.³¹ Als solche gerechte Zwecke galten die Verteidigung gegen einen Angriff, die „Befreiung des Volkes von der Sklaverei des Kapitalismus“ sowie die „Befreiung der Kolonien und abhängigen Länder vom Joche der Imperialisten“.³²

Auch Korowin führte aus völkerrechtlicher Perspektive aus, dass die „Intervention [...] unter gewissen Bedingungen zum bedeutendsten Mittel des Fortschritts, zum chirurgischen, die Geburtswehen der neuen Welt erleichternden Eingriff werden kann“.³³ Das Bekenntnis zu einem völkerrechtlichen Verbot der Aggression blieb also auf der Grundlage der offiziellen sowjetischen Ideologie abhängig davon, dass nicht ein anderer Kurs der Verbreitung des Sozialismus zuträglicher sei.

3. Völkerrecht und dauerhafte friedliche Koexistenz

Nach Stalins Tod im Jahr 1953 und insbesondere befördert von Nikita Chruschtschow wich alsdann die Vorstellung von einem Völkerrecht der Übergangszeit dem Konzept einer dauerhaft angelegten friedlichen Koexistenz der ökonomisch unterschiedlichen Systeme.³⁴ Die Kommunistische Partei der Sowjetunion (KPdSU) identifizierte die friedliche Koexistenz als eine „objektive Notwendigkeit“, deren einzige Alternative „ein desaströser Krieg“ sein könne.³⁵ Unter sowjetischer Sicht stellte sich die friedliche Koexistenz als eine Form des Klassenkampfes dar, indem die sozialistischen Staaten den aggressiven Tendenzen des Imperialismus widerstanden.³⁶

³¹ *Stalin*, Stalin Werke 12 (1954), 153 (156): „[W]ir sind doch nicht gegen jeglichen Krieg. Wir sind gegen den imperialistischen Krieg als konterrevolutionären Krieg. Aber wir sind für den Befreiungskrieg, den antiimperialistischen, revolutionären Krieg, ungeachtet der Tatsache, daß ein solcher Krieg bekanntlich nicht frei ist von den ‚Schrecken des Blutvergießens‘, sondern diese sogar reichlich aufweist.“

³² Im *Kurzen Lebrgang* zur Geschichte der KPdSU (B) aus dem Jahr 1938 führt das Zentralkomitee zur Theorie des gerechten Krieges aus: „Die Bolschewiki waren nicht gegen jeden Krieg. Sie waren nur gegen den Eroberungskrieg, den imperialistischen Krieg. Die Bolschewiki waren der Meinung, daß es zwei Arten von Kriegen gibt: a) einen gerechten Krieg, der kein Eroberungskrieg, sondern ein Befreiungskrieg ist, der das Ziel hat, entweder das Volk gegen einen äußeren Überfall und gegen Unterjochungsversuche zu verteidigen, oder das Ziel der Befreiung des Volkes von der Sklaverei des Kapitalismus, oder endlich das Ziel der Befreiung der Kolonien und abhängigen Länder vom Joche der Imperialisten, und b) einen ungerechten, einen Eroberungskrieg, der das Ziel hat, fremde Länder zu erobern, fremde Völker zu versklaven“, *Zentralkomitee der KPdSU (B)*, Geschichte der Kommunistischen Partei der Sowjetunion, 6. Aufl., 1951, S. 210; vgl. auch *Faddejew*, Der Marxismus-Leninismus über gerechte und ungerechte Kriege, 1953, S. 12–20.

³³ *Korowin*, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, S. 52.

³⁴ *Meissner*, in: Meissner (Hrsg.), Aussenpolitik und Völkerrecht der Sowjetunion, 1987, S. 63 (68); *Bokor-Szegö*, in: Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, S. 435 (455).

³⁵ Program of the Communist Party of the Soviet Union, in: Ritvo (Hrsg.), The New Soviet Society (New York: The New Leader, 1962), S. 104: „Peaceful coexistence of the socialist and capitalist countries is an objective necessity for the development of human society. War cannot and must not serve as a means of settling disputes. Peaceful coexistence or disastrous war – such is the alternative offered by history.“

³⁶ Speech of the Prime Minister of the Soviet Union, Mr. Khrushchev, Moskau, 6. Januar 1961,

Wandte man sich nach Stalins Tod von dessen Politik ab, so wurde das nunmehr verbreitete Konzept der friedlichen Koexistenz auf Lenin zurückgeführt,³⁷ obwohl es bei diesem tatsächlich in der konkreten Fassung keine Erwähnung fand (sondern Lenin gar – wie wir gesehen haben – der Vorstellung einer Übergangszeit anhing, in der auch kriegerische Maßnahmen erforderlich sein würden).³⁸ Eine wichtige theoretische Änderung war dabei zunächst die Annahme, dass es – im Gegensatz zur von Korowin postulierten Auffassung – doch ein allgemeines Völkerrecht gebe.³⁹ Allen voran Grigori Tunkin wandte sich gegen die ideologische Aufladung des Begriffs des Völkerrechts, insbesondere gegen die Annahme, dass es für völkerrechtliche Normen auch einer Einigkeit über deren ideologische Voraussetzungen bedürfe. Kern des Völkerrechts sei nicht Einigkeit über bestimmte ideologische Fragen oder das Wesen des Völkerrechts, sondern Einigkeit über bestimmte und konkrete Regeln über das Verhalten von Staaten.⁴⁰

Seit den 1950er Jahren avancierte das Konzept der friedlichen Koexistenz von Staaten der unterschiedlichen ökonomischen Systeme zum Eckpfeiler sowjetischer Außenpolitik und Völkerrechtstheorie.⁴¹ Die Koexistenz wurde zunächst als Faktum beschrieben, aber auch zunehmend als ökonomische und sicherheitspolitische Notwendigkeit erkannt. Völkerrechtlich erhielt das Prinzip der friedlichen Koexistenz seinen ersten konkreten Ausdruck im indisch-chinesischen Vertrag über Tibet vom 29. April 1954.⁴² Folgende fünf Prinzipien bildeten die Grundlage des Vertrags: „(1) mutual respect for each other’s territorial integrity and sovereignty, (2) mutual non-aggression, (3) mutual non-interference in each other’s internal affairs, (4) equality and mutual benefit, and (5) peaceful co-existence“.⁴³

In der sowjetischen Völkerrechtstheorie wurde schließlich das allgemeine Völkerrecht überhaupt als ein Recht der friedlichen Koexistenz bezeichnet.⁴⁴ Dieses

in: Documents on International Affairs, herausgegeben von D. C. Watt (Oxford: Oxford University Press, 1956), 259 (265): „The policy of peaceful co-existence is thus, as far as its social content is concerned, a form of intense economic, political and ideological struggle between the proletariat and the aggressive forces of imperialism in the world arena. The struggle against imperialism can succeed only if its aggressive actions are firmly resisted.“

³⁷ Poeggel/Poeggel, Wissenschaftliche Zeitschrift der Karl-Marx-Universität Leipzig 19 (1970), 203 (206–212); Bokor-Szegö, in: Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, S. 435 (455).

³⁸ Meissner, in: Meissner (Hrsg.), Aussenpolitik und Völkerrecht der Sowjetunion, 1987, S. 63 (65).

³⁹ Vgl. insoweit die explizit gegen Korowin gerichtete Kritik von Tunkin, Recueil des Cours 95 (1958), 3 (59f.).

⁴⁰ Tunkin, Recueil des Cours 95 (1958), 3 (59f.): „They [Staaten] do not try to agree on such problems, for instance, as what is international law, what is its social foundation, its sources, what are the main characteristics of a norm of this law etc. They do agree on rules of conduct.“

⁴¹ Vgl. für einen Überblick zur Entwicklung des Prinzips Heyke, Politische Vierteljahresschrift 7 (1966), 574–630.

⁴² Agreement between the Republic of India and the People’s Republic of China on Trade and Intercourse between Tibet Region of China and India, 29. April 1954, 299 UNTS 70.

⁴³ Agreement between the Republic of India and the People’s Republic of China on Trade and Intercourse between Tibet Region of China and India, 29. April 1954, 299 UNTS 70, Präambel.

⁴⁴ Tunkin, Recueil des Cours 95 (1958), 3 (74): „Contemporary general international law reg-

sah man als grundlegende Neuerung, als ein „qualitatively new law, a new historical type of international law“⁴⁵ an. An dessen friedensorientierter Ausrichtung beanspruchte die Sowjetunion entscheidenden Anteil.⁴⁶

Wenn auch die Sowjetunion das Prinzip der friedlichen Koexistenz nachdrücklich betonte, so ist doch ein eigentlicher Mehrwert der Begrifflichkeit gegenüber den seinerzeit bereits etablierten und in Vertragsform festgeschriebenen Grundsätzen nicht festzustellen. Denn letztlich fügten die Grundätze der friedlichen Koexistenz den bereits in der UN-Charta verankerten Regeln zum Beispiel über die souveräne Gleichheit oder das Gewalt- und Interventionsverbot nichts hinzu. Selbst Tunkin räumte in diesem Sinne ein, dass die fünf Prinzipien friedlicher Koexistenz nichts anderes als die bereits in der UN-Charta verankerten Prinzipien seien, wenn auch in – seiner Auffassung nach – präziserer Formulierung.⁴⁷

Unter den westlichen Staaten vermied man die Terminologie der friedlichen Koexistenz lange, da die Abstraktheit der Prinzipien den Verdacht nährte, dass es sich primär um bedeutungslose propagandistische Prinzipien handelte.⁴⁸ Zudem sah man die Gefahr, dass durch diese abstrakte neue Terminologie auch neue Prinzipien eingeführt werden könnten.⁴⁹ Seitens der USA fand sie beispielsweise erst 1972 in eine gemeinsame Prinzipienklärung der USA und der UdSSR Eingang.⁵⁰

Die Entwicklung der sozialistischen Einstellung zum Völkerrecht im Allgemeinen, zum Gewaltverbot im Besonderen ist also durch einen sukzessiven Prozess der Anerkennung des kapitalistischen Staatenblocks gekennzeichnet. Unter der Theorie der friedlichen Koexistenz wurde zwar auch die Annahme eines gerechten Krieges aufrechterhalten. Sie wurde allerdings nicht mehr als generelle Lizenz zu einer gewaltförmigen Verbreitung des Sozialismus angesehen, sondern im Rahmen der bestehenden rechtlichen Kategorien enger geführt. Als gerecht wurden ausdrücklich nur noch solche Kriege erachtet, die der Verteidigung dienten oder die auf nationale Befreiung gerichtet waren, was insbesondere die Dekolonialisierung betraf.⁵¹

ulates relations between States belonging to the existing systems, in other words, regulates relations between all states. Its primary aim is to ensure peaceful co-existence of those States“; vgl. auch *Meissner*, in: Meissner (Hrsg.), *Aussenpolitik und Völkerrecht der Sowjetunion*, 1987, S. 63 (76).

⁴⁵ *Tunkin*, in: Makarczyk (Hrsg.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, 1984, S. 277 (286).

⁴⁶ Vgl. hierzu *Tunkin*, in: Makarczyk (Hrsg.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, 1984, S. 277 (279).

⁴⁷ *Tunkin*, *Recueil des Cours* 95 (1958), 3 (77): „As many of the most important principles of general international law are inscribed in the Charter of the United Nations the strict observance of the provisions of the Charter is of primary importance. And here come first the well known Five Principles of peaceful co-existence, which constitute nothing more than principles already contained in the Charter, but given a more precise formulation.“

⁴⁸ *McWhenny*, in: Falk/Mendlovitz (Hrsg.), *International Law*, Bd. II (1966), S. 189 (194).

⁴⁹ Vgl. *Schwebel*, *American Journal of International Law* 66 (1972), 816 (818).

⁵⁰ *Basic Principles of Relations between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics*, Moskau, 29. Mai 1972, *Department of State Bulletin*, Bd. 66 (1972), 898.

⁵¹ *Koschewnikow*, in: Akademie der Wissenschaften der UdSSR (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1960, S. 415 (416): „Der gerechte Krieg ist kein Eroberungs- sondern ein Befreiungskrieg. Er hat den

4. Proletarischer/Sozialistischer Internationalismus

Diese Betrachtungen zeigen, dass sich der revolutionäre und radikale Gehalt des sozialistischen Zugangs zum Völkerrecht auf allgemeiner Ebene – das heißt in der Konfrontation der Systeme – allmählich abschliff und viele völkerrechtliche Regeln, darunter auch das Gewaltverbot, für die Beziehungen zwischen den Systemen Anerkennung fanden. Ungeachtet dieses Bekenntnisses zur friedlichen Koexistenz im Verhältnis der Systeme postulierte die Sowjetunion alsbald für die Beziehungen zwischen den sozialistischen Staaten eigenständige Rechtsprinzipien, die im Ergebnis eine radikale Infragestellung allgemeiner völkerrechtlicher Prinzipien bedeuteten. Der sogenannte proletarische oder sozialistische Internationalismus beschrieb im Kern die Pflicht der Arbeiterklasse eines Landes zur Solidarität mit der Arbeiterklasse anderer Länder. Diese Pflicht wurde seitens der Sowjetunion auch als Rechtspflicht verstanden und konkretisierte sich zum Beispiel in bestimmten Hilfeleistungen oder in technischem und industriellem Austausch. Tunkin beschrieb das Prinzip wie folgt:

„In accordance with the international legal principles of fraternal friendship and close cooperation, each state of the socialist commonwealth has not only a moral and political but also a legal duty to strengthen friendship and close cooperation with the other countries of the world system of socialism.

The principle of comradely mutual assistance includes the right of each state of the world system of socialism to obtain assistance from other socialist countries and, at the same time, the obligation of each socialist state to render assistance to other socialist countries. This obligation of mutual assistance applies equally to the spheres of political, economic, military and other relations.“⁵²

In den 1960er Jahren postulierte die Sowjetunion auf der Grundlage des sozialistischen Internationalismus alsdann auch ein spezifisches Recht zur Intervention in anderen *sozialistischen* Staaten – die sogenannte Breschnew- oder auch Moskau-Doktrin.

Hintergrund dieser Doktrin war die sowjetische Befürchtung, die Vormachtstellung unter den sozialistischen Staaten zu verlieren.⁵³ Bereits 1956 hatte die Sowjetunion, unterstützt von anderen Staaten, in Ungarn interveniert.⁵⁴ Ungarn hatte sich im Nachgang breiter Bevölkerungsproteste für neutral erklärt und den Warschauer Vertrag aufgekündigt. Die Sowjetregierung verfolgte mit der Intervention das Ziel der „Verteidigung sozialistischer Errungenschaften“⁵⁵ gegen die als „crim-

Zweck, die Völker gegenüber äußeren Angriffen und Versklavungsversuchen zu verteidigen. Zu den gerechten Kriegen gehören Verteidigungs- und nationale Befreiungskriege.“

⁵² Tunkin, *Theory of International Law*, 1974, S. 435.

⁵³ Vgl. für einen Überblick über die Entwicklung der Breschnew-Doktrin Rostow, *Yale Journal of World Public Order* 7 (1981), 209 (220–229).

⁵⁴ Vgl. zum Hintergrund Lieblich, in: Ruys/Corten/Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 48 (48–51).

⁵⁵ Declaration of the Soviet government on the foundations for the development and further strengthening of friendship and cooperation between the Soviet Union and other socialist States,

inal elements of a fascist type“ qualifizierten Aufständischen in Ungarn.⁵⁶ Die konkrete rechtliche Rechtfertigung erfolgte dann allerdings unter Verweis auf eine Einladung Ungarns.⁵⁷ Die Sowjetunion berief sich also auf einen etablierten Rechtfertigungsgrund, wenngleich nach nahezu einhelliger Auffassung die Voraussetzungen einer wirksamen Einladung nicht vorlagen.⁵⁸

In ähnlicher Weise intervenierte eine von der Sowjetunion geführte Allianz sozialistischer Staaten im Jahre 1968 militärisch in der Tschechoslowakei, um den Reformkurs der Kommunistischen Partei der Tschechoslowakei und den „Prager Frühling“ zu stoppen. Auch hier rechtfertigte die Sowjetunion die Intervention zunächst unter Rekurs auf eine Einladung der tschechoslowakischen Regierung⁵⁹ sowie auf ein Selbstverteidigungsrecht,⁶⁰ berief sich späterhin allerdings auf die besagte Breschnew-Doktrin. Die Grundzüge der Breschnew-Doktrin wurden in einem Artikel Sergei Kovalevs vom 25. September 1968 in der *Pravda* ausgeführt.⁶¹ Auf dem 5. Kongress der Kommunistischen Partei Polens erklärte Breschnew am 12. November 1968 dann:

„[W]hen internal and external forces that are hostile to Socialism try to turn the development of some Socialist country towards the restoration of a capitalist regime, when Socialism in that country and the Socialist community as a whole is threatened, it becomes not only a problem of the people of the country concerned, but a common problem and concern of all Socialist countries. Naturally an action such as military assistance to a fraternal

30. Oktober 1956, in: Documents on International Affairs, herausgegeben von Noble Frankland (Oxford: Oxford University Press, 1956), 465–468 (468): „The defence of the Socialist gains of People’s Democratic Hungary is today the chief and sacred obligation of the workers, peasants and intellectuals, of all Hungarian working people. The Soviet Government expresses confidence that the peoples of the socialist countries will not allow external and internal reactionary forces to shake the foundations of the people’s democratic system, won and reinforced by the selfless struggle and labour of the workers, peasants and intellectuals of each country.“

⁵⁶ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 746. Sitzung, 28. Oktober 1956, UN Doc. S/PV.746, para. 20 (UdSSR).

⁵⁷ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 746. Sitzung, 28. Oktober 1956, UN Doc. S/PV.746, para. 20 (UdSSR): „In defense of the democratic people’s regime, the Hungarian Government was compelled to bring its armed forces into action for the liquidation of the counter-revolutionary uprising, and it appealed to the Government of the Soviet Union for assistance.“

⁵⁸ Vgl. ausführlich *Lieblich*, in: Ruys/Corten/Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 48 (58–63).

⁵⁹ UN-Sicherheitsrat, 1441. Sitzung, 21. August 1968, UN Doc. S/PV.1441, para. 75 (UdSSR); eine solche Einladung lag allerdings, wie der tschechoslowakische Vertreter im Sicherheitsrat ausführte, nicht vor; vgl. die Stellungnahme des tschechoslowakischen Außenministers Hajek, UN-Sicherheitsrat, 1441. Sitzung, 24. August 1968, UN Doc. S/PV.1445 para. 161 (Tschechoslowakei): „This act of use of force cannot be justified by anything. It did not take place upon the request or demand of the Czechoslovak Government nor of any other constitutional organs of this Republic.“

⁶⁰ UN-Sicherheitsrat, 1441. Sitzung, 21. August 1968, UN Doc. S/PV.1441, para. 90 (UdSSR).

⁶¹ Sergei Kovalev, *The International Obligations of Socialist Countries*, *Pravda*, 26. September 1968, 4, Englische Übersetzung der Sowjetischen Presseagentur Novosti in: *New York Times*, 27. September 1968, 3; die deutsche Übersetzung in: *Meissner*, *Die „Breshnew-Doktrin“*, 1969, S. 64–69.

country designed to avert the threat to the social system is an extraordinary step, dictated by necessity.“⁶²

Die Breschnew-Doktrin beruhte auf mehreren Annahmen. Zunächst ist zu betonen, dass die Doktrin eine Modifikation des tradierten Souveränitätsverständnisses für die sozialistischen Staaten bedeutete. Zwar sollte auch diesen ein Selbstbestimmungsrecht über die Ausrichtung souveräner Staatlichkeit zukommen. Dieses Recht aber sollte nicht abstrakt, sondern inhaltlich durch die Grundsätze des Marxismus-Leninismus bestimmt sein.⁶³ Als Teile eines sozialistischen Gemeinwesens wurden die Staaten als verbunden angesehen, als Elemente eines „unauflösbaren Ganzen“.⁶⁴ In diesem Sinne erhielt Souveränität einen internationalistisch-kollektivistischen Zug und die Abweichung von Grundsätzen des Sozialismus wurde zugleich als Verletzung der Souveränität anderer sozialistischer Staaten interpretiert.⁶⁵ Im Kern bedeutete die Breschnew-Doktrin mithin eine Beschränkung der Souveränität der sozialistischen Staaten.

Mit der Breschnew-Doktrin verbunden war ferner eine Absage an die zuvor erfolgte Liberalisierung sowjetischer Politik. Hatte Stalin noch eine umfassende und bedingungslose Unterstützung des Kurses der Sowjetunion verlangt,⁶⁶ so erfolgte nach Stalins Tod zunächst eine Öffnung dahingehend, dass auch andere Wege zum Sozialismus als der von der UdSSR beschrittene für zulässig erachtet wurden. In diesem Sinne hatten sich etwa die UdSSR und die Föderative Volksrepublik Jugoslawien nach vorherigen Zerwürfnissen in einer gemeinsamen Deklaration im Jahr 1955 auf die Geltung des Prinzips der friedlichen Koexistenz auch zwischen den beiden sozialistischen Staaten geeinigt. Ferner bekannten sich beide Staaten zur „gegenseitige[n] Achtung und Nichteinmischung in innere Angelegenheiten“, „da die Fragen der inneren Einrichtung, des Unterschieds in den Gesellschaftssystemen und des Unterschiedes in den konkreten Formen der Entwicklung des

⁶² Leonid Brezhnev, Rede auf dem 5. Kongress der Kommunistischen Partei Polens, 12. November 1968, Keesing's Contemporary Archives (November 16–23, 1968), 23027; deutsche Übersetzung in: *Meissner*, Die „Breshnew-Doktrin“, 1969, S. 75–82.

⁶³ Sergei Kovalev, The International Obligations of Socialist Countries, *Prawda*, 26. September 1968, englische Übersetzung der Sowjetischen Presseagentur Novosti in: *New York Times*, 27. September 1968, 3 Spalte 1: „We cannot ignore the assertions, made in some places, that the actions of the five socialist countries run counter to the Marxist-Leninist principle of sovereignty and the rights of nations to self-determination. The groundlessness of such reasoning consists primarily in that it is based on an abstract, nonclass approach to the question of sovereignty and the rights of nations to self-determination.“

⁶⁴ Vgl. die Stellungnahme des sowjetischen Außenministers Andrei A. Gromyko: UN-Generalversammlung, 1679. Sitzung, 3. Oktober 1968, UN Doc. A/PV.1679, para. 68: „The socialist countries have their own vital interests, their own obligations, including the obligation to protect their mutual security, and their own socialist principles of mutual relations based on brotherly assistance, solidarity and internationalism. This commonwealth is an indissoluble whole, cemented together by indissoluble ties such as history has never known before.“

⁶⁵ *Schweisfurth*, *Aussenpolitik* 19 (1968), 710 (714).

⁶⁶ *Stalin*, in: *Stalin Werke* 10 (1953), 1 (45): „[W]er die internationale revolutionäre Bewegung zu schützen gedenkt und dabei die UdSSR nicht schützen will oder sich gegen sie stellt, der stellt sich gegen die Revolution, der gleitet unwiderruflich ins Lager der Feinde der Revolution ab.“

Sozialismus ausschließlich Sache der Völker der einzelnen Länder sind“.⁶⁷ Demgegenüber bedeutete die Breschnew-Doktrin eine Festlegung auf eine bestimmte, von Moskau festgesetzte Lesart des Sozialismus.⁶⁸ Die Haltung zur Sowjetunion wurde dergestalt zum „Prüfstein“ für den „proletarischen Internationalismus“⁶⁹ und markierte damit eine Rückkehr zur in der Stalin-Ära dominanten Position.⁷⁰

Völkerrechtsdogmatisch wurde diese Annahme eines zwischen den sozialistischen Staaten bestehenden Sonderrechts durch einen dialektischen Kniff begründet. War es gerade Tunkin, der gegen frühere Positionen (insbesondere Jewgeni A. Korowins) ein allgemeines Völkerrecht verfocht, so bestand nunmehr in Anbetracht dieses Sonderrechts das Problem, diese Einheit noch rechtfertigen zu können. Die Lösung lag für Tunkin in Grundsätzen der Dialektik. Die Grundsätze des sozialistischen Völkerrechts mit dem speziellen Interventionstatbestand sei das Resultat eines neuen, höheren Typs des Völkerrechts, welches darauf abzielt, das gegenwärtige System des Völkerrechts zu überwinden oder – dialektisch gesprochen – aufzuheben.⁷¹

Dass sich die Breschnew-Doktrin im Widerspruch zum geltenden allgemeinen Völkerrecht bewegte, wurde allgemein anerkannt. Nicht einmal die Sowjetunion behauptete eine Konformität mit dem etablierten Völkerrecht, sondern ihr ging es gerade um die Etablierung neuer Prinzipien.⁷² Ein Widerspruch zum allgemeinen Völkerrecht bestehe dennoch nicht. Rechtsdogmatisch gehe das sozialistische Recht dem allgemeinen Völkerrecht als spezielleres Recht vor⁷³, weil durch das sozialistische Völkerrecht das friedliche Miteinander der Staaten stärker und substanzieller gesichert sei als im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts.⁷⁴

International ist die Breschnew-Doktrin weit überwiegend als klar völkerrechtswidrig zurückgewiesen worden.⁷⁵ Neben westlichen Staaten kritisierten aber

⁶⁷ Deklaration der Regierungen der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien, Belgrad, 2. Juni 1955; Übersetzung abgedruckt in: *Internationales Recht und Diplomatie* 1958, 46 (47).

⁶⁸ *Schweisfurth*, *Aussenpolitik* 19 (1968), 710 (716f.).

⁶⁹ *Meissner*, Die „Breshnew-Doktrin“, 1969, S. 15.

⁷⁰ *Meissner*, Die sowjetische Stellung zum Krieg und zur Intervention, 1978, S. 47; vgl. auch *Romaniecki*, *Israel Law Review* 5 (1970), 527 (535f.).

⁷¹ *Tunkin*, *Theory of International Law*, 1974, S. 444: „The principles of proletarian internationalism and other socialist norms arising in relation between countries of the socialist camp are international legal principles and norms of a new, higher type of international law – a socialist international law, the basis of which is being formed in relations among states of the socialist system and which is coming to replace contemporary general international law.“

⁷² *Butler*, *American Journal of International Law* 65 (1971), 796 (797).

⁷³ *Tunkin*, *Theory of International Law*, 1974, S. 445.

⁷⁴ *Tunkin*, *Theory of International Law*, 1974, S. 445: „[T]he principles of socialist internationalism, reflecting the features of socialist international relations, go further than the principles of general international law in ensuring friendly relations between states.“

⁷⁵ *Franck/Weisband*, *Stanford Law Review* 22 (1970), 979 (980); *Romaniecki*, *Israel Law Review* 5 (1970), 527 (538); *Schweisfurth*, *Aussenpolitik* 21 (1970), 523 (535); *Schweitzer*, in: *Schaumann* (Hrsg.), *Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung*, 1971, S. 219 (244); *Schwebel*, *American Journal of International Law* 66 (1972), 816 (817); *Rostow*, *Yale Journal of World Public Order* 7 (1981), 209 (240); vgl. aber auch Michael Reisman, der die Position der UdSSR (und

auch viele sozialistische Länder diese Vorstellung eines sozialistischen Internationalismus, da sie eine Festlegung auf die Linie Moskaus bedeutete und damit die nationalen politischen Entscheidungsspielräume erheblich schmälerte.⁷⁶

5. Der systemoppositionelle Gehalt des Sozialistischen Völkerrechts

Was ist nach allem der systemoppositionelle Gehalt des Sozialistischen Völkerrechts? Wir haben gesehen, dass sich der oppositionelle Gehalt der sozialistischen Position im Laufe der Entwicklung erheblich transformierte. Die Betrachtung des Sozialistischen Völkerrechts zeigt die Transformation radikaler Infragestellung völkerrechtlicher Normen. Ohne sich jemals gänzlich von einem Bezug auf rechtsförmig vermittelten Austausch zwischen Staaten verabschiedet zu haben, wies die Sowjetunion zunächst weite Teile völkerrechtlicher Regeln zurück und formulierte eine radikale Opposition, deren Ziel die Etablierung eines intersowjetischen Völkerrechts als eine Art Binnenrecht des Weltsozialismus sein sollte. In dem Maße, in dem sich die Konfrontation der Systeme verfestigte, schlifff sich auch die radikale Opposition zum Völkerrecht ab. Dieses wurde zunehmend vielmehr als notwendiges Austausch- und Koordinationsmedium zwischen den Systemen erkannt und genutzt. Die bleibende radikale Infragestellung allgemeiner völkerrechtlicher Prinzipien manifestierte sich alsdann vor allem in den Prinzipien des sozialistischen Internationalismus und bezog sich damit auf den sozialistischen Staatenblock selbst. Die Essenz des sozialistischen Internationalismus war, wie wir gesehen haben, die Etablierung eines speziellen Rechtfertigungstatbestands für militärische Interventionen innerhalb des sozialistischen Staatenblocks (Breschnew-Doktrin).

Mit Blick auf die Kontestation völkerrechtlicher Normen stellt sich der sozialistische Internationalismus zunächst als Ausdruck einer legislativen Illegalität dar.⁷⁷ In der Sprache der Rechtsquellen des Völkerrechts ging es der Sowjetunion um die Etablierung einer regionalen, das generelle Gewaltverbot modifizierenden Norm des Völkergewohnheitsrechts, der zufolge eine militärische Intervention zur Sicherung der sozialistischen Gesellschaftsmodells zulässig sei.⁷⁸ Diese Modifikation einer Norm zieht indes systemische Verschiebungen innerhalb der gesamten Ordnung nach sich, die es folgerichtig erscheinen lassen, den sozialistischen Interna-

die korrespondierenden Doktrinen der USA) für völkerrechtskonform erachtet, da sie geeignet seien, schwer wiegende Konflikte zu verhindern: *Reisman*, *Yale Journal of International Law* 13 (1988), 171 (184); auch argumentiert Reisman, dass die Doktrinen zur Rechtfertigung einer Regionalintervention international ungeachtet politischen Protests letztlich anerkannt worden seien, vgl. *Reisman*, *American Journal of International Law* 76 (1982), 589 (589): „Since World War II, explicit as well as tacit communication of critical defense zones has been fairly routine.“

⁷⁶ Vgl. die Dokumentation der tschechoslowakischen, jugoslawischen, rumänischen, albanischen und chinesischen Reaktionen in: *Meissner*, Die „Breshnew-Doktrin“, 1969, S. 95 ff.

⁷⁷ Vgl. supra § 10.

⁷⁸ *Schweitzer*, in: Schaumann (Hrsg.), *Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung*, 1971, S. 219 (241).

tionalismus in der Tat als eine Systemopposition zum etablierten Völkerrecht zu verstehen.

Diese Systemopposition hatte zum Inhalt, dass das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten in Frage gestellt und in seinem Geltungsbereich erheblich beschränkt wurde. Ist die souveräne Gleichheit der Staaten ein Grundprinzip der Rechtsordnung unter der UN-Charta, so zielen Versuche der Etablierung eines abweichenden Prinzips letztlich auf eine radikale Neuausrichtung des Völkerrechts, die in den vorhandenen Strukturen nicht ohne eine Wesensveränderung möglich ist.⁷⁹

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der sozialistische Internationalismus nichts anderes war „als die ideologische Umschreibung des uns von alters her bekannten Hegemoniebegriffs“.⁸⁰ Der sozialistische Internationalismus hob zur Legalisierung einer Sonderrolle der Sowjetunion an. Denn letztlich setzt das postulierte allgemeine Interventionsrecht zur Verteidigung des sozialistischen Gesellschaftssystems an die Stelle eines allgemeinen Rechtsprinzips die subjektive Entscheidung desjenigen Staates, der die Macht hat, darüber zu bestimmen, was noch als sozialistisch gilt und was nicht. Diese Macht aber hatte einzig die Sowjetunion inne, und so wurde an die Stelle allgemeiner Rechtsprinzipien die von Moskau vorgegebene Linie gesetzt.⁸¹

II. US-amerikanischer Exzeptionalismus

In der US-amerikanischen Außenpolitik und Einstellung zum Völkerrecht ist an vielen Stellen eine Sonderrolle der Vereinigten Staaten postuliert worden, die in teils erheblichen Widerspruch zu etablierten völkerrechtlichen Regeln trat und noch immer tritt. Im vorliegenden Abschnitt wollen wir uns diesem Exzeptionalismus als möglichem Ausdruck einer Systemopposition zuwenden, nicht zuletzt um hierdurch das andere, in der Zeit des Kalten Krieges dominierende Gesellschaftsmodell und seine Einstellung zum Völkerrecht in den Blick zu nehmen.

Die Geschichte des US-amerikanischen Exzeptionalismus wollen wir zunächst durch die Betrachtung einer Reihe US-außenpolitischer Doktrinen nachvollziehen, die einen Kristallisationspunkt außen- und völkerrechtspolitischer Ordnungsvorstellungen darstellen (1.). Alsdann wenden wir uns der Frage zu, ob und inwieweit sich in den präsidentiellen Doktrinen und der Praxis der USA eine systemoppositionelle Einstellung der USA gegenüber etablierten völkerrechtlichen Prinzipien artikuliert (2.). Schließlich identifizieren wir unter 3. den Kern der US-amerikanischen Systemopposition.

⁷⁹ Vgl. insoweit *Schweisfurth*, Außenpolitik 21 (1970), 523 (535): „Das allgemeine Völkerrecht ist als nichtabstraktes, klassengebundenes Völkerrecht überhaupt nicht denkbar.“

⁸⁰ *Meissner*, Internationales Recht und Diplomatie (1967), 45 (59).

⁸¹ *Radovanovic*, Internationale Politik, Nr. 444 (1968), 7 (8): „Unter solchen Bedingungen verwandelt sich die internationale Rechtsordnung in ein arbiträres System, das auf Gewalt und Druck, oder Hegemonie eines bestimmten Ordnungstyps begründet ist.“

1. Außenpolitische Doktrinen der Vereinigten Staaten

Wir können aus dem komplexen Feld US-amerikanischer außenpolitischer Doktrinen und aus der langen historischen Entwicklung nur einige Grundzüge in den Blick nehmen.⁸² Historischer Ausgangspunkt für das Postulat US-amerikanischer außenpolitischer Doktrinen und einer damit gerechtfertigten Sonderstellung der USA ist die Monroe-Doktrin. Die Monroe-Doktrin geht maßgeblich auf eine Rede des US-amerikanischen Präsidenten James Monroe aus dem Jahr 1823 zurück, in der er deutlich machte, dass die Vereinigten Staaten die Errichtung von Kolonien europäischer Staaten in der westlichen Hemisphäre sowie europäische Interventionen nicht dulden würden.⁸³ Angepasst wurde diese Doktrin 1904 durch den sogenannten Roosevelt-Korollar. Theodore Roosevelt erweiterte die Monroe-Doktrin, indem er in einer Rede postulierte, dass die USA im Falle fortgesetzten Unrechts in der westlichen Hemisphäre auf der Basis der Monroe-Doktrin intervenieren würden. Die USA positionierten sich damit als Inhaber einer die westliche Hemisphäre umfassenden „internationalen Polizeigewalt“.⁸⁴ Während des Zweiten Weltkrieges wurde die Monroe-Doktrin auch angeführt, um zu unterstreichen, dass die USA eine Übernahme französischer Kolonien durch das Deutsche Reich oder Italien nach einem Waffenstillstand mit Frankreich nicht akzeptieren würden. In einer Note teilten die USA dem Deutschen Reich und Italien am 17. Juni 1940 mit, dass

„in accordance with its traditional policy relating to the Western Hemisphere, the United States would not recognize any transfer, and would not acquiesce in any attempt to trans-

⁸² Vgl. ausführlich *Crabb*, *The Doctrines of American Foreign Policy*, 1982; *Meiertöns*, *The Doctrines of US Security Policy*, 2010.

⁸³ Monroe, *Seventh Annual Message*, Washington, 2. Dezember 1823, in: James D. Richardson, *Messages and Papers of the Presidents*, Bd. II (Washington D. C.: Government Printing Office, 1896), S. 207 (218): „We owe it [...] to candor and to the amicable relations existing between the United States and those powers to declare that we should consider any attempt on their part to extend their system to any portion of this hemisphere as dangerous to our peace and safety. With the existing colonies or dependencies of any European power we have not interfered and shall not interfere. But with the Governments who have declared their independence and maintained it, and whose independence we have, on great consideration and on just principles, acknowledged, we could not view any interposition for the purpose of oppressing them, or controlling in any other manner their destiny, by any European power in any other light than as the manifestation of an unfriendly disposition toward the United States.“

⁸⁴ Theodore Roosevelt, *President's Annual Message*, 6. Dezember 1904, 58th Congress, 3rd session, *Congressional Record*, Bd. 39, Teil 1, 10 (19): „Any country whose people conduct themselves well can count upon our hearty friendship. If a nation shows that it knows how to act with reasonable efficiency and decency in social and political matters, if it keeps order and pays its obligations, it need fear no interference from the United States. Chronic wrongdoing, or an impotence which results in a general loosening of the ties of civilized society, may in America, as elsewhere, ultimately require intervention by some civilized nation, and in the Western Hemisphere the adherence of the United States to the Monroe Doctrine may force the United States, however reluctantly, in flagrant cases of such wrongdoing or impotence, to the exercise of an international police power.“

fer, any geographic region of the Western Hemisphere from one non-American power to another non-American power“.⁸⁵

Nach dem Zweiten Weltkrieg intensivierte sich der politische Kampf um die weltweite Vorherrschaft der politischen Systeme in der Blockkonfrontation. Die USA strebten eine Erweiterung ihres Einflussbereiches durch die Truman-Doktrin an, die Präsident Harry S. Truman in einer Rede 1947 formulierte: „I believe that it must be the policy of the United States to support free peoples who are resisting attempted subjugation by armed minorities or by outside pressures.“⁸⁶ Kern der Truman-Doktrin war es, durch finanzielle Unterstützungen von Regierungen die Ausweitung der sozialistischen Einflussphäre zu verhindern oder wenigstens einzudämmen. Die Besonderheit gegenüber der Monroe-Doktrin lag darin, dass man keine geographische Begrenzung der möglichen Einflussnahmen der USA vornahm und daher zum Beispiel – so die ersten Anwendungsfälle der Doktrin – den Regierungen Griechenlands zur Unterstützung im griechischen Bürgerkrieg gegen die Kommunistische Partei und der Türkei finanzielle Unterstützung gewährte.

Aber auch die Truman-Doktrin lebte fort, wenn sie auch in erheblichem Maße multilateralisiert wurde. Das Ziel der Verteidigung amerikanischer Staaten gegen äußere Angriffe fand seinen Niederschlag in Artikel 3 des Interamerikanischen Beistandsvertrages, dem zufolge ein Angriff auf einen Unterzeichnerstaat als ein Angriff auf alle gewertet werden sollte.⁸⁷ Eine entsprechende Bestimmung wurde auch in die Satzung der OAS aufgenommen.⁸⁸

Mit der veränderten weltpolitischen Lage änderte sich auch die Stoßrichtung der Monroe-Doktrin.⁸⁹ Diese fungierte fortan nicht mehr als Abwehrinstrument gegen den europäischen Interventionismus, sondern als „vehicle against communist intrusion in the hemisphere“.⁹⁰ Auf der 10. Interamerikanischen Konferenz 1954 in Caracas verurteilten die amerikanischen Staaten „[t]he activities of the international communist movement as constituting intervention in American affairs“ und beschlossen, dass die Kontrolle politischer Institutionen eines amerikanischen Staates durch die internationale kommunistische Bewegung eine Bedrohung der Souveränität und politischen Unabhängigkeit der amerikanischen Staaten begrün-

⁸⁵ Press Release Issued by the Department of State on June 19, 1940, in: United States, Peace and War, United States Foreign Policy 1931–1941 (Washington, U. S. Government Printing Office, 1943), S. 555 (555 f.).

⁸⁶ Harry S. Truman, Special Message to the Congress on Greece and Turkey: The Truman Doctrine, 12. März 1947, Public Papers of the Presidents of the United States, Harry S. Truman 1947 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1963), S. 176 (178 f.).

⁸⁷ Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance and Final Act of the Inter-American Conference for the Maintenance of Continental Peace and Security, 2 September 1947, 21 UNTS 77, Art. 3.

⁸⁸ Charter of the Organization of American States, 30 April 1948, 119 UNTS 3, Art. 5 lit f) alte Fassung; vgl. Art. 28 der heute gültigen Fassung.

⁸⁹ *Carto*, Case Western Reserve Journal of International Law 13 (1981), 203 (213–215).

⁹⁰ *Higgins*, in: Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, S. 435 (439).

de.⁹¹ Die Caracas-Deklaration bereite damit den Boden für ein Verständnis der Monroe-Doktrin, das eine Intervention der USA in innere Angelegenheiten amerikanischer Staaten auch dann erlauben würde, wenn eine kommunistische Machtübernahme erfolge oder drohe.⁹²

Der 1957 postulierten Eisenhower-Doktrin ging es dann um eine regional-spezifische Unterstützung von Staaten im Mittleren Osten. Sie fungierte als eine Grundlage für die Kooperation der USA mit diesen Staaten, um deren ökonomische Stärke und nationale Unabhängigkeit zu bewahren.⁹³

Teils als Kennedy-Doktrin bezeichnet wird die Containment-Strategie, die die USA unter John F. Kennedy in den 1960er Jahren verfolgten. Ziel derer war die Verhinderung einer Ausweitung der Macht Kubas, die die USA anhoben, „by whatever means [...] necessary, including the use of arms“ zu verhindern.⁹⁴

Die bereits angesprochene antikommunistische Reorientierung der Monroe-Doktrin, der es um die Begrenzung des kommunistischen Einflusses in der westlichen Hemisphäre ging, fand alsdann ihren Niederschlag in der Johnson-Doktrin, die insoweit als eine Aktualisierung und Zuspitzung der Monroe-Doktrin verstanden werden kann. Präsident Lyndon B. Johnson verkündete 1965 im Hinblick auf die Intervention der USA in der Dominikanischen Republik, dass „[t]he American nations cannot, must not, and will not permit the establishment of another Communist government in the Western Hemisphere“.⁹⁵ Zur Rechtfertigung der Inter-

⁹¹ Tenth Inter-American Conference, Caracas, 1.–28. März 1954, Final Act, Washington D. C. 1954, Declaration XCIII, 94: „DECLARES: That the domination or control of the political institutions of any American State by the international communist movement, extending to this Hemisphere the political system of an extra continental power, would constitute a threat to the sovereignty and political independence of the American States, endangering the peace of America, and would call for a Meeting of Consultation to consider the adoption of appropriate action in accordance with existing treaties.“ (Hervorhebung im Original).

⁹² Higgins, in: Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, S. 435 (439).

⁹³ Dwight D. Eisenhower, Special Message to the Congress on the Situation in the Middle East, 5. Januar 1957, Public Papers of the Presidents of the United States, Dwight D. Eisenhower, 1957 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1958), S. 6 (13f.): „The action which I propose would have the following features. It would, first of all, authorize the United States to cooperate with and assist any nation or group of nations in the general area of the Middle East in the development of economic strength dedicated to the maintenance of national independence. It would, in the second place, authorize the Executive to undertake in the same region programs of military assistance and cooperation with any nation or group of nations which desires such aid. It would, in the third place, authorize the Executive to undertake in the same region programs of military assistance and cooperation with any nation or group of nations which desires such aid, against overt armed aggression from any nation controlled by International Communism.“

⁹⁴ John F. Kennedy, Proclamation 3504: Interdiction of the Delivery of Offensive Weapons to Cuba, 23. Oktober 1962, Public Papers of the Presidents of the United States, John F. Kennedy, 1962 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1963), S. 809 (809f.): „[T]he United States is determined to prevent by whatever means may be necessary, including the use of arms, the Marxist-Leninist regime in Cuba from extending, by force or the threat of force, its aggressive or subversive activities to any part of this hemisphere, and to prevent in Cuba the creation or use of an externally supported military capability endangering the security of the United States.“

⁹⁵ Lyndon B. Johnson, Radio and Television Report to the American People on the Situation

vention wurde alsdann neben dem Ziel des Schutzes US-amerikanischer Staatsbürger auch das Ziel der Verhinderung einer weiteren kommunistischen Regierung in der westlichen Hemisphäre angeführt.⁹⁶ Insoweit postulierten die USA einen regionalen Hegemonieanspruch unter Ausschluss des sozialistischen Gesellschafts-systems. In der völkerrechtlichen Debatte ist diese „hemispheric self-defence“⁹⁷ scharf kritisiert worden. Thomas Franck und Edward Weisband etwa interpretieren sie als Ausdruck einer „superpower supremacy“ und Schablone für die später von der UdSSR verkündete Breschnew-Doktrin.⁹⁸

Die Nixon-Doktrin betraf die Außenpolitik im Hinblick auf Asien. Richard Nixon formulierte drei Prinzipien. Erstens bekannten sich die USA zur Einhaltung ihre völkervertragsrechtlichen Pflichten, zweitens boten die USA alliierten Staaten nuklearen Schutz an, drittens kündigten die USA „für andere Fälle von Aggression“ an, militärische und ökonomische Unterstützung in Übereinstimmung mit ihren vertraglichen Pflichten zu leisten.⁹⁹

In der Carter-Doktrin postulierte Jimmy Carter, dass der Versuch einer auswärtigen Macht, Kontrolle über den Persischen Golf zu erlangen, als Angriff auf US-amerikanische Interessen gewertet werde und mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, notfalls mit Gewalt, zurückgedrängt werde.¹⁰⁰

Der 1985 verkündeten Reagan-Doktrin ging es um eine Verstärkung der Anstrengungen, die Ausbreitung des Sozialismus zu verhindern. In seiner *State of the Union Address* verkündete Reagan 1985: „We must stand by all our democratic allies. And we must not break faith with those who are risking their lives – on every continent, from Afghanistan to Nicaragua – to defy Soviet-supported aggression and secure rights which have been ours from birth.“¹⁰¹ Die Reagan-Dok-

in the Dominican Republic, 2 May 1965, Public Papers of the Presidents of the United States, Lyndon B. Johnson, 1965 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1966), S. 469 (472).

⁹⁶ UN-Sicherheitsrat, 1196. Sitzung, 3. Mai 1965, UN Doc. S/PV.1196, para. 81 (USA).

⁹⁷ Franck/Weisband, in: Nawaz (Hrsg.), *Essays on International Law in Honour of Krishna Rao*, 1976, S. 241 (249).

⁹⁸ Franck/Weisband, *Stanford Law Review* 22 (1970), 979 (980); vgl. auch Franck, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809 (809–837); Franck/Weisband, in: Nawaz (Hrsg.), *Essays on International Law in Honour of Krishna Rao*, 1976, S. 241–251; siehe auch die Diskussion in: Meiertöns, *The Doctrines of US Security Policy*, 2010, S. 137–141.

⁹⁹ Richard Nixon, *Address to the Nation on the War in Vietnam*, 3. November 1969, Public Papers of the Presidents of the United States, Richard Nixon, 1969 (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1971), S. 901 (905f.): „Third, in cases involving other types of aggression, we shall furnish military and economic assistance when requested in accordance with our treaty commitments. But we shall look to the nation directly threatened to assume the primary responsibility of providing the manpower for its defense.“

¹⁰⁰ Jimmy Carter, *The State of the Union*, 23. Januar 1980, Public Papers of the Presidents of the United States, Jimmy Carter, 1980–1981, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1981), S. 194 (197): „An attempt by any outside force to gain control of the Persian Gulf region will be regarded as an assault on the vital interests of the United States of America, and such an assault will be repelled by any means necessary, including military force.“

¹⁰¹ Ronald Reagan, *Address Before a Joint Session of the Congress on the State of the Union*, 6. Februar 1985, Public Papers of the Presidents of the United States, Ronald Reagan, 1985, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1988), S. 130 (135).

trin markierte einen signifikanten Unterschied zur vorherigen US-Position, die einen Schwerpunkt auf eine Eindämmung des sozialistischen Gesellschaftssystems durch eine Stärkung demokratisch-kapitalistischer Staaten gesetzt hatte. Die Reagan-Doktrin fungierte nunmehr als offizielle Doktrin für eine Unterminierung bestehender sozialistischer Regierungen durch eine Unterstützung von Aufständischen in den jeweiligen Ländern. Die Doktrin ist in der völkerrechtlichen Debatte als radikale Infragestellung bestehenden Völkerrechts kritisiert worden.¹⁰² Thomas Franck sah in der Reagan-Doktrin „the most recent restatement of the ‚just war‘ notion, evolved by Christian thinkers“, mit dem Problem allerdings, dass man ohne eine päpstliche Entscheidung gute von schlechter Gewalt nicht unterscheiden könne.¹⁰³ Oscar Schachter kritisierte die Doktrin als „[going] beyond prior U. S. positions that had involved military aid to anti-communist forces“ sowie als „openly proclaim[ing] the legitimacy of foreign military intervention to overthrow leftist totalitarian governments“.¹⁰⁴ Vielfach wurde Reagans Politik zurückgewiesen, da sie einem „pattern of unprecedented lawlessness and unilateralism“ folge.¹⁰⁵

Die letzte in dieser Reihe zu nennende Doktrin schließlich ist die nach George W. Bush benannte Bush-Doktrin, in der im Nachgang der Anschläge vom 11. September 2001 eine Theorie der präventiven Selbstverteidigung formuliert wurde.¹⁰⁶ Die Doktrin postuliert damit, dass ein Gewalteinmarsch durch die USA nicht nur erfolgen könne zur Verteidigung gegen einen stattfindenden Angriff, sondern bereits gegen noch abstraktere Gefahren. Im globalen Maßstab bedeutet dies, dass sich die USA auf der Grundlage eines breiten Gefahrenverständnisses ein allgemeines Interventionsrecht vorbehalten. Auch die Bush-Doktrin ist scharf kritisiert worden. Ikenberry sah eine „neoimperial grand strategy“,¹⁰⁷ die das in der UN-Charta verankerte Recht der Selbstverteidigung nahezu bedeutungslos mache.¹⁰⁸ Die USA versuchten, ein „non-reciprocal international system“¹⁰⁹ zu errichten, und hätten den „impetus to bring the postwar international regime to an end“.¹¹⁰

¹⁰² *Malawer*, Harvard International Law Journal 29 (1988), 85 (107); *Roth*, Transnational Law & Contemporary Problems 3 (1993), 481 (485); vgl. aber z. B. auch Positionen, die die Völkerrechtskonformität von Reagans Politik betonen, z. B.: *Moore*, American Journal of International Law 80 (1986), 43 (111–116).

¹⁰³ *Franck*, American Journal of International Law 82 (1988), 705 (720).

¹⁰⁴ *Schachter*, Pace Yearbook of International Law 1 (1989), 1 (9, 11).

¹⁰⁵ *Weston*, Case Western Reserve Journal of International Law 19 (1987), 295 (295); wenig überzeugend sind dagegen Auffassungen, die meinen, die Reagan-Doktrin lasse sich gänzlich mit tradierten völkerrechtlichen Prinzipien, allen voran der Selbstverteidigung, fassen, vgl. *Turner*, The Washington Quarterly 11, Nr. 4 (1988), 119 (128f.).

¹⁰⁶ Vgl. ausführlich die Analyse supra 52 ff.

¹⁰⁷ *Ikenberry*, Foreign Affairs 81 (2002), 44 (56).

¹⁰⁸ *Ikenberry*, Foreign Affairs 81 (2002), 44 (51).

¹⁰⁹ *Franck*, Hastings International and Comparative Law Review 27 (2004), 425 (429).

¹¹⁰ *Franck*, American Journal of International Law 97 (2003), 607 (618).

2. Systemopposition

Die Frage ist nunmehr, inwiefern sich in den skizzierten Doktrinen eine radikale Systemopposition zum völkerrechtlichen Gewaltverbot in seiner in der UN-Charta verankerten Fassung artikuliert.

In allgemeiner Hinsicht ist zunächst zu betonen, dass die USA in nahezu allen Fällen der Formulierung präsidentieller Doktrinen versuchten, diese als völkerrechtskonform auszuweisen. Dies begründet einen Gegensatz zur sowjetischen Position, die – wie wir in Abschnitt I dieses Kapitels gesehen haben – nicht davor zurückschreckte, die Prinzipien des Sozialistischen Völkerrechts gerade im Gegensatz zu den Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts zu formulieren. Aus ideologischen Gründen ist dies sehr verständlich, gründete doch die sozialistische Position von vornherein in einer revolutionären Einstellung, die den „imperialistischen Charakter“ des bestehenden Völkerrechts in Frage stellte.

Die Versuche, die Doktrinen in den Kontext des bestehenden Völkerrechts einzuordnen und als rechtskonform auszugeben, zeigen sich an vielen Stellen. Die lange vor der UN-Charta formulierte Truman-Doktrin (insbesondere in Verbindung mit dem Roosevelt-Korollar) mit ihrem Hegemonieanspruch für die westliche Hemisphäre stand nach der Wahrnehmung vieler im Widerspruch zur UN-Charta, da sie als eine weit reichende Interventionsgrundlage interpretiert werden konnte. Im Nachgang der Schaffung der UN-Charta betonte man in den USA indes, dass die Monroe-Doktrin als eine bloße Formulierung des Selbstverteidigungsrechts und damit als kompatibel mit der UN-Charta anzusehen sei.¹¹¹

Die nach Schaffung der UN-Charta verkündeten Doktrinen enthalten großteils explizite Bekenntnisse zum Völkerrecht und postulieren, dass Maßnahmen nur in Übereinstimmung mit der UN-Charta erfolgen könnten – so zum Beispiel die Truman-Doktrin¹¹² und die Eisenhower-Doktrin.¹¹³ Selbst die so umstrittene Reagan-Doktrin enthält ein dezidiertes Bekenntnis zum Völkerrecht. Reagan gab

¹¹¹ John Foster Dulles, Berater der US-amerikanischen Delegation auf der San-Francisco-Konferenz, führte am 13. Juli 1945 in einer Anhörung des Foreign Relations Committee aus, „that there is nothing whatsoever in this Charter that impairs the Monroe Doctrine as a doctrine which has been proclaimed, sustained, and recognized by the world as a doctrine of self-defense.“ – United States Department of States, *Digest of International Law* (prepared and directed by Marjorie Whiteman), Bd. V (Washington D. C., U. S. Government Printing Office, 1965), S. 977. Vgl. zur Vereinbarkeit von Monroe-Doktrin und UN-Charta auch *Meiertöns, The Doctrines of US Security Policy*, 2010, S. 68–74.

¹¹² Harry S. Truman, Special Message to the Congress on Greece and Turkey: The Truman Doctrine, 12. März 1947, *Public Papers of the Presidents of the United States, Harry S. Truman 1947* (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1963), S. 176 (179): „In helping free and independent nations to maintain their freedom, the United States will be giving effect to the principles of the Charter of the United Nations.“

¹¹³ Dwight D. Eisenhower, Special Message to the Congress on the Situation in the Middle East, 5. Januar 1957, *Public Papers of the Presidents of the United States, Dwight D. Eisenhower, 1957* (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1958), S. 6 (14): „The measures would have to be consonant with treaty obligations of the United States, including the Charter of the United Nations and with any action or recommendations of the United Nations. They would

vor, dass „[s]upport for freedom fighters is self-defense and totally consistent with the OAS and U.N. Charters“. ¹¹⁴ Das verdeutlicht, dass die USA daran setzten, ihre Position so weit als möglich als mit bestehendem Recht konform auszuweisen und mögliche Widersprüche nicht zu betonen.

Ungeachtet dessen kann man festhalten, dass sich in manchen Doktrinen eine radikale Systemopposition klar artikuliert oder in ihnen zumindest angelegt ist. In der Kennedy-Doktrin wurde zum Ausdruck gebracht, dass die USA eine Ausweitung des Einflusses Kubas notfalls mit Gewalt verhindern würden, ohne den in Aussicht gestellten Gewalteininsatz unter Bezugnahme auf anerkannte Rechtfertigungstatbestände (insbesondere Selbstverteidigung) zu rechtfertigen. Die Johnson-Doktrin verkündete, dass die USA die Errichtung eines sozialistischen Regimes in der westlichen Hemisphäre verhindern würden. ¹¹⁵ Das sozialistische Gesellschaftssystem wurde als äußerer Eingriff in den interamerikanischen Raum gewertet, was freilich nicht immer zutraf, da die kommunistischen Bewegungen (auch) von den Angehörigen der jeweiligen amerikanischen Staaten getragen wurden und insofern Ausdruck von Auseinandersetzungen um die Selbstbestimmung waren.

Die Reagan-Doktrin enthielt ungeachtet ihres formalen Bekenntnisses zur UN-Charta das Ziel des Umsturzes und der Absetzung sozialistischer Regierungen durch Unterstützung antikommunistischer bewaffneter Gruppen, was der IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung als Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot eingeordnet hat. ¹¹⁶

Die Bush-Doktrin schließlich ist eine radikale Infragestellung des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Die potenziell grenzenlose Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts auf abstrakte Gefährdungslagen eröffnet den kategorialen Rahmen für eine Abschaffung des kollektiven Sicherheitssystems der UN zu Gunsten eines unbeschränkten Unilateralismus.

Diesem Radikalismus auf der Ebene der Formulierung der Doktrinen entspricht allerdings nicht flächendeckend ihre Umsetzung und Anrufung in der Praxis der USA. Mit Blick hierauf lassen sich zwei Phasen ausmachen. In den 1960er Jahren finden wir die Tendenz, den in manchen Doktrinen zum Ausdruck kommenden systemoppositionellen Gehalt auch in der Praxis als Rechtfertigung anzuführen. So wurde beispielsweise die Seeblockade gegen Kuba im Rahmen der Kubakrise 1962 zwar nicht explizit mit der Kennedy-Doktrin, so aber doch mit einer Resolu-

also, if an armed attack occurs, be subject to the overriding authority of the United Nations Security Council in accordance with the Charter.“

¹¹⁴ Ronald Reagan, Address Before a Joint Session of the Congress on the State of the Union, 6. Februar 1985, Public Papers of the Presidents of the United States, Ronald Reagan, 1985, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1988), S. 130 (135).

¹¹⁵ UN-Sicherheitsrat, 1196. Sitzung, 3. Mai 1965, UN Doc. S/PV.1196, para. 81 (USA).

¹¹⁶ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 123 (para. 238) i. V. m. 118 (para. 228).

tion der OAS gerechtfertigt.¹¹⁷ Freilich konnte die OAS als bloß regionale Organisation nach Maßgabe der UN-Charta einen Gewalteinsetz nicht autorisieren.¹¹⁸ In der US-amerikanischen Rechtfertigung artikulierten sich daher die Annahmen einer multilateralisierten Monroe-Doktrin, die Gefahren durch den Sozialismus (im Falle Kubas der Stationierung sowjetischer Atomraketen) zu verhindern suchte, ohne dass hierfür ein rechtlicher Boden in der UN-Charta bestanden hätte. In ähnlicher Weise lässt sich für die Intervention in der Dominikanischen Republik im Jahr 1965 eine Berufung auf die in der Johnson-Doktrin formulierten Grundsätze finden. Zwar stand diese nicht als alleinige Rechtfertigung, die in der Johnson-Doktrin artikulierten Grundsätze wurden aber mit hinreichender Deutlichkeit als rechtfertigendes rechtliches Argument angeführt.¹¹⁹

In der Folgezeit aber finden sich weniger Beispiele dafür, dass die in den Doktrinen angelegten Prinzipien als solche auch im Rechtssinne angeführt worden wären. Bedeutsame Interventionen der Reagan-Zeit wurden nicht mit der Reagan-Doktrin begründet. Die Intervention in Nicaragua (1981–1988) zum Beispiel rechtfertigten die USA als kollektive Selbstverteidigung;¹²⁰ die in Grenada 1983 mit einer Einladung des Gouverneurs, der Rettung US-amerikanischer Staatsangehöriger sowie einer kollektiven Maßnahme der Organisation of Eastern Caribbean States (OECS);¹²¹ die Luftschläge gegen Libyen 1986 primär als Selbstverteidigung.¹²² Die ehemalige Botschafterin der USA bei den UN (1981–1985), Jeane J. Kirkpatrick, betonte vor diesem Hintergrund: „These events occurred in very different contexts, and the administration offered very different justifications for each of them. Not one of these cases constitutes an example of the application of the Reagan Doctrine.“¹²³ Oscar Schachter hielt daher fest, dass „[i]n its actual implementation, the Reagan doctrine has been rather more limited than its rhetoric.“¹²⁴ Die von der Reagan-Doktrin angeklagte Illegitimität sozialistischer

¹¹⁷ Vgl. Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty), 2. September 1947, 21 UNTS 77 ff., Art. 6; vgl. die Anrufung von Art. 6 des Rio Treaty durch die Organization of American States (OAS) in der Resolution vom 23. Oktober 1962, UN Doc. S/5193, 25. Oktober 1962. Vgl. ferner *Meeker*, *American Journal of International Law* 57 (1963), 515 (523); vgl. auch *Chayes*, *Department of State Bulletin* 15 (1962), 763 (764 f.).

¹¹⁸ Vgl. Art. 53 Abs. 1 S. 2 UNC.

¹¹⁹ UN-Sicherheitsrat, 1196. Sitzung, 3. Mai 1965, UN Doc. S/PV.1196, para. 81 (USA): „The American nations will not permit the establishment of another communist government in the Western hemisphere. [...] This is, and this will be, the common action and the common purpose of the democratic forces of the hemisphere, as President Lyndon B. Johnson has said. For the danger is also a common danger, and the principles are common principles.“

¹²⁰ Vgl. zum Überblick *Kammerhofer*, in: Ruys/Corten/Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 342 (348); vgl. auch *Kahn*, *Yale Journal of International Law* 12 (1987), 1 (17–27).

¹²¹ Vgl. *Hajjami*, in: Ruys/Corten/Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 385 (389–394).

¹²² Vgl. *Kamto*, in: Ruys/Corten/Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law*, 2018, S. 408 (419–424).

¹²³ *Kirkpatrick/Gerson*, in: Henkin (Hrsg.), *Right v. Might*, 2. Aufl., 1991, S. 19 (19).

¹²⁴ *Schachter*, *Pace Yearbook of International Law* 1 (1989), 1 (12).

Regierungen war auf diese Weise nur der Hintergrund und sollte ein legitimitätsstiftendes Argument für rechtlich weniger provokative primäre Rechtfertigungen sein.¹²⁵

In ähnlicher Weise zeigt sich die Begrenztheit der Bush-Doktrin, die zwar aufmerksamkeitswirksam in den National Security Strategies von 2002 und 2006 formuliert wurde, dann aber nicht in der Praxis angerufen worden ist. Wiewohl die US-geführte Invasion im Irak 2003 der Logik einer präventiven Selbstverteidigung (gegen angebliche Massenvernichtungswaffen im Irak) folgte, berief man sich doch auf einen etablierten (wenn auch im Ergebnis nicht einschlägigen) Rechtfertigungstatbestand, nämlich auf vorgängige Resolutionen des UN-Sicherheitsrats.¹²⁶

3. Kern der US-amerikanischen Strategie der Systemopposition

Aus den bisherigen Ausführungen lassen sich im Hinblick auf eine Systemopposition der USA eine Reihe von Schlüssen ziehen.

Erstens ist festzuhalten, dass die USA einen Hegemonieanspruch verfolgen, der sich insbesondere auf die westliche Hemisphäre bezieht (Monroe-, Kennedy- und Johnson-Doktrinen), aber in Teilen auch ausdrücklich weltweite Geltung beansprucht (Bush-Doktrin). Die Formulierung eines solchen Hegemonieanspruchs steht unstrittig im Widerspruch zu den in der UN-Charta angelegten Prinzipien der souveränen Gleichheit der Staaten, des Selbstbestimmungsrechts der Völker sowie des kollektiven Sicherheitssystems der UN. Unter der Präsidentschaft Donald Trumps schien die US-amerikanische Bereitschaft zu groß angelegten militärischen Interventionen, zur finanziellen Unterstützung anderer Regierung und damit ganz allgemein gesprochen zur Aufrechterhaltung einer Hegemonialsphäre gesunken zu sein. Auf der anderen Seite bedeutete die generelle Zurückweisung multilateraler Kooperationsformen auch eine radikale Infragestellung der bestehenden Strukturen, insbesondere der Vereinten Nationen, deren konkrete Folgen einstweilen noch nicht abzuschätzen sind. Jedenfalls unter Trump schien die zwar nicht immer völkerrechtskonforme, so doch aber intern kohärente Hegemonialpolitik (vorübergehend) einer erratischen, prinzipienarmen Außenpolitik gewichen zu sein.

Die Analyse zeigt aber zweitens, dass die USA im Gesamtblick in der Vergangenheit eher bemüht waren (und zumeist auch heute noch sind), diese Systemoppo-

¹²⁵ Turner, *The Washington Quarterly* 11, Nr. 4 (1988), 119 (126): „[T]he actual conduct of the administration appears to be equally consistent with a far more restrictive theory. When so viewed, the Reagan Doctrine is neither a U. S. Brezhnev Doctrine nor a dramatic departure from traditional U. S. approaches to international law“; Roth, *Transnational Law & Contemporary Problems* 3 (1993), 481 (487): „The illegitimacy thesis was asserted as a subsidiary, never a primary, justification for these actions, and even so it was generally embedded within less openly provocative contentions.“

¹²⁶ Vgl. hierzu näher supra 214.

sition nicht als einen offenen Widerspruch zum bestehenden Recht zu formulieren. Auf der Ebene der praktischen Umsetzung haben die USA stets eher Zurückhaltung walten lassen und, anders als die sozialistischen Staaten, Sonderrechte für sich in der Regel nicht dezidiert als *Rechte* in Anspruch genommen. Dies lässt sich als ein allgemeines Muster der US-amerikanischen Positionierungen identifizieren. Die USA präsentieren in der Regel keine radikalen Rechtsbehauptungen, die ähnlich dem sozialistischen Internationalismus neue Interventionsrechte als konkrete Völkerrechtssätze postulieren würden. Vielmehr werden die entsprechenden Interessen und Zielvorgaben in einer zumeist eher politischen Sprache formuliert, eingebettet in ein generelles Bekenntnis zu den Prinzipien der UN-Charta.¹²⁷ Dies illustriert eine stärker systemimmanente Positionierung der USA, in der sich die Überzeugung artikuliert, dass das UN-System den von den USA vertretenen Werten wie Demokratie und Menschenrechten gegenüber dem Autoritarismus der UdSSR normativ eher zuneigt und insofern eine den Interessen der USA eher günstige Umgebung schafft, die eine expressis verbis bezogene Oppositionshaltung verzichtbar scheinen lässt.¹²⁸

Die USA nehmen alsdann, drittens, eher in Kauf, das Recht in einer Vielzahl von Einzelfällen zu brechen. Anders formuliert, der Widerspruch zum Recht wird nicht auf eine grundsätzliche Ebene gehoben, sondern die USA versuchen ihn im Bereich der Anwendung auf den Einzelfall zu belassen.

Das von den USA unterhaltene Spannungsfeld von allgemeinem Bekenntnis zum Recht einerseits und Rechtsbruch in konkreten Fällen andererseits illustriert die Äußerungen der Botschafterin Jeane Kirkpatrick aus den 1980er Jahren. Zwar bekannte sich Kirkpatrick zur Notwendigkeit einer allgemeinen Anwendung des Rechts: „The first principle of the law is the equal application of the law.“¹²⁹ Als dann betonte Kirkpatrick aber auch die Voraussetzung der Reziprozität, welche nach ihrer Auffassung international nicht gegeben sei.¹³⁰ In anderen Worten: Solange andere Staaten das Recht nicht allgemein befolgen, kann die Einhaltung des Rechts auch für die USA nicht immer der richtige Weg sein.¹³¹ Kirkpatrick äußerte insoweit ausdrücklich: „Unilateral compliance with the Charter’s principles of non-intervention and non-use of force may make sense in some instances, but is

¹²⁷ O’Connell, ASIL Task Force Papers, 2002, S. 15, insb. auch Fn. 74.

¹²⁸ Dieses Vertrauen artikuliert sich z. B. in der Einschätzung der ehemaligen Botschafterin der USA bei den U. N. Kirpatrick: *Kirkpatrick/Gerson*, in: Henkin (Hrsg.), *Right v. Might*, 2. Aufl., 1991, S. 19 (34): „The United Nations Charter is not neutral between these conceptions. It is committed to democratic values and practices. Where one state uses armed force or economic and military assistance to aid in the suppression of democratic values and practices, other states are free to act to redress the balance and stop the forcible repression of these values.“

¹²⁹ *Kirkpatrick*, Proceedings of the American Society of International Law 78 (1984), 59 (67).

¹³⁰ *Kirkpatrick*, Proceedings of the American Society of International Law 78 (1984), 59 (68): „As we confront the clear and present dangers in the contemporary world, we must recognize that the U. N. Charter’s principles of individual and collective self-defense require less than reciprocity is simply not tenable.“

¹³¹ In diesem Sinne betonte Kirkpatrick, die UN-Charta sei kein „suicide pact“, *Kirkpatrick*, Proceedings of the American Society of International Law 78 (1984), 59 (67).

hardly in itself a sound basis for either U. S. policy or for international peace and security.“¹³²

Versuchen die USA, den Streit von einer grundsätzlichen Ebene fernzuhalten und auf eine Anwendungsebene zu ziehen, so ist eine Folge, viertens, dass die angeführten Rechtfertigungen oft nach Maßgabe des geltenden Rechts zu unhaltbaren Rechtsbehauptungen führen. Die Positionierungen haben letztlich oft einen zynischen Charakter, da sie abwegige Legalitätsbehauptungen verkünden. Es zeigt sich, dass die Referenz auf anerkannte Rechtfertigungsgründe nur die Oberfläche einer auf allgemeiner Ebene (in den präsidentiellen Doktrinen) zwar verkündeten, aber nicht für den konkreten Fall in Anschlag gebrachten Hegemonialpolitik ist. Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass sich auch in der US-amerikanischen Einstellung zum Völkerrecht verschiedentlich systemoppositionelle Gehalte formulieren, die allerdings *expressis verbis* weniger stark in direkte Konfrontation mit dem bestehenden Völkerrecht treten.

III. Gegenwärtige Entwicklungen

Bislang haben wir uns primär historischen Formen von Systemopposition zum Völkerrecht zugewendet. Wie aber steht es heute um entsprechende Tendenzen und Bestrebungen? An dieser Stelle wollen wir schlaglichtartig drei Phänomene benennen, die die Ansätze systemoppositioneller Bestrebungen zu unterschiedlichen Entwicklungsstadien verkörpern, sehr unterschiedlich in ihrer Stoßrichtung sind und damit zeigen, dass Gefahr für das Völkerrecht aus sehr verschiedenen Richtungen kommen kann. Die erste dieser Systemoppositionen betrifft die Bestrebungen des Islamischen Staates. Die zweite bezieht sich auf Tendenzen, die eher aus der Mitte der Staatengemeinschaft heraus anheben. Hier wenden wir uns der im Rahmen der Debatte um Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure postulierten Doktrin vom *unwilling or unable state* zu. Drittens schließlich nehmen wir kurz die aktuellen Bestrebungen Chinas im Rahmen der Belt and Road Initiative in den Blick, die möglicherweise in der Zukunft den rechtlichen Rahmen für eine Infragestellung bestehender völkerrechtlicher Normen abgeben könnten.

1. Der Islamische Staat als revolutionärer „Staat“

Eine im letzten Jahrzehnt sehr radikale Infragestellung etablierter völkerrechtlicher Prinzipien geht einher mit dem Erstarken des radikalen Islamismus. Hier versuchte sich allen voran die Organisation Islamischer Staat daran, eine neue, als Kalifat bezeichnete politische Organisationsstruktur zu errichten, die die Prinzipien des gegenwärtigen staatsbasierten internationalen Systems radikal in Frage stellt. Am Beispiel des Islamischen Staates können wir die Systemopposition einer

¹³² Kirkpatrick, Proceedings of the American Society of International Law 78 (1984), 59 (67).

Bewegung sehen, die sich in einer sehr frühen Phase befindet und in der die radikale Ablehnung gegenüber dem bestehenden System noch sehr kompromisslos vertreten wird. Der Islamische Staat folgt insoweit der Tradition früherer „state-building revolutionaries“.¹³³ Abu Bakr al-Baghdadi rief im Jahr 2014 das Kalifat des Islamischen Staates aus. Damit versuchte der Islamische Staat mehr zu sein als ein nichtstaatlicher Akteur, sondern hob an, auf dem Territorium unter seiner Kontrolle einen Staat zu errichten.¹³⁴ „It’s a state, and not a group. We aim to build an Islamic state to cover every aspect of life“,¹³⁵ wie ein Presseoffizier des Islamischen Staates erklärte. Dem entspricht das umfangreiche institutionelle System, welches der Islamische Staat errichtete. Zeitweise verfügte der Islamische Staat unbestreitbar über eine Reihe von Charakteristika, die sonst Staaten allein zukommen. Er hielt die Kontrolle über ein Territorium der Größe Großbritanniens, er verfügte über ein Steuersystem, Sicherheitsorgane und sogar über ein Verbraucherschutzbüro.¹³⁶ Der Islamische Staat wies damit *de facto* eine große Nähe zu einem Staat auf. Die Staatlichkeit aber verblieb umstritten und insoweit die Verfestigung dieser *de-facto*-Kontrolle prekär,¹³⁷ so dass ein *de-facto*-Regime in dem von Jochen Frowein herausgearbeiteten Sinne nicht angenommen werden kann.¹³⁸ Zudem wird dem Islamischen Staat wegen der Verletzung der Grundwerte der internationalen Gemeinschaft die rechtliche Anerkennung als Staat verweigert.¹³⁹

Der Islamische Staat steht in einer Position vollkommener Unvereinbarkeit seiner Ziele mit dem bestehenden institutionellen System. Mehr noch, die Ideologie erlegt den Akteuren geradezu ein Kooperationsverbot mit den Institutionen und Vertretern der „Ungläubigen“ auf. Jedwede säkulare Institutionen und Ideologien werden verurteilt, und es wird die Pflicht postuliert, dass gegen diese der Heilige Krieg (Jihad) zu führen sei.¹⁴⁰ Mit der Ausrufung eines Kalifats soll es die Pflicht des Kalifen sein, einen offensiven Jihad zu führen, dessen Ziel die Ausweitung des Kalifats ist.¹⁴¹ Als für eine Ordnung verbindlich anerkannt werden nur die reli-

¹³³ Walt, *Foreign Affairs* 94 (2015), 42 (42).

¹³⁴ Vgl. zur Organisationsstruktur des Islamischen Staates Lange, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 283 (294–303).

¹³⁵ Islamic State press officer Abu Mosa, zitiert in: Marcks, in: Biene/Schmetz (Hrsg.), *Kalifat des Terrors*, 2015, S. 25 (25).

¹³⁶ Zelin, *The Islamic State of Iraq and Syria Has a Consumer Protection Office*, 13. Juni 2014, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/06/the-isis-guide-to-building-an-islamic-state/372769/> [abgerufen am 29. März 2021].

¹³⁷ Kremser, *Deutsches Verwaltungsblatt* 131 (2016), 881 (882).

¹³⁸ Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, 1968.

¹³⁹ Tomuschat, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 223 (235f.).

¹⁴⁰ Vgl. die Aussage des Anführers des Islamischen Staates im Irak Abu Omar al-Baghdadi, Transkript einer Radiodeklaration vom 13. März 2007, Auszug, übersetzt aus dem Arabischen in: Bunzel, *The Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World, Analysis Paper*, No. 19, März 2015, 1 (39): „We believe that jihad in God’s path is an individual obligation“.

¹⁴¹ Graeme Wood, *What ISIS really wants*, *The Atlantic*, März 2015, www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/03/what-isis-really-wants/384980/; vgl. zur Kritik des Konzepts des „offensive jihad“ Shah, *European Journal of International Law* 24 (2013), 343–365.

giösen Regeln der Scharia in der engen, vom Islamischen Staat vertretenen Auslegung.¹⁴²

Für das Verhältnis des Islamischen Staates zum Völkerrecht bedeutet dies, dass keinerlei Grundlage für eine Kooperation besteht. Jedwede vertragliche Absprache mit Vertretern der Ungläubigen wird als unbeachtlich angesehen.¹⁴³ Eine Kooperation in internationalen Institutionen scheidet für den Islamischen Staat von vornherein aus, da dies ein Anerkenntnis der von den Ungläubigen geschaffenen weltlichen Gesetze bedeuten würde und damit eine Gotteslästerung. Im vom führenden Strategen der al-Qaida, Abu Bakr Naji, verfassten, auch als Handbuch des Jihadismus bezeichneten *Management of Savagery*, dem auch der Islamische Staat folgt, heißt es in diesem Sinne:

„They look to the modern civilization of Satan and their sick minds imagine that the awaited nation of Islam is a nation represented in the United Nations, living with its neighbors and having mutual interests with them. The reality is that the Islamic state is predicated [!] the curtailment of all of that.“¹⁴⁴

Der Islamische Staat stellt dabei eine Vielzahl bestehender Normen – Menschenrechte, humanitäres Völkerrecht – radikal in Frage und zeichnet sich dabei dadurch aus, dass eine Auseinandersetzung um internationale rechtliche Konzepte nicht gesucht wird. Durch den Versuch der Begründung eines Staates ist der Islamische Staat notwendig auch in einen bewaffneten Konflikt mit dem Staatensystem eingetreten. Zielt die Ideologie vom offensiven Jihad auf eine Ausweitung des Systems, so wäre ein Nebeneinander verschiedener Systeme auf der Grundlage der formulierten Ideologie nicht möglich. Die Politik des Islamischen Staates mündete damit notwendig in einen bewaffneten Konflikt mit dem bestehenden System,¹⁴⁵ den die Staatenwelt ungeachtet weit reichender Verheerung und schwer wiegender Verbrechen durch den Islamischen Staat (einstweilen) militärisch für sich entscheiden konnte.

¹⁴² Abu Omar al-Baghdadi, Transkript einer Radiodeklaration vom 13. März 2007, Auszug, übersetzt aus dem Arabischen in: *Bunzel*, The Brookings Project on U. S. Relations with the Islamic World, Analysis Paper, No. 19, März 2015, 1 (39): „We believe in the necessity of appealing for judgment to God’s law, by means of bringing cases before the Shari’a courts in the Islamic State and seeking them out in the absence of knowledge of them. For appealing for judgment to the taghut [lit., ‚idol‘] of man-made laws and tribal decisions and the like is among the nullifiers of Islam.“

¹⁴³ Abu Omar al-Baghdadi, Transkript einer Radiodeklaration vom 13. März 2007, Auszug, übersetzt aus dem Arabischen in: *Bunzel*, The Brookings Project on U. S. Relations with the Islamic World, Analysis Paper, No. 19, März 2015, 1 (40): „Any group or person who makes an agreement with the warring occupier, [that agreement] is of no consequence to us.“

¹⁴⁴ *Naji*, *The Management of Savagery*, 2006, S. 176.

¹⁴⁵ *Marcks*, in: *Biene/Schmetz* (Hrsg.), *Kalifat des Terrors*, 2015, S. 25 (29).

2. Die unwilling-or-unable-Doktrin als Systemopposition

Eine wesentlich konkretere (potenzielle) Systemopposition findet sich im Postulat der bereits analysierten *unwilling-or-unable*-Doktrin.¹⁴⁶ Diese Doktrin wird von einer kleineren Zahl von Staaten in Anschlag gebracht, um Selbstverteidigungshandlungen gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium von Staaten zu rechtfertigen, denen die Handlungen dieser Akteure nicht zugerechnet werden können. Das zentrale Beispiel der jüngsten Zeit ist der bewaffnete Konflikt in Syrien, in dem seit 2014 eine Reihe von Staaten gegen die Organisation Islamischer Staat militärisch interveniert hat. Angerufen wurde diese Doktrin im Konflikt in Syrien von insgesamt vier Staaten, nämlich von den USA, Australien, Kanada und der Türkei.¹⁴⁷

Dem ersten Anschein nach handelt es sich bei der *unwilling-or-unable*-Doktrin um einen Fall legislativer Illegalität, wie wir sie in §9 analysiert haben, denn es geht den handelnden Staaten um eine Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts. Allerdings zeigt sich bei genauerer Analyse, dass die *unwilling-or-unable*-Doktrin streng gelesen eine viel radikalere Agenda verfolgt oder jedenfalls verfolgen kann. Eine genaue Bewertung steht vor der Schwierigkeit, dass die Implikationen der Doktrin von den handelnden Staaten nicht ausbuchstabiert werden, sondern einstweilen auf einer bedeutungsoffenen und abstrakten Ebene belassen werden, die durch eine staatliche Praxis erst noch zu substantiieren ist.

Insoweit sind zwei Interpretationen der Doktrin möglich. Eine naheliegende Möglichkeit ist, dass die *unwilling-or-unable*-Doktrin in der Sache als ein Sonderrecht für handlungsmächtige Staaten im Hinblick auf den Umgang mit tatsächlichen oder vermeintlichen Gefahren fungiert, die von außerhalb ihres Territoriums herrühren. Jochen von Bernstorff beschreibt dies zutreffend wie folgt: „The new regime is a legal framework for what can be called the ‚semi-periphery‘, consisting of states that do not belong to the inner circle or are not powerful enough to resist the application of the regime.“¹⁴⁸ Denn in der Tat ist es schwerlich vorstellbar, dass die USA Selbstverteidigung auch gegen die Bundesrepublik ausüben, wiewohl doch beispielsweise die Attentäter vom 11. September 2001 ihre Anschläge weithin in Deutschland vorbereitet hatten und Deutschland insoweit augenscheinlich *unable* gewesen war, die Anschläge zu verhindern. Ebenso abwegig ist eine Selbstverteidigung Frankreichs auf belgischem Territorium gegen die Attentäter der Pariser Anschläge vom November 2015, die maßgeblich auch in Belgien geplant worden sein sollen.

Kurzum, nur bestimmte Staaten haben militärische Intervention zu befürchten. Diese Konsequenz ist insbesondere aus der Sicht weniger mächtiger Staaten kritisiert worden.¹⁴⁹ Auch aus postkolonialer Perspektive wird kritisiert, dass die

¹⁴⁶ Vgl. supra 37–45, insb. 42.

¹⁴⁷ Vgl. Nachweise supra 42 (Fn. 63).

¹⁴⁸ Von Bernstorff, ESIL Reflections 5, Nr. 7 (2016), 4.

¹⁴⁹ Ahmed, Journal of International Law and International Relations 9 (2013), 1 (36).

unwilling-or-unable-Doktrin eine Hierarchie zwischen Staaten einführe, die „the infamous nineteenth-century distinction between civilized, semi-civilized and uncivilized states“ wiederaufleben lasse.¹⁵⁰

Der systemoppositionelle Gehalt eines solchen Sonderrechts ist evident. Eine derart gefasste *unwilling-or-unable*-Doktrin stellt das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten in Frage, denn der Grundsatz ist nicht in allgemeiner Weise anwendbar.¹⁵¹ In diesem Sinne würde die Doktrin an die Stelle des Multilateralismus der UN-Charta unilaterale Entscheidungen der mächtigen Staaten setzen und dies auch positiv-rechtlich verankern.¹⁵² In diesem Sinne könnte also das völkerrechtliche Gewaltverbot gleichsam von innen heraus zerstört werden, indem nämlich durch den Versuch der Etablierung weitestgehender und unkonturierter Ausnahmetatbestände letztlich die Grundregel des Gewaltverbots unterlaufen wird.¹⁵³

Eine zweite Möglichkeit wäre, dass der *unwilling-or-unable*-Standard mit der Zeit konkretisiert und damit rechtlich beschränkt wird. Es ist vorstellbar, dass etwa auch das sehr weite Kriterium *unable* konturiert und damit einer engen rechtlichen Bedeutung zugeführt wird. Dies aber würde verlangen, dass die handelnden Staaten eine Eingrenzung der Bedeutung vornähmen. Hätten sie aber hieran ein Interesse, so wäre es möglich und sinnvoll gewesen, von vornherein einen engeren Standard für die Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure zu formulieren, wie ihn etwa die Bundesrepublik und Belgien in der Rechtfertigung ihres Militäreinsatzes gegen den Islamischen Staat vertreten.¹⁵⁴

Der konkrete systemoppositionelle Gehalt der *unwilling-or-unable*-Doktrin wird sich erst in Ansehung ihrer Operationalisierung und Anwendung erweisen lassen. Es zeigt sich aber, dass eine radikale Veränderung des völkerrechtlichen Systems nicht immer als ein äußerer Widerspruch und eine revolutionäre Infragestellung erfolgen muss, sondern auch von innerhalb des Systems aus anheben kann.

3. Entwicklung einer spezifisch chinesischen Position zum Völkerrecht?

Zu guter Letzt Erwähnung finden sollen gegenwärtige chinesische Diskussionen um völkerrechtliche Konzepte. Ein möglicher Ankerpunkt für eine zukünftige grundlegende Infragestellung etablierter völkerrechtlicher Konzepte könnte das

¹⁵⁰ Tzouvala, AJIL Unbound 109 (2015), 266 (267).

¹⁵¹ Vgl. kritisch hierzu auch Brunnée/Toope, International and Comparative Law Quarterly 67 (2018), 263 (285).

¹⁵² Brooks, How Everything Became War and the Military Became Everything, 2016, S. 290: „It’s a legal theory that more or less eviscerates traditional notions of sovereignty, and has the potential to significantly undermine the already shaky collective security regime created by the United Nations Charter.“

¹⁵³ Brunnée/Toope, Journal of Global Security Studies 4 (2019), 73 (83): „[A] wide reading of the self-defense exception would threaten to hollow out the primary rule, contradicting it and amounting to validity contestation.“

¹⁵⁴ Vgl. hierzu näher supra 42 (insb. Fn. 67–69).

von China entwickelte und verbreitete Konzept der *community of common destiny* (auch *community of shared future for mankind*) liefern, das zunächst vom chinesischen Präsidenten Hu Jintao im Hinblick auf das Verhältnis der Volksrepublik China zu Taiwan im Jahr 2007 formuliert und dann von Xi Jinping als Konzept im Rahmen des gigantischen Infrastrukturprojekts der Neuen Seidenstraße (Belt and Road Initiative) weiter forciert worden ist.¹⁵⁵ Dieses Konzept geht davon aus, dass sich die Integration und Abhängigkeit von Staaten auf vorher nicht da gewesene Weise vertieft haben. Als politisches Programm enthält das Konzept zunächst vor allem unverfängliche Bekenntnisse zur allgemeinen Prosperität, internationalen und nationalen Sicherheit, zum ökonomischen Wachstum sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.¹⁵⁶ Die Konturierung dieses Prinzips wird in der chinesischen Verwaltung wie Wissenschaft mit Hochdruck vorangetrieben. Auch hat es bereits Eingang in Resolutionen der UN-Generalversammlung gefunden.¹⁵⁷

Das Konzept einer *community of common destiny* wird von China ausdrücklich nicht in Opposition zum bestehenden Völkerrecht gesetzt. Vielmehr vertritt China eine traditionelle Lesart des Völkerrechts, in der sowohl dem Prinzip der Souveränität, der friedlichen Streitbeilegung als auch den Organen der Vereinten Nationen ein wesentlich höheres Gewicht beigemessen wird, als dies beispielsweise in der formulierten Haltung der USA der Fall ist. Dennoch sind die chinesischen Bestrebungen als Ausdruck eines Versuches von Interesse, eine alternative Terminologie in den völkerrechtlichen Diskurs einzuführen.

Bekannt sich China also zwar ausdrücklich zu den Regeln der UN-Charta, so scheint die Annahme gleichwohl nicht spekulativ vermessen, dass der immensen ökonomischen Macht Chinas zukünftig auch im wachsenden Maße eine Macht in der Ausgestaltung und Änderung von Rechtsnormen zukommen wird. In diesem Sinne ist vielfach betont worden, dass die Volksrepublik China ihre Rolle von einem *norm taker* hin zu einem *norm shaper* gewandelt habe.¹⁵⁸ Dass dies mit einiger Wahrscheinlichkeit zukünftig auch friedens- und sicherheitsrelevante Fragen betreffen wird, legen nicht zuletzt die territorialen Streitigkeiten im Südchinesischen Meer nahe. Die Abstraktionsebene des Konzepts der *community of common destiny* ist so hoch, dass es auf der Ebene der Konkretisierung zukünftig eine große

¹⁵⁵ Jian Zhang, *Global Change, Peace & Security* 27 (2015), 5 (14).

¹⁵⁶ Xi Jinping, *Work Together to Build a Community of Shared Future for Mankind*, Rede vor den Vereinten Nationen in Genf, 23. Januar 2017: „We should stay committed to building a world of lasting peace through dialogue and consultation. [...] We should build a world of common security for all through joint efforts. [...] We should build a world of common prosperity through win-win cooperation. [...] We should build an open and inclusive world through exchanges and mutual learning. [...] We should make our world clean and beautiful by pursuing green and low-carbon development.“

¹⁵⁷ UN-Generalversammlung, Resolution 72/27, 11. Dezember 2017, UN Doc. A/RES/72/27 (Abstimmung: ja: 134, nein: 4, Enthaltung: 45, nicht beteiligt: 10); UN-Generalversammlung, Resolution 72/250, 12. Januar 2018 UN Doc. A/RES/72/250 (Abstimmung: ja: 134, nein: 4, Enthaltung: 45, nicht beteiligt: 10); in beiden Resolutionen enthielten sich vor allem westliche Staaten.

¹⁵⁸ Peters, *After Trump: China and Russia Move from Norm-Takers to Shapers of the International Legal Order*, EJIL:Talk!, 10. November 2016.

Bandbreite von Interpretationen erlauben wird.¹⁵⁹ So wie die Prinzipien der friedlichen Koexistenz von der Sowjetunion deutlich flexibler gehandhabt wurden als die Prinzipien der UN-Charta (und eine Kompatibilität von friedlicher Koexistenz und sozialistischem Internationalismus postuliert wurde), so könnte auch die *community of common destiny* zukünftig flexiblen Interpretationen zugeführt werden.¹⁶⁰ Als die das Konzept prägende Nation hätte China dann fraglos einen Vorteil im Diskurs über die Auslegung und Ausgestaltung seines Inhalts. Aus diesem Grunde verweigerten sich die USA historisch lange der Auf- und Annahme der sozialistischen Diktion von den Prinzipien der friedlichen Koexistenz.¹⁶¹ Der Umstand, dass sich nahezu alle westliche Staaten den das Konzept der *shared future of mankind* aufnehmenden UN-Resolutionen enthielten (oder im Falle der USA sogar dagegen stimmten), spricht dafür, dass eine ähnliche Vorsicht in der Unterstützung derartig offener Konzepte auch heute waltet.

Diese Erwägungen im Hinblick auf einen möglichen systemoppositionellen Gehalt der chinesischen Position bewegen sich naturgemäß auf dünnem Eis, haben einen spekulativen Charakter und sollen daher auch nicht vertieft werden. Die chinesische Position aber ist als Versuch interessant, einen stärkeren Einfluss Chinas auch auf rechtlich-konzeptueller Ebene den Weg zu bereiten, was in der Zukunft als erster Schritt für die Implementierung einer Systemopposition (zum Beispiel in Form der rechtlichen Absicherung eines regionalen oder weltweiten Hegemonieanspruchs) verwendet werden könnte.

IV. Illegalität, Systemopposition und die Integrationsfähigkeit des Rechts

Im vorliegenden Kapitel haben wir bis hierher eine Reihe von Fällen systemischer Opposition zum Völkerrecht sowie möglicher Ansätze hierzu untersucht. Wir haben die Entwicklung des Sozialistischen Völkerrechts analysiert und den US-amerikanischen Exzeptionalismus und jeweils den spezifisch oppositionellen Gehalt in den Blick genommen. Alsdann haben wir uns aktuellen Phänomenen zugewendet, in denen eine Systemopposition zum Ausdruck kommt oder jedenfalls zukünftig zum Ausdruck kommen könnte. Nunmehr wollen wir aus den analysierten Zusammenhängen Folgerungen zum Charakter von Systemopposition zum Völkerrecht formulieren.

¹⁵⁹ Denghua Zhang, *Asia & the Pacific Policy Studies* 5 (2018), 196 (198).

¹⁶⁰ So spricht China z. B. von einer Hilfspflicht gegenüber anderen Staaten: „When neighbors are in trouble, instead of tightening his own fences, one should extend a helping hand to them“ (Xi Jinping, *Work Together to Build a Community of Shared Future for Mankind*, Rede vor den Vereinten Nationen in Genf, 23. Januar 2017). Ist eine solche internationale Solidarität freilich begrüßenswert, so zeigt die historische Erfahrung des sozialistischen Internationalismus, dass solche „Hilfe“ auch schnell in einen Paternalismus umschlagen kann, der mit etablierten völkerrechtlichen Prinzipien unvereinbar ist.

¹⁶¹ Vgl. hierzu *Schwebel*, *American Journal of International Law* 66 (1972), 816 (818).

Die erste Folgerung ist, dass eine radikale oder gar revolutionäre Infragestellung des Rechts viele Formen annehmen und sich keineswegs nur in der vordergründig revolutionären Infragestellung des Rechts ausdrücken kann, wie dies beispielsweise im Sozialistischen Völkerrecht Niederschlag fand. Vielmehr kann auch gleichsam eine Revolution von innen erfolgen, indem bestehende Rechtskonzepte so weit greifend reinterpretiert werden, dass die neue angestrebte Ordnung mit den etablierten Prinzipien nicht in Einklang zu bringen ist, sondern sich vielmehr als eine grundsätzlich andere darstellt. In diesem Sinne haben wir die vorgeschlagene *unwilling-or-unable*-Doktrin als eine mögliche Systemopposition identifiziert, wiewohl die genauen Konturen sowie die Verwendungsweisen des Konzepts einstweilen noch nicht absehbar sind.

Zweitens zeigt ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung, dass sich radikale Oppositionen zum Völkerrecht regelmäßig – bildlich gesprochen – abschleifen und völkerrechtliche Normen auf mittlere und lange Sicht stets ein erhebliches Integrationspotenzial entfalten. Wengleich also fundamentale Prinzipien des Völkerrechts in Frage gestellt werden, so behält doch die Rechtsförmigkeit zwischenstaatlicher Interaktion als solche erhebliche Anziehungskraft: „[...] no government advocates its freedom to violate international law rules in general“.¹⁶² Die nach der sozialistischen Oktoberrevolution verkündete radikale Infragestellung des „imperialistischen“ Völkerrechts wich bald der Überzeugung, dass die rechtsförmige Koordinierung zwischen den Staaten der unterschiedlichen Systeme unausweichlich sei. Mit der Zeit akzeptierte die UdSSR immer mehr die zunächst in fundamentaloppositioneller Weise zurückgewiesenen Positionen.¹⁶³ Der Grund war, dass eine Weltrevolution ausblieb. Auch zukünftig ist es unwahrscheinlich, dass eine Ideologie tatsächlich hinreichend stark werden könnte, alle Teile der Welt hinter sich zu vereinen, um dergestalt in revolutionärer Weise neue Prinzipien einzuführen.¹⁶⁴ Auch die chinesische Position zum Völkerrecht, die sich in den 1950er und 1960er Jahren mit der von der Sowjetunion vertretenen Theorie der friedlichen Koexistenz der Blöcke nicht abfinden wollte, folgte letztlich diesem Weg. Man mag spekulieren, dass auch der Islamische Staat, wenn er nicht zuvor durch internationale Anstrengungen militärisch besiegt worden wäre, auf vergleichbare Weise sich einer rechtsförmigen Kooperation mit anderen Staaten geöffnet hätte. Insoweit kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass internationale Kooperation vermittelt allgemeiner Rechtsgrundsätze jedenfalls auf lange Sicht eine erhebliche Traktionskraft aufweist, da die Alternative der Naturzustand mit einem *bellum omnium contra omnes* ist, der sich unter Abwägung aller Umstände selbst revolutionären Bewegungen nicht als erstrebenswert darstellt.¹⁶⁵

¹⁶² Falk, *Society* 12, Nr. 3 (1975), 39 (43).

¹⁶³ Meissner, *Internationales Recht und Diplomatie* (1967), 45 (51): „Zusammenfassend lässt sich sagen, daß im Verlauf dieser Entwicklung ein immer größerer Ausschnitt des überkommenen allgemeinen Völkerrechts, dessen universeller Charakter zunächst geleugnet wurde, von der Sowjetunion anerkannt worden ist.“

¹⁶⁴ Walt, *Foreign Affairs* 94 (2015), 42 (46).

¹⁶⁵ Walt, *Foreign Affairs* 94 (2015), 42 (49): „Revolutionaries can fantasize about transforming

Eine dritte Folgerung ist, dass radikale Infragestellungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots zumeist nicht die Forderung nach dessen gänzlicher Abschaffung zum Gegenstand haben, sondern dass die Allgemeinheit seiner Geltung eingeschränkt werden soll. Dies erfolgt teils durch das Postulat besonderer Interventionsrechte, die einen (bestimmten) Staat dazu ermächtigen sollen, weltweit unter gewissen Voraussetzungen militärisch zu intervenieren, wiewohl das so im bestehenden Völkerrecht nicht vorgesehen ist. In diesem Sinne sind zum Beispiel die Reagan-Doktrin oder die Bush-Doktrin zu verstehen. Fakt ist aber auch, dass in der tatsächlichen Praxis im Hinblick auf die tatsächliche Anrufung dieser Doktrinen eher eine Zurückhaltung zu diagnostizieren ist. Unsere Analyse hat gezeigt, dass es die USA stets vermieden haben, ein allgemeines und weltweites Interventionsrecht außerhalb der Charta tatsächlich als Rechtsfigur anzurufen.

Am deutlichsten manifestiert sich, viertens, Systemopposition in der Formulierung eines auf die Einflussphäre einer Großmacht begrenzten Interventionsrechts und eines korrespondierenden Verbots der Einflussnahme für außenstehende Mächte. Derartige Postulate finden wir – wie gesehen – in den Positionen beider Pole der Blockkonfrontation im Kalten Krieg: seitens der USA in der Johnson-Doktrin einerseits, seitens der UdSSR in der Breschnew-Doktrin andererseits, die beide eine „remarkable congruence“ aufwiesen.¹⁶⁶

Die Formulierung eines solchen Interventionsrechts hat in völkerrechtlichen Debatten eine lange Tradition.¹⁶⁷ Carl Schmitt hat in seiner Abhandlung zur *Völkerrechtlichen Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* aus dem Jahr 1939 die Monroe-Doktrin als einen Präzedenzfall für eben eine solche völkerrechtliche Großraumordnung gelesen. Schmitt ging es um die Entwicklung eines völkerrechtlichen „Reichsbegriffs“, dem zufolge eine Macht innerhalb des Ausstrahlungsbereiches der von ihm verkörperten politischen Ideen eine Vormachtstellung einnehme, die auch durch ein Interventionsverbot für „raumfremde Mächte“ gesichert sein solle.¹⁶⁸ Ist die Annahme eines Interventionsrechts innerhalb bestimmter Interessenssphären zwar mit den Vorgaben der UN-Char-

the world while out of power, but to survive over the long term, they must learn to compromise their ideals and moderate their behavior, even if they do not wholly abandon their original principles. Leon Trotsky's dreams of 'world revolution' gave way to Stalin's 'socialism in one country,' and Mao's radical policies at home were accompanied by a risk-averse policy toward other states. Revolutionary Iran has followed a similar trajectory and conducted its foreign policy in a mostly prudent and calculating manner. Eventually, the rest of the world, even the United States, came to terms with these revolutionary states.“

¹⁶⁶ Franck/Weisband, in: Nawaz (Hrsg.), *Essays on International Law in Honour of Krishna Rao*, 1976, S. 214 (241).

¹⁶⁷ Vgl. die rechtsvergleichende Übersicht in: Schröder, *Recht in Ost und West* 13 (1969), 203 (203–210).

¹⁶⁸ Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, 2. Aufl., 1941, S. 49: „Reiche in diesem Sinne sind die führenden und tragenden Mächte, deren politische Idee in einen bestimmten Großraum austrahlt und die für diesen Großraum die Interventionen fremdräumiger Mächte grundsätzlich ausschließen.“

ta unvereinbar,¹⁶⁹ behielt die Idee aber in Anbetracht des (aufkommenden) Kalten Krieges gleichwohl ihre Anziehungskraft und Unterstützung in einer Reihe völkerrechtlicher Abhandlungen.¹⁷⁰ Hersch Lauterpacht zum Beispiel diskutiert in der achten Auflage von *Oppenheim's International Law* 1955 Interventionen, die nicht illegal seien. Als eine solche führt Lauterpacht die „intervention in the interest of the balance of power“ an.¹⁷¹ Michael Reisman verfocht in den 1980er Jahren dann die Idee von „Critical Defense Zones“, in denen es Großmächten erlaubt sein solle, den Einfluss einer anderen Macht zurückzudrängen.¹⁷² Reisman sah diese Zonen als „potential contribution to minimum order“¹⁷³ und sprach sich für ihre Völkerrechtskonformität aus.¹⁷⁴ Selbst Kritiker dieser Idee räumten ein, dass die damit verbundene Aufteilung der Welt eine stabilisierende Wirkung haben könne.¹⁷⁵ Im positiven Recht hat diese Auffassung gleichwohl keinen Niederschlag gefunden.

Ungeachtet dieser Bestrebung nach einer Legalisierung von Hegemoniesphären dürfen aber auch, fünftens, die Gegenteilstendenzen nicht außer Acht gelassen werden. Auf längere Sicht nämlich zeigt sich, dass die *Allgemeinheit* und universelle Anwendbarkeit völkerrechtlicher Regeln eine erstaunliche Verharrungskraft hat und dass regionale Hegemonieansprüche keineswegs von Dauer sind. Bereits wenige Jahre nach dem Postulat der Johnson- und Breschnew-Doktrinen einigten sich die USA und die UdSSR auf eine moderatere Rhetorik, die sich dem von beiden Staaten postulierten Exzeptionalismus entgegenstellte. In den 1972 von Richard Nixon und Leonid Breschnew unterzeichneten *Basic Principles of Relations between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics*

¹⁶⁹ Hacker, in: Maurach/Meissner (Hrsg.), *Völkerrecht in Ost und West*, 1976, S. 154 (176); Schröder, *Recht in Ost und West* 13 (1969), 203 (209); Schweisfurth, *Sozialistisches Völkerrecht?*, 1979, S. 569f.

¹⁷⁰ Vgl. z. B. die Ausführungen des zur Zeit des Nationalsozialismus emigrierten und späteren Richters am Bundesverfassungsgericht Gerhard Leibholz. Dieser war der Auffassung, dass ein strenges Interventionsverbot „in einem primär ideologischen Zeitalter nicht mehr aufrechterhalten werden“ könne. Das Prinzip der Souveränität könne „wie die Monroe Doktrin zeigt, sogar kontinental ertweitert werden“ – Leibholz, in: Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Julius von Gierke*, 1950, S. 163 (176); vgl. ferner Friedrich A. Heydte, der es als erlaubt ansieht, „falls es sich um die Intervention einer Großmacht in die innere Ordnung eines Staates handelt, der in einer vom Völkerrecht anerkannten Einflusssphäre dieser Großmacht liegt“ – Heydte, *Völkerrecht*, Bd. I, 1958, S. 208.

¹⁷¹ *Oppenheim*, *International Law*, 8. Aufl., Bd. I (Peace), 1955, S. 311 (§ 136).

¹⁷² Reisman, *Yale Journal of International Law* 13 (1988), 171 (184): Reisman bemühte sich hier um eine Begrenzung dieses Prinzips, indem er argumentierte, dass die „Critical Defense Zones“ „can be deemed lawful only insofar as they relate directly and plausibly to superpower defense, no further“.

¹⁷³ Reisman, *American Journal of International Law* 76 (1982), 589 (590).

¹⁷⁴ Reisman, *Yale Journal of International Law* 13 (1988), 171 (184): „I submit that the basic critical defense zone claims made by the United States and the Soviet Union are lawful, precisely because they are indispensable to the avoidance of serious conflict.“

¹⁷⁵ Franck/Weisband, in: Nawaz (Hrsg.), *Essays on International Law in Honour of Krishna Rao*, 1976, S. 241 (242): „[D]rawing a line between ‚theirs‘ and ‚ours‘ [...] might help stabilize the world political system and perhaps reduce cold war tensions.“

ist als elftes Prinzip festgehalten: „The USA and the USSR make no claim for themselves and would not recognize the claims of anyone else to any special rights or advantages in world affairs. They recognize the sovereign equality of all states.“¹⁷⁶ Zum Ende des Kalten Krieges hin, im Dezember 1989, widerrief die UdSSR die Breschnew-Doktrin.¹⁷⁷ Auch unterzog sie ihre Einstellung zur Intervention in der Tschechoslowakei einer Neubewertung und erklärte, dass „the bringing of armies of five socialist countries into Czechoslovak territory in 1968 was unfounded, and that the decision, in the light of all the presently known facts, was erroneous“.¹⁷⁸ Noch deutlichere Worte fanden Bulgarien, Ungarn, die DDR, Polen und die Sowjetunion in einer Stellungnahme des Warschauer Vertrags, in der klar davon gesprochen wurde, dass „those illegal actions had long-term negative consequences“.¹⁷⁹ In einem bilateralen Vertrag zwischen der Sowjetunion und Ungarn wurde die sowjetische Invasion in Ungarn 1956 als unakzeptabel und illegal bezeichnet.¹⁸⁰

Zwar ist klar, dass die Entwicklung hier nicht linear erfolgte und dass in Reaktion auf aktuelle weltpolitische Entwicklungen auch der Unilateralismus und Exzeptionalismus zwischenzeitlich wiederauflebten. So wurde in der letzten Phase des Kalten Krieges in den 1980er Jahren die Reagan-Doktrin verkündet und im Jahr 2001 die Bush-Doktrin. Der Umstand aber, dass – wie wir gesehen haben – diese Doktrinen keine Anrufung in der Praxis fanden, zeigt, dass die USA der Allgemeinheit völkerrechtlicher Normen beständig einen Wert beimaßen. Dies vereinfachte es, nach Phasen verstärkter Hegemonialpolitik wieder zu den Prinzipien allgemeiner rechtsförmiger Koordinierung zurückzukehren.

¹⁷⁶ Basic Principles of Relations between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics, Moskau, 29. Mai 1972, Department of State Bulletin, Bd. 66 (1972), 898.

¹⁷⁷ Warsaw Pact – Renunciation of Brezhnev doctrine, Keesing's (1989), 36982.

¹⁷⁸ Stellungnahme der UdSSR, 4. Dezember 1989, abgedruckt in offizieller Übersetzung der sowjetischen Presseagentur TASS in: New York Times, 5. Dezember 1989, A 15.

¹⁷⁹ Stellungnahme der Staaten des Warschauer Vertrags, 4. Dezember 1989, abgedruckt in offizieller Übersetzung der sowjetischen Presseagentur TASS in: New York Times, 5. Dezember 1989, A 15.

¹⁸⁰ Hungary – Treaties with Soviet Union, Russia and Ukraine, Keesing's (1991), 38687.

§ 12. Interventionen ohne Anrufung des Rechts

Einer weit verbreiteten Auffassung zufolge sind Staaten sehr darum bemüht, die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens darzutun.¹ Und in der Tat bestätigen empirische Untersuchungen diese Einschätzung. Allerdings gibt es auch einen erheblichen Bereich staatlicher Praxis, in dem eine Bezugnahme auf das Recht gerade nicht zu verzeichnen ist. Dies ist zum einen der Fall im Bereich geheimer, verdeckter militärischer Operationen. Andererseits findet sich auch eine signifikante Zahl von Fällen, in denen Staaten für offene militärische Interventionen keine Rechtfertigungen anbringen. Wir wollen uns im vorliegenden Kapitel diesen Phänomenen und seinen Auswirkungen auf das Völkerrecht zuwenden. Unter I. werden verdeckte militärische Interventionen untersucht, unter II. alsdann Interventionen, in denen Staaten keine rechtlichen Argumente für ihre Interventionen anbringen. Unter III. nehmen wir Bezug auf die bereits in § 7 entwickelte Kategorie der zynischen Anrufung des Rechts als Ausdruck einer letztlich politischen Positionierung. Unter IV. schließlich wird die These entwickelt, dass Interventionen ohne Anrufung des Rechts die gegenwärtig am schwersten wiegende Gefahr für das Völkerrecht darstellen. Aktuelle Tendenzen deuten auf jedenfalls eine partielle Verlagerung des Rechtfertigungsdiskurses von der rechtlichen Ebene hin zu einer Ebene politischer Opportunitätsabwägungen, was – wie zu zeigen sein wird – eine erhebliche Gefahr für das Recht begründet.

I. Verdeckte militärische Interventionen

Unter verdeckten militärischen Interventionen wollen wir vorliegend solche verstehen, die vom handelnden Staat nicht als die eigenen anerkannt werden. Ein Staat stellt also entweder die Zurechenbarkeit eines bestimmten Verhaltens aktiv in Frage oder erkennt dieses durch eine *no-comment*-Politik nicht an.² In der wissenschaftlichen Debatte werden solche Interventionen sowohl als verdeckte Praxis (*covert practice*) wie auch als geheime Praxis (*secret practice*) bezeichnet. Wir wollen hier von verdeckten militärischen Interventionen sprechen, da der Begriff der Geheimheit geeignet ist, auch das *Geheimsein* einer Intervention anzudeuten. Ein

¹ Hurd, in: Follesdal/Schaffer/Ulfstein (Hrsg.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, 2014, S. 165 (167): „States value being seen as complying with their international legal obligations, as evidenced by the widespread practice of using international legal arguments in public diplomacy“; vgl. auch Hurd, *How to Do Things with International Law*, 2017, S. 46, 79.

² Vgl. zum Begriff der *covert action* Perina, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (511 f.).

solches Geheimsein militärischer Interventionen ist aber häufig nicht gegeben, und wir sind – wie wir noch sehen werden – mit Graden der Geheimheit konfrontiert, die der Begriff der Verdecktheit besser zu fassen vermag. Bestimmte Interventionen gelangen im Nachgang an das Licht der Öffentlichkeit. Teils werden sie dann von den verantwortlichen Staaten anerkannt, teils besteht auch ungeachtet des Fehlens eines solchen Anerkenntnisses kein vernünftiger Zweifel mehr an der Verantwortlichkeit eines Staates. Die Folge ist in jedem Fall, dass eine Behandlung verdeckter militärischer Interventionen maßgeblich auf anderen als staatlichen Quellen beruhen muss. Der Arbeit der Medien kommt insoweit eine fundamentale Rolle zu.

1. Verdeckte Interventionen in der Praxis

Seit der Errichtung der UN-Charta haben verdeckte militärische Interventionen nachweislich eine gewichtige Rolle gespielt.³ Zur Zeit des Kalten Krieges waren sie eine übliche Interventionsform, insbesondere, aber nicht nur der mächtigen Staaten. Analysen über die Häufigkeit solcher Interventionen stehen naturgemäß vor der Schwierigkeit, dass durch die Verdecktheit eine Bewertung und Einordnung stets mit Unsicherheiten verbunden ist. Breit diskutiert wurde die Praxis verdeckter militärischer Interventionen der USA zur Zeit des Kalten Krieges, die unter der Führung der Central Intelligence Agency (CIA) mit dem Ziel ausgeführt wurden, Regierungsumstürze in anderen Staaten herbeizuführen.⁴ Frühe Beispiele für solche geheimen Maßnahmen der CIA sind die Operation *Ajax* zum Sturz des iranischen Premierministers Mohammad Mossadegh (1953), die Operation *PBSUCCESS* zum Sturz des guatemaltekischen Präsidenten Jacobo Árbenz Guzmán (1954), Versuche der Herbeiführung eines Regierungsumsturzes in Indonesien (1958) oder die Invasion in der Schweinebucht gegen die Regierung Fidel Castro auf Kuba (1961).⁵ Aber auch im späteren Kalten Krieg erfolgten geheime Interventionen, insbesondere in Zentralamerika. Viele Operationen der CIA wurden zeitnah öffentlich bekannt, andere blieben längere Zeit geheim.⁶

Eine Verantwortlichkeit für nicht offiziell anerkannte Interventionen wird in einer Reihe von Fällen Israel zugeschrieben. Hierzu zählt zum Beispiel die Zerstörung des seinerzeit im Bau befindlichen syrischen Kernreaktors *Al-Kibar* im Jahr 2007.⁷ Anders als die Zerstörung des irakischen Kernreaktors *Osirak* im Jahr 1981, die Israel als präventive Selbstverteidigung rechtfertigte, gab Israel für die Intervention in Syrien keinerlei rechtliche Rechtfertigung ab. Interessanterweise

³ Vgl. für eine historische Untersuchung zur Entstehung verdeckter militärischer Interventionen Carson, *Secret Wars*, 2018.

⁴ Gray, *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., 2018, S. 108; vgl. die umfassende Übersicht zur US-amerikanischen Praxis des *regime change* in O'Rourke, *Covert Regime Change*, 2018, S. 97–124.

⁵ Falk, *Society* 12, Nr. 3 (1975), 39 (41).

⁶ Vgl. Treverton, *Foreign Affairs* 65 (1987), 995 (1001).

⁷ Vgl. insoweit auch supra 57.

reagierte auch Syrien nur sehr verhalten und spielte das Ausmaß der militärischen Intervention herunter. Ferner erfolgten im Jahr 2009 Militärschläge im Sudan, die Israel zugerechnet werden und mit dem Ziel der Unterbindung von Waffenschmuggel nach Gaza ausgeführt worden sein sollen.⁸

Den Versuch einer allgemeinen Aufarbeitung der Praxis verdeckter militärischer Interventionen haben Michael Reisman und James Baker unternommen, die unter den Tagesordnungspunkten des UN-Sicherheitsrats für die Jahre 1969 bis 1988 insgesamt 208 Fälle identifiziert haben, in denen geheime militärische Interventionen thematisch waren.⁹

Oft wird angenommen, dass nach Beendigung des Kalten Krieges die Häufigkeit geheimer militärischer Interventionen vorerst stark nachgelassen habe.¹⁰ In Analysen der gegenwärtigen Lage wird indes betont, dass sich in jüngerer Vergangenheit die Häufigkeit und Verbreitung geheimer militärischer Maßnahmen immens erhöht habe¹¹, wenn auch nicht mehr mit Fokus auf *great power politics*, sondern auf die Verhinderung von Sicherheitsbedrohungen, insbesondere des Terrorismus.¹²

Als Beispiel aus jüngster Vergangenheit ist die russische Intervention im Jahr 2014 auf der Krim erwähnenswert. Die handelnden Einheiten wurden von Putin zunächst als lokale „self-defence units“ beschrieben.¹³ Später bekannte sich Russland allerdings dazu, dass diese Einheiten unter russischer Kontrolle agierten.¹⁴ Dass Russland auch im noch andauernden bewaffneten Konflikt in der Ostukraine beteiligt ist, wird weithin angenommen, von Russland indessen bestritten.

2. Die politische Dimension verdeckter militärischer Interventionen

Verdeckte militärische Interventionen bergen für Staaten eine Reihe von pragmatischen Vorteilen. Zentral ist zunächst, dass es die Verdecktheit einer Intervention erlaubt, die Verantwortlichkeit und die Beteiligung an Interventionen zu bestreiten.¹⁵ Eine besondere Motivation hierzu ist dann gegeben, wenn eine tragfähige

⁸ Gordon/Gettleman, U.S. Officials Say Israel Struck in Sudan, New York Times, 26. März 2009, <https://www.nytimes.com/2009/03/27/world/africa/27sudan.html> [abgerufen am 29. März 2021].

⁹ Reisman/Baker, *Regulating Covert Action*, 1992, S. 144–152.

¹⁰ Vgl. Reisman mit Referenz auf eine Stellungnahme des Generaldirektors der CIA: Reisman, *Yale Journal of International Law* 20 (1995), 419 (421).

¹¹ Wagner/Margeson, *The Globalization of Covert Action*, Huffington Post, 9. November 2012, https://www.huffingtonpost.com/daniel-wagner/globalization-of-covert-action_b_1869134.html [abgerufen am 29. März 2021].

¹² O'Rourke, *Covert Regime Change*, 2018, S. 228.

¹³ Vladimir Putin, Vladimir Putin Answered Journalists' Questions on the Situation in Ukraine, Kremlin Press Conference, 4. März 2014, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20366> [abgerufen am 29. März 2021].

¹⁴ RT, „Putin acknowledges Russian military servicemen were in Crimea“, 17. April 2014, <https://www.rt.com/news/crimea-defense-russian-soldiers-108/> [abgerufen am 29. März 2021].

¹⁵ Joseph/Poznansky, *Journal of Peace Research* 55 (2018), 320 (323).

rechtliche Grundlage nicht angeführt werden kann.¹⁶ Wo die Geheimheit effektiv ist, kann Schaden an der Reputation eines Staates vermieden werden: „By reducing the visibility of their violations, then, states reduce the reputational consequences.“¹⁷ Aber auch, wo vollkommene Geheimheit nicht besteht, kann die Bestreitbarkeit einer Verantwortlichkeit Spuren von Zweifel sähen, die die Einheitlichkeit und Entschlossenheit internationaler Reaktionen und Sanktionen unterminieren können, da die unklare Faktenlage verschiedene Schlüsse zulässt. Insoweit ist *plausible deniability* der Kern geheimer militärischer Interventionen. So war die völkerrechtliche Diskussion des Jahres 2014 im Hinblick auf die gerade erfolgende russische Machtübernahme auf der Krim zunächst von einer gewissen Zurückhaltung geprägt, da man über die tatsächliche Einflussnahme Russlands keine Sicherheit hatte. Theoretisch hätte es sich bei den bewaffneten Gruppen um, wie Putin sagte, lokale Selbstverteidigungseinheiten handeln können. Die gegenteiligen Stellungnahmen anderer Staaten, die auf eine Involviertheit Russlands verwiesen, stießen nachvollziehbarerweise auf Skepsis, waren es doch beispielsweise auch staatliche geheimdienstliche Quellen gewesen, die die Unwahrheit im Hinblick auf das Vorhandensein angeblicher irakischer Massenvernichtungswaffen im Jahr 2003 betont hatten.¹⁸ Geheimheit hat also das Potenzial, internationale Reaktionen und Bewertungsmuster zu beeinflussen, im Idealfall für den intervenierenden Staat, diese zu spalten. Verdecktheit von Interventionen ist daher auch ein entscheidendes Element der als „hybride Kriegsführung“ diskutierten Strategie.¹⁹

Auf der nationalen Ebene kann sich Geheimheit als eine Erweiterung von Handlungsoptionen darstellen. Indem geheime Maßnahmen einer öffentlichen Überprüfung entzogen werden, ergibt sich die Möglichkeit zu Aktivitäten, die dem Druck einer öffentlichen Prüfung und Kritik nicht standhalten würden.²⁰ Gleichzeitig entzieht die Geheimheit die Maßnahme auch einer Eskalationsdynamik, die sich aus nationalen wie internationalen politischen Prozessen ergeben kann.²¹ So können offene Auseinandersetzungen in eine Eskalationsspirale münden, in der es den Beteiligten zur Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit und ihres Ansehens darum

¹⁶ *Poznansky*, *International Studies Quarterly* 63 (2019), 72 (72).

¹⁷ *Guzman*, *How International Law Works*, 2008, S. 96; für US-amerikanische Interventionen in der Dominikanischen Republik in den 1960er Jahren wird die Geheimheit der Interventionen von Lindsey O'Rourke primär mit „reputational costs“ erklärt, *O'Rourke*, *Covert Regime Change*, 2018, S. 222.

¹⁸ Vgl. den Bericht der US-amerikanischen Untersuchungskommission, die von einem „major intelligence failure“ spricht: *The Commission on the Intelligence Capabilities of the United States Regarding Weapons of Mass Destruction, Report to the President of the United States*, 31. März 2005, S. 46.

¹⁹ Vgl. hierzu im Hinblick auf die Strategie Russlands: *Marxsen*, *German Yearbook of International Law* 58 (2016), 11 (40–45).

²⁰ *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (514): „Secrecy permits government officials to deliberate candidly while developing the best policy options. Similarly, it affords a zone of privacy in diplomatic relationships and foreign negotiations that enhances flexibility and compromise, and enables outcomes that might otherwise be precluded by public posturing.“

²¹ *Cormac/Aldrich*, *International Affairs* 94 (2018), 477 (488).

zu tun ist, auf (vermeintliche) Verletzungen der Gegenseite durch weitere militärische Maßnahmen zu reagieren. Werden militärische Konfrontationen durch Geheimheit diesem Druck entzogen, besteht ein gewisses deeskalierendes Potenzial, wobei Staaten gegenüber ihren Opponenten gleichzeitig Entschlossenheit in der Sache unterstreichen können.²²

Nicht zu unterschätzen im Hinblick auf staatliche Gestaltungsspielräume ist ferner, dass Geheimheit kein binäres Konzept ist, sondern dass sich für Staaten differenzierte Steuerungs- und Einwirkungseffekte erzeugen lassen, indem die Verbreitung bestimmter Informationen lanciert wird. Es besteht ein „grey space between secrecy and visibility“,²³ der durch, wenn auch nicht offiziell verbreitete, so aber doch staatlich zumindest tolerierte Positionierungen genutzt und gestaltet werden kann.²⁴ Das erlaubt Strategien der „Quasigeheimheit“ oder auch „Quasiöffentlichkeit“, durch die die Öffentlichkeit in abgestuftem und von staatlichen Akteuren für günstig erachtetem Maße ins Bild gesetzt werden kann.²⁵

Mit Blick hierauf wird teils betont, dass die Geheimheit in der Tat in vielen Fällen keine „plausible deniability“ zur Folge habe, sondern die Verantwortlichkeit eines Staates der Sache nach nicht ernsthaft in Zweifel stehe: „[...] many covert actions are an open secret: implausibly deniable“.²⁶ Der Hintergrund ist nicht zuletzt, dass verdeckte Interventionen auch eine kommunikative Absicht verfolgen (zum Beispiel die Demonstration von Entschlossenheit und das Ziehen „roter Linien“), die sie allerdings nur erzielen kann, wenn eine Urheberschaft letztlich klar ist.²⁷ In diesem Sinne hängt beispielsweise der abschreckende Gehalt von Israels Zerstörung des *Al-Kibar*-Reaktors davon ab, dass Israels Urheberschaft nicht ernstlich in Frage steht.²⁸

Diese Form der „Als-ob“-Geheimheit kann ferner dafür eingesetzt werden, die Grenzen des politischen Diskurses zu verschieben und damit gegebenenfalls auch den Boden für eine spätere rechtliche Entwicklung vorzubereiten. Andris Banka und Adam Quinn haben diese Dynamik der Verschiebung des politischen Diskurses im Hinblick auf die Praxis des *targeted killing* durch die USA nachvollzogen und gezeigt, wie ein ursprüngliches Verbot zunächst auf der Ebene der Praxis unterlaufen wurde und wie alsdann die selektive Verbreitung von Informationen eine *de-facto*-Öffentlichkeit hergestellt hat. Der Effekt dessen ist, wie Banka und Quinn

²² Austin Carson zeigt am Beispiel des Koreakriegs, wie „secrecy can successfully enable adversaries to manage external escalation pressures“, vgl. *Carson*, *International Organization* 70 (2016), 103 (127); vgl. auch *ders.*, *Secret Wars*, 2018, S. 10, 285.

²³ *Cormac/Aldrich*, *International Affairs* 94 (2018), 477 (479).

²⁴ *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (543).

²⁵ *Banka/Quinn*, *Security Studies* 27 (2018), 665 (702).

²⁶ *Cormac/Aldrich*, *International Affairs* 94 (2018), 477 (478).

²⁷ *Cormac/Aldrich*, *International Affairs* 94 (2018), 477 (487f.): „[C]overt action [...] involves multiple levels of exposure and multiple audiences. Allies, adversaries and domestic audiences may well be aware that a state is engaging in operations, creating a unique form of dramatic irony. Covert action might even be thought of as a kind of secret theatre that can be used to communicate or create uncertainty.“

²⁸ *Cormac/Aldrich*, *International Affairs* 94 (2018), 477 (489).

betonen, eine Normalisierung eines Verhaltens, das ursprünglich öffentliche Empörung und starke Zurückweisung ausgelöst hätte. Als sich die USA schließlich unter Präsident Barack Obama zur Praxis des *targeted killing* bekannten, waren *targeted killings* längst zu einer Normalität geronnen. Als-ob-Geheimheit kann folglich ein effektives Mittel sein, die Öffentlichkeit an rechts- und moralwidrige Handlungen zu gewöhnen.²⁹

Mit Blick auf die Zukunft verdeckter Operationen spricht vieles dafür, dass es schwieriger werden dürfte, Operationen tatsächlich geheim zu halten, sofern diese einen klassischen militärischen Einsatz einschließen und ein gewisses organisatorisches und operationelles Ausmaß annehmen. Die weite Verbreitung von Informationstechnologie erhöht die Wahrscheinlichkeit immens, dass entsprechende Maßnahmen entdeckt werden. Damit vermindert sich auch die Möglichkeit, eine Beteiligung und Verantwortlichkeit eines Staates für eine Intervention sinnvollerweise zu bestreiten.³⁰ Anderes dürfte freilich für Cyberoperationen gelten, in denen durch technische Mittel die Urheberschaft eines Angriffs verschleiert werden kann. Der bislang umfänglichste Cyberangriff *Stuxnet*, der sich im Jahr 2010 gegen eine iranische Atomanreicherungsanlage richtete, wird vielfach Israel und den USA zugeschrieben.³¹ Vollumfängliche Sicherheit aber besteht insoweit nicht, und es ist zu vermuten, dass auch zukünftig die Urheberschaft im Bereich von Cyberangriffen effektiv verschleiert werden kann.

3. Rechtliche Standards und Auswirkungen auf das Recht

Geheime Praxis muss sich an den allgemeinen völkerrechtlichen Standards messen lassen.³² Sie kann kein normatives Sondersystem für sich in Anspruch nehmen.³³ Dies entspricht auch der Praxis jedenfalls der demokratischen Staaten, die – soweit das einschätzbar ist – die Konformität mit allgemeinen rechtlichen Standards reflektieren, nicht zuletzt weil dies auch der Bewertungsmaßstab ist, den andere Staaten traditionell in Anschlag bringen werden.³⁴ In diese Richtung äußert sich zum Beispiel der vormalige Rechtsberater der britischen Regierung Daniel Bethlehem,

²⁹ *Banka/Quinn*, *Security Studies* 72 (2018), 665 (702).

³⁰ *Joseph/Poznansky*, *Journal of Peace Research* 55 (2018), 320 (321): „[T]he proliferation of smart phones and internet access make it increasingly difficult for states to achieve plausible deniability, particularly when they need to deploy personnel.“

³¹ *Roscini*, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, 2014, S. 6f.

³² *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (528).

³³ Vgl. aber Äußerungen Michael Reismans, die die Wünschbarkeit eines solchen Sonderrechts anzunehmen scheinen: *Reisman*, *Yale Journal of International Law* 20 (1995), 419 (425): „Clearly, however, one possible future involves considerably more elastic restraints on the use of covert action in situations where the world community substantially agrees about the propriety of the objectives. If such a construct is true, clearly prescribed and applied law governing covert action and the institutions for regulating it will be even more urgent than in the past“; vgl. auch *Reisman/Baker*, *Regulating Covert Action*, 1992, S. 77.

³⁴ *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (555f.).

der betont, dass „the law is an integral and fundamental part of the policy decision-making process within foreign offices“.³⁵

Im Ausgangspunkt festzuhalten ist ferner, dass die Geheimheit einer Intervention als solche nicht zugleich deren völkerrechtliche Illegalität präjudiziert.³⁶ Die völkerrechtliche Legalität ist nicht notwendig an Transparenz gekoppelt. So kann eine Intervention beispielsweise auf einer der Öffentlichkeit nicht bekannten Einladung durch die Regierung des betroffenen Staates basieren oder es können die Voraussetzungen einer (kollektiven) Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC vorliegen.³⁷ Gleichwohl haftet geheimen Interventionen berechtigterweise der Ruch der Illegalität an. „[A] suspicion of illegality hovers around allegations of covert conduct“,³⁸ denn für eine legale Maßnahme müsste eine Regierung – so der Regelfall – eine öffentliche Prüfung und Kritik nicht fürchten.

Eine für das Bestehen und die Entwicklung völkerrechtlicher Normen entscheidende Frage ist, welchen Einfluss geheime Staatspraxis auf den Inhalt von Normen nehmen kann. Kann sie als Praxis die Entstehung und Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht beeinflussen oder als nachfolgende Praxis in die Interpretation des in der UN-Charta verankerten Gewaltverbots eingehen?

An dieser Stelle müssen wir nach dem Grad an Geheimheit verdeckter Operationen differenzieren. Einerseits gibt es militärische Interventionen, die tatsächlich geheim sind; andererseits solche, die letztlich der Öffentlichkeit bekannt sind, wenn auch Zweifel über die konkrete Urheberchaft und das Ausmaß der Verantwortlichkeit bestehen mögen.

Leistet geheime, nicht aufgedeckte Praxis einen Beitrag zum Recht? Daniel Bethlehem behauptet, dass auch öffentlich nicht bekannte Praxis einen entscheidenden Einfluss auf das Recht ausübe:

„[...] one cannot make assumptions about what the law is, or reach considered conclusions on whether conduct is lawful or unlawful, until one has considered the invisible conduct, as well as the visible. The secret life of international law has a tremendous bearing on the visible life of international law.“³⁹

Diese Einschätzung läuft hinaus auf die Annahme eines, wie Reisman formuliert, „much more complex operational code than formal statements of general prohibition would lead one to anticipate“.⁴⁰ Diese operationelle Praxis soll alsdann auch relevant sein im Hinblick auf den Inhalt von Rechtsnormen.

Der zentrale Einwand gegen eine irgend gartete Berücksichtigung öffentlich nicht zugänglicher Praxis in der Bestimmung dessen, was Recht ist, ist, dass das

³⁵ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (26).

³⁶ *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (517).

³⁷ Vgl. aber auch z. B. Paul W. Kahn, der für rechtmäßige Selbstverteidigung Öffentlichkeit als Voraussetzung ansieht: *Kahn*, Yale Journal of International Law 12 (1987), 1 (29).

³⁸ *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (577).

³⁹ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (36).

⁴⁰ *Reisman*, Yale Journal of International Law 20 (1995), 419 (419).

Recht derart zu einem Monopolwissen würde. Die in geheime Praxis involvierten (regelmäßig staatlichen) Agenten könnten dann im besonderen Maße informierte und relevante Aussagen über das Recht treffen, während den Einschätzungen „gewöhnlicher“ Völkerrechtlicherinnen oder Vertretern der Praxis ohne solch privilegierten Zugang von vornherein weniger Gewicht zukäme. Gegenüber einer solchen, auf die Sicherung einer Interpretationshoheit über das Völkerrecht abzielenden Agenda ist darauf zu insistieren, dass das Recht die äußeren Verhältnisse der Rechtssubjekte zueinander betrifft. Ein Kernelement des Rechts ist damit die Publizität und deshalb kann nur öffentliche Praxis für die Bestimmung des Rechts relevant sein.

Diesen Grundsatz betont auch die ILC in ihren *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*:

„In order to contribute to the formation and identification of rules of customary international law, practice must be known to other States (whether or not it is publicly available). Indeed, it is difficult to see how confidential conduct by a State could serve such a purpose unless and until it is known to other States.“⁴¹

Über die Formulierung der ILC hinaus ist auch zu fordern, dass die fragliche Praxis jedenfalls möglicherweise durch öffentliche Quellen zugänglich ist. Es reicht insoweit nicht aus, dass die Praxis allein *anderen Staaten* bekannt ist, denn diese Kenntnis könnte auch aus geheimdienstlichen Quellen herrühren. Wollte man dies ausreichen lassen, so wäre abermals die Folge, dass Staaten mit einem effektiveren Geheimdienst potenziell die besseren Aussagen darüber treffen könnten, was der Inhalt von Rechtsnormen ist – eine mit Grundprinzipien des Rechts unvereinbare Folge.

Solange eine staatliche Praxis also geheim bleibt, das heißt durch öffentliche Quellen nicht zugänglich ist, hat sie keinerlei Einfluss auf das Recht: „[...] perpetually deep covert secrets leave virtually no trace on the law“.⁴² Das bedeutet für den handelnden Staat einerseits, dass er eine „legislative Rolle“ nicht wahrnimmt. Er verzichtet darauf, durch sein Verhalten eine die Norminterpretation und Normentwicklung beeinflussende Rolle auszuüben.⁴³ Im Hinblick auf die Auswirkungen für den Bestand der Rechtsordnung mag dies weniger negative Effekte zeitigen als ein offener Verstoß gegen das Recht. Indem im besonderen Maße rechtswidrige Akte dem offiziell zugänglichen Fundus möglicher normgestaltender und -entwickelnder Praxis entzogen werden, wird auch die rechtsunterminierende Kraft derartiger Interventionen begrenzt. Staaten können so den Präzedenzwert ihrer

⁴¹ ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 133 (commentary 5 to Conclusion 5); vgl. ferner *International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, International Law Association Reports of Conferences 69 (2000), 712 (726): „Acts do not count as practice if they are not public“; *Mendelson*, *Recueil des Cours* 272 (1998), 155 (204); *Ruys*, ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN Charter, 2010, S. 34.

⁴² *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (579).

⁴³ *Perina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507 (573): „For a covert actor or otherwise secretive state, secrecy represents a foregone opportunity to contribute to articulating and shaping the law.“

rechtswidrigen Praxis begrenzen. Sie laufen auch keine Gefahr, dass durch die Rechtfertigung einer Intervention mit den besonderen Umständen des Einzelfalls andere Staaten dazu geneigt sein könnten, in künftigen Situationen weitere derartige Sonderfälle zu proklamieren und damit die Allgemeinheit der Norm weiter zu untergraben.⁴⁴ Verdeckte militärische Interventionen bringen gleichwohl erhebliche Gefahren mit sich, denen wir uns sogleich noch zuwenden werden.

Sofern verdeckte Praxis nicht mehr eigentlich geheim ist, sondern ungeachtet eines fehlenden Bekenntnisses eines Staates zu dieser Praxis die Zurechenbarkeit als gesichert angesehen wird, kann auch eine (ursprünglich) verdeckte Praxis unter einer Perspektive der Rechtsquellen Relevanz entfalten.⁴⁵ In diesem Sinne ist beispielsweise auch diskutiert worden, ob die Zerstörung des *Al-Kibar*-Reaktors als Praxis der präventiven Selbstverteidigung relevant sei, obgleich eine Anrufung dieses Rechtfertigungsgrundes – wie gesehen – durch Israel nicht erfolgte und Israel sich zu dieser Intervention auch offiziell nicht bekannte.⁴⁶

Für Staaten birgt dies eine nicht unbeachtliche Möglichkeit der Rechtsgestaltung. Sie können sich in einer zunächst geheimen Praxis engagieren und hierdurch Kritik, Reputationsverlust und gegebenenfalls Sanktionen umgehen. Späterhin können sie sich aber auch rückwirkend zu einer Praxis bekennen und diese als Bestätigung einer erst im Nachgang öffentlich formulierten Rechtsansicht postulieren. Diese Rechtsansicht steht sodann nicht mehr abstrakt im Raum, sondern vermag sich in die Linie einer bereits bestehenden staatlichen Praxis einzureihen und insofern auf frühere (vermeintliche) Präzedenzfälle zu rekurrieren.

Es ist wichtig zu betonen, dass diese zweite Gruppe der Fälle die eigentlich relevante Dimension darstellen dürfte. Wirklich geheime Interventionen mag es zwar (in einem nicht sinnvoll abschätzbaren Ausmaß) geben, es ist jedoch zu vermuten, dass jedenfalls größere militärische Maßnahmen den Augen der Öffentlichkeit nicht lange entzogen bleiben.⁴⁷ Die Frage ist in diesen Fällen nicht ob, sondern wann eine Intervention öffentlich bekannt wird.⁴⁸ In diesem Sinne galten beispielsweise die Operationen der CIA zwar als verdeckt, letztlich aber waren sie als „overt‘ covert action“⁴⁹ ein offenes Geheimnis und schon früh Gegenstand politischer und wissenschaftlicher Aufarbeitung. Das wiederum bedeutet, dass auch die Möglichkeit, den Präzedenzwert einer illegalen Intervention durch Geheimheit zu schmälern, nicht von übergeordneter praktischer Relevanz sein dürfte. Indem ein Staat *keine* rechtliche Erklärung abgibt, entzieht er sich zwar dem Postulat einer

⁴⁴ *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (574).

⁴⁵ ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, 133 (commentary 5 to Conclusion 5).

⁴⁶ Vgl. mit Details und Nachweisen *supra* 57.

⁴⁷ Vgl. hierzu auch die empirische Untersuchung von *Joseph/Poznansky*, Journal of Peace Research 55 (2018), 320 (320).

⁴⁸ *Treverton*, Daedalus 116, Nr. 2 (1987), 95 (119).

⁴⁹ *Treverton*, Foreign Affairs 65 (1987), 995 (995).

bestimmten rechtlichen Interpretation oder gar neuen Norm (wie es beispielsweise für die Fälle der legislativen Illegalität prägend ist). Gleichwohl ist eine gegen das Gewaltverbot verstoßende Praxis von Relevanz, insofern sie bei entsprechender Verbreitung dazu beitragen kann, dass das Gewaltverbot ganz oder teilweise in Nichtanwendung (*desuetude*) fällt.⁵⁰

4. Verdeckte Praxis und Normenerosion

Verdeckte militärische Interventionen stellen sich im Ergebnis damit als höchst problematisch dar, da sie die für das Recht maßgebliche Öffentlichkeit umgehen und *prima-facie*-Verletzungen des Rechts nicht rechtfertigen. Bleiben Interventionen geheim, so besteht die Gefahr, dass sich unterhalb der allgemein anerkannten und postulierten Normen eine Ebene der Praxis herausbildet oder verfestigt, die im Wege der Geheimhaltung von diesem normativen Rahmen strikt getrennt gehalten wird. Geheime Interventionen mögen zwar die Rechtsinterpretation und -entwicklung nicht beeinträchtigen. Der Preis dafür aber ist die Existenz einer Sphäre, die jeder rechtlichen wie politischen Kontrolle entzogen ist und damit *de facto* normfrei funktioniert. Für geheime Interventionen können wir die Verletzung des Rechts nicht einmal ausmachen und so verbleibt das Recht in einer Lage vollkommener Machtlosigkeit.

Verdeckte Operationen bedeuten immer eine Verweigerung, staatliches Verhalten am Maßstab des Rechts zu rechtfertigen, und damit eine Schwächung des Rechts: „This uncertainty about the acting state’s legal position is itself corrosive to the law.“⁵¹ Eine staatliche Entscheidung nämlich, die ohne Referenz auf das Recht illegale Interventionen einleitet, wirft die grundsätzliche Frage auf, ob das Recht überhaupt als bindend angesehen wird.⁵²

Die verschiedenen Abstufungen der Geheimheit, der Umstand, dass Staaten nach und nach illegale Interventionen eingestehen können, kann zu einer sukzessiven Unterminierung des Rechts führen. Wie Banka und Quinn im Hinblick auf das Tötungsverbot im Rahmen von *targeted killings* betonen: „[...] even a norm of substantial weight may be killed sufficiently softly that the precise moment of its passing fails to register“.⁵³

II. Offener Verzicht auf eine Anrufung des Rechts

Die Nichtanrufung des Rechts zur Rechtfertigung einer Intervention charakterisiert naturgemäß verdeckte Operationen. Wir finden aber auch eine nicht unbe-

⁵⁰ Vgl. *supra* 100 und 124.

⁵¹ *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (576).

⁵² *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (577).

⁵³ *Banka/Quinn*, Security Studies 72 (2018), 665 (702).

achtliche und, wie zu zeigen sein wird, problematische Praxis im Hinblick auf militärische Interventionen, in der für staatlicherseits offen eingestandene Interventionen keine rechtliche Rechtfertigung gegeben wird. Allenfalls berufen sich Staaten in diesen Fällen auf politische Argumente, die darauf abzielen, die politische Legitimität einer Intervention darzutun.

1. Staatspraxis der offenen Nichtanrufung des Rechts

In der Praxis größerer militärischer Auseinandersetzungen ist das Phänomen der Nichtanrufung des Rechts rar.⁵⁴ Hier berufen sich Staaten in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle auf völkerrechtliche Normen (seien es tatsächlich bestehende und etablierte Normen oder seien es Fälle der legislativen Illegalität, in denen die in Bezug genommene Norm erst noch etabliert werden soll). Eine Untersuchung der Rechtfertigungen für eine Beteiligung an militärischen Konflikten der Jahre 1990 bis 2014 hat dies bestätigt. Die Untersuchung umfasste Konflikte mit internationaler Dimension, die auf der Grundlage der Klassifizierung des *Uppsala Conflict Data Program* mindestens 25 kampfbedingte Tote in einem Jahr aufwiesen.⁵⁵ Von 45 untersuchten Fällen war nur in 3 Fällen keine rechtliche Rechtfertigung gegeben worden. Dabei handelte es sich in 2 Fällen um Konflikte aus den frühen 1990er Jahren, für die die Quellenlage spärlich war und staatliche Rechtfertigungen nicht auffindbar.⁵⁶ Der dritte Fall betraf die US-Operation *Desert Strike* (1996) auf irakischem Territorium, mit der die USA auf Angriffe der irakischen Armee gegen die kurdische Bevölkerung Iraks reagierten. Hier intervenierten die USA, um Saddam Hussein zur Rechenschaft zu ziehen („pay a price“),⁵⁷ und argumentierten allein mit politischen Erwägungen. In einem Schreiben an den UN-Sicherheitsrat hieß es: „Our policy is [...] clear. When our interest in the security of our friends and allies is threatened, we will act with force if necessary. That is what we did this morning in Iraq.“⁵⁸

In jüngerer Vergangenheit finden wir weitere vergleichbare Vorfälle. Am 7. April 2017 reagierten die USA auf einen Chemiewaffeneinsatz auf syrischem Territorium (der international von vielen Staaten der syrischen Regierung zugerechnet wird) mit einem Luftschlag gegen die syrische Luftwaffenbasis Shayrat, von dem aus die

⁵⁴ Vgl. Franck, der argumentiert, dass völkerrechtliche Normen weithin angerufen würden: Franck, *American Journal of International Law* 100 (2006), 88 (95–98).

⁵⁵ Vgl. zur Methodik Marxsen, *Journal on the Use of Force and International Law* 5 (2018), 8 (11–15).

⁵⁶ Hierbei handelte es sich zum einen um den Einsatz militärischer Gewalt Syriens auf libanesischem Territorium im Jahr 1990 sowie zum anderen um Burkina Fasos Unterstützung für Charles Taylors National Patriotic Forces of Liberia (NPFL), Marxsen, *Journal on the Use of Force and International Law* 5 (2018), 8 (17).

⁵⁷ UN Doc S/1996/711, 3. September 1996 (USA).

⁵⁸ UN Doc S/1996/711, 3. September 1996 (USA); vgl. auch The President's Radio Address, 14. September 1996, *Public Papers of the Presidents of the United States, William J Clinton 1996*, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 1998), S. 1566 (1566f.).

entsprechenden Einsätze aus geflogen worden sein sollen.⁵⁹ Ein Jahr darauf, am 14. April 2018, reagierten die USA, diesmal in Kooperation mit Frankreich und dem Vereinigten Königreich, abermals auf einen Chemiewaffeneinsatz auf syrischem Territorium, indem sie mit Luftschlägen eine Forschungseinrichtung, eine (angebliche) Lagerstätte für Chemiewaffen sowie einen Kommandoposten zerstörten. Während das Vereinigte Königreich die Luftschläge als humanitäre Intervention rechtfertigte,⁶⁰ beriefen sich die USA und Frankreich nicht auf völkerrechtliche Normen. Die USA argumentierten damit, dass eine Abschreckung vor dem Einsatz von Chemiewaffen im US-amerikanischen Interesse liege,⁶¹ Frankreich betonte, dass es eine Normalisierung des Gebrauches von Chemiewaffen nicht tolerieren könne.⁶²

Ein der Nichtanrufung verwandtes Phänomen liegt in der halbherzigen und unklaren Bezugnahme auf rechtliche Kategorien, aus denen alsdann nicht klar hervorgeht, ob und inwieweit ein Staat das Recht tatsächlich in Anschlag bringt oder die rechtlichen Kategorien nicht vielmehr in einem untechnischen Sinne verwendet. Einige Interventionen der jüngeren Vergangenheit fallen in diese Kategorie. Die Türkei ist mehrfach militärisch in den Norden Iraks vorgedrungen, um gegen die Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) vorzugehen. Letztlich wurde ein Selbstverteidigungsrationale bemüht, dieses aber (teils) nicht klar ausgesprochen. Insbesondere wurde keine entsprechende Anzeige an den UN-Sicherheitsrat gesendet.⁶³ Eine rechtliche Positionierung fiel hier sehr unklar aus. Für Interventionen in den

⁵⁹ Vgl. Statement by President Trump on Syria, 6. April 2017, <https://ru.usembassy.gov/statement-president-trump-syria/> [abgerufen am 29. März 2021].

⁶⁰ Vgl. supra 74 (Fn. 257).

⁶¹ Statement by President Trump on Syria, 13. April 2018, <https://2017-2021.state.gov/united-states-allies-strike-syrian-regimes-chemical-weapons-capabilities/index.html> [abgerufen am 29. März 2021]: „The purpose of our actions tonight is to establish a strong deterrent against the production, spread, and use of chemical weapons. Establishing this deterrent is a vital national security interest of the United States“; vgl. auch UN-Sicherheitsrat, 8233. Sitzung, 14. April 2018, UN Doc. S/PV.8233, 5f. (USA).

⁶² Press statement by the President of the French Republic on the intervention of the French armed forces in response to the use of chemical weapons in Syria, 14. April 2018, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/04/14/press-statement-by-the-president-of-the-french-republic-on-the-intervention-of-the-french-armed-forces-in-response-to-the-use-of-chemical-weapons-in-syria-1.en> [abgerufen am 29. März 2021]: „We cannot tolerate the normalization of the employment of chemical weapons, which is an immediate danger to the Syrian people and to our collective security.“ Im Gegensatz zu den USA finden sich in den Positionierungen Frankreichs allerdings noch gewisse Bezüge zum Recht. So betonte Frankreich im Sicherheitsrat, dass die Militärschläge „fully in line with the objectives and values proclaimed from the outset by the Charter of the United Nations“ seien, vgl. auch UN-Sicherheitsrat, 8233. Sitzung, 14. April 2018, UN Doc. S/PV.8233, 9 (Frankreich).

⁶³ Zwar hat der IGH in seiner *Nicaragua*-Entscheidung klargestellt, dass die Anzeige der Selbstverteidigung nach Völkergewohnheitsrecht keine notwendige Voraussetzung der Vornahme legaler Selbstverteidigungshandlungen sei. Andererseits hielt der IGH fest, dass „the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence“ – IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 105 (para. 200).

1990er Jahren argumentierte die Türkei, dass seine Intervention keine Souveränitätsverletzung sei, bezog sich aber zugleich nicht ausdrücklich auf ein Recht zur Selbstverteidigung.⁶⁴ Für militärische Maßnahmen auf irakischem Territorium in den Jahren 2006–2008 bot die Türkei keine dezidierte Rechtfertigung, betonte aber die Begrenztheit der Interventionen und die Notwendigkeit und Pflicht zum Schutz der eigenen Bevölkerung.⁶⁵

Am 10. Februar 2018 führte Israel Militärschläge auf syrischem Territorium aus. Vorangegangen war, dass Israel eine von Syrien aus operierende iranische Aufklärungsdrohne an der Grenze zu Israel abgeschossen hatte. In Reaktion auf diesen Drohneneinsatz führte Israel die besagten Luftschläge aus, in deren Folge schließlich auch ein israelisches Militärflugzeug abgeschossen wurde. Israels Ministerpräsident Benjamin Netanyahu führte zur Rechtfertigung aus: „Israel wants peace but we will continue to defend ourselves with determination against any attack on us and against any attempt by Iran to entrench itself militarily in Syria or anywhere else“.⁶⁶ Die Bezugnahme auf einen „Angriff“ Irans scheint dafür zu sprechen, dass Israel auf ein Selbstverteidigungsrecht abstellt. Gleichzeitig ist die Ernsthaftigkeit dieser Bezugnahme wiederum durch das Fehlen einer Anzeige an den UN-Sicherheitsrat sowie das Fehlen einer klaren Referenz auf völkerrechtliche Normen in Frage gestellt.

Das Spezifische dieser Fälle ist, dass eine Anrufung von Rechtsnormen nicht mit hinreichender Sicherheit ausgemacht werden kann und dass auch aus dem Kontext das Recht nicht als das maßgebliche Referenzsystem hervorgeht. Während in den Fällen eines Rechtsbruchs im Notstand (§ 8) die außergewöhnlichen Umstände zur Begründung eines Rechtsbruchs herangezogen wurden, so bleibt eine rechtliche Perspektive hier außen vor oder entfaltet allenfalls eine sehr randständige Bedeutung.

Diese Strategie findet erstaunlich wenig Widerspruch in den Positionierungen anderer Staaten. Auf die Interventionen der Türkei gab es kaum internationale Reaktionen.⁶⁷ Generell gesprochen sind nicht nur Verurteilungen illegaler Interventionen rar, vielmehr finden sich verstärkt auch ausdrückliche Unterstützungs-erklärungen, die ihrerseits selbst nicht unter Referenz auf völkerrechtliche Nor-

⁶⁴ UN Doc. S/1995/605, 24. Juli 1995 (Türkei): „Turkey’s resorting to legitimate measures which are imperative to its own security cannot be regarded as a violation of Iraq’s sovereignty. No country could be expected to stand idle when its own territorial integrity is incessantly threatened by blatant cross-border attacks of a terrorist organization based and operating from a neighbouring country, if that country is unable to put an end to such attacks.“

⁶⁵ Vgl. UN Doc. A/HRC/7/G/15, 28. März 2008 (Türkei); UN Doc. A/HRC/9/G/8, 24. September 2008 (Türkei); vgl. die Analyse bei Ruys, *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008), 334 (334 ff.).

⁶⁶ *Abren*, Netanyahu, *Times of Israel*, 2. Oktober 2018, <https://www.timesofisrael.com/netanyahu-israel-will-not-allow-iranian-entrenchment-in-syria/> [abgerufen am 29. März 2021].

⁶⁷ Tom Ruys spricht von einem „lack of explicit legal justification and the generally muted reactions of third states“, *Ruys*, *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008), 334 (359).

men formuliert werden. Die gegenwärtigen Tendenzen zeigen, dass Staaten in einer relevanten Zahl von Fällen auf eine genaue rechtliche Positionierung verzichten und zudem verstärkt bereit sind, auch außerrechtliche Kriterien für die Bewertung einer Intervention als maßgeblich anzusehen. Die von den USA, dem Vereinigten Königreich und Frankreich geführten Militärschläge in Syrien 2018 wurden international von vielen Staaten in einer politischen Sprache unterstützt, die überhaupt keinen Bezug auf Rechtskategorien nahm. Polen unterstützte die Intervention als „vollkommen nachvollziehbar“.⁶⁸ Für die Niederlande war die Intervention „unverständlich“.⁶⁹ Die Bundesregierung unterstützte die Militärschläge und sah sie als „erforderlich und angemessen, um die Wirksamkeit der internationalen Ächtung des Chemiewaffeneinsatzes zu wahren und das syrische Regime vor weiteren Verstößen zu warnen“.⁷⁰

2. Einfluss auf völkerrechtliche Normen

Der Mangel der Anrufung des Rechts steht einer rechtlichen Bewertung eines Verhaltens am Maßstab des Völkerrechts selbstredend nicht entgegen. Gleichzeitig können die fraglichen staatlichen Akte aber auch für die Entwicklung völker(ge-wohnheits)rechtlicher Normen relevant werden. Zwar bekunden die Staaten keine entsprechende *opinio iuris*. Dies schließt aber nicht aus, dass die öffentlich zugängliche Praxis im Rahmen der Ermittlung des gegenwärtigen Rechtsstandes herangezogen wird.

Eine entsprechende Bewertung der Effekte verlangt also eine ausführliche Auswertung der Staatspraxis und eine Reflexion auf die potenziellen Effekte der in Rede stehenden Praxis. Diese soll hier nur angedeutet werden. Für die eingangs benannten, in Reaktion auf Chemiewaffeneinsätze ausgeführten Interventionen in Syrien kommen beispielsweise drei mögliche Effekte in Betracht.

Zum einen mag man die Praxis als generelle Unterstützung der Legalität humanitärer Interventionen interpretieren. Wenngleich nur das Vereinigte Königreich eine entsprechende Rechtsauffassung im Hinblick auf die Legalität humanitärer Interventionen formulierte, so liegt doch auch in den Positionierungen Frankreichs und der USA eine gewisse Anrufung humanitärer Grundsätze, denen zufolge wegen der humanitären Verheerungen der Einsatz von Chemiewaffen unter allen Umständen verhindert werden sollte.

⁶⁸ UN-Sicherheitsrat, 8233. Sitzung, 14. April 2018, UN Doc. S/PV.8233, 11 (Polen): „We fully understand the reasons behind the action taken last night by the United States, the United Kingdom and France against Syrian chemical-weapons capabilities. We support that action, as it is intended to deter chemical-weapons attacks against the people of Syria.“

⁶⁹ UN-Sicherheitsrat, 8233. Sitzung, 14. April 2018, UN Doc. S/PV.8233, 13 (Niederlande).

⁷⁰ Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (BPA), Bundeskanzlerin Merkel zu den Militärschlägen der USA, Großbritanniens und Frankreichs in Syrien, Pressemitteilung 112, 14. April 2018.

Eine zweite mögliche Wirkung dieser Praxis im Hinblick auf die Entwicklung konkreter Normen liegt in der Entwicklung eines möglichen neuen Rechtfertigungsgrundes für den Einsatz von Gewalt, nämlich der Entwicklung der humanitären Repressalie. Während die britische Position klar mit dem Prinzip der humanitären Intervention und dem Ziel der Verhinderung schwer wiegender Menschenrechtsverletzungen argumentiert, geht es der französischen und US-amerikanischen Position eher um eine Strafaktion, um hierdurch künftige Völkerrechtsverletzungen (in Form von Menschenrechtsverletzungen und Verstößen gegen die Chemiewaffenkonvention) zu verhindern. Damit dominiert eine andere Logik, nämlich nicht die einer Verhinderung gerade stattfindender Rechtsverletzungen, sondern die Erzwingung eines künftigen rechtskonformen Verhaltens. Historisch wurde solch ein Zwang auch als Repressalie bezeichnet und vor dem Bestehen eines allgemeinen Gewaltverbots konnte eine solche Repressalie auch mittels militärischer Gewalt erfolgen. In der Terminologie des heutigen Völkerrechts spricht man indessen von „Gegenmaßnahmen“ und im Rahmen solcher Gegenmaßnahmen ist der Einsatz von Gewalt nicht zulässig.⁷¹ Gleichwohl finden sich in völkerrechtlichen Debatten schon seit Jahrzehnten Vorschläge, die sich für die begrenzte Zulässigkeit bewaffneter Repressalien aussprechen.⁷² Im Kern wird hierbei argumentiert, dass ein generelles Verbot bewaffneter Repressalien die Effektivität des kollektiven Sicherheitssystems voraussetze, die aber nicht gegeben sei.⁷³ In diesem Sinne begünstigen und unterstützen die USA und Frankreich – auch ohne eine entsprechende Rechtsposition klar als *de-lege-ferenda*-Vorschlag zu unterbreiten – die Entstehung einer solchen Norm der bewaffneten Repressalie für humanitäre Zwecke.⁷⁴

Eine dritte mögliche Konsequenz für den gegenwärtigen Gehalt des völkerrechtlichen Gewaltverbots kann darin gesehen werden, dass die Nichtrechtfertigung der beschriebenen militärischen Interventionen eine Praxis unterstützt, der zufolge eine Erheblichkeitsschwelle für militärische Gewalt besteht, unterhalb derer das völkerrechtliche Gewaltverbot nicht greift.⁷⁵ In diesem Sinne ist ein „recent trend in state practice indicating a broader lack of concern over the legality of relatively minor uses of force“ zu beobachten.⁷⁶

Wichtig ist hier die Feststellung, dass die Rechtsbrüche selbst und als solche keinen signifikanten Beitrag zur Begründung eines neuen Rechts leisten. Dafür ist ihre Aussagekraft durch das Fehlen einer artikulierten Rechtsauffassung zu gering. Allerdings ist es möglich, dass andere Staaten in der Zukunft die Praxis zum An-

⁷¹ Vgl. Art. 50 Abs. 1 lit. a) ARSIWA.

⁷² Falk, *American Journal of International Law* 63 (1969), 415 (430f., 441 f.); Bowett, *American Journal of International Law* 66 (1972), 1 (2).

⁷³ Bowett, *American Journal of International Law* 66 (1972), 1 (2).

⁷⁴ Vgl. zum Überblick über die „humanitäre Repressalie“ Kulick, *Archiv des Völkerrechts* 56 (2018), 303 (313–319).

⁷⁵ Vgl. die eingehende Analyse bei Ruys, *American Journal of International Law* 108 (2014), 159 (159–210).

⁷⁶ Garwood-Gowers, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263 (290).

knüpfungspunkt und als Evidenz für das Vorhandensein oder die Entstehung entsprechender Rechtssätze nehmen.

3. Schwächung des Rechts als normatives System

Die eigentliche Bedrohung eines staatlichen Verhaltens, das ohne Anrufung des Rechts ausgeführt wird, liegt also nicht primär auf der Ebene der Schwächung konkreter Normen. Völkerrechtliche Normen weisen eine große Verharrungskraft auf und werden durch einzelne rechtswidrige Akte nicht in Frage gestellt. Auch das Schweigen oder eine politische Zustimmung einzelner Staaten ist für eine rechtliche Veränderung nicht hinreichend, denn sowohl für die Erzeugung neuen Gewohnheitsrechts und erst recht für eine Reinterpretation der UN-Charta ist eine deutlich dichtere Praxis von Nöten.⁷⁷ Auch ist für den Bestand des Rechts nicht erforderlich, dass die (illegal) handelnden Staaten auf das Recht Bezug nehmen, denn sofern andere Staaten in ihren Reaktionen auf illegale Praxis diesen Bezug herstellen (zum Beispiel durch Protest gegen eine bestimmte Intervention), kommt die normative Dimension des Völkerrechts zur Geltung.

Ein Problem für das Völkerrecht ergibt sich allerdings dann, wenn es zu einer verbreiteten Praxis der Nichtanrufung des Rechts in Verbindung mit einer Nichtreaktion durch andere Staaten kommt. Auf diese Weise kann es nämlich, bildlich gesprochen, zu einem Ausschleichen des Völkerrechts als *des* relevanten normativen Koordinatensystems für die Bewertung militärischer Interventionen kommen, zu einer Entjuridifizierung des Rechtfertigungsdiskurses.⁷⁸

Das muss im Einzelfall nicht einmal zu einer insgesamt negativen Bilanz tatsächlicher Rechtsverstöße führen. Es mögen außerjuristische Gründe für ein rechtskonformes Verhalten sprechen. Für das Völkerrecht als normatives System aber ist es eine fundamentale Gefahr, wenn dieses für politische Entscheidungsträger an Relevanz verliert. Insbesondere wenn einflussreiche Staaten sich dem Rechtsdiskurs entziehen, kann dies erhebliche Folgen haben. Für die USA besteht eine solche Tendenz. Mary Ellen O’Connell sieht einen „steady decline in US respect for international law restrictions“,⁷⁹ Monica Hakimi betont, dass sich die USA anscheinend zunehmend aus dem Projekt des Völkerrechts ausklinkten und die normative Relevanz für politische Entscheidungen in Abrede stellten.⁸⁰

Anstelle von Legalität und Illegalität gewinnt das Kriterium der Legitimität an Bedeutung, was dazu führt, dass die Debatte droht, „in einem offenen Normativi-

⁷⁷ Vgl. hierfür ausführlich supra § 4.

⁷⁸ *Kulick*, Archiv des Völkerrechts 56 (2018), 303 (320).

⁷⁹ *O’Connell*, Unlawful Reprisals to the Rescue against Chemical Attacks?, EJIL:Talk!, 4. Dezember 2018.

⁸⁰ *Hakimi*, International Law in ‚Turbulent Times‘, Part II, EJIL:Talk!, 6. März 2018: „The problem is that the United States increasingly seems checked out of international law and to be denying its normative relevance to U. S. governance decisions.“

tätsdiskurs aus[zu]diffundieren“,⁸¹ in dem dann naturgemäß ein deutlich breiteres Spektrum an Argumenten zulässig ist, als dies unter der engeren Perspektive eines dezidiert juristischen Diskurses der Fall wäre.⁸²

III. Zynische Anrufung des Rechts

Eine weitere Gruppe von Fällen, in denen letztlich eine Anrufung des Rechts problematisch bleibt, sind die Fälle einer zynischen Anrufung des Rechts. Diese sind bereits in § 7 eingehend analysiert worden und sollen daher hier nicht noch einmal ausführlich betrachtet werden.⁸³ Kern einer zynischen Anrufung des Rechts ist, dass das Recht zwar dem Buchstaben nach angeführt wird, dass aber zugleich durch die Art und Weise der Bezugnahme deutlich wird, dass selbst der anrufende Staat die jeweilige Rechtsbehauptung nicht ernstlich vertritt. Wie wir in § 7 analysiert haben, handelt es sich im Falle zynischer Bezugnahmen auf das Recht letztlich um eine bloß politische Rechtfertigung, die in den Mantel gänzlich unhaltbarer Rechtsbehauptungen gekleidet ist.

IV. Gefahr der allgemeinen Entrechtlichung

Das Phänomen verdeckter militärischer Operationen, die Fälle der offenen, allein politisch (das heißt nicht rechtlich) gerechtfertigten Interventionen ebenso wie zynische Anrufungen des Rechts unterstreichen eine grundlegende Gefahr für das Völkerrecht, nämlich dass dieses vom normativ maßgeblichen System für die Bewertung von Interventionen zu einem System unter vielen degeneriert und damit letztlich einen Bedeutungsverlust erfährt.

Verdeckte militärische Operationen (I.) beinhalten bei allem noch ein implizites Bekenntnis zum Recht. Mögen zwar in Teilen primär Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkte Hintergrund für die Entschließung zu geheimen staatlichen Operationen sein, so ist doch aber ein impliziter Gehalt, dass ein handelnder Staat die Rechtsnorm nicht offen angreift, sondern das Recht als die äußere Fassade und den geltenden normativen Rahmen internationaler Kooperation aufrechterhält. Die Gefahr geheimer Operationen liegt darin, dass sich eine Parallelwelt bildet. Neben das geschriebene Recht kann in diesem Sinne eine internationale Praxis treten, in der der Bereich geheimer militärischer Praxis allgemein bekannt ist, zu dem aber die regulatorische Kraft des Rechts letztlich nicht hinreicht. Effektiv bedeuten die

⁸¹ *Aust/Payandeh*, *JuristenZeitung* 73 (2018), 633 (638).

⁸² *Glennon*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25. Juni 2003: „Ein bedauerliches Ergebnis der jüngsten Welle moralisierender Rhetorik ist der Umstand, daß das Recht immer mehr durch Rückgriff auf andere, alternative Begründungssysteme – Legitimität, Gerechtigkeit, Naturrecht und ähnliches – abgelöst wird.“

⁸³ Vgl. hierzu *supra* 212–215.

Existenz und die Ausweitung des Bereichs geheimer militärischer Operationen damit ein Gegenmodell gegen die im Grundsatz auf Publizität angewiesene völkerrechtliche Abstimmung.

Der offene Verzicht auf eine Anrufung des Rechts im Hinblick auf der Öffentlichkeit bekannte militärische Interventionen (II.) hat ein noch deutlich zersetzenderes Potenzial. Zwar mag man im Mangel der Bezugnahme den Versuch sehen, eine zum Beispiel eindeutig rechtswidrige Praxis nicht zu legalisieren. Die Staaten scheinen in diesem Sinne zum Beispiel davor zurückzuschrecken eine Rechtsauffassung für ein allgemeines Prinzip der humanitären Repressalie zu formulieren und verzichten dabei lieber darauf, die Maßnahme selbst in den Kontext des Rechts zu stellen. Der gänzliche Mangel an Bezugnahme auf das Recht öffnet aber die Tür dafür, dass sich der Streit darum, welche Interventionen zulässig sind und welche nicht, von einer Rechtsfrage zu einer allein politischen Frage transformiert.

Die zynische Anrufung des Rechts (III.) war in der Vergangenheit eine Strategie – oft seitens der USA –, um Rechtfertigungen für militärische Interventionen auf einer Einzelfallebene zu belassen und damit Grundsatzfragen über den abstrakt-generellen Inhalt von Rechtsnormen zu vermeiden. Man mag darüber streiten, ob eine zynische Verwendung des Rechts oder eine Nichtanrufung des Rechts im Ergebnis für das Völkerrecht selbst schädlicher ist. Für die zynische Anrufung des Rechts trifft der oben in § 7 zitierte Satz La Rochefoucaulds zu, dem zufolge „[l]’hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu“.⁸⁴ Der Staat erkennt also die Autorität des in den Rechtsnormen artikulierten Sollens auf der Oberfläche durchaus an. Dies unterlässt der Staat, der allein politische oder keinerlei Rechtfertigungen für seine militärische Intervention bietet. Durch die Bezugnahme auf das Recht lädt der die zynische Rechtfertigung bietende Staat andere Akteure zudem immerhin ein, ihre Kritik auch in Rechtsform zu artikulieren. Insofern wird die Sache des Rechts jedenfalls mittelbar befördert, wenn es auch seitens des handelnden Staates nicht ernstlich als normativer Rahmen angerufen wird.

Hinsichtlich der Effekte der Nichtanrufung des Rechts kommt den Reaktionen anderer Staaten eine besondere Bedeutung zu.⁸⁵ Unterlässt es allein der handelnde Staat, einen Bezug zum Recht herzustellen, so eröffnet dies kein grundsätzliches Problem, wenn andere Staaten die fragliche Praxis in den Kontext des Rechts einordnen und einer Bewertung unterziehen. Ein Problem entsteht, wo Staaten dies unterlassen, wo sie geheime Interventionen nicht kommentieren und allein politische Rechtfertigungen nicht im bestehenden völkerrechtlichen Rahmen verorten, sondern politische Legitimitätserwägungen als hinreichende Bewertungsmaßstäbe ansehen.⁸⁶

⁸⁴ *La Rochefoucauld*, *Réflexions-Sentences et Maximes Morales*, 1922, S. 39 (Nr. 218).

⁸⁵ *Aust/Payandeh*, *JuristenZeitung* 73 (2018), 633 (635): „Für die Aufrechterhaltung der Normativität des Gewaltverbots kommt es weniger auf die Anzahl der Fälle an, in denen gegen Art. 2 Nr. 4 UN-Charta verstoßen wird, als vielmehr darauf, wie die internationale Gemeinschaft hierauf reagiert.“

⁸⁶ *Franck*, *American Journal of International Law* 100 (2006), (96): „[I]f the community of

In der jüngeren Vergangenheit finden wir eine gewisse in diese Richtung weisende Praxis.⁸⁷ Schwer wiegt dabei insbesondere, dass eine Vielzahl von Staaten in ihren Reaktionen auf rechtswidrige Militäreinsätze keinen Bezug auf das Recht nimmt.⁸⁸ Der seinerzeitige Generaldirektor der Internationalen Atomenergiebehörde (IAEO) Mohammed el-Baradei äußerte im Hinblick auf die internationalen Reaktionen hinsichtlich Israels Zerstörung des *Al-Kibar*-Reaktors 2007: „I am horrified by how little protest the military action in Syria has triggered.“⁸⁹ Entsprechende Tendenzen sehen wir in den oben angeführten Reaktionen auf die Militärschläge 2017 und 2018 gegen Syrien.

Diese Tendenzen zeigen, welches die eigentliche existenzielle Gefahr für das Völkerrecht ist. Diese liegt nicht in systemoppositionellen Auseinandersetzungen über fundamentale völkerrechtliche Prinzipien. Derartige Auseinandersetzungen mögen Konflikte nach sich ziehen, sie bekunden aber jedenfalls die Vitalität der völkerrechtlichen Ordnung. Der radikalste Gegner des Völkerrechts ist das Ausschleichen seiner Prinzipien aus den Rechtfertigungsdebatten der Staaten. Der ultimative Niedergang des Rechts wäre es, wenn überhaupt keine Streitigkeiten über das Völkerrecht, seine Normen, Prinzipien und seine Ausrichtung mehr stattfänden.⁹⁰

states fails to register its displeasure with the law's violation in some significant fashion, it would be arguable that the norm is being allowed to lapse into meaninglessness.“

⁸⁷ *Gray*, *Japanese Yearbook of International Law* 52 (2009), 101 (114): „This apparent disregard for international law suggests a shift in state practice. As Franck has demonstrated, states have generally, even after the end of the Cold War, offered legal justifications for their use of force. But in these cases, all of which have been linked to a ‚global war on terror‘, fundamental issues are left without public discussion by states.“

⁸⁸ *Garwood-Gowers*, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263 (288): „[R]ecent examples of reluctance to protest against unlawful uses of force appear to reflect a growing disregard for the jus ad bellum.“

⁸⁹ Spiegel, Interview mit IAEA-Generaldirektor Mohammed el-Baradei – If We Fail, Humanity's Survival Will Be on the Line, Spiegel Online, 11. Juni 2008, <http://www.spiegel.de/international/world/interview-with-iaea-boss-mohamed-elbaradei-if-we-fail-humanity-s-survival-will-be-on-the-line-a-559085.html> [abgerufen am 29. März 2021].

⁹⁰ *Hakimi*, *International Law in ‚Turbulent Times‘*, Part II, *EJIL:Talk!*, 6. März 2018: „Indeed, in the face of heightened normative divisions, the thing that would really evince the decay of international law is an absence of international legal conflict. It would suggest that global actors are choosing to sideline or disengage from the enterprise“; vgl. auch *Aust/Payandeh*, *Juristen-Zeitung* 73 (2018), 633 (635).

TEIL 4: FOLGERUNGEN

§ 13. Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch – Folgerungen

Wir haben im bisherigen Gang der Untersuchung zunächst drei Problemkreise diskutiert. Zunächst haben wir das bestehende völkerrechtliche Regime des Gewaltverbots analysiert. Dazu haben wir die Grundzüge des *ius contra bellum* untersucht (§ 3) und sodann eine Reihe streitiger Konstellationen in den Blick genommen, die dieses Rechtsgebiet seit Bestehen der UN-Charta markiert haben (§ 4). § 5 widmete sich den Rechtsquellen des Gewaltverbots. Im nächsten Schritt haben wir dann in den Blick genommen, wie wir auf der Grundlage dieses positiven Rechts Aussagen über die Legalität und Illegalität militärischer Interventionen treffen können. Dazu haben wir zunächst auf der Grundlage bestehender Analysen die Konturen eines Begriffs der Illegalität entwickelt (§ 5) und politikwissenschaftliche Debatten zum Phänomen von Rechtsabweichung und normativen Konflikten analysiert (§ 6).

Im Mittelpunkt stand dann die Entwicklung einer Typologie der Illegalität, auf deren Grundlage eine differenzierte Sicht auf die Funktionen, Effekte und Gefahren je spezifischer Formen illegalen Verhaltens ermöglicht werden soll (§§ 7–12). Die entwickelten Formen der Illegalität weisen je spezifische Ebenen auf, auf denen um die Anwendung und teilweise auch Entwicklung völkerrechtlicher Normen gestritten wird. Die üblichste Form des Rechtsbruchs resultiert aus einem Anwendungsstreit (§ 7). Abstrakte Rechtsnormen determinieren nicht ein bestimmtes Ergebnis, sondern geben einen Rahmen zulässiger Lesarten vor, die zunächst (ungeachtet möglicher Qualifikationen als plausiblere oder unplausiblere Interpretationen) als *mögliche* Rechtsinterpretationen nebeneinanderstehen. Wird ein entsprechender Anwendungsstreit schließlich entweder durch ein Gericht oder durch die „Jury der Staaten“ (vermittels staatlicher Reaktionen) entschieden, so wird ex post festgestellt, dass ein Staat das Recht gebrochen hat. Solche Anwendungsstreitigkeiten stellen das Recht nicht in Frage, sondern sind Teil des Normalvollzugs des Rechts. Anwendungsstreitigkeiten haben vielmehr sogar rechtsförderliche Wirkungen. Werden Streitigkeiten entschieden, kommt es zu einer Konkretisierung der streitgegenständlichen Rechtsnormen und damit für die Zukunft zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit. Jedenfalls aber bewirkt die Anrufung der Rechtsnorm (in den in § 7 analysierten Grenzen) eine Bestätigung der angerufenen Rechtsnorm und somit eine Absicherung und Verfestigung des Gewaltverbots in der Praxis der Staaten.

In § 8 wurden dann illegale Interventionen in Notstandssituationen in den Blick genommen. In diesen Situationen gehen die handelnden Staaten davon aus, dass ihre Intervention gegen das geltende Recht verstößt, sehen diesen Verstoß aber wegen der Umstände des Einzelfalls als gerechtfertigt oder jedenfalls entschuldbar an. Gleichzeitig halten die handelnden Staaten am bestehenden Rechtsrahmen fest und wenden sich dagegen, dass ihre Intervention als Ausdruck einer normändernden Praxis gewertet werden kann. Die vorliegende Analyse hat gezeigt, dass nach geltendem Völkerrecht in diesen Notstandssituationen weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung der illegalen Intervention in Betracht kommt und dass eine Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls allein auf der Rechtsfolgenebene, also über die Art und das Ausmaß internationaler Reaktionen erfolgen kann.

In den Grauzonen des Rechts wird ebenfalls über die Anwendung des Rechts gestritten (§ 9). Hier aber können sich die Beteiligten auf Grund der Umstrittenheit der Rechtslage nicht mehr in diesem Sinne gutgläubig auf eine Lesart des Rechts berufen, da vorangegangene internationale Auseinandersetzungen über den Inhalt und die richtige Interpretation völkerrechtlicher Normen die rechtliche Auseinandersetzung inhaltlich prägen und präformieren. Die Auseinandersetzung um die Anwendung des Rechts erhält damit eine rechtsgestaltende, legislative Dimension, in der es auch auf abstrakt-genereller Ebene um die Reichweite der angerufenen Normen geht. Fällt eine streitige Rechtsfrage in einen rechtlichen Graubereich, so besteht ein *non liquet*, das heißt, die Vorgaben des Rechts sind bereits auf abstrakt-genereller Ebene unbestimmt.

Die in § 10 untersuchte Kategorie der legislativen Illegalität betrifft Fälle, in denen Staaten eine Intervention in den Dienst der Transformation des Rechts stellen. Der Staat postuliert, dass eine nach geltendem Recht illegale Handlung rechtmäßig sein sollte, und bezieht damit eine Position, die, wenn sie in der Staatspraxis Unterstützung findet, das Recht transformieren kann.

Teils wird aber nicht allein, wie in Fällen legislativer Illegalität, um den Inhalt einzelner Rechtsnormen gestritten, sondern Staaten treten durch illegale Akte in eine Systemopposition (§ 11). Sie fordern Prinzipien heraus, die für das bestehende Völkerrecht grundlegend sind, und treten damit für eine in ihren Grundwerten oder ihrer Grundausrichtung signifikant abweichende völkerrechtliche Ordnung ein.

Die in § 12 untersuchten Fälle der Interventionen ohne eine Anrufung des Rechts liegen in gewisser Hinsicht quer zu den vorherigen Kategorien. Hier nämlich lässt sich die inhaltliche Stoßrichtung einer Intervention im besonderen Maße schlecht abschätzen, da es an der Erklärung einer *opinio iuris* fehlt, die die Intervention einordnen und kontextualisieren würde und damit die Bahnen der Reaktionen anderer Staaten vorzeichnen würde. Insoweit sind Interventionen ohne eine Anrufung des Rechts völkerrechtlich im besonderen Maße interpretationsoffen und -bedürftig.

Im vorliegenden Kapitel wollen wir nunmehr zentrale, in der Untersuchung mehrfach thematische transversale Fragen aufgreifen, zusammenführen und damit

zu einer abschließenden völkerrechtlichen Bewertung kommen. Im ersten Schritt wollen wir in einer übergreifenden Perspektive die normativen Ebenen identifizieren, auf denen Konflikte um das Gewaltverbot ausgetragen werden (I.). Sodann wenden wir uns einem Problemkreis zu, der in den bisherigen Betrachtungen immer wieder thematisiert worden ist, nämlich dem Spannungsfeld von Bestimmtheit und Unbestimmtheit des Rechts und dem teils breiten Manövrierraum, den die teils nur undeutlichen Konturen des Gewaltverbots vorgeben. Wir greifen daher unter II. den in der vorliegenden Arbeit verschiedentlich bereits verhandelten Konflikt zwischen Objektivismus und Relativismus auf, also die Frage, ob und inwieweit wir eigentlich von einer objektiven Kontur des Gewaltverbots sprechen können, die eine allgemeinverbindliche Bewertung eines Verhaltens als legal oder illegal erlaubt.

Als Hintergrund für verschiedene Illegalitätsformen haben wir gesehen, wie sich die völkerrechtliche Debatte einem Diskurs über die Legitimität an sich illegaler Interventionen öffnet. Das Verhältnis von Recht und Legitimität soll daher unter III. zusammenführend in den Blick genommen werden. Schließlich werfen wir unter IV. die Frage nach der Zukunft des Gewaltverbots auf.

I. Die Ebenen des Konflikts um das Gewaltverbot

Das Gewaltverbot hat einen prekären Status, aber das ist keine Neuigkeit. Unsere Untersuchung hat gezeigt, dass in der Tat die von Franck aufgeworfene und seitdem kontinuierlich wieder verfochtene These über den Untergang des Gewaltverbots¹ – wie Henkin einwandte – „greatly exaggerated“ ist.² Die These vom Untergang des Gewaltverbots resultiert nicht zuletzt auch aus einer gewissen Lenkung der öffentlichen und akademischen Aufmerksamkeit auf die Vielzahl der Akte der Negation des Rechts und auf einer Überbewertung von deren Effekten. Man muss zwar keineswegs mit Henkins bekannter These übereinstimmen, der zufolge fast alle Nationen fast alle völkerrechtlichen Normen fast die gesamte Zeit befolgten.³ Es ist aber, wie Henkin auch betont, nicht von der Hand zu weisen, dass in der Wahrnehmung internationaler Beziehungen allgemein und des Rechts im Besonderen die Verletzungen einer Norm deutlich mehr hervortreten und spektakulärer erscheinen als der Normalvollzug des Rechts, in dem eine Norm schlicht befolgt und dem staatlichen Handeln vorausgesetzt wird. „Violations of law attract more attention and the occasional important violation is dramatic; the daily, sober loyalty of nations to the law and their obligations is hardly noted.“⁴ Der vormalige

¹ Vgl. supra § 1, 4f.

² Henkin, *American Journal of International Law* 65 (1971), 544 (544).

³ Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 47: „It is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.“

⁴ Henkin, *How Nations Behave*, 2. Aufl., 1979, S. 47; vgl. auch Jesch, *Archiv des öffentlichen*

britische Rechtsberater Daniel Bethlehem spricht insoweit von einem „secret life of international law“⁵ und betont, dass das Recht ein „integral and fundamental part of the policy decision-making process within foreign offices“ sei.⁶ Kurzum, die staatlichen Entscheidungsprozesse, in denen militärische Interventionen möglicherweise wegen rechtlicher Erwägungen unterblieben oder jedenfalls in anderer als ursprünglich geplanter Weise ausgeführt wurden, sind einer öffentlichen und wissenschaftlichen Aufarbeitung in aller Regel entzogen, und doch manifestieren sich gerade hier auch die Wirkung und die Relevanz des Rechts.

Aber – und dieses Problem aufzuhellen hat die vorliegende Untersuchung angestrebt – der Fokus auf die Verstöße gegen das Gewaltverbot führt in der völkerrechtlichen Debatte oft vorschnell zu einer Annahme des Niedergangs des Gewaltverbots. Insoweit ist ein Mangel an Differenziertheit hinsichtlich der Ebenen und der Bedeutung illegaler Handlungen weit verbreitet. Auf der Grundlage der vorliegend entwickelten Typisierung von Illegalität lässt sich insoweit ein differenziertes Bild des Zustands des Gewaltverbots zeichnen und die Ebenen des Konflikts genauer auseinanderhalten. Wir haben gesehen, dass das Gewaltverbot auf verschiedenen Ebenen in Frage gestellt werden kann und dass eine sehr genaue Betrachtung dieser Konfliktebenen erforderlich ist, um die Effekte illegalen Verhaltens bewerten zu können. Diese negieren das Gewaltverbot nicht generell, sondern stehen vielmehr oftmals auch im Dienste seiner Aufrechterhaltung und Aktualisierung.

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Auseinandersetzung um den Inhalt des Gewaltverbots eine zentrale Rolle in der Praxis und im Recht des Gewaltverbots spielt. Die Normen des Gewaltverbots sind nicht ein für allemal etabliert worden, sondern die Nuancen des Gewaltverbots ebenso wie grundsätzliche Fragen seiner Ausrichtung und seiner Entwicklung sind permanenter Gegenstand von Aushandlung und Streit. Wenn wir unsere Betrachtungen zu den Illegalitätsformen aus übergreifender Perspektive zusammenfassen, so lassen sich drei grundsätzliche Ebenen des Streits identifizieren: die Anwendung des Rechts (1.), die Auseinandersetzung um den abstrakt-generellen Inhalt des Gewaltverbots (2.) und Streitigkeiten betreffend die grundsätzliche Geltung des Gewaltverbots (3.). Staaten haben erheblichen Einfluss auf die Bestimmung der Konfliktebene und damit auch auf die Entwicklung des völkerrechtlichen Gewaltverbots (4.).

Rechts 82 (1957), 163 (176f.): „Der Richter erfährt in seiner täglichen Praxis freilich wenig davon, wie das durch das Recht gelenkte Gemeinschaftsleben im allgemeinen glatt abläuft; ihn beschäftigen nur die Reibungen in diesem Verlauf; sie betreffen aber nur einen verschwindend kleinen Prozentsatz der durch das Recht reibungslos erledigten ‚Fälle‘“; in diesem Sinne betonen auch Deitelhoff und Zimmermann: „Thus, norms often only become visible to us when they are violated or contested.“ – *Deitelhoff/Zimmermann*, PRIF Working Paper 18 (2013), 1 (4).

⁵ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (23).

⁶ *Bethlehem*, Cambridge International Law Journal 1 (2012), 23 (26).

1. Konfliktebene 1: Anwendung des Rechts

Streitigkeiten über die Anwendung des Rechts haben wir als den Standardfall des Konflikts um Normen identifiziert (§7) und erkannt, dass Rechtsanwendungsstreitigkeiten zu jeder Rechtsordnung notwendig hinzugehören. Durch die Anwendung des Rechts auf den einzelnen Fall erfolgt eine Spezifizierung der abstrakt-generellen Vorgaben für den jeweiligen Einzelfall. Hierdurch kommt es (idealerweise) zugleich auch zu einer Konkretisierung der Rechtsordnung und einer Bestätigung ihres Geltungsanspruchs.

Die Fälle der *Rechtsanwendung* sind durch ihren Einzelfallfokus geprägt. Staaten können also versuchen, Streitigkeiten auf den Einzelfall zu beschränken und damit die potenziellen Folgen für die abstrakt-generelle Normebene gering zu halten. Dies ist kennzeichnend für Anwendungsstreitigkeiten (§7), in denen um die Subsumtion eines Sachverhalts unter die abstrakt-generellen Rechtsbegriffe gestritten wird.

Der Versuch der Beschränkung und Eindämmung möglicher Effekte für die abstrakt-generelle Reichweite einer Norm artikuliert sich auch in den in §8 analysierten Fällen der Anrufung einer Notstandslogik. Die Staaten erkennen (explizit oder implizit) zwar an, dass ihr Verhalten das Recht bricht, führen aber konkret-individuelle Argumente an, die den Rechtsbruch *im Einzelfall* als entschuldigbar oder jedenfalls legitim ausweisen sollen, und intendieren hiermit, die Ebene einer allgemeinen Normänderung zu vermeiden. Es geht also letztlich darum, die grundsätzlich anerkannte Norm in Einzelfall *nicht anzuwenden*. Wir haben es also mit der Kehrseite des Anwendungstreits zu tun. Eine ähnliche Strategie der Vermeidung des Konflikts auf einer Ebene der abstrakt-generellen Normgeltung kann vielfach der Hintergrund dafür sein, dass Staaten verdeckte militärische Operationen ausführen (§12), die – sofern sie unentdeckt bleiben – keine Auswirkungen auf die völkerrechtliche Ordnung zeitigen können.

2. Konfliktebene 2: Streit um den abstrakt-generellen Rechtsinhalt

Zwischen Staaten kann allerdings auch die Frage aufgeworfen werden, was der abstrakt-generelle Inhalt einer Rechtsnorm überhaupt ist beziehungsweise was ein wünschenswerter Inhalt wäre. Auf dieser Ebene wird also um die generelle Reichweite und die Konturen des Gewaltverbots gestritten, zum Beispiel über die Reichweite des Rechts auf Selbstverteidigung.

Teils werden Konflikte von Staaten ganz bewusst auf die Ebene des abstrakt-generellen Norminhalts gehoben, beispielsweise durch Behauptung eines nicht-etablierten Rechtfertigungsgrundes (zum Beispiel im Hinblick auf die Legalität humanitärer Interventionen oder eines weiten Verständnisses eines Selbstverteidigungsrechts). Dies ist der Kern der von uns untersuchten Fälle der legislativen Illegalität (§10). Teils aber erwächst eine abstrakt-generelle Ebene des Konflikts aus

einer Streitigkeit auch schlicht im Wege der Rechtsanwendung. In den von uns untersuchten Fällen der Grauzonen des Rechts (§ 9) ist in der Folge fortgesetzter und streitiger Rechtsanwendung ebenfalls auf einer abstrakt-generellen Ebene unklar geworden, welche Vorgaben das Recht für bestimmte Situations- und Konflikttypen trifft. Die staatliche Rechtfertigung für eine Intervention beziehungsweise eine Reaktion auf eine solche Intervention bedeutet damit zugleich eine Positionierung im Streit um die Ausgestaltung und die abstrakt-generelle Reichweite des Rechts.

3. Konfliktebene 3: Streit um die Geltung des Gewaltverbots

Als dritte mögliche Ebene des normativen Konflikts kann die Ebene der Geltung des Gewaltverbots insgesamt problematisch werden. Jenseits der spezifischen Fragen nach der Reichweite und generellen Anwendbarkeit des Gewaltverbots und seiner Ausnahmen kann auch die allgemeine Ebene der Geltung des Gewaltverbots problematisch werden. Diese Ebene möglicher Normkonflikte kann gleichfalls entweder bewusst eröffnet werden oder ihre Betroffenheit kann sich aus den Umständen ergeben. Eine bewusste Eröffnung ist in Fällen der in § 11 untersuchten systemoppositionellen Positionierungen gegeben. In diesem Sinne postulierte beispielsweise die Sowjetunion mit dem sozialistischen Internationalismus ein Rechtsprinzip, das die allgemeine Geltung des Gewaltverbots einschränkte.⁷ Aber auch eine mittelbare Betroffenheit kann sich ergeben. Die Frage nach der grundsätzlichen Geltung des Gewaltverbots kann nämlich ebenso durch eine Vielzahl von Konflikten über seine abstrakt-generelle Reichweite hervorgerufen werden. So kann es beispielsweise zu einem immensen Zuwachs der umstrittenen Dimensionen des Gewaltverbots kommen und somit zu einer signifikanten Ausweitung der Grauzonen des Rechts. In der Folge können die Konturen des völkerrechtlichen Gewaltverbots unschärfer werden und damit auch die Möglichkeit, die Legalität und Illegalität einzelner Interventionen zu bewerten. Im Zuge dessen können dann die Konflikte der zweiten Stufe auf die dritte Ebene durchschlagen und damit in die Frage münden, ob es sich beim Gewaltverbot um bindendes Recht handelt oder nicht vielmehr nur um mehr oder weniger diffuse aspirative normative Vorgaben.

Die Ebene der grundsätzlichen Geltung des Gewaltverbots wird auch durch die in § 12 untersuchten Fälle aufgeworfen, in denen Staaten gänzlich auf die Anrufung des Rechts zur Rechtfertigung illegaler Interventionen verzichten und stattdessen allein auf politische Argumente der Rechtfertigung Bezug nehmen.

⁷ Vgl. supra 291–296.

4. Ambivalenzen der Wahl der Konfliktebenen

Die eine Militärintervention ausführenden Staaten haben erheblichen Einfluss darauf, auf welcher Ebene ein Konflikt angesiedelt wird. Sie können insoweit die „Eskalationsstufe“ der Auseinandersetzungen erheblich beeinflussen, denn durch die Wahl einer bestimmten Rechtfertigung für eine Intervention lenken sie den Konflikt auf eine bestimmte Ebene und beeinflussen ferner, inwiefern andere Staaten an eine Praxis beispielsweise als Präzedenzfall anschließen können. Ein „Eskalationsverhältnis“ ist hier insoweit gegeben, als mit den beschriebenen Stufen der Grad an Allgemeinheit der Auseinandersetzung zunimmt; je höher die Stufe, desto geringer der Einzelfallbezug, desto mehr Fälle sind betroffen und umso grundlegendere Fragen sind Gegenstand des Streits.

In der staatlichen Praxis können wir feststellen, dass Staaten grundsätzlich dazu neigen, die Konflikte auf eher niedriger Eskalationsstufe anzusetzen. So rechtfertigten die meisten NATO-Staaten ihre Beteiligung am Kosovokrieg nicht mit der Figur der humanitären Intervention, sondern plädierten dafür, die Regeln des Gewaltverbots wegen einer Notstandslage im Einzelfall nicht anzuwenden (verblieben also auf der ersten der beschriebenen Stufen).⁸ Die USA beriefen sich für ihre Militärintervention im Irak im Jahr 2003 nicht auf die Figur der präventiven Selbstverteidigung (gegen vermeintliche Massenvernichtungswaffen des Irak), sondern intervenierten auf der Grundlage einer (abwegigen) Interpretation von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats.⁹ Russland stützte sich für die militärische Intervention auf der Krim nicht auf den Zweck der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts der Krimbewohner, sondern auf eine Einladung Wiktor Janukowytschs.¹⁰ Für Staaten scheint es häufig der sicherere Weg zu sein, sich dem Vorwurf auszusetzen, eine gegebenenfalls abwegige oder gar zynisch wirkende Rechtfertigung im Einzelfall zu geben, als durch ihre Praxis eine neue und in den Konturen noch nicht überschaubare rechtliche Grundlage zu postulieren, die alsdann auch von anderen Staaten in Anspruch genommen werden könnte.

In ähnlicher Weise haben wir gesehen, dass die USA den von ihnen vertretenen Exzeptionalismus, der der Sache nach eine Beschränkung des Gewaltverbots postulierte, nur zu wenigen Zeitpunkten tatsächlich als eine Infragestellung des völkerrechtlichen Gewaltverbots formuliert haben. Vielmehr dominierten sogar in Anbetracht solcher hegemonialer Bestrebungen Versuche, grundlegende Infragestellungen des Rechts als eine Anwendung bestehenden Rechts auszugeben.¹¹

Das wirft die grundsätzliche – und in der Literatur kontrovers beurteilte – Frage auf, welche staatliche Strategie der Rechtfertigung einer illegalen militärischen In-

⁸ Vgl. supra 71f., vgl. insoweit insbesondere auch die abweichenden Positionen des Vereinigten Königreichs und Belgiens, ebd.

⁹ Vgl. supra 214 (insb. Fn. 72).

¹⁰ Vgl. supra 215.

¹¹ Vgl. supra 305–307.

tervention im Ergebnis der Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots zuträglicher ist. Unbestreitbar ist, dass die richtige und völkerrechtlich geforderte Handlungsanweisung ist, illegale Handlungen gänzlich zu unterlassen und stattdessen einvernehmliche Lösungen im Rahmen des kollektiven Sicherheitssystems der UN zu finden. Eingedenk aber des Umstandes, dass Staaten in der Praxis oft ungeachtet der Illegalität zur Handlung schreiten, stellt sich gleichwohl die Frage nach dem geringeren Übel. Ist es für den Bestand des Völkerrechts also günstiger, wenn Staaten eine einzelfallbezogene, letztlich aber unplausible oder gar zynisch wirkende Rechtfertigung anbringen? Sollten sie lieber offen eine neue Rechtsregel postulieren, unter der die vorgenommene Handlung legal wäre? Oder sollten sie den Rechtsbruch offen einräumen und damit den Widerspruch zur völkerrechtlichen Ordnung offen benennen?

Alle drei Strategien haben Vor- und Nachteile. Der Vorteil einer einzelfallbezogenen, wenn auch rechtlich nicht haltbaren Rechtfertigung ist, dass diese bemüht ist, den Streit von der Ebene des Norminhalts fernzuhalten. Der Streit wird also auf der oben bezeichneten ersten Konfliktebene des Anwendungstreits verortet. Der konkrete Inhalt der Regeln des Gewaltverbots wird damit nicht als solcher angegriffen. Die US-amerikanische Intervention im Irak hatte zwar als politischen Hintergrund durchaus das erklärte Ziel, den Besitz von Massenvernichtungswaffen durch den Irak zu unterbinden. Da ein entsprechendes Ziel aber nicht als rechtliches Argument zur Rechtfertigung der Intervention vorgebracht wurde, kann die Militärintervention beispielsweise nicht oder jedenfalls nur mit erheblichen Schwierigkeiten als Präzedenzfall für die Entstehung eines Rechts zur präventiven Selbstverteidigung angeführt werden. Eine abwegige oder gar zynische Rechtfertigung (die daher nicht mehr als Teil eines berechtigten Streits um die Anwendung des Rechts angesehen werden kann) hat also den Vorteil, dass sie den konkreten Inhalt der Normen des Gewaltverbots unangetastet lässt und insoweit beispielsweise sich dem Postulat einer neuen Eingriffsgrundlage und der mit dieser vielleicht verbundenen unabsehbaren Folge einer allgemeinen Anwendung versperrt.¹² Gleichzeitig kommuniziert aber der Bezug einer vollkommen abwegigen rechtlichen Position, dass einem Staat an der Integrität des Rechtssystems nicht viel gelegen ist.¹³ Anders formuliert: Die zynische Positionierung kommuniziert letztlich einen grundsätzlichen Mangel an Anerkennung des Rechts und daher wird die dritte oben identifizierte Ebene möglicher Normkonflikte – die grundsätzliche Ebene der Geltung des Gewaltverbots – thematisch. Kümmert sich ein Staat nämlich überhaupt nicht um die Einhaltung des Gewaltverbots, so unterstützt er letztlich Bestrebungen zu einer Entrechtlichung des Bereichs militärischer Interventionen und eine Verlagerung des Rechtfertigungsdiskurses von der Rechtsebene auf

¹² Vgl. *Hakimi*, US Strikes against Syria and the Implications for the Jus ad Bellum, EJIL:Talk!, 7. April 2017.

¹³ Vgl. *Perina*, Columbia Journal of Transnational Law 53 (2015), 507 (575), Fn. 264: „[S]eeking to justify the conduct through recourse to strained, non-credible interpretations – risks the worst of both worlds: effectively conceding violation and setting an undesirable precedent.“

den wesentlich offeneren Bereich politischer Erwägungen.¹⁴ Diese Folgerung trifft auch für die Fälle zu, in denen Staaten keinerlei rechtliche Rechtfertigung für eine Militärintervention anbringen. Auch insoweit besteht zwar keine unmittelbare Auswirkung auf den generellen Norminhalt, der Mangel an rechtlicher Argumentation aber ist gleichfalls Ausdruck der eben benannten Verlagerung des Rechtfertigungsdiskurses.

Die zweite Strategie läge darin, einen Rechtsbruch einzugestehen, ihn aber explizit oder jedenfalls implizit unter Vorgriff auf eine erst noch zu erschaffende Rechtsgrundlage zu legitimieren. Ein Staat würde hier also offen im Rahmen unserer Kategorie der legislativen Illegalität agieren. Für diese Strategie spricht zunächst, dass dies einen offenen und für andere Staaten anknüpfungsfähigen Umgang mit Recht voraussetzt. Der Rechtsbruch würde als solcher anerkannt und gleichzeitig eine normative Vorstellung darüber, wie das Recht sein soll, formuliert, der sich andere Staaten anschließen können oder auch nicht. Gleichzeitig aber leistet diese Strategie – wenn allgemein verfolgt – einem situativen Recht Vorschub, einer Herausforderung des Rechts auf vielen Ebenen, die alsdann dessen Festigkeit und Klarheit unterminieren würden. Insoweit schließe der Streit um die Reichweite des Rechts (zweite Ebene) gleichfalls auf die dritte Ebene der grundsätzlichen Geltung des Gewaltverbots durch. Kritisch äußern sich daher Byers und Chesterman zu dieser Option der Formulierung einer Eingriffsgrundlage im Hinblick auf die Kosovointervention des Jahres 1999:

„The impetus to bring Kosovo within the neat categories of international law is understandable but misplaced. Indeed, the greatest threat to an international rule of law lies not in the occasional breach of that law – laws are frequently broken in all legal systems, sometimes for the best of reasons – but in attempts to mould that law to accommodate the shifting practices of the powerful.“¹⁵

Das Problem dieser zweiten Strategie liegt ferner darin, dass Staaten oft keine klar ausgebildeten Positionen über eine wünschenswerte Rechtsregel haben. Die möglichen unterschiedlichen Effekte alternativer Regelungsvorstellungen und Normierungsansätze sind kaum abschätzbar und die so bestehende Unsicherheit begründet für Staaten eher einen Anreiz, sich nicht zu positionieren, um damit in einem allenfalls sehr inkrementellen Prozess eine Fortentwicklung des Rechts zu erlauben.

Die dritte Strategie schließlich liegt darin, Rechtsbrüche im Einzelfall offen einzugestehen und die moralischen Argumente in einer für andere Staaten nachvollziehbaren Art und Weise offen zu benennen.¹⁶ Diese Strategie ist auch Hintergrund

¹⁴ Vgl. hierzu supra 334 ff.

¹⁵ Byers/Chesterman, in: Holzgrefe/Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2003, S. 177 (203).

¹⁶ Den entsprechenden Rat gibt Falk auch der nationalen US-amerikanischen Politik, wenn sie sich entschieße, gegen völkerrechtliche Normen zu handeln, *Falk*, *Society* 12, Nr. 3 (1975), 39 (43): „Our leaders should accord respect to all categories of valid law. If international law is to be

für die von Thomas Franck vorgeschlagene Strategie „Break it, don't fake it.“ „If, in a particular instance“, so Franck,

„a general law inhibits doing justice, then it is up to each member of the community to decide whether to disobey that law. If some so choose, however, their best strategy is not to ridicule, let alone change the law: it is to proffer the most expiating explanation of the special circumstances that ordained their moral choice.“¹⁷

Ob eine einzelfallbezogene Rechtfertigungsstrategie oder eine das Recht bewusst gestaltende Strategie weniger schädlich ist, lässt sich nicht in abstracto ausmachen. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Klar ist jedenfalls auch, dass eine strikte Begrenzung der Wirkebene nicht dergestalt möglich ist, dass ein Staat die Bewertung und Einordnung seiner Praxis stets effektiv steuern könnte. Denn wie eine bestimmte staatliche Praxis in der Zukunft behandelt wird, ist nichts, worauf der Staat ultimativen Einfluss hat. So war es zwar die Strategie vieler Staaten, die Intervention im Kosovo durch einen Notstand im Einzelfall zu legitimieren. Wenn allerdings in der Folge dieser Umstand als Ausdruck einer allgemeinen Umwertung angesehen und als relevante Praxis zur Rechtfertigung eines allgemeinen Grundsatzes der humanitären Intervention herangezogen wird, so kann der handelnde Staat dies nicht verhindern.¹⁸ Ferner ist zu bedenken, dass auch einzelfallbezogene Argumente stets das Potenzial zur Generalisierung haben: Kommen vergleichbare Rechtsfragen in der Zukunft wieder auf, so kann auch der Einzelfall schnell eine Präzedenzfunktion erhalten.

Für den Bestand und die Funktionsweise des Völkerrechts in jedem Fall zuträglich ist es, wenn Staaten sich zu den aufgeworfenen Fragen klar positionieren – wenn sie rechtliche Standards für eine im Wege der legislativen Illegalität postulierte Rechtsregel klar formulieren oder für notwendig erachtete Notstandssituationen im Hinblick auf die angelegten Kriterien und den unter dem geltenden Recht wahrgenommenen Missstand deutlich bezeichnen. Zwar bleibt auch insoweit die Gefahr jedweder illegaler Maßnahme bestehen. Diese nämlich besteht darin, dass Staaten das Recht nur als *einen* Abwägungsfaktor betrachten, der situativ den Ausschlag für das staatliche Verhalten geben kann, aber keineswegs muss. Die Einhaltung des Rechts wird damit stets unter einen die konkrete Situation betreffenden Abwägungs- und Nützlichkeitsvorbehalt gestellt, was die allgemeine und vorrangige Geltung des Rechts negiert. In Abwägung aller Umstände aber scheint ein offener Umgang mit den Beweggründen für einen Rechtsbruch gleichwohl für das Gesamtprojekt des völkerrechtlichen Gewaltverbots zuträglicher als der letztlich scheiternde Versuch, den Rechtsbruch durch fadenscheinige Argumente zu kaschieren. In jedem Fall vermieden werden sollten zynische Bezugnahmen auf das

ignored as a constraint, then that policy decision should be made openly, on the basis of debate, and conceivably leading to a constitutional amendment of the supremacy clause.“

¹⁷ Franck, *Foreign Affairs* 78, Nr. 4 (1999), 116 (118).

¹⁸ Marxsen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 74 (2014), 367 (388).

Recht, da diese letztlich einen Disrespekt gegenüber dem Völkerrecht artikulieren und somit dessen Geltung ganz grundsätzlich in Frage stellen können.¹⁹ Der Vorteil einer solchen Strategie der Offenheit liegt auch darin, dass sie die moralisch-politischen Maßstäbe, anhand derer sich das Völkerrecht letztlich auch messen lassen muss, explizit zum Gegenstand der Auseinandersetzung erhebt und damit die Frage des *Sollens* nicht als einen vermeintlich für das Recht irrelevanten Hintergrund markiert, sondern eingesteht, dass für verschiedene Staaten unterschiedliche „rote Linien“ im Hinblick auf normative Mindestmaßstäbe bestehen, die das Völkerrecht sichern muss, wenn es Befolgungsbereitschaft verdienen soll.

II. Objektivismus vs. Relativismus: Das überbewertete Problem der Unbestimmtheit des Rechts

Ein für die Bewertung von Interventionen als legal oder illegal maßgebliches Problem betrifft die Bestimmtheit beziehungsweise Unbestimmtheit des Rechts. Die Feststellung der Illegalität einer militärischen Intervention verlangt, dass aus der Rechtsnorm konkrete Folgen für eine Situation abgeleitet werden können. Das Maß an Bestimmtheit und Unbestimmtheit des bestehenden Rechts hat entscheidenden Einfluss darauf, auf welche der drei Ebenen der Normkonflikte (die wir soeben untersucht haben), ein Staat sinnvollerweise Bezug nehmen kann. Ein Staat kann seine Rechtsbehauptung zum Beispiel dann nicht als einen Fall der Anwendung des bestehenden Rechts ausgeben, wenn das Recht derart klare Vorgaben macht, dass eine plausible Anrufung des Rechts verwehrt ist. Dann bleibt einem Staat nur, den Streit auf eine grundsätzlichere Ebene zu verlagern (oder zu einer abwegigen und gegebenenfalls zynischen Anrufung des Rechts zu greifen).

Die Unwägbarkeiten rechtlicher Vorgaben werden in der Literatur mit einer Vielzahl von Termini bezeichnet. Verwendet wird der Begriff der Unbestimmtheit (*indeterminacy*),²⁰ es wird gesprochen von der Unsicherheit des Rechts (*uncertainty*)²¹ sowie von der Mehrdeutigkeit (*ambiguity*)²² und der Vagheit (*vagueness*)²³ des Rechts. Der Begriff der Unbestimmtheit bildet den Oberbegriff. Eine Rechtsregel ist unbestimmt, wenn sie für die Beantwortung einer Rechtsfrage keine eindeutige Antwort vorgibt,²⁴ wenn sie es also in unserem Bereich nicht erlaubt, eine Interven-

¹⁹ *Glennon*, *Foreign Affairs* 78, Nr.3 (1999), 2 (4): „Openly breaking the law is much less dangerous than only pretending to comply with it, since disingenuous, disguised violations undermine the open debate on which legal reform and the law’s legitimacy depend.“

²⁰ *Yablon*, *Cardozo Law Review* 6 (1985), 917 (917).

²¹ *Kammerhofer*, *European Journal of International Law* 15 (2004), 523 (523); *ders.*, *Uncertainty in International Law*, 2010, S. 1–4.

²² *Thaler*, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, 1982, S. 1–7; *Schane*, *Thomas Jefferson Law Review* 25 (2002), 167 (167).

²³ *Endicott*, *Vagueness in Law*, 2000; *Waldron*, *California Law Review* 82 (1994), 509 (509).

²⁴ *Kress*, *California Law Review* 77 (1989), 283 (283): „Law is indeterminate to the extent that legal questions lack single right answers.“; *Endicott*, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996),

tion eindeutig als legal oder illegal zu qualifizieren. Das ist der Fall, wenn sich auf der Grundlage akzeptierter Rechtsquellen und anerkannter Anwendungsregelungen (insbesondere den Regeln der Interpretation) eine Rechtsfrage nicht eindeutig in die eine oder andere Richtung beantworten lässt, wenn also beide Seiten eines Rechtsstreits akzeptable Argumente für ihre Interpretation anführen können.²⁵

Der Begriff der Unsicherheit des Rechts bezeichnet die Folge der Unbestimmtheit. Ist nämlich das Recht unbestimmt, so folgt für die rechtsanwendenden Instanzen eine Unsicherheit in der Handhabung des Rechts. Mehrdeutigkeit und Vagheit bezeichnen dagegen Ursachen der Unbestimmtheit. Im Folgenden wollen wir uns zunächst den Ursachen der Unbestimmtheit des völkerrechtlichen Gewaltverbots zuwenden (1.). Alsdann nehmen wir kurz aus rechtstheoretischer Perspektive in den Blick, wie sich die Bestimmtheit und Unbestimmtheit des Rechts konzeptuell fassen lassen (2.). Schließlich ziehen wir Schlussfolgerungen für das völkerrechtliche Gewaltverbot (3.).

1. Ursachen rechtlicher Unbestimmtheit

Rechtssprache: Die Unbestimmtheit des Rechts wurzelt in mehreren Umständen. Eine Quelle der Rechtsunsicherheit ist dabei zunächst die Rechtssprache.²⁶ Diese muss mit abstrakt-generellen Begriffen operieren, deren Bedeutung nicht vollauf definiert, sondern auch durch den sozialen Kontext der Verwendung der Begriffe bestimmt ist. Insbesondere augenfällig ist dies im Bereich des Vertragsrechts, für das Artikel 31 Abs. 1 WVK bestimmt, dass die gewöhnliche Bedeutung des Vertragstexts Ausgangspunkt der Interpretation ist. Aber auch völkergewohnheitsrechtliche Normen müssen in Sprache gefasst werden und insoweit ist auch hier die gewöhnliche Bedeutung der verwendeten Termini der Ausgangspunkt.

Das Recht kommt nicht umhin, sich der Alltagssprache (wiewohl durchaus in fachspezifischen Ausprägungen) zu bedienen, und ist damit auch den Unwägbarkeiten, Bedeutungsungenauigkeiten und -schwankungen ausgesetzt, die wir eben dort finden.²⁷ Sprache als solche bietet keine Gewissheit über Bedeutung. Diese Be-

667 (669): „Legal theorists talk of ‚legal indeterminacy‘ when a legal question has no single right answer.“

²⁵ Vgl. auch *Tushnet*, *Quinnipac Law Review* 16 (1996), 339 (341): „[A] proposition of law (or legal proposition) is indeterminate if the materials of legal analysis – the accepted sources of law and the accepted methods of working with those sources such as deduction and analogy – are insufficient to resolve the question, ‚Is this proposition or its denial a correct statement of the law?‘ If a litigated case turns on an indeterminate legal proposition, a result favoring either the plaintiff or the defendant is equally well-supported by the legal materials.“

²⁶ *Endicott*, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), 667 (669): „I will use ‚linguistic indeterminacy‘ to refer to unclarity in the meaning of linguistic expressions that could lead to legal indeterminacy.“

²⁷ *D’Aspremont*, *Formalism and the Sources of International Law*, 2011, S. 139: „Indeed, it cannot be contested that the indeterminacy of language has inevitably contaminated the language of law, including formal law-ascertainment criteria. Most commonly, indeterminacy simply

deutung hängt vielmehr von äußeren Faktoren ab: insbesondere vom gesellschaftlichen Kontext, aber auch von der Intention des Sprachverwenders.²⁸ Andrea Bianchi hält insoweit zutreffend fest: „[...] language as such conveys no clear and objective meaning [...] only by resorting to context and/or other extra-linguistic elements [...] ,meaning‘ [may] be considered clear.“²⁹

Ein wichtiger Faktor bei allem ist – wie die hermeneutische Tradition lehrt – das Vorverständnis, das durch den Sprachverwender oder die Sprachverwenderin an den Begriff herangetragen wird.³⁰

Auf der Ebene der Rechtssprache sind Ursachen von Unbestimmtheit insbesondere die *Mehrdeutigkeit* und die *Vagheit* der verwendeten Begriffe. Mehrdeutige Begriffe haben mehr als eine Bedeutung und stellen den Rechtsanwender damit vor die Aufgabe einer Bedeutungsauswahl.³¹ Ein mehrdeutiges Wort ist beispielsweise *Bank*, das im Deutschen sowohl die Parkbank als auch das Geldinstitut bezeichnen kann. Solche Mehrdeutigkeit von Begriffen stellt das Recht allerdings nur selten vor eine Herausforderung. Durch den Kontext einer Rechtsnorm lässt sich die Mehrdeutigkeit regelmäßig auflösen.³² Zentral hingegen ist die Vagheit als Quelle von Unbestimmtheit.³³ Vagheit zeichnet sich dadurch aus, dass es Grenzfälle gibt, in denen die Einschlägigkeit eines Rechtsbegriffs unklar ist.³⁴ Für den Begriff des bewaffneten Angriffs beispielsweise hält der IGH fest, dass dieser die schwersten

stems from the openness of the ordinary language through which the prescriptions of law are conveyed.“ – Fußnote ausgelassen.

²⁸ *Fish*, San Diego Law Review 42 (2005), 629 (632f.): „Words alone, without an animating intention, do not have power, do not have semantic shape, and are not yet language [...]. A sequence of letters and spaces [...] has no inherent or literal or plain meaning; it only has the meanings (and they are innumerable) that emerge within the assumption of different intentions. [...] My point is that if you do not want to know about intention, you do not want to know about meaning.“

²⁹ *Bianchi*, in: Bekker/Dolzer/Waibel (Hrsg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 2010, S. 34 (36).

³⁰ *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 134: „Es ist nur die ‚kritische Grenze‘ sprachlicher Eindeutigkeit weit schneller erreicht, weil die ‚zweifelsfreie‘ Bedeutung textlicher Weisungen hier abhängt von den Wertungsbeziehungen und Wertungszusammenhängen, die das Vorverständnis an jene Begriffe heranträgt.“

³¹ Vgl. *Poscher*, in: Tiersma/Solan (Hrsg.), *Oxford Handbook of Language and Law*, 2012, S. 128 (129).

³² *Solan*, in: Bhatia u. a. (Hrsg.), *Vagueness in Normative Texts*, 2005, S. 73 (79): „To the extent that such ambiguities do exist, they are often so quickly resolved by context as to make them invisible to those charged with construing the law. [...] Most ambiguity goes unnoticed in legal contexts.“

³³ Vgl. *Solan*, in: Keil/Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 231 (234): „Despite the occasional case of syntactic or semantic ambiguity, it is really vagueness that dominates the landscape of legal cases resolving linguistic uncertainty.“

³⁴ *Grice*, *Studies in the Way of Words*, 1991, S. 177: „To say an expression is vague (in a broad sense of vague) is presumably, roughly speaking, to say that there are cases (actual or possible) in which one just does not know whether to apply the expression or to withhold it, and one’s not knowing is not due to ignorance of the facts“; vgl. *Endicott*, *Vagueness in Law*, 2000, S. 54; *Poscher*, in: Tiersma/Solan (Hrsg.), *Oxford Handbook of Language and Law*, 2012, S. 128 (129): „Ambiguity, then, is about multiple meanings; vagueness is about meaning in borderline cases“; *Solan*, in: Keil/Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 231 (231 f.).

Formen des Gewalteinsatzes erfasse.³⁵ Wo nun aber genau die Grenze zwischen bloßem Gewalteinsatz und bewaffnetem Angriff verläuft – wie viele Truppen eingesetzt werden und wie viele Opfer zu beklagen sein müssen –, das ist vom Begriff des bewaffneten Angriffs selbst nicht vorgegeben und für Fälle einer zweifelhaften Angriffsintensität stets aufs Neue zu entscheiden.

Unbestimmtheit der Rechtsquellen: Für die Unbestimmtheit des Rechts zentral ist fernerhin die Unbestimmtheit der Regeln über die Rechtsquellen des Völkerrechts, deren Grundlagen und Probleme wir eingehend in §5 untersucht haben. Gerade in diesem Bereich der Rechtsquellen existiert völkerrechtlich nur wenig Einigkeit und es besteht, zusätzlich zur Unbestimmtheit der primären völkerrechtlichen Regeln und Pflichten, eine sekundäre, auf der Ebene der Rechtsquellen wurzelnde Unsicherheit darüber, wie der Inhalt des Völkerrechts zu bestimmen und zu ermitteln sei.³⁶ Unterschiedliche Auffassungen über den Inhalt des Gewaltverbots basieren regelmäßig auf einem unterschiedlichen Umgang mit den Rechtsquellen des Völkerrechts.³⁷ Der vielleicht wichtigste Schauplatz der Debatten um das Gewaltverbot ist, so Corten, letztlich die Ebene der Rechtsquellen und der jeweils einschlägigen Methoden der Rechtsermittlung.³⁸ Für viele Kommentatoren besteht – wie McDougal und Reisman betonen – Einigkeit über den Ausgangspunkt für Betrachtungen zu den völkerrechtlichen Rechtsquellen. Dieser wird meist gesucht in der Aufzählung der Rechtsquellen in Artikel 38 Abs. 1 IGH-Statut:

„Once, however, this focus is established, all agreement among commentators ends. It is furiously debated whether the itemization of ‚sources‘ is comprehensive; what the priorities, if any, are among the different sources; whether different sources are ‚formal‘ or ‚material‘; what the precise wording in the different itemizations of the Article means; and how the significance of each itemized source is to be determined and assessed in particular instances of controversy.“³⁹

Die Verschiedenheit der Rechtsquellen des Gewaltverbots, die Wertungsoffenheit der relevanten Rechtskategorien sowie das Zusammenspiel dieser Faktoren erzeugen ein komplexes Gefüge zulässiger Argumente im Hinblick auf den Inhalt

³⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 101 (para. 191).

³⁶ Gesprochen wird insoweit auch von einer „second-order vagueness in the law“, vgl. *Schauer*, in: Keil/Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 177 (179–181).

³⁷ *Byers*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 721 (724): „[T]he kinds of behaviour that one considers legally relevant [...] are largely determinative of one’s substantive conclusions“; vgl. z. B. im Hinblick auf die Auslegungsstreitigkeiten betreffend das Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 UNC: *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 51, Rn. 5: „A significant amount of current disagreement over the proper interpretation of Art. 51, both among States and among commentators, can ultimately be traced to underlying differences of opinion over the interpretation and application of the rules on the sources of international law“.

³⁸ *Corten*, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803 (803f.): „[T]he debate is taking place also, and perhaps above all, on a methodological level.“

³⁹ *McDougal/Reisman*, *Yale Studies in World Public Order* 6 (1980), 249 (260).

von Rechtsnormen. Die Bestimmung des Inhalts von Rechtsnormen ist daher ein hochgradig subjektiver Vorgang, der ein hohes Maß an Sorgfalt, Recherche und Urteilskraft von den Rechtsanwendenden verlangt,⁴⁰ der aber auch in vielen Fällen stark politisiert ist, so dass die Grenze zwischen rechtlicher Analyse und *advocacy* vielfach fließend ist.⁴¹ Das gilt fraglos für die Feststellung des Inhalts völkergewohnheitsrechtlicher Normen, die starke evaluative Elemente hat.⁴² Aber auch für die Interpretation vertraglicher Normen haben wir gesehen, dass die Ermittlung und Berücksichtigung nachfolgender Praxis in hohem Maße wertungsabhängig ist.⁴³ Verstärkt wird dies noch durch die Interaktionsmöglichkeiten von Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht, durch die – wie wir gesehen haben – beide Rechtsquellen wechselseitig Einfluss auf ihren jeweiligen Inhalt nehmen können.⁴⁴

Das Zusammenspiel der Vielzahl der Faktoren führt dazu, dass die Feststellung völkerrechtlicher Normen das Ergebnis einer Gleichung mit einer hohen Zahl von unterdeterminierten Variablen ist. Im Ergebnis hängt daher viel von den Umständen des Einzelfalls ab und von deren urteilskräftigen Bewertung. Folglich spielen subjektive Faktoren in der Anwendung des Rechts gegenüber den objektiven Vorgaben eine erhebliche Rolle.

2. Folgen für die Rechtsanwendung: Bedeutungskern und Bedeutungshof

Die theoretische Fassung des Phänomens rechtlicher Unbestimmtheit steht zunächst vor dem Problem, dass das Recht augenscheinlich bestimmt und unbestimmt zugleich ist. Manche Handlungen erweisen sich als rechtlich eindeutig unzulässig, andere – unter der Perspektive derselben Norm – als eindeutig zulässig und für wiederum andere bestehen wegen hochgradiger Umstrittenheit erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation. In der deutschen juristischen Debatte haben Philipp Heck und an ihn anknüpfend Dietrich Jesch

⁴⁰ *Birnie/Redgwell*, *International Law and the Environment*, 2009, S. 23: „[T]he identification of customary law always has been, and remains, a task requiring research and the exercise of judgment.“

⁴¹ *Byers*, *American Journal of International Law* 97 (2003), 721 (724): „In an area of international law as disputed and politicized as the rules on the use of force, the line between analysis and advocacy is necessarily fine.“

⁴² *Talmon*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417 (433); *Boyle/Chinkin*, *The Making of International Law*, 2007, S. 279: „[A]pplying the criteria for establishing custom is not a scientific process, the accuracy of which can be measured. Rather it requires an evaluation of the facts and arguments“; *Verdier/Voeten*, *American Journal of International Law* 108 (2014), 389 (412); *Crawford*, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Aufl., 2012, S. 24.

⁴³ Vgl. auch Linderfalk, der die interpretatorischen Spielräume bei der Vertragsauslegung anerkennt, zugleich aber die Rede von einer „Vertragsauslegung als Kunst, nicht Wissenschaft“ als Deckmantel für irrationale Methoden der Vertragsauslegung kritisiert, *Linderfalk*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 169 (188f.).

⁴⁴ Vgl. *supra* 134–149.

dieses Spannungsfeld von Bestimmtheit und Unbestimmtheit ein und derselben Norm mit dem Bild von Bedeutungskern und Bedeutungshof umschrieben (von Jesch dann auch als Begriffskern und Begriffshof bezeichnet). Ausgangspunkt ist die Annahme, dass Begriffe stets mit einer Unbestimmtheit behaftet sind, da sie – wie soeben ausgeführt – auch an die Alltagssprache angebunden sind und insoweit auch von den dortigen Unbestimmtheiten der Bedeutung von Begriffen erfasst sind. Diese Unbestimmtheit aber ist nur relativ, denn es gibt in den allermeisten Fällen einen Bedeutungskern eines Rechtsbegriffs, für den die Rechtsanwendung zu eindeutigen Ergebnissen führt. Heck hält in seiner Schrift *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* von 1914 fest: „Namentlich ist hervorzuheben, daß die Mehrdeutigkeit der verwendeten Worte notwendig eine Unbestimmtheit der Gesetzesgebote zur Folge hat. Mit verschwindender Ausnahme ist jedes Wort mehrdeutig. Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben.“⁴⁵ Solche Unbestimmtheit verlangt also eine Konkretisierung des Rechtsbegriffs, die „logisch gewürdigt [...] eine Gebotsbildung“ ist.⁴⁶

Der Bedeutungskern ist charakterisiert durch die „unzweifelhaften Fälle“ der Rechtsanwendung.⁴⁷ Wiewohl dies von Jesch nicht eigens ausgeführt wird, sind als *unzweifelhaft* sowohl Fälle anzusehen, in denen eine Rechtsregel eindeutig einschlägig ist, als auch solche, in denen sie eindeutig nicht einschlägig ist.⁴⁸ Es geht also um eine Abgrenzung des Bereiches, in denen das Recht klare Vorgaben trifft und sei es durch seine klare Nichtanwendbarkeit. Vom Bedeutungshof sind dagegen all diejenigen Fälle erfasst, die nur *möglicherweise* einem Rechtsbegriff unterfallen, in denen die Einschlägigkeit oder Nichteinschlägigkeit einer Regel aber nicht mit Gewissheit aus der Regel folgt.⁴⁹ Hans-Joachim Koch spricht insoweit von „neutralen Kandidaten“.⁵⁰

⁴⁵ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, S. 173.

⁴⁶ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, S. 174.

⁴⁷ Jesch, *Archiv des öffentlichen Rechts* 82 (1957), 163 (176): „Alle Rechtsbegriffe haben einen Begriffskern, in den die ‚unzweifelhaften Fälle‘ gehören. Beim ursprünglichen Begriffskern decken sich gesetzgeberischer Wille, sprachliche Formulierung und unmittelbares Bedeutungsverständnis.“

⁴⁸ Hans-Joachim Koch schlägt zur Verdeutlichung dieses Aspekts – des Umstands, dass der Begriffskern sowohl die eindeutige Einschlägigkeit wie Nichteinschlägigkeit der Rechtsnorm umfasse – ein „3-Bereiche Bild“ vor: Eine vage Rechtsnorm sei dadurch gekennzeichnet, dass a) bestimmte Gegenstände unzweifelhaft unter einen Begriff fielen („positive Kandidaten“), dass b) bestimmte Gegenstände unzweifelhaft nicht unter den Begriff fielen („negative Kandidaten“) und dass es schließlich c) bestimmte Gegenstände gebe „hinsichtlich derer nicht entschieden werden kann, ob sie unter den Begriff fallen oder nicht“ („neutrale Kandidaten“); vgl. dazu sowie zu Kochs Kritik am Modell von Bedeutungskern und Bedeutungshof Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, S. 33, 42.

⁴⁹ Jesch, *Archiv des öffentlichen Rechts* 82 (1957), 163 (176): „Im Bereich des Begriffshofes hilft der eindeutige Wortsinn oder die zweifelsfrei aus dem Zusammenhang oder Zweck des Gesetzes zu erschließende Bedeutung nicht weiter. Hier gibt es ex definitione keine Sicherheit mehr. Hier können selbst Zeitangaben oder Zahlen ihren scheinbar klaren Sinn verlieren.“

⁵⁰ Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, S. 33.

In der englischsprachigen Diskussion ist dieser Bereich der Unbestimmtheit mit dem Bild des Halbschattens (*penumbra*) und als eine *twilight zone* beschrieben worden.⁵¹ Benjamin Cardozo spricht vom „borderland, the penumbra, where controversy begins“,⁵² Glanville Williams hält fest: „[...] words have a penumbra of uncertainty, marginal cases are bound to occur.“⁵³ H. L. A. Hart schließlich betont den generellen Charakter solch einer Zone:

„All rules involve recognizing or classifying particular cases as instances of general terms, and in the case of everything which we are prepared to call a rule it is possible to distinguish clear central cases, where it certainly applies and others where there are reasons for both asserting and denying that it applies. Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules.“⁵⁴

Diese Unbestimmtheitszone – der Bedeutungshof – ist ein „diffuser Bereich“, der „nach außen nicht fest abgrenzbar“ ist. Vielmehr wird er „erst durch jede Subsumtion oder Exzeption [...] an der betreffenden Stelle näher bestimmt“.⁵⁵ In anderen Worten: Durch den interpretativen Prozess finden Veränderungen des Bedeutungsgehalts statt. Werden neue Rechtsfragen aufgeworfen und entschieden, so kann dies auch zu einer Verschiebung von Bedeutungskern und Bedeutungshof führen. Vormalig ungeklärte Fälle unterfallen nunmehr beispielsweise infolge entsprechender Gerichtsentscheidungen oder klarer Staatspraxis eindeutig einem Rechtsbegriff. Der Begriffskern hat sich also erweitert, und der „Vagheitsspielraum der Begriffe“⁵⁶ hat sich verkleinert. Andererseits kann es auch für vormalig unstrittige Fälle der Nichteinschlägigkeit einer Norm plötzlich denkbar werden, dass ein entsprechender Rechtssatz anzuwenden ist – eine vormalig dem Bedeutungskern zuzuordnende Konstellation würde also in den Bedeutungshof überwechseln.

Die zentrale Folgerung aus diesen Überlegungen ist, dass es keine an sich bestimmten oder an sich unbestimmten Rechtsbegriffe gibt. Der Begriff der (Un-) Bestimmtheit ist vielmehr selbst relativ. Jesch betont:

„Die Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe ist dadurch gekennzeichnet, daß bei ihnen der Begriffshof ungewöhnlich groß und diffus ist und der Kernbereich im Vergleich dazu außerordentlich klein. Erst eine ständige Rechtsprechung vermag bei ihnen im Laufe der Zeit einen festen Begriffskern zu bilden. In der grundsätzlichen Struktur unterscheiden sich die unbestimmten Begriffe jedoch durchaus nicht von den sog. ‚bestimmten‘.“⁵⁷

⁵¹ *Endicott*, *Vagueness in Law*, 2000, S. 8.

⁵² *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, S. 130.

⁵³ *Glanville L. Williams*, *Law Quarterly Review* 61 (1945), 293 (302).

⁵⁴ *Hart*, *The Concept of Law*, 1961, S. 119.

⁵⁵ *Jesch*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 82 (1957), 163 (177).

⁵⁶ *Essler*, *Analytische Philosophie*, 1972, S. 115.

⁵⁷ *Jesch*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 82 (1957), 163 (177f.).

Das Recht ist also niemals gänzlich bestimmt oder unbestimmt: „Certainty in law is thus seen to be a matter of degree“.⁵⁸ Rechtsbegriffe stellen, wie wir bereits eingehend analysiert haben,⁵⁹ mithin einen Korridor von Bedeutungen zur Verfügung, der je nach der konkreten Situation unterschiedlich weit sein kann. Der Umstand, dass für bestimmte Situationen eine Rechtsnorm unbestimmt ist, hindert sie gleichwohl nicht daran, in anderen Konstellationen klare Vorgaben zu treffen.⁶⁰

Die relevante Frage ist mithin nicht, ob das Recht unbestimmt ist, denn diese Frage ist eindeutig positiv zu beantworten. Die relevante Frage ist vielmehr, inwieweit eine Rechtsnorm für konkrete Situationen bestimmte Vorgaben trifft oder – falls sie das nicht tut – was der von der Norm eröffnete Bedeutungsrahmen ist, innerhalb dessen die Rechtssubjekte Positionen beziehen können.

3. Folgen für das Gewaltverbot

Ungeachtet des Umstands, dass das Gewaltverbot für viele Streitigkeiten keine eindeutigen Lösungen vorschreibt, können wir doch einen Bedeutungskern identifizieren.⁶¹ Bestimmte Interventionen oder militärische Vorhaben lassen sich eindeutig als rechtmäßig oder rechtswidrig qualifizieren. Ein unprovoked Angriff auf einen Drittstaat, die Annexion fremden Territoriums oder die militärische Intervention zur Absetzung einer fremden Regierung sind allesamt Fälle, die (sofern keine weiteren rechtfertigenden Umstände vorliegen) eindeutig gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstoßen und in denen auch im internationalen diplomatischen Verkehr wie in den völkerrechtswissenschaftlichen Debatten weit hin Einigkeit erzielt werden kann. Ungeachtet der Offenheit der Rechtsbegriffe und Rechtsquellen ist es keineswegs so, dass stets eine plausible rechtliche Grundlage für eine Intervention angeführt werden könnte. Als anekdotische Anmerkung mag man anführen, dass selbst Verfechter einer starken Unbestimmtheitsese wie Martti Koskenniemi außerhalb dezidiert theoretischer Überlegungen durchaus anerkennen, dass das Recht materielle und auch allgemein identifizierbare Vorgaben trifft und insoweit die vermeintliche Unbestimmtheit des Rechts einer rechtlichen Bewertung nicht entgegensteht. So äußert sich Koskenniemi im Hinblick auf die Legalität der Kosovointervention des Jahres 1999: „[M]ost lawyers – including myself – have taken the ambivalent position that it was both formally illegal and morally necessary.“⁶² Ungeachtet der behaupteten Offenheit der Rechtsquellen und der von Koskenniemi angenommenen Möglichkeit mit einem rechtlich einwand-

⁵⁸ *Glanville L. Williams*, *Law Quarterly Review* 61 (1945), 293 (302).

⁵⁹ Vgl. *supra* 198–202.

⁶⁰ Vgl. dazu *Schauer*, in: Keil/Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law*, 2016, S. 177 (183): „But even if it is true that all of the terms of a language are open-textured in that they always contain the possibility of vagueness, this does not entail the conclusion that those terms do not operate in a predictable way before their open-texture is manifested.“

⁶¹ Vgl. *Schachter*, *American Journal of International Law* 83 (1989), 259 (267f.).

⁶² *Koskenniemi*, *Modern Law Review* 65 (2002), 159 (162).

freien Argument, jedwede Handlung zu rechtfertigen,⁶³ war offenbar auch nach Auffassung Koskenniemi die Grenze des Argumentierbaren im Hinblick auf die Legalität der Kosovointervention erreicht, so dass diese als *formally illegal* angesehen werden musste.

Klar identifizierbare Vorgaben des Rechts liegen auch im Hintergrund von drei der in der vorliegenden Untersuchung entwickelten Illegalitätstypen. Die Debatte um einen Rechtsbruch im Notstand (§ 8), die Figur der legislativen Illegalität (§ 10) und die Fälle, in denen Rechtsbrüche in den Dienst einer Systemopposition gestellt werden (§ 11), setzen voraus, dass sich in den konkreten Situationen ein Verstoß gegen rechtliche Vorgaben ausmachen lässt. Auch für die Fälle fehlender Anrufung des Rechts (§ 12) haben wir gesehen, dass vielfach eine Rechtswidrigkeit der Interventionen angenommen werden muss, die nicht zuletzt oft auch treibende Kraft hinter der staatlichen Entscheidung ist, eine bestimmte Intervention im Rechtssinne nicht zu rechtfertigen oder sie verdeckt auszuführen.

Die Unbestimmtheit des Rechts bestimmt dagegen die Typen des Anwendungsstreits (§ 7) sowie die diskutierten Konflikte in den Grauzonen des Rechts (§ 9). Im Rahmen von Anwendungsstreitigkeiten geht es darum, die abstrakten Rechtsbegriffe im Hinblick auf einzelne Fälle zu konkretisieren. Sie kennzeichnet, dass Staaten eine rechtliche Position vertreten, die sich im Rahmen möglicher Bedeutungen eines Rechtsbegriffs bewegt. Anwendungsstreitigkeiten gehören, wie wir gesehen haben, zu jeder Rechtsordnung hinzu. Gleichzeitig kann das Maß an Unbestimmtheit des Rechts, mit dem die Parteien eines solchen Streites umzugehen haben, erheblich sein. Aus der vorgehenden Analyse wird nämlich deutlich, dass der vom Recht gezogene Rahmen und damit auch die in einem Anwendungsstreit zulässigerweise beziehbaren Rechtspositionen davon abhängen, wie konkret die rechtlichen Vorgaben sind – das wiederum hängt zum Beispiel von den Formulierungen in Verträgen, aber maßgeblich auch vom Vorhandensein einschlägiger Praxis ab. Man mag sich zur Illustration die Situation unmittelbar nach Schaffung der UN-Charta vorstellen. Artikel 51 UNC gab der Selbstverteidigung fraglos einen rechtlichen Rahmen, ließ aber doch viele Möglichkeiten der Interpretation zu, zum Beispiel die Lesart, dass wegen des Rekurses auf ein *inherent right of individual or collective self-defence* auch vorgängiges Gewohnheitsrecht im Rahmen der UN-Charta fortgelte. Die besseren Argumente sprachen – nach hier vertretener Auffassung – dagegen,⁶⁴ aber es lässt sich andererseits nicht behaupten, dass die gegenteilige Auffassung die in § 7 beschriebene Grenze zu einer zynischen und schlechterdings unhaltbaren Lesart des Rechts überschritten hätte. Es handelte sich vielmehr um eine Frage der Anwendung bestehenden Rechts, welches allerdings in Ermangelung einschlägiger, die Norm konkretisierender Praxis noch einen sehr weiten Bedeutungsrahmen zuließ.

⁶³ Vgl. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 591; vgl. zur Diskussion von Koskenniemi und anderen, ähnlichen Positionen supra 156–161.

⁶⁴ Vgl. supra 47–51.

Der Idealfall wäre, dass sich im Laufe der Zeit der Bedeutungsrahmen durch die Praxis verengt, dass sich also ein Begriffskern der verwendeten rechtlichen Konzepte (zum Beispiel des Begriffs der Gewalt oder Selbstverteidigung) herausbildet und verfestigt, so dass die völkerrechtlich bestehenden Pflichten klarer hervortreten. In der Analyse in §7 haben wir gesehen, dass diese Konkretisierung des Rechts eine mögliche produktive Funktion des Anwendungstreits ist, dass sie allerdings häufig nicht zum Tragen kommt, da Rechtsstreitigkeiten unentschieden bleiben. In diesen Fällen führt der Anwendungstreit zwar – da beide Parteien sich auf eine Rechtsnorm (zum Beispiel das Selbstverteidigungsrecht) beziehen – zu einer Bestärkung der angerufenen Norm. Diese wird verfestigt, da die Norm durch die Anrufung eine Unterstützung in der Praxis und *opinio iuris* der Staaten findet. Gleichzeitig aber wird eben auch allein eine abstrakte Lesart des Rechts unterstützt; die im konkreten Fall streitentscheidenden Fragen bleiben unbeantwortet. In diesem Sinne würde etwa im soeben angeführten Beispiel des Selbstverteidigungsrechts die Anrufung von Gewohnheitsrecht der Selbstverteidigung aus Zeiten vor der Geltung der UN-Charta zwar die abstrakte Geltung von Artikel 51 UNC bestärken. Substanziell aber wäre dies eine sehr abstrakte und allgemeine Geltungsebene, in der entscheidende Bedeutungsdimensionen des Rechts auf Selbstverteidigung noch ungeklärt sind und sich im Sinne der oben diskutierten Begrifflichkeiten noch kein signifikanter Bedeutungskern herausgebildet hat.

In den Grauzonen des Rechts (§9) sind wir mit einer Situation konfrontiert, in der die Unbestimmtheit des Rechts im Hinblick auf bestimmte Fragen dezidiert unterhalten wird. Aus der Anwendung des Rechts haben sich bestimmte Fragen als dauerhaft umstritten erwiesen und die Staaten streiten darum, wie der Rahmen des Rechts zu ziehen ist. In diesen Grauzonen besteht die rechtliche Unsicherheit im Hinblick auf konkrete Situations- oder Konflikttypen. Als einen Fall der Grauzone diskutiert haben wir die Zulässigkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium eines nichtverantwortlichen Drittstaates. Aber auch die Frage der Möglichkeit der Rettung eigener Staatsangehöriger aus existenziellen Notlagen fällt in diese Kategorie. Die Rechtslage ist in diesen konkreten Situationstypen dahingehend unbestimmt, als dass das Argument sowohl für eine Intervention als auch gegen eine Intervention rechtlich geführt werden kann. Wir bewegen uns – wiederum auf der Grundlage der oben bemühten Begriffe – im Rahmen des Begriffshofs, in dem die Anwendung des Rechts unklar ist. Auch in den Grauzonen des Rechts geht es also nicht um eine allgemeine Unbestimmtheit des Rechts. Vielmehr besteht diese Unbestimmtheit allein im Hinblick auf bestimmte konkrete Handlungsalternativen. Ein beachtliches Phänomen, das wir in der vorherigen Untersuchung eingehend betrachtet haben, ist dabei aber der Umstand, dass die Unsicherheit durch Strategien von Staaten und internationalen Akteuren unterhalten wird.⁶⁵ Die Staaten erzeugen bewusst bestimmte politische Räume, in

⁶⁵ Vgl. supra 248–259.

denen die Unsicherheit gleichsam bewahrt und gehalten werden kann. Die rechtliche Unbestimmtheit zum Beispiel im Hinblick auf die angeführte Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure verfolgt den Zweck, eine langsame Herausbildung neuer rechtlicher Kriterien zu ermöglichen. Die Transformation des Rechts erfolgt sukzessive. Staaten können und wollen oftmals nicht vor-schnell die Kategorien neuen Rechts postulieren oder die Postulate anderer Staaten unterstützen, da sie die Konsequenzen und möglichen Missbrauchspotenziale einer neuen Norm oftmals nicht sicher abschätzen können. Insofern verspricht die im Hinblick auf bestimmte Rechtsfragen unterhaltene Unbestimmtheit die Möglichkeit, dass sich das Recht sukzessiv konkretisieren kann. Die Staaten erschaffen so einen Gestaltungsspielraum, in dem durch die Unbestimmtheit des Rechts beide gegenläufigen Positionen anerkannt werden (zum Beispiel durch die analysierten interpretationsoffenen Resolutionen des Sicherheitsrats oder durch interpretationsoffene staatliche Reaktionen), in dem aber gleichzeitig auch die Möglichkeit erzeugt wird, in einem inkrementellen Prozess die Unbestimmtheit des Rechts zu überwinden. Durch einzelne Akte der Praxis, durch kleine Schritte der Annäherung, durch sukzessive Konkretisierung kann der Boden bereitet werden, dass die Grauzonen gleichsam aufgehellt werden und somit vom diffusen Ende des Bedeutungshofs in den konturierten und damit Rechtssicherheit bietenden Bereich des Bedeutungskerns der Norm überwechseln.

Zugleich erlaubt diese inkrementelle Strategie, dass in dem Moment, in dem sich Staaten offen zu neuen Kriterien des Rechts (zum Beispiel zur Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure) bekennen, diese Kategorien bereits auf der Grundlage empirischer Erfahrungen formuliert und verfochten werden können. Wir haben es dann nicht mehr zu tun mit einem bloß abstrakten normativen Postulat eines Staates, das sich auf Grund solcher Partikularität zudem als besonders angreifbar erweist. Vielmehr ist die entsprechende Debatte dann bereits angereichert mit staatlicher Praxis, die es Staaten daher erlaubt, sich mit größerer Sicherheit zu positionieren.

* * *

Das Recht zielt, wie wir in § 5 entwickelt haben, auf eine binäre Entscheidung von Streitigkeiten. Legal oder illegal? Diese Frage hebt das Recht an zu beantworten. Das Recht aber kann diese Klassifizierung nicht als solches und für sich genommen treffen, sondern es bietet nur den kategorialen Rahmen, innerhalb dessen die Rechtsanwendenden diese Klassifizierung vornehmen müssen. Die Klassifizierung verlangt wegen der Offenheit der Rechtsbegriffe oftmals eine *Entscheidung*, und diese Entscheidung bedarf idealerweise eines institutionellen Rahmens. Eine sichere binäre Klassifizierung zwischen legal und illegal kann in den Streitfällen, in denen das Ergebnis der Rechtsanwendung nicht offensichtlich ist, daher nur dort gefunden werden, wo Streitigkeiten durch Gerichte oder die Jury der Staaten entschieden werden.

In Ermangelung eines effektiven internationalen Gerichtswesens im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist die Debatte durch Unsicherheiten auf vielen Ebenen gekennzeichnet. Wir haben in unserer Untersuchung die Unsicherheit der Rechtsanwendung in den Blick genommen, aber auch gesehen, dass vielfach Unsicherheiten auf der abstrakt-generellen Ebene der Rechtsgeltung zum Tragen kommen („Grauzonen des Rechts“, § 9).

In der Folge dieser Unsicherheiten über die Anwendung des Rechts und seine abstrakt-generelle Reichweite sowie in Anbetracht des Mangels an Streitentscheidung funktioniert das Völkerrecht damit in der Praxis oftmals nicht in einem binären Legal-illegal-Schema, sondern stellt sich den Teilnehmenden am Rechtsdiskurs als ein graduelles normatives Koordinatensystem dar.⁶⁶ Mehr Klarheit könnte hier erzeugt werden einerseits durch die Erweiterung rechtsanwendender Instanzen, andererseits durch die Erschaffung legislativer Instanzen, die beispielsweise offene Rechtsfragen in nachfolgenden Übereinkünften adressieren. An solch einer Klärung aber fehlt zuletzt oft das Interesse insbesondere mächtiger Staaten, denen sich die Unbestimmtheiten des Rechts gerade als Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten präsentieren.

Die vielfach beschworene Unbestimmtheit der Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist, so die abschließende These zu diesem Punkt, in ihrer Bedeutung allerdings oft überbewertet. Die Rede von einer generellen Unbestimmtheit des Rechts stellt sich vor dem Hintergrund der vorliegenden Untersuchung als eine unstatthafte Simplifizierung einer komplexen Gemengelage dar. Das Recht ist nicht einfach bestimmt oder unbestimmt, sondern es ist beides, teils bestimmt und teils unbestimmt, und es ist Aufgabe der Rechtsanwendung, mit dieser Kontextabhängigkeit umzugehen. In der Tat lassen sich viele Fragen auf der Grundlage des bestehenden Rechts eindeutig beantworten. Für andere bestehen Bedeutungsunsicherheiten, was allerdings kein grundsätzliches Defizit der Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots darstellt. Probleme ergeben sich allerdings dann, wenn Staaten die Unbestimmtheit des Rechts befördern, andererseits seine Konkretisierung nicht vorantreiben. Hierdurch entsteht die Gefahr eines immer diffuser werdenden normativen Regimes, das infolge solcher normativen Ausdünnung auch regulative Kraft zu verlieren droht. Zu einem wirklichen Problem wird rechtliche Unbestimmtheit dann, wenn sie die Grundlage für willkürliches und damit letztlich nicht mehr effektiv rechtlich reguliertes Handeln bildet.⁶⁷

⁶⁶ Es zeigt sich somit, dass das in § 5 analysierte entsprechende graduelle Verständnis von Legalität und Illegalität letztlich eine oftmals angemessene Beschreibung aus Sicht der Teilnehmenden des Rechtsdiskurses ist; vgl. supra 161–174.

⁶⁷ Vgl. hierzu auch Endicott, der betont, dass Unbestimmtheit kein grundsätzliches Problem darstelle: *Endicott, Vagueness in Law*, 2000, S. 202: „Vagueness in the law is not necessarily a deficit in the rule of law“; weiter: ebd., S. 203: „Vagueness is a deficit when it lends itself to arbitrariness [...] – to abandoning the reason of the law. Authorities can use vagueness to exempt their actions from the reason of law, or even to make it impossible to conceive of the law as having any reason distinguishable from the will of the officials. Then vagueness is a deficit in the rule of law.“

III. Recht vs. Legitimität

An mehreren Stellen der vorliegenden Untersuchung trat der Begriff der Legitimität als bedeutende Kategorie hervor. In den Fällen nämlich, in denen die rechtlichen Vorgaben nicht hinreichend unbestimmt sind, als dass Staaten ihre Lesart des Rechts als eine mögliche Anwendung des bestehenden Rechts ausgeben könnten, müssen Staaten – ausdrücklich oder implizit – den Rechtsbruch einräumen, wenn sie nicht auf eine unhaltbare und zynische Positionierung zurückgreifen wollen. Sie können alsdann nur auf Legitimitätsgesichtspunkte als Grundlage einer möglichen außerrechtlichen Rechtfertigung zurückgreifen, die andere Staaten dazu anhalten sollen, sich in ihren Reaktionen auf einen Rechtsbruch zu mäßigen. In diesem Sinne bringt der in Ansehung der Suezkrise von 1956 verfasste und bereits zitierte interne Brief des britischen Rechtsberaters Gerald Fitzmaurice die Bedeutung von Legitimitätskriterien zum Ausdruck, als er sie als mögliche, eine Rechtswidrigkeit kompensierende Argumente ins Spiel bringt: „I believe that we shall be making a very serious mistake for which we shall pay heavily in the future, if we use force without adequate legal justification, or at least without an overwhelmingly strong moral justification so clear and evident *as to compensate for any legal deficiencies*.“⁶⁸

In unserer Diskussion erwiesen sich Legitimitätserwägungen als zentral im Hinblick auf die Notstandssituationen, in denen die Vorgaben des bestehenden Rechts wegen der Besonderheiten des Einzelfalls nicht als hinreichend angesehen wurden (§ 8). In den Fällen der legislativen Illegalität – des Rechtsbruchs zur Fortentwicklung des Rechts – waren es gleichfalls Legitimitätsgesichtspunkte, die den Kern einer Rechtfertigung für den Rechtsbruch ausmachten. Schließlich stehen Legitimitätsfragen auch im Hintergrund der Fälle der Systemopposition, die wir in § 11 untersucht haben.

In der völkerrechtlichen Debatte sind die grundsätzliche Rolle sowie der konkrete Gehalt des Begriffs der Legitimität seit langem Gegenstand ausgiebiger Debatten.⁶⁹ Im Folgenden werden zunächst die Gefahren betont, die mit der Rechtfertigung illegaler Interventionen durch Legitimitätsargumente einhergehen (1.). Gleichwohl erweisen sich Legitimitätsargumente als für die völkerrechtliche Praxis zentral. Unter 2. wird gezeigt, dass deren richtige theoretische Verortung auf der Seite der Rechtsfolgen für illegale Verstöße liegt. Schließlich wird unter 3. ein Katalog von Kriterien entwickelt, die für die Bewertung der Legitimität einer militärischen Intervention relevant sind.

⁶⁸ Letter of G. G. Fitzmaurice to Sir George Coldstream, Top Secret, 6. September 1956, LCO 2/5760, S. 1 (Hervorhebung C. M.).

⁶⁹ Vgl. als Verfechter der grundsätzlichen Möglichkeit zur Berufung auf Legitimität *Simma*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 1 (22); *Falk*, *Review of International Studies* 31 (2005), 33 (49 f.); *Falk*, in: *Falk, Legality and Legitimacy in Global Affairs*, 2012, S. 3 (9 ff.); vgl. die Kritik an Legitimitätsargumenten zur Rechtfertigung illegaler Interventionen: *Crawford*, *Proceedings of the American Society of International Law* 98 (2004), 271 (271–273); *Roberts*, in: *Alston/Macdonald (Hrsg.), Human Rights, Intervention and the Use of Force*, 2008, S. 179 (179 ff.).

1. Die Gefahr von Legitimitätskriterien

Das Problem des Rekurses auf legitimitätsbezogene Kriterien liegt darin, dass der Begriff der Legitimität und der moralisch-politischen Maßstäbe hochgradig subjektiv, interpretationsoffen und damit missbrauchsanfällig ist – diese Kritik ist an mehreren Stellen in dieser Untersuchung angeklungen. Ist es schon schwierig, internationale Einigkeit über die Legalität bestimmter Maßnahmen herzustellen, so fällt dies mit Blick auf den wertgeladenen Begriff der *Legitimität* noch ungleich schwerer.⁷⁰ Es besteht keine Einigkeit über die anzulegenden Standards, und diese sind, noch mehr als die Interpretation des Völkerrechts, geprägt von den jeweiligen Vorverständnissen und Weltzugängen, die weithin auch ideologische Prägungen haben. Inhaltliche Maßstäbe für die Bewertung eines Verhaltens als legitim oder illegitim stehen damit stets vor dem Problem der Partikularität.

Das allenthalben in Bezug genommene Kriterium für eine Feststellung der Legitimität einer Intervention ist die Nützlichkeit der Effekte des Rechtsbruchs zur Förderung guter Zwecke.⁷¹ Franck konstatiert im Hinblick auf humanitäre Interventionen: „The ultimate test of a humanitarian intervention’s legitimacy is whether it results in significantly more good than harm“.⁷² Noch grundsätzlicher knüpfen Posner und Sykes die Pflicht zur Befolgung völkerrechtlicher Normen an einen „welfarist approach“, dem zufolge „compliance with international law is justified only if compliance promotes national or global welfare“.⁷³

Dieses Kriterium der Nützlichkeit aber ist letztlich in Anbetracht der Universalität der völkerrechtlichen Ordnung nur ein Scheinkriterium, denn *was more good* letztlich bedeutet, ist eine substanzielle moralische Frage, deren Beantwortung im globalen Maßstab vor dem Hintergrund unterschiedlicher Prämissen kontrovers ausfällt. Traditionalistische Zugänge zum Völkerrecht berufen sich auf den Standpunkt, dass allein die staatliche Souveränität und damit die Zustimmung einzelner Staaten ein legitimierendes Prinzip darstellen könne und insoweit weitere Maßstäbe nicht in Frage kämen. In der staatlichen Praxis wie auch in der wissenschaftlichen Debatte aber ist eine Reihe von inhaltlichen Prinzipien für die Rechtfertigung illegalen Gewalteinsatzes und damit für eine Infragestellung bestehender Rechtsnormen in Anschlag gebracht worden. Am prominentesten sind insoweit basale menschenrechtliche Garantien, um deren Schutz es im Rahmen humanitärer Interventionen geht.⁷⁴ Im Bericht der auf Initiative der schwedischen Regierung

⁷⁰ Stefan Talmon betont daher zu Recht ein grundsätzliches Unbehagen gegen Legitimitätskriterien: Talmon, AJIL Unbound 108 (2014), 123 (128): „And for the international lawyer any justification of a measure as being ‚illegal but legitimate‘ must be deeply troubling and totally unsatisfactory.“

⁷¹ Falk, American Journal of International Law 97 (2003), 590 (593): „Acknowledging the behavioural pressures of the world, the possibility exists that contested uses of force under the Charter are ‚illegal, yet illegitimate‘ [...] on the basis of the beneficial impact of the intervention.“

⁷² Franck, Recourse to Force, 2002, S. 189.

⁷³ Posner/Sykes, Michigan Law Review 110 (2011), 243 (246).

⁷⁴ Vgl. in diesem Sinne etwa die Stellungnahme des UN-Generalsekretärs Kofi Atta Annan

eingesetzten Independent International Commission on Kosovo heißt es in diesem Sinne, dass „a ‚right‘ of humanitarian intervention is not consistent with the UN Charter if conceived as a legal text, but that it may, depending on context, nevertheless, *reflect the spirit of the Charter as it relates to the overall protection of people against gross abuse*“.⁷⁵

In der staatlichen Praxis finden wir des Weiteren die Anrufung des Selbstbestimmungsrechts der Völker als ein legitimitätsstiftendes Prinzip. Dieses wurde insbesondere im Rahmen der Dekolonialisierung herangezogen und dort auch als Legitimitätsgrundlage für einen nicht durch die UN-Charta gerechtfertigten Einsatz von militärischer Gewalt (gegen koloniale Abhängigkeit) angeführt.⁷⁶ Angerufen aber wird auch der Schutz der Souveränität, auf den sich beispielsweise Versuche stützen, ein Recht zur präventiven Selbstverteidigung zu begründen. Der Souveränitätsschutz steht auch im Hintergrund der Debatte um die Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts gegen Angriffe nichtstaatlicher Akteure, welches nach traditionellem Verständnis auf die Verteidigung gegen von Staaten ausgehende Angriffe beschränkt war.⁷⁷ Insoweit geht es hier darum, die souveräne Staatlichkeit vor Gefahren zu schützen und dafür gegebenenfalls bestehende Rechtsnormen an die aktuelle Gefahrenlage anzupassen.

Vor dem Hintergrund einer bestimmten politisch-moralischen Theorie und eines damit verbundenen substanziellen Gerechtigkeitskonzepts kann man sich für die alleinige Relevanz des einen oder des anderen inhaltlichen Prinzips aussprechen und damit zum Beispiel allein die Menschenrechte als ein legitimierendes Prinzip postulieren. Betrachtet man aber die Funktionsweise des Völkerrechts und den ihm immanenten Multiperspektivismus, so wird deutlich, dass es jedenfalls systemimmanent keine Möglichkeit gibt, die Vielschichtigkeit der möglicherweise anrufbaren Legitimitäterwägungen *a priori* zu beschränken. Ein Staat, der seine eigenen Legitimitäterwägungen über das Recht stellt, muss daher damit rechnen, dass andere mit ihm gleichziehen und die von ihnen verfochtenen substanziellen Gerechtigkeitsvorstellungen auch gegen das Recht in die Tat umsetzen.

Selbst dort, wo eine Einigkeit über die substanziellen Werte besteht, ist es hochgradig umstritten, wie diese zu erreichen sind. Ob beispielsweise basale Menschenrechte besser durch eine militärische Intervention oder durch ein Handeln im tradierten staatsfokussierten System der internationalen Beziehungen geschützt werden können, hängt nicht zuletzt von einer mit erheblichen Unsicherheiten verbundenen Prognoseentscheidung ab. Ob es in einer – moralisch freilich schwie-

vor der UN-Generalversammlung, UN-Generalversammlung, 20. September 1999, UN Doc. A/54/PV.4, 2: „The Charter is a living document whose high principles still define the aspirations of peoples everywhere for lives of peace, dignity and development. Nothing in the Charter precludes a recognition that there are rights beyond borders. Indeed, its very letter and spirit are the affirmation of those fundamental human rights.“

⁷⁵ *Independent International Commission on Kosovo*, The Kosovo Report, 2000, S. 186 (Herzvorhebung C. M.).

⁷⁶ Vgl. supra 30–36.

⁷⁷ Vgl. supra 37–45.

rigen – Gesamtabwägung der Einhaltung von Menschenrechten insgesamt zuträglicher ist, dass ein autoritärer Herrscher abgesetzt und Oppositionsgruppen unterstützt werden, oder ob nicht im Gegenteil gegenüber den naheliegenden Gefahren eines umfassenden Bürgerkriegs die autoritäre Herrschaft das kleinere Übel darstellt, ist selbst aus utilitaristischer Perspektive keineswegs ausgemacht. Auch treten sich verschiedene Dimensionen des Schutzes (zum Beispiel kurzfristiger versus langfristiger Schutz) gegenüber. Die geforderte Abwägungsentscheidung ist mithin äußerst komplex, muss mit einer Vielzahl unbekannter Variablen operieren und ist daher äußerst fehleranfällig.

Ein gewichtiges Defizit der Debatte um illegale, aber (vermeintlich) legitime Interventionen ist ferner, dass unter der oft in Anschlag gebrachten utilitaristischen Perspektive regelmäßig nicht zwischen Handlungs- und Regelutilitarismus differenziert wird.⁷⁸ Unter handlungsutilitaristischer Perspektive soll die größte Nützlichkeit für die jeweilige Handlung erzeugt werden. Die Frage wäre also zum Beispiel, ob durch eine Intervention im konkreten Fall mehr Menschen gerettet werden können, als bei ungehindertem Fortlauf zu Schaden kommen. Die regelutilitaristische Sicht analysiert dagegen nicht die Auswirkungen im konkreten Fall, sondern fragt, ob die einer Handlung zugrunde liegende Regel auf allgemeiner Ebene nützlicher ist als alternative Regeln. Die Frage wäre also nicht, ob im konkreten Fall die Effekte eines Regelbruchs den Effekten des regelkonformen Verhaltens vorzuziehen wären. Entscheidend wäre vielmehr, ob der Rechtsbruch und die mit ihm potenziell verbundenen negativen Folgen für das gesamte Regime des Gewaltverbots gegenüber einem strengen und allgemeinen Gewaltverbot „nützlicher“ sind. Diese Perspektive lenkt unsere Aufmerksamkeit abermals auf ein entscheidendes Problem, nämlich auf die Effekte, die der Rechtsbruch aus Gründen der Legitimität auch auf der Ebene der Primärnorm zeitigen kann. Die Gefahr besteht also darin, dass vermittels gut gemeinter Interventionen das Fundament für eine friedliche internationale Ordnung unterlaufen wird, die sich doch – wie defizitär auch immer – als das derzeit einzige Ordnungsmodell darstellt.⁷⁹

2. Der richtige Ort für Legitimitätserwägungen: Rechtsfolgenseite

Wiewohl Legitimitätserwägungen also ein *slippery slope* sind, lassen sie sich aus den Auseinandersetzungen um das Völkerrecht nicht herausdividieren, denn letztlich ist die Moral eine der normativen Ressourcen, vor deren Hintergrund sich das Völkerrecht selbst rechtfertigen muss, damit es den Anspruch erheben kann, Anerkennung und Befolgung zu *verdienen*. Das Völkerrecht ist kein Selbstzweck, sondern es soll eine legitime internationale Ordnung erschaffen, stabilisieren und aufrechterhalten. Durch das Postulat von Legitimitätsargumenten machen Staaten

⁷⁸ So auch die Kritik von *Roberts*, in: Alston/Macdonald (Hrsg.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, 2008, S. 179 (203 f.).

⁷⁹ *Zuck*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 32 (1999), 225 (227).

diese Geltungsdimension des Rechts zu einem expliziten Gegenstand. Durch einen Rechtsbruch aus Legitimitätserwägungen erkennen Staaten den Inhalt des positiven Rechts an und betonen doch zugleich, dass die Positivität des Rechts kein hinreichender Geltungsgrund für das Völkerrecht ist, sondern dass eine interne Verbindung zur Moral besteht. Diese Verbindung ist weder statisch noch klar umrissen. Sie ist vielmehr permanenter Gegenstand der Aushandlung und unterliegt im Wertewandel der Zeit auch erheblichem Streit.

Legitimitätserwägungen erhalten einen dialektischen Widerspruch innerhalb des rechtlichen Diskurses aufrecht. Staaten wird hierdurch erschwert, sich in apologetischer und unhinterfragbarer Weise auf das Sosein des Rechts zu berufen. Durch den Rechtsbruch im Dienste von Legitimitätserwägungen unterstreicht ein Staat, dass es ihm ernst ist, und wird somit – sofern sein Anliegen für andere Akteure nachvollziehbar ist – möglicherweise Gehör finden. Indem derart der Widerspruch gegen die Positivität des Völkerrechts artikuliert werden kann, kann zugleich ungeachtet aller diskutierten Gefahren für das Recht paradoxerweise die gesamte normative Struktur des Völkerrechts stabilisiert werden. Denn andernfalls stünde zu befürchten, dass Staaten gänzlich aus der rechtlichen Integration ausscheren und sich auf beispielsweise außerrechtliche Rechtfertigungsmodi verlegen – eine, wie wir bereits gesehen haben, gegenwärtig dringliche Gefahr.⁸⁰ Christopher Daase betont in diesem Zusammenhang,

„dass die Unterscheidung zwischen Moral und Recht, Legalität und Legitimität eine wichtige Funktion in den internationalen Beziehungen erfüllt. Sie erlaubt ein hohes Maß an Stabilität der normativen Struktur, verkörpert im internationalen Recht. Gleichzeitig erlaubt sie Widerspruch, Verweigerung aus Gewissensgründen und sogar Dissidenz und Widerstand. Man könnte deshalb sagen, dass die Spannung zwischen Legalität und Legitimität geradezu konstitutiv für freie Gesellschaften, nationale wie internationale, ist. Wir sollten deshalb wahrscheinlich vorsichtig sein, ihre Überwindung zu fordern“.⁸¹

Die widersprüchliche Rolle von Legitimitätserwägungen im internationalen Bereich kann auf der Ebene einer *rechtswissenschaftlichen* Untersuchung nicht aufgelöst werden. Der Widerspruch wurzelt nicht in mangelnder Theoretisierung, sondern im Gegenstand der Betrachtung selbst – in dem Recht, in dem die Spannung zwischen Legalität und Legitimität fortwährend am Werke ist.

Aus einer rechtswissenschaftlichen Sicht sind nach allem zwei Aspekte entscheidend. Erstens legen es die Gefahren legitimitätsbasierter Argumente nahe, einer Vermengung der Perspektiven von Legalität einerseits, Legitimität andererseits strikt entgegenzutreten. Zweitens allerdings ist anzuerkennen, dass illegale militärische Interventionen vor dem Hintergrund außerrechtlicher Bewertungsmaßstäbe legitim sein können und dass diese mögliche Legitimität auch auf den Bereich des Rechts zurückwirkt. Nicht nur kann sich auf der Grundlage entsprechender Legitimitätsdiskurse auch das Recht selbst fortentwickeln. Vielmehr zeitigen Legitimi-

⁸⁰ Vgl. supra 334 ff.

⁸¹ Daase, Die Friedens-Warte 88 (2013), 41 (58).

tätsgesichtspunkte auch auf der Ebene der Rechtsfolgen illegaler Interventionen Auswirkungen. Franck betont diesen Umstand im Hinblick auf die differenzierten Reaktionsmöglichkeiten insbesondere des UN-Sicherheitsrats: „The political organs have demonstrated their ability and readiness, when faced with states’ recourse to force, to calibrate their responses by sophisticated judgment, taking into account the full panoply of specific circumstances.“⁸² Je legitimer eine Intervention also ist, desto schwächer werden negative internationale Reaktionen, wie Verurteilungen oder Sanktionen, ausfallen. Es ist also auch unter einer rechtlichen Perspektive von Belang, welche Elemente in den Begriff der Legitimität hineinspielen und damit die möglichen Reaktionen auf illegale Interventionen entscheidend bestimmen. Wir wollen uns nunmehr den Grundzügen eines Begriffs der Legitimität zuwenden und einzelne Elemente identifizieren.

3. Elemente eines Begriffs der Legitimität

Der folgende Katalog enthält acht Kriterien für die Bewertung der Legitimität einer illegalen militärischen Intervention, denen – wie ausgeführt – insbesondere auf der Ebene der Rechtsfolgen besonderes Gewicht zukommt. Diese Kriterien sind nicht im Sinne eines abzuhandelnden Programms zu verstehen, sondern vielmehr als ein Katalog von Abwägungsgesichtspunkten, die bei der Bewertung der Legitimität einer Intervention einfließen sollten. Sie finden sich vielfach bereits in der völkerrechtlichen Debatte artikuliert, werden hier aber konturiert und in Perspektive gesetzt. Es wird sich zeigen, dass diese Kriterien hohe Anforderungen an die Legitimität einer illegalen Intervention stellen, so dass sich letztlich eine illegale Intervention kaum je als legitim darstellen dürfte.

Die folgenden Kriterien sind dabei nicht im Sinne eines substanziell gehaltvollen, das heißt materiellen Begriffs der Legitimität zu verstehen, der letztlich nur auf der Grundlage einer moral- und rechtsphilosophischen Abhandlung zu entfalten wäre. Vielmehr geht es um einen schwachen Begriff der Legitimität, der rechtsimmanent verfährt und damit in der Funktionsweise der gegenwärtigen Ordnung verankert ist (was freilich die Möglichkeit eines weiter reichenden, substanzielleren Zugriffs keineswegs ausschließt).

a) Handlung zum Schutz eines völkerrechtlich geschützten Rechtsguts

Ein erstes (wenngleich schwaches) Kriterium der Legitimität ist, dass das durch die Intervention zu schützende oder zu bewahrende Interesse in der bestehenden völkerrechtlichen Ordnung bereits *rechtliche* Anerkennung findet. Kern von Legitimitätserwägungen ist, dass sozusagen mit dem Geist des bestehenden Völkerrechts, allem voran der UN-Charta, gegen dessen Buchstaben argumentiert wird. Insofern wird angeknüpft an bestimmte bereits etablierte und in Rechtsnormen geron-

⁸² Franck, *Recourse to Force*, 2002, S. 186.

nene normative Vorstellungen, die aber insbesondere auf der Grundlage bestehender Durchsetzungsregelungen nicht realisiert werden können. Auf der Grundlage dieser Prädisposition wird also nicht eine abstrakte, von einem Staat individuell ersonnene Norm gegen das geltende Recht gestellt. Vielmehr wird die Grundlage der Legitimität rechtsimmanent ermittelt. Ausgeschlossen sind damit bestimmte eklatante Verstöße gegen die UN-Charta. Schwach ist dieses Kriterium allerdings insoweit, als dass in den meisten denkbaren Konstellationen ein Rekurs auf die bedeutungsoffenen, in der Charta verankerten Prinzipien möglich scheint.⁸³

b) Schwere der Verletzung

Die von der UN-Charta geschützten Rechte müssen fernerhin einer erheblichen und schwer wiegenden Verletzung ausgesetzt sein, die eine militärische Intervention rechtfertigt.⁸⁴ Relevant ist insoweit auch die zeitliche Dimension. Es genügt nicht, dass eine abstrakte, aber noch fernliegende Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut besteht, um eine Intervention zu legitimieren. Zurückzuweisen sind daher Versuche der Schaffung präventiver Handlungsgrundlagen, wie sie beispielsweise im Hinblick auf das in Teilen postulierte Recht zur präventiven Selbstverteidigung in Anschlag gebracht werden. Aber auch im Rahmen der Debatte um die Zulässigkeit humanitärer Interventionen finden wir als besonders problematisches Element präventive Erwägungen. So sieht es Koh bereits als hinreichend an, wenn eine humanitäre Krise geeignet sei, solche Konsequenzen für die internationale Ordnung zu zeitigen, „that would likely soon create an imminent threat to the acting nations“.⁸⁵ Beachtlich ist hier der Grad an Eventualität, den Koh ausreichen lassen will: Es geht nicht einmal um die Existenz einer unmittelbar bevorstehen-

⁸³ Das unmittelbare Streben nach der Erweiterung des staatlichen Territoriums im Wege der Annexion etwa hätte keinerlei Aussicht, sich auf in der UN-Charta verankerte Prinzipien zu berufen. Allerdings sollte man nicht übersehen, dass – in Abhängigkeit von den Umständen – selbst eklatante Verstöße gegen das Gewaltverbot durchaus mit nur geringem argumentativem Aufwand in den Kontext akzeptierter Wertvorstellungen gerückt werden können. Die russische Intervention auf der Krim verfolgte beispielsweise nicht etwa unmittelbar den Zweck einer Annexion. Sie ging vielmehr den Umweg, über die militärische Intervention ein Referendum zu ermöglichen, auf dessen Grundlage dann eine Eingliederung der Krim in russisches Territorium erfolgte. Es fällt also nicht schwer, die russische Aggression als eine Maßnahme zu beschreiben, die im Dienste der Durchsetzung eines völkerrechtlich anerkannten Wertes steht, nämlich des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Dieses Beispiel zeigt, dass durch das Erfordernis der Berufung auf ein in der UN-Charta etabliertes Rechtsprinzip allenfalls wenige Rechtsverstöße kategorisch ausgeschlossen sein dürften.

⁸⁴ Die Independent International Commission on Kosovo verlangt „severe violations of international human rights or humanitarian law on a sustained basis“ oder ein „great suffering and risk“ zu Lasten der Zivilbevölkerung als Konsequenz eines „breakdown of governance“, *Independent International Commission on Kosovo*, The Kosovo Report, 2000, S. 293; das Danish Institute of International Affairs sieht eine Handlungsbefugnis nur für „most serious and massive violations of human rights and international humanitarian law which threaten the lives and well-being of large groups of civilians“, *Danish Institute of International Affairs*, Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects, 1999, S. 125.

⁸⁵ Koh, AJIL Unbound 111 (2017), 287 (289).

den Gefahr, sondern darum, dass die bestehende Krise eine solche Gefahr „wahrscheinlich“ und „bald“ erzeugen wird.⁸⁶ Diesen Positionen entgegen verlangt die Güterabwägung, dass das fragliche völkerrechtliche Gut bereits betroffen ist.

c) *Handlungsunfähigkeit der Institutionen kollektiver Sicherheit*

Ein drittes wichtiges Kriterium ist, dass innerhalb der existierenden kollektiven Strukturen keine Entscheidung zur Sicherung herbeigeführt werden kann. Insbesondere relevant ist insoweit der UN-Sicherheitsrat als die zur Autorisierung von Militäreinsätzen befugte Instanz. Dieser muss handlungsunfähig sein oder jedenfalls außerstande, effektive Maßnahmen zu ergreifen.⁸⁷ Eine tatsächliche Befassung des Sicherheitsrats ist, so die überwiegende Auffassung, dabei nicht erforderlich, sofern ein Veto eines ständigen Mitglieds antizipierbar ist.⁸⁸

In der völkerrechtswissenschaftlichen sowie der politischen Debatte wird im Falle einer Nichtreaktion des Sicherheitsrats allerdings oft vorschnell von einer Blockade ausgegangen.⁸⁹ Dies aber greift zu kurz. Es liegt gerade im Wesen der kollektiven Sicherheit der UN, dass Maximalforderungen oftmals nicht durchsetzbar sind, sondern im Kompromisswege angeglichen werden müssen. Die Annahme einer Blockade des Sicherheitsrats, sobald eine von einem Staat für angemessene Reaktion nicht autorisiert wird, würde eben diesen Gedanken kollektiver Sicherheit unterminieren.⁹⁰

d) *Legitimierende Rolle der UN-Generalversammlung*

Für die Frage nach der Legitimität einer Intervention ist das Maß an Anbindung an die kollektiven Institutionen der UN entscheidend. In diesem Zusammenhang ist

⁸⁶ Vgl. zur Kritik der „anticipatory humanitarian intervention“ Charney, *American Journal of International Law* 93 (1999), 834–841.

⁸⁷ *Danish Institute of International Affairs*, *Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects*, 1999, S. 126: „[T]he Security Council must be unable to act or unable to act effectively“; *Independent International Commission on Kosovo*, *The Kosovo Report*, 2000, S. 293 (para. 5).

⁸⁸ Die *Independent International Commission on Kosovo* schlägt insoweit vor, dass ein Veto durch eine mindestens Zweidrittelmehrheit kompensiert werden könne, *Independent International Commission on Kosovo*, *The Kosovo Report*, 2000, S. 293 (para. 5).

⁸⁹ Reisman schließt auf das Versagen allein auf der Grundlage der Nichtintervention des Sicherheitsrats: *Reisman*, *American Journal of International Law* 78 (1984), 642 (642): „If the Organization operated according to its terms, it would have obviated the need for unilateral recourse to force. Claims worthy of international protection would have received it from the international community.“

⁹⁰ Tladi, in: O’Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 14 (80): „It is of course true, as is arguably the case with terrorism and ISIS in particular, that measures adopted by the Security Council may not be sufficient, or be deemed sufficient by other States. But is that not the nature of the collectivity? That sometimes measures are more and sometimes less than what we, individually, may desire? To decide that we reserve the right – when such measures do not go as far as we would wish, or when they go further than we would prefer – to engage in unilateral action is to undermine that collective security system“; kritisch gegen die Annahme eines Missbrauchs des Vetos auch: *Bothe/Martenczuk*, *Vereinte Nationen* 47 (1999), 125 (131).

für Fälle einer „wirklichen“ Blockade des UN-Sicherheitsrats auch daran zu denken, eine Empfehlung der UN-Generalversammlung für eine militärische Intervention einzuholen. Die rechtliche Grundlage für eine solche Empfehlung bildet die Uniting for Peace Resolution aus dem Jahr 1950. Hier entschied die Generalversammlung,

„that if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security. If not in session at the time, the General Assembly may meet in emergency special session within twenty-four hours of the request therefor. Such emergency special session shall be called if requested by the Security Council on the vote of any seven members, or by a majority of the Members of the United Nations“.⁹¹

Unter dieser Resolution könnte also die UN-Generalversammlung den Mitgliedsstaaten die Einleitung erforderlicher Maßnahmen – auch den Einsatz militärischer Gewalt – empfehlen. Da eine Autorisierung von Zwangsmaßnahmen durch die UN-Charta allerdings einzig dem UN-Sicherheitsrat zugewiesen wird, kann diese Resolution nach nahezu einhellig vertretener Auffassung keine eigenständige Rechtsgrundlage für einen Einsatz von Gewalt erzeugen.⁹² Es bedarf also stets eines weiteren einschlägigen Rechtfertigungsgrundes. Auch ist zu bedenken, dass ihr Anwendungsbereich nach dem Wortlaut gering ist, da eine Empfehlung zum Einsatz von Gewalt nur in den Fällen des *breach of the peace or act of aggression* ausgesprochen werden darf. Daher ist die Möglichkeit der Anwendung der Resolution auf Fälle beispielsweise der humanitären Intervention zumindest fragwürdig.⁹³ Ungeachtet der Schwierigkeiten einer direkten Anwendung würde eine weite Unterstützung einer militärischen Intervention in der UN-Generalversammlung allerdings eine starke politisch-moralische Unterstützung für eine Intervention geben, was auch die Legitimität einer Intervention erhöhen würde.⁹⁴ Insoweit wären unter Legitimitätsgesichtspunkten die Empfeh-

⁹¹ UN-Generalversammlung, Resolution 377 (V), 3. November 1950, UN Doc. A/RES/377(V) (Uniting for Peace), para. 1.

⁹² Corten, *The Law Against War*, 2010, S. 329–336; Johnson, *AJIL Unbound* 108 (2014), 106 (114); Talmon, *AJIL Unbound* 108 (2014), 123 (128); Binder, *Uniting for Peace Resolution* (1950), in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2017, Rn. 28–30; Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., 2017, S. 367 (Rn. 965–967); vgl. auch UN-Generalversammlung, Resolution 60/1, 16. September 2005, UN Doc. A/Res/60/1 (2005 World Summit Outcome), para. 69, wo einzig die Autorität des UN-Sicherheitsrats betont wird, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen. Eine größere Offenheit in der Richtung einer Legalisierungswirkung findet sich bei: Barber, *Journal of Conflict and Security Law* 24 (2019), 71 (71, 110); Carswell, *Journal of Conflict and Security Law* 18 (2013), 453 (466 f.).

⁹³ Henderson, *The Use of Force and International Law*, 2018, S. 104, 400.

⁹⁴ Nolte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941 (958);

lungen der UN-Generalversammlung durchaus von erheblicher Bedeutung, insbesondere wenn sie mit einer großen oder gar überwältigenden Stimmenmehrheit getroffen würden.

e) *Sonstige Positionierungen des UN-Sicherheitsrats*

Gelegentlich positioniert sich der UN-Sicherheitsrat auf mehrdeutige Weise, die die Interpretation zulässt, dass der Sicherheitsrat eine Militärintervention befürworte, ohne sie allerdings formal unter Kapitel VII zu autorisieren. Das prototypische Beispiel für diese Strategie ist die bereits eingehend diskutierte Resolution 2249, mit der der Sicherheitsrat die Staaten zu völkerrechtskonformen militärischen Maßnahmen (*all necessary means*) gegen die Terrorgruppe Islamischer Staat aufrief, und die alsdann von einer Vielzahl von Staaten auch im Rahmen der Rechtfertigung von Militäreinsätzen gegen den Islamischen Staat angeführt wurde.⁹⁵ Während Resolution 2249 als solche mangels einer Autorisierung der Militärintervention nicht als Rechtsgrundlage dienen kann, kann eine entsprechende Positionierung des UN-Sicherheitsrats gleichwohl im Rahmen der Bewertung der Legitimität einer Intervention relevant werden. In anderen Worten: Wenn der UN-Sicherheitsrat sich grundsätzlich zur Wünschbarkeit der Bekämpfung eines bestimmten Akteurs geäußert hat, mangels Einigkeit über die zu ergreifenden Maßnahmen aber keine konkreten Maßnahmen beschließen konnte, so ist die Positionierung des Sicherheitsrats gleichwohl für die Bewertung der Legitimität einer Militärintervention relevant, da zumindest der mit einer Intervention verfolgte Zweck eine Legitimation durch eine Institution der kollektiven Sicherheit erfährt.

f) *Fallbezogene Folgenabwägung*

Ein sechstes Legitimitätskriterium ist, dass sich der Militäreinsatz auch im Ergebnis einer fallbezogenen Folgenabwägung als verhältnismäßig darstellt.⁹⁶ Es geht also um die Bewertung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Intervention für die Sicherung der bedrohten Rechtsposition. Fallbezogen ist diese Abwägung, insofern es ihr um einen Vergleich der Situationen der betroffenen Rechtsträger ohne und mit der geplanten Intervention geht.

Wichtig ist insoweit, dass auch mittelbare Folgen einer Intervention mit in Betracht gezogen werden. Es zeigt sich in vielen Fällen, so zum Beispiel im Hinblick auf die Libyenintervention des Jahres 2011, dass Interventionen zu einer

International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect – Report, 2001, S. 48 (Rn. 6.7); diese Einschätzung unterstützend: *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 76 (2001), 289 (289); *White*, in: Weller (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, S. 293 (310); vgl. auch *Franck*, Recourse to Force, 2002, S. 35; kritisch gegenüber der Annahme einer Legitimierung: *Zaum*, in: Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (Hrsg.), The United Nations Security Council and War, 2008, S. 154 (173 f.).

⁹⁵ Vgl. dazu supra 41 f. sowie 252 ff.

⁹⁶ *Danish Institute of International Affairs*, Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects 1999, S. 126.

Verschlechterung der menschenrechtlichen Lage führen können. Auch mag die Intervention zum Beispiel in einem internen Konflikt zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen dazu führen, dass sich die Kräfteverhältnisse verkehren und nunmehr die vormals bevorzugte Bevölkerungsgruppe Verfolgungen erleidet oder befürchtet.⁹⁷ Entsprechende Prognoseentscheidungen sind mit Unsicherheit behaftet, erweisen sich aber für die Legitimität einer angedachten Intervention als zentral und müssen daher mit höchster Sorgfalt unternommen werden. Insoweit ist jedenfalls eine seit den 1990er Jahren zu diagnostizierende Hybris einer Reihe von westlichen Staaten bedenklich, die davon ausgingen, dass „gut gemeinte“ militärische Interventionen auch zu guten Ergebnissen führen würden. Die Bilanz militärischer Interventionen in Afghanistan (2001), Irak (2003), Libyen (2011) oder Syrien (seit 2015) ist im Hinblick auf eine dauerhafte Stabilisierung der entsprechenden Länder mehr als ernüchternd, was zukünftig im Rahmen der anzustellenden Folgenabwägung berücksichtigt werden muss.

g) Regelbezogene Folgenabwägung

Als weitere Voraussetzungen sind auch die Effekte des Rechtsbruchs auf das völkerrechtliche Gewaltverbot insgesamt zu berücksichtigen. Wie bereits ausgeführt, begründet die Berufung auf Legitimitätsgesichtspunkte die Gefahr, dass andere Staaten hierauf durch Rechtsbrüche auf der Grundlage anderer normativer Erwägungen reagieren. Es handelt sich also um einen gefährlichen Balanceakt, bei dem stets die Möglichkeit eines Dammsbruchs zu berücksichtigen ist. Es ist gut denkbar, dass Rechtsbrüche aus moralischen Gründen andere Staaten dazu anhalten, auf der Grundlage ihres Verständnisses moralischer Normen das Recht ebenfalls zu brechen. Anstatt des von Franck beschriebenen *compliance pull* legitimer internationaler Normen kann es auf diese Weise zu einem *pull towards non-compliance* kommen.⁹⁸ Im Hinblick auf humanitäre Interventionen bedeutet das, dass westliche Staaten größte Zurückhaltung walten lassen sollten, solange sie nicht bereit sind zu akzeptieren, dass auch andere Staaten auf der Grundlage humanitärer Argumente in Konflikten intervenieren.⁹⁹

⁹⁷ In diesem Zusammenhang ist beispielsweise zu beachten, dass im Nachgang der NATO-geführten Kosovointervention eine große Zahl – Schätzungen des UNHCR zufolge etwa 180.000 – von Angehörigen der serbischstämmigen Bevölkerung aus dem Kosovo floh, *del Mundo/Wilkinson*, *Refugees* 3, Nr. 116 (1999), 4 (11).

⁹⁸ Vgl. hierzu *Marxsen*, *Cleavages in International Law and the Danger of a Pull Towards Non-compliance*, *Völkerrechtsblog*, 31. Januar 2018.

⁹⁹ *Nolte*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941 (957): „Solange die westlichen Staaten jedoch nicht bereit sind, das Recht zur humanitären Intervention auch anderen zuzugestehen – oder sicher sind, daß sie auch langfristig so mächtig bleiben, daß nur sie dieses Recht faktisch ausüben können werden – scheint es weiser und allein rechtmäßig zu sein, daß sie sich auf die Verfahren der UN-Charta beschränken. Nur dann hat die Charta eine Chance, zur Weltverfassung zu werden.“

b) Formulierung klarer Standards

Die Legitimität einer Intervention hängt ferner davon ab, ob die angeführten Legitimitätskriterien konkret und bestimmt sind.¹⁰⁰ Dies ist insbesondere in den Fällen legislativer Illegalität der Fall, da hier ein Staat einen Regulierungsvorschlag bringt, und nur wenn der neue vorgeschlagene Eingriffsstandard auch klar bestimmt ist, kann die Missbrauchsgefahr begrenzt werden. Demgegenüber ist die Formulierung rechtlich völlig unkonkreter Standards wie *unwilling or unable* als Konkretisierung für die Zulässigkeit von Selbstverteidigungshandlungen gegen nichtstaatliche Akteure rechtlich sehr problematisch.

* * *

Dieser Katalog bietet die Grundlage für ein schwaches Verständnis von Legitimität, ein Verständnis also, das sich der dezentralen Struktur des Völkerrechts bewusst ist und den Begriff der Legitimität nicht mit substanziellen Gerechtigkeitskonzepten überfrachtet. Die Kriterien generalisieren die bestehende Praxis und können die Aspekte bezeichnen, die in die Bewertung illegalen Verhaltens eingehen müssen. Nach der hier vertretenen Auffassung scheint es unwahrscheinlich, dass sich als Resultat einer ernsthaften Prüfung dieser Kriterien eine illegale Intervention als gleichwohl legitim darstellen wird. Die Abwägung aller Folgen wird in nahezu allen Fällen gegen eine Intervention sprechen.

IV. *Ius contra bellum quo vadis?*

Die vorherigen drei Abschnitte dieses Kapitels berührten jeweils grundlegende Fragen, in deren Behandlung sich in ihren Grundlagen sehr unterschiedliche Konzepte und Visionen für das Völkerrecht im Allgemeinen und das völkerrechtliche Gewaltverbot im Besonderen ergeben: Wie soll, erstens, mit Konflikt und Umstrittenheit von Normen innerhalb des Rechts umgegangen werden (I.)? Streben wir eine primär auf Konsens und Kooperation basierende internationale Ordnung an oder sollten wir nicht Konflikt und Rechtsbruch als konstitutive Momente internationaler Ordnung anerkennen, die ihrerseits normativ unverfänglich und daher zu akzeptieren sind? Wäre also gar ein Mehr an Konfrontation und Konflikt Ausdruck der Vitalität und Lebendigkeit der völkerrechtlichen Ordnung und daher zu affirmieren? Wie soll, zweitens, mit den Phänomenen der Unbestimmtheit des Rechts umgegangen werden (II.)? Ist Unbestimmtheit ein Defizit, dem durch Erschaffung größerer Rechtssicherheit entgegengewirkt werden sollte, oder ist die Unbestimmtheit vielmehr ein entscheidender Faktor für die Akzeptabilität sowie Wandelbarkeit des Rechts? Kurzum, ist eine größere Unbestimmtheit des Rechts eine Gefahr oder vielleicht gar eine Möglichkeit für das Recht?¹⁰¹ Wie sollen wir,

¹⁰⁰ Vgl. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, S. 52.

¹⁰¹ Vgl. hierzu auch James R. Maxeiner, der die Relevanz der verschiedenen Rechtstraditionen

drittens, mit dem Zusammenspiel von Legalität und Legitimität umgehen (III.)? Sollte sich das Recht stärker für Legitimitäts Gesichtspunkte öffnen, um sich so an (wandelnde) normative Vorstellungen anzugleichen, oder würde so das gesamte Unterfangen einer rechtlichen Regelung zwischenstaatlicher Verhältnisse im Ergebnis unterminiert? Wie sehr sollen die eigenen Legitimitätskriterien dem Recht vorgeordnet werden?

Aus der Vielzahl unterschiedlicher Einschätzungen zu diesen Fragen, die teils basierend auf unterschiedlichen Rechtstraditionen sehr abweichende Beantwortung erfahren, ergeben sich hochgradig abweichende Zukunftsvisionen für das Völkerrecht und das völkerrechtliche Gewaltverbot.

In der gegenwärtigen Debatte zeichnen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – jedenfalls vier normative Visionen für die Zukunft des Gewaltverbots ab, in denen sich unterschiedliche Vorstellungen über dessen Nützlichkeit, den wünschenswerten Grad seiner Verbindlichkeit und der Festigkeit seiner Regelungen artikulieren.

1. Abschaffung des Gewaltverbots/Entrechtlichung

Die Abschaffung des Gewaltverbots wird in der Staatspraxis nur, wenn überhaupt, selten ausdrücklich als explizite Regelungsvorstellung (beziehungsweise Entregelungsvorstellung) formuliert, sie findet sich aber doch mit einiger Deutlichkeit in neorealistischen und nationalistischen Positionierungen, die insbesondere in der US-amerikanischen Politik erheblichen Einfluss haben. Die zugrunde liegende normative Vorstellung ist hier, dass das Recht keine präskriptive Geltung beanspruchen könne und dass statt seiner Bindungswirkung auf internationaler Ebene allein politische Regelungen statthaben sollen. Das Recht wird also verdrängt durch Regeln politischer Klugheit, in denen alsdann die Machtunterschiede der Staaten noch unmittelbarer zur Geltung kommen können als im Rahmen des klassischerweise zumindest dem Buchstaben nach egalitär ausgelegten Rechts. Der vormalige Botschafter der USA bei den Vereinten Nationen und spätere nationale Sicherheitsberater unter US-Präsident Donald Trump, John R. Bolton, zum Beispiel stellte in realistischer Tradition den Rechtscharakter des Völkerrechts überhaupt in Frage:

„International law is not law; it is a series of political and moral arrangements that stand or fall on their own merits, and anything else is simply theology and superstition masquerading as law.“¹⁰²

In der Staatspraxis finden sich die von uns in § 12 analysierten Ansätze, in denen überhaupt keine rechtliche Rechtfertigung für militärische Interventionen erfolgt, was einer hier angesprochenen (wenn auch impliziten) radikalen Infragestellung des Gewaltverbots Vorschub leistet.

im Hinblick auf ihre Akzeptanz rechtlicher Unsicherheit herausarbeitet: *Maxeiner*, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15 (2007), 541 (541 ff.).

¹⁰² *Bolton*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 10 (2000), 1 (48).

2. Gewaltverbot auf der Grundlage von double standards

Eine zweite normative Vision zielt darauf, ein Sonderrecht zu konstruieren. Die allgemeine und vollumfängliche Geltung des Gewaltverbots wird nur zwischen einer bestimmten Gruppe freundlich gesinnter Staaten angenommen, auf allgemeiner Ebene aber in Frage gestellt. Historische Vorbilder solchen Sonderrechts sind die von uns in § 11 analysierten Fälle, insbesondere die sozialistische Doktrin vom proletarischen Internationalismus, aber auch der US-amerikanische Exzeptionalismus zur Zeit des Kalten Krieges. Ebenfalls in diese Kategorie fällt die *unwilling-or-unable*-Doktrin, die – wie von Bernstorff zu Recht betont – Gefahr läuft ein Sonderrecht für die „Semiperipherie“ zu konstruieren.¹⁰³ Einen ausdrücklichen Vorschlag für die Einführung derartiger normativer Differenzierungen hat Robert Cooper – hochrangiger britischer Diplomat und vormaliger Rechtsberater für Premierminister Tony Blair – formuliert:

„The challenge to the postmodern world is to get used to the idea of double standards. Among ourselves, we operate on the basis of laws and open cooperative security. But when dealing with more old-fashioned kinds of states outside the postmodern continent of Europe, we need to revert to the rougher methods of an earlier era – force, pre-emptive attack, deception, whatever is necessary to deal with those who still live in the nineteenth century world of every state for itself. Among ourselves, we keep the law but when we are operating in the jungle, we must also use the laws of the jungle. In the prolonged period of peace in Europe, there has been a temptation to neglect our defences, both physical and psychological. This represents one of the great dangers of the postmodern state.“¹⁰⁴

In der Vorstellung eines auf *double standards* beruhenden Rechts manifestiert sich die Einschätzung, dass eine universale Grundlage für ein Völkerrecht nicht mehr bestehe und dass daher anstelle eines universellen Ansatzes partikulare Regulierungssphären mit unterschiedlichen normativen Standards treten sollten.

3. Verwässerung des Gewaltverbots: Transformation zu aspirational norms

Eine dritte normative Vision liegt in dem Anerkenntnis und der Akzeptanz einer Kluft zwischen Theorie und Praxis. Einem *law in the books* wird ein *law in practice* entgegengestellt und die Differenz nicht notwendig als Problem gesehen. Reisman zum Beispiel betrachtet die sich aus den etablierten dogmatischen Regeln ergebenden Inhalte der Normen des Völkerrechts (und damit auch des Gewaltverbots) als ein „myth system“, das in vielen Fällen in starker Diskrepanz zu den eigentlichen etablierten Abläufen der Praxis stehe. In vielen Bereichen bestünden „unofficial but nonetheless effective guidelines for behaviour in those discrepant sectors: the ,op-

¹⁰³ Vgl. supra 310–311, mit Nachweisen.

¹⁰⁴ Cooper, *The New Liberal Imperialism*, *The Guardian*, 7. April 2002, <https://www.theguardian.com/world/2002/apr/07/1> [abgerufen am 29. März 2021].

erational code“.¹⁰⁵ Anknüpfend an diese Differenzierung präsentieren auch Monica Hakimi und Jacob Katz Cogan eine Differenzierung zwischen einer dogmatischen Sichtweise des Rechts präsentierenden *institutional code* und einem davon abweichenden, gegenüber unilateralem Einsatz von Gewalt wesentlich offenerem *state code*.¹⁰⁶ In ähnlicher Weise hat sich Hakimi auch für die Anerkennung einer „informal regulation“ des Gewaltverbots ausgesprochen.¹⁰⁷ Charakteristisch für diese informelle Regulierung sei, dass sich unterhalb der Ebene allgemeiner Standards eine fallspezifische und situative Regulierung finde, in der unabhängig von den allgemeinen Standards des Gewaltverbots insbesondere der UN-Sicherheitsrat auch außerhalb seiner Kompetenzen nach Kapitel VII UN-Charta eine (Quasi-)Autorisierung des Einsatzes von Gewalt vornehmen könne.¹⁰⁸ Kern derartiger in der Tradition der New Haven School stehenden Ansätze ist es, die strengen Regeln des Gewaltverbots durch die Etablierung eines gegenüber unilateralem Gewalteinsatz permissiveren Regimes aufzuweichen.

In dieser Vision wird das Recht (als ein *law in the books*) zwar als ein normatives Regelwerk aufrechterhalten. Gleichwohl bleibt es in einem schlechten Sinne abstrakt und Staaten können nach Opportunität auf die weniger strengen Regeln entweder des *state code* oder der informellen Regulierung zurückgreifen. Damit wird die Dimension einer allgemeinen und strengen Verbindlichkeit und Steuerungswirkung des Gewaltverbots zurückgedrängt. In diesem Sinne wird eine Trennlinie zwischen Theorie und Praxis gezogen, das abstrakt-generelle Recht als eine abstrakte normative Zielvorgabe verstanden, die aber für die Praxis oftmals nicht hinlänglich sei. Die Regeln der UN-Charta würden in diesem Sinne, wie Falk formuliert, als bloße „aspirational norms“ behandelt,¹⁰⁹ deren Einhaltung in der Praxis aber von vornherein nicht zu erwarten sein solle.

4. Aufrechterhaltung und Stärkung eines allgemeinen Gewaltverbots

Die vierte normative Vision schließlich zielt darauf ab, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und des Gewaltverbots zu bewahren, ihren Inhalt soweit wie möglich zu schärfen und damit einen multilateralen Rahmen für die Austragung internationaler Konflikte zu stärken. Elemente einer solchen Vision sind einerseits die Stärkung der Institutionen der Streitbeilegung. Nur wenn Rechtsstreitigkeiten auch autoritativ entschieden werden, kann sich das Recht konkretisieren und sein Inhalt weitere Stärkung erfahren sowie an Substanz gewinnen. Zugleich verlangt das von den Staaten eine Positionierung zu Rechtsfragen. Selbst wenn Streitigkeiten nicht gerichtlich entschieden werden, können Staaten durch klare For-

¹⁰⁵ Reisman, Yale Studies in World Public Order 3 (1977), 229 (231).

¹⁰⁶ Hakimi/Cogan, European Journal of International Law 27 (2016), 257 (260–263).

¹⁰⁷ Hakimi, American Journal of International Law 112 (2018), 151 (159).

¹⁰⁸ Hakimi, American Journal of International Law 112 (2018), 151 (163–168).

¹⁰⁹ Falk, Revitalizing International Law, 1989, S. 96.

mulierung von Eingriffs- und Bewertungsstandards dazu beitragen, dass auch aus dem multipolaren völkerrechtlichen Prozess klare Standards hervorgehen können. Zweitens setzt ein solches Konzept auf die multilaterale Fortentwicklung und Klärung streitiger Fragen im Bereich des Gewaltverbots. Historische Vorbilder hierfür wären etwa die *Friendly Relations Declaration* oder die *Definition of Aggression*, auf deren Grundlage höchstumstrittene Bereiche des völkerrechtlichen Gewaltverbots konturiert werden konnten.¹¹⁰

* * *

Diese verschiedenen Visionen für das Gewaltverbot wurzeln in abweichenden Diagnosen betreffend die Gegenwart, in unterschiedlichen Erwartungshaltungen gegenüber dem Recht und seiner Funktion sowie in unterschiedlichen Prognosen darüber, welche Folgen bestimmte Regulierungs- beziehungsweise Deregulierungsbestrebungen wahrscheinlich nach sich ziehen werden. Die ersten drei beschriebenen Ansätze verfolgen je spezifische Strategien der Deregulierung. Verfechter einer vollen Deregulierung (erster Ansatz) sind zumeist von der Sicherheit getragen, dass die von ihnen bevorzugte Gesellschaftsordnung auch ohne allgemeine rechtliche Regeln effektiv durchgesetzt werden könne. Die Verbindlichkeit allgemeiner rechtlicher Normen wird als überflüssig und als Beschränkung einer ohne rechtliche Bindung weit wirkmächtigeren legitimen politischen Gewalt gesehen. Der Annahme einer Legitimität eines zum Beispiel US-amerikanischen oder sich neuerdings als möglich darstellenden chinesischen Unilateralismus wäre vieles entgegensetzen. Aber auch aus rein instrumenteller Perspektive scheint diese Position wenig weitsichtig. Insoweit gilt die Hobbes'sche Einsicht, der zufolge die Vielzahl der Einzelnen stets stark genug ist, den Mächtigsten zu überwältigen.¹¹¹ Insoweit erweist sich selbst für den Hegemon das Recht auf lange Sicht als aus instrumenteller Perspektive vorteilhaft. Aber auch unter Berücksichtigung der konkreten historischen Situation spricht vieles dafür: In Anbetracht einer Verschiebung der globalen Kräftegleichgewichte wird sich mit einiger Wahrscheinlichkeit mittelfristig zeigen, dass die unilateralen Gestaltungsmöglichkeiten für die USA abnehmen.

Der zweite oben diskutierte Ansatz würde zu einer Herausbildung verschiedener Rechtskreise führen und damit eine Deregulierung anhand eines Freund-Feind-Schemas verfolgen. Recht soll zwischen freundlich gesinnten Staaten gelten, das „Faustrecht“ gegenüber den übrigen. Die vereinigende Kraft eines gemeinsamen rechtlichen Rahmens würde verloren gehen und mit einiger Wahrscheinlichkeit würden – ungeachtet der rechtsethischen Schwierigkeiten solcher *double standards* – auf lange Sicht Konflikte befördert werden.

¹¹⁰ *Marxsen/Peters*, in: O'Connell/Tams/Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, 2019, S. 279f.

¹¹¹ *Hobbes*, *Leviathan*, 3. Aufl., 1989, S. 94 (13. Kapitel): „Denn was die Körperstärke betrifft, so ist der Schwächste stark genug, den Stärksten zu töten – entweder durch Hinterlist oder durch ein Bündnis mit anderen, die sich in derselben Gefahr wie er selbst befinden.“

Die dritte Ansicht – die Akzeptanz einer Kluft zwischen Theorie und Praxis des Gewaltverbots – verfolgt die Strategie einer Deregulierung, indem zusätzlich zu den pro forma aufrechterhaltenen allgemeinen Regeln des Gewaltverbots extensive, auch als spezifische Formen von Recht ausgegebene Eingriffsgrundlagen postuliert werden. Hierdurch wird nicht nur – darin ähnlich dem zweiten Ansatz – die souveräne Gleichheit der Staaten unterlaufen, es wird zudem ein weit reichendes Interventionsrecht zu Gunsten mächtiger Staaten geschaffen. Damit wird letztlich dem der Idee einer rechtlichen Regulierung eingeschriebenen Prinzip einer egalitären Anwendung des Rechts entgegengetreten.

Der Wert des vierten Ansatzes schließlich hängt entscheidend davon ab, wie man den Zustand und Wert des Gewaltverbots einschätzt. Ist dieses es wert, dass man sich ungeachtet der bestehenden Unzulänglichkeiten für den Fortbestand einsetzt? Michael Glennon äußert sich kritisch:

„Whether the cost of abandoning the old anti-interventionist structure will be offset by the benefits of the newly emerging one remains to be seen. Replacing a formal system with a set of vague, half-formed, ad hoc principles can be dangerous. Untested rules may have unexpected consequences, and justice formed on the fly may come to be resented.“¹¹²

Allerdings sieht Glennon ein Systemversagen der Regeln des Gewaltverbotes, so dass es um dieses letztlich nicht schade sei: „The failings of the old system were so disastrous, however, that little will be lost in the attempt to forge a new one.“¹¹³ Anders formuliert: Vieles, wenn nicht alles, werde besser sein als das bestehende Recht und so sind aus der Sicht Glennons Versuche der Überwindung der bestehenden Regeln begrüßenswert.

Diese Einschätzung aber überzeugt nicht. Das bestehende Recht bietet für viele rechtliche Fragen betreffend Krieg und Frieden ein klares Regelwerk,¹¹⁴ dessen Auflösung und Niedergang zu Gunsten eines Naturzustandes auf internationaler Ebene im Ergebnis mit einiger Sicherheit zu mehr Konflikten, jedenfalls zu einer größeren Regellosigkeit und zu einer Sanktionierung eines „Faustrechts“ führen würde. Dies gilt umso mehr, als es bei dem von Glennon bezeichneten *Versuch*, neue Regeln zu begründen, bleiben dürfte. Denn eine Einigkeit, auf Grund derer diese Regeln im Ergebnis tatsächlich als neues Recht gewertet werden könnten, ist nur äußerst schwer zu erreichen. Brüche des Rechts, insbesondere wenn sie systematisch angelegt sind, werden also nicht dazu führen, dass ein besserer normativer Rahmen geschaffen wird, sondern dazu, dass kein normativer Rahmen basierend auf allgemeinen Regeln bestehen wird.

Die Herausforderung für die vierte Position liegt darin begründet, dass eine allgemeine normative Ordnung stets aufs Neue in der Praxis in Frage gestellt wird. Der Umstand, dass Illegalität kein Fremdkörper im Völkerrecht ist und dass das Recht ferner wegen Unsicherheiten seiner abstrakt-generellen Vorgaben und den

¹¹² Glennon, Foreign Affairs 78, Nr. 3 (1999), 2 (3).

¹¹³ Glennon, Foreign Affairs 78, Nr. 3 (1999), 2 (3).

¹¹⁴ Vgl. oben in diesem Kapitel den Abschnitt II, 347–359.

Unwägbarkeiten seiner Anwendung vielfach keine konkreten Vorgaben trifft, führen im Ergebnis dazu, dass das Recht erheblichen Zentrifugalkräften ausgesetzt ist. Es bestehen allerhand argumentative Möglichkeiten, rechtliche Spielräume zu erzeugen und zu erweitern. Ferner gibt es auch allerhand (prima facie) gute Gründe, das Recht zu brechen: Wegen der geringeren institutionellen Verdichtung und Einhegung lassen sich ungeachtet des fundamentalen Charakters des völkerrechtlichen Gewaltverbots für Rechtsbrüche im internationalen Bereich aus Legitimationsgesichtspunkten oftmals gute Gründe anführen. Hösle formuliert insoweit, dass „Verletzungen des Völkerrechts, ceteris paribus, in der Regel weniger schlimm [sind] als diejenigen des innerstaatlichen Rechts, eben weil die soziale Geltung des Völkerrechts schwächer ist als diejenige des innerstaatlichen Rechts“.¹¹⁵

Gleichzeitig aber verschlechtern „gut gemeinte“ Rechtsbrüche, wenn sie generalisiert auftreten, den Gesamtzustand der internationalen Ordnung. Deren soziale Geltung wird damit immer weiter herabgesetzt. Die basalen Strukturen einer – mit Hegels Begriffen gesprochen – internationalen Sittlichkeit werden durch die partikularen Perspektiven einer Moralität unterlaufen und damit besteht die Gefahr einer Auflösung des Rechts. Aus der Vielzahl der Streitigkeiten um das Recht und aus den Auseinandersetzungen um den Inhalt von Rechtsnormen, in denen Staaten eine Einigkeit nicht erzielen können, kann – wie wir oben in Abschnitt I analysiert haben – die Geltung des Gewaltverbots insgesamt in Frage gestellt werden. Die Folge dessen ist, dass sich der vierte Ansatz stets aufs Neue gegen diese Zentrifugalkräfte behaupten muss. Die Ebene der allgemeinen Rechtsgeltung muss gegen die Verheißungen von kurzfristigen, mit Rechtsbrüchen verbundenen Vorteilen verteidigt werden.

¹¹⁵ Hösle, *Moral und Politik*, 1997, S. 950.

TEIL 5: DAS GEWALTVERBOT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Bis zu diesem Punkt haben wir Konflikte um das völkerrechtliche Gewaltverbot sowie das Phänomen der Illegalität aus einer dezidiert völkerrechtlichen Perspektive verfolgt. Nunmehr soll ein Ebenenwechsel vorgenommen werden. Die bis hierher diskutierten Probleme des Streits um völkerrechtliche Normen sowie um die Abweichung von bestehenden Normen haben auch für die Nationalstaaten und ihre Rechtsordnungen erhebliche Folgen.

Auch das völkerrechtliche Gewaltverbot ist in entscheidender Hinsicht ein Mehrebenensystem. Zwar bestehen völkerrechtliche Verbindlichkeiten unabhängig vom nationalen Recht. Gleichwohl erfolgen Entscheidungen über den Einsatz militärischer Gewalt im Rahmen eines bestimmten nationalen politischen und rechtlichen Systems, so dass die jeweiligen (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben regelmäßig einen signifikanten Faktor hinsichtlich der Befolgung oder Nichtbefolgung der Vorgaben des völkerrechtlichen Gewaltverbots darstellen.¹

Die Nationalstaaten sind es auch, die mit den völkerrechtlichen Unsicherheiten und mit den normativen Unzulänglichkeiten des Völkerrechts umgehen müssen und gleichzeitig die Macht haben, durch ihre Handlungen das Völkerrecht zu gestalten und gegebenenfalls zu reformieren. Wir wenden uns nunmehr der Frage zu, welche Handlungsmöglichkeiten die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung hat und welche *innerstaatlichen* Grenzen ihren Handlungen (mittelbar) durch das völkerrechtliche Gewaltverbot gesetzt werden.

Die aufgeworfenen Fragen sind von hoher verfassungstheoretischer und -praktischer Bedeutung und betreffen das Verhältnis und Zusammenspiel beider Rechtsordnungen. Welche Rolle spielt das Völkerrecht in der Entscheidung über die Zulässigkeit von Militäreinsätzen? Diese Frage ist verfassungsrechtlich – wie sogleich noch näher auszuführen ist – zwar klar geregelt, es stellen sich aber insbesondere im Hinblick auf normative Grauzonen schwierige Abgrenzungsfragen, und diese Problemfälle sind es freilich, die in der Praxis Herausforderungen bergen. Kann beispielsweise in humanitären Ausnahmesituationen aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein Bruch des Völkerrechts in Betracht gezogen werden? Kann sich die Bundesregierung für einen Auslandseinsatz der Bundeswehr auf eine Rechtfertigung stützen, die – im Rahmen der oben entwickelten Terminologie – in den Rahmen einer Grauzone fällt? Kann die Bundesregierung gar durch Handlungen zweifelhafter Legalität eine Transformation des Völkerrechts befördern?

¹ *Bothe*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, 2010, S. 63 (68); vgl. im Hinblick auf die die Rechtsbefolgung beeinflussenden Faktoren supra 175–184, insbesondere den Aspekt der „Habitualisierung“, supra 181.

Der folgende Teil der Untersuchung gliedert sich in fünf Kapitel. Zuerst untersuchen wir die Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung und nehmen dabei auch das grundgesetzlich verankerte Friedensgebot in den Blick (§ 14). Im nächsten Schritt untersuchen wir die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen die Bundesrepublik Auslandseinsätze der Bundeswehr veranlassen kann als die folgenschwerste Gruppe von Fällen, in denen es zu möglichen Verletzungen des Gewaltverbots durch die Bundesrepublik kommen kann (§ 15). § 16 untersucht alsdann die bundesdeutsche Staatspraxis und geht dabei insbesondere auf Fälle ein, die sich möglicherweise als Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots darstellen können. § 17 führt dann die Analyse der deutschen Staatspraxis mit den in der Untersuchung zuvor entwickelten Typen der Illegalität zusammen. Dabei wird sich zeigen, dass in der grundgesetzlichen Ordnung ein Rekurs auf die meisten Typen der Illegalität kategorisch ausgeschlossen ist, dass aber insbesondere die Grauzonen des Rechts auch verfassungsrechtlich erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen.²

§ 18 analysiert schließlich die Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen potenzielle Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot, zeigt die Defizite der Rechtsschutzmöglichkeiten auf und entwickelt die These, dass es unter Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit der Einführung eines neuen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht bedarf.

² Vgl. hierzu *infra* § 17, 463 ff.

§ 14. Das völkerrechtliche Gewaltverbot im Grundgesetz

Die Entscheidung darüber, ob und wie völkerrechtliche Normen im Rahmen des Grundgesetzes Geltung erfahren, hängt zunächst von einer konzeptuellen Grundentscheidung ab, nämlich davon, ob die nationale Rechtsordnung und das Völkerrecht eine einheitliche Rechtsordnung (Monismus)¹ bilden oder ob sie vielmehr zwei eigenständige Ordnungen darstellen (Dualismus),² die als solche getrennt voneinander existieren und daher auch in dieser Getrenntheit zu betrachten sind.³ Der Monismus kann dabei entweder das Primat des Völkerrechts postulieren oder (heute allerdings nicht mehr vertreten) das Primat des nationalen Rechts. Sowohl Monismus als auch Dualismus werden heute vor allem in gemäßigten Formulierungen befürwortet. Der gemäßigte Monismus erkennt beispielsweise an, dass es wegen der relativen Selbständigkeit von Völkerrecht und nationalem Recht zu Widersprüchen zwischen beiden Rechtsordnungen kommen könne, die alsdann in einem völkerrechtlichen Verfahren aufzulösen seien.⁴ Gemäßigte dualistische Auffassungen gehen von einer grundsätzlichen Getrenntheit der Rechtsordnungen aus, erkennen aber ein völkerrechtliches Gebot zur Harmonisierung beider Rechtsordnungen an, deren Herbeiführung allerdings eine Angelegenheit der Nationalstaaten sei.⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Positionierung in diesem Streit lange vermieden. Im Jahr 2004 hat es sich dann allerdings in seiner *Görgülü*-Entscheidung zu einer dualistischen Auffassung bekannt:

„Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Artikel 25 und Artikel 59 Abs. 2 GG. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet Wirkung nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes.“⁶

¹ Vgl. insbesondere *Kelsen*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 19 (1958), 234 (234).

² Vgl. die Formulierung eines strengen Dualismus bei *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 111.

³ Vgl. zur Übersicht über den klassischen Theorienstreit *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 128–150; umfassend: *Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren, 2003.

⁴ *Verdross/Simma*, Universelles Voelkerrecht, 3. Aufl., 1984, S. 54 (§73).

⁵ *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, S. 304 (Rn. 702); vgl. auch die Formulierung eines gemäßigten Dualismus bei: *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 272 f.; sowie: *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 141–151.

⁶ BVerfGE 111, 307, 318.

Der Theorienstreit zwischen Monismus und Dualismus soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden, da er im Hinblick auf die Bestimmung der Geltung der Normen des völkerrechtlichen Gewaltverbots nicht zielführend ist. Sowohl aus monistischer als auch aus dualistischer Perspektive sind nämlich die konkreten rechtlichen Mechanismen zu bestimmen, durch die völkerrechtliche Normen mit der nationalen Rechtsordnung in Verbindung gebracht werden.

Im nunmehr eröffneten Kapitel wollen wir uns eben dieser Frage zuwenden, wie die Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots innerstaatlich zur Geltung kommen. Bemerkenswert ist dabei, dass völkerrechtliche Normen auf vielen Ebenen mit der Ordnung des Grundgesetzes verstrickt sind. Mit dieser Verstrickung reagierten die Erschaffer des Grundgesetzes auf die deutsche Verantwortlichkeit für zwei Weltkriege, insbesondere auch auf die Schreckensherrschaft der Nationalsozialisten.⁷ Die nationalsozialistische Herrschaft war charakterisiert durch die zynische Missachtung internationaler Verpflichtungen und bei der Schaffung des Grundgesetzes wurde daher in der Verflechtung des Grundgesetzes mit dem Völkerrecht eine zentrale Strategie der Friedenssicherung gesehen. In den Beratungen des Parlamentarischen Rats betonte Fritz Eberhard in diesem Sinne: „Das Völkerrecht hat in Deutschland nie viel gegolten. Das wissen die Professoren, die Völkerrecht gelesen haben [...]. Das Völkerrecht hat vorher nicht viel gegolten, und im Dritten Reich ist es mit Füßen getreten worden.“⁸

Gegen diese historischen Negativbilder setzt das Grundgesetz auf das Konzept einer „offenen Staatlichkeit“,⁹ in der auch die Wahrung des Friedens an zentraler Stelle steht. Diese soll nicht durch ein isolationistisches Bekenntnis des Grundgesetzes zum Frieden erreicht werden. Vielmehr wird unter dem Grundgesetz der zentrale Gehalt des völkerrechtlichen Gewaltverbots auf verschiedene rechtliche Weisen in die deutsche Rechtsordnung integriert und somit die vom Grundgesetz geschaffene Ordnung mit der des Völkerrechts verflochten.

Im Folgenden untersuchen wir die Weisen der Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung. Dabei gehen wir auf das Verbot des Angriffskrieges aus Artikel 26 Abs. 1 GG (I.), die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts über Artikel 25 GG (II.), auf die innerstaatliche Geltung völkervertragsrechtlicher Regeln nach Artikel 59 Abs. 2 GG (III.) sowie auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (IV.) ein.

⁷ Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 10f.; Oeter, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §243, Rn. 3.

⁸ Fritz Eberhard, Fünfte Sitzung des Hauptausschusses, 18. November 1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. XIV, Teilband 1, bearbeitet von Michael F. Feldkamp (R. Oldenbourg Verlag München 2009), S. 162.

⁹ Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 42; vgl. ferner Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §226, Rn. 1ff.; Fassbender, Der offene Bundesstaat, 2007, S. 31ff.; Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, S. 137ff.

Unter V. werden die aus diesen Vorschriften resultierenden Konturen des grundgesetzlichen Friedensgebots analysiert.

I. Artikel 26 Abs. 1 GG: Das Verbot des Angriffskriegs und unterstützender Handlungen

Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG stellt ein unmittelbares verfassungsrechtliches Verbot für Handlungen auf, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören.¹⁰ Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG enthält zwei Voraussetzungen für ein Verbot. Erstens muss eine Handlung geeignet sein, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören (Störungseignung). Zweitens muss die Handlung mit einer Absicht zur Störung des friedlichen Zusammenlebens vorgenommen werden (Störungsabsicht).

1. Störungseignung

Eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker setzt eine militärische Konflikt- oder jedenfalls Bedrohungslage voraus, in der es entweder bereits zu militärischen Konfrontationen kommt oder in der jedenfalls eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit hierfür besteht. Eine Handlung ist zur Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker geeignet, wenn sie adäquat kausal militärische Konfrontationen oder Bedrohungslagen herbeiführen oder befördern kann.¹¹ Die Störungseignung ergibt sich aus einer objektiven Bewertung. Es kommt auf die antizipierbaren Effekte eines Verhaltens an, mithin auf eine prognostische Einschätzung.¹² Unstreitig ist, dass nicht bereits jedwede Trübung der internationalen Beziehungen für die Annahme einer Störung ausreichend ist. Vielmehr muss eine schwer wiegende, ernste und nachhaltige Beeinträchtigung internationaler Beziehungen zu erwarten sein.¹³

Die schwerste mögliche Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker ist der Angriffskrieg, der in Artikel 26 Abs. 1 GG exemplarisch hervorgehoben wird. Als verbotene Handlung führt der Wortlaut des Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG

¹⁰ Vgl. zum Entstehungshintergrund und zu den Debatten um die Schaffung der Norm: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 1 (N. F.) 1951, 235 ff.

¹¹ *Hernekamp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 26, Rn. 16; umstritten ist insoweit allerdings, ob bereits eine abstrakte Gefahr ausreicht (so *Streinz*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 26) oder ob nicht vielmehr eine konkrete Gefahr zu fordern ist (so *Fink*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 27).

¹² *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 27.

¹³ BVerwG, Bayerische Verwaltungsblätter 28 (1982), 571; das BVerwG grenzt diese schwer wiegenden Beeinträchtigungen von solchen ab, die „allenfalls als eine Gefährdung oder Verletzung polizeilicher Schutzgüter oder als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden könnten“ (ebd.).

die *Vorbereitung* der Führung eines Angriffskrieges an und bezeichnet damit Handlungen, die geeignet sind, die Herbeiführung eines Angriffskrieges zu befördern.¹⁴ Im Wege eines Erst-recht-Schlusses bedeutet dieses Verbot der Vorbereitung, dass auch die *Führung* eines Angriffskrieges selbst verfassungswidrig ist.¹⁵

Der verfassungsrechtliche Begriff des Angriffskrieges lehnt sich entscheidend an die völkerrechtlichen Begrifflichkeiten an,¹⁶ auch wenn in diesen der Begriff des Krieges heute keine signifikante Rolle mehr spielt. Aus der Orientierung am Völkerrecht folgt zunächst, dass alle rechtmäßigen militärischen Interventionen (das heißt solche, die auf der Grundlage einer wirksamen Einladung des Territorialstaats als Selbstverteidigung nach Artikel 51 UN-Charta oder im Rahmen von Kapitel VII der UN-Charta ausgeführt werden) nicht unter das Verbot des Artikel 26 Abs. 1 GG fallen. Für die positive Bestimmung des Begriffs des Angriffskrieges ist dann allem voran die *Definition of Aggression* durch die UN-Generalversammlung von Bedeutung.¹⁷ Hierin nämlich wird der Begriff der Angriffshandlung näher definiert, was inhaltlich mit dem verfassungsrechtlichen Verbot des Angriffskrieges korrespondiert. Nach Artikel 1 dieser Definition ist unter Aggression die Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat zu verstehen, die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines anderen Staates gerichtet oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbar ist. Nach Artikel 2 begründet die erste Anwendung von Gewalt einen Anscheinsbeweis für die Völkerrechtswidrigkeit. In Artikel 3 werden dann sieben Typen von Angriffshandlungen qualifiziert. Hierunter zählen zum Beispiel die Invasion mit Streitkräften, die Bombardierung des Hoheitsgebiets, die Blockade von Häfen oder Küsten oder – unter bestimmten Voraussetzungen – das Entsenden bewaffneter Banden. Da aus völkerrechtlicher Perspektive allerdings viele Fragen ungeklärt bleiben und insbesondere der in Artikel 3 der *Definition of Aggression* enthaltene Katalog nicht abschließend ist,¹⁸ ist eine genaue Prüfung des Falls unter Würdigung aller Umstände von zentraler Bedeutung, um eine Sachverhaltskonstellation rechtlich zu bewerten. Den völkerrechtlichen Begrifflichkeiten kommt daher die

¹⁴ Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 14.

¹⁵ BVerwGE 127, 302, 314f.; Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 16.

¹⁶ Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 4; Hernekamp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 26, Rn. 6; Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 14; Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Rn. 5; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 18; a. A.: Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 7, der den Begriff des Angriffskrieges auf Fälle beschränken will, in denen eine „Annexionsabsicht“ oder ein „rücksichtslose[s] Streben nach Ausdehnung eigener nationaler Macht und Herrschaft über andere Völker vorliegt“.

¹⁷ Vgl. UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition der Aggression), Art. 3.

¹⁸ Vgl. Art. 4 Definition of Aggression.

Funktion eines Leitfadens zu, der sich gleichwohl vielfach als ergänzungsbedürftig erweist.¹⁹ Auch im Hinblick auf mögliche Entwicklungen des Begriffs des Angriffskrieges spielt die völkerrechtliche Dimension eine Rolle. Allerdings besteht insoweit kein Automatismus der Bedeutungsübernahme, sondern es bedarf stets einer Auslegung auch vor dem Hintergrund des Grundgesetzes insgesamt.²⁰ Nicht unmittelbar übertragen werden kann dagegen die Definition des Aggressionstatbestandes aus dem Völkerstrafrecht. Dort nämlich wird wegen der erhöhten Anforderungen, die im Bereich des Strafrechts an die Klarheit des Tatbestandes zu stellen sind, verlangt, dass eine *offenkundige* Verletzung der UN-Charta vorliegt, so dass hier gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht strengere Voraussetzungen bestehen.²¹

Vom Verbot des Angriffskrieges erfasst ist auch jede aktive Unterstützung eines anderen Staates zur Vorbereitung oder zur Führung eines Angriffskrieges.²² Es ist mithin nicht Voraussetzung, dass die Bundesrepublik etwa Konfliktpartei im Sinne des humanitären Völkerrechts wird.²³ Dies verbietet etwa die Gewährung von Überflugrechten, die Nutzung des Territoriums, die Leistung von Luftaufklärung oder die Zurverfügungstellung von sonstigen militärisch relevanten Daten für den Angriffskrieg eines anderen Staates. Im Zuge des später noch näher zu betrachtenden von den USA im Jahr 2003 geführten Irakkrieges ist insoweit allerdings über die erforderliche Nähe zwischen der gewährten Unterstützung und dem Angriffskrieg des anderen Staates gestritten worden.²⁴

Als Handlungen, die geeignet sind, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, kommen auch Handlungen in Betracht, die auf die Entfachung oder Unterhaltung von Bürgerkriegen gerichtet sind.²⁵ Das ist nicht selbstverständlich, denn „das friedliche Zusammenleben der Völker“ könnte gänzlich zwischenstaatlich interpretiert werden, so dass eine Störung nur im Falle eines Konflikts zwischen Staaten vorliegt. Allerdings wäre diese Interpretation eine unangemessene

¹⁹ *Frank*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 26, Rn. 41.

²⁰ Gegen einen „Entwicklungsgleichlauf“ mit dem Völkerrecht, insbesondere vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes, wendet sich: *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 26.

²¹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 24.

²² *Doehring*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 178, Rn. 34; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 13; BVerwG, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 77, 95 f.

²³ *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 13.

²⁴ Vgl. dazu näher § 16, infra 447–455.

²⁵ So im Ergebnis: *Haas-Traeger*, Die Öffentliche Verwaltung 36 (1983), 105 (108); *Epping*, Der Staat 31 (1992), 39 (54 f.); *Hartwig*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 17; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 12; *Fink*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 18; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 19; a. A.: BVerwG, Neue Juristische Wochenschrift 1982, 194, 195 f.

Engführung von Artikel 26 Abs. 1 GG.²⁶ Nicht nur stellen Bürgerkriege die weitest häufigste Konfliktform dar, die zumal durch Unterminierung der betroffenen Staaten erhebliche Auswirkungen auf die zwischenstaatliche Ebene zeitigt. Auch bedeutet die Unterstützung einer Bürgerkriegspartei regelmäßig eine Beeinträchtigung der Souveränität eines anderen Staates, was das friedliche Zusammenleben der Völker tangiert.²⁷

Auch Handlungen, die nicht im Zusammenhang mit der Vorbereitung oder Ausführung eines Angriffskrieges stehen, können, wenn sie hinreichend schwer wiegen, geeignet sein, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören. Zu denken ist insoweit beispielsweise an gegen Embargos verstoßende Waffenlieferungen,²⁸ an auf die Anheizung von militärischen oder ethnischen Konflikten gerichtete Kriegspropaganda,²⁹ an die Verbreitung falscher Nachrichten oder die Produktion gefälschter Beweise zur Anheizung eines Konflikts, an konflikterschürende Pass- und Siedlungspolitik oder Revanchismus zur Änderung bestehender Staatsgrenzen.³⁰

Von Bedeutung ist schließlich noch, dass eine Störung nicht allein von staatlichen Aktivitäten ausgehen kann, sondern auch von privaten Akteuren, die über Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG gleichermaßen in die Pflicht genommen werden.³¹

Die Herstellung, Beförderung und Inverkehrbringung von Kriegswaffen als einer spezifischen Gefahr für das friedliche Zusammenleben der Völker regelt Artikel 26 Abs. 2 GG, der insoweit eine *lex specialis* darstellt und einen Genehmigungsvorbehalt für die entsprechenden Handlungen enthält.

2. Störungsabsicht

Gemäß Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG muss die Handlung auch in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören. Es ist weithin anerkannt, dass eine Absicht in diesem Zusammenhang nicht voraussetzt, dass es dem Akteur im Sinne eines zu erreichenden Zieles gerade auf die Herbeiführung der Störung ankommt.³² Vielmehr genügt es, wenn ihm die Völkerrechtswidrigkeit seines Handelns bekannt ist, er trotzdem zur Tat schreitet und damit die Verletzung des Rechts als notwendiges Element seiner Handlung in Kauf nimmt.³³

²⁶ So aber die Rechtsprechung, vgl. BVerwG, Neue Juristische Wochenschrift 1982, 194, 195; BVerwG, Bayerische Verwaltungsblätter 1982, 571; BVerwGE 61, 24, 31.

²⁷ Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 17.

²⁸ BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3325, 3325 f.

²⁹ Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 16.

³⁰ Vgl. für diese und weitere Beispiele Hernekamp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 26, Rn. 17.

³¹ BVerwG, Neue Juristische Wochenschrift 1982, 194, 194.

³² Hernekamp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, Art. 26, Rn. 19.

³³ Frank, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 26, Rn. 19; Proelß, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 27; vgl. auch Herdegen, dem zufolge

3. Rechtsfolgen

Artikel 26 Abs. 1 GG erzeugt eine Reihe beachtlicher Rechtsfolgen. Erstens hat die Norm programmatischen Charakter;³⁴ sie ist Ausdruck eines Bekenntnisses des Grundgesetzes zur Wahrung des Friedens und verpflichtet den Gesetzgeber zur Schaffung eines entsprechenden Straftatbestandes. Die Norm erschöpft sich allerdings nicht in abstrakter Programmatik, sondern erzeugt zweitens bereits als solche unmittelbare rechtliche Verpflichtungen.³⁵ Sie transformiert einen Teil des völkerrechtlichen Gewaltverbots (nämlich das Verbot der Aggression) in deutsches Recht und gibt diesem auf der Ebene von Verfassungsrecht Geltung. Die so erzeugten rechtlichen Pflichten gehen, drittens, über den vom völkerrechtlichen Gewaltverbot eröffneten Schutz hinaus. Zum einen unterfallen, wie oben ausgeführt, auch Handlungen, die auf eine Beförderung von Bürgerkriegen gerichtet sind, dem Schutzbereich; zum anderen trifft die Pflicht aus Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG sowohl den Staat als auch private Akteure.³⁶ Schließlich dehnt die Vorschrift den zeitlichen Schutzbereich gegenüber dem Völkerrecht aus: Während das Völkerrecht nur tatsächliche Gewalt oder Drohung mit Gewalt verbietet, erstreckt Artikel 26 Abs. 1 Satz 1 GG das Verbot bereits auf Vorbereitungshandlungen.

II. Artikel 25 GG:

Die Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

Den zweiten Bezug der Verfassungsordnung zum völkerrechtlichen Gewaltverbot stellt Artikel 25 GG her. Artikel 25 GG bestimmt, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind, den Gesetzen vorgehen und Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen. Ziel von Artikel 25 GG ist es, allgemein geltenden völkerrechtlichen Regeln auch innerstaatlich Geltung zukommen zu lassen und damit einen Gleichklang zwischen der nationalen und der internationalen Rechtsordnung zu erzeugen.³⁷

1. Vollzug allgemeiner völkerrechtlicher Regeln im nationalen Recht

Der Begriff der Allgemeinheit einer Regel bezieht sich auf die Allgemeinheit der Geltung der Norm. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts er-

die Absicht bei einem klar völkerrechtswidrig begonnenen Krieg zu vermuten sei: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 24.

³⁴ *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 1.

³⁵ *Fink*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 6.

³⁶ *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 22.

³⁷ *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 25, Rn. 13; *Cremer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 235, Rn. 4.

fasst Artikel 25 GG das universelle Völkerrecht, also Völkergewohnheitsrecht und anerkannte Rechtsgrundsätze.³⁸ Damit unterfallen auch Regeln des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) dem Begriff.³⁹ Die Folge ist, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit ihrem jeweiligen Inhalt und ihrer Reichweite auch innerstaatlich gelten.⁴⁰ Im Hinblick auf die rechtstheoretische Konstruktion dieser Geltung werden unterschiedliche Konzepte vertreten.⁴¹ Nach der in den Details in verschiedenen Ausprägungen vertretenen Adoptions- beziehungsweise Vollzugstheorie ordnet das nationale Recht die Geltung (beziehungsweise den Vollzug) des Völkerrechts auch im innerstaatlichen Bereich an – die Normen bleiben also völkerrechtlicher Natur und sind entsprechend den völkerrechtlichen Regeln ausulegen und anzuwenden.⁴² Ein anderes Verständnis kommt in der sogenannten Transformationstheorie zum Ausdruck. Diese basiert auf einem dualistischen Verständnis des Verhältnisses von nationalem Recht und Völkerrecht und geht davon aus, dass es durch Artikel 25 GG zu einer Transformation der allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu innerstaatlichem Recht komme – diese gelten also nicht als Völkerrecht, sondern als nationales Recht.⁴³ Das Für und Wider beider Positionen ist ausgiebig diskutiert worden.⁴⁴ Zu Recht besteht insoweit Einigkeit dahin, dass der Erklärungswert der Theorien gering ist und der Theorienstreit in der Praxis nicht zu abweichenden Ergebnissen führt.⁴⁵ Die vorzugswürdige Konstruktion der innerstaatlichen Geltung allgemeiner völkerrechtlicher Regeln liegt nach allem aber darin, Artikel 25 GG als eine Vollzugsanordnung zu lesen. Auf dieser

³⁸ BVerfGE 15, 25, 33; 16, 27, 33; 23 288, 317; 46, 342, 367. Richtigerweise umfasst der Begriff der allgemeinen Regeln auch Normen des regionalen Völkergewohnheitsrechts. Diese erfüllen wichtige Funktionen und sind von einer, wenn auch regional begrenzten, Allgemeinheit. Für diese Wertung spricht nicht zuletzt auch die völkerrechtliche Terminologie in Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut, in dem auch von einer „allgemeinen“ Übung als Voraussetzung von Völkergewohnheitsrecht die Rede ist, was unstreitig auch regionales Völkergewohnheitsrecht umfasst (vgl. dazu *Verdross/Simma*, Universelles Voelkerrecht, 3. Aufl., 1984, S. 361 (§ 570), S. 544 (§ 855); so im Ergebnis auch: *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 25, Rn. 31; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 25, Rn. 26; *Zuleeg*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 24 Abs. 3/Art. 25, Rn. 16; *Bleckmann*, Die Öffentliche Verwaltung 23 (1979), 309 (313); ablehnend z. B. *Hofmann*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 49 (1989), 41 (47); *Talmon*, JuristenZeitung 68 (2013), 12 (14f.).

³⁹ *Hofmann*, in: Herzog/Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 1885 (1889).

⁴⁰ BVerfGE 18, 440, 448; 41, 126, 160; 46, 342, 363/403 f.

⁴¹ Vgl. die ausführliche Diskussion der Theorien in *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 150–171.

⁴² *Mosler*, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, S. 44; *Partsch*, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1964, S. 157 (5. These); *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 151 ff., 164 ff.

⁴³ *Pigorsch*, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1959, S. 6; *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 262.

⁴⁴ *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 25, Rn. 5.

⁴⁵ *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 25, Rn. 5; *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 25, Rn. 42.

Grundlage kann man von einer unmittelbaren auch innerstaatlichen Geltung der völkerrechtlichen Normen ausgehen und diese entsprechend der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden behandeln. Wollte man von der Notwendigkeit einer Transformation ausgehen, müsste alsdann das transformierte Recht als innerstaatliches Recht behandelt werden – mit der (theoretischen) Möglichkeit der Friktion und Abweichung von Interpretationsergebnissen, die aus den unterschiedlichen Auslegungsmethoden von nationalem Recht und Völkerrecht resultieren kann.⁴⁶ Insofern entsprechen die Adoptions- beziehungsweise Vollzugstheorien eher dem verfolgten Ziel eines Gleichklangs zwischen nationalem und internationalem Recht und sind insoweit vorzugswürdig.

Im Hinblick auf den Rang der Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts hat Artikel 25 GG erheblichen Anlass für Meinungsverschiedenheiten gegeben. Artikel 25 Satz 2 GG bestimmt, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts den Gesetzen „vorgehen“. Richtigerweise ist mit der in der Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassung davon auszugehen, dass diese Bestimmung dahin zu interpretieren ist, dass die Regeln zwar dem einfachen Bundes- und Landesrecht vorgehen, nicht aber dem Grundgesetz selbst. Sie nehmen also einen Zwischenrang zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht ein.⁴⁷ Auffassungen, die in Artikel 25 GG die Grundlage für einen „Überverfassungsrang“⁴⁸ der allgemeinen Regeln des Völkerrechts sehen oder doch jedenfalls eine Gleichrangigkeit mit dem Grundgesetz annehmen wollen,⁴⁹ können durchaus gewichtige Argumente für

⁴⁶ Im Ergebnis so auch: *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 25, Rn. 21; *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Rn. 43.

⁴⁷ BVerfGE 6, 309, 363; 141, 1, 17 (Rn. 41); *Mosler*, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, S. 45; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 78; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 11 f.; *Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK Grundgesetz, 41. Ed., 2015, Art. 26, Rn. 27; *Hofmann*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 25, Rn. 23; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 25, Rn. 55 f.; *Schmahl*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., 2015, Art. 25, Rn. 12; *Tomuschat*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, 197. EL, Bd. VIII, 2019, Art. 25, Rn. 90 ff.; *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2015, Art. 25, Rn. 30; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 16. Aufl., 2020, Art. 25, Rn. 18; *Talmon*, JuristenZeitung 68 (2013), 12 (15); *Aust*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2021, Art. 25, Rn. 49.

⁴⁸ *Curtius*, Die Öffentliche Verwaltung 8 (1955), 145 (145); *Pigorsch*, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1959, S. 25; *Magiera*, in: Menzel/Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Aufl., 1979, S. 49 (63); für einen Überverfassungsrang zwingenden Völkerrechts spricht sich aus: *Hobe*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 36. EL, 2011, Art. 25, Rn. 33.

⁴⁹ *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 25, Rn. 90; *Steinberger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 173, Rn. 61; *Cremer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 235, Rn. 27; *Bleckmann*, Die Öffentliche Verwaltung 23 (1979), 309 (313); *Becker*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, S. 223 (223); vgl. auch *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2012, Art. 25, Rn. 57, der nur den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die zugleich zwingendes Völkerrecht darstellen, einen Verfassungsrang beimisst.

sich verbuchen. So spricht die Entstehungsgeschichte der Norm für einen Überverfassungsrang.⁵⁰ Auch der Wortlaut lässt letztlich alle der benannten Lesarten zu. Aus teleologischer Sicht sprechen allerdings die besseren Argumente für einen Zwischenrang zwischen Grundgesetz und einfachem Recht. Entscheidend sind insoweit zwei Gesichtspunkte: Erstens widerspräche es der unter Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit gebotenen Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Rechtsbestimmtheit, dass die Geltung des Grundgesetzes als geschriebenes Recht von den Unwägbarkeiten und Unbestimmtheiten des Völkergewohnheitsrechts mitsamt dessen in vielen Hinsichten umstrittenen methodologischen Grundlagen abhängig gemacht würde.⁵¹ Dieses Problem wiegt umso schwerer, als das Völkergewohnheitsrecht Wandlungen unterworfen ist und insbesondere im multipolaren Transformationsprozess der Rechtsinhalte mitunter äußerst schwierig zu etablieren ist.⁵² Im Hinblick auf den Grad an Formalisierung und Konkretisierung des Grundgesetzes sowie im Hinblick auf die hohen Anforderungen, die an eine Änderung des Verfassungsrechts zu stellen sind (Artikel 79 Abs. 1 GG), wäre es widersprüchlich, dem Grundgesetz ein höherrangiges Recht oftmals sehr unklaren Inhalts vorzuordnen. Eine solche Vorordnung nämlich könnte die Geltung des Grundgesetzes selbst zum Gegenstand weitreichender Zweifel machen.

Zweitens ist nicht ausgemacht, dass sich die Bundesrepublik gegen grundgesetzwidrige Entwicklungen im Völkerrecht stets effektiv zur Wehr setzen könnte. Schien es aus nachvollziehbaren Gründen im Jahr 1949, dass die Gefahren einer rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechenden Politik eher von der Bundesrepublik ausgehen würden, gegen die das Völkerrecht ein Bollwerk bilden sollte, so ist die gegenteilige Dynamik heute gleichermaßen denkbar.⁵³ Ein blinder Optimismus im Hinblick auf das freiheitssichernde Potenzial des Völkerrechts scheint angesichts eines erstarkenden weltweiten Autoritarismus und der Möglichkeit einer entsprechenden mittelfristigen Transformation des Völkerrechts nicht angebracht.

Drittens gäbe es aus systematischer Perspektive im Hinblick auf die Hierarchie der Normen Rätsel auf, wie die (gegenüber dem behaupteten Überverfassungsrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts) niederrangige Vorschrift des Artikel 25 GG die Anordnung treffen könnte, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als im Verhältnis zu ihr höherrangig gälten, wiewohl Artikel 25 GG doch gleichzeitig für deren behaupteten Rang überhaupt erst konstitutiv wäre.

⁵⁰ Vom allgemeinen Redaktionsausschuss war zunächst eine Formulierung empfohlen worden, der zufolge die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „Bestandteil des Bundesverfassungsrecht“ sein sollten. Hiergegen wurde eingewandt, dass dies dem Gesetzgeber erlauben würde, mit qualifizierter (verfassungsändernder) Mehrheit diese Regeln innerstaatlich zu ändern. Der Abgeordnete v. Bretano stellte klar, dass das Völkerrecht „unter allen Umständen dem Bundesrecht, auch dem Bundesverfassungsrecht“ vorgehen solle – Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 1 (N. F.) 1951, S. 234f.

⁵¹ Vgl. hierzu supra 86–108.

⁵² *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Rn. 56.

⁵³ Kritisch insoweit: *Talmon*, *JuristenZeitung* 68 (2013), 12 (21).

2. Allgemeine Rechtsfolgen des Artikel 25 GG

Artikel 25 GG hat eine Reihe wichtiger Rechtsfolgen.⁵⁴ Erstens gelten die inkorporierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit ihrem jeweiligen Inhalt oberhalb der Ebene des einfachen Bundes- und Landesrechts. Etwaiges gegenläufiges Recht ist nach herrschender Auffassung zwar nicht nichtig. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts genießen aber einen Anwendungsvorrang und gehen insoweit vor.⁵⁵

Eine zweite wichtige Folge ist, dass über die Vollzugsanordnung des Artikel 25 GG die Staatsorgane verpflichtet sind, die inkorporierten völkerrechtlichen Normen nicht zu verletzen.⁵⁶ Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Teil von „Gesetz und Recht“ im Sinne des Artikel 20 Abs. 3 GG und gehören zur verfassungsmäßigen Ordnung (Artikel 2 Abs. 1 GG), die von allen Organen des Bundes und der Länder zu befolgen ist.⁵⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat daher erkannt, dass auf der Grundlage von Artikel 25 GG a) Behörden und Gerichte grundsätzlich gehindert sind, innerstaatliches Recht in einer Weise anzuwenden oder auszulegen, die die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verletzt⁵⁸ – der Zweck von Artikel 25 GG ist gerade eine völkerrechtskonforme Anwendung bestehenden Rechts und eine Verdrängung kollidierenden innerstaatlichen Rechts;⁵⁹ b) deutsche Hoheitsträger verpflichtet sind, „alles zu unterlassen, was einer unter Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts vorgenommenen Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit verschafft“;⁶⁰ c) deutsche Hoheitsträger gehindert sind, „an einer gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstoßenden Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger bestimmend mitzuwirken“⁶¹.

Die Inkorporierung von allgemeinen Regeln des Völkerrechts führt drittens dazu, dass diese als „Bestandteil des Bundesrechtes“ (Artikel 25 Satz 1 GG) vom Grundsatz *iura novit curia* erfasst sind und insoweit auch von nationalen Gerichten voll interpretier- und anwendbar sind. Ferner sieht Artikel 100 Abs. 2 GG einen „verfahrensrechtlichen Annex“⁶² zu Artikel 25 GG vor: Bei Zweifeln darüber, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt, hat ein Gericht die Entschei-

⁵⁴ Die folgenden Abschnitte 2 und 3 enthalten Textpassagen, die wörtlich übernommen worden sind aus: *Marxsen*, Die Verwaltung 53 (2020), 215–252.

⁵⁵ *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 25, Rn. 93.

⁵⁶ BVerfGE 75, 1, 19; BVerwGE 127, 302, 316 f.

⁵⁷ *Steinberger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 173, Rn. 48.

⁵⁸ BVerfGE 75, 1, 19; BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 1988, 1462, 1463.

⁵⁹ BVerfGE 23, 288, 316.

⁶⁰ BVerfGE 75, 1, 19.

⁶¹ BVerfGE 75, 1, 19.

⁶² *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1984, § 14, S. 494.

derung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen, welches seinerseits zu einer umfassenden Prüfung der Rechtslage befugt ist.⁶³

Eine vierte wichtige, wenngleich umstrittene Rechtsfolge betrifft die Möglichkeit der innerstaatlichen Geltendmachung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts durch die „Bewohner des Bundesgebietes“. Im Hinblick auf solche innerstaatliche Geltendmachung umstritten ist die Frage, ob es über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG („erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“) zu einer subjektiv-rechtlichen Aufladung bestimmter völkerrechtlicher Normen kommen kann, denn diese Vorschrift ordnet immerhin an, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“ erzeugen. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund dessen relevant, dass ein Großteil der völkerrechtlichen Regeln allein zwischenstaatliche Geltung beansprucht, nicht aber Individuen als solche adressiert. Die umstrittene Frage ist daher, ob über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG eine innerstaatliche Erweiterung der Anwendung völkerrechtlicher Regeln erfolgt.

Im verfassungsrechtlichen Schrifttum⁶⁴ insbesondere der jungen Bundesrepublik sowie in der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁶⁵ wurde die Auffassung vertreten, dass Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG keine subjektiv-rechtliche Geltung anordne, sondern allein deklaratorischer Natur sei. Subjektive Rechte vermittelten allgemeine Regeln des Völkerrechts nach dieser Lesart also nur dann, wenn diese bereits aus dem Inhalt der völkerrechtlichen Norm folgten. Mehr noch, selbst in dem Falle, dass völkerrechtliche Normen subjektive Rechte vermittelten, wäre eine innerstaatliche gerichtliche Geltendmachung nur dann möglich, wenn das Völkerrecht auch die gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruchs dem Einzelnen als Recht einräumte (im Gegensatz zur bloßen Möglichkeit der Geltendmachung der subjektiven Rechte durch den Staat).⁶⁶

Gegen diese Engführung steht eine Reihe von Argumenten. Zunächst spricht der Sinnzusammenhang der Norm gegen die Annahme eines bloß deklaratorischen Charakters, denn Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG hätte unter dieser Prämisse keinen eigenständigen Regelungsgehalt – er bezöge sich auf völkerrechtliche Normen, deren innerstaatliche Geltung bereits über Artikel 25 Satz 1 GG angeordnet worden ist.⁶⁷ Das wäre zwar nicht unmöglich, stellt aber gleichwohl eine plausible Verfassungsinterpretation nur vor dem Hintergrund zwingender systematischer oder teleologischer Argumente dar.⁶⁸ Auch in den Debatten des Parlamentarischen

⁶³ BVerfGE 59, 63, 89.

⁶⁴ *Partsch*, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1964, S. 20–22; *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 257f., 270f.; *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 279–281; so aber auch heute noch: *Talmon*, JuristenZeitung 68 (2013), 12 (13).

⁶⁵ BVerfGE 15, 25, 33; 18, 441, 448; 27, 253, 274; 41, 126, 160.

⁶⁶ *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 280f.

⁶⁷ *Doebring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 157.

⁶⁸ *Kunig/Uerpmann-Witzack*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., 2019, S. 73 (143), Rn. 153.

Rats kam das Ziel der Schaffung einer subjektiv-rechtlichen Dimension durch Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG deutlich zum Ausdruck.⁶⁹ Schließlich spricht auch eine teleologische Sichtweise für die Möglichkeit der Erzeugung subjektiver Rechte, denn hierdurch wird eine erhöhte Durchsetzbarkeit der allgemeinen Regeln des Völkerrechts sichergestellt.⁷⁰

In Abkehr von seiner früheren restriktiven Rechtsprechung hat auch das Bundesverfassungsgericht später eine offenere Position bezogen und – in Übereinstimmung mit der heute vorherrschenden Lehre⁷¹ – die Möglichkeit anerkannt, dass es über Artikel 25 Satz 2 GG zu einer Erweiterung der Anwendung völkerrechtlicher Regeln zu Gunsten von Individuen kommt.⁷² Das Gericht verlangt insoweit, dass „völkerrechtliche Regelungen einen engen Bezug zu individuellen hochrangigen Rechtsgütern aufweisen“.⁷³

In einem Beschluss jüngeren Datums hat eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts in dieser Hinsicht allerdings wieder eine deutlich restriktivere Position angedeutet. Zwar erkennt die Kammer zunächst die Möglichkeit der Subjektivierung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts durch Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG unter Bezugnahme auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (nämlich die soeben zitierte Entscheidung BVerfGE 112, 1) an. Allerdings stellt das Folgeargument der Kammer die Möglichkeit solcher Subjektivierung durchaus in Frage. Die Kammer betont nämlich, dass es Sinn und Zweck von Artikel 25 GG

⁶⁹ Carlo Schmid führte gegen einen Vorschlag Hermann von Mangoldts mit Blick auf Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG aus: „Ich möchte dringend bitten, diesen Satz nicht zu streichen; denn sonst werden wir aus den tausend Kontroversen, in die uns die Fassung des Art. 4 der Weimarer Verfassung hineingeführt hat, nicht herauskommen. Es wird Schriftgelehrte geben, die sagen: Da das Völkerrecht sich nur an Staaten richten kann, bedeutet der Satz, daß die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind, nichts anderes als eine Bindung des Staates an die Gebote des Völkerrechts, nicht aber, daß der Einzelne durch das Völkerrecht unmittelbar berechtigt und belastet sein soll, da dies ‚begrifflich unmöglich‘ ist. Wir sollten die Zweifel, die entstehen könnten, durch die klare Bestimmung ausräumen, daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts das Individuum unmittelbar berechtigen und verpflichten sollten.“ – Carlo Schmid, Fünfte Sitzung des Hauptausschusses, 18. November 1948, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. XIV, Teilband 1, bearbeitet von Michael F. Feldkamp (R. Oldenbourg Verlag München 2009), S. 164; vgl. auch die Äußerungen Schmidts, ebd., S. 160f.; ferner die Äußerung von Adolf Süsterhenn, der forderte, dass „die Verfassung dem Einzelnen das Recht geben [muss], unmittelbar auf die Grundsätze des Völkerrechts zu rekurrieren“, ebd., S. 162.

⁷⁰ *Fischer-Lescano/Hanschmann*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, 2010, S. 181 (187f.).

⁷¹ *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 155–158; *Steinberger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 173, Rn. 69–71; *Tomuschat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 19; *Fischer-Lescano/Hanschmann*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, 2010, S. 181 (186–189).

⁷² Zunächst die Möglichkeit offenlassend in: BVerfGE 46, 342, 362f.; zurückhaltend auch die Einschätzung in BVerfGE 63, 343, 373f.

⁷³ BVerfGE 112, 1, 22; BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, 1224, 1225f. (Rn. 34–40); vgl. insoweit auch BVerwGE 154, 328, 364f. (Rn. 45 ff.).

sei, einen Gleichklang von völkerrechtlicher und grundgesetzlicher Ordnung zu erzeugen. Ferner führt sie mit Blick hierauf aus:

„Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn ausschließlich an Staaten gerichtete Normen des Völkerrechts, die – wie das Gewaltverbot – nicht bereits von sich aus eine subjektive Schutzwirkung aufweisen, über Art. 25 Satz 2 Halbsatz 2 GG inhaltlich verändert, nämlich individualisiert, in das Bundesrecht übernommen würden und dadurch letztlich eine über die Intention des Völkerrechts hinausgehende innerstaatliche Rechtslage geschaffen würde“.⁷⁴

Diese Einordnung scheint letztlich der Sache nach auf eine Rückkehr zur alten Position des Bundesverfassungsgerichts abzielen, der zufolge Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG eine nur deklaratorische Funktion habe. Denn durch jedwede Form von Adressatenerweiterung wird die Reichweite der völkerrechtlichen Norm stets erweitert – insoweit geht es stets um die Schaffung einer „über die Intention des Völkerrechts hinausgehende[n] Rechtslage“. Diese rechtfertigt sich daraus – und das stellt die Kammer nicht in Rechnung –, dass sie durch eine – sofern dies im Hinblick auf eine konkrete Norm sinnvoll möglich ist – innerstaatliche Subjektivierung zu einer Verankerung und Durchsetzung des Völkerrechts beitragen möchte.

Insoweit ist der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beizupflichten, die den Sinn und Zweck von Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG trefflich fasst:

„Sinn und Zweck der in Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG getroffenen Regelung ist vielmehr, den Kreis der Adressaten der allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu erweitern. Die Regelung überwindet die Beschränkung auf Staaten als Begünstigte und Verpflichtete des Völkerrechts, wie sie noch für Art. 4 der Weimarer Reichsverfassung und den seinerzeitigen Stand der Völkerrechtslehre kennzeichnend war. Sie hat daher mehr als eine lediglich deklaratorische Bedeutung, von der noch das Bundesverfassungsgericht in seiner früheren Rechtsprechung ausgegangen war“.⁷⁵

Vor diesem Hintergrund ergeben sich aus dem Blickwinkel von Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG drei Gruppen von allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die Doehring bereits 1963 herausgearbeitet hat.⁷⁶ Erstens gibt es Regeln, die sich auf Grund ihrer Staatsbezogenheit nicht für eine subjektiv-rechtliche Anwendungserweiterung eignen, da sie durch Subjektivierung ihren Sinn verlieren würden. Zu denken ist etwa an Regeln betreffend die Staatensukzession.⁷⁷ Auch diese Regeln gelten

⁷⁴ BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224, 1226 (Rn. 37).

⁷⁵ BVerwGE 154, 328, 344 (Rn. 40).

⁷⁶ Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 155–158.

⁷⁷ Insoweit ist auch der Verweis der Kammer des Bundesverfassungsgerichts (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224, 1226 [Rn. 38]) nicht überzeugend, der historische Gesetzgeber habe mit Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG nicht „aus auch rein staatengerichteten Regeln des Völkerrechts – wie dem Grundsatz *pacta sunt servanda* oder Ähnliches – subjektive Rechte des Einzelnen begründen“ wollen. Das trifft fraglos zu, wird aber auch von niemandem behauptet. Denn jedenfalls ist eine Eignung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts zur Subjektivierung die Voraussetzung einer eben solchen und der Grundsatz *pacta sunt servanda* ist fraglos ein Grundsatz, der einer Subjektivierbarkeit kaum zugänglich sein dürfte.

zwar über Artikel 25 GG innerstaatlich, vermitteln aber keine subjektiven Rechte. Zweitens gibt es allgemeine Regeln des Völkerrechts, die schon auf der völkerrechtlichen Ebene subjektiv-rechtlich ausgerichtet sind – zum Beispiel menschenrechtliche Vorschriften.⁷⁸ Im Hinblick auf diese Normen entfaltet Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG daher nur eine deklaratorische Wirkung. Drittens schließlich gibt es Normen, die in ihrem völkerrechtlichen Inhalt allein Staaten adressieren, für die aber (insbesondere wegen ihres Bezuges zu subjektiven Rechtsgütern) eine innerstaatliche subjektiv-rechtliche Anwendung über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG möglich ist. In diesen Fällen kommt es also zu einer Anwendungserweiterung zu Gunsten von Individuen, das heißt zu einer „Modifikation des Normadressaten“.⁷⁹

Wenngleich viele Einzelheiten umstritten bleiben, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass über Artikel 25 Satz 2 GG eine Subjektivierung völkerrechtlicher Vorgaben erfolgen kann.⁸⁰ Den Folgen für das völkerrechtliche Gewaltverbot werden wir uns sogleich zuwenden.

3. Die innerstaatliche Geltung des Gewaltverbots über Artikel 25 GG

Da das völkerrechtliche Gewaltverbot unstreitig völkergewohnheitsrechtlich gilt⁸¹ und somit eine allgemeine Regel des Völkerrechts darstellt, erfolgt über Artikel 25 GG eine Inkorporierung in die nationale Rechtsordnung. Auf der Grundlage der oben bezeichneten Adoptions- und Vollzugstheorien gelten mithin die völkerrechtlichen Vorschriften unmittelbar auch auf nationaler Ebene und binden die staatlichen Organe der Bundesrepublik.⁸²

Die primär umstrittene Frage im Hinblick auf die innerstaatliche Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist, ob dieses auch – wie Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG formuliert – „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“ erzeugt. Teilweise wird bereits davon ausgegangen, dass die subjektiv-rechtliche Ausrichtung des völkerrechtlichen Gewaltverbots bereits aus dem Völkerrecht selbst folge.⁸³ Hintergrund dieser Argumentation ist, dass es in den letzten Jahrzehnten zur Einrichtung einer Vielzahl von individualbezogenen Entschädigungsmechanismen gekommen ist, vermittels derer auch Individuen Entschädigungen für Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots zugesprochen

⁷⁸ Auch insoweit können sich freilich schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Vgl. z. B. im Hinblick auf die individual-rechtliche Auslegung der Wiener Konsularrechtskonvention: *Grzeszick*, Archiv des Völkerrechts 43 (2005), 312 (312 ff.).

⁷⁹ *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 157.

⁸⁰ Vgl. zum Streit *Koenig/König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 25, Rn. 57 ff.

⁸¹ Vgl. dazu supra § 4, 80 ff.

⁸² BVerfGE 104, 151, 213; BVerwGE 127, 302, 343 f.

⁸³ *Fischer-Lescano*, Militärbasen und militärisch genutzte Flughäfen in Deutschland, 2008, S. 13; *Fischer-Lescano/Hanschmann*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, S. 181 (189–194).

worden sind. Ob aber entsprechende subjektive Entschädigungsansprüche nach dem derzeit geltenden Völkerrecht tatsächlich bestehen, darf allerdings bezweifelt werden, da es an einer hinreichend aussagekräftigen Staatspraxis mangelt.⁸⁴

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mit Blick auf die Frage, ob es hinsichtlich des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu einer Subjektivierung und damit zu einer individuellen Anrufbarkeit über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG kommen kann, ist uneinheitlich. Die Mehrheit der Entscheidungen hat die Frage ausdrücklich offengelassen.⁸⁵ Andere Entscheidungen, darunter auch ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018, lehnen die Möglichkeit der Subjektivierung hinsichtlich der Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots dagegen ab.⁸⁶ In der Literatur sprechen sich im Grundsatz viele Stimmen für eine Subjektivierung aus.⁸⁷

Wichtig für die Beantwortung der Frage nach der Subjektivierung des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist – nach der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Formel –, ob dieses „einen engen Bezug zu individuellen hochrangigen Rechtsgütern“ aufweist.⁸⁸ Gegen einen solchen Bezug spricht zunächst einmal nicht, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot allein an Staaten gerichtet ist. Vor dem Hintergrund eines modernen Souveränitätsverständnisses ist der Zweck dieses Prinzips

⁸⁴ Vgl. aber die Übersicht zum Stand der völkerrechtlichen Diskussion in: *Marxsen*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (2018), 521 (521 ff.).

⁸⁵ BVerwGE 131, 316 (343); 154, 328 (347) (Rn. 46); VG Köln, Urteil vom 14. März 2013, 1 K 2822/12, Rn. 74–82; OVG Münster, Beschluss vom 07. Mai 2013, 4 A 1913/11, Rn. 27; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 188.

⁸⁶ BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224 (1226) (Rn. 37); VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 86 f.; vgl. auch OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014, 4 A 1058/13, Rn. 76 ff.

⁸⁷ Für eine subjektiv-rechtliche Dimension sprechen sich aus: *Doebbring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 166; *Doebbring*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 178, Rn. 23 f.; *Fischer-Lescano/Hanschmann*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, S. 181 (196); *Heß*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, S. 249 (261); *Cremer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 235, Rn. 32 (bezogen auf Pflichten); *Becker*, Die Öffentliche Verwaltung 66 (2013), 493 (501); so wohl auch: *Deiseroth*, in: Roggan/Busch (Hrsg.), Das Recht in guter Verfassung?, 2013, S. 25 (35); *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 25, Rn. 20; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 25, Rn. 67b; vgl. aber auch *Hofmann*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 25, Rn. 26, der eine „Adressatenerweiterung“ ablehnt und ausführt, dass eine „Individualbegünstigung“ bereits durch eine objektiv-rechtliche „Bindung der Staatsgewalt“ bewirkt werde. Gegen eine subjektiv-rechtliche Ausrichtung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch Art. 25 GG sprechen sich aus: *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 23; *Kessler/Salomon*, Die Öffentliche Verwaltung 67 (2014), 283 (291); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 79. EL, Bd. III, 2016, Art. 25, Rn. 90; *Tomuschat*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, 197. EL, Bd. VIII, 2019, Art. 25, Rn. 106; *Aust*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2021, Art. 25, Rn. 57.

⁸⁸ BVerfGE 112, 1, 22; BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224, 1225 f. (Rn. 34–40); vgl. insoweit auch BVerwGE 154, 328, 364 f. (Rn. 45 ff.).

nicht allein der Schutz des Staates im Sinne der Staatsgewalt und des Territoriums. Eine wichtige Schutzdimension des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist jedenfalls auch der Schutz der Subjekte vor den Verheerungen bewaffneter Konflikte, die unmittelbar negative Auswirkungen auf die Bewohner der betroffenen Staaten zeitigen können. Dem steht nicht entgegen, dass auf der Grundlage der zwischenstaatlichen Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots der Schutz staatlicher Souveränität der primäre Schutzzweck ist. Für eine subjektive Adressatenerweiterung im Rahmen des Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG ist es ausreichend, dass eine Norm abstrakt geeignet ist, *auch* den Interessen Einzelner zu dienen.⁸⁹ Zudem ist auf der Grundlage eines modernen Souveränitätsverständnisses das Subjekt (auch über seine Mitgliedschaft im Kollektiv des „Staatsvolks“ hinaus) als konstitutives Moment von Staatlichkeit mitzudenken.

Unterstützt wird eine Subjektivierung im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot durch eine historische Betrachtung der Debatten um die Ausarbeitung der Norm. So hat Fritz Eberhard eine unmittelbare Bindungswirkung des völkerrechtlichen Gewaltverbots angeführt. Er bezog sich auf das (insoweit im Rahmen des Artikel 25 GG allerdings unpassende) Beispiel des im Kellogg-Briand-Pakt verankerten Verbots des Angriffskrieges, um die innerstaatliche Geltung der Regeln des Völkerrechts zu illustrieren.⁹⁰

Allerdings wird man einen solchen Bezug zu individuellen hochrangigen Rechtsgütern nicht schlechterdings und gleichermaßen für alle denkbaren Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot annehmen können, sondern es muss differenziert werden. Eine Betroffenheit einzelner Subjekte wird sich regelmäßig erst in Fällen begründen lassen, in denen die in Rede stehenden Verstöße eine gewisse Intensität überschreiten. Solch eine erhöhte Intensitätsschwelle wird völkerrechtlich durch einen Unterfall des Gewaltverbots gefasst, nämlich durch das Verbot der Aggression, das sich auf besonders gewichtige Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot bezieht.⁹¹ In diesen Fällen möglicher schwer wiegender Verstöße ist ein hinreichender Bezug zu hochrangigen individuellen Rechtsgütern – nämlich insbesondere dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit – möglich.

⁸⁹ Vgl. *Kunig/Uerpmann-Witzack*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl., 2019, S. 73 (144f.), Rn. 154.

⁹⁰ Vgl. die Äußerung Fritz Eberhards, 12. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, 15. Oktober 1948, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. V/1, bearbeitet von Eberhard Piskart und Wolfram Werner (Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag 1993), S. 317: „Art. 28 hat einen Vorgänger im Art. 4 der Weimarer Verfassung. Diese Bestimmung hatte keine erheblich praktische Bedeutung, während wir hier ähnlich wie bei den Grundrechten klar aussprechen, daß sich unmittelbar Rechte und Pflichten für alle Bewohner des Bundesgebiets ergeben, also nicht etwa nur für die Bundesregierung. Ich denke da an den Kellogg-Pakt, den Kriegsächtungspakt, der dann ausdrücklich die Bewohner binden würde.“ – Fußnoten ausgelassen.

⁹¹ Vgl. hierzu die Definition der UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX) vom 14. Dezember 1974, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX).

Das Vorliegen einer solchen schwer wiegenden Verletzung ist aber noch keine hinreichende Bedingung dafür, dass eine mögliche Verletzung einer völkerrechtlichen Norm auch von einem Subjekt gerichtlich geltend gemacht werden kann. Die Zuweisung eines Allgemeininteresses an der Geltendmachung völkerrechtlicher Normen erfordert das Vorliegen einer, wie das Bundesverwaltungsgericht formuliert, „den Kläger von der Allgemeinheit unterscheidenden individuellen Betroffenheit“.⁹² Anders formuliert: Auch wenn es grundsätzlich zu einer Subjektivierung einer völkerrechtlichen Norm kommt, heißt dies nicht, dass jedes Subjekt diese geltend machen kann, sondern es bedarf angemessener Einschränkungen, um diese Adressatenerweiterung im Rahmen der auf subjektiven Rechtsschutz ausgelegten deutschen Rechtsordnung implementieren zu können. Eine entsprechende Einschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung möglicher Verletzungen werden wir in § 18 bei der Diskussion des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hinsichtlich möglicher Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots genauer untersuchen.⁹³

An dieser Stelle aber lässt sich festhalten, dass dem völkergewohnheitsrechtlichen Gewaltverbot (jedenfalls im Hinblick auf schwer wiegende, den Tatbestand der Aggression erfüllende Verletzungen) eine subjektbezogene Schutzrichtung auf das Innerste eingeschrieben ist, so dass es über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG zu einer Adressatenerweiterung kommt.

III. Insbesondere Artikel 59 Abs. 2 GG: Die innerstaatliche Geltung von Völkervertragsrecht

Auch völkervertragsrechtliche Regelungen zum völkerrechtlichen Gewaltverbot finden Eingang in die deutsche Rechtsordnung. Die zentrale Vorschrift ist insoweit Artikel 59 Abs. 2 GG. Nach dieser Vorschrift bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes.

Unabhängig von der völkerrechtlichen Bindungswirkung betrifft Artikel 59 Abs. 2 GG die innerstaatliche Geltung völkerrechtlicher Pflichten. Diese tritt nur durch ein sogenanntes Zustimmungsgesetz ein, in dem der Bundestag den Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages billigt. Durch das Zustimmungsgesetz erhält der Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages innerstaatliche Geltung,⁹⁴ der Bundestag erteilt insoweit einen innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl.⁹⁵

Für den hier interessierenden Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots ergibt sich eine Zustimmungsbedürftigkeit entsprechender völkerrechtlicher Ver-

⁹² BVerwGE 154, 328 (344) (Rn. 39).

⁹³ Vgl. *infra* 501 f.

⁹⁴ BVerfGE 29, 348, 358 f.; 99, 145, 158; BVerwGE 110, 363, 366.

⁹⁵ BVerfGE 90, 286, 364; 104, 151, 209; 123, 267, 355; 128, 326, 367; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 34.

träge aus Artikel 59 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 GG, da es sich insoweit stets um „politische Verträge“ handelt. Ein politischer Vertrag setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass durch den Vertrag selbst „die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft“ berührt werden.⁹⁶ Beispielhaft führt das Bundesverfassungsgericht insoweit Bündnis- und Garantiepakte, Abkommen über politische Zusammenarbeit, Friedens-, Nichtangriffs-, Neutralitäts- und Abrüstungsverträge und Schiedsverträge an.⁹⁷

Ist das Gewaltverbot in vielen von der Bundesrepublik geschlossenen bi- und multilateralen völkerrechtlichen Verträgen verankert,⁹⁸ so gilt es vermöge Artikel 59 Abs. 2 GG auch innerstaatlich (abhängig vom Inhalt des Vertrages gegebenenfalls freilich nur im Hinblick auf die konkret geregelten bi- oder multilateralen Verhältnisse). Erwähnenswert sind insoweit beispielsweise die Verankerung des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Zwei-plus-vier-Vertrag und die Transformation in deutsches Recht,⁹⁹ zentral aber ist die UN-Charta, deren innerstaatliche Geltung durch Zustimmungsgesetz 1973 angeordnet wurde.¹⁰⁰

Die Rechtsfolge des Zustimmungsgesetzes ist, dass die Regelungen der UN-Charta und mit ihnen das in Artikel 2 Abs. 4 UNC verankerte Gewaltverbot auf der Ebene einfachen Bundesrechts gelten. Auch insoweit sind die Regeln des Gewaltverbots also Teil von „Gesetz und Recht“, an die die staatlichen Organe über Artikel 20 Abs. 3 GG gebunden sind. Die Bindungswirkung ist allerdings weniger weit reichend als diejenige, die über Artikel 25 GG erreicht wird. Nicht nur ist der Geltungsrang der vertragsrechtlichen Regeln niedriger. Auch besteht im Rahmen des Artikel 59 Abs. 2 GG keine dem Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG vergleichbare Anwendungserweiterung, vermöge derer auch Individuen durch völkerrechtliche Normen berechtigt und verpflichtet werden können.

Im Hinblick auf die innerstaatliche Geltung des Gewaltverbots ebenfalls relevant ist der Kellogg-Briand-Pakt aus dem Jahr 1928, der eine allgemeine Ächtung des Krieges zum zentralen Inhalt hat.¹⁰¹ Dieser Vertrag ist noch immer in Kraft und verzeichnet heute 63 Vertragsstaaten.¹⁰² Für die Bundesrepublik Deutschland ergibt sich eine völkerrechtliche Bindung aus dem Umstand, dass die Bundes-

⁹⁶ BVerfGE 1, 372, 381; vgl. auch *Kempfen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 59, Rn. 63.

⁹⁷ BVerfGE 1, 372, 381.

⁹⁸ Vgl. z. B. die Vereinbarung in Art. 2 des Moskauer Vertrags zwischen der UdSSR und der Bundesrepublik Deutschland vom 12. August 1970, BGBl. 1972 II, 354; vgl. ebenso Art. II des Warschauer Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen vom 7. Dezember 1970, BGBl. 1972 II, 362.

⁹⁹ Vgl. die Verankerung des völkerrechtlichen Gewaltverbots in Art. 2 des Zwei-plus-vier-Vertrags und dessen Transformation in: Gesetz zu dem Vertrag vom 12. September 1990 über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, 11. Oktober 1990, BGBl. 1990 II, 1317.

¹⁰⁰ Gesetz zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Charta der Vereinten Nationen, 6. Juni 1973, BGBl. 1973, II, 430.

¹⁰¹ Vgl. zum Hintergrund und Inhalt dieses Vertrags supra 20.

¹⁰² Vgl. zur Übersicht der Vertragsparteien BGBl. II 2019, Fundstellennachweis B, 367.

republik als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reiches auch dessen völkerrechtliche Pflichten zu tragen hat. Die innerstaatliche Fortgeltung ergibt sich dabei aus der Fortgeltung des am 9. Februar 1929 durch den Reichstag beschlossenen Zustimmungsgesetzes.¹⁰³ Dieses gilt als vorkonstitutionelles Recht nach Artikel 123 Abs. 1 GG fort und ist somit Grundlage der auch innerstaatlichen Bindungswirkung des Kellogg-Briand-Paktes.

Auf der Grundlage des Wortlauts des Kellogg-Briand-Paktes bestünde ein umfassendes Kriegsverbot, denn die Staaten verzichteten in diesem Vertrag darauf, sich des Kriegs „als Werkzeug nationaler Politik in ihren gegenseitigen Beziehungen“ zu bedienen.¹⁰⁴ Während zwar schon zum Zeitpunkt der Schaffung des Kellogg-Briand-Paktes nach allgemeiner Auffassung Verteidigungskriege vom Anwendungsbereich des Vertrags nicht erfasst waren,¹⁰⁵ wären doch weitere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen. Insbesondere schiede auf der Grundlage einer reinen Wortlautbetrachtung auch eine vom UN-Sicherheitsrat nach Kapitel VII UNC autorisierte militärische Intervention aus. Dieses Ergebnis wäre wenig überzeugend, da es doch die durch die Institutionalisierung der UN – insbesondere durch die Schaffung des UN-Sicherheitsrats – geschaffene internationale Handlungsfähigkeit unterliefe. Auch wäre ein solcher Widerspruch vor dem Hintergrund von Artikel 103 UNC zu Gunsten der UN-Charta als der *lex posterior* zu lösen. Richtigerweise muss der Kellogg-Briand-Pakt im Lichte der nachfolgenden Praxis daher so gelesen werden, dass er unilaterale kriegerische Maßnahmen ausschließt, die nicht durch die später geschaffenen hierzu befugten Institutionen der Vereinten Nationen autorisiert worden sind. In anderen Worten, im Zeitalter der UN-Charta errichtet der Kellogg-Briand-Pakt keine strengeren Maßstäbe als die UN-Charta und kann daher auch kein tragendes Argument für ein heute geltendes allgemeines Kriegsverbot abgeben.¹⁰⁶

IV. Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit

Als weiteres relevantes Prinzip ist die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes anzuführen. Dieser Grundsatz ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt worden, um das Nebeneinander von völkerrechtlicher und nationaler Rechtsordnung zu koordinieren.¹⁰⁷ Er ist auch in der Lehre seit langem anerkannt.¹⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht¹⁰⁹ hat in der Konkordatsentscheidung zunächst Artikel 25 GG als Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grund-

¹⁰³ Gesetz zu dem Vertrag über die Ächtung des Krieges, 9. Februar 1929, RGBl. 1929 II, 97.

¹⁰⁴ Art. 1 Kellogg-Briand-Pakt.

¹⁰⁵ Vgl. supra 20.

¹⁰⁶ Vgl. in diese Richtung aber *Deiseroth*, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, 2010, S. 35 (44).

¹⁰⁷ *Schorckopf*, in: Giegerich (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, S. 131 (156).

¹⁰⁸ Vgl. *Isensee*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 32

gesetzes angeführt.¹¹⁰ Später hat es betont, dass das Grundgesetz von einer „völkerrechtsfreundlichen Tendenz“ getragen sei, die ihrerseits in Artikel 1 Abs. 2, 24 und 25 GG zum Ausdruck komme.¹¹¹ Ohne den Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit zu verwenden, hat sich das Gericht im Hinblick auf die Eingliederung der Bundesrepublik Deutschland in die völkerrechtliche Ordnung später auch auf die Präambel des Grundgesetzes sowie auf Artikel 26 GG,¹¹² schließlich noch auf Artikel 9 Abs. 2, 16 Abs. 2, 23 und 100 Abs. 2 GG bezogen.¹¹³ Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau dieser Vorschriften,¹¹⁴ die in ihrem Zusammenspiel verdeutlichen, dass das Grundgesetz eine „Grundsatzentscheidung für die Harmonie zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht“ getroffen hat.¹¹⁵

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hat mehrere Bedeutungsdimensionen. Erstens folgt aus ihm die Pflicht, fremde Rechtsordnungen (als Konstituenten der Völkerrechtsordnung) grundsätzlich zu achten.¹¹⁶ Zweitens folgt aus ihm die Pflicht, dass das gesamte deutsche Recht grundsätzlich völkerrechtsfreundlich ausgelegt und angewendet werden muss.¹¹⁷ Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit bietet insoweit eine „Auslegungshilfe“ für Grundrechte, rechtsstaatliche Grundsätze der Verfassung sowie für das einfache Recht.¹¹⁸ Diese sind – darin vergleichbar dem Prinzip der verfassungskonformen Auslegung – so zu interpretieren, dass Konflikte zwischen beiden Rechtsordnungen vermieden werden, soweit dies auf der Basis anerkannter Interpretationsmethoden möglich ist.¹¹⁹ Von mehreren möglichen Auslegungen einer Rechtsnorm ist daher diejenige zu wählen, die Konflikte mit völkerrechtlichen Verpflichtungen vermeidet.¹²⁰

Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergibt sich drittens die (auch innerstaatlich unter dem Grundgesetz bestehende) Pflicht,

(1974), 49 (57); *Tomuschat*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 36 (1978), 7 (18); *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 298–302.

¹⁰⁹ Vgl. für einen Überblick über die Phasen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Schorkopf*, in: Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 131 (133–147).

¹¹⁰ BVerfGE 6, 309, 362.

¹¹¹ BVerfGE 31, 58, 75.

¹¹² BVerfGE 63, 242, 370.

¹¹³ BVerfGE 108, 238, 247; 108, 129, 137; 109, 13, 23 f.; 109, 38, 49 f.

¹¹⁴ BVerfGE 141, 1, 26 f.

¹¹⁵ *Tomuschat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 36; vgl. auch *Oeter*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 243, Rn. 3.

¹¹⁶ BVerfGE 75, 1, 17.

¹¹⁷ Vgl. insoweit BVerfGE 58, 1, 34; 59, 63, 89; 64, 1, 20; 75, 1, 18 f.; 111, 307, 307; *Bleckmann*, Die Öffentliche Verwaltung 23 (1979), 309 (312).

¹¹⁸ BVerfGE 141, 1, 29 (Rn. 71).

¹¹⁹ Der Grundsatz erfüllt insoweit die Funktion einer „Konfliktvermeidungsregel“, vgl. *Proelß*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 553 (558).

¹²⁰ *Tomuschat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 36; BVerfGE 141, 1, 29 (Rn. 71).

das Völkerrecht zu respektieren. Diese Pflicht hat, so das Bundesverfassungsgericht, drei Komponenten:¹²¹ a) Deutsche Staatsorgane sind verpflichtet, die die Bundesrepublik bindenden völkerrechtlichen Normen zu befolgen und Rechtsverstöße nach Möglichkeit zu unterlassen.¹²² b) Durch eigene Staatsorgane begangene Völkerrechtsverstöße müssen korrigiert werden. c) Deutsche Staatsorgane können verpflichtet sein, „das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen“.¹²³

Beim Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes handelt es sich um ein eigenständiges, wenngleich ungeschriebenes Verfassungsprinzip, aus dem auch eigene, konkretisierende Rechtssätze abgeleitet werden können.¹²⁴ Allerdings kann das Prinzip nicht zur (Re-)Interpretation derjenigen grundgesetzlichen Normen herangezogen werden, aus denen es selbst abgeleitet ist.¹²⁵ So kann beispielsweise nicht in Umgehung der Privilegierung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die nach Artikel 25 GG den Gesetzen vorgehen, eine allgemeine und unmittelbare innerstaatliche Verbindlichkeit von Völkervertragsrecht angenommen werden. Auch dürfen die aus dem Grundsatz deduzierten Normen den geschriebenen Verfassungsnormen nicht zuwiderlaufen.¹²⁶

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes beinhaltet also einen zusätzlichen Rechtssatz, der das Ziel des Gleichklangs zwischen deutscher und völkerrechtlicher Ordnung unterstreicht. Vor dem Hintergrund der klaren verfassungsrechtlichen Normen hinsichtlich der innerstaatlichen Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist dieser Grundsatz für den hier interessierenden Bereich zunächst nicht von zentraler Bedeutung. Gleichwohl wird sich im Folgenden zeigen, dass dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit insbesondere in Verbindung mit dem sogleich noch zu betrachtenden grundgesetzlichen Friedensgebot insbesondere in solchen Situationen eine auslegungsleitende Bedeutung zukommt, in denen wir es mit rechtlicher Unsicherheit über die völkerrechtliche Zulässigkeit einer militärischen Operation – insbesondere mit Grauzonen des Rechts (§ 9) – zu tun haben.¹²⁷

¹²¹ BVerfGE 112, 1, 26.

¹²² Vgl. zur Diskussion der Grenzen der Anwendung des Völkerrechts: *Talmon*, *JuristenZeitung* 68 (2013), 12 (15–20).

¹²³ BVerfGE 112, 1, 26.

¹²⁴ *Payandeh*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 57 (2009), 465 (483); *Bleckmann*, *Die Öffentliche Verwaltung* 23 (1979), 309 (314); vgl. aber auch *Hillgruber*, der zwar eine grundsätzliche Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sieht, aus dieser „Grundtendenz“ aber die Ableitung weiter gehender, d. h. über die Einzelbestimmungen des Grundgesetzes hinausgehender Rechtsfolgen ablehnt: *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. II, 2004, § 32, Rn. 125; *Hailbronner* hält fest, dass die Völkerrechtsfreundlichkeit nur ausnahmsweise als Prüfungsmaßstab herangezogen werden könne: *Hailbronner*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 56 (1997), 7 (18).

¹²⁵ *Payandeh*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 57 (2009), 465 (484).

¹²⁶ *Payandeh*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 57 (2009), 465 (501).

¹²⁷ Vgl. hierzu *infra* 465 ff.

V. Frieden als Staatszielbestimmung

Die analysierten Normen zeigen, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot mit seinen Rechtsquellen auf vielschichtige Weise mit der grundgesetzlichen Ordnung verflochten ist. Das Verbot völkerrechtswidriger Gewalt ist damit ein Eckpfeiler der deutschen Rechtsordnung,¹²⁸ der auch als „oberstes Eigengebot“ bezeichnet worden ist.¹²⁹ Dies wird bereits in der Präambel des Grundgesetzes deutlich. Hier heißt es, dass sich das deutsche Volk das Grundgesetz gegeben habe, um „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“.¹³⁰ Artikel 1 Abs. 2 GG verbindet ferner ein Bekenntnis zu Menschenrechten mit dem Friedensgebot: „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ Nach Artikel 9 Abs. 2 GG unterliegen Vereinigungen, die sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, einem verfassungsrechtlichen Verbot. Artikel 24 Abs. 2 GG gibt über ein zentrales Mittel der Friedenssicherung Auskunft. Hiernach nämlich kann sich die Bundesrepublik „zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen“.

Den „normativen Kern der Friedensstaatlichkeit“¹³¹ des Grundgesetzes finden wir schließlich im bereits analysierten Artikel 26 Abs. 1 GG. Hiernach sind Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, verfassungswidrig.

Das in der Präambel und in den übrigen zitierten Vorschriften formulierte Ziel der Friedenswahrung ist zum einen ein politisches Bekenntnis. Zugleich hat es aber auch einen programmatischen Charakter mit rechtlichem Gehalt und erhebt die Wahrung des Friedens zu einem verfassungsrechtlichen Gebot.¹³² Erzeugt wird die Pflicht zu einer aktiven Friedenspolitik.¹³³ Aus der Zusammenschau der benannten Vorschriften tritt die Friedenswahrung damit als ein *Telos* deutscher Staatlichkeit hervor; sie stellt sich als ein Staatsziel der Bundesrepublik dar.¹³⁴ Das wird zumal

¹²⁸ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 81. EL, Bd. III, 2017, Art. 26, Rn. 6 (Art. 26 GG als „verfassungsrechtliche Wertentscheidung“).

¹²⁹ *Von Schlabrendorff*, in: Ritterspach/Geiger (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 403 (410).

¹³⁰ Vgl. insoweit bereits die Präambel der Weimarer Verfassung, der zufolge das deutsche Volk beseelt sei, dem inneren und äußeren Frieden zu dienen.

¹³¹ *Hernekamp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, Art. 26, Rn. 1.

¹³² *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1984, S. 509; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Präambel, Rn. 13; vgl. speziell zur rechtlichen Bindungswirkung der Präambel BVerfGE 5, 85, 127; 36, 1, 17; *Kunig/Uerpmann-Witzack*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., 2019, S. 73 (85), Rn. 14.

¹³³ *Von Münch*, in: Lutz (Hrsg.), Im Dienst für Frieden und Sicherheit, 1985, S. 39 (44).

¹³⁴ *Frank*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 26, Rn. 30–37; *Bothe*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, 200. EL,

durch den Umstand betont, dass die für das Friedensgebot maßgeblichen Artikel 23–26 GG im Abschnitt *Der Bund und die Länder* enthalten sind und damit verdeutlichen, dass die Vorschriften eine den Charakter des Staates prägende Stellung haben sollten.¹³⁵

Als Staatsziel gibt das Friedensgebot keine präzisen Handlungen vor, sondern enthält eine allgemeine normative Richtlinie für staatliches Verhalten, dessen konkrete Ausgestaltung alsdann aber dem politischen Prozess überantwortet wird.¹³⁶ Aufgrund des Abstraktionsgrades, der Bedeutungs- und Interpretationsoffenheit des Prinzips des Friedensschutzes entfaltet dieses Prinzip folglich nur einen schwachen normativen Gehalt. Dem Gesetzgeber kommt eine breite Einschätzungsprerogative im Hinblick auf die Realisierung des Staatszieles zu. Aus dem Staatsziel der Friedenswahrung lassen sich daher keine konkreten Handlungsmaximen dahingehend ableiten, wie die Wahrung des Friedens zu erreichen sei.¹³⁷

Beschränkt sich zwar der normative Gehalt des Friedensgebotes auf eine abstrakte normative Zielvorgabe, die eine Ableitung konkreter Rechtsätze im Hinblick auf die Ausgestaltung des Prinzips nicht erlaubt, so ist doch zum genaueren Verständnis der grundgesetzlichen Staatszielbestimmung von besonderer Bedeutung, wie der Begriff des Friedens nach Maßgabe des Grundgesetzes zu fassen ist. Die kontrovers diskutierte Frage ist dabei, ob der angestrebte Frieden allein durch eine Abwesenheit von bewaffneten Konflikten geprägt ist oder ob nicht vielmehr ein substanziell mit bestimmten Werten angereichertes Friedensverständnis im Grundgesetz verankert ist. Seit den 1960er Jahren ist dies zunächst in den Debatten der politikwissenschaftlichen Friedensforschung (die versucht hat, den Begriff ihres Forschungsgegenstandes zu präzisieren), später auch darüber hinaus als die Entgegensetzung eines negativen (im Sinne der Abwesenheit von Krieg) und eines positiven Friedensbegriffs (im Sinne einer Realisierung bestimmter Werte) diskutiert worden.¹³⁸ Ein zentrales Motiv dieser Unterscheidung ist die Erkennt-

Bd. VIII, 2019, Art. 26, Rn. 53; *Scheuner*, in: Scheuner (Hrsg.), Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 223 (232); *Epping*, *Der Staat* 31 (1992), 39 (55f.); *Hesse*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, S. 127 (145), Rn. 38; *Bothe*, in: Lutz-Bachmann/Bohman (Hrsg.), *Frieden durch Recht*, 1996, S. 187 (188ff.); *Herzog*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 72, Rn. 30 (das Verbot des Angriffskriegs als die „klarste – wenn auch negative – Staatszielbestimmung“); *Denninger*, *Kritische Justiz* 48 (2015), 134 (135f.); vgl. aber auch Proelß, der „eine wie auch immer geartete normative Wirkung“ des Friedensgebots in Abrede stellt: *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 2; kritisch gegen diese Qualifizierung auch: *Doehring*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 178, Rn. 41.

¹³⁵ *Von Schlabrendorff*, in: Ritterspach/Geiger (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, S. 403 (408).

¹³⁶ Vgl. zum Begriff von Staatsziel und Verfassungsprinzip *Scheuner*, in: Scheuner (Hrsg.), *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, S. 223 (232–237).

¹³⁷ *Frank*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 26, Rn. 36.

¹³⁸ Vgl. grundlegend *Galtung*, in: Senghaas (Hrsg.), *Kritische Friedensforschung*, 1971, S. 55 (86–92); *Kaiser*, *Friedensforschung in der Bundesrepublik*, 1970, S. 31–34.

nis, dass ein bloß negativer Frieden oft prekär bleibt und dass eine stabile friedliche internationale Ordnung davon abhängt, dass im Hinblick auf die institutionelle Ordnung (international wie auch innerhalb der Staaten) sowie auch im Hinblick auf Sicherheit und Wohlfahrt bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, die eine Abwesenheit militärischer Konflikte auf Dauer sicherstellen können.¹³⁹ Anders formuliert: Ein negativer Frieden (im Sinne der Abwesenheit von Konflikt) ist letztlich auf Dauer nur möglich, wenn bestimmte positive Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁴⁰ Akzeptierte man als negativen Frieden dagegen bereits die bloße momentane Abwesenheit eines bewaffneten Konflikts, so führte der Friedensbegriff gar zu einer positiven Sanktionierung des Status quo, in dem Unterdrückung und Rechtsverletzungen (zum Beispiel in Diktaturen) vorzufinden sind.¹⁴¹ Im Kern ging es in den Debatten darum, das „Mehr“, das ein gehaltvolles Verständnis von Frieden vom bloßen *pax absentia belli* unterscheidet, herauszuarbeiten.¹⁴²

Das Grundgesetz verleiht dem Begriff des Friedens in den meisten Vorschriften keine konkreten Konturen.¹⁴³ Klar ist, dass das negative Verständnis der Ausgangspunkt ist – illustriert zum Beispiel im Verbot der Führung des Angriffskriegs in Artikel 26 Abs. 1 GG. Positive Elemente des Friedensbegriffs (im Sinne der Aufzeichnung eines zu realisierenden Zustandes) ergeben sich allerdings auch aus einzelnen Normen. Artikel 1 Abs. 2 GG enthält ein Bekenntnis „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Folglich ist der unter dem Grundgesetz anzustrebende Frieden stets einer, in dem auch die Menschenrechte geachtet werden.¹⁴⁴ Der Friedensbegriff des Grundgesetzes hat also durchaus eine positive Dimension, die Hoheitsträger auf die Realisierung eines in groben Konturen angereicherten Friedensverständnisses verweist.¹⁴⁵ Fernerhin legen Artikel 24 Abs. 2 GG ebenso wie die Präambel des Grundgesetzes („als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“) jedenfalls nahe, dass für die Realisierung des Friedens ein multilateraler Weg vorgestellt

¹³⁹ Czempiel, in: Sahm/Sapper/Weichsel (Hrsg.), Die Zukunft des Friedens, 2002, S. 83 (86f.).

¹⁴⁰ Czempiel, in: Senghaas (Hrsg.), Den Frieden denken, 1995, S. 165 (165): die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Frieden „stellt nur eine Scheinlösung dar und beruht auf einem Scheinproblem. Wer den ‚negativen‘ Frieden als permanente Absenz organisierter militärischer Gewaltanwendung einrichten will, muß [...] sehr viele Ordnungen herstellen, die den Anforderungen des ‚positiven‘ Friedens zuzurechnen sind“. Vgl. auch: ders., Friedensstrategien, 2. Aufl., 1998, S. 45–52.

¹⁴¹ Kaiser, Friedensforschung in der Bundesrepublik, 1970, S. 31 f.

¹⁴² Brock, in: Sahm/Sapper/Weichsel (Hrsg.), Die Zukunft des Friedens, 2002, S. 95 (104–110).

¹⁴³ Vgl. insbesondere die Präambel des GG (die allein vom Ziel spricht, „dem Frieden der Welt zu dienen“); Art. 26 Abs. 1 GG (der von der Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker spricht).

¹⁴⁴ Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 17.

¹⁴⁵ Für solche positiven Elemente sprechen sich z. B. aus: Frank, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 26, Rn. 13; Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 15–17.

wird – Friedensförderung durch Eingliederung in internationale Organisationen.¹⁴⁶

Die Betonung positiver Elemente des Friedensbegriffs hat in der verfassungsrechtlichen Debatte allerdings vielfach Kritik erfahren.¹⁴⁷ In der Tat ist es erforderlich, die soeben benannten, gleichwohl aber nur sehr schwachen substantziellen Maßgaben für einen ins positive gewendeten Friedensbegriff nicht überzustrapazieren. Eine – wie die Kosovointervention des Jahres 1999 zeigt – keinesfalls nur abstrakte Gefahr ist, dass ein inhaltlich aufgeladener Begriff des Friedens verwendet wird, um Verletzungen des negativen Friedens zu relativieren. In anderen Worten: Wird der positive Frieden als zu realisierendes Ziel nur hoch genug bewertet, so mögen auch kriegerische Maßnahmen zu seiner Herstellung akzeptabel scheinen. In diesem Sinne mag man die paradoxe Aussage des damaligen Bundeskanzlers Gerhard Schröder in seiner Fernsehansprache zur Kosovointervention im Jahr 1999 deuten: „Wir führen keinen Krieg, aber wir sind aufgerufen, eine friedliche Lösung im Kosovo auch mit militärischen Mitteln durchzusetzen.“¹⁴⁸

Hierin zeigt sich, dass der militärische Einsatz zur Herstellung eines positiven Friedens in der Tat Konflikte schüren kann: „Wird von einzelnen Staaten oder Staatengruppen auf eigene Faust gehandelt, vollzieht sich die Abwehr einer Gefahr für den internationalen Frieden als deren Potenzierung.“¹⁴⁹ Es kann nämlich durch Rechtsverletzungen zu einem „guten Zweck“ zu einer Normerosion und einer Kaskade der Nichtbefolgung des völkerrechtlichen Gewaltverbots auch durch andere Staaten kommen, zu einem *pull towards non-compliance*,¹⁵⁰ der letztlich dem Gebot der Friedenswahrung diametral entgegenwirkt.

Das Grundgesetz enthält also durchaus Grundzüge eines positiven Friedensbegriffs, diese dürfen aber nicht herangezogen werden, um den begrifflichen Kern des Friedensgebots – der Abwesenheit von bewaffneten Konflikten – zu unterlaufen.

* * *

Nach allem zeigt sich, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot auf mehreren Ebenen mit dem deutschen Grundgesetz verwoben ist und dass die Wahrung des Friedens selbst ein Kernanliegen, ein Staatsziel der Bundesrepublik Deutschland ist.

¹⁴⁶ Bleckmann, Die Öffentliche Verwaltung 49 (1996), 137 (144).

¹⁴⁷ Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §226, Rn. 68; Hernekamp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, Art. 26, Rn. 16; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 9–11.

¹⁴⁸ Erklärung von Bundeskanzler Gerhard Schröder zur Lage im Kosovo am 24. März 1999, Bulletin der Bundesregierung, Nr. 13, 30. März 1999, 1.

¹⁴⁹ Brock, in: Fischer-Lescano u. a. (Hrsg.), Frieden in Freiheit, 2008, S. 19 (27).

¹⁵⁰ Marxsen, Cleavages in International Law and the Danger of a Pull Towards Non-compliance, Völkerrechtsblog, 31. Januar 2018.

§ 15. Regeln für Auslandseinsätze der Bundeswehr

Ein Bereich, in dem die Frage nach der Völkerrechts- und Verfassungskonformität besondere Bedeutung erlangt, betrifft Auslandseinsätze der Bundeswehr. Insofern besteht neben den Anforderungen an die Völkerrechtskonformität staatlicher Maßnahmen, deren verfassungsrechtliche Grundlagen wir in § 14 untersucht haben, eine Reihe weiterer verfassungsrechtlicher Vorgaben. Auslandseinsätze der Bundeswehr sind nur unter strengen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zulässig. Diese engen Voraussetzungen dienen nicht zuletzt auch der Umsetzung der grundgesetzlichen Friedensorientierung. Nach Artikel 87a Abs. 1 GG stellt der Bund Streitkräfte zur Verteidigung auf. Diese Vorschrift ist eine Aufgabennorm, eine Kompetenznorm, aber zugleich auch eine Verbotsnorm, die klarstellt, dass der Bund keine Streitkräfte aufstellen darf, deren Zweck die Störung des Friedens ist. Insofern besteht ein enger Zusammenhang mit dem Verbot des Angriffskrieges und dem in § 14 analysierten Staatsziel der Friedenswahrung.¹

Die rechtlichen Regelungen betreffend Auslandseinsätze der Bundeswehr unterlagen seit dem Bestehen der Bundesrepublik erheblichen Veränderungen.² Es lassen sich drei Phasen der Entwicklung ausmachen, in denen im Hinblick auf Militäreinsätze gänzlich unterschiedliche politische Prämissen walteten.³ Die erste Phase ist die einer Demilitarisierung, die von 1949 bis 1955 währte. Im Grundgesetz von 1949 waren Streitkräfte überhaupt nicht vorgesehen, es hatte den Charakter einer „pazifistischen Verfassung“.⁴ Darauf folgte für die Jahre von 1955 bis 1990 eine Phase der Wiederbewaffnung. In dieser Zeit wurden Regelungen über die Aufstellung und mögliche Verwendungen der Streitkräfte in das Grundgesetz eingeführt. Die Bundesrepublik trat der NATO bei und sollte mit der Aufstellung von Streitkräften ihren Beitrag zur Verteidigung des Bündnisses gegen etwaige Angriffe durch Staaten des Warschauer Vertrags leisten. In dieser Phase war ausgemacht, dass ein Einsatz der Bundeswehr stets im Rahmen dieser Bündnisstrukturen erfolgen würde.⁵ Rechtlich wurde der Weg hierfür 1954 durch die Einführung einer

¹ *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 31.

² Vgl. den Überblick über die historische Entwicklung bei *Epping*, in: Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 183 (184 ff.).

³ Vgl. dazu *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 17; vgl. auch *Wieland*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 48 (2006), 133 (133 ff.).

⁴ *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 6.

⁵ *Jacobsen* (Hrsg.), Friedenssicherung durch Verteidigungsbereitschaft, 1990, S. 61: „Zu keinem Zeitpunkt hatte man in der Bundesrepublik die Möglichkeit oder die Absicht, eine nationale

ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenz für auswärtige Angelegenheiten, Verteidigung und Wehrpflicht im Grundgesetz bereitet.⁶ Als dann folgte 1956 die Einfügung einer „Wehrverfassung“ in das Grundgesetz, die die Voraussetzung der Aufstellung von Streitkräften bildete.⁷ Im Rahmen der sogenannten Notstandsgesetzgebung wurde diese Wehrverfassung erheblich verändert.⁸ Artikel 87a GG erhielt seine noch heute gültige Fassung. Zudem wurde der Abschnitt Xa. in das Grundgesetz eingefügt, in dem Regelungen für den Verteidigungsfall getroffen werden. Einsätze der Bundeswehr waren zu dieser Zeit auf humanitäre Unterstützungen, zum Beispiel zur Bekämpfung der Folgen von Naturkatastrophen, beschränkt.

In der dritten, nunmehr seit 1990 währenden Phase haben sich das Einsatzspektrum sowie die seitens der Politik an Einsätze der Bundeswehr gestellten Anforderungen erheblich gewandelt. Der ursprüngliche Zweck einer Landesverteidigung ist weithin in den Hintergrund getreten. Stattdessen geht es heute zumeist um eine breite Palette an Militäreinsätzen, die von militärischen Trainings- und Ausbildungsmissionen über Einsätze zur Rettung eigener Staatsangehöriger aus Krisensituationen, Marinemissionen zur Pirateriebekämpfung bis hin zu Militäreinsätzen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus reichen.⁹

Im Folgenden wird auf wesentliche Fragen betreffend den Rechtsrahmen für Auslandseinsätze der Bundeswehr eingegangen. Neben den materiell-rechtlichen Voraussetzungen (I.-IV.) werden wir auch Fragen hinsichtlich der Kompetenzverteilung zur Entsendung der Streitkräfte ins Ausland (V.) in den Blick nehmen.

I. Erforderlichkeit einer Einsatzermächtigung

Im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von Auslandseinsätzen ist bereits im Ausgangspunkt umstritten, ob es für derartige Einsätze einer verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnorm bedarf oder ob diese nicht generell und ohne Beschränkungen zulässig sind (soweit sie – wie in § 14 gezeigt – völkerrechtskonform sind). Kern des Streits ist die Auslegung von Artikel 87a Abs. 2 GG. Diese Vorschrift statuiert, dass die Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden dürfen, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt. Unstreitig bedeutet dies, dass Inlandseinsätze der Bundeswehr nur zulässig sind, sofern dies im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Über eine Verteidigung des Bundes hinaus sind Inlandseinsätze nur in besonderen Konstellationen zulässig, so zur Hilfe bei besonderen,

Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Der einzige Weg war – gestützt auf das Gewicht des westdeutschen Bündnisbeitrags –, Einfluß auf die Entscheidungsfindung in der Allianz zu nehmen.“

⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, 26. März 1954, BGBl. 1954 I, 45.

⁷ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, 19. März 1956, BGBl. 1956 I, 111.

⁸ Siebzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, 24. Juni 1968, BGBl. 1968 I, 709.

⁹ Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (591).

durch Naturkatastrophen oder Unglücksfälle verursachten Gefahrenlagen (Artikel 35 Abs. 2 und 3 GG), zur Übernahme polizeilicher Aufgaben im Spannungs- oder Verteidigungsfall (Artikel 87a Abs. 3 GG) oder zur Unterstützung der Polizei bei der Bekämpfung bewaffneter Aufständischer (Artikel 87a Abs. 4 GG).

Die Anwendbarkeit des Artikel 87a Abs. 2 GG auf Auslandseinsätze und damit die Frage, ob es einer speziellen verfassungsrechtlichen Ermächtigung auch für Auslandseinsätze der Bundeswehr bedarf, ist hingegen umstritten.¹⁰ Ausgangspunkt ist insoweit zunächst der klare Wortlaut der Vorschrift, der nicht zwischen Einsätzen im In- oder Ausland differenziert, was deutlich für eine beide Einsatzbereiche umfassende Regelung spricht.¹¹

Als Argument für eine Geltung der Vorschrift nur für einen innerstaatlichen Einsatz der Streitkräfte wird regelmäßig der historische Hintergrund der Vorschrift angeführt.¹² Die Notstandsgesetzgebung des Jahres 1968, die die Vorschrift einführt, hob den den inneren Notstand betreffenden Artikel 143 GG a. F.¹³ auf und schuf eine entsprechende Neuregelung in Artikel 87a GG. Zudem war der Hauptgegenstand des Konflikts um die Notstandsverfassung eine befürchtete Militarisierung der Innenpolitik, so dass es nicht fernliegt anzunehmen, es sei dem historischen Gesetzgeber vor allem um den Einsatz der Bundeswehr im Innern gegangen.¹⁴ Dieses historische Argument ist allerdings keineswegs zwingend, denn

¹⁰ Für eine Anwendbarkeit des Art. 87a Abs. 2 GG und damit für das Erfordernis einer Ermächtigung für Auslandseinsätze argumentieren etwa: *Eckart Klein*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 34 (1974), 429 (432); *Preuß*, Kritische Justiz 26 (1993), 263 (265 f.); *Baldus*, in: Erberich u. a. (Hrsg.), Frieden und Recht, 1998, S. 259 (276); *Epping*, Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), 423 (435); *Wild*, Die Öffentliche Verwaltung 53 (2000), 622 (624); *Röben*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), 585 (585); *Kutschka*, Kritische Justiz 37 (2004), 228 (232); *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 59; *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, 2017, S. 45–48; *Grzeszick*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 17. EL, 2006, Art. 87a, Rn. 19; *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 72. Ablehnend: *Stein*, in: Hailbronner/Ress/Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, 1989, S. 935 (943); *ders.*, in: Frowein/Stein (Hrsg.), Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, 1990, S. 17 (22 ff.); *Oeter*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 42 (2000), 89 (93); *Ferdinand Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 84, Rn. 57; *Wiefelspütz*, Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), 44 (50); in diese Richtung auch: *Doehring*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. VII, 1992, § 177, Rn. 25; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 12.

¹¹ *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 19; *Payandeh/Sauer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (2016), 34 (36).

¹² *Stein*, in: Frowein/Stein (Hrsg.), Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, 1990, S. 17 (22 ff.); *Wiefelspütz*, Das Parlamentsheer, 2005, S. 68 ff.; *ders.*, Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), 44 (50).

¹³ Art. 143 GG schrieb in der bis zum 28. Juni 1968 geltenden Fassung vor: „Die Voraussetzungen, unter denen es zulässig wird, die Streitkräfte im Falle eines inneren Notstandes in Anspruch zu nehmen, können nur durch ein Gesetz geregelt werden, das die Erfordernisse des Artikels 79 erfüllt.“

¹⁴ *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 14.

das Grundgesetz kann ungeachtet der damaligen Aufhebung des auf den inneren Notstand bezogenen Artikel 143 GG a. F. und des Fokus der öffentlichen Debatte auf eine umfängliche Regelung des Einsatzes der Streitkräfte abzielen.

Teilweise werden systematische Überlegungen angeführt, um zu zeigen, dass sich Artikel 87a Abs. 2 GG nur auf Inlandseinsätze beziehe.¹⁵ So wird auf den Umstand verwiesen, dass sich Artikel 87a GG im VIII. Abschnitt des Grundgesetzes befindet, der die „Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung“ regelt. Es gehe um Ausnahmen von den Polizeikompetenzen der Länder, so dass die Regelung eines Auslandseinsatzes systematisch zusammenhangslos wäre.¹⁶ Gegen diese Einschätzung spricht allerdings, dass die Regelung der Streitkräfte im Grundgesetzabschnitt über die Bundesverwaltung durchaus richtig platziert ist, denn es handelt sich insoweit um einen dem Bund unterstehenden Teil der Exekutive. Systematisch gäbe es zur Regelung auch keinen überzeugenderen Ort. Das dezidiert mögliche Außeneinsätze der Streitkräfte betreffende Verbot des Angriffskrieges aus Artikel 26 GG findet sich im zweiten Abschnitt (*Der Bund und die Länder*). Eine entsprechende Regelung betreffend die Auslandseinsätze der Bundeswehr hätte systematisch in diesen Abschnitt insgesamt nicht besser gepasst.

Zudem ist anzumerken, dass Artikel 87a GG auch an anderer Stelle Regelungen enthält, die in systematischer Hinsicht in anderen Abschnitten des Grundgesetz stimmiger platziert gewesen wären. Artikel 87a Abs. 1 Satz 2 GG enthält haushaltsrechtliche Vorgaben, die systematisch das im X. Abschnitt des Grundgesetzes geregelte Finanzwesen betreffen.¹⁷ Insoweit ging es dem Gesetzgeber – aus im Grundsatz nachvollziehbaren Gründen – darum, die Normierungen für die Streitkräfte an einem Ort vorzunehmen.¹⁸ Auch andere Vorschriften des Grundgesetzes sprechen aus systematischer Hinsicht nicht dafür, Artikel 87a Abs. 2 GG nur auf Einsätze im Inland zu beziehen.¹⁹

Bei der Bestimmung der Reichweite der Norm wiegt besonders schwer, dass es sich bei Auslandseinsätzen um die oft potenziell gefährlicheren und eskalationssträchtigeren Einsätze handelt.²⁰ Dies spricht dafür, dass das Grundgesetz Aus-

¹⁵ Vgl. dazu ausführlich *Epping*, Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), 423 (430ff.).

¹⁶ *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 27; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 12.

¹⁷ *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Einleitung.

¹⁸ Wiewohl dieses Ziel freilich nicht konsequent umgesetzt wird, insoweit weitere relevante Regelungen in Art. 32 Abs. 2 und 3 sowie in Art. 24 Abs. 2 GG (vgl. supra) bestehen.

¹⁹ Vgl. *Ferdinand Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 84, Rn. 57 – Kirchhof verweist auf Art. 96 Abs. 2 GG, der die Möglichkeit der Errichtung von Wehrstrafgerichten und deren Strafgerichtsbarkeit für den Verteidigungsfall und für ins Ausland entsandte Angehörige der Streitkräfte regelt. Die Nennung von Verteidigungsfall und Auslandsentsendung spricht allerdings nicht dafür, dass „die Streitkräfte auch zu anderen als zu Verteidigungszwecken im Ausland eingesetzt werden“. Verteidigungsfall und „Verteidigung“ sind nicht identisch und daher ist ein Auslandseinsatz zur Verteidigung ohne Vorliegen eines Verteidigungsfalls möglich.

²⁰ *Payandeh/Sauer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (2016), 34 (36).

landseinsätze der Streitkräfte nicht nur in materiell-rechtlicher Hinsicht regeln wollte (insbesondere vermittelt über Artikel 25 und 26 Abs. 1 GG), sondern zudem auch eine Einsatzermächtigung verlangt.²¹

Schließlich sollte nicht übersehen werden, dass es vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte, wie Epping zu Recht betont, „geradezu seltsam“ erschiene, wenn das Grundgesetz zwar den Einsatz von Soldaten zur Regelung des Straßenverkehrs im Inland, nicht aber den politisch weit schwerer wiegenden Einsatz deutscher Soldaten im Ausland regelte.²²

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage in seinem Urteil des Jahres 1994 offengelassen, indem es festhielt, dass durch Artikel 87a GG ein Einsatz deutscher Streitkräfte im Rahmen eines Systems kollektiver Sicherheit „jedenfalls [...] nicht ausgeschlossen“ werde.²³ Der Sache nach spricht die Konstruktion des Gerichts aber für eine auch Auslandseinsätze umfassende Interpretation des Artikel 87a Abs. 2 GG, da Artikel 24 Abs. 2 GG als eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zum Streitkräfteeinsatz interpretiert wird.²⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtsauffassung geäußert, dass Artikel 87a Abs. 2 GG sowohl In- wie Auslandseinsätze der Bundeswehr regle.²⁵

Die überwiegenden Argumente sprechen daher klar dafür, dass es einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung für den Auslandseinsatz der Bundeswehr bedarf.

II. Einsätze im Rahmen gegenseitiger kollektiver Sicherheitssysteme, Artikel 24 Abs. 2 GG

Eine verfassungsrechtlich lange umstrittene Frage war, ob das Grundgesetz militärische Auslandseinsätze im Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme zulässt. Artikel 24 Abs. 2 GG sieht vor, dass sich „[d]er Bund [...] zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen“ kann. Ob eine solche Einordnung aber auch die Rechtsgrundlage für eine Beteiligung an Militäreinsätzen des Bündnisses begründet, war lange kontrovers diskutiert worden. In der politischen Debatte wurden seitens aller politischen Parteien Vorschläge zur klarstellenden, ergänzenden oder ändernden Neufassung von Artikel 24 GG eingebracht, über die eine Einigkeit aber nicht erzielt werden konnte.²⁶

²¹ Epping, Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), 423 (434).

²² Epping, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 19.

²³ BVerfGE 90, 286, 355 f.

²⁴ Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 16; Wild, Die Öffentliche Verwaltung 53 (2009), 622 (624), Fn. 14.

²⁵ BVerwGE 127, 1, 11 (Rn. 52): „Außer ‚zur Verteidigung‘ im dargelegten Sinne dürfen die Streitkräfte der Bundeswehr, wie die Verfassungsnorm des Art. 87a Abs. 2 GG zwingend bestimmt, nach ‚innen‘ und nach ‚außen‘, also im In- und im Ausland, des Weiteren nur ‚eingesetzt‘ werden, soweit dies das Grundgesetz ‚ausdrücklich‘ zulässt.“

²⁶ Vgl. die Vorschläge zur Neufassung in BT-Drs. 12/2895, 23. Juni 1992 i. V. m. BT-Drs.

In der rechtswissenschaftlichen Debatte wurde Artikel 24 Abs. 2 GG teils allein als eine Norm zur Kompetenzübertragung gelesen, die aber verfassungsrechtlich einen Einsatz nicht trage.²⁷ Teils wurde die Zulässigkeit eines Einsatzes unter Verweis auf die „Wertentscheidung der Verfassung für den Frieden und für seine internationale Sicherung“ begründet, die „nicht in einem bloßen Bekenntnis mit nachfolgender Passivität“ erschöpft sei, „sondern eine aktive Beteiligung“ an der Friedenssicherung verlange.²⁸ Teils schließlich wurde Artikel 24 Abs. 2 GG dahingehend interpretiert, dass aus der Befugnis zur Einordnung in ein kollektives Sicherheitssystem auch die Befugnis folge, sich an militärischen Einsätzen dieses Bündnisses zu beteiligen.²⁹

In seinem richtungsweisenden *Streitkräfte*-Urteil des Jahres 1994 hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsfrage im Sinne der letztgenannten Position entschieden. Das Gericht entschied, dass Artikel 24 Abs. 2 GG nicht nur die Ermächtigung zum Eintritt in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit enthalte, sondern auch die verfassungsrechtliche Grundlage bilde für „die Übernahme der mit der Zugehörigkeit zu einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben und damit auch für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden“.³⁰

Die Verfassungsgemäßheit von Einsätzen hängt damit von zwei Voraussetzungen ab. Erstens muss ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit bestehen, dem sich die Bundesrepublik Deutschland auch eingliedert hat. Zweitens muss ein bestimmter Einsatz auch im Rahmen des Bündnisses erfolgen.

1. Anforderungen an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit

Der Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit entstammt dem Bereich der internationalen Beziehungen und beschreibt eine Organisation, die dem Schutz der Mitgliedsstaaten gegenüber anderen Mitgliedsstaaten dient.³¹ Die Einordnung in ein solches System kann, wie Artikel 24 Abs. 2 GG klarstellt, „zur Wahrung des Friedens“ erfolgen. Vorausgesetzt ist also, dass das fragliche System

12/4534, 10. März 1993 (SPD); BT-Drs. 12/4107, 13. Januar 1993 i. V. m. BT-Drs. 12/4135, 15. Januar 1993 (CDU/FDP); BT-Drs. 12/3014, 2. Juli 1992 (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN); BT-Drs. 12/3055, 21. Juli 1992 (PDS).

²⁷ *Eckart Klein*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 34 (1974), 429 (442f.); *Fleck*, Vereinte Nationen 6 (1974), 161 (161).

²⁸ *Ipsen*, in: Schwarz (Hrsg.), Sicherheitspolitik, 2. Aufl., 1977, S. 419 (429); vgl. insoweit auch *Stein*, in: Frowein/Stein (Hrsg.), Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, 1990, S. 17 (29).

²⁹ *Frowein*, in: Frowein/Stein (Hrsg.), Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, 1990, S. 1 (14).

³⁰ BVerfGE 90, 286, 345; vgl. auch BVerfGE 121, 135, 156; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 31.

³¹ *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 24, Rn. 77.

gegenseitiger kollektiver Sicherheit auch auf die Wahrung des Friedens ausgerichtet ist. Maßstab ist insoweit das völkerrechtliche Gewaltverbot,³² dem – wie bereits ausgeführt – vermittelt über Artikel 25 GG auch innerstaatliche Geltung zukommt und das die Grundprinzipien der Wahrung des internationalen Friedens formuliert. Ausgeschlossen wäre danach eine Eingliederung in ein System, das auch völkerrechtswidrige Gewalt einsetzt.³³

In organisatorischer Hinsicht verlangt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass das System über ein friedenssicherndes Regelwerk verfügt. Die Friedenswahrung ist also „stets zwingender Bestandteil der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit“.³⁴ Andererseits bedarf es des Aufbaus einer eigenen Organisation, die die Sicherung des Friedens auch gewährleisten kann.³⁵ Das Element der Gegenseitigkeit schließlich stellt sicher, dass die Bundesrepublik durch die Einordnung in das System nicht nur Pflichten, sondern auch das Recht auf Beistand erwirbt.³⁶

Als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit anerkannt sind jedenfalls die Vereinten Nationen, die das „Leitbild eines Sicherheitssystems im Sinne des Artikel 24 Abs. 2 GG“ darstellen.³⁷ Die Qualifizierung von reinen Verteidigungsbündnissen wie der NATO als ein kollektives Sicherheitssystem i. S. d. Artikel 24 Abs. 2 GG war lange umstritten und wurde im Schrifttum zu Recht weithin abgelehnt.³⁸ Ein Kernargument gegen die Qualifizierung der NATO als kollektives Sicherheitssystem ist zunächst der bereits angeführte Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Dieser zielt auf eine Sicherheitsstruktur, durch die potenziell auch gegen dasjenige Mitglied vorgegangen werden kann, das gegen ein anderes einen Akt der Aggression begeht. Ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist insoweit gerade als Gegenbegriff zu einem auf kollektive Selbstverteidigung gerichteten Bündnis nach Artikel 51 UNC zu verstehen, dem es um die Abwehr äußerer Gefahren geht.³⁹ Ein solches Verständnis unterstützt zudem den im Grundgesetz angelegten Multilateralismus: Die verfassungsrechtliche Privilegierung von Militäreinsätzen, wie sie über Artikel 24 Abs. 2 GG erfolgt, rechtfertigt sich vor dem Hintergrund der kooperativen Anstrengungen, die in einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgen, insbesondere im Rahmen des auf uni-

³² *Gutmann/Sassenrath*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 59 (2017), 177 (182).

³³ *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 24, Rn. 46.

³⁴ BVerfGE 118, 244, 261 f.

³⁵ BVerfGE 90, 286, 349.

³⁶ BVerfGE 90, 286, 348.

³⁷ BVerfGE 104, 151, 195.

³⁸ *Forsthoff*, in: Institut für Staatslehre und Politik e. V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, 2. Halbband, 1953, S. 312 (335 f.); *Wieland*, Deutsches Verwaltungsblatt 106 (1991), 1174 (1177); vgl. zum Streit m. w. N. *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 82. EL, Bd. I, 2018, Art. 24 Abs. 2, Rn. 17.

³⁹ Vgl. im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 24 Abs. 2 GG auch *Forsthoff*, in: Institut für Staatslehre und Politik e. V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, 2. Halbband, 1953, S. 332 (335); *Wieland*, Deutsches Verwaltungsblatt 106 (1991), 1174 (1176).

versale Mitgliedschaft angelegten Systems der Vereinten Nationen. Der „partikulare Multilateralismus“, wie er sich in Verteidigungsbündnissen artikulieren kann, hat demgegenüber international eher das Potenzial, zu Polarisierungen beizutragen, da innerhalb eines solchen Verteidigungsbündnisses gegen äußere Bedrohungen gehandelt wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat ungeachtet dieser in der Sache überzeugenden Argumente in seinem *Streitkräfte*-Urteil entschieden, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht die NATO als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu qualifizieren ist.⁴⁰ Die vorherrschende Meinung geht daher davon aus, dass sich ein spezifischer und weiter verfassungsrechtlicher Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit herausgebildet habe, der auch Selbstverteidigungsbündnisse umfasst.⁴¹ Richtigerweise ist demgegenüber an der begrifflichen Trennung von Verteidigungsbündnissen einerseits und Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit festzuhalten.⁴² Die verfassungsrechtliche Privilegierung von Militäreinsätzen über Artikel 24 Abs. 2 GG rechtfertigt sich vor dem Hintergrund des grundgesetzlichen Friedensbegriffs primär über das international-kooperative Vorgehen in einem System wie den Vereinten Nationen, nicht hingegen für das Handeln in Verteidigungsbündnissen. Letzteres findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in dem sogleich unter III. noch zu untersuchenden Artikel 87a Abs. 2 GG.

Die Qualifikation der Europäischen Union als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit war lange umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich im *Lissabon*-Urteil dahin geäußert, dass durch den Vertrag von Lissabon „der Schritt der Europäischen Union zu einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit [...] noch nicht gegangen wird“.⁴³ In der Praxis der Bundesrepublik aber wurde dieser (scheinbaren) Ablehnung keine Bedeutung beigemessen. Die Bundesrepublik beteiligt sich vielmehr an einer Reihe von militärischen Missionen, für die sie sich auf ein Handeln im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit stützt, die allerdings von der EU geführt werden.⁴⁴ Auch in der Literatur wurde und wird die EU weithin als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit qualifiziert,⁴⁵

⁴⁰ BVerfGE 90, 286, 349 ff.

⁴¹ Vgl. *Fink*, *JuristenZeitung* 54 (1999), 1016 (1019).

⁴² *Deiseroth*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, 2002, Art. 24, Rn. 285–291; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 24, Rn. 80; *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), *Verfassungen*, 2008, S. 165 (171); an der Differenzierung zwischen Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit einerseits und Verteidigungsbündnissen andererseits wird insbesondere auch in der politikwissenschaftlichen Debatte nachhaltig festgehalten, vgl. *Ja-berg*, *Sag mir, wo ...?*, 2006, S. 27–41.

⁴³ BVerfGE 123, 267, 425.

⁴⁴ Vgl. die (Ausgangs-)Mandate für die Missionen ATALANTA (BT-Drs. 16/11337, 10. Dezember 2008); EUTM Mali (BT-Drs. 17/12367, 19. Februar 2013); EUTM Somalia (BT-Drs. 18/857, 19. März 2014); EU NAVFOR MED (BT-Drs. 18/6013, 16. September 2015).

⁴⁵ *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), *Grundgesetz*, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 21; *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 20.1; *Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *Beck OK Grundgesetz*, 41. Ed., 2015, Art. 24, Rn. 33.3; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 24, Rn. 94; *Röben*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches*

wobei die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts als *obiter dictum* gewertet und daher als nicht formell bindend angesehen wurden.⁴⁶ Dem Bundesverfassungsgericht ging es um eine Absicherung des Parlamentsvorbehalts, nicht aber um eine Entscheidung betreffend den Begriff des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Rahmen des Artikel 24 Abs. 2 GG. In der Entscheidung zum Bundeswehreininsatz gegen den Islamischen Staat in Syrien hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr auf die Linie der herrschenden verfassungsrechtlichen Literatur eingeschwenkt. Es hielt fest, dass „die Europäische Union zumindest vertretbar als ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit angesehen werden“ kann.⁴⁷

Nicht als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit können jedenfalls Ad-hoc-Zusammenschlüsse von „Koalitionen der Willigen“ angesehen werden,⁴⁸ da es diesen an der für ein Sicherheitssystem erforderlichen institutionellen Verfestigung sowie einer vertraglichen Grundlage ermangelt.⁴⁹ Schließen sich Staaten allein zur Verfolgung eines punktuellen militärischen Ziels zusammen, erfüllt dies die organisatorischen Mindeststandards nicht.

2. Einsatz im Rahmen und nach den Regeln des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit

Die zweite wichtige Voraussetzung für die Verfassungsgemäßheit konkreter Einsätze ist, dass ein Einsatz auch „im Rahmen und nach den Regeln“ des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgt.⁵⁰ Das wirft die Frage auf, wie der konkrete Einsatz an das System an- und rückgebunden sein muss, insbesondere welche Organe Entscheidungen treffen können und müssen. Wir können hier zwei Voraussetzungen identifizieren: Erstens: Es muss tatsächlich das fragliche System gegenseitiger kollektiver Sicherheit agieren,⁵¹ das heißt, es muss das nach den internen Regeln der Organisation zuständige Organ die Entscheidung über einen Einsatz treffen. Zweitens: Das Mandat für den Militäreinsatz muss sich mit hinreichender Klarheit im Wege der Auslegung aus der Entscheidung ermitteln lassen.

Für Operationen im Rahmen der UN ist der UN-Sicherheitsrat die zuständige Instanz, da er nach Artikel 24 Abs. 1 UNC die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens trägt und zudem verbindliche Entscheidungen treffen

Recht und Völkerrecht 63 (2003), 585 (590); *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §244, Rn. 73 f.; *Payan-deh/Sauer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (2016), 34 (36).

⁴⁶ *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 21.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 52.

⁴⁸ *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. II, 2015, Art. 24, Rn. 68; *Hobe*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 37. EL, 2012, Art. 24, Rn. 59.

⁴⁹ Vgl. die in BVerfGE 118, 244, 261 f. formulierten Anforderungen; vgl. hierzu supra 411.

⁵⁰ BVerfGE 90, 286, 345; 121, 135, 156; 126, 55, 71.

⁵¹ *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), Verfassungen, 2008, S. 165 (172).

kann.⁵² Der Sicherheitsrat aber hat erhebliche Gestaltungs- und Formulierungsspielräume, die zu Unsicherheiten dahingehend führen können, ob ein Einsatz tatsächlich *im Rahmen* der Vereinten Nationen erfolgt.

Eine Autorisierung liegt unstrittig vor, wenn der Sicherheitsrat einen Militäreinsatz nach Kapitel VII der UNC beschließt. Die typischen Strukturmerkmale einer solchen autorisierenden Resolution sind, dass der Sicherheitsrat vor dem operativen Abschnitt der Resolution die Worte „Acting under Chapter VII of the Charter“ anführt und für konkrete militärische Maßnahmen den Einsatz militärischer Gewalt autorisiert („*authorizes the use of all necessary means*“). Völkerrechtlich bewirkt eine solche Resolution eine Legalisierung von Zwangsmaßnahmen, die gegen den Willen eines betroffenen Staates eingeleitet werden und die ohne solche eine Autorisierung als völkerrechtswidrig anzusehen wären, da sie die Souveränitätsrechte eines Staates verletzen.

Jenseits der Autorisierung des Einsatzes von Gewalt fordert der Sicherheitsrat in Resolutionen nach Kapitel VII oft auch zu weiteren Maßnahmen (die auch in militärischen Einsätzen resultieren) auf, die aber nicht gegen den Willen des betroffenen Staates erfolgen, sondern völkerrechtlich auf dessen Zustimmung basieren. So rief der Sicherheitsrat beispielsweise in Resolution 2085 (2012) die Mitgliedsstaaten dringend auf (*urges*), das Militär Malis durch Trainingsmissionen zu unterstützen.⁵³ Hierauf reagierte die EU und entsandte eine Trainingsmission. Es wäre allerdings nach der Struktur der Resolution grundsätzlich auch möglich gewesen, dass die Bundesrepublik Deutschland sich allein an solchen Ausbildungsmissionen auf der Grundlage der Resolution beteiligt hätte.

Die Frage, ob eine Maßnahme im Rahmen und nach den Regeln eines Sicherheitssystems erfolgt, hängt also keineswegs davon ab, ob der Sicherheitsrat nach Kapitel VII handelt, denn einer solchen Resolution bedarf es völkerrechtlich nur dann, wenn Zwangsmaßnahmen (das heißt Maßnahmen gegen den Willen eines Staates) ergriffen werden sollen. Die Frage, ob der Sicherheitsrat auch anderweitige Maßnahmen (wie die bezeichnete Trainingsmission) im Rahmen einer Kapitel-VII-Resolution anführt, hängt oft von weiteren Umständen ab, zum Beispiel vom Gesamtrahmen und ob insoweit in der Resolution Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII autorisiert werden oder ob er durch das Handeln nach Kapitel VII der Resolution besonderen Nachdruck verleihen möchte.

In vielen anderen Situationen aber, in denen es aus völkerrechtlicher Sicht der Schaffung einer Rechtsgrundlage nach Kapitel VII wegen des Vorliegens einer Zustimmung der Staaten nicht bedarf, schafft der UN-Sicherheitsrat eine Grundlage für Maßnahmen im Rahmen der UN auch außerhalb von Kapitel-VII-Resolutionen. Insoweit wäre es verfassungsrechtlich verfehlt, generell das Vorliegen einer solchen Resolution zu verlangen. So wurden beispielsweise die klassischen Friedensmissionen früher nicht nach Kapitel VII, sondern nach Kapitel VI (friedliche

⁵² Vgl. Art. 25 UNC, sowie Kapitel VII UNC.

⁵³ UN-Sicherheitsrat, Resolution 2085, 20. Dezember 2012, UN Doc. S/RES/2085, para. 7.

Streitbeilegung) der UN-Charta eingesetzt. Als friedliche Beilegung von Streitigkeiten auf der Grundlage eines Einverständnisses aller beteiligten Staaten bedurfte es hier keines Vorgehens nach Kapitel VII. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive aber wäre eine solche Resolution eine hinreichende Grundlage für die Annahme eines Einsatzes im Rahmen des Systems.

Oftmals schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen der Sicherheitsrat den Staaten bestimmte Maßnahmen mit verschiedenen Abstufungen von Dringlichkeit vorschlägt, anrät oder zu ihnen drängt, ohne hierbei allerdings im Rahmen von Kapitel VII zu handeln. So ermutigte (*encourages*) er beispielsweise in Resolution 2118 (2013) die Mitglieder der UN, die Vereinten Nationen und die Organisation für das Verbot chemischer Waffen (OPCW) unter anderem durch technische Hilfe, Personal oder durch Ausrüstung dabei zu unterstützen, das syrische Chemiewaffenprogramm zu eliminieren.⁵⁴ Die Resolution wurde nicht nach Kapitel VII verabschiedet. Die Bundeswehr beteiligte sich in der Folge mit der Operation *Maritime Escort Mission* (MEM OPCW) und bot dem Schiff, auf dem die Vernichtung der Chemiewaffen erfolgte, Geleitschutz.⁵⁵ Obgleich die Resolution nicht nach Kapitel VII erging, beinhaltete sie klar die Voraussetzungen, unter denen Staaten sich an der Mission beteiligen sollten und war insoweit eine hinreichende Grundlage, um eine Operation „im Rahmen und nach den Regeln“ des Sicherheitssystems anzunehmen.

In der Praxis äußerst kontrovers sind Fälle, in denen der Sicherheitsrat einen bestimmten Militäreinsatz nicht klar autorisiert oder zu ihm auffordert, sondern diesen mit vagen Termini andeutet, ohne dass sich eine klare Positionierung ableiten ließe. Dies ist der Fall zum Beispiel im Hinblick auf Resolution 2249 (2015) betreffend den Kampf gegen die Terrorgruppe Islamischer Staat, mit der der UN-Sicherheitsrat die Mitgliedsstaaten der UN aufrief, sich im Rahmen des Völkerrechts am Kampf gegen diese zu beteiligen.⁵⁶ Die Bundesrepublik Deutschland sah darin einen Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit und berief sich unter anderem darauf, dass Resolution 2249 die Staaten auffordere (*calls upon*), unter Einhaltung des Völkerrechts Maßnahmen gegen den Islamischen Staat zu ergreifen.⁵⁷ In Wirklichkeit aber unterließ es der UN-Sicherheitsrat durch diese interpretationsoffene Regelung gerade, die Grundzüge eines Einsatzes zu regeln, so dass sich das Mandat für den Militäreinsatz nicht mit hinreichender Klarheit

⁵⁴ Vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 2118, 27. September 2013, UN Doc. S/RES/2118, para. 10: „Encourages Member States to provide support, including personnel, technical expertise, information, equipment, and financial and other resources and assistance, in coordination with the Director-General of the OPCW and the Secretary-General, to enable the OPCW and the United Nations to implement the elimination of the Syrian Arab Republic’s chemical weapons program, and decides to authorize Member States to acquire, control, transport, transfer and destroy chemical weapons identified by the Director-General of the OPCW, consistent with the objective of the Chemical Weapons Convention, to ensure the elimination of the Syrian Arab Republic’s chemical weapons program in the soonest and safest manner“.

⁵⁵ BT-Drs. 18/984, 2. April 2013.

⁵⁶ UN-Sicherheitsrat, Resolution 2249, 20. November 2015, S/RES/2249, para. 5.

⁵⁷ BT-Drs. 18/6866, 1. Dezember 2015.

im Wege der Auslegung aus der Entscheidung ermitteln ließ. In der Folge konnten sich sowohl westliche Staaten als auch Russland zur Rechtfertigung völlig konträrer (und teils in offenen Konflikt zueinander tretender) militärischer Maßnahmen auf syrischem Gebiet auf Resolution 2249 berufen.⁵⁸ Auf die Details dieses kontroversen Falls wird in der Folge im Rahmen der näheren Diskussion deutscher verfassungsrechtlicher Praxis zurückzukommen sein.⁵⁹

Schwierige Fragen können im Hinblick darauf aufgeworfen werden, ob nicht auch der UN-Sicherheitsrat selbst seine durch die UN-Charta gesetzten Grenzen überschreiten kann und insoweit die von ihm autorisierten oder empfohlenen Maßnahmen nicht mehr „im Rahmen“ des Systems Vereinte Nationen stattfinden.⁶⁰

III. Einsätze zur Verteidigung, Artikel 87a Abs. 2 GG

Über Einsätze im Rahmen von Artikel 24 Abs. 2 GG hinaus dürfen die Streitkräfte auch zur Verteidigung eingesetzt werden. Umstritten ist, ob diese Befugnis auf Artikel 87a Abs. 1 GG⁶¹ oder auf den Abs. 2 dieser Vorschrift zu stützen ist.⁶² Artikel 87a Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt, dass der Bund Streitkräfte zur Verteidigung aufstellt. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift dürfen die Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt. Schlüssiger ist es, einen Einsatz zur Verteidigung auf Abs. 2 zu stützen, enthält diese Vorschrift doch eine Referenz auf den Einsatz von Streitkräften, während sich Abs. 1 Satz 1 allein mit ihrer Aufstellung beschäftigt. Letztlich ist dieser dogmatische Streit aber ohne Ergebnisrelevanz.

Kernstreitpunkt hinsichtlich Artikel 87a Abs. 1 und 2 GG ist der Begriff der Verteidigung, dessen Konturen und Bezugsrahmen in vielen Dimensionen unklar verbleiben. Das liegt zum einen an der Zurückhaltung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem *Streitkräfte*-Urteil von 1994 Maßnahmen im Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme als eine alternative Rechtsgrundlage angesehen und daher von einer näheren Spezifizierung des Verteidigungsbegriffs ausdrücklich abgesehen.⁶³ Zum anderen liegt es auch daran, dass die Bundesregierung sich in der Praxis noch nie auf Artikel 87a Abs. 2 GG zur Rechtfertigung eines Einsatzes der Bundeswehr berufen hat. Folglich besteht erhebliche Rechtsunsicherheit.

⁵⁸ Kritisch insoweit: *Marxsen*, in: Werkner/Haspel (Hrsg.), Bündnissolidarität und ihre friedensethischen Kontroversen, 2019, S. 101 (118f.).

⁵⁹ Vgl. *infra* 442ff.

⁶⁰ *Eckart Klein*, in: Fischer-Lescano u. a. (Hrsg.), Frieden in Freiheit, 2008, S. 157 (161); *Schmahl*, in: Dreier (Hrsg.), Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, S. 107 (122).

⁶¹ *Paul Kirchhof*, in: Beyerlin u. a. (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, 1995, S. 707 (804–808); *Dau*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 40 (1998), 90 (92); *Fink*, JuristenZeitung 54 (1999), 1016 (1018).

⁶² *Lutze*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 45 (2003), 101 (107).

⁶³ BVerfGE 90, 286, 355f.

Der Begriff der Verteidigung wird im Grundgesetz an mehreren Stellen verwendet.⁶⁴ Zentral ist er für den Abschnitt Xa. des Grundgesetzes (Artikel 115a–115l GG), der den Verteidigungsfall regelt. Der Verteidigungsfall ist in Artikel 115a Abs. 1 GG legaldefiniert als die „Feststellung, daß das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht“. Die Feststellung des Verteidigungsfalls bewirkt den Übergang zu einer Notstandsverfassung, unter der die im Abschnitt Xa. des Grundgesetzes näher bestimmten kompetenziellen Sonderregeln greifen, zum Beispiel betreffend den Übergang der Befehlsgewalt über die Streitkräfte auf die Bundeskanzlerin (Artikel 115b GG), erweiterte Bundesgesetzgebungskompetenzen (Artikel 115c GG) oder ein vereinfachtes Bundesgesetzgebungsverfahren (Artikel 115d GG). Einigkeit besteht dahingehend, dass der Begriff der Verteidigung weiter verstanden werden muss als der des Verteidigungsfalls und insoweit nicht von dessen förmlichen Feststellung nach Artikel 115a GG abhängt.⁶⁵

Die weiteren Konturen des Begriffs, insbesondere im Hinblick auf die möglichen Objekte der Verteidigung und auf die Urheberschaft und Herkunft des Angriffs, aber sind umstritten.

1. Objekte der Verteidigung

a) Territorial- und Bündnisverteidigung sowie Drittstaatennothilfe

Gegenstand der Verteidigung nach Artikel 87a Abs. 2 GG ist die Bundesrepublik Deutschland. Unstreitig erfasst ist damit eine Verteidigung des Staatsgebiets (Territorialverteidigung). In diesem Sinne hatte das Bundesverfassungsgericht bis in die 1980er Jahre stets von „Landesverteidigung“ gesprochen.⁶⁶ Über diese Territorialverteidigung hinaus besteht ein hinreichender Bezug zur Verteidigung der Bundesrepublik auch in Fällen sogenannter Bündnisverteidigung. Die Bundesrepublik kann sich Verteidigungsbündnissen anschließen oder bilaterale Verteidigungsabkommen schließen. Hierdurch wird eine Verbindung zwischen der Verteidigung des anderen Staaten und der Bundesrepublik Deutschland erzeugt, so dass Verteidigungshandlungen zu Gunsten der Bündnispartner vom Verteidigungsbegriff des Artikel 87a Abs. 2 GG erfasst sind.⁶⁷ In diesem Sinne wird, wie Artikel 5 NATO-

⁶⁴ Vgl. Art. 12a Abs. 3–6, 17a Abs. 2, 45a, 53a Abs. 2, 65a Abs. 1, 73 Abs. 1 Nr. 1, 79 Abs. 1, 80a Abs. 1, 87a Abs. 1–3, 87b Abs. 2, 96 Abs. 2 GG sowie in den Vorschriften des Xa. Abschnitts (Verteidigungsfall) des Grundgesetzes (Art. 115a–115l GG).

⁶⁵ BVerfGE 90, 286, 386; vgl. für die Literatur statt vieler *Eckart Klein*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 34 (1974), 429 (438); vgl. für die wenigen Gegenstimmen *Arndt*, Die Öffentliche Verwaltung 45 (1992), 618 (619); *Bähr*, Zeitschrift für Rechtspolitik 27 (1994), S. 97 (99f.); vgl. aber auch die vermutlich verunglückte Formulierung in BVerfGE 123, 267, 360, in der das Gericht feststellte, dass ein „Auslandseinsatz der Bundeswehr [...] außer im Verteidigungsfall nur in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit erlaubt“ sei, und damit den Begriff der Verteidigung mit dem des Verteidigungsfalls gleichsetzte.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 12, 45, 52; 28, 243, 260; 48, 127, 159; 69, 1, 21.

⁶⁷ *Ferdinand Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 84, Rn. 53.

Vertrag formuliert, ein Angriff gegen einen Bündnispartner „als ein Angriff gegen sie alle angesehen“.

Umstritten ist indes, ob auch eine über die Bündnisverteidigung hinausgehende kollektive Selbstverteidigung zu Gunsten weiterer Drittstaaten zulässig ist (Drittstaatennothilfe). Traditionell wurde dies in der verfassungsrechtlichen Debatte abgelehnt, es finden sich allerdings heute verbreitet Stimmen, die sich für die Zulässigkeit aussprechen.⁶⁸ Für die generelle Zulässigkeit wird angeführt, dass es sich bei der Bündnisverteidigung nur um einen Unterfall der kollektiven Selbstverteidigung handle und dass sich beide kategorial nicht grundlegend unterschieden.⁶⁹

Richtigerweise allerdings ist eine generelle kollektive Selbstverteidigung ohne Betroffenheit jedenfalls eines Bündnispartners unzulässig, da es an einem Bezug zur Verteidigung der Bundesrepublik fehlt.⁷⁰ Auch besteht in Fällen der bloßen kollektiven Selbstverteidigung im Gegensatz zu den spezielleren Fällen der Bündnisverteidigung gerade keine völkerrechtlich verankerte Pflicht zur Nothilfe.⁷¹ Die Bundesrepublik kann sich an derartigen Einsätzen beteiligen, aber eben nur, wenn diese im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit mandatiert werden. Wollte man die generelle Zulässigkeit der Drittstaatennothilfe anerkennen, schüfe man eine potenziell uferlose Grundlage für Einsätze, die nur vom bilateralen Verhältnis der Bundesrepublik und des zu verteidigenden Staates abhingen. Das Gebot der Friedensstaatlichkeit und die multilaterale Ausrichtung dieses Friedensverständnisses gebieten es aber, für diese Fälle eine Anbindung an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu verlangen. In diesem Sinne wäre beispielsweise eine Mandatierung eines Militäreinsatzes durch den UN-Sicherheitsrat, der aus völkerrechtlicher Sicht bereits als kollektive Selbstverteidigung zulässig wäre – so geschehen im Falle der Invasion des Irak in Kuwait 1990/1991 –, eine Voraussetzung für eine Beteiligung der Bundesrepublik an einem entsprechenden Einsatz.

⁶⁸ Vgl. BVerwGE 127, 1, 10f.; 127, 302, 312; *Wiefelspütz*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), 819 (823f.); *ders.*, Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), 44 (61); *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §244, Rn. 50; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 12; *Schmahl*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., 2015, Art. 87a, Rn. 7; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 24, Rn. 51; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 25.

⁶⁹ *Oeter*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 42 (2000), 89 (91).

⁷⁰ *Wieland*, Deutsches Verwaltungsblatt 106 (1991), 1174 (1179); *Deppenbeuer*, Deutsches Verwaltungsblatt 112 (1997), 685 (688); *Wild*, Die Öffentliche Verwaltung 53 (2000), 622 (625); *Ferdinand Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, §84, Rn. 53; *Kremser*, Deutsches Verwaltungsblatt 131 (2016), 881 (882); *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 45; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 17 (Zulässigkeit nur, wenn jedenfalls indirekte Bedrohung der Bundesrepublik oder ihrer Bündnispartner).

⁷¹ *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 45.

b) Personalverteidigung

Eine in der bundesdeutschen Praxis wichtige Frage ist, ob Verteidigung auch im Sinne einer „Personalverteidigung“ verstanden werden kann, ob also auch bedrohte deutsche Staatsangehörige im Ausland mittels begrenzter militärischer Interventionen „verteidigt“ und damit gerettet werden können. Entsprechende – später noch näher zu analysierende – Einsätze erfolgten in der Operation *Libelle* des Jahres 1997, in der deutsche Staatsangehörige aus Albanien gerettet wurden, und durch die Operation *Pegasus*, durch die deutsche und andere Staatsangehörige im Jahr 2011 aus Libyen evakuiert wurden.⁷²

Für die Zulässigkeit solcher Personalverteidigung wird argumentiert, dass das Verteidigungsobjekt im Rahmen des Artikel 87a Abs. 2 GG umfassend als die Staatlichkeit der Bundesrepublik zu verstehen sei, so dass neben den staatskonstitutiven Komponenten des Territoriums und der Staatsgewalt auch die Staatsangehörigen geschützt seien.⁷³ Dem Staat obliegen gegenüber seinen Staatsangehörigen Schutzpflichten.⁷⁴ Wo er diesen nicht im Wege des diplomatischen Schutzes nachkommen könne (etwa wegen einer unmittelbaren Krisen- oder Kriegssituation), müsse die Verteidigung bedrohter Staatsangehöriger auch im Wege begrenzter militärischer Intervention erfolgen können.⁷⁵ Problematisch an dieser weiten Auslegung ist, dass er die Konturen des Begriffs der Verteidigung verwischt. Es ist nicht plausibel anzunehmen, dass die Bundesrepublik verteidigt wird, wenn einzelne Staatsangehörige aus einer Notsituation gerettet werden. Der Einzelne mag zwar aus rechtsphilosophischer Perspektive der zentrale Ankerpunkt der Rechtsordnung sein, er ist aber nicht konstitutiv für die Staatlichkeit der Bundesrepublik. Mit einer den Einzelnen einschließenden Interpretation droht die Begrenzungsfunktion des Verteidigungsbegriffs für zulässige Einsätze der Bundeswehr an Kraft zu verlieren. Nicht zuletzt könnten auf der Grundlage einer an staatlichen Schutzpflichten ausgerichteten Interpretation der Vorschrift auch andere Schutzzwecke, wie der Schutz des Eigentums, herangezogen werden, wodurch der Begriff der Verteidigung seine begrenzende Funktion gänzlich verlöre.⁷⁶ Vor dem Hintergrund all dessen kann

⁷² Vgl. hierzu supra 429ff.

⁷³ *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 47; *Dau*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 40 (1998), 90 (93); vgl. auch *Hermsdörfer*, Bayerische Verwaltungsblätter 44 (1998), 652 (653); *Fischer/Ladiges*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 53 (2011), 221 (222f.).

⁷⁴ Vgl. insoweit die Position der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 13/6924, 7. Februar 1997, 4f.; vgl. auch *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 53. EL, Bd. VI, 2008, Art. 87a, Rn. 108.

⁷⁵ *Depenheuer*, Deutsches Verwaltungsblatt 112 (1997), 685 (687f.); *Kreß*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 57 (1997), 329 (349–355); Klaus Dau sieht die Rettung als verfassungskonform an, sofern kein Akt verbotener Aggression vorliege, vgl. *Dau*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 40 (1998), 90 (94); *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2002, Art. 87a, Rn. 17.

⁷⁶ *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 14; *Epping*, Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), 423 (440).

eine Personalverteidigung nicht als zulässige Rechtsgrundlage für Einsätze zur Rettung deutscher Staatsangehöriger angesehen werden.⁷⁷

Ein weiterer Ansatz schließlich betrachtet Evakuierungseinsätze nicht als Verteidigung i. S. d. Artikel 87a Abs. 2 GG, sondern sieht unmittelbar in den staatlichen Schutzpflichten eine „ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage“.⁷⁸ Diese Auffassung aber ist vor dem Hintergrund des Wortlauts des Artikel 87a Abs. 2 GG, dem zufolge Einsätze außer zur Verteidigung nur in den explizit aufgeführten Fällen eingesetzt werden dürfen, nicht überzeugend.⁷⁹

2. Begriff des Angriffs

Ein Einsatz der Bundeswehr „zur Verteidigung“ erfordert eine Finalität, das heißt, der Streitkräfteeinsatz muss zur Abwehr eines stattfindenden oder befürchteten Angriffs erfolgen. Dabei muss es sich, in Entsprechung zum völkerrechtlichen Maßstab, um einen *bewaffneten* Angriff handeln.⁸⁰ Vorausgesetzt ist also eine Intensität, die über eine bloß einfache Gewaltanwendung hinausreicht. Mehrere, den Begriff des Angriffs betreffende Fragen sind insoweit umstritten.

a) Angriffe durch nichtstaatliche Akteure

Umstritten ist zunächst die Frage, welche Anforderungen an den Angreifer zu stellen sind. Teils wird verlangt, dass hinter dem Angriff ein Staat stehen müsse.⁸¹ Mehrheitlich wird allerdings davon ausgegangen, dass der verfassungsrechtliche Begriff der Verteidigung auch Verteidigungen gegen nichtstaatliche Akteure erfasst.⁸² Für letztere Position lässt sich zunächst der Wortlaut anführen, der über

⁷⁷ *Baldus*, in: Erberich u. a. (Hrsg.), *Frieden und Recht*, 1998, S. 259 (282f.); *Epping*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), 423 (440); *Wiefelspütz*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 132 (2007), 44 (61); *Brunner*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7 (2011), 207 (208); *Payandeh*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 126 (2011), 1325 (1325–1330); *Wiefelspütz*, *Humanitäres Völkerrecht* 25 (2012), 56 (60); *Dreist*, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 60 (2018), 109 (121); *Peters*, *MPIL Research Paper Series*, 2018, 1 (20); *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 17.

⁷⁸ *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 77.

⁷⁹ *Payandeh*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 126 (2011), 1325 (1325).

⁸⁰ Vgl. Art. 51 UNC.

⁸¹ *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 52; *Wolff*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2015, 1076 (1077); *Sattler*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 11 (2004), 1286 (1286); vgl. auch mit Blick allerdings auf den Verteidigungsbegriff im Rahmen von Art. 115a GG: *Linke*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), 489 (515f.).

⁸² *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 19; *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 11; *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 51; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 11; *Baldus*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 11 (2004), 1278 (1281); *Soria*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2004, 597 (605f.); *Wiefelspütz*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), 819 (828f.).

den Urheber des Angriffs keine weitere Qualifikation trifft und insoweit eine Offenheit signalisiert.⁸³ Auch eine Vergleichbarkeit der Bedrohungslagen spricht für eine grundsätzliche Möglichkeit einer militärischen Verteidigung gegen nichtstaatliche Akteure, denn die Befugnis zur Verteidigung zielt auf den Schutz des Gemeinwesens und hierfür ist die rechtliche Qualifikation des Angreifers letztlich unerheblich.

Eine Verteidigung gegen nichtstaatliche Akteure ist allerdings nur dann möglich, wenn deren Handlung auch als *Angriff* gewertet werden kann. In Übereinstimmung mit der völkerrechtlichen Terminologie ist hier ein bewaffneter Angriff zu verlangen.⁸⁴ Typischerweise muss es also zum Einsatz militärischer Waffen kommen. Auch muss die Schwere des Angriffs den typischerweise von Staaten ausgehenden Angriffen vergleichbar sein. Die Schwere des Angriffs muss also so sein, dass sie eine Abwehr mit militärischen Mitteln erforderlich macht.⁸⁵ Ein Indikator hierfür ist nicht zuletzt das Ausmaß des durch den Angriff drohenden oder bereits herbeigeführten Schadens.⁸⁶ Wichtig ist zudem auch, dass der nichtstaatliche Akteur über eine einer regulären Armee vergleichbare militärische Operations- und Organisationsstruktur verfügt.⁸⁷

Wenig hilfreich für die Interpretation von Artikel 87a Abs. 2 GG ist die oft gezogene Parallele zur Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure im Rahmen von Artikel 51 UNC, insbesondere gegen terroristische Aktivitäten.⁸⁸ Die völkerrechtliche Rechtslage ist insoweit keineswegs völlig geklärt und so eignet sich die Referenz auf das Völkerrecht hier nicht zur Beantwortung der verfassungsrechtlichen Fragen. Eine Ungenauigkeit dieser Bezugnahme auf die völkerrechtlichen Fragen der Terrorismusbekämpfung liegt zumal darin, dass wir es aus völkerrechtlicher und verfassungsrechtlicher Perspektive mit signifikant verschiedenen Fragestellungen zu tun haben. Die im Rahmen von Artikel 51 UNC streitige Frage ist, ob ein bewaffneter Angriff (durch einen nichtstaatlichen Akteur) die *Verletzung des Territoriums eines für diesen Angriff nicht verantwortlichen Staates* rechtfertigt (beziehungsweise

⁸³ *Baldus/Müller-Franken* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn 49.

⁸⁴ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 11.

⁸⁵ *Soria*, Deutsches Verwaltungsblatt 2004, 597 (605f.); *Götz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 85, Rn. 32.

⁸⁶ *Bäumerich/Schneider*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 36 (2017), 189 (190).

⁸⁷ *Baldus/Müller-Franken*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 87a, Rn. 51; *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 11; *Ferdinand Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 84, Rn. 49; kritisch insoweit aber: *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 53. EL, Bd. VI, 2008, Art. 87a, Rn. 95, der dort argumentiert, es komme nicht auf „die organisatorische Struktur hinter der Gefahr, sondern deren effektive Abwehr“ an. Das aber überzeugt nicht. Mitunter kann eine einzelne Person erhebliche Gefahren begründen, ohne dass sie hierdurch eine militärische Bekämpfung rechtfertigt. Insoweit ist auch der jeweilige Akteur relevant für die Bestimmung dessen, wer für Gegenmaßnahmen zuständig ist.

⁸⁸ Vgl. hierzu supra 37 ff.

unter welchen Umständen das gegebenenfalls möglich ist). Im Rahmen von Artikel 87a Abs. 2 GG geht es dagegen darum, ob die Bundeswehr *eingesetzt werden darf* (wobei dies zunächst eine von der Völkerrechtskonformität der zu ergreifenden Verteidigungshandlung unabhängige Frage ist). Die anzulegenden Standards und relevanten Rechtsfragen sind daher völlig unterschiedlich. Die im Hinblick auf die verfassungsrechtlich aufgeworfene Frage angemessene, parallele und deutlich begrenztere Fragestellung im Völkerrecht wäre, ob ein Staat allgemein gegen ihn angreifende nichtstaatliche Akteure vorgehen darf (ohne dass es zur Verletzung des Territoriums eines Drittstaates kommt). Diese Frage aber ist unproblematisch mit ja zu beantworten. Völkerrechtlich ist ein Staat unter dem *ius contra bellum* nicht gehindert, sich gegen Angriffe nichtstaatlicher Akteure zur Wehr zu setzen. Das zeigen nicht zuletzt die Jahrhunderte währenden Debatten um die Bekämpfung der Piraterie. Sähe sich also beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland einem (was äußerst unwahrscheinlich ist, da kaum vorstellbar scheint, dass entsprechende Akte einen militärischen und nicht nur kriminellen Charakter annähmen) bewaffneten Angriff durch Piraten von der See aus ausgesetzt, so könnte die Bundeswehr zur Verteidigung eingesetzt werden.

Unabhängig davon aber ist die Frage nach der Rechtfertigung einer möglichen Verletzung des Territoriums eines anderen Staates zu beurteilen. Als bloße Rechtsgrundlage für einen Einsatz sagt Artikel 87a Abs. 2 GG hierüber nichts aus, sondern dies sind Fragen, die die nach Artikel 25 und 26 Abs. 1 GG erforderliche Völkerrechtskonformität des Einsatzes betreffen.

Die im Rahmen der Ermächtigungsnorm des Artikel 87a Abs. 2 GG zu beantwortende Frage kann demnach auch völlig ohne Rekurs auf die umstrittenen völkerrechtlichen Fragen des Selbstverteidigungsrechts beantwortet werden: Das Selbstverteidigungsrecht besteht auch gegen militärisch ausgeführte, herkömmlichen bewaffneten Angriffen vergleichbare Handlungen nichtstaatlicher Akteure. Mit der positiven Beantwortung der Frage, ob vor dem Hintergrund dessen ein Einsatz nach Artikel 87a Abs. 2 GG grundsätzlich erfolgen kann, ist freilich noch keineswegs die allein völkerrechtlich zu beurteilende Frage beantwortet, ob im Rahmen der Verteidigungshandlung auch das Territorium eines Staates, dem diese nichtstaatlichen Operationen nicht zugerechnet werden können, verletzt werden darf.

b) Angriff von außen

Eine Streitige Frage betrifft ferner die Herkunft des Angriffs, ob dieser also aus dem Ausland herrühren muss oder ob auch eine Herkunft aus dem Inland denkbar ist. In den klassischen Angriffs- und Bedrohungsszenarien war ein Herrühren von außerhalb der Bundesrepublik Deutschland selbstverständlich, waren es doch allein ausländische staatliche Akteure, die zu einem bewaffneten Angriff im Stande waren. Diese Lage besteht heute nicht mehr. Insbesondere Cyberoperation, die unter bestimmten Umständen auch eine Erheblichkeit erreichen können, die einen

Einsatz zur Verteidigung auslöst,⁸⁹ könnten ihren Ursprung auch von innerhalb der Bundesrepublik haben.⁹⁰ Gleiches gilt für potenzielle Angriffe nichtstaatlicher Akteure.

Im Hinblick auf die erforderliche Herkunft des Angriffs (Ausland/Inland) ist der Wortlaut des Artikel 87a Abs. 2 GG unergiebig. Ein starkes systematisches Argument aber spricht dafür, dass Angriffe von außerhalb Deutschlands stammen müssen. Im Rahmen von Artikel 87a GG werden nämlich innere Bedrohungslagen von Abs. 4 adressiert, der Regelungen für den inneren Notstand trifft. Geht ein Angriff von inländischen Akteuren aus, so haben wir es letztlich mit Aufständischen zu tun, deren Bekämpfung von Artikel 87a Abs. 4 GG geregelt wird. Dessen spezielle Voraussetzungen aber dürfen nicht durch den Rekurs auf die allgemeinere Befugnis zur Verteidigung unterlaufen werden. Insoweit ist der vorherrschenden Auffassung in der Literatur zuzustimmen, die Verteidigung im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG nur gegen Angriffe aus dem Ausland für zulässig erachtet.⁹¹

c) Zeitlicher Rahmen der Einsatzermächtigung

Eine weitere, mitunter konflikträchtige Frage betrifft die zeitliche Dimension des Angriffs. Unproblematisch ist ein Einsatz der Streitkräfte, wenn der abzuwehrende Angriff bereits stattfindet. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn der Einsatz im Vorfeld erfolgen soll. Wie schon im Hinblick auf nichtstaatliche Akteure ist die Referenz auf die völkerrechtlichen Debatten wenig hilfreich. Dort nämlich geht es um die Frage, ob eine Verletzung des Territoriums eines anderen (einen Angriff planenden oder einleitenden) Staates als Selbstverteidigung gerechtfertigt werden kann, wiewohl der Angreiferstaat mit der eigentlichen Angriffshandlung noch nicht begonnen hat. Die Frage nach der Einsatzermächtigung im Rahmen des Artikel 87a Abs. 2 GG ist wiederum anders gelagert. Hier geht es allein um die Frage danach, ob verfassungsrechtlich eine Berechtigung zum Einsatz der Bundeswehr gegeben ist (ohne dass eine Verletzung der Souveränität anderer Staaten thematisch wäre). Insoweit besteht eine größere Flexibilität der zeitlichen Grenze als im Rahmen der völkerrechtlichen Debatte um vorgreifende Selbstverteidigung. Zeichnet sich eine internationale Konfliktlage ab, in der es mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einem Angriff kommen wird, darf die Bundeswehr mithin nicht erst in der sprichwörtlichen letzten Minute vor dem Angriff mobilisiert werden, sondern

⁸⁹ Vgl. zur Problematik von Cybereinsätzen der Bundeswehr: *Marxsen*, JuristenZeitung 72 (2017), 543 (547f.).

⁹⁰ Vgl. hierzu *Marxsen*, JuristenZeitung 72 (2017), 543 (548).

⁹¹ *Schmidt-Jortzig*, Die Öffentliche Verwaltung 55 (2002), 773 (775); *Soria*, Deutsches Verwaltungsblatt 2004, 597 (605f.); *Linke*, Archiv des öffentlichen Rechts 129 (2004), 489 (515); *Götz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2006, § 85, Rn. 32; *Schmahl*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., 2015, Art. 87a, Rn. 7; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 16. Aufl., 2020, Art. 87a, Rn. 10; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 87a, Rn. 11; *Epping*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 42. Ed., 2019, Art. 87a, Rn. 11; a. A.: *Depenbeuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 53. EL, Bd. VI, 2008, Art. 87a, Rn. 92.

in zeitlicher Hinsicht so, dass eine effektive Abwehr des Angriffs erfolgen kann. Gleichzeitig sind aber an die Wahrscheinlichkeit des erwarteten Angriffs keine zu geringen Anforderungen zu stellen. Unzulässig wäre, dass ein Einsatz beispielsweise zur Verteidigung bloß abstrakt möglicher Angriffe, sei es durch andere Staaten oder durch nichtstaatliche Akteure, erfolgt. Es bedarf insoweit einer zugespitzten Konfliktlage, in der beispielsweise auf Grund glaubhafter Drohungen ernsthaft mit bevorstehenden bewaffneten Angriffen zu rechnen ist.

IV. Weitere Einsatzgrundlagen

Weitere verfassungsrechtliche Grundlagen für Auslandseinsätze der Streitkräfte werden diskutiert. Teils wird auf Artikel 32 Abs. 1 GG abgestellt, der bestimmt, dass die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten Sache des Bundes ist. Diese Vorschrift wird teils als Ermächtigungsgrundlage für Militäreinsätze außerhalb von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit herangezogen.⁹² Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus dem die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern betreffenden Artikel 32 GG eine Ermächtigungsgrundlage zum Einsatz der Streitkräfte im Ausland ergeben könnte. Ferner kann der Einsatz militärischer Gewalt nur schwerlich als die von Artikel 32 Abs. 1 GG benannte Pflege der Beziehungen zu anderen Staaten verstanden werden.⁹³ Auch ist der Einsatz von Streitkräften im Rahmen des Artikel 32 GG nicht einmal in Ansätzen angelegt, so dass diese Vorschrift nicht als Grundlage herangezogen werden kann.⁹⁴

Als Grundlage wird fernerhin Artikel 25 GG in Verbindung mit völkergewohnheitsrechtlichen Vorschriften angeführt. Hierin soll eine Ermächtigungsgrundlage für völkerrechtlich zulässige Militäreinsätze außerhalb vom System gegenseitiger kollektiver Sicherheit bestehen.⁹⁵ Auch diese Ansicht aber überzeugt nicht. Die Inkorporierung allgemeiner Regeln des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung führt nicht zur Erzeugung einer Ermächtigungsgrundlage dahin, dass alles, was völkergewohnheitsrechtlich zulässig ist, zugleich auch verfassungsrechtlich zulässig sein soll.⁹⁶ Ferner kann auch wegen des oftmals unbestimmten Inhalts völkergewohnheitsrechtlicher Normen ebenso wie wegen des nur begrenzten Einflusses des deutschen Gesetzgebers auf deren Inhalt die Annahme einer generellen Ermächti-

⁹² Roellecke, *Der Staat* 34 (1995), 415 (418); Wiefelspütz, *Archiv des öffentlichen Recht* 132 (2007), 44 (89); vgl. auch Depenheuer, der Art. 32 Abs. 1 GG als Grundlage für mit Zwangsgewalt verbundene Polizeieinsätze anführt: Depenheuer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, 53. EL, Bd. VI, 2008, Art. 87a, Rn. 171.

⁹³ Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §244, Rn. 75, Fn. 239.

⁹⁴ Talmon, *JuristenZeitung* 68 (2013), 12 (16); Payandeh, *Deutsches Verwaltungsblatt* 126 (2011), 1325 (1325).

⁹⁵ Wiefelspütz, *Recht und Politik* 1 (2011), 35 (37).

⁹⁶ Talmon, *JuristenZeitung* 68 (2013), 12 (17).

gung zum Einsatz der Bundeswehr über Artikel 25 in Verbindung mit Regeln des Völkergewohnheitsrechts nicht überzeugen.⁹⁷

V. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt

Neben den bis hierher untersuchten materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz der Bundeswehr bestehen wichtige Anforderungen hinsichtlich der Kompetenzverteilung zur Entsendung der Streitkräfte ins Ausland. Das Bundesverfassungsgericht hat aus der deutschen Verfassungstradition und dem Gesamtzusammenhang der wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes das Prinzip abgeleitet, dass der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der Zustimmung des Bundestages bedarf. Fragen der Parlamentsbeteiligung sind der Fokuspunkt der wissenschaftlichen Debatte im Hinblick auf Auslandseinsätze der Bundeswehr gewesen.⁹⁸ Im Folgenden wollen wir uns auf die Kernelemente des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts konzentrieren, wie er in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konturiert worden ist.

In der *Streitkräfte*-Entscheidung (BVerfGE 90, 286) des Jahres 1994 entwickelte das Bundesverfassungsgericht in einer übergreifenden und auch historischen Analyse wehrverfassungsrechtlicher Vorgaben das Prinzip, nach dem „der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt“.⁹⁹ Die in der Entscheidung entwickelten Grundsätze sind seit 2005 im Parlamentsbeteiligungsgesetz (ParlBetG) niedergelegt. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen betont, dass der Parlamentsvorbehalt als unmittelbar aus der Verfassung folgendes Prinzip nicht von der einfachgesetzlichen Konkretisierung abhängt (wenn auch diese einfachgesetzliche Ausgestaltung durchaus Anhaltspunkte für die verfassungsunmittelbare Reichweite geben kann).¹⁰⁰

Gegenstand der Parlamentsbeteiligung ist der konkrete *Einsatz bewaffneter Streitkräfte*.¹⁰¹ Der Begriff des Einsatzes wird in Artikel 87a Abs. 2 GG verwendet, und das Bundesverfassungsgericht hat ihn im Hinblick auf die Parlamentsbeteiligung im Rahmen von Auslandseinsätzen herangezogen, um die Schwelle der Zustimmungsbedürftigkeit zu bestimmen. Kern des Einsatzbegriffs ist, dass Soldaten „in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“.¹⁰² In der *AWACS*-Entscheidung (BVerfGE 121, 135) hat das Gericht diese Voraussetzung konkretisiert und festgehalten, dass es darauf ankommt, „ob nach dem jeweiligen Einsatzzusammen-

⁹⁷ *Fischer-Lescano/Tohidipur*, Neue Juristische Wochenschrift, 2009, S. 1243 (1245); vgl. auch *Fischer-Lescano*, Archiv des öffentlichen Rechts 128 (2003), 52 (74).

⁹⁸ Vgl. umfassend *Kleinlein*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 142 (2017), 43 (43–77).

⁹⁹ BVerfGE 90, 286, 387.

¹⁰⁰ BVerfGE 121, 135, 156; 140, 160, 190.

¹⁰¹ BVerfGE 90, 286, 387.

¹⁰² BVerfGE 90, 286, 388.

hang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist und deutsche Soldaten deshalb bereits in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“.¹⁰³ Eine theoretische Möglichkeit reicht insoweit nicht aus, erforderlich ist vielmehr eine qualifizierte Erwartung der Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen.¹⁰⁴ Nicht der Parlamentsbeteiligung unterliegen damit bloße Hilfsdienste oder Hilfeleistungen durch Soldaten der Bundeswehr im Ausland.¹⁰⁵

Das Parlament ist bei allem in einer Ratifikationssituation. Es kann dem von der Regierung vorgeschlagenen Einsatz zustimmen oder die Zustimmung verweigern. Es kann allerdings keine Änderungen des von der Regierung vorgelegten Mandats einbringen und verfügt auch nicht über ein Initiativrecht.¹⁰⁶ Die Parlamentsbeteiligung findet ihre Grenze in Fällen der Gefahr im Verzug. Hier darf die Regierung den Einsatz der Streitkräfte vorläufig beschließen und vollziehen, allerdings ist der Bundestag umgehend mit dem beschlossenen Einsatz zu befassen und der Einsatz ist auf Verlangen des Bundestages zu beenden.¹⁰⁷

In der Folge sind die Vorgaben des Parlamentsvorbehalts in einer Reihe weiterer Entscheidungen näher bestimmt worden. In der AWACS-Entscheidung konkretisierte (wie bereits angeführt) das Bundesverfassungsgericht den Einsatzbegriff und betonte, dass die Reichweite des Parlamentsvorbehalts wegen seiner Bedeutung nicht restriktiv bestimmt werden dürfe, sondern vielmehr parlamentsfreundlich auszulegen sei.¹⁰⁸ In der Entscheidung zum Vertrag von Lissabon erklärte das Gericht den Parlamentsvorbehalt für „integrationsfest“.¹⁰⁹ Die Entscheidung über einen konkreten Einsatz der Streitkräfte muss also ungeachtet der Europäischen Integration stets beim Bundestag verbleiben. In der Entscheidung zum KFOR-Einsatz (BVerfGE 124, 267) entschied das Gericht, dass der Bundestag seine Zustimmung widerrufen kann, um hierdurch den Rückruf der entsandten Soldaten einzuleiten.¹¹⁰ Zur Einholung einer erneuten konstitutiven Zustimmung des Bundestag ist die Regierung nur in Fällen verpflichtet, in denen sich rechtliche oder tatsächliche Bedingungen geändert haben, die der Zustimmungsbeschluss als notwendige Bedingungen der Zustimmung nennt.¹¹¹ In der Entscheidung zum Einsatz der Bundeswehr im Inland im Rahmen des G8-Gipfels in Heiligendamm 2007 (BVerfGE 126, 55) entschied das Bundesverfassungsgericht, dass der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt nur für Einsätze im Ausland, nicht aber für bewaffnete oder unbewaffnete Verwendungen der Bundeswehr im Inland gelte.¹¹²

¹⁰³ BVerfGE 121, 135, 164.

¹⁰⁴ BVerfGE 121, 135, 165.

¹⁰⁵ BVerfGE 90, 286, 388.

¹⁰⁶ BVerfGE 90, 286, 389.

¹⁰⁷ BVerfGE 90, 286, 388; 123, 267, 423; 140, 160, 199.

¹⁰⁸ BVerfGE 121, 135, 162.

¹⁰⁹ BVerfGE 123, 267, 361.

¹¹⁰ BVerfGE 124, 267, 278.

¹¹¹ BVerfGE 124, 267, 276.

¹¹² BVerfGE 126, 55, 71.

In der Entscheidung zur Evakuierungsoperation *Pegasus* (BVerfGE 140, 160) bekräftigte das Gericht die Kompetenz der Regierung, bei Gefahr im Verzug den Einsatz der Streitkräfte vorläufig zu beschließen, wobei das Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen Eilzuständigkeit vollauf gerichtlich überprüfbar sind.¹¹³ Als Ausfluss des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts sah das Gericht eine Pflicht zur qualifizierten Unterrichtung über die tatsächlichen rechtlichen Grundlagen sowie den Verlauf und das Ergebnis des Einsatzes.¹¹⁴ Allerdings entschied das Gericht auch, dass im Falle der Gefahr im Verzug eine originäre Eilzuständigkeit der Regierung besteht. Die Eilentscheidung der Regierung wirkt als vollauf gültige Einsatzentscheidung. Die erforderliche unverzügliche Befassung des Bundestags führt nicht zu einer Genehmigung des Einsatzes und die Versagung einer Genehmigung nicht zu einer Rechtswidrigkeit ex tunc. Vielmehr wird die Regierung durch den nachträglichen Beschluss des Bundestages allein dazu verpflichtet, einen noch andauernden Einsatz zu beenden.¹¹⁵ Ist ein Einsatz bereits abgeschlossen, so besteht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts keine Pflicht zur nachträglichen Befassung des Parlaments.¹¹⁶

Der Parlamentsvorbehalt führt dazu, dass Entscheidungen über Auslandseinsätze der Bundeswehr auf eine breitere legitimatorische Basis gestellt werden. Nicht nur die Regierung, sondern auch der Bundestag prüfen und beschließen über den Einsatz und übernehmen damit die politische Verantwortung für dessen Recht- und Zweckmäßigkeit. Das Maß an effektiver Kontrolle der Regierung, die durch den Parlamentsvorbehalt in der Praxis möglich ist, stellt sich ungeachtet dieser gesteigerten Legitimationsbasis als gering dar.¹¹⁷ In der Verfassungswirklichkeit erlegt der Parlamentsvorbehalt der Regierung kaum Beschränkungen auf. Da die Regierung von der Parlamentsmehrheit getragen ist, würde eine Verweigerung der Zustimmung letztlich auch eine Weigerung der Abgeordneten signalisieren, dem Kurs der jeweiligen Regierung zu folgen. Diese verlöre mithin ihrerseits die legitimatorische Basis. Das unterstreichen die Vorgänge um die Beteiligung der Bundeswehr an der Operation *Enduring Freedom* im Jahr 2001. Hier konnte Bundeskanzler Gerhard Schröder die Zustimmung des Parlaments nur dadurch sichern, dass er die Beschlussfassung mit der Vertrauensfrage verband.¹¹⁸ Die Parlamentsbeteiligung öffnet dem Parlament somit zwar eine theoretische Einflussnahme. In der Praxis aber ist eine Abweichung mit derart hohen politischen Kosten verbunden, dass die Abgeordneten des Bundestags bislang vor der Ablehnung eines Mandats zurückschreckten und wohl zukünftig davor zurückschrecken werden.

¹¹³ BVerfGE 140, 160, 197.

¹¹⁴ BVerfGE 140, 160, 202.

¹¹⁵ BVerfGE 140, 160, 195 f.

¹¹⁶ BVerfGE 140, 160, 200 f.

¹¹⁷ *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 173.

¹¹⁸ Vgl. *supra* 440 (Fn. 59).

§ 16. Bundesdeutsche Praxis im Lichte des völkerrechtlichen Gewaltverbots

Nachdem wir uns den verfassungsrechtlichen Mechanismen der innerstaatlichen Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots zugewendet haben (§14) und alsdann die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen für Auslandseinsätze der Bundeswehr (§15) in den Blick genommen haben, wollen wir uns nunmehr einer Analyse der Praxis der Bundesrepublik zuwenden.

Diese Praxis steht weit überwiegend in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Vorgaben. So ist die Bundesrepublik Deutschland beispielsweise an einer Vielzahl militärischer Einsätze beteiligt, die auf der Basis einer wirksamen Einladung der betreffenden Regierung erfolgen und häufig zusätzlich auch noch vom UN-Sicherheitsrat in einer Resolution nach Kapitel VII der UN-Charta autorisiert worden sind. Unser Fokus auf Phänomene des Rechtsbruchs aber ist Hintergrund für die Konzentration auf Fälle möglicher Illegalität. Eine Analyse zeigt, dass auch in der Praxis der Bundesrepublik Deutschland Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot keineswegs ein absoluter Ausnahmefall sind. Vielmehr findet sich eine Reihe von Konstellationen, in denen es in der Vergangenheit zu Rechtsbrüchen kam. Im vorliegenden Kapitel wollen wir uns diesen Konstellationen zuwenden, denn in den anhand dieser Fälle geführten Debatten zeigt sich, dass die in unserer völkerrechtlichen Analyse entwickelte Typologie der Illegalität (Teil 3) auch im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts relevant ist.

Im vorliegenden Kapitel wollen wir zunächst das empirische Material aufbereiten, bevor wir im folgenden §17 die Frage aufwerfen, welche Handlungsoptionen das Grundgesetz im Hinblick auf die in Teil 3 herausgearbeiteten Illegalitätsformen eröffnet. Dabei ist eine vollständige Aufarbeitung der deutschen Praxis weder möglich noch nötig. Vielmehr sollen im Folgenden Konstellationen identifiziert werden, die für die deutsche Praxis im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot und seine innerstaatliche Geltung relevant waren und von denen man daher auch zukünftig von einer Relevanz ausgehen kann und muss.

Dabei gehen wir auf fünf Fallgruppen ein: die Rettung von Staatsangehörigen (I.), die humanitäre Intervention zur Sicherung von Menschenrechten (II.), Militäreinsätze gegen den internationalen Terrorismus (III.), Handlungen deutscher Hoheitsorgane, die geeignet sind, Angriffskriege dritter Staaten zu unterstützen (IV.), und verbale Deklarationen, insbesondere die Billigung rechtswidriger Militäreinsätze anderer Staaten (V.).

I. Rettung von Staatsangehörigen

Eine wiederholt relevant gewordene Fallgruppe betrifft Auslandseinsätze zur Rettung von Staatsangehörigen aus Konfliktsituationen und Notlagen, die bereits mehrfach erforderlich wurden und mit deren Erforderlichkeit auch zukünftig gerechnet werden muss. Bereits 1977 kam es zur Beendigung der Entführung des Lufthansa-Flugzeugs *Landsbut* zu einem Einsatz der polizeilichen Spezialeinheit GSG 9, die in Mogadischu das entführte Flugzeug erstürmte, die Geiseln befreite und dabei drei der vier Geiselnnehmer tötete. Die Befreiung der *Landsbut* erfolgte allerdings auf der Grundlage einer Einladung der somalischen Regierung und soll daher hier nicht weiter untersucht werden. Aus völkerrechtlicher Sicht problematisch sind nämlich primär diejenigen Fälle, in denen es einer ausdrücklichen Einladung durch die jeweilige Regierung ermangelt.

In der Praxis kam es insoweit zu zwei relevanten Einsätze der Bundeswehr: zur Operation *Libelle* (1997), in der deutsche Staatsangehörige aus Albanien evakuiert wurden, und zur Operation *Pegasus* (2011), in der es um eine Evakuierung aus Libyen ging.

1. Operation Libelle (1997)

Die Operation *Libelle* erfolgte vor dem Hintergrund einer sich im März 1997 erheblich zuspitzenden Sicherheitslage in Albanien.¹ Die Regierung hatte die Kontrolle über das Land weitgehend verloren, und die staatliche Ordnung war im Begriff der Auflösung. Die albanische Übergangsregierung unter dem Staatsoberhaupt Sali Berisha ersuchte die europäischen Staaten um einen Militäreinsatz zum Zwecke der Wiederherstellung der inneren Ordnung.² Zu einer solchen Intervention konnte man sich international allerdings zunächst nicht entschließen. Angesichts der Gefahren für sich in Albanien aufhaltende Ausländerinnen und Ausländer (darunter eine Reihe deutscher Staatsangehöriger) beschloss die Bundesregierung am 14. März 1997 eine Luftevakuierung. Unter Einsatz von sechs Hubschraubern und 323 Soldaten (210 als Besatzung einer Fregatte in internationalem Gewässer und 113 als direkt an der Evakuierung Beteiligte) wurden 120 Personen (unter ihnen 20 deutsche Staatsangehörige) aus Albanien evakuiert. Die deutschen Soldaten wurden während der Mission von Albanern (augenscheinlich von Privatpersonen) attackiert und erwiderten daraufhin das Feuer.

Die Bewertung dieses Einsatzes der Bundeswehr war aus völker- wie verfassungsrechtlicher Perspektive umstritten. Als wenig kontrovers erwiesen sich Fragen der Parlamentsbeteiligung für die Autorisierung des Einsatzes. Das Bundes-

¹ Vgl. die Zusammenfassung der Ereignisse in: BT-Drs. 13/7233, 18. März 1997, 1 f.; BT-Drs. 13/7265, 19. März 1997, 1 f.

² Vgl. Bonn gegen militärisches Eingreifen in Albanien, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15. März 1997, 2.

verfassungsgericht hatte in seinem *Streitkräfte*-Urteil bereits 1994 erkannt, dass die vorherige Parlamentsbeteiligung in Fällen von „Gefahr im Verzug“ unterbleiben könne, dass eine Befassung des Bundestags aber umgehend nachzuholen sei.³ Die Operation *Libelle* erfolgte in einer solchen Eil- und Notsituation und folglich ohne formale Beteiligung des Parlaments. Allerdings wurden die Vorsitzenden der Fraktionen vor der Operation unterrichtet und erklärten ihre Zustimmung.⁴ Im Nachgang der Mission wurde dem Bundestag der Einsatz zur Billigung vorgelegt, welche auch erteilt wurde.⁵

Umstritten allerdings ist die verfassungsrechtliche Einsatzgrundlage, zu der sich der nach dem Einsatz seitens der Bundesregierung im Bundestag eingebrachte Antrag auf Billigung durch das Parlament allerdings nicht äußert.⁶ Dieser bedurfte es, da die Schwelle zu einem Einsatz im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG überschritten wurde. Erheblich ist insoweit zunächst, dass der Einsatz nicht im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgte und damit eine Grundlage für den Einsatz der Bundeswehr im Ausland nicht in Artikel 24 Abs. 2 GG gefunden werden kann. Damit hängt das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Grundlage davon ab, ob wir einen Einsatz zur Verteidigung im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG annehmen können. Dies wiederum verlangt eine weite Lesart des Begriffs der Verteidigung, der auch die bereits diskutierte „Personalverteidigung“ umfassen müsste. Die besseren Argumente sprechen – wie bereits ausgeführt – gegen eine derart ausweitende Interpretation des Merkmals „Verteidigung“.⁷ Auf der Basis dieser Einordnung bestand also keine verfassungsrechtliche Grundlage für den Einsatz, ein Problem, dem der Gesetzgeber durch eine entsprechende Regelung im Grundgesetz Abhilfe schaffen müsste.⁸

Problematisch ist schließlich auch die völkerrechtliche Bewertung. Hier ist zunächst bemerkenswert, dass die Bundesregierung selbst keine klaren Ausführungen zur völkerrechtlichen Bewertung traf. Unstreitig bestand für den Einsatz der Bundeswehr auf albanischem Territorium kein Mandat des UN-Sicherheitsrats.⁹ Als mögliche Rechtsgrundlage kommt allerdings das Ersuchen des albanischen Übergangspräsidenten Sali Berisha in Betracht. Ob dessen Einladung an westliche Staaten zur Wiederherstellung der Ordnung auch als Einladung zur Rettung ausländischer Staatsbürger herangezogen werden kann, ist Sache einer Auslegung und

³ BVerfGE 90, 286, 388; vgl. insoweit auch die unterdessen entsprechend in § 5 ParlBetG getroffene Regelung.

⁴ Erfolgreiche Rettungsaktion, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15. März 1997, 2.

⁵ Vgl. den Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7233, 18. März 1997.

⁶ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7233, 18. März 1997.

⁷ Vgl. supra 419f.

⁸ Vgl. insoweit den Vorschlag bei *Wiefelspütz*, Humanitäres Völkerrecht 25 (2012), 56 (61).

⁹ Der Präsident des UN-Sicherheitsrats hatte sich allein in einer Erklärung an die Konfliktparteien gewendet und zu einer Beilegung des Konflikts aufgerufen, UN-Sicherheitsrat, Statement by the President of the Security Council, 13. März 1997, UN Doc. S/PRST/1997/14; erst Ende März mandatierte der UN-Sicherheitsrat den Einsatz einer multilateralen „Schutztruppe“, vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 1101, 28. März 1997, UN Doc. S/RES/1101, para. 4.

mit einigen interpretatorischen Unwägbarkeiten behaftet. Unplausibel scheint eine entsprechende Auslegung jedenfalls nicht,¹⁰ denn der Aufruf an westliche Staaten zur Intervention birgt jedenfalls als Teilkomponente die Einräumung der Befugnis, das albanische Territorium zu betreten.

Unangreifbar ist diese Interpretation freilich nicht, denn es ist nicht ausgemacht, dass die Einladung zur Wiederherstellung der inneren Ordnung als Minus auch die Einladung zu einem anderen Zweck (der Rettung eigener Staatsangehöriger) enthält.¹¹ Lehnt man das Vorliegen einer wirksamen Einladung ab, so hängt die völkerrechtliche Legalität davon ab, ob es völkerrechtlich einen Rechtfertigungstatbestand für die Rettung eigener Staatsangehöriger aus Notsituationen gibt.¹² In der völkerrechtlichen Literatur wird das Vorliegen eines solchen Rechtfertigungstatbestandes teils als Form der Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC gewertet, teils auf der Grundlage eines eigenständigen gewohnheitsrechtlichen Tatbestandes gerechtfertigt, teils aber wird auch in Frage gestellt, dass nach geltendem Völkerrecht eine klare Eingriffsgrundlage bestehe.¹³ Wir haben es – wie diese rechtliche Unsicherheit auf abstrakt-genereller Ebene illustriert – mit einer rechtlichen Grauzone zu tun.

2. Operation Pegasus (2011)

Eine weitere militärische Mission zur Rettung deutscher (und anderer) Staatsangehöriger ordnete die Bundesregierung im Jahr 2011 an.¹⁴ In Zuge des eskalierenden Bürgerkriegs in Libyen spitzte sich die Bedrohungslage für sich im ostlibyschen Nafurah aufhaltende deutsche Staatsangehörige zu. Die Bundesregierung beschloss daraufhin die Evakuierungsmission *Pegasus*. Nachdem ein diplomatisches Ersuchen um eine Landeerlaubnis unbeantwortet geblieben war,¹⁵ flog die Bundeswehr am 26. Februar 2011 22 deutsche Staatsangehörige und 110 weitere Personen aus Libyen aus. Zur Sicherung der Evakuierung befanden sich bewaffnete Bundeswehrsoldaten an Board der beiden eingesetzten Flugzeuge.¹⁶ Die Evakuierung ver-

¹⁰ Für eine Zulässigkeit der Intervention auf der Grundlage dieser Einladung spricht sich aus: *Kreß*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 57 (1997), 329 (337f.); eher zweifelnd: *Fastenrath*, Neues Kapitel der Bundeswehrsgeschichte ohne rechtliche Grundlage?, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19. März 1997, 2.

¹¹ *Fastenrath*, Neues Kapitel der Bundeswehrsgeschichte ohne rechtliche Grundlage?, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19. März 1997, 8.

¹² Vgl. zur Diskussion weiterer Rechtfertigungsansätze *Kreß*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 57 (1997), 329 (340–349).

¹³ Vgl. dazu ausführlich *supra* 64–67.

¹⁴ Vgl. zum faktischen Hintergrund die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 140, 160, 161 ff. sowie die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/6564, 11. Juli 2011.

¹⁵ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/6564, 11. Juli 2011, 2.

¹⁶ Eine Aufstellung der mitgeführten Schutzsysteme und der Bewaffnung findet sich in der

lief ohne Zwischenfälle, insbesondere ohne dass der Einsatz von Waffengewalt erforderlich wurde.

Die Operation *Pegasus* bildete im Nachgang vor allem einen Kristallisationspunkt des Streits im Hinblick auf die Reichweite des Parlamentsvorbehalts. Die Bundesregierung hatte die Auffassung vertreten, dass die Evakuierungsmission unterhalb der Schwelle eines Einsatzes verbleibe und daher nicht dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt unterliege. Dieser Einschätzung hat das Bundesverfassungsgericht eine Absage erteilt und in einem seitens der Bundestagsfraktion der Grünen angestrebten Organstreitverfahren entschieden, dass die Grenze der Zustimmungsbedürftigkeit auch bei der streitgegenständlichen Evakuierungsmission erreicht sei.¹⁷ Zum Zeitpunkt der Einsatzentscheidung bestand, so das Gericht, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Verstrickung der Bundeswehr in eine bewaffnete Auseinandersetzung.¹⁸ Gleichzeitig aber hat das Gericht gegen die in der Literatur vertretene Auffassung entschieden,¹⁹ dass es einer nachträglichen Beschlussfassung des Bundestages über die Rechtmäßigkeit des Einsatzes nicht bedurfte,²⁰ was in der Literatur als Einschränkung der Parlamentsrechte kritisiert worden ist,²¹ insbesondere weil dem Parlament so die Möglichkeit genommen wird, eine Mitverantwortung für den Einsatz zu übernehmen.²²

Handelte es sich bei der Evakuierungsmission um einen Einsatz (im Sinne des Parlamentsvorbehalts und damit auch im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG), so bedurfte es einer verfassungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz. Insoweit ergibt sich hier ebenfalls wie im Hinblick auf die Operation *Libelle* das Problem, dass nach geltendem Recht eine klare Rechtsgrundlage für den Einsatz der Bundeswehr im Ausland zum Zwecke der Evakuierung von Staatsangehörigen nicht besteht.²³

Als weit problematischer als im Hinblick auf die Operation *Libelle* stellt sich schließlich die Frage nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit der Operation *Pegasus* dar. Im vorliegenden Fall nämlich gab es keine Einladung der libyschen Regierung. Die Bundesregierung wertete daher – in dieser Einschätzung nach eigenen Angaben auch bestätigt durch diplomatische Kontakte – das Fehlen einer Erklärung als konkludente Zustimmung.²⁴ Diese Einschätzung ist vor dem Hintergrund der

Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/6564, 11. Juli 2011, 3f.

¹⁷ BVerfGE 140, 160, 203 (Rn. 105).

¹⁸ BVerfGE 140, 160, 204 (Rn. 108).

¹⁹ Vgl. *Dau*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1998, 90 (99); *Payandeh*, Deutsches Verwaltungsblatt 126 (2011), 1325 (1329); *Wiefelspütz*, Humanitäres Völkerrecht 25 (2012), 56 (68).

²⁰ BVerfGE 140, 160, 208 (Rn. 118).

²¹ *Fischer/Ladiges*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 35 (2016), 32 (34); *Starski*, Wenn das Kind im Brunnen liegt, Verfassungsblog, 25. Februar 2015.

²² *Sauer*, JuristenZeitung 71 (2016), 46 (49f.).

²³ Vgl. *supra* 64ff.

²⁴ In der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/6564, 11. Juli 2011, 2, heißt es insoweit: „Im Vorfeld der Evakuierung wurde auf diplomatischem Wege die Genehmigung zur Nutzung des libyschen Luftraums beantragt.“

völkerrechtlichen Standards hochproblematisch, denn eine Autorisierung zu einer prima facie gegen das Gewalt- oder jedenfalls Interventionsverbot verstoßenden Handlung müsste ausdrücklich und eindeutig und auch durch die hierzu befugten Stellen erfolgen, was im Falle einer bloßen Nichtreaktion schwerlich gegeben scheint. Daher kommt es für den vorliegenden Fall entscheidend auf die völkerrechtliche Zulässigkeit einer Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger an. Für diese aber besteht – wie wir gesehen haben – keine eindeutige Eingriffsgrundlage.

3. Verfassungsrechtliche Konfliktlage

Die Rettung von Staatsangehörigen wirft eine Reihe von rechtlichen Problemen auf. Erstens zeigt sich, dass eine klare verfassungsrechtliche Einsatzgrundlage nicht existiert. Eine solche ließe sich nur postulieren, wenn man davon ausginge, dass sich das in Artikel 87a Abs. 2 GG enthaltene grundsätzliche Verbot des Einsatzes der Bundeswehr (außer zur Verteidigung und in den im Grundgesetz ausdrücklich zugelassenen Fällen) nur auf Inlandseinsätze bezöge – eine Rechtsauffassung, gegen die nach hier vertretenem Standpunkt allerdings äußerst triftige Gründe sprechen.²⁵ Die zweite mögliche Lösung wäre das Anerkenntnis der Möglichkeit einer „Personalverteidigung“ als eine Verteidigung im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG. Auch gegen diese Möglichkeit aber sprechen überwiegende Argumente.²⁶ Insoweit ist also der Gesetzgeber gefordert, eine Rechtsgrundlage für die Rettung von Staatsangehörigen zu schaffen.

Ein zweites, hier nicht näher zu betrachtendes Problem bezieht sich auf die Frage nach der Trennung zwischen Polizei- und Militäreinsätzen. In der verfassungsrechtlichen Diskussion ist umstritten, ob und in welcher Form für Auslandseinsätze ein Gebot der Trennung zwischen militärischen Einsätzen einerseits, polizeilichen Einsätzen andererseits besteht und einzuhalten ist. Dies betrifft die hier gegenständlichen Rettungs- und Befreiungsaktionen im besonderen Maße,²⁷ da die Gefahren zumeist von bewaffneten Kriminellen ausgehen, deren Bekämpfung regelmäßig eine Aufgabe polizeilicher Gefahrenabwehr ist.²⁸

Der Antrag wurde – der jüngsten Praxis bei Evakuierungsflügen in Libyen entsprechend – nicht bearbeitet; aus diplomatischen Kontakten mit der libyschen Seite konnte aber auf die Duldung von Einflügen zu Evakuierungszwecken geschlossen werden. Nach erfolgtem Antrag konnte die Bundesregierung daher von der konkludenten Zustimmung Libyens zur Evakuierung von in einer humanitären Notlage befindlichen Staatsbürgern ausgehen.“

²⁵ Vgl. supra 406–409.

²⁶ Vgl. supra 419f.

²⁷ Van Ooyen, *Recht und Politik* 52 (2016), 202 (206).

²⁸ Für ein solches Trennungsgesetz spricht sich aus: *Fischer-Lescano*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), 52 (69); ablehnend: *Wiefelspütz*, *Humanitäres Völkerrecht* 25 (2012), 56 (61–63); vgl. ferner *Wiefelspütz*, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit* 2006/2007, 2007, S. 255 (264f.).

Das für unsere Perspektive zentrale dritte Problem ist die Völkerrechtskonformität von Evakuierungs- und Rettungseinsätzen, die ohne Zustimmung der jeweiligen Regierung erfolgen. Die Herausforderung ist, dass die völkerrechtliche Lage ungeklärt ist. Es gibt keinen eindeutigen Erlaubnistatbestand, der eine Rettung von Staatsangehörigen aus Notsituationen erlaubt, und selbst Verfechter der Zulässigkeit derartiger Missionen sprechen oft nur von einer vordringenden Meinung oder davon, dass entsprechende Missionen international toleriert würden. Eine solche Tolerierung kann aber keineswegs mit einer Legalität gleichgesetzt werden. Dies wirft auch vor dem Hintergrund des Grundgesetzes die Frage auf, wie mit der völkerrechtlich unsicheren Rechtslage umzugehen ist.²⁹

II. Sicherung von Menschenrechten (Kosovo 1999)

Eine zweite bedeutsame Fallgruppe betrifft humanitäre Interventionen zum Schutz von Menschenrechten. In dieser Hinsicht ist die wohl umstrittenste Beteiligung der Bundesrepublik an einer militärischen Intervention die Kosovointervention des Jahres 1999, in der Mitgliedsstaaten der NATO zur Unterbindung schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen in Jugoslawien mit Luftschlägen intervenierten. Der UN-Sicherheitsrat hatte in Resolution 1199 festgestellt, dass die Situation im Kosovo eine Bedrohung für Frieden und Sicherheit in der Region begründe, hatte in der unter Kapitel VII UNC verabschiedeten Resolution insbesondere Jugoslawien zahlreiche Verpflichtungen auferlegt (zum Beispiel hinsichtlich der Einstellung von Kampfhandlungen und zur Einleitung von Maßnahmen zur Verbesserung der humanitären Situation), hatte aber keine Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta beschlossen.³⁰ Nachdem eine Verbesserung der Lage ausgeblieben und auch der Erlass von Zwangsmaßnahmen durch den UN-Sicherheitsrat aus politischen Gründen (insbesondere auf Grund des Widerstands Russlands) aussichtslos erschienen, beschloss der NATO-Rat Anfang Oktober 1998 den Einsatz von Luftstreitkräften gegen Jugoslawien. Am 16. Oktober 1998 schließlich stimmte der Deutsche Bundestag auf Antrag der Bundesregierung dem Einsatz der Bundeswehr im Rahmen dieser Mission zu.³¹ Nach weiteren Verhandlungen kam es zur eigentlichen Intervention der NATO-Truppen dann erst vom 24. März 1999 bis zum 10. Juni 1999.

²⁹ Vgl. hierzu *infra* § 17, 463–468.

³⁰ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1199, 23. September 1998, UN Doc. S/RES/1199.

³¹ Antrag der Bundesregierung, 12. Oktober 1998, BT-Drs. 13/11469; Abstimmungsergebnis: für den Antrag: 500; dagegen: 62; Enthaltungen: 18; vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23161.

1. Völkerrechtswidrigkeit des Einsatzes

Der Hauptstreitpunkt im Hinblick auf die Kosovointervention betrifft die Frage nach deren Völkerrechtskonformität. Eine Autorisierung des Einsatzes nach Kapitel VII der UN-Charta lag nicht vor. Damit hing die Legalität des Einsatzes davon ab, wie man die völkerrechtliche Zulässigkeit humanitärer Interventionen bewertete.³² In der deutschsprachigen verfassungsrechtlichen Debatte wurden hierzu im Wesentlichen drei Positionen vertreten. Vielfach wurde in der Kosovointervention ein Verstoß gegen die UN-Charta gesehen.³³ Andere Autoren erachteten den Militäreinsatz dagegen als legal³⁴ oder – was eine andere Nuancierung darstellt – jedenfalls nicht als illegal.³⁵ In jedem Fall wurde in diesem Zusammenhang zumeist mit teleologischen Argumenten eine Menschenrechtsorientierung des modernen völkerrechtlichen Systems, allem voran der UN-Charta, betont, die eine notfalls auch zwangsweise Durchsetzung dieser Rechte erforderlich mache.³⁶ Verfechter dieser Position räumten die Angreifbarkeit dieser Rechtsauffassung zumeist ein, bezogen aber aus den benannten teleologischen Gründen zuletzt doch Position für die Legalität der humanitären Intervention.

Eine dritte Gruppe von Autoren schließlich betonte, dass das Recht in Entwicklung befindlich sei.³⁷ Insoweit wurde der dynamische Charakter der Völkerrechtsordnung herausgestellt, der es den Staaten erlaube oder gar von ihnen verlange, im Dienste der Durchsetzung von Menschenrechten eine neue Eingriffsgrundlage zu schaffen³⁸ – letztlich ist dies der von uns eingehend analysierte Gesichtspunkt der legislativen Illegalität (§ 10). Kern dieser Lesart war, dass sich die aufgeworfenen Rechtsfragen und die zukünftige Entwicklung des Rechts zum damaligen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilen ließen. Knut Ipsen skizzierte zum Beispiel vier

³² Vgl. dazu ausführlich supra 67–76.

³³ Vgl. z. B. *Nolte*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), 941 (959); *Bothe/Martenczuk*, Vereinte Nationen 47 (1999), 125 (130f.); *Zuck*, Zeitschrift für Rechtspolitik 32 (1999), 225 (227); *Hilpold*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), 779 (786); *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 46.

³⁴ *Frowein*, in: Hartwig u. a. (Hrsg.), Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas, 2004, S. 165 (171): „In einem derartigen Extremfall erscheint der Wafeneinsatz zum Schutze der betroffenen Bevölkerung vom Grundsystem der heutigen Völkerrechtsordnung her zu rechtfertigen“; *Wilms*, Zeitschrift für Rechtspolitik 32 (1999), 227 (230): „Die humanitäre Intervention des nordatlantischen Verteidigungsbündnisses ist daher bereits auf der Ebene des positiv geltenden Völkerrechts rechtmäßig“; *Eckart Klein*, MenschenRechtsMagazin 4 (1999), 41 (42); *Wild*, Die Öffentliche Verwaltung 53 (2000), 622 (628).

³⁵ Vgl. insoweit z. B. *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 74 (1999), 33 (33–37): „Nach allem wird man den Entschluß der NATO, zum Schutz der Kosovo-Albaner mit militärischen Mitteln einzugreifen, nicht in ein Licht der Illegalität rücken können.“

³⁶ Vgl. den Überblick über die wesentlichen Argumente der Verfechter der Legalität humanitärer Interventionen: *Ipsen*, Die Friedens-Warte 74 (1999), 19 (20–23).

³⁷ *Lange*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 26 (1999), 313 (316): „Das Recht der humanitären Intervention läßt sich als ein in der Entwicklung befindliches Recht qualifizieren“.

³⁸ Diesen Gesichtspunkt betont *Wilms*, der sich im Ergebnis aber für eine Legalität der Kosovointervention ausspricht: *Wilms*, Zeitschrift für Rechtspolitik 32 (1999), 227 (229f.).

mögliche Rechtfertigungsstrategien für die Legalität des Kosovoeinsatzes,³⁹ stellte im Ergebnis aber fest: „Ob eine und gegebenenfalls welche der vier Begründungslinien sich einmal durchsetzen wird, lässt sich gegenwärtig nicht feststellen.“⁴⁰ Udo Fink sah die Intervention in einem gewissen Vorgriff auf einen erst noch zu etablierenden Rechtfertigungstatbestand: „Sollte die Staatengemeinschaft das Recht zur humanitären Intervention in absehbarer Zukunft allgemein anerkennen, dann wäre dadurch auch der Einsatz der NATO im Kosovo nachträglich gerechtfertigt.“⁴¹

Im Rahmen der politischen Debatte kam im Zuge der Beschlussfassung im Bundestag der Mangel einer tragfähigen völkerrechtlichen Grundlage für den Einsatz deutlich zur Sprache.⁴² Zahlreiche Abgeordnete verwiesen auf die Völkerrechtswidrigkeit und warnten vor einer Etablierung des Rechts des Stärkeren in internationalen Beziehungen und vor dem Präzedenzcharakter des zur Abstimmung stehenden Militäreinsatzes.⁴³ Die Stärke der Argumente gegen die Legalität des geplanten Einsatzes wird auch in einer Aussage des damals designierten Bundeskanzlers, zu diesem Zeitpunkt aber noch Ministerpräsident Niedersachsens, Gerhard Schröder deutlich: „Wenn alle NATO-Staaten, in deren Mehrheit sozialdemokratische Parteien Regierungsverantwortung tragen, die NATO-Entscheidung unterstützen und in ihr eine ausreichende Rechtsgrundlage sehen, ist es jedenfalls für mich nicht zwingend, anzunehmen, daß alle unsere Freunde im Unrecht sind und der eine oder andere von uns im Recht.“⁴⁴ Dass Schröder späterhin nach Beendigung seiner Kanzlerschaft explizit einräumte, Völkerrecht verletzt zu haben, mag insoweit wenig überraschen.⁴⁵

2. Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1, 26 Abs. 1 GG

Auf der Grundlage unserer obigen Analyse lässt sich festhalten, dass eine völkerrechtliche Legalität der Kosovointervention nicht angenommen werden kann. Es bestand insoweit weder ein aus Vertragsrecht im Wege der Interpretation etablierbarer noch ein gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund, denn es ermangelt an einer insoweit aussagekräftigen staatlichen Praxis.⁴⁶ Die Annahme eines Ver-

³⁹ Ipsen, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 19 (20–23).

⁴⁰ Ipsen, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 19 (23).

⁴¹ Fink, *JuristenZeitung* 54 (1999), 1016 (1022).

⁴² Gerhard Schröder, zum Zeitpunkt der Abstimmung noch nicht als neuer Bundeskanzler im Amt, führte aus: „Eine sehr wichtige Frage betrifft die Rechtsgrundlage der NATO-Entscheidung. Mir ist bewußt – und ich respektiere das –, daß viele Kolleginnen und Kollegen vor allen Dingen damit innere Probleme haben. Diese wird jeder haben müssen, der sich intensiv mit dieser Frage beschäftigt“, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23137.

⁴³ Vgl. die Beiträge in der Plenardebatte: Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998: durch die Abgeordneten Gregor Gysi (PDS), 23147; Ludger Volmer (Bündnis 90/Die Grünen), 23152; Kurt Neumann (fraktionslos), 23158; Burkhard Hirsch (FDP), 23159f.; Uwe-Jens Heuer (PDS), 23160.

⁴⁴ Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23137.

⁴⁵ Vgl. Hierzu *Talmon*, *German Yearbook of International Law* 57 (2015), 581 (583f.).

⁴⁶ Vgl. insoweit *supra* 67–76.

stoßes gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot führt zu der Folgerung, dass der Einsatz der Bundeswehr im Kosovo auch ein Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1 GG begründet.

Gleiches gilt im Hinblick auf das in Artikel 26 Abs. 1 GG verankerte Verbot des Angriffskrieges, gegen das gleichermaßen verstoßen wurde. Dieser Einordnung steht insbesondere nicht entgegen, dass nach Artikel 26 Abs. 1 GG eine Handlung in der Absicht vorgenommen werden muss, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören.⁴⁷ Diese Absicht verlangt keinen *dolus directus* ersten Grades, sondern ist bereits erfüllt, wenn die Störung des friedlichen Zusammenlebens billigend in Kauf genommen wird.⁴⁸

Das humanitäre Motiv des Schutzes der kosovoalbanischen Bevölkerung scheint zwar auf den ersten Blick mit der Schwere des hier in Rede stehenden Verstoßes der verbotenen Führung eines Angriffskrieges zu konfliktieren.⁴⁹ Zu bedenken aber ist in diesem Zusammenhang, dass noch nahezu jede militärische Intervention mit redlichen Motiven gerechtfertigt worden ist und dass es im Dienste einer nachhaltigen Friedenswahrung gerade auf den formalen Charakter der Voraussetzungen der UN-Charta ankommt.⁵⁰ Insoweit ist bei der Bewertung dessen, ob ein Angriffskrieg vorliegt oder nicht, jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive für die Betrachtung der Motive kein Raum.

Eine andere Bewertung mag sich ergeben, insoweit es auf die individuelle Vorwerfbarkeit und strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine humanitäre Intervention ankommt. Im Rahmen des internationalen Strafrechts⁵¹ sowie des deutschen

⁴⁷ Gegen diese Einordnung z. B. *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §227, Rn. 27.

⁴⁸ Vgl. *supra* 384.

⁴⁹ In diesem Sinne argumentiert z. B. Hillgruber, dass humanitäre Interventionen zwar gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot und damit gegen Art. 25 S. 1 GG verstießen, wegen der auf den Menschenrechtsschutz zielenden Motivation aber „den in Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG vorausgesetzten, verwerflichen Charakter“ hätten – *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 14. Dieser Umstand hat auch den Generalbundesanwalt im Rahmen der strafrechtlichen Verfahren im Nachgang der Kosovointervention dazu bewegt, das Vorliegen eines Angriffskrieges mit dem Argument auszuschließen, dass die Verantwortlichen „ausschließlich in dem Bestreben gehandelt [haben], eine völker- und menschenrechtswidrige Unterdrückung und Vertreibung der Kosovo-Albaner abzuwenden und zu beenden“, Pressemitteilung Nr. 10 des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof zur Strafanzeige, 22. April 1999; kritisch gegen diese Argumentation: *Hartwig*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 17c.

⁵⁰ *Nolte*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), 941 (951): „Dieses formale Verständnis entspringt allerdings nicht einer formalen Denkweise, sondern ist aus der geschichtlichen Erfahrung gespeist, daß Kriege schon immer um eines guten Zweckes willen [...] begonnen worden sind“.

⁵¹ Art. 8bis des Rom Statuts des IstGH: „For the purpose of this Statute, ‚crime of aggression‘ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a *manifest violation of the Charter of the United Nations*“ (Hervorhebung C. M.).

Völkerstrafgesetzbuchs⁵² wird nach heutiger Rechtslage verlangt, dass eine Intervention im Hinblick auf ihren Charakter und ihre Schwere offenkundig rechtswidrig sein muss. Im Hinblick auf diese Formulierung wird argumentiert, dass sie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit insbesondere für Fälle humanitärer Interventionen ausschließe.⁵³ Jedenfalls aber für die verfassungsrechtliche Bewertung eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 25 und 26 Abs. 1 GG hat diese Ebene der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit keine Relevanz.

3. Handeln ohne verfassungsrechtliche Einsatzgrundlage (Artikel 24 Abs. 2 GG)

Vor dem Hintergrund dieser völkerrechtlichen Einordnung erweist sich auch die verfassungsrechtliche Grundlage für den Einsatz der Bundeswehr als problematisch. Enthält zwar die Beschlussvorlage der Regierung zum Einsatz der Bundeswehr keine Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Grundlage,⁵⁴ so lässt sich aus den Umständen dennoch darauf schließen, dass der Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nach Artikel 24 Abs. 2 GG erfolgen sollte.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem *Streitkräfte*-Urteil anerkannt, dass auch die NATO als ein Verteidigungsbündnis als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit angesehen werden könne, so dass – jedenfalls auf der Basis einer formalen Betrachtung – auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Voraussetzungen für einen Auslandseinsatz erfüllt wären. Unbestreitbar ist diese Einordnung allerdings nicht, denn immerhin erfolgten die vorherigen Einsätze der Bundeswehr auf der Grundlage eines Mandats des UN-Sicherheitsrats – der Kosovoeinsatz hingegen nicht.

Das vordringlichste Problem ergibt sich schließlich daraus, dass die Intervention im Kosovo völkerrechtswidrig war. Eine Eingliederung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist aber, wie Artikel 24 Abs. 2 GG klarstellt, nur zum Zwecke der Wahrung des Friedens zulässig. Ferner muss zur Erfüllung der Voraussetzungen des Artikel 24 Abs. 2 GG der Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgen. Daran aber fehlt es, wenn der Einsatz völkerrechtswidrig ist und damit nicht als der Wahrung des Friedens dienend angesehen werden kann. Denn was als Wahrung des Friedens gilt, kann nicht auf der Grundlage rein subjektiver Prämissen erfolgen (etwa Herstellung eines Friedens im Kosovo, in dem auch die Rechte der Kosovoalbaner und -alberinnen geschützt werden), sondern dies kann nur auf der Grundlage des bestehenden Völkerrechts entschieden werden. Ist also der von einem System gegenseitiger kollektiver Sicher-

⁵² § 13 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch verlangt die Führung eines Angriffskriegs oder die Begehung einer sonstigen Angriffshandlung, „die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt“.

⁵³ Vgl. Nachweise hierzu supra 232 f. (Fn. 60).

⁵⁴ Antrag der Bundesregierung, 12. Oktober 1998, BT-Drs. 13/11469.

heit beschlossene Einsatz als solcher rechtswidrig, so kann sich die Bundesrepublik Deutschland an diesem auch nicht über Artikel 24 Abs. 2 GG beteiligen.⁵⁵ Es fehlt insoweit dann bereits die (nach dem hier vertretenen Standpunkt) grundgesetzlich erforderliche Einsatzgrundlage. Diese kann schließlich auch nicht in Artikel 87a Abs. 2 GG in einem Einsatz „zur Verteidigung“ gefunden werden, denn der Begriff der Verteidigung bezieht sich jedenfalls nicht auf die Verteidigung von ausländischen Staatsangehörigen, um deren Schutz es im Rahmen von humanitären Interventionen geht.

III. Militäroperation gegen den internationalen Terrorismus

Seit etwa zwei Jahrzehnten spielen Einsätze gegen den internationalen Terrorismus eine zentrale Rolle. Die größten rechtlichen Fragen werfen dabei deutsche Beteiligungen an Militäreinsätzen gegen internationalisierte terroristische Aktivitäten auf. Im Folgenden wollen wir uns den beiden folgenschwersten Militärmissionen – der deutschen Beteiligung an der Operation *Enduring Freedom* in Afghanistan (2001) sowie an der internationalen Koalition zur Bekämpfung des Islamischen Staates (seit 2015) in Irak und Syrien – zuwenden.

1. *Enduring Freedom, Afghanistan (2001)*

Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in New York, Washington und Pennsylvania, die von Terroristen der islamistischen al-Qaida ausgeführt wurden, bildete sich unter der Führung der USA eine internationale Allianz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, insbesondere der maßgeblich von Afghanistan aus operierenden al-Qaida. Bereits am 12. September 2001 erklärte der NATO-Rat den Bündnisfall nach Artikel 5 NATO-Vertrag für den Fall, dass festgestellt werde, dass die Anschläge vom Ausland aus verübt worden seien.⁵⁶ Am 4. Oktober 2001 bekräftigte und konkretisierte die NATO die Beistandsverpflichtung.⁵⁷

Am 7. Oktober 2001 begannen die USA mit der Militärintervention in Afghanistan, die sich gegen in Afghanistan befindliche Einrichtungen der al-Qaida und militärische Ziele der Afghanistan beherrschenden Taliban richtete.⁵⁸ Die Bundes-

⁵⁵ Vgl. insoweit auch Art. 11 des NATO-Vertrags (North Atlantic Treaty, Washington, 24 August 1949, 34 UNTS 243), dem zufolge die Bestimmungen des NATO-Vertrages in Übereinstimmungen mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Unterzeichnerstaaten auszuführen sind.

⁵⁶ NATO, Press Release (2001)124, 12. September 2001, <https://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm> [abgerufen am 29. März 2021].

⁵⁷ NATO, Statement to the Press by NATO Secretary General, Lord Robertson, on the North Atlantic Council Decision On Implementation Of Article 5 of the Washington Treaty following the 11 September Attacks against the United States, 4. Oktober 2001, <https://www.nato.int/docu/speech/2001/s011004b.htm> [abgerufen am 29. März 2021].

⁵⁸ George W. Bush, Address to the Nation Announcing Strikes Against Al Qaida Training

regierung hatte den USA ihre Solidarität erklärt und Unterstützung, auch im militärischen Bereich, in Aussicht gestellt.

Auf Antrag der Bundesregierung beschloss der Bundestag am 8. November 2001 eine Beteiligung an der Operation *Enduring Freedom*.⁵⁹

Im Hinblick auf eine verfassungsrechtliche Einsatzermächtigung berief sich die Bundesregierung auf Artikel 24 Abs. 2 GG.⁶⁰ Die Operation *Enduring Freedom* erfolgte im Rahmen der NATO und war damit auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit angebunden.

Als abermals problematisch erweist sich die völkerrechtliche Grundlage des Einsatzes. Die Bundesregierung bezog sich zur völkerrechtlichen Rechtfertigung auf Artikel 51 der UN-Charta, auf den nach Artikel 5 NATO-Vertrag ausgerufenen Bündnisfall sowie auf die Resolutionen 1368 und 1373 des UN-Sicherheitsrats.⁶¹ Unstreitig kann der nach Artikel 5 NATO-Vertrag ausgerufene Bündnisfall als solcher eine völkerrechtliche Rechtfertigung des Einsatzes nicht bewirken. Auch eine Rechtfertigung allein auf Grundlage der Resolutionen 1368 und 1373 kommt nicht in Betracht, denn diese enthielten keine Autorisierung eines Militäreinsatzes nach Kapitel VII der UN-Charta.⁶² Damit kommt als Rechtfertigung nur das kollektive Selbstverteidigungsrecht der USA nach Artikel 51 UNC in Betracht. Dieses aber ist insoweit problematisch, als dass nach traditioneller Rechtslage und insbesondere auf der Basis der Rechtsprechung des IGH in der *Nicaragua*-Entscheidung eine Zurechnung des Angriffs zu einem Staat erforderlich ist, um ein Selbstverteidigungsrecht auszulösen.⁶³

Die Bundesregierung jedenfalls vertrat den Standpunkt, dass der UN-Sicherheitsrat in Resolution 1368 selbst anerkannt habe, dass den USA ein Recht auf Selbstverteidigung gegen die Angriffe zustehe. In dieser Resolution, so Gerhard Schröder, werde festgestellt,

„dass die Angriffe eine Bedrohung des internationalen Friedens und der Sicherheit darstellen und dass die Folge dessen die legitimierte Inanspruchnahme des Selbstverteidigungsrechtes nach Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen ist. Mir ist es im Hinblick auf die Öffentlichkeit wichtig – hier im Hohen Hause weiß man das ja –, festzustellen, dass alle Maßnahmen einschließlich der militärischen exakt auf dieser völkerrechtlich verbindlichen

Camps and Taliban Military Installations in Afghanistan, 7. Oktober 2001, Public Papers of the Presidents of the United States, George W. Bush, 2001, Bd. II (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2003), S. 1201 (1201 f.).

⁵⁹ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7296, 7. November 2001; vgl. auch die Bundestagsdebatte: Plenarprotokoll 14/198, 8. November 2001, 19287B-19301D sowie den Entsendebeschluss in Plenarprotokoll 14/202, 16. November 2001, 19893 (Abstimmungsergebnis: dafür: 336, dagegen: 326, Enthaltungen: 0 – der Grund für die nur knappe Mehrheit war, dass Bundeskanzler Schröder die Abstimmung mit der Vertrauensfrage verknüpft hatte, um hierdurch die Zustimmung innerhalb der eigenen Koalition zu sichern).

⁶⁰ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7296, 7. November 2001, 3.

⁶¹ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7296, 7. November 2001, 2.

⁶² Vgl. zur Diskussion der Resolutionen supra 251 f.

⁶³ Vgl. die ausführliche Erörterung des Problems supra 37–45.

Basis getroffen worden sind, also durch die Staatengemeinschaft und durch das internationale Recht in vollem Umfang legitimiert sind.“⁶⁴

Schröders Einordnung geht fehl. Der Sicherheitsrat hatte ein Selbstverteidigungsrecht der USA nur in abstracto anerkannt und eben gerade nicht festgestellt, dass dieses Recht auch im Hinblick auf militärische Maßnahmen gegen al-Qaida auf afghanischem Territorium und gegen die Taliban bestehe.⁶⁵

In der deutschen verfassungs- und völkerrechtlichen Diskussion sind wiederum konträre Positionen vertreten worden. Teils wurde der Einsatz als vom Selbstverteidigungsrecht der USA gedeckt und damit als völkerrechtlich zulässig gewertet,⁶⁶ wobei insbesondere die Resolutionen 1368 und 1373 als Ausdruck einer „konkludenten Billigung“ durch den UN-Sicherheitsrat interpretiert worden sind.⁶⁷ Auch Verfechter des Selbstverteidigungsrechts für den vorliegenden Fall räumen allerdings oft die Angreifbarkeit dieser Einordnung ein. Christian Tomuschat spricht beispielsweise davon, dass der „durch Art. 51 der UN-Charta eröffnete [...] Handlungsspielraum bis an die äußersten Grenzen in Anspruch genommen“ worden sei.⁶⁸

Andere Positionierungen qualifizieren dagegen die Operation *Enduring Freedom* als völkerrechtswidrig. Dabei wird in der Regel die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit einer Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure noch positiv beantwortet. Allerdings wird eine Völkerrechtswidrigkeit angenommen, insoweit sich die militärischen Maßnahmen auch gegen die Taliban richteten. Den Taliban selbst nämlich können die Angriffe der al-Qaida auf der Basis etablierter Kriterien nicht zugerechnet werden, so dass jedenfalls insoweit kein Selbstverteidigungsrecht bestand.⁶⁹

Vieles spricht dafür, dass die Beteiligung an der Operation *Enduring Freedom* gegen Völkerrecht verstieß. Allenfalls vertretbar scheint die Annahme, dass wir es mit einer Grauzone des Völkerrechts zu tun haben. Das wirft die Frage auf, wie verfassungsrechtlich mit unsicheren völkerrechtlichen Grundlagen umzugehen ist. Hierauf wird in § 17 zurückzukommen sein.⁷⁰

⁶⁴ Gerhard Schröder, Plenarprotokoll 14/198, 8. November 2001, 19284.

⁶⁵ Der UN-Sicherheitsrat hatte lediglich allgemein das Selbstverteidigungsrecht anerkannt, UN-Sicherheitsrat, Resolution 1368, 28. September 2001, UN Doc. S/RES/1368, Präambel: „Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001)“. Vgl. hierzu supra 251.

⁶⁶ Heintschel von Heinegg/Gries, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), 145 (155–161).

⁶⁷ Ruffert, Zeitschrift für Rechtspolitik 35 (2002), 247 (250).

⁶⁸ Tomuschat, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 28 (2001), 535 (545).

⁶⁹ Bruha/Bortfeld, Vereinte Nationen 49 (2001), 161 (166); Krajewski, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), 183 (207, 212); Fischer/Fischer-Lescano, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (136).

⁷⁰ Vgl. infra 463–468.

2. Counter Daesh, Syrien (seit 2015)

Die Gruppierung Islamischer Staat – auch Daesh oder ISIS – ist eine salafistische Miliz, die zeitweise erhebliche Gebiete des Irak und Syriens unter ihrer Kontrolle hielt. Die Gruppierung zeichnete für zahllose Anschläge weltweit verantwortlich, so insbesondere auch für die am 13. November 2015 verübten Anschläge in Paris, bei denen 130 Personen ums Leben kamen und 683 verletzt wurden.⁷¹ In Anbetracht der territorialen Gewinne durch den Islamischen Staat und der von der Gruppierung ausgehenden terroristischen Bedrohung entschloss sich eine breite internationale Allianz zu einer Militärintervention gegen den Islamischen Staat. Seit 2014 erfolgte ein Militäreinsatz gegen den Islamischen Staat auf irakischem und syrischem Territorium. Die Anschläge von Paris vergrößerten diese Allianz, nicht zuletzt weil der französische Präsident François Hollande sich unmittelbar nach den Anschlägen von Paris im Europäischen Rat auf die Beistandsklausel des Artikel 42 Abs. 7 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) berief.⁷²

Der Bundestag beschloss am 4. Dezember 2015 den Einsatz der Bundeswehr im Kampf gegen den Islamischen Staat, wobei sich die Bundeswehr hierbei zunächst mit Marineeinheiten zur Sicherung des französischen Flugzeugträgers *Charles de Gaulles*, durch Bereitstellung von Aufklärungsflugzeugen und mit Tankflugzeugen zur Luft-Luft-Betankung sowie durch Bereitstellung von Personal in Stäben und Hauptquartieren beteiligte.⁷³ Das Mandat ist unterdessen mehrfach verlängert und angepasst worden.⁷⁴ Kern des ursprünglichen Mandats war dabei vorrangig ein Einsatz auf syrischem Territorium sowie auf dem Gebiet anderer Staaten, sofern diese in die Operationen einwilligten.⁷⁵ Im Hinblick auf Syrien jedenfalls lag eine entsprechende Einladung nicht vor – vielmehr verurteilte Syrien die Intervention der US-geführten Koalition als Aggression.⁷⁶ Der Syrieneinsatz der Bundeswehr eröffnet zahlreiche völker- und verfassungsrechtliche Probleme.

⁷¹ Vincent, Attentat du 13-Novembre: deux ans après, les révélations de l'enquête, Le Monde.fr, 11. November 2017, https://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2017/11/11/attentat-du-13-novembre-deux-ans-apres-les-revelations-de-l-enquete_5213555_4809495.html [abgerufen am 29. März 2021].

⁷² Europäische Union, Rat (Auswärtige Angelegenheiten), 16.–17. November 2015, Wichtige Ergebnisse, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/fac/2015/11/16-17/> [abgerufen am 29. März 2021].

⁷³ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 18/6866, 1. Dezember 2015; vgl. auch die Bundestagsdebatte Plenarprotokoll 18/142, 2. Dezember 2015, 13875–13897 sowie den Entsendebeschluss in Plenarprotokoll 18/144, 4. Dezember 2015, 14131 (Abstimmungsergebnis: dafür: 445, dagegen: 146, Enthaltungen: 7).

⁷⁴ Vgl. die Verlängerungsanträge der Bundesregierung: BT-Drs. 18/9960, 13. Oktober 2016; BT-Drs. 19/23, 25. Oktober 2017; BT-Drs. 19/1093, 7. März 2018; BT-Drs. 19/13290, 18. September 2019; BT-Drs. 19/17790, 11. März 2020.

⁷⁵ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 18/6866, 1. Dezember 2015, 3.

⁷⁶ UN Doc. S/2015/851, 16. November 2015 (Syrien); UN Doc. S/2015/933, 8. Dezember 2015 (Syrien).

a) Völkerrechtliche Beurteilung

In völkerrechtlicher Hinsicht präsentierte die Bundesregierung drei Argumente für die Völkerrechtskonformität: Erstens berief sie sich auf ein Recht zur kollektiven Selbstverteidigung Frankreichs und des Irak im Kampf gegen den Islamischen Staat. Dazu führte die Bundesregierung „flankierend“⁷⁷ zweitens die Resolution 2249 des UN-Sicherheitsrats sowie, drittens, die Beistandsklausel des Artikel 42 Abs. 7 EUV (insoweit kollektive Selbstverteidigung zu Gunsten Frankreichs ausgeübt werde) an.⁷⁸

Klar ist zunächst, dass der Verweis auf Resolution 2249 als solcher eine völkerrechtliche Rechtfertigung nicht zu tragen vermag. Zwar hatte der UN-Sicherheitsrat in dieser Resolution zum Kampf gegen den Islamischen Staat aufgerufen, hatte aber insoweit kein Mandat erteilt, sondern die Staaten zur Einleitung völkerrechtskonformer Maßnahmen aufgefordert.⁷⁹ Ebenfalls klar ist, dass der Verweis auf die Beistandspflicht nach Artikel 42 Abs. 7 EUV keine eigenständige Rechtfertigung des Militäreinsatzes aus völkerrechtlicher Perspektive leistet, da das Bestehen einer möglichen Pflicht gegenüber Frankreich in keinem Fall die Verletzung der territorialen Integrität Syriens durch militärische Gewalt rechtfertigen könnte.⁸⁰

Damit ist das eigentliche rechtliche Kernargument die Referenz auf die kollektive Selbstverteidigung Frankreichs und des Irak. Dieses Arguments begegnet Einwänden auf drei Ebenen: Erstens betreffend die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts und insbesondere seine Erstreckung auch auf nichtstaatliche Akteure, zweitens – so man ein Selbstverteidigungsrecht annähme – das Vorliegen eines „bewaffneten Angriffs“ als auslösendes Element eines Selbstverteidigungsrechts, drittens stellt sich nach einem erklärten Sieg über den Islamischen Staat die Frage, ob (sofern man die beiden vorherigen Punkte zugesteht) man die Fortdauer eines Selbstverteidigungsrechts hinsichtlich der Verlängerung der Mission annehmen kann.

Im Hinblick auf die erste Frage nach der Anwendbarkeit des Selbstverteidigungsrechts auf nichtstaatliche Akteure für Verteidigungshandlungen auf dem Gebiet eines für die Angriffe nicht verantwortlichen Staates (hier Syrien) ist die Rechtslage umstritten und wir befinden uns – wie in § 9 herausgearbeitet – in einer Grauzone des Rechts.⁸¹ Insoweit ist das Recht in Entwicklung, es haben sich aber die Konturen eines möglicherweise erweiterten Rechts zur Selbstverteidigung insbesondere im Hinblick auf die Stellung des für den Angriff nicht verantwortlichen, von der Selbstverteidigungshandlung aber betroffenen Territorialstaates noch nicht mit Klarheit herausgebildet. Die Bundesregierung zeigte sich gegenüber dieser Unklarheit der Rechtslage betont gleichgültig. Bundesaußenminister

⁷⁷ So die Bundesministerin der Verteidigung Ursula von der Leyen, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/142, 2. Dezember 2015, 13876.

⁷⁸ Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 18/6866, 1. Dezember 2015, 1 f.

⁷⁹ Vgl. die Diskussion von Resolution 2249 supra 252 f.

⁸⁰ *Aust/Payandeh*, JuristenZeitung 73 (2018), 633 (639).

⁸¹ Vgl. supra 246.

Frank-Walter Steinmeier wies sie als Spitzfindigkeit zurück, indem er auf eine entsprechende Frage aus dem Parlament bekundete, man sei „ja hier nicht in einem Seminar“. ⁸² Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure auf dem Territorium eines Drittstaates wird zwar international von einer Reihe von Akteuren postuliert und findet auch signifikanten Rückhalt in der Völkerrechtswissenschaft. Sie kann allerdings keineswegs als geklärt angesehen werden, sondern ist eben durch die beschriebenen Unsicherheiten charakterisiert. ⁸³

Im Hinblick auf die zweite Frage geht die Bundesregierung voreilig vom Vorliegen eines bewaffneten Angriffs als der Kernvoraussetzung eines Selbstverteidigungsrechts nach Artikel 51 UNC aus. Hier beruft sich die Bundesregierung darauf, dass in den Anschlägen vom 13. November 2015 in Paris ein solcher bewaffneter Angriff zu sehen sei. Diese Einordnung aber ist nicht überzeugend. Selbst wenn man ein Recht zur Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure annimmt, so muss ein solcher nichtstaatlicher Angriff von einer Art, einem Umfang, Ausmaß und einer Dauer sein, dass er einem staatlichen Angriff gleichsteht. Letztlich geht es hier darum, Fälle von international organisierter und gegebenenfalls auch bewaffneter Kriminalität einerseits, von einem bewaffneten, das heißt militärischen Angriff andererseits abzugrenzen. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Seiten ist fraglos mit den in § 7 beschriebenen Unsicherheiten der Rechtsanwendung behaftet. ⁸⁴ Die Zahl der Getöteten und Verletzten in Verbindung mit der Ausführung der Anschläge (Selbstmordattentäter mit Sprengstoffgürtel; Angriffe auf Zivilisten mit Sturmgewehren und Handgranaten) ist sicherlich von erheblicher Schwere, allerdings in einem Rahmen, der noch unter einem Paradigma der Schwerstkriminalität gefasst werden kann. ⁸⁵ Jedenfalls aber stellt sich eine militärische Intervention im Rahmen der Selbstverteidigung in Reaktion auf diese Attentate, durch die alsdann auf dem Territorium eines für die Angriffe nicht verantwortlichen Staates (Syrien) interveniert wird, als eine unverhältnismäßige Reaktion dar.

⁸² Der Abgeordnete Niema Movassat (Die Linke) hatte gefragt: „Interpretiert die Bundesregierung Artikel 51 UN-Charta so, dass man gegen jedweden terroristischen Akt militärische Mittel ergreifen darf? Wird das Selbstverteidigungsrecht so weit interpretiert, dass Terrorismus sozusagen gleichgesetzt wird mit einem staatlichen Angriff?“ Bundesaußenminister Frank-Walter Steinmeier antwortete: „Ganz eindeutig sage ich zunächst zu der Frage nach Artikel 51 der UN-Charta – Selbstverteidigungsrecht –: Wir sind ja hier nicht in einem Seminar, [...] sondern wir sind hier in einem [...] Parlament, im Deutschen Bundestag. Ich glaube, nach insgesamt acht Anschlägen, die in Frankreich stattgefunden haben, ist dies nicht die Stunde, den Franzosen zu erklären – machen Sie es; ich mache es nicht –, dass sie sich deshalb nicht angegriffen fühlen müssen, [...] nach 130 Toten, die allein die sieben Anschläge am 13. November dieses Jahres verursacht haben.“ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/142, 2. Dezember 2015, 13879.

⁸³ Vgl. die Analyse der Rechtslage und des Standes der völkerrechtlichen Debatte *supra* 37–45.

⁸⁴ Vgl. *supra* 198–202.

⁸⁵ So auch: *Talmon*, F. A. Z. Einspruch, 10. Januar 2018; die gegenteilige Auffassung vertritt: *Finke*, Archiv des Völkerrechts 55 (2017), 1 (38).

Dass die Bundesregierung in die hier erforderliche *objektive* Prüfung des Vorliegens eines bewaffneten Angriffs nicht eingetreten ist, legen die Worte des Bundesaußenministers Frank-Walter Steinmeier nahe, der vielmehr auf das Gefühl des Angegriffenseins Frankreichs rekurrierte: „Frankreich hat erklärt, dass das Land sich angegriffen fühlt. Frankreich hat erklärt, dass es das Selbstschutzrecht für sich in Anspruch nimmt. Und wir begründen in dem Mandat, warum wir Frankreich in der Wahrnehmung dieses Rechtes aus Artikel 51 der UN-Charta unterstützen wollen.“⁸⁶

Im Hinblick auf die Fortdauer der Selbstverteidigungslage für die Verlängerungen des Mandats stellt sich drittens die Frage nach einer zeitlichen Begrenzung des Selbstverteidigungsrechts. Immerhin erklärte die irakische Regierung am 9. Dezember 2017, dass der Islamische Staat besiegt worden sei.⁸⁷ Diese Frage kann hier nicht im Detail analysiert werden, aber es bestehen doch erhebliche Zweifel, ob angesichts des erklärten Sieges über den Islamischen Staat und des (nahezu) vollständigen Verlusts eines von der Organisation kontrollierten Gebiets noch von der Fortdauer eines bewaffneten Angriffs ausgegangen werden kann.⁸⁸

Nach allem stellt sich die Militärintervention auf syrischem Territorium als völkerrechtswidrig dar.⁸⁹ Bemerkenswert ist, dass die deutsche Regierung in ihren Stellungnahmen einen differenzierten Umgang mit dem Völkerrecht hat vermissen lassen. Waren zwar in der Parlamentsdebatte kritische Stellungnahmen von Angehörigen der Opposition präsent,⁹⁰ so bestand doch die Regierungsstrategie darin, drei als solche nicht tragfähige rechtliche Grundlagen zu amalgamieren, so dass die jeweils nicht zur Rechtfertigung hinreichenden Argumente in ihrem Zusammenspiel eine Legalität der Intervention bewirken mögen.⁹¹

⁸⁶ Frank-Walter Steinmeier, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/142, 2. Dezember 2015, 13879f.

⁸⁷ Coker/Hassan, Iraq Prime Minister Declares Victory Over ISIS, New York Times, 9. Dezember 2017, Abschn. World, <https://www.nytimes.com/2017/12/09/world/middleeast/iraq-isis-haider-al-abadi.html> [abgerufen am 29. März 2021].

⁸⁸ Vgl. insoweit die kritische Analyse von Nussberger, „Sustainable Self-Defense“? How the German Government Justifies Continuing Its Fight against ISIL in Syria, EJIL:Talk!, 2. Oktober 2019; das Fortbestehen eines Selbstverteidigungsrechts ablehnend: Talmon, F. A. Z. Einspruch, 10. Januar 2018.

⁸⁹ Payandeh/Sauer, Zeitschrift für Rechtspolitik (2016), 34 (36); Kremser, Deutsches Verwaltungsblatt 131 (2016), 881 (885); Aust/Payandeh, JuristenZeitung 73 (2018), 633 (639); Talmon, F. A. Z. Einspruch, 10. Januar 2018; Stegmiller sieht allein eine „wacklige“ Rechtsgrundlage, Stegmiller, Die Friedens-Warte 90 (2015), 245 (274); vgl. aber auch das unzutreffende Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags, Staatliche Selbstverteidigung gegen Terroristen, WD 2 – 3000 – 203/15, 2015, 19–21.

⁹⁰ Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/142, 2. Dezember 2015, insbesondere die Beiträge der Abgeordneten Tobias Lindner (Bündnis 90/Die Grünen) (13876C), Niema Movassat (Linke) (13879B-C), Jürgen Trittin (Bündnis 90/Die Grünen) (13881B), Dietmar Bartsch (Linke) (S. 13886B), Katrin Göring-Eckart (Bündnis 90/Die Grünen) (13890); Stefan Liebich (Linke) (13897A); sowie: Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/144, 4. Dezember 2015, insbesondere die Beiträge von Petra Sitte (Linke) (14107B), Sahra Wagenknecht (Linke), (14115A), Alexander Neu (Linke) (14117C), Anton Hofreiter (Bündnis 90/Die Grünen) (14119C).

⁹¹ Helmut Aust und Mehrdad Payandeh stellen zu Recht fest: „Insofern stellt die Argumen-

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive bestehen erhebliche Einwände gegen den Einsatz, für den es nach Artikel 87a Abs. 2 GG einer Einsatzgrundlage bedarf. Die Bundesregierung beruft sich hinsichtlich einer verfassungsrechtlichen Einsatzgrundlage auf Artikel 24 Abs. 2 GG, mithin darauf, dass der Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolge. Allerdings liegen die entsprechenden Voraussetzungen nicht vor. Der UN-Sicherheitsrat hat in Resolution 2249 keine Grundlage für ein Handeln im Rahmen der UN geschaffen. Diese Resolution nämlich stellt die Bekämpfung des Islamischen Staats den Mitgliedsstaaten anheim und schafft gerade keine Maßnahme kollektiver Sicherheit. Die NATO als ein vom Bundesverfassungsgericht anerkanntes System gegenseitiger kollektiver Sicherheit fasste gleichfalls im NATO-Rat keinen Einsatzbeschluss. Auch die Europäische Union fasste keinen entsprechenden Beschluss, so dass im Ergebnis kein Handeln im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit vorliegt.⁹² Vielmehr handelt es sich bei der operierenden Koalition der Staaten um eine „Koalition der Willigen“, die die organisatorischen Anforderungen an ein System im Sinne des Artikel 24 Abs. 2 GG nicht erfüllt.⁹³

Der Einsatz kann fernerhin auch nicht auf Artikel 87a Abs. 2 GG gestützt werden, insofern es um eine „Verteidigung“ gegen den Islamischen Staat gehe. Zwar ist – wie gezeigt – grundsätzlich denkbar, dass eine Verteidigung gegen nichtstaatliche Akteure erforderlich wird.⁹⁴ Allerdings fehlt es vorliegend an einem Angriff, da jedenfalls die Schwere zu einem bewaffneten (militärischen) Angriff auf Frankreich nicht überschritten worden ist. Anzumerken ist insoweit auch, dass sich die Bundesregierung nicht auf einen Einsatz zur Verteidigung im Sinne des Artikel 87a Abs. 2 GG berufen hat.⁹⁵

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich der Syrieneinsatz der Bundeswehr also wie folgt bewerten: Der Einsatz basiert nicht auf einer sicheren völkerrechtlichen Grundlage, denn es besteht erstens keine gesicherte Rechtsgrundlage für eine Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure auf dem Territorium eines unbeteiligten Staates, die Voraussetzung eines bewaffneten Angriffs erweist sich zweitens als frag-

tation der Bundesregierung den – untauglichen – Versuch dar, zwei für sich genommen nicht tragfähige Rechtfertigungsstränge zu einem völkerrechtlichen Interventionstitel zu verbinden, ergänzt um die völkerrechtlich irrelevante Bezugnahme auf die unionsrechtliche Beistandsklausel“, *Aust/Payandeh*, *JuristenZeitung* 73 (2018), 633 (639) – Fußnoten ausgelassen; vgl. auch *von Arnould*, *Völkerrecht*, 4. Aufl., 2019, S. 517f., Rn. 1128.

⁹² *Payandeh/Sauer*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2016), 34 (36f.).

⁹³ Vgl. *supra* 413.

⁹⁴ Vgl. *supra* § 15, 420f.

⁹⁵ Vgl. aber die dahingehende Einordnung von Norbert Röttgen, *Deutscher Bundestag*, Plenarprotokoll 18/144, 14117, 4. Dezember 2015; vgl. ferner *Röttgen*, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 217 (219f.).

würdig und nach dem erklärten Sieg über den Islamischen Staat ist drittens die Fortdauer einer Selbstverteidigungslage fragwürdig geworden.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht fehlt es an einer Einsatzgrundlage. Diese kann insbesondere nicht in Artikel 24 Abs. 2 GG gesehen werden. In Anbetracht der völkerrechtlichen Illegalität stellt sich die Intervention zudem als Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1, 26 Abs. 1 GG dar.⁹⁶

IV. Unterstützung des Angriffskrieges von Drittstaaten

Eine weitere Gruppe von Fällen betrifft seitens der Bundesrepublik Deutschland gewährte Unterstützung für Militärinterventionen anderer Staaten, die das völkerrechtliche Gewaltverbot verletzen. In diesem Zusammenhang bietet der US-geführte Irakkrieg des Jahres 2003 zwei illustrative Beispiele möglicher deutscher Verwicklungen in illegale Militärinterventionen, nämlich erstens die Gewährung von Überflug- und Nutzungsrechten betreffend deutsches Territorium ebenso wie Unterstützung im Schutz ausländischer Militäreinrichtungen auf deutschem Gebiet und zweitens militärische Einsätze zur Verteidigung von Drittstaaten, die ihrerseits in illegale Militärinterventionen verstrickt sind.

1. Gewährung von Überflugrechten zu Gunsten der USA

Hintergrund der rechtlich problematischen deutschen Unterstützungsleistungen war der Konflikt zwischen den USA und dem Irak, der sich im Jahr 2002 zuspitzte. Der UN-Sicherheitsrat hatte festgestellt, dass der Irak seinen Pflichten insbesondere zur Rüstungskontrolle nicht entsprochen habe.⁹⁷ Die USA traten schließlich Ende 2002, in Kooperation mit dem Vereinigten Königreich, in die Planung eines Militäreinsatzes zum Sturz der irakischen Regierung Saddam Hussein ein. Als rechtliche Grundlage für eine solche Intervention stand insoweit die seinerzeit erst unlängst proklamierte Doktrin der präventiven Selbstverteidigung im Raum,⁹⁸ aber auch eine (postulierte) Berechtigung zur Durchsetzung der vom UN-Sicherheitsrat auferlegten Pflichten zur Rüstungskontrolle. Letztere Rechtfertigung wurde von den USA schließlich als Rechtsgrundlage der am 20. März 2003 beginnenden Militäroperation herangezogen.⁹⁹

⁹⁶ *Payandeh/Sauer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (2016), 34 (37); *Kremser*, Deutsches Verwaltungsblatt 131 (2016), 881 (885); *Talmon*, F. A. Z. Einspruch, 10. Januar 2018: „Ohne völkerrechtliche Rechtsgrundlage stellen die täglichen Verletzungen des syrischen Luftraums durch deutsche Aufklärungsflugzeuge zur Unterstützung amerikanischer und andere Kampfflugzeuge nicht nur einen Verstoß gegen das Gewaltverbot dar. Sie sind ein Akt der Aggression.“

⁹⁷ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1441, 8. November 2002, UN Doc. S/RES/1441, para. 2.

⁹⁸ Vgl. insoweit supra 52–58, insb. 56 (Fn. 148).

⁹⁹ Vgl. zur Diskussion dieser Rechtsgrundlage m. w. N. supra 214f.

Die deutsche Bundesregierung unter Gerhard Schröder widersetzte sich Plänen zu einer Militärintervention, wies entsprechende Unterstützungsanfragen der USA deutlich zurück und stellte klar, dass sich die Bundesrepublik nicht aktiv an einer Militärintervention im Irak beteiligen werde.¹⁰⁰ Gleichzeitig allerdings erlaubte die Bundesrepublik den USA die Nutzung in Deutschland befindlicher Militärbasen und räumte Überflugrechte für die USA ein, die in Anbetracht des stattfindenden bewaffneten Konflikts mit dem Irak für die Logistik der Kriegsführung zentral waren. Fernerhin übernahm die Bundesrepublik die Überwachung von Militäreinrichtungen der USA in Deutschland. Die Bundesrepublik rechtfertigte dies mit Bündnisverpflichtungen, die gegenüber den NATO-Partnern bestünden.¹⁰¹ Bundeskanzler Schröder erklärte: „Es mag zwar unterschiedliche völkerrechtliche Positionen geben, aber vor dem Hintergrund unserer Bündnisverpflichtungen werden wir die Nutzung der Basen weiter gestatten, Überflugrechte nicht versagen und natürlich die Anlagen unserer Freunde und, soweit nötig, auch ihrer Familien schützen und sichern.“¹⁰² Mit dieser Einordnung verkannte die Bundesregierung deutlich die Tragweite und die Folgen der Illegalität der Irakintervention¹⁰³ insbesondere vor dem Hintergrund des deutschen Verfassungsrechts.

Im Hinblick auf die Überflugrechte ging die Regierung Gerhard Schröder augenscheinlich davon aus, dass die Rechtsgrundlage für eine Nutzung der Militärbasen und des deutschen Luftraums durch die USA auch für mit dem Irakkrieg im Zusammenhang stehende Aktivitäten grundsätzlich gegeben sei. Das aber ist nicht der Fall. Für jedwede Aktivität von NATO-Partnern auf dem Bundesgebiet ist zunächst Artikel II des NATO-Truppenstatuts von Belang. Hiernach ist das Recht des Aufnahmestaates (also der Bundesrepublik Deutschland) zu achten, und dies umfasst auch das Verbot der Vorbereitung und Führung eines Angriffskrieges nach Artikel 26 Abs. 1 GG sowie nach Artikel 25 Satz 1 GG das völkergewohnheitsrechtliche Gewaltverbot.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Gerhard Schröder betonte, „dass es keine direkte oder indirekte Beteiligung an einem Krieg geben wird, und dabei bleibt es“. – Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/25, 13. Februar 2003, 1877.

¹⁰¹ Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/37, 3. April 2003, 2997: „Das heißt, dass sich deutsche Soldaten an Kampfhandlungen im oder gegen den Irak nicht beteiligen werden. Klar ist aber auch – das ist deutlich geworden –: Deutschland steht unabhängig von dieser klaren Entscheidung zu seinen Bündnisverpflichtungen. Wir dürfen nicht vergessen – das darf auch in unserem Land nicht vergessen werden –, dass es sich bei jenen Staaten, die jetzt Krieg gegen den Irak führen, um Bündnispartner und um befreundete Nationen handelt. Deshalb werden wir die ihnen gegebenen Zusagen jenseits unserer klaren Nichtbeteiligung auch einhalten. Das beinhaltet die Gewährung der Überflug- und Nutzungsrechte sowie den Schutz der Basen in Deutschland ebenso wie jene Maßnahmen, die wir zum Schutz der Türkei im Bündnis ergriffen haben.“

¹⁰² Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2728.

¹⁰³ Vgl. dazu supra 214 (insb. Nachweise in Fn. 73).

¹⁰⁴ *Deiseroth*, *Betrifft JUSTIZ* 99 (2009), 143 (145).

Für die Nutzung von Überflugrechten sind ferner die Regelungen des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut (NTS-ZA) von besonderer Bedeutung.¹⁰⁵ Gemäß Artikel 57 Abs. 1(a) NTS-ZA gelten Transporte und Truppenbewegungen „im Rahmen deutscher Rechtsvorschriften“ als genehmigt.¹⁰⁶ Diese Genehmigungsfiktion enthebt also die Parteien dieses Zusatzabkommens von der Pflicht, einzelfallbezogene Genehmigungen einzuholen. Dienen Truppenbewegungen oder Transporte allerdings dem Zwecke der Führung eines völkerrechtswidrigen Krieges, so sind sie von der Genehmigung des Artikel 57 Abs. 1(a) NTS-ZA nicht erfasst, da insoweit ein Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1 und 26 Abs. 1 GG vorliegt.¹⁰⁷

Folglich bedürfte es einer Einzelfallgenehmigung.¹⁰⁸ Für eine solche Genehmigung wäre gemäß § 97 Abs. 1 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (LuftVZO) das Bundesministerium der Verteidigung zuständig, da es sich um ausländische Luftfahrzeuge im Militärdienst handelt.¹⁰⁹ Die Genehmigung zur Nutzung des Luftraums aber ist – so das Bundesverwaltungsgericht – „zu versagen, wenn die Benutzung des deutschen Luftraums die öffentliche Sicherheit, zu der auch die all-

¹⁰⁵ Agreement (with Protocol of Signature) to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with respect to Foreign Forces stationed in the Federal Republic of Germany, Bonn, 3. August 1959, 481 UNTS 262; BGBl. 1961 II, 1183, 1218.

¹⁰⁶ Art. 57 Abs. 1 (a) NTS-ZA lautet: „Eine Truppe, ein ziviles Gefolge, ihre Mitglieder und Angehörigen sind vorbehaltlich der Genehmigung der Bundesregierung berechtigt, mit Land-, Wasser- und Luftfahrzeugen in die Bundesrepublik einzureisen oder sich in und über dem Bundesgebiet zu bewegen; Transporte und andere Bewegungen im Rahmen deutscher Rechtsvorschriften, einschließlich dieses Abkommens und anderer internationaler Übereinkünfte, denen die Bundesrepublik und einer oder mehrere der Entsendestaaten als Vertragspartei angehören, sowie damit im Zusammenhang stehender technischer Vereinbarungen und Verfahren, gelten als genehmigt. Soweit Sondererlaubnisse und Ausnahmeerlaubnisse sowie Befreiungen von den Rechtsvorschriften für den Transport gefährlicher Güter für militärische Bewegungen und Transporte erforderlich sind, werden sie durch die zuständigen Stellen der Bundeswehr eingeholt“.

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 21.06.2005, BVerwG 2 WD 12.04, Abschnitt 4.1.4.1.3 b): „Nach ihrem Wortlaut ist gemäß Art. 57 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ZA-NTS für die fiktive ‚Vorabgenehmigung‘ durch diese Vorschrift (‚gelten als genehmigt‘) maßgeblich, ob die ‚Transporte und anderen Bewegungen‘ der stationierten Truppe im Rahmen der deutschen Rechtsvorschriften und der genannten Abkommen erfolgen. Verstößt eine Aktivität der stationierten Truppe in Deutschland oder im Luftraum darüber gegen eine solche Rechtsvorschrift, so entfällt die ‚Vorabgenehmigung‘ durch das Zusatzabkommen.“ (die Passage ist in der amtlichen Entscheidungssammlung BVerwGE 127, 302, 353 nicht abgedruckt).

¹⁰⁸ BVerwG, Urteil vom 21.06.2005, BVerwG 2 WD 12.04, Abschnitt 4.1.4.1.3 b): „Sollen dagegen außerhalb des NATO-Rahmens in den USA oder im UK stationierte Truppenteile mit Militärluftfahrzeugen etwa auf ihrem Weg in das Kriegsgebiet lediglich den deutschen Luftraum benutzen oder auf ihnen in Deutschland überlassenen Flugplätzen zwischenlanden, um aufzutanken, Material oder Waffen aufzunehmen und anschließend – ohne ‚NATO-Auftrag‘ – in das außerhalb des ‚NATO-Gebiets‘ gelegene Kriegsgebiet weiterzufliegen, bleibt es bei der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit. Der Krieg der USA und des UK gegen den Irak war kein ‚NATO-Krieg‘. Er erfolgte außerhalb der Entscheidungsstrukturen der NATO.“

¹⁰⁹ Vgl. ferner die gemäß § 95 LuftVZO bestehenden Anforderungen an einen Antrag auf Genehmigung.

gemeinen Regeln des Völkerrechts gehören, gefährden würde“.¹¹⁰ Eine Genehmigung kann dann nicht erteilt werden, wenn Luftfahrzeuge „an einem gegen das völkergewohnheitsrechtliche Gewaltverbot verstoßenden militärischen Einsatz bestimmend mitwirken“.¹¹¹ Eine solche bestimmende Mitwirkung ist jedenfalls für mit dem Irakkrieg in Zusammenhang stehende Flugbewegungen wie Truppen- und Ausrüstungstransporte anzunehmen. Für sie entfällt mithin die Genehmigungsfiktion des Artikel 57 Abs. 1(a) NTS-ZA. Zugleich sind sie auch im Einzelfall nicht genehmigungsfähig.

Die Bundesregierung leistete durch die Gewährung von Überflug- und Nutzungsrechten einen Beitrag zum rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak.¹¹² Das Bundesverwaltungsgericht sah insoweit den „objektive[n] Sinn und Zweck dieser Maßnahmen“ darin, „das militärische Vorgehen der USA und des UK zu erleichtern oder gar zu fördern“.¹¹³

Indem die Bundesregierung deutsches Territorium für im Rahmen der Führung eines völkerrechtswidrigen Krieges notwendige oder auch nur förderliche Aktivitäten zur Verfügung stellte, sind ihr damit selbst auch Verstöße gegen das Völkerrecht vorzuwerfen.

Ausweislich Artikel 16 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit (der Völkergewohnheitsrecht zum Ausdruck bringt)¹¹⁴ stellt nämlich die Beihilfe zu einem völkerrechtlichen Delikt selbst ein Delikt dar.¹¹⁵ Die Schwelle einer solchen Beihilfehandlung ist für die hier vorliegende Situation der Unterstützung einer Partei eines bewaffneten Konflikts jedenfalls dann überschritten, wenn sich ein Staat in diesem Konflikt als nicht neutrale Partei positioniert, zum Beispiel – wie im Falle des Irakkonflikts – durch Gewährung von Bewegungsfreiheit US-amerikanischer und britischer Truppen im Hinblick auf eine Verlegung in das Kriegsgebiet oder durch eine Übernahme von Bewachungsaufgaben, die sich gleichfalls als eine Entlastung der Konfliktparteien darstellen.¹¹⁶

¹¹⁰ BVerwG, Urteil vom 24. Juli 2008, 4 A 3001/07, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, 109, 118; BVerwG 4 B 45.08, Beschluss vom 20. Januar 2009, Rn. 22.

¹¹¹ BVerwG, Urteil vom 24. Juli 2008, 4 A 3001/07, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, 109, 118.

¹¹² Arnold, in: Ambos/Arnold (Hrsg.), Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004, S. 182 (184); Ambos/Arnold/Thun, in: Ambos/Arnold (Hrsg.), Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004, S. 113 (114).

¹¹³ BVerwG, Urteil vom 21.06.2005, BVerwG 2 WD 12.04, Abschnitt 4.1.4.1.4 (Passage nicht abgedruckt in: BVerwGE 127, 302).

¹¹⁴ IGH, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Urteil vom 26. Februar 2007, ICJ Reports 2007, 43, 217 (para. 420).

¹¹⁵ Vgl. Art. 16 ARSIWA: „A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.“

¹¹⁶ Bothe, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 255 (267); vgl. hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Beihilfe zum Angriffskrieg im Falle des Irakkrieges: Kreß, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), 293 (334 ff.).

Ob diese Unterstützungshandlung letztlich auch *als solche* einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot seitens der Bundesrepublik begründet, ist mit gewissen Zweifeln behaftet, im Ergebnis aber zu bejahen. Die Unterstützungshandlungen können wohl nicht als eigenständige Angriffshandlungen im Sinne der *Definition of Aggression* gewertet werden. Gemäß dieser Definition der UN-Generalversammlung kann zwar auch die Überlassung von Territorium eine Angriffshandlung begründen. Voraussetzung ist insoweit aber, dass das Territorium eines Staates von einem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen.¹¹⁷ Insoweit scheint angesichts der territorialen Entfernung und der erheblichen weiteren Zwischenschritte zwischen einer Nutzung US-amerikanischer Basen in Deutschland und den eigentlichen Angriffshandlungen der Zurechnungszusammenhang wohl durchbrochen. Die rechtliche Konsequenz dessen wäre, dass die Bundesrepublik nicht selbst einen bewaffneten Angriff gegen den Irak begangen hat und insoweit Verteidigungshandlungen des Irak gegen deutsche Einrichtungen unzulässig gewesen wären (nicht aber gegen US-amerikanische Militärbasen in Deutschland).

Allerdings sprechen andere Erwägungen jedenfalls für die Annahme eines Verstoßes gegen das Gewaltverbot. Im *Nicaragua*-Fall hatte der IGH differenziert zwischen der Zurverfügungstellung von Training und Bewaffung zu Gunsten der Contras in Nicaragua, die einen Verstoß gegen das Gewaltverbot begründeten, und der bloßen finanziellen Unterstützung, die nach Auffassung des Gerichts allein einen Verstoß gegen das Interventionsverbot darstellte, die Grenze zur völkerrechtswidrigen Gewalt aber nicht überschritt.¹¹⁸ Auf der Grundlage dieser Differenzierung spricht der materielle Charakter der Unterstützung durch Zurverfügungstellung von Territorium und durch die Bewachung militärischer Einrichtungen der USA im Ergebnis für einen Verstoß gegen das Gewaltverbot.¹¹⁹

Damit liegen auch Verstöße gegen das Grundgesetz vor, sowohl gegen Artikel 26 Abs. 1 GG wegen der Beihilfe zur Führung eines Angriffskrieges als auch gegen Artikel 25 Satz 1 GG in Verbindung mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot. Ohne hier zu einer definitiven Einordnung zu gelangen, teilt auch das Bundesverwaltungsgericht diese Einschätzung und entschied, dass es einem Soldaten aus Gewissensgründen erlaubt sei, die Beteiligung an den in Frage stehenden Unterstützungshandlungen zu verweigern. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest:

„Gegen die völkerrechtliche Zulässigkeit dieser Unterstützungsleistungen bestehen gravierende rechtliche Bedenken, die der Sache nach für den Soldaten Veranlassung waren, die

¹¹⁷ UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression), Art. 3: „Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: [...] (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State.“

¹¹⁸ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, 14, 119 (para. 228).

¹¹⁹ Vgl. auch *Botbe*, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 255 (268).

Ausführung der ihm erteilten beiden Befehle zu verweigern, weil er sonst eine eigene Verstrickung in den Krieg befürchtete.

Ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot kann nicht ohne weiteres deshalb verneint werden, weil die Regierung der Bundesrepublik Deutschland öffentlich wiederholt zum Ausdruck gebracht hatte [...], ‚dass sich deutsche Soldaten an Kampfhandlungen nicht beteiligen werden‘. Die Unterstützung einer völkerrechtswidrigen Militäraktion kann nicht nur durch die militärische Teilnahme an Kampfhandlungen erfolgen, sondern auch auf andere Weise.“¹²⁰

In jedem Fall ist in Anbetracht des völkerrechtswidrigen Militäreinsatzes der USA eine pauschale Bekräftigung der Überflug- und Nutzungsrechte verfassungsrechtlich unzulässig. Jedenfalls hätte hier – sofern dies bei einer Mobilisierung hunderttausender US-amerikanischer Soldaten überhaupt möglich ist – eine Differenzierung zwischen bündniskonformer Nutzung der Militärbasen und Überflugrechten einerseits und der Nutzung zum Zwecke der Führung des Krieges im Irak andererseits erfolgen müssen. Es handelt sich mithin nicht allein, wie Schröder formuliert, um bloß „unterschiedliche völkerrechtliche Positionen“,¹²¹ die im Ergebnis für die Nutzung deutschen Territoriums folgenlos blieben. Vielmehr bestehen insoweit, wie dargelegt, auf der Grundlage des Grundgesetzes und der geltenden Rechtslage deutlich strengere Anforderungen.

2. *Unterstützung eines in eine illegale Militärintervention verstrickten Drittstaates*

Eine weitere problematische Unterstützungskonstellation bestand im Hinblick auf den Einsatz der Bundeswehr zur Verteidigung der Türkei im Frühjahr 2003. Im Zuge der sich zuspitzenden Eskalation zwischen dem Irak und den USA und in Ansehung der sich abzeichnenden militärischen Konfrontation zwischen beiden Staaten ersuchte die Türkei um militärische Unterstützung bei den Verbündeten der NATO, da man befürchtete, selbst Opfer irakischer Militärschläge zu werden. Nach anfänglichem Widerstand insbesondere Deutschlands und Frankreichs und einem Veto gegen eine solche Verteidigung¹²² konnte seitens der NATO-Mitglieder eine Einigkeit erzielt werden. Der Verteidigungsplanungsausschuss der NATO beschloss am 19. Februar 2003, AWACS-Aufklärungsflugzeuge zur Verteidigung der Türkei auf dem Gebiet der Türkei einzusetzen.¹²³ Der Einsatz erfolgte vom 26. Februar 2003 bis zum 17. April 2003 und fand unter deutscher Beteiligung statt.¹²⁴

¹²⁰ BVerwG, Urteil vom 21.06.2005, BVerwG 2 WD 12.04, Abschnitt 4.1.4.1.2 (Passage nicht abgedruckt in: BVerwGE 127, 302).

¹²¹ Vgl. supra 448 (Fn. 102).

¹²² Black, Nato Crisis Over Veto on Plans to Defend Turkey, The Guardian (online), 11. Februar 2003, <https://www.theguardian.com/world/2003/feb/11/iraq.nato1> [abgerufen am 29. März 2021].

¹²³ NATO, NATO to Deploy Defensive Assistance to Turkey, 19. Februar 2003, <https://www.nato.int/docu/update/2003/02-february/e0219a.htm> [abgerufen am 29. März 2021].

¹²⁴ Vgl. zum faktischen Hintergrund auch die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 121, 135, 136 ff.

Das heikle Element dieses „Verteidigungseinsatzes“ liegt darin, dass die Türkei auch in die Irakintervention der USA involviert war. Die USA hatten zunächst versucht, die Türkei für eine aktive Unterstützung der seit 2002 in Planung befindlichen Militärintervention im Irak zu gewinnen. Nach anfänglichen positiven Signalen aus Ankara verweigerte das türkische Parlament am 1. März 2003 allerdings den USA den Zugang zum Luftraum und zu Militärbasen, so dass Pläne der USA, von der Türkei aus eine Bodeninvasion in den Irak zu initiieren, nicht realisiert werden konnten.¹²⁵ In der Folge öffnete die Türkei ihren Luftraum allerdings am 20. März 2003 (das heißt am Tag des Beginns der US-amerikanischen Militärintervention) für die amerikanische Luftwaffe¹²⁶ und entsandte später selbst Bodentruppen in den Irak, ausweislich der türkischen Begründung allerdings nur zur Überwachung möglicher Flüchtlingsbewegungen vom Irak in die Türkei, nicht aber in Beteiligung am US-geführten Einsatz.¹²⁷

Die Bundesregierung betonte, dass der AWACS-Einsatz ausschließlich zur Verteidigung der Türkei erfolge und „keinerlei Unterstützung für Einsätze im oder gegen den Irak“ leiste.¹²⁸ Bundeskanzler Gerhard Schröder betonte gar, „dass, sollte die Türkei Kriegspartei werden, eine solche Entwicklung jedenfalls den Abzug deutscher Soldaten aus den AWACS-Flugzeugen zur Folge haben müsste“.¹²⁹

Dieser Bundeswehreininsatz verstieß ungeachtet der Bestrebungen der Regierung, auf Distanz zur US-geführten Militärintervention im Irak zu gehen, gegen das Völkerrecht und das Grundgesetz, denn die Bundeswehr leistete hier eine militärische Absicherung zu Gunsten eines Staates – der Türkei –, der in einen völkerrechtswidrigen Militäreinsatz der USA verstrickt war und darüber hinaus selbst als Aggressor anzusehen ist. Dabei ist in der türkischen Positionierung zwar durchaus erkennbar, dass man das von den USA verfolgte Ziel einer großflächigen Intervention im Irak eigentlich nicht vollauf unterstützte. In diesem Sinne bekannte sich die Türkei beispielsweise zur territorialen Integrität des Irak und betonte damit, dass der eigene Einsatz keine aggressiven Zwecke verfolge.¹³⁰ Gleichwohl stellte die Türkei durch Einräumung von Überflugrechten ihr Territorium dem US-geführten Militäreinsatz zur Verfügung. Ausweislich der von der UN-Generalversammlung beschlossenen *Definition of Aggression* stellt, wie im vorherigen

¹²⁵ Vgl. die Diskussion der Ereignisse und m. w. N.: *Müftüler-Bac*, International Journal 61 (2005), 61 (67–70).

¹²⁶ *Müftüler-Bac*, International Journal 61 (2005), 61 (71).

¹²⁷ UN-Sicherheitsrat, 4726. Sitzung, 26. März 2003, UN Doc. S/PV.4726, 29 (Türkei): „We have no intention of entering into Iraq. Should that need occur, we will not enter Iraq to fight but to monitor a refugee crisis that might unfold, and to respond to our immediate concerns of security in the vicinity of our borders.“

¹²⁸ Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2727.

¹²⁹ Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll, 15/37, 3. April 2003, 2997.

¹³⁰ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 4726. Sitzung, 26. März 2003, UN Doc. S/PV.4726, 29 (Türkei): „Turkey upholds the territorial integrity, political sovereignty and national unity of Iraq. We will support the decisions reached by the Iraqi people through democratic processes.“

Abschnitt ausgeführt, auch die Überlassung von Hoheitsgebiet für die Angriffshandlung eines anderen Staates selbst einen Akt der Aggression dar.¹³¹ Wegen des engen räumlichen Zusammenhangs der Unterstützungshandlungen der Türkei zu Gunsten der Angriffshandlungen der USA ist damit auch der Türkei ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot (und das Verbot der Aggression) vorzuwerfen.¹³²

Die seitens der Bundesregierung postulierte These, der Einsatz der AWACS-Flugzeuge diene reinen Verteidigungszwecken, lässt sich daher nicht aufrechterhalten. Zwar ging es in der Tat um die Verteidigung der Türkei. Allerdings stand dem Irak gegenüber der Türkei ein Selbstverteidigungsrecht nach Artikel 51 UNC zu. Indem die Bundesrepublik hier zur Verteidigung der Türkei militärisch intervenierte, erfolgte – auch ohne dass es zu einer Weiterleitung der AWACS-Aufklärungsdaten an die USA und damit zu einer offensiven militärischen Nutzung dieser Daten kam – eine aktive Parteinahme der Bundesrepublik im Irakkrieg. Der AWACS-Einsatz stellt folglich einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot dar und ist nach Maßgabe der Artikel 25 Satz 1, 26 Abs. 1 GG verfassungswidrig.¹³³

In der Debatte gänzlich außen vor blieb dabei die Frage nach einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik für den Irakkrieg.¹³⁴ Die juristische Aufarbeitung sowie die rechtswissenschaftliche Diskussion dieses Falles bezogen sich vielmehr vor allem auf die Dimension der Parlamentsbeteiligung. Die Bundesregierung vertrat nämlich die Auffassung, dass es sich wegen des bloß defensiven Charakters des AWACS-Einsatzes nicht um einen zustimmungspflichtigen Einsatz handle.¹³⁵ Das angerufene Bundesverfassungsgericht lehnte auf der Basis einer Folgenabwägung die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ab.¹³⁶ In der

¹³¹ Vgl. UN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), 14. Dezember 1974 (Definition of Aggression), Art. 3: „Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: [...] (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State.“

¹³² Abwägend und im Ergebnis wohl der gegenteiligen Auffassung zuneigend: *Bothe*, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 255 (268).

¹³³ Folglich stellt sich auch die rechtliche Einordnung des Generalbundesanwalts als fehlerhaft dar. Dieser hatte im Hinblick auf strafrechtliche Verfahren im Nachgang des Irakkrieges die Einstellung der Verfahren wie folgt gerechtfertigt: „Die Mitwirkung deutscher Soldaten an AWACS-Einsätzen ist im Rahmen der auf Verteidigung angelegten Bündnisverpflichtungen zu sehen und dient ersichtlich dem Schutz der türkischen Staatsgrenze. Sie stellt deshalb keine von deutscher Seite betriebene Vorbereitung einer völkerrechtswidrigen Aggression im Sinne des § 80 StGB dar.“ – Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Entschließung vom 21. März 2003 (Pressemitteilung), JuristenZeitung 58 (2003), 911.

¹³⁴ Vgl. zur Verantwortlichkeit für Beihilfehandlungen: *Seibert-Fohr*, German Yearbook of International Law 60 (2018), 667 (667 ff.).

¹³⁵ Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2727.

¹³⁶ BVerfGE 108, 34, 39.

Hauptsache aber obsiegte die FDP-Fraktion im Organstreitverfahren: Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass es sich bei der Entsendung der AWACS-Flugzeuge um einen *Einsatz* bewaffneter Streitkräfte handelte, der dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt unterliegt.¹³⁷

V. Verbale Deklarationen, insbesondere Billigung völkerrechtswidriger Einsätze

Eine weitere potenzielle Konfliktlage hinsichtlich des völkerrechtlichen Gewaltverbots ergibt sich im Hinblick auf verbale Stellungnahmen der Bundesregierung betreffend Völkerrechtsverstöße anderer Staaten. In der jüngeren Vergangenheit wurde diese Frage im Fall der deutschen Positionierung zu US-amerikanischen Militärschlägen auf syrischem Territorium aufgeworfen. Frankreich, das Vereinigte Königreich und die USA führten am 14. April 2018 eine Reihe von Luftschlägen gegen syrische Militäreinrichtungen in Reaktion auf einen (vermutlichen) Chemiewaffeneinsatz durch die syrische Armee aus. Wie bereits ausgeführt,¹³⁸ rechtfertigte das Vereinigte Königreich die Intervention als humanitäre Intervention, Frankreich und die USA hingegen gaben keinerlei dezidiert rechtliche Rechtfertigung für die Intervention ab. Vielmehr argumentierte man seitens der USA mit der Notwendigkeit der Abschreckung Syriens vor der Verwendung von Chemiewaffen und auch seitens Frankreichs wurde betont, dass deren Nutzung nicht toleriert werden könne.¹³⁹ Dieser Einsatz erfolgte ohne völkerrechtliche Grundlage, denn weder besteht ein Recht zur humanitären Intervention noch ein Recht zu einer bewaffneten Gegenmaßnahme hinsichtlich eines Verstoßes gegen die Chemiewaffenkonvention. Folglich bleibt eine Durchsetzung des Rechts einer Entscheidung des UN-Sicherheitsrats nach Kapitel VII UNC vorbehalten.¹⁴⁰ Gleichwohl gab Bundeskanzlerin Angela Merkel eine Erklärung ab, die eine Unterstützung für die Militärschläge bekundete:

„Im syrischen Duma sind vor wenigen Tagen durch einen abscheulichen Chemiewaffenangriff zahlreiche Kinder, Frauen und Männer ums Leben gekommen. [...] Im Hinblick hierauf haben unsere amerikanischen, britischen und französischen Verbündeten heute Nacht gezielte Luftschläge gegen militärische Einrichtungen des syrischen Regimes durchgeführt. Dieses Vorgehen hat zum Ziel, die Fähigkeit des Regimes zum Chemiewaffeneinsatz zu beschneiden und es von weiteren Verstößen gegen die Chemiewaffenkonvention abzuhalten. Wir unterstützen es, dass unsere amerikanischen, britischen und französischen Verbündeten als ständige Mitglieder des UN-Sicherheitsrats in dieser Weise Verantwortung übernommen haben. Der Militäreinsatz war erforderlich und angemessen, um die Wirksamkeit der in-

¹³⁷ BVerfGE 121, 135, 153.

¹³⁸ Vgl. supra 74 (Fn. 257).

¹³⁹ Vgl. zum m. w. N. supra 328 f.

¹⁴⁰ Vgl. zur rechtlichen Würdigung des Falles: *De Beer/Tladi*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 79 (2019), 205 (237–239); *Kulick*, Archiv des Völkerrechts 56 (2018), 303 (308–319).

ternationalen Ächtung des Chemiewaffeneinsatzes zu wahren und das syrische Regime vor weiteren Verstößen zu warnen. 100 Jahre nach Beendigung des Ersten Weltkrieges sind wir alle aufgerufen, einer Erosion der Chemiewaffenkonvention entgegenzuwirken. Deutschland wird alle diplomatischen Schritte in diese Richtung entschlossen unterstützen.“¹⁴¹

Die Bundesrepublik handelte mithin im vorliegenden Fall nicht selbst, sie hieß aber die Völkerrechtsverstöße anderer Staaten gut. Dies geschah nicht im Sinne einer klaren rechtlichen Einordnung, in der die Militärschläge beispielsweise in deutlicher Formulierung als legal ausgewiesen worden wären. Vielmehr ist die Sprache vordergründig politischer Natur. Allerdings schwingen durchaus auch rechtliche Konnotationen mit, denn bei den Begriffen „erforderlich und angemessen“ handelt es sich um Rechtsbegriffe, die zentrale Elemente der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme sind.

Die aufgeworfene Rechtsfrage ist damit, ob sich die Bundesregierung positiv hinsichtlich eines Völkerrechtsverstößes äußern darf oder ob nicht hierdurch insbesondere gegen die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes verstoßen wird. Einer Einordnung und Beantwortung dieser Frage wollen wir uns im nächsten Kapitel zuwenden.

* * *

Eine Untersuchung der Praxis der Bundesrepublik Deutschland hat gezeigt, dass es in einer Reihe von Fällen zu signifikanten Verstößen gegen das Völkerrecht kam oder dass in einigen Fällen das Völkerrecht jedenfalls keine sichere Rechtsgrundlage bot. Das wiederum zeigt, dass potenziell völkerrechtswidriges Handeln auch für die deutsche Staatspraxis ein relevantes Phänomen darstellt. Aufgeworfen und im Folgenden zu beantworten ist damit die Frage, welche Handlungsoptionen im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung hinsichtlich der in Teil 3 dieser Untersuchung entwickelten Typen der Illegalität bestehen.

¹⁴¹ Deutsche Bundesregierung, Bundeskanzlerin Merkel zu den Militärschlägen der USA, Großbritanniens und Frankreichs in Syrien, Pressemitteilung 112, 14. April 2018, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bundeskanzlerin-merkel-zu-den-militaerschlaegen-der-usa-grossbritanniens-und-frankreichs-in-syrien-1006908> [abgerufen am 29. März 2021].

§ 17. Typen der Illegalität – Folgerungen im Hinblick auf die bundesdeutsche Praxis

Die Analyse in § 16 hat gezeigt, dass auch die Bundesrepublik Deutschland in der Vergangenheit zu Maßnahmen griff, die vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Gewaltverbots als illegal zu bewerten sind. Illegalität aber ist, wie unsere Untersuchung in Teil 3 gezeigt hat, keineswegs mit einem umfänglichen und apriorischen Negativurteil behaftet, vielmehr erfüllen illegale Handlungen völkerrechtlich durchaus eine systemstabilisierende und systemerhaltende Funktion. Aufgeworfen ist damit die Frage, welchen normativen Rahmen das Grundgesetz für potenziell illegale Maßnahmen und insbesondere im Hinblick auf die in Teil 3 entwickelten Typen der Illegalität setzt.

Vor dem Hintergrund der in § 14 entwickelten verfassungsrechtlichen Vorschriften zeigt sich, dass das Grundgesetz eine strenge und spezifische Einstellung zum Völkerrecht verlangt. Der Grundsatz ist dabei klar: Illegale Handlungen müssen unterbleiben (I.). Aber auch die Fälle eines Rechtsbruchs zur Fortentwicklung des Rechts (II.) oder der Rechtsbruch in Notstandssituationen (III.), die völkerrechtlich durchaus eine Verankerung in der Praxis finden, sind verfassungsrechtlich unzulässig. Die in der Praxis bedeutsamste Frage betrifft den Umgang mit Unsicherheit über die völkerrechtliche Lage. Dieser wenden wir uns in Abschnitt IV zu. In Abschnitt V schließlich werden die Pflichten der deutschen Hoheitsgewalt zur Anrufung völkerrechtlicher Normen in den Blick genommen.

I. Das grundsätzliche Verbot von Verstößen gegen das Gewaltverbot

Aus dem Verbot des Angriffskriegs nach Artikel 26 Abs. 1 GG sowie der innerstaatlichen Geltung des völkerrechtlichen Gewaltverbots (insbesondere über Artikel 25 GG) folgt zunächst der klare Grundsatz des Verbots der Vornahme von oder Beteiligung an völkerrechtswidrigen Militärinterventionen. Illustrativ ist insoweit der in § 16 analysierte Fall der US-geführten Militärintervention im Irak. Für diese war die Bundesrepublik für aktive militärische Unterstützung angefragt worden, verweigerte aber eine diesbezügliche Kooperation.¹ In den entsprechenden Bundestagsdebatten betonte die Regierung Gerhard Schröder klar, dass man die später seitens der USA ins Feld geführte Rechtfertigung der Intervention als eine Durchsetzung der dem Irak durch den Sicherheitsrat auferlegten Pflichten nicht für

¹ Vgl. supra 447f.

tragfähig erachte. Insoweit betonte Bundeskanzler Schröder in seiner Regierungserklärung, dass UN-Sicherheitsratsresolution 1441 keinen Automatismus zur Anwendung militärischer Gewalt enthalte und dass die Entscheidungskompetenz zur Einleitung weiterer Maßnahmen beim UN-Sicherheitsrat verbleibe.² Der Verlauf der politischen Debatte aber zeigte durchaus auch, dass eine Beteiligung der Bundesrepublik unter anderen politischen Mehrheitsverhältnissen durchaus eine politische Option gewesen wäre. Die damalige Oppositionsführerin Angela Merkel etwa argumentierte mit Bündnisverpflichtungen, deretwegen die Bundesrepublik sich einer Kooperation nicht enthalten könne.³ Die „gemeinsame Entscheidung“ im Bündnis habe „[o]berste Priorität“,⁴ es handle sich „nicht um einen Präventivschlag, sondern um die Frage, wie die UNO und der UN-Sicherheitsrat ihre Beschlüsse auch wirklich durchsetzen können“.⁵ Militärische Maßnahmen könnten nicht von vornherein ausgeschlossen werden.⁶

Zwar äußerte sich Angela Merkel nicht dezidiert zur Völkerrechtmäßigkeit der Intervention, es wurde aber den Umständen nach deutlich, dass eine Rechtsgrundlage im Wege einer Resolution des UN-Sicherheitsrats nicht mehr zu erreichen war und dass die in Rede stehende Intervention nur eine völkerrechtswidrige Militärintervention der USA sein könnte. Ausdrückliche Unterstützung erklärte Merkel schließlich auch für das seitens der USA am 17. März 2003 an den Irak gestellte Ultimatum:⁷ „Wir unterstützen als letzte Chance des Friedens das Ultimatum, das dem Diktator Saddam Hussein gestellt ist.“⁸ Diese seitens Angela Merkel formulierte Unterstützung galt einer völkerrechtswidrigen Drohung mit Gewalt. Diese Positionierung der damals oppositionellen CDU-Fraktion repräsentierte zwar nicht die Praxis der Bundesrepublik, zeigt aber gleichwohl, dass insbesondere die in Anschlag gebrachte Bündnislogik erhebliche Anreize auch für die Bundesrepu-

² Bundeskanzler Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/25, 13. Februar 2003, 1878(C).

³ Angela Merkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/25, 13. Februar 2003, 1883(A): „Mittel- und langfristig ist Deutschland genauso wie andere Länder auf Partnerschaften und auf einen starken Sicherheitsverbund angewiesen. Wir sind aus eigener Kraft nicht in der Lage, die Sicherheit unseres Landes und die Sicherheit Europas zu schützen. Deshalb ist es unablässig erforderlich, bei allem Eintreten für den Frieden alles daran zu setzen, die Zukunft dieser Partnerschaften durch ein hohes Maß an Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland zu stärken.“

⁴ Angela Merkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/25, 13. Februar 2003, 1883(B).

⁵ Angela Merkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2732(D).

⁶ Angela Merkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2733(B).

⁷ George W. Bush, Address to the Nation on Iraq, 17. März 2003, Public Papers of the Presidents of the United States, George W. Bush, 2003, Bd. I (Washington D. C.: U. S. Government Printing Office, 2006), S. 277 (277): „Saddam Hussein and his sons must leave Iraq within 48 hours. Their refusal to do so will result in military conflict, commenced at a time of our choosing.“

⁸ Angela Merkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/34, 19. März 2003, 2735(B).

blik begründen kann, sich ungeachtet der Völkerrechtswidrigkeit an eklatant illegalen Militäreinsätzen zu beteiligen.

Diese Einschätzung wird wiederum durch die alsdann von der Regierung Gerhard Schröder eingeräumte tatsächliche Unterstützung evident. Wie wir gesehen haben, gestattete die Bundesrepublik den USA und dem Vereinigten Königreich nicht nur die Nutzung der in der Bundesrepublik belegenen Basen und gewährte Überflugrechte, vielmehr stimmte die Regierung auch dem Einsatz von AWACS-Aufklärungsflugzeugen im Rahmen eines NATO-Einsatzes zum Zwecke der Verteidigung der Türkei zu, wiewohl damit Hilfe zu Gunsten eines Staates geleistet wurde, der in diesem Konflikt nicht neutral war. Mittelbar wurde der völkerrechtswidrige Krieg gegen den Irak unterstützt.⁹

Im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung sind Völkerrechtsverstöße mithin unzulässig, es zeigt sich aber auch, dass in den praktischen Entscheidungsprozessen, insbesondere durch die Einbindung in Bündnisse, mitunter Triebfedern für Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot liegen können.¹⁰

II. Rechtsbruch zur Rechtsfortbildung unzulässig

Eine weitere in der Praxis relevante Frage ist, ob sich die Bundesrepublik eines Rechtsbruchs zur Fortentwicklung des Rechts bedienen darf. Es geht mithin um die Fälle der *legislativen Illegalität*, die wir in § 10 eingehend untersucht haben.¹¹ Dort hat sich gezeigt, dass auch im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots rechtliche Entwicklungen durch Rechtsbrüche angestoßen werden. Dem Völkerrecht inhäriert hier – wie in § 10 ausgeführt – eine Dialektik. Einerseits verbietet das existierende Völkerrecht eine bestimmte Handlung und als Recht kann es den Rechtsbruch nicht hinnehmen, da die Verbindlichkeit gerade ein Kernkriterium von Rechtsnormen ist. Andererseits funktioniert und erhält sich das Völkerrecht als Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit gerade auch durch den aus der Ordnung selbst hervorgebrachten dialektischen Widerspruch aufrecht. Der Rechtsbruch zielt auf eine Synthese auf höherer Ebene ab, mithin auf eine Fortentwicklung und Verbesserung des Rechts, die in den von den Rechtsquellen des Völkerrechts vorgesehenen konsensuellen Bahnen nicht oder nur schwerlich erreicht werden könnten.

Darf die Bundesrepublik Deutschland in diesem Sinne aktiv gestalterisch zur Fortentwicklung des Rechts im Wege des Verstoßes gegen das Gewaltverbot tätig werden? Festzuhalten ist zunächst, dass die Bundesrepublik (das heißt die Bundesregierung und der Bundestag als die im Hinblick auf Auslandseinsätze der Bundeswehr handelnden Organe) in ihren Beschlüssen zum Einsatz der Bundeswehr einen entsprechenden Weg bislang nicht *expressis verbis* beschritten hat. Die Kosovoin-

⁹ Vgl. hierzu supra 447–455.

¹⁰ *Marxsen*, in: Werkner/Haspel (Hrsg.), Bündnissolidarität und ihre friedensethischen Kontroversen, 2019, S. 101 (119–122).

¹¹ Vgl. supra 264–282.

tervention des Jahres 1999 wurde, wie bereits eingehend analysiert,¹² nicht unter Berufung auf eine noch zu etablierende Norm gerechtfertigt, sondern unter Rekurs auf die besonderen Umstände des Einzelfalls – mithin auf eine Notstandssituation im Sinne von § 8 der vorliegenden Untersuchung. Das Gewaltmonopol des UN-Sicherheitsrats sollte ausdrücklich nicht in Frage gestellt werden und der Kosovointervention wurde der Präzedenzcharakter abgesprochen.

Gleichwohl bildete in politischer und rechtswissenschaftlicher Sicht die Fortentwicklung des Rechts hin zu einer ausdrücklichen Legalisierung der humanitären Intervention einen weit verbreiteten Topos. Als der damalige Bundesaußenminister Klaus Kinkel in der Bundestagsdebatte davon sprach, dass „der Weg, der von den 16 NATO-Partnern jetzt begangen worden ist, rechtlich vertretbar“¹³ sei, entgegnete Günter Verheugen (SPD), dass solch eine Formel „die unterste Möglichkeit dessen [... ist], was man als eine dem Recht verpflichtete Regierung dem Deutschen Bundestag – rechtlich vertretbar – noch vortragen kann“. Er ergänzte dies um einen Appell:

„Also müssen wir in den nächsten Jahren daran arbeiten, daß die humanitäre Intervention, die Möglichkeit, humanitäre Katastrophen abzuwenden, auf eine völkerrechtliche Grundlage gestellt wird, die den jeweiligen Außenminister nicht in die Lage bringt, sagen zu müssen, es sei rechtlich vertretbar, sondern in die Lage bringt, zu sagen: Das ist das Völkerrecht, das es uns erlaubt, in einem solchen Fall tätig zu werden.“¹⁴

In der rechtswissenschaftlichen Debatte formulierte zum Beispiel Heinrich Wilms in exemplarischer Weise ein vermeintliches Recht oder gar eine Pflicht zur Umgestaltung des Völkerrechts. Er räumte zwar ein, dass sich ein allgemein anerkannter Rechtfertigungsgrund der humanitären Intervention völkergewohnheitsrechtlich noch nicht herausgebildet habe. Allerdings bedürfe die Berufung auf Völkergewohnheitsrecht (als der in Rede stehenden Rechtsgrundlage für humanitäre Interventionen) „stets einer kritischen Überprüfung“. Es könne sein, dass wegen der zentralen Rolle des Staatenkonsenses die Fortentwicklung des Rechts blockiert werden könne. Dies sei nicht hinzunehmen: „Offensichtlich ist es so, daß irgendwann einmal mit der faktischen Gegensteuerung begonnen werden muß, damit diese zu einem Mehrheitsverhalten und damit zu der Erstarkung eines Rechtssatzes mit der Qualität von Völkergewohnheitsrecht werden kann.“¹⁵ Zudem liege angesichts der im Völkerrecht bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen gar eine Pflicht zur Fortentwicklung des Rechts vor: „Im Grunde kommt das Nordatlantische Bündnis mit seinem Vorstoß zur Durchsetzung der Menschenrechte einer längst überfälligen völkervertraglichen Pflicht nach.“¹⁶ Im Ergebnis hielt

¹² Vgl. supra 435 f.

¹³ Klaus Kinkel (CDU), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23129(C).

¹⁴ Günter Verheugen (SPD), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16. Oktober 1998, 23154(B).

¹⁵ Wilms, Zeitschrift für Rechtspolitik 32 (1999), 227 (229).

¹⁶ Wilms, Zeitschrift für Rechtspolitik 32 (1999), 227 (230).

Wilms die Kosovointervention – anscheinend im Vorgriff auf die eigentlich erst durch die Intervention anzustoßende Transformation des Rechts – für gerechtfertigt.

Diese Form der Rechtsfortentwicklung hat in der völkerrechtlichen Praxis durchaus eine gewisse Verbreitung. Sie steht gleichwohl nicht im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben und scheidet daher nach Maßgabe geltenden Rechts als Handlungsoption für die Bundesrepublik aus. Zentral ist an dieser Stelle die bereits diskutierte Frage, ob ein positiver Begriff des Friedens und der internationalen Ordnung gegebenenfalls auch im Wege militärischer Gewalt angestrebt und realisiert werden kann. Wir haben in unserer Diskussion des grundgesetzlichen Friedensbegriffs gesehen, dass das Grundgesetz durchaus bestimmte positive Charakterisierungen eines anzustrebenden Friedenszustandes beinhaltet. Allen voran enthält Artikel 1 Abs. 2 GG ein Bekenntnis „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Der erstrebte Frieden ist also substantiell angereichert und keinesfalls nur durch eine Abwesenheit von Krieg charakterisiert. Gleichwohl kann – wie bereits ausgeführt – ein solches positives Friedensverständnis nicht dazu herangezogen werden, die bestehende, oft fragile völkerrechtliche Ordnung in Frage zu stellen.¹⁷

Dies widerspräche auch einem anderen Element des grundgesetzlichen Friedensgebots, nämlich dem Bekenntnis zum Multilateralismus und zu einer friedlichen Streitbeilegung im Rahmen internationaler Organisationen. In Verbindung mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgt hieraus nämlich, dass Veränderungen der internationalen Ordnung nach Maßgabe des Grundgesetzes nicht in einer militärischen Weise angeregt und angestoßen werden dürfen. Die Bundesrepublik darf sich zwar verbal gegen bestehende internationale Normen oder gegen deren vorherrschende Auslegung aussprechen und auf diesem Wege eine Debatte um die Fortentwicklung und Änderung des Rechts anregen und unterstützen.¹⁸ Sie kann sich aber nicht aktiv über das Recht hinwegsetzen, um dieses nach Maßgabe eigener Regelungsvorstellungen zu formen (selbst wenn die normativen Triebfedern dessen – die Menschenrechte – auch verfassungsrechtlich fest verankert sind). Der Grund ist, dass ein entsprechender Unilateralismus (oder ein auf ein partikulares Bündnis wie die NATO begrenzter Multilateralismus) letztlich einem Zerfall der völkerrechtlichen Ordnung und einer Schwächung des völkerrechtlichen Gewaltverbots Vorschub leisten kann, wodurch nicht zuletzt auch das zu realisieren gesuchte Ziel der Friedens- und Menschenrechtswahrung unterlaufen werden würde.

¹⁷ Vgl. supra 404.

¹⁸ Sind staatliche Stellungnahmen, wie in § 4 ausgeführt, auch Akte staatlicher Praxis, so trägt sie hierdurch auch zu einem Korpus an Praxis bei, auf dessen Grundlage es zu einer Reinterpretation einer bestehenden Vertragsnorm beziehungsweise zur Entstehung einer neuen völkergeohnheitsrechtlichen Norm kommen kann; vgl. supra 90f.

Folglich sind Akte legislativer Illegalität nach Maßgabe des Grundgesetzes ausgeschlossen. Die Bundesregierung ist zur Fortentwicklung des Rechts auf friedliche und kooperative Formen beschränkt.

III. Rechtsbruch in Notstandssituationen

Damit bleibt die Frage, ob sich die Bundesrepublik Deutschland an einem Rechtsbruch in einer Notstandssituation beteiligen darf, ob es also verfassungsrechtlich zulässig ist, völkerrechtliche Normen im Einzelfall zur Wahrung hochrangiger Rechtsgüter zu brechen. Dies war letztlich der Kern der offiziellen Rechtfertigung der Bundesrepublik im Hinblick auf eine Beteiligung an der Kosovointervention im Jahr 1999.

Gegenüber Akten der – wie soeben ausgeführt – verfassungsrechtlich unzulässigen legislativen Illegalität ist die „Eingriffstiefe“ in völkerrechtliche Normen geringer, da deren Inhalt und Bindungswirkung nicht generell in Frage gestellt wird. Vielmehr wird nur eine einzelfallbezogene, punktuelle und einer besonderen Notstandslage geschuldete Befugnis in Anspruch genommen.

Gleichwohl stellt sich der Völkerrechtsbruch aus Notstandsgesichtspunkten auch verfassungsrechtlich als unzulässig dar. Zwar kann sich eine Intervention zur Sicherung von Menschenrechten vordergründig auf die Grundzüge des im Grundgesetz verankerten positiven Friedensbegriffs berufen,¹⁹ allerdings würde dies – wie in § 14 gezeigt – den vorgängigen negativen Frieden unterlaufen und damit letztlich dem vom Grundgesetz bezweckten Friedensschutz konterkarieren. Friedenssicherung und -erhaltung ist daher in erster Linie auf eine formal-juristische Perspektive angewiesen und kann nicht Legitimitätsgesichtspunkte im Dienste einer Legalisierung an sich illegaler Maßnahmen heranziehen.

Der Appell des Grundgesetzes ist klar: Ein auf der Wahrung von Menschenrechten beruhender Frieden soll gesichert werden. Dies aber verlangt rechtmäßige Mittel, über die folglich im Rahmen des bestehenden institutionellen Systems, allem voran im Rahmen des UN-Sicherheitsrats, Einigkeit erzielt werden muss.

Das im Rahmen der völkerrechtlichen Analyse in Teil 3 und 4 eingehend analysierte moralische Dilemma zwischen Legalität und Legitimität bestehender Handlungsoptionen kann sich dabei freilich auch auf verfassungsrechtlicher Ebene stellen. Es mag Fälle geben, in denen die Wahrung des Rechts unerträglich wird, und in diesen Fällen mag der Bruch, auch des Verfassungsrechts, vorzugswürdig sein. Diese möglichen Konflikte können nicht ihrerseits in allein rechtlichen Bahnen gelöst werden. In anderen Worten, der Widerspruch zwischen Recht und Moral kann nicht durch eine *rechtliche* Befugnis zum Rechtsbruch aus moralischen Gründen gelöst werden, da dann der notwendig formale Charakter des Rechts generell zu Gunsten des wertungsabhängigen und inhaltlich weithin offenen Moral-

¹⁹ Vgl. hierzu supra 401 ff.

begriffs zurückgesetzt würde. Im Dienste der Vermeidung einer Normalisierung des Rechtsbruchs aus Legitimitätsgründen kann der Rechtsbruch aus moralischen Gründen daher nicht in den Bereich verfassungsrechtlicher Legalität gezogen werden.

IV. Umgang mit rechtlicher Unsicherheit (Anwendungsstreitigkeiten und Grauzonen des Rechts)

Eine wichtige und sehr praxisrelevante Frage betrifft den Umgang mit rechtlicher Unsicherheit. Die Anwendung völkerrechtlicher Normen ist auf vielen Ebenen mit Unsicherheiten behaftet. Dies ist zunächst ein Charakteristikum der in § 7 diskutierten Streitigkeiten um die Anwendung des Rechts, die wir als verbreitete Quelle völkerrechtlicher Illegalität identifiziert haben.²⁰ Der Anwendungsstreit ist dadurch charakterisiert, dass die beteiligten Staaten auf der Grundlage einer plausiblen oder jedenfalls möglichen Lesart der faktischen Umstände eine nach Lage der Dinge mögliche Lesart des Rechts bemühen. Anwendungsstreitigkeiten ergeben sich zum einen aus Ungewissheiten über die Fakten, die der Rechtsanwendung voraussetzen sind. Zum anderen aber geben auch – wie wir eingehend analysiert haben – die Rechtsnormen nicht eine einzige Handlungsoption vor, sondern eröffnen einen Korridor möglicher Lesarten, innerhalb dessen eine Position rechtlich vertretbar ist.

In der konkreten Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Einsatzes oder auch nur über die völkerrechtliche Bewertung eines Konflikts, die Voraussetzung für die Abgabe beispielsweise einer Verurteilung der Intervention eines anderen Staates ist, können entsprechende Fragen auf vielen Ebenen aufkommen. Liegt beispielsweise rein faktisch eine Militärintervention vor, die dann auch noch im Rechtssinne als ein bewaffneter Angriff gewertet werden kann und somit dem (vermeintlichen) Opfer das Recht auf Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC eröffnet? Sind die rechtlichen Voraussetzungen für eine Selbstverteidigung gewahrt, ist diese also insbesondere erforderlich und verhältnismäßig? Auch im Hinblick auf UN-Sicherheitsratsresolutionen können sich Anwendungsschwierigkeiten ergeben. Der Fall Libyens und die Militärintervention des Jahres 2011 ist hierfür ein Beispiel. Zwar beteiligte sich die Bundesrepublik an der entsprechenden Mission aus politischen Gründen nicht²¹ und enthielt sich auch im UN-Sicherheitsrat bei der Abstimmung zu Resolution 1973, die ein Mandat für einen Militäreinsatz schuf.²² Der Einsatz als solcher wurde aber in der politischen Debatte in Anse-

²⁰ Vgl. supra 198 ff.

²¹ Vgl. UN-Sicherheitsrat, 6498. Sitzung, 17. März 2011, UN Doc. S/PV.6498, 5 (Deutschland): „The likelihood of large-scale loss of life should not be underestimated. If the steps proposed turn out to be ineffective, we see the danger of being drawn into a protracted military conflict that would affect the wider region. We should not enter into a militarily confrontation on the optimistic assumption that quick results with few casualties will be achieved.“

²² UN-Sicherheitsrat, Resolution 1973, 17. März 2011, UN Doc. S/RES/1973, Abstimmungs-

hung des UN-Mandats durchaus als rechtmäßig erachtet,²³ „angesichts sowohl außenpolitisch als auch militärisch erheblicher Gefahren und Risiken“²⁴ aber abgelehnt. Eine – an sich denkbare – Beteiligung hätte für die Bundesrepublik jedenfalls aber die Frage aufgeworfen, ob nicht ab einem bestimmten Punkt die Autorisierung des UN-Sicherheitsrats aus Resolution 1973 überschritten worden wäre. Denn die Autorisierung erfolgte nur zum Schutz der Zivilbevölkerung,²⁵ und es ist Gegenstand von Kontroversen, ob die militärische Unterstützung der Opposition bis hin zum Sturz der Regierung Muammar al-Gaddafi tatsächlich noch als eine zum Schutz der Zivilbevölkerung erforderliche militärische Maßnahme gewertet werden kann.²⁶ Insoweit stellen sich komplizierte Fragen der Rechtsanwendung, für die ein eindeutiges Ergebnis aus der Resolution selbst nicht zu erlangen ist, sondern für die ein profundes Maß an Unsicherheit besteht. Entscheidend sind diese Anwendungsfragen aber gleichwohl, da eine Überschreitung des Rechtsrahmens der Resolution unmittelbar in den Verbotsbereich der Artikel 25 Satz 1 und 26 GG führen würde.²⁷

Noch deutlicher tritt die rechtliche Unsicherheit dort zu Tage, wo sich rechtliche Grauzonen herausgebildet haben. Bei diesen Grauzonen handelt es sich um Rechtsbereiche, in denen sich auf der Grundlage staatlicher Praxis bestimmte Fragen als ungeklärt darstellen. Grauzonen entstehen, wenn solche Fragen in der Praxis wiederholt aufkommen, aber einer internationalen Klärung nicht zugeführt werden. Mehr noch, wie wir gesehen haben, fördern Staaten mitunter die Herausbildung von Grauzonen und tragen aktiv zu deren Unterhaltung bei. Nicht zuletzt verfolgt dies den Zweck, eine rechtliche Entwicklung zu ermöglichen, die im dezentralisierten internationalen System zumeist inkrementell erfolgt und insoweit lange Phasen der Unsicherheit erforderlich macht, damit während solcher Transformationsphasen eine neue Rechtsnorm oder jedenfalls eine neue Interpretation einer bestehenden Rechtsnorm Konturen gewinnen kann. Gegenwärtig für die Staatspraxis der Bundesrepublik Deutschland relevante Fälle solcher Grauzonen des Rechts sind zum einen die Möglichkeiten der Ausübung eines (kollektiven) Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure, aber auch die Zulässigkeit der Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger aus Krisensituationen.

Für die Handlungsoptionen der Bundesrepublik im Umgang mit rechtlicher Unbestimmtheit in der Anwendung des Rechts im Allgemeinen und den Grau-

ergebnis: ja: 10; nein: 0; Enthaltung: 5 – Brasilien, China, Bundesrepublik Deutschland, Indien, Russland.

²³ Vgl. z. B. den Beitrag von Rainer Stinner (FDP), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/97, 18. März 2011, 11148(B).

²⁴ Bundesaußenminister Guido Westerwelle (FDP), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/97, 18. März 2011, 11139(A).

²⁵ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1973, 17. März 2011, UN Doc. S/RES/1973, para. 4.

²⁶ Vgl. dazu supra 200, wo der Streit um die Reichweite von Resolution 1973 als ein Fall des Streits um die Anwendung des Rechts (§7) charakterisiert wird.

²⁷ *Tomuschat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §226, Rn. 21.

zonen des Rechts im Besonderen stellt sich die Frage, wie aktiv sich die Bundesregierung und der Bundestag hierbei positionieren dürfen. Dürfen sie beispielsweise militärische Interventionen beschließen, wenn deren Legalität nicht eindeutig abgesichert ist? Wie viel Rechtssicherheit ist erforderlich? Dürfen Bundesregierung und Bundestag gar bis an die Grenze des Vertretbaren gehen, bis kurz vor die sinnbildliche rote Linie, ab der sich eine Anrufung des Rechts als eine letztlich bloß kaschierte Missachtung des Völkerrechts oder gar eine zynische Anrufung darstellt – wie wir es beispielsweise für die Rechtfertigung der USA im Hinblick auf die Militärintervention im Irak 2003 herausgearbeitet haben?²⁸

An dieser Stelle eröffnen sich zwei unterschiedliche Weisen des möglichen Umgangs mit der völkerrechtlichen Rechtsunsicherheit. Erstens kann die Unsicherheit als ein Ermöglichungsraum gedeutet werden. In anderen Worten, rechtliche Unsicherheit – insbesondere in den Grauzonen des Rechts – bedeutet immerhin auch, dass eine Lesart des Rechts als *möglich* anzusehen ist und damit jedenfalls wohl kein evidenter Völkerrechtsverstoß vorliegt. *Eine* Lesart der Verfassung, insbesondere des verfassungsrechtlichen Friedensgebots wäre also, in Abwesenheit eines klaren und unter juristischer Perspektive eindeutigen Verbots einer Intervention von einer Erlaubnis auszugehen. In diese Richtung argumentiert etwa Alexander Proelß, der in Ansehung beträchtlicher Unsicherheiten des internationalen Friedenssicherungsrechts argumentiert, es liege nahe, „keine zu hohen Erwartungen an eine völkerrechtsfreundliche bzw. -konforme Auslegung des Friedensgebots des Grundgesetzes zu stellen“.²⁹

Diese Lesart wird letztlich auch unterstützt von Positionierungen, die den Bereich der auswärtigen Politik, der Völkerrechtspolitik und des Völkerrechts selbst als einen primär einer Exekutivprärogative unterstehenden Bereich konzipieren. Stefan Oeter zum Beispiel betont im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht, dass dessen Regeln einen „Gutteil politischer Dezsion, und nicht nur Kognition vorhandenen Rechts“ verlangten. Hierfür aber sei „eher die Bundesregierung als primärer Träger der auswärtigen Gewalt berufen“.³⁰

Die *andere* Möglichkeit des Umgangs mit rechtlicher Unsicherheit liegt darin, in diesen Fällen von einer Militärintervention Abstand zu nehmen und stattdessen den rechtlich abgesicherten Weg zu beschreiten, sei es durch ein weiteres Bemühen um eine politische Lösung, sei es durch weitere diplomatische Bestrebungen, dahingehend ein Mandat des UN-Sicherheitsrats für eine Militärintervention zu schaffen.

Diese zweitgenannte Lesart wird durch eine Gesamtschau auf relevante Vorschriften des Grundgesetzes, allen voran der Artikel 25 und 26 Abs. 1 GG und den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, unterstützt. Das Ziel der Friedenswahrung ist ein normativer Eckpfeiler der grundgesetzlichen

²⁸ Vgl. supra 212–215.

²⁹ Proelß, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 10.

³⁰ Oeter, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 42 (2000), 89 (95).

Ordnung, was sich an der Verstrickung des völkerrechtlichen Gewaltverbots mit den Normen der Verfassung zeigt. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hat dabei nicht ein bloß abstraktes Bekenntnis zur Form des Völkerrechts zum Gegenstand, sondern birgt eine Verpflichtung zu einem Multilateralismus, dessen Fokus auf den auf universale Mitgliedschaft angelegten Vereinten Nationen liegt.

Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgt die grundsätzliche Pflicht, Verletzungen des Völkerrechts zu unterlassen.³¹ Dieser Grundsatz gilt im Hinblick auf etwaige Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot auch für Konstellationen, in denen die Rechtslage nicht gänzlich klar ist. Denn der Einsatz von militärischer Gewalt ist gerade das, was die gesamte Rechtsordnung verhindern soll. Insoweit ist Bardo Fassbender zuzustimmen:

„Aus all dem ergibt sich, daß das Grundgesetz keine Verfassung ist, die es ihren Organen erlaubt, bis an die Grenzen des völkerrechtlich Zulässigen zu gehen oder dogmatischen Streit auszunutzen, um in möglichst unbeschränkter nationaler Freiheit militärische Gewalt im und gegen das Ausland anzuwenden. Vielmehr ist das Grundgesetz über den umstrittenen Buchstaben des Völkerrechts hinaus dem Geist der im Zeichen der Vereinten Nationen errichteten Friedensordnung verpflichtet.“³²

Aus der Verbindung von grundgesetzlicher und völkerrechtlicher Ordnung und aus der zentralen Stellung, die das Friedensgebot unter dem Grundgesetz einnimmt, folgt damit der Grundsatz, dass die Anwendung militärischer Gewalt allein dann erfolgen kann, wenn – im Wege der Ausnahme – eine *sichere rechtliche Grundlage* besteht. Im Gegensatz zu den politischen Debatten zum Kosovoeinsatz,³³ in denen (im Hinblick auf die Legalität humanitärer Interventionen nach hier verfochtenem Standpunkt sogar unzutreffenderweise) eine *Vertretbarkeit der Rechtfertigung* des Einsatzes und damit eine ausreichende Rechtsgrundlage für einen Einsatzbeschluss gesehen worden ist,³⁴ ist in Ansehung des fundamentalen Status des Friedensgebots im Rahmen des Grundgesetzes eine sichere rechtliche Grundlage für einen Einsatz der Bundeswehr zu verlangen.³⁵

³¹ BVerfGE 112, 1, 26; vgl. supra 400.

³² Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, §244, Rn. 49.

³³ Vgl. supra 460.

³⁴ Vgl. supra 460 (insbesondere Fn. 13f.).

³⁵ Gegen das Erfordernis einer solchen sicheren Rechtsgrundlage für Militäreinsätze kann auch nicht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren betreffend den Bundeswehreinsatz in Syrien angeführt werden. Dort hat das Bundesverfassungsgericht zwar in der Tat im Hinblick auf ein aus Art. 51 UNC folgendes Selbstverteidigungsrecht gegen nichtstaatliche Akteure ausgeführt, dass es „zumindest vertretbar [erscheint], Angriffe nichtstaatlicher Akteure als in den Sinn und Zweck des Selbstverteidigungsrechts, eine effektive Verteidigung bis zum Tätigwerden des Sicherheitsrats zu ermöglichen, einbezogen anzusehen“ (BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 50). Allerdings betrifft dieser Maßstab der Vertretbarkeit allein die Frage, ob sich die Bundesregierung in ihrer Interpretation von Art. 51 UNC so weit vom ursprünglichen Text der UN-Charta entfernt hat, dass es einer erneuten parlamentarischen Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG bedürfe. Dies hat das Bundesverfassungsgericht verneint. Mangels einer Prüfung der materiellen Völkerrechts- und Verfassungskonformität hat das

Auflockerungen dieses Grundsatzes sind allein unter zwei (kumulativen) Voraussetzungen denkbar. Erstens, die rechtliche Basis des Einsatzes bewegt sich mindestens in einem Bereich, den wir als eine „helle Grauzone des Rechts“ bezeichnen können.³⁶ Wenngleich also im Hinblick auf das Bestehen der Rechtsgrundlage Restunsicherheiten verbleiben können, so müssen doch gewichtige Argumente für deren Bestehen sprechen. Beispielfhaft können wir an die Möglichkeit der Rettung eigener Staatsangehöriger aus existenziellen Notlagen im Ausland denken. Obwohl eine gewisse staatliche Praxis in dieser Hinsicht besteht, kann es nicht als gänzlich gesichert und unumstritten angesehen werden, dass solche Rettungsmissionen entweder als Fall der Selbstverteidigung nach Artikel 51 UNC oder als eigenständiger völkerrechtlicher Tatbestand anerkannt sind.³⁷ Gleichwohl bewegt sich die Anrufung eines entsprechenden Rechts angesichts einer nicht unerheblichen Staatspraxis doch in einem – um im Bild zu bleiben – hellen Bereich der Grauzone.

Die zweite Voraussetzung aber besteht in einer Folgenabwägung, welche die Schwere einer in Frage stehenden Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots in Betracht zieht. Pointiert formuliert: Wenn die Unsicherheit über die Existenz einer Rechtsgrundlage gering ist, andererseits aber zugleich keine wesentlichen Beeinträchtigungen staatlicher Interessen durch die Vornahme der fraglichen Maßnahme bestehen, dann spricht vieles dafür, dass auch vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Wertungen eine Intervention erfolgen kann. Im Hinblick auf die Rettung von Staatsangehörigen aus Notlagen wäre also zu berücksichtigen, dass eine bloße Evakuierungsmision eine sehr begrenzte Beeinträchtigung der Souveränität bedeutet. Wenn sie im Idealfall sogar unbewaffnet oder allenfalls unter Bewaffnung zur Eigensicherung der eingesetzten Soldateninnen und Soldaten erfolgt, so begründet die Intervention keine weitere Konfliktgefahr und auch die Eskalationsrisiken sind begrenzt.³⁸ Etwas anderes gälte dann, wenn es um umfangreiche Evakuierungen ginge, die mit einer längerfristigen Militäroperation verbunden wären, denn eine solche könnte vom betroffenen Staat als Aggression eingeordnet werden und würde die ohnehin umstrittene Rechtsgrundlage eindeutig überschreiten.

Durch eine solche Abwägung kann einerseits der völkerrechtlichen Unsicherheit Rechnung getragen werden. Gleichzeitig aber wird auch anerkannt, dass die nur punktuelle Beeinträchtigung der Souveränität und des Rechts gegenüber den zu schützenden Gütern nicht schwer ins Gewicht fällt und folglich eine punktuelle Rettungsmision als zulässig erachtet werden kann.

Bundesverfassungsgericht zu den materiell-rechtlichen Anforderungen an Auslandseinsätze der Bundeswehr indes keine Aussage getroffen. Auf diese Probleme der rechtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr wird in § 18 einzugehen sein.

³⁶ Diesen Begriff verwendet Claus Kreß, der im Hinblick auf das Recht auf Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure von einer „light grey‘ area of the international law on the use of force“ spricht – Kreß, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 11 (53).

³⁷ Vgl. supra 64–67.

³⁸ Nolte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941 (951).

Eine andere Lage ergäbe sich aber beispielsweise im Hinblick auf die Möglichkeit der Selbstverteidigung gegen nichtstaatliche Akteure. Auch in dieser Hinsicht besteht zwar – wie dargelegt – eine rechtliche Grauzone. Die in Rede stehende Beeinträchtigung der Souveränität des betroffenen Staates sowie des völkerrechtlichen Gewaltverbots aber ist deutlich schwerer wiegend, denn sie geht – beispielsweise im Falle der Afghanistanintervention 2001 oder im Falle des Einsatzes gegen den Islamischen Staat auf syrischem Territorium seit 2014 – mit auf Dauer angelegten militärischen Aktionen und im Falle Afghanistans gar mit einem Sturz der Talibanregierung einher.

Die Schlussfolgerung aus all dem ist, dass im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung im Grundsatz eine sichere Rechtslage für eine Militärintervention gegeben sein muss. Ausnahmen können allenfalls dann angenommen werden, wenn für eine Intervention ungeachtet des Mangels einer allgemein akzeptierten Rechtsgrundlage doch starke Argumente für die Legalität sprechen („helle Grauzone“) und zugleich die angedachte Operation nur eine punktuell sehr begrenzte Beeinträchtigung der Souveränität eines anderen Staates begründen würde.

V. Pflichten betreffend die Anrufung des Rechts

In unserer Analyse von Typen der Illegalität hat sich gezeigt, dass die Unterlassung der Anrufung des Rechts eine signifikante Fallgruppe darstellt.³⁹ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung sind drei Folgerungen in dieser Hinsicht geboten: Erstens: Die Bundesrepublik sollte für Militäreinsätze, an denen sie beteiligt ist, eine völkerrechtliche Grundlage formulieren. Zweitens: Rechtswidrige Militärinterventionen anderer Staaten dürfen weder durch rechtliche noch durch politische Erklärungen unterstützt werden. Drittens: Es kann sich aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit die Pflicht zur Positionierung zum Rechtsverstoß durch einen anderen Staat ergeben.

1. Darlegung der völkerrechtlichen Grundlage für Bundeswehreinsätze

Es entspricht der heute gängigen Praxis, dass die Bundesregierung in dem dem Bundestag vorgelegten Mandat Ausführungen zur völker- und verfassungsrechtlichen Grundlage trifft. Für die Möglichkeit der Bewertung eines Einsatzes durch Parlament und Öffentlichkeit erweist sich dies als zentral. Gerade weil der Inhalt völkerrechtlicher Normen oft umstritten ist, kommt es entscheidend darauf an, dass die Bundesrepublik die von ihr angerufenen Rechtsnormen und die entsprechend angelegte Interpretation des Rechts in nachvollziehbarer Weise darlegt.

³⁹ Vgl. supra 327 ff. (hinsichtlich der völkerrechtlichen Ebene); 455 ff. (hinsichtlich der bundesdeutschen Praxis).

2. Verbot der verbalen Unterstützung rechtswidriger Interventionen anderer Staaten

Als in der Praxis problematischer erweisen sich Positionierungen der Bundesregierung im Hinblick auf völkerrechtswidrige Interventionen anderer Staaten. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist auch im Hinblick auf diese Konstellationen relevant. Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus, dass „die deutschen Staatsorgane – unter hier nicht näher zu bestimmenden Voraussetzungen – auch verpflichtet sein [können], das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen“.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht erkennt also die Pflicht der Bundesrepublik an, sich unter bestimmten Umständen aktiv gegen einen Völkerrechtsverstoß zu positionieren. Hierin enthalten ist damit jedenfalls die Pflicht, Völkerrechtsverstöße anderer Staaten nicht aktiv zu befürworten und verbal zu unterstützen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf Stellungnahmen, die eine illegale Militärintervention als rechtmäßig anerkennen, als auch mit Blick auf Stellungnahmen, die derartige rechtswidrige Einsätze in allein politischer Sprache unterstützen. Denn auch die politische Unterstützung eines rechtswidrigen Einsatzes verleiht diesem Einsatz im dezentralen völkerrechtlichen System Legitimität und kann von anderen Staaten gegebenenfalls sogar als Ausdruck der Befürwortung der Völkerrechtskonformität gewertet werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die seitens der Bundesregierung erklärte Unterstützung des gegen syrische Militäranlagen gerichteten, in Reaktion auf einen Giftgaseinsatz auf syrischem Gebiet ausgeführten Vergeltungsschlages durch die USA, Frankreich und das Vereinigte Königreich als mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes unvereinbar.⁴¹

3. Pflicht zur Geltendmachung der Verletzung des Völkerrechts durch andere Staaten

Das Bundesverfassungsgericht sieht es als Ausdruck eines Bekenntnisses des Grundgesetzes zum Völkerrecht, dass auch in Konstellationen, in denen das Völkerrecht durch andere Staaten gebrochen wird, die Bundesrepublik verpflichtet sein kann, dieses – sofern möglich – zur Geltung zu bringen. Die Wendung „im eigenen Verantwortungsbereich“⁴² betont dabei eine Beschränkung solcher Pflichten zur Geltendmachung im Rahmen der Kompetenzen der Bundesregierung.

Unter welchen Voraussetzungen eine Pflicht zur Geltendmachung völkerrechtlicher Normen (beziehungsweise zur Verurteilung von Verstößen) angenommen werden kann, ist mit einigen Unwägbarkeiten verbunden. Nicht zuletzt hat auch das Bundesverfassungsgericht die Voraussetzungen einer Pflicht zur Geltendma-

⁴⁰ BVerfGE 112, 1, 26.

⁴¹ Vgl. m. w. N. supra 455 f.

⁴² BVerfGE 112, 1, 26.

chung des Völkerrechts ausdrücklich offengelassen. Die Frage ist folglich mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet. Vieles spricht dafür, drei Kriterien für das Vorliegen einer solchen Pflicht anzulegen, nämlich erstens die abstrakt-generelle Bedeutung der verletzten Norm, zweitens die Schwere der Verletzung des Völkerrechts im konkreten Fall und drittens die Nähe der Bundesrepublik zum völkerrechtswidrigen Geschehen.

Unzweifelhaft ist das völkerrechtliche Gewaltverbot eine fundamentale Norm, so dass die erste Voraussetzung für den uns interessierenden Bereich stets erfüllt ist. Die zweite Voraussetzung darf als gegeben angesehen werden, sofern wir es mit einer schwer wiegenden Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu tun haben, also insbesondere mit Fällen der Aggression. Die erforderliche Nähe der Bundesrepublik Deutschland kann auf verschiedene Weisen begründet werden, etwa durch eine geographische Nähe des Geschehens oder durch eine anderweitige Involviertheit der Bundesrepublik in das Geschehen.

* * *

Die Verbindung zwischen der in Teil 3 entwickelten Typologie der Illegalität einerseits und der grundgesetzlichen Ordnung andererseits zeigt, dass nicht alles, was in der Theorie und in der Praxis eine völkerrechtliche Verankerung hat, auch nach Maßgabe des Verfassungsrechts der Bundesrepublik zu Gebote steht. Rechtsbrüche zur Fortentwicklung des Rechts (legislative Illegalität) ebenso wie punktuelle Rechtsbrüche aus Notstandsgesichtspunkten spielen im Rahmen des völkerrechtlichen Systems durchaus eine Rolle. Das Grundgesetz aber weist einen spezifischen, auf Kooperation und Multilateralismus angelegten Zugang zum Völkerrecht auf, der keinen Raum für unilaterale und konfrontative Zugänge zum Völkerrecht lässt. In diesem Sinne trifft letztlich das Grundgesetz eine Festlegung auf den vierten der in § 13 Abschnitt 4 beschriebenen Zugänge zum Völkerrecht.⁴³ Das Grundgesetz zielt auf eine Stärkung der Normen des völkerrechtlichen Gewaltverbots und auf deren Konkretisierung. Die zulässigen Mittel hierfür aber beschränken sich auf multilaterale und kooperative Formen, da jedweder konfrontativer und mit Rechtsbrüchen operierender Zugang zum Völkerrecht letztlich die Gefahr dafür steigert, dass die an sich zu erhalten und zu festigen erstrebte internationale Ordnung unterminiert und geschwächt wird.

⁴³ Vgl. supra 373 f.

§ 18. Rechtsschutz gegen Völkerrechtsverstöße

Vor dem Hintergrund einer nicht unbeachtlichen Zahl von Verstößen gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot (und damit auch gegen deutsches Verfassungsrecht) stellt sich die Frage, wie innerhalb der deutschen Rechtsordnung gegen derartige Verstöße Rechtsschutz zu erreichen ist. Im Folgenden wollen wir diese Möglichkeiten in den Blick nehmen. Dafür untersuchen wir zunächst die vor dem Bundesverfassungsgericht bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten (I.). Dann wenden wir uns dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu (II.) und hernach Verfahren vor den Strafgerichten (III.). Dieser übergreifende Blick auf die Möglichkeiten des Rechtsschutzes wird ein erhebliches Defizit der Rechtsschutzmöglichkeiten offenbaren. Vor diesem Hintergrund schließen sich unter IV. einige grundsätzliche Überlegungen zur Justiziabilität von Akten auswärtiger Gewalt an. Das Kapitel endet mit dem Plädoyer, dass es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit geboten ist, durch Schaffung eines neuen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht die Überprüfbarkeit der Völker- und Verfassungsrechtskonformität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr zu ermöglichen.

I. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht

Der Rechtsschutz im Hinblick auf Fragen der Völker- und Verfassungsrechtskonformität staatlicher Akte im Bereich der auswärtigen Gewalt betrifft Kernfragen der Ausübung staatlicher Gewalt. Insoweit scheint das Bundesverfassungsgericht der naheliegende Ort für die Realisierung von Rechtsschutz. Zur Prüfung der Völkerrechts- und Verfassungskonformität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr sind vor dem Bundesverfassungsgericht drei Verfahrensarten von Belang: das Organstreitverfahren nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 1 GG (1.), die abstrakte Normenkontrolle nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (2.) sowie die Verfassungsbeschwerde gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a GG (3.).

1. Organstreitverfahren (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 1 GG)

Die zentrale Verfahrensart, in der um den Rechtsrahmen und die Legalität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr gestritten wird, sind Organstreitverfahren nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG. Das Organstreitverfahren dient gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zur Klärung von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans

und anderer Beteiligter, die durch das Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind.

Als Antragsteller im Organstreitverfahren kommen die Fraktionen des Deutschen Bundestages in Betracht. Für sie ist anerkannt, dass sie im Organstreit eigene Rechte sowie in Prozesstandschaft die Rechte des Bundestages geltend machen können.¹ Für die Überprüfung von Auslandseinsätzen beziehungsweise des relevanten Rechtsrahmens allein von Belang sind etwaige Verletzungen von Rechten des Bundestages, da originäre Fraktionsrechte im Hinblick auf Auslandseinsätze nicht in Betracht kommen.² Die Möglichkeit zur Geltendmachung dieser Rechte im Wege der Prozesstandschaft soll einen effektiven Minderheitenschutz ermöglichen, so dass eine Parlamentsminderheit in den Stand gesetzt wird, Parlamentsrechte sowohl gegen die Bundesregierung als auch gegen die die Bundesregierung politisch stützende Mehrheit des Parlaments geltend zu machen.³ Im Zentrum des Organstreitverfahrens steht vorliegend also der Schutz von Organrechten des Bundestags, die einzelne Fraktionen des Bundestags geltend machen können.

a) Keine Geltendmachung von Verstößen gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot

Geht es im Rahmen von Organstreitverfahren um die Sicherung von Organrechten, so ist im Grundsatz eine von der Geltendmachung spezifischer Rechte losgelöste Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit des Handelns eines obersten Bundesorgans ausgeschlossen.⁴ Im Hinblick auf den Einsatz der Bundeswehr im Kosovokrieg im Jahr 1999 beehrte die PDS-Fraktion im Organstreitverfahren den Erlass einer einstweiligen Anordnung, um hierdurch die deutsche Beteiligung zu verhindern. Der Senat verwarf den Antrag gemäß § 24 BVerfGG als offensichtlich unbegründet, da eine Antragsbefugnis nicht bestehe. Damit stellte das Gericht klar, dass eine Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit eines Militäreinsatzes im Wege des Organstreitverfahrens nicht erfolgen könne. Das Organstreitverfahren diene nicht einer „allgemeinen Verfassungsaufsicht“.⁵

Ein Organstreitverfahren muss sich also stets auf ein potenzielles Recht des Antragstellers beziehen, das in einem kontradiktorischen Verfahren gegen ein anderes Verfassungsorgan geltend gemacht wird.⁶ In einer Vielzahl von Verfahren hinsichtlich Auslandseinsätzen der Bundeswehr war das streitgegenständliche Recht das Bestehen und die Reichweite des vom Bundesverfassungsgericht etablierten Grundsatzes der Parlamentsbeteiligung in der Entscheidung über den Auslands-

¹ BVerfGE 45, 1, 28; 67, 100, 125; 131, 152, 190; 139, 194, 220 (Rn. 96); 140, 115, 138 f. (Rn. 56); 142, 25, 49 (Rn. 66); BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 26.

² Vgl. BVerfGE 100, 266, 270.

³ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 26.

⁴ BVerfGE 104, 151, 193 f.; BVerfGE 118, 244, 257; 126, 55, 67 f.; 140, 1, 21 f.; 143, 1, 8; 150, 194, 200; BVerfG, Beschluss vom 11. Dezember 2018, 2 BvE 1/18, Rn. 18; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 28.

⁵ BVerfGE 100, 266, 268.

⁶ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 93, Rn. 99.

einsatz der Bundeswehr. Bereits der Kosovo-Einsatz aber zeigt die Begrenztheit dieses Rechts. Hier nämlich hatte der Bundestag den Einsatz beschlossen und die eigentliche Problemlage, die im Hinblick auf die Völkerrechtswidrigkeit des Einsatzes bestand, konnte nicht zum Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung gemacht werden.

Der im Wesen des Organstreits angelegte Fokus auf Rechte der Staatsorgane hat zur Folge, dass Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots ebenso wie Verstöße gegen das Verbot der Vorbereitung und Führung eines Angriffskrieges im Wege des Organstreits nicht direkt geltend gemacht werden können, da Artikel 26 Abs. 1 GG Staatsorganen keine Rechte verleiht.⁷

b) Begrenzter Rechtsschutz gegen die Fortentwicklung von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit, Artikel 59 Abs. 2 GG

Einen möglichen Ansatzpunkt für die Verletzung von Rechten des Bundestages bildet Artikel 59 Abs. 2 GG i. V. m. Artikel 24 Abs. 2 GG. Hier geht es um die rechtliche Grundlage von Einsätzen der Bundeswehr, die im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgen. Nach Artikel 59 Abs. 2 GG muss der Bundestag bei internationalen Verträgen, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, seine Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes erklären. Der Beitritt zu Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit erfolgt durch völkerrechtlichen Vertrag und bedarf daher der Zustimmung des Bundestags. Diese Zustimmung aber ist kein einmaliger Mitwirkungsakt, sondern bedeutet „die dauerhafte Übernahme von Verantwortung für das im Vertrag und im Zustimmungsgesetz festgelegte politische Programm“.⁸ In anderen Worten, der Beitritt und darauf bauend das Zustimmungsgesetz beziehen sich auf ein konkretes friedenssicherndes Regelwerk. Dieses ist auf der Grundlage der Interpretationsvorschriften der WVK (beziehungsweise auf der Grundlage der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung) auszulegen und kann auch fortentwickelt werden. Im Regelfall bedarf es hierbei keiner erneuten Beteiligung des Parlaments. Es kann allerdings eine so weit gehende und schwer wiegende Fortentwicklung vorliegen, dass im Hinblick auf den Einzelfall eine erneute Zustimmung gleichwohl erforderlich wird.⁹

Hier besteht ein erhebliches Spannungspotenzial. Völkerrechtliche Verträge werden durch die Praxis der Staaten konkretisiert und fortentwickelt und insoweit kann es zu einer gegenüber der vertraglichen Ausgangsposition erheblich abweichenden Ausrichtung des Vertrages kommen.

⁷ Proelß, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 227, Rn. 27; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 19.

⁸ BVerfGE 118, 244, 258; BVerfGE 104, 151, 209; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 33.

⁹ Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 30.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu entschieden, dass im Grundsatz eine Konkretisierung und Fortbildung eines völkerrechtlichen Vertrages auch ohne eine weitere Einbindung des Bundestages zulässig sei.¹⁰ Sie wird auch vom Gesetzgeber antizipiert und kann im Hinblick auf die Dynamik der Entwicklung völkerrechtlicher Normen auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Eine Konkretisierung des Vertrags sowie eine Ausfüllung des Integrationsprogramms obliegen der Bundesregierung,¹¹ wobei ihr im Bereich der auswärtigen Beziehungen grundsätzlich ein weit bemessener Entscheidungsspielraum zukommt.¹²

Ungeachtet dessen bestehen aber Grenzen der Fortentwicklung des Rechtsrahmens für Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Sollen nämlich wesentliche Abweichungen von der völkerrechtlichen Grundlage vorgenommen werden oder ist durch eine Änderung die Identität des Vertrags betroffen, so wäre die Praxis auf der Grundlage eines derart verstandenen Vertrags nicht mehr vom ursprünglichen Zustimmungsgesetz gedeckt. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht entschieden:

„Betreibt die Bundesregierung die Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit jenseits der ihr erteilten Ermächtigung – *ultra vires* –, wird der Bundestag in seinem Recht auf Teilhabe an der auswärtigen Gewalt verletzt, weil er den Vertrag, wie er sich dann in seiner tatsächlichen Handhabung durch die Vertragsparteien darstellt, nicht mehr mitverantwortet [...]“¹³

Das Kriterium für die Entscheidung, ob die Regierung den Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit in einer vom ursprünglichen Vertrag nicht mehr gedeckten Weise fortentwickelt, ist, ob wesentliche Abweichungen von der Vertragsgrundlage und den Strukturentscheidungen des Vertragswerks vorliegen oder es um die Identität des Vertrags betreffende Änderungen geht, so dass die Grundlage des im Vertrag festgeschriebenen politischen Programms verlassen wird.¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits in einer Reihe von Fällen über mögliche Verletzungen von Artikel 59 Abs. 2 GG durch eine Fortentwicklung von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu entscheiden, hat eine Verletzung aber stets abgelehnt. Im *Streitkräfte*-Urteil des Jahres 1994 (BVerfGE 90, 286) ging es um einen UN-mandatierten NATO-Einsatz zur Seeraumüberwachung des gegen die Föderative Republik Jugoslawien verhängten Handelsembargos im Sommer 1992. Streitgegenständlich war zudem die Entsendung von NATO-AWACS-Flugzeugen nach Bosnien-Herzegowina zur Überwachung eines vom UN-Sicherheitsrat erlassenen Flugverbots. Schließlich streitgegenständlich war auch die deutsche Beteiligung an einer UN-Friedensmission in Somalia (UNOSOM II). Im Kern ging es in dem Verfahren darum, ob die Betätigung der NATO auch außerhalb

¹⁰ BVerfGE 118, 244, 259; 121, 135, 158.

¹¹ BVerfGE 104, 151, 207.

¹² BVerfGE 121, 135, 158.

¹³ BVerfGE 118, 244, 260; vgl. bereits BVerfGE 104, 151, 209f.; sowie BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 36.

¹⁴ BVerfGE 104, 151, 195/210; 118, 244, 260; 121, 135, 158; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 36f.

von Zwecken der Verteidigung der Bündnisstaaten durch Beteiligungen an friedenssichernden und friedensschaffenden Maßnahmen in Drittstaaten noch vom ursprünglichen Text des NATO-Vertrags gedeckt war (*out-of-area*-Einsätze). In dieser Hinsicht befanden immerhin vier Mitglieder des Senats, dass die Maßnahmen der Bundesregierung bereits Rechte des Parlaments aus Artikel 59 Abs. 2 GG unmittelbar gefährdeten und ein Verstoß gegen Artikel 59 Abs. 2 GG festzustellen sei. Hintergrund war, dass nach Auffassung dieser Richter „der Vertrag gewissermaßen ‚auf Räder gesetzt‘“ worden sei.¹⁵ Die die Entscheidung tragenden Mitglieder des Senats stellten dagegen darauf ab, dass es sich formal nicht um eine Änderung des NATO-Vertrages handle.¹⁶ Die abweichenden Stimmen argumentierten dagegen, dass eine Neuausrichtung eines Vertrages auch ohne förmliche Änderung auf den Weg gebracht werden könne und daher dem Bundestag zur erneuten Zustimmung vorzulegen sei.¹⁷ Wegen der Stimmgleichheit zu diesem Punkt wurde ein Verfassungsverstoß allerdings nicht festgestellt.¹⁸ Inzwischen hat sich die Rechtsprechung zu diesem Punkt gefestigt.¹⁹

Im Hinblick auf die Rechte des Parlaments ist die Entscheidung höchst problematisch, da sie einen allein formal-juristischen Blick auf die Frage einer Änderung des Vertragswerks für ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit wirft.²⁰ Dabei stellt sie nicht hinreichend in Rechnung, dass es völkerrechtlich oftmals nicht möglich ist, klar zwischen Vertragsinterpretation und Vertragsänderung zu unterscheiden,²¹ wie auch die die Entscheidung nicht tragenden Mitglieder des Senats beton-

¹⁵ BVerfGE 90, 286, 373.

¹⁶ Vgl. in diesem Sinne auch Georg Nolte, der betont, dass die „neuen Aufgaben“ von NATO und WEU nicht in einem Rechtssinne neu seien, sondern bereits in den Gründungsverträgen angelegt, *Nolte*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 54 (1994), 95 (121).

¹⁷ BVerfGE 90, 286, 376: „Die Bundesregierung hat demgemäß im Falle eines von ihr selbst so bezeichneten ‚fortschreitenden Umgestaltungsprozesses des Bündnisses‘ dem Gesetzgeber das neue strategische Konzept – hier die Mitwirkung an Friedensmissionen der Vereinten Nationen – zur Zustimmung vorzulegen, auch wenn es nicht in das Gewand eines völkerrechtlichen Änderungsvertrags gekleidet ist. Denn die Rechte des Bundestages sind bereits dann unmittelbar gefährdet, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Bundesregierung gemeinsam mit den anderen Vertragspartnern entsprechend dem neuen Aufgabenkonzept zu handeln beginnt.“

¹⁸ § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG.

¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht hielt in BVerfGE 104, 151, 207 fest, dass „eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Beteiligung der Bundesregierung an nichtförmlichen Fortentwicklungen der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen und die Steuerungswirkung des Zustimmungsgesetzes in Frage stellen, sondern die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen“ würde.

²⁰ Kritisch gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Punkt: *Eckart Klein*, in: Fischer-Lescano u. a. (Hrsg.), *Frieden in Freiheit*, 2008, S. 157 (169); *Schmahl*, in: Dreier (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes*, 2009, S. 107 (130f.).

²¹ Vgl. dazu bereits die Analyse supra 118–124; vgl. ferner die Analyse der verschiedenen Erscheinungsformen der Vertragsentwicklung und ihrer Folgen aus verfassungsrechtlicher Perspektive: *Ress*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. II, 1987, S. 1775 (1778–1785).

ten.²² Daher kann es auf der Grundlage dieser Rechtsprechung zu einer materiellen Änderung des Vertragsinhalts kommen und damit zu einer (sukzessiven) Entkoppelung von Vertrag und Zustimmungsgesetz.²³ Als „Korrektiv“ zu dieser engen Auslegung von Artikel 59 Abs. 2 GG führte das Gericht den Parlamentsvorbehalt ein, so dass das Parlament, wenn nicht in der Konkretisierung und Fortentwicklung des Rahmens auf abstrakter Ebene, so aber doch in der Entscheidung über konkrete Militäreinsätze eingebunden wird.²⁴

Im das strategische Konzept der NATO des Jahres 1999 betreffenden Verfahren (BVerfGE 104, 151) lag die diskutierte Abweichung vom NATO-Vertrag darin, dass nunmehr im Gegensatz zur klassischen Verteidigung des Bündnisgebietes auch die Möglichkeit sogenannter Krisenreaktionseinsätze vorgesehen wurde.²⁵ Zwar sah das Gericht hierin eine „im Vertrag nicht implizierte Erweiterung der Aufgabenstellung“.²⁶ Diese aber sei im Ergebnis „noch als Fortentwicklung und Konkretisierung der offen formulierten Bestimmungen des NATO-Vertrags [zu] verstehen“,²⁷ so dass es einer Zustimmung des Bundestags zum neuen strategischen Konzept der NATO nicht bedurfte. Diese Einordnung überzeugt angesichts der substanziellen Neuausrichtung der NATO gegenüber dem ursprünglichen Integrationsprogramm noch weniger als im Hinblick auf die 1994 entschiedenen *out-of-area*-Einsätze.²⁸ Sie hat zu Recht erhebliche Kritik erfahren,²⁹ denn – wie Michael Bothe

²² Die die Entscheidung nicht tragenden Mitglieder des Senats argumentierten insoweit zutreffend: „Die Tatsache, daß der Verfassungsgeber in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG den gesetzgebenden Körperschaften nur für eng begrenzte Tatbestände Mitwirkungsrechte im Bereich der auswärtigen Politik eingeräumt hat, schließt seine Anwendung auf völkerrechtliche Äußerungs- und Handlungsformen nicht aus, die potentiell auf die Änderung eines politischen Vertrages angelegt sind. Gegenstand der Zustimmung ist nicht etwa eine politische Absichtserklärung, eine Vorform oder ein Ersatzprodukt des Vertrages, sondern die Vertragsänderung mit dem in den einverständlichen Erklärungen formulierten Inhalt. Diese wird – gleichgültig, ob die Bundesregierung sie formal als Änderungsvertrag zum Abschluß bringt – zum Schutze des Mitwirkungsrechtes des Gesetzgebers zur Abstimmung gestellt. Denn Sinn und Zweck dieser Norm wollen die Gefahr bannen, daß der Gesetzgeber unversehens mit völkerrechtlichen Pflichten konfrontiert wird, die er durch einen späteren Einspruch nicht mehr aus der Welt schaffen kann. Diese Regelungsabsicht würde angesichts der zerfließenden Formen völkerrechtlicher Vertragsfortbildung in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG insoweit nur auf Vertragsänderung durch Änderungsvertrag beschränken wollte.“ – BVerfGE 90, 286, 377.

²³ Vgl. Stefanie Schmahl, die die Gefahr betont, „dass eine allmähliche Inhaltsänderung des Vertrags durch rechtserhebliches Handeln unterhalb förmlicher Vertragsänderung eintritt, ohne dass innerstaatlich die gesetzgebenden Organe an dieser Entwicklung teilhaben“. – *Schmahl*, in: Dreier (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes*, 2009, S. 107 (132).

²⁴ *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (601).

²⁵ NATO, *The Alliance's Strategic Concept*, 24. April 1999, para. 31.

²⁶ BVerfGE 104, 151, 203.

²⁷ BVerfGE 104, 151, 205.

²⁸ *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), *Verfassungen*, 2008, S. 165 (174f.).

²⁹ Kritisch insoweit und eine neue Zustimmungsbedürftigkeit annehmend: *Eckart Klein/Schmahl*, *Recht und Politik* 35 (1999), 198 (205); *Wolfrum*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, 2001, S. 693 (709); *Sauer*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 62 (2002), 317 (330–341); *Baumbach*, *Vertragswandel und De-*

betont – aus „dem Bündnis zur kollektiven Selbstverteidigung der Mitglieder war ohne parlamentarische Zustimmung eine Organisation zur Förderung der Sicherheit im euroatlantischen Raum geworden“.³⁰

In der Entscheidung zum ISAF-Mandat des Jahres 2007 (BVerfGE 118, 244) ging es um die Frage, ob die Beteiligung der Bundeswehr am ISAF-Einsatz in Afghanistan noch vom ursprünglichen Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag gedeckt war. Als eine durch den ISAF-Einsatz möglicherweise betroffene wesentliche Strukturentscheidung war die regionale Zweckbindung von Maßnahmen der NATO problematisch, deren Ziel eigentlich die Verteidigung des Bündnisgebiets ist. Das Gericht entschied, dass die Annahme einer Relevanz der innerafghanischen Sicherheit auch für die Sicherheit des euro-atlantischen Raums nicht „außerhalb des Vertretbaren“³¹ liege und insoweit keine von der ursprünglichen Zweckbindung abweichende, die Grenzen der erteilten Zustimmung überschreitende Praxis gegeben sei.

Im Beschluss zum Syrieneinsatz der Bundeswehr schließlich aus dem Jahr 2019 behandelte das Gericht die Frage, ob die Anrufung des Selbstverteidigungsrechts gegen den Islamischen Staat nach Artikel 51 UNC auf eine tief greifende und strukturelle Änderung der UN-Charta abziele. Das Gericht verneinte dies und entschied, dass eine mögliche Fortentwicklung des Selbstverteidigungsrechts in Richtung einer Öffnung für Selbstverteidigungsmaßnahmen gegen nichtstaatliche Akteure nicht fundamental vom ursprünglichen Integrationsprogramm abweiche.³²

Festzuhalten ist damit, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Fortentwicklungen einer bestehenden Vertragsgrundlage das Beteiligungsrecht des Bundestags so lange nicht auslösen, wie sie noch innerhalb eines breit verstandenen Vertragsprogramms verbleiben.³³ Der Bundesregierung obliegt die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, und das Grundgesetz überlässt ihr hierfür in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts einen weiten Ermessensspielraum.³⁴

*c) Kontrolle des friedenswahrenden Charakters eines Bündnisses,
Artikel 59 Abs. 2 i. V. m. 24 Abs. 2 GG*

In seiner Entscheidung zum ISAF-Mandat hat das Bundesverfassungsgericht eine nicht unerhebliche weitere Prüfungsperspektive einbezogen, in der auch die von einem Bündnis ausgehenden Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot inzident Berücksichtigung finden können. Das Bundesverfassungsgericht prüft

mokratische Legitimation, 2008, S. 177; vgl. ferner *Paulus*, German Law Journal 3, Nr. 1 (2002), E3.

³⁰ *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), Verfassungen, 2008, S. 165 (175).

³¹ BVerfGE 118, 244, 269.

³² BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 49f.

³³ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 35.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 34.

insoweit als eine eigenständige mögliche Grundlage für eine Verletzung von Beteiligungsrechten eine mögliche Abkopplung eines Bündnisses vom in Artikel 24 Abs. 2 GG vorgeschriebenen Zweck der Friedenswahrung.³⁵ Auch insoweit wird die Völkerrechtskonformität einzelner Bundeswehreinätze nicht direkter Prüfungsgegenstand. Allerdings geht es darum,

„ob das Handeln der NATO, insbesondere einzelne Einsätze, bereits Anhaltspunkte dafür liefern, dass sich das Bündnis von seinem Gründungsvertrag entfernt, indem es seine friedenswahrende Ausrichtung aufgibt. Nur zur Klärung dieser Frage eröffnet daher Art. 24 Abs. 2 GG eine Kontrolle am Maßstab des Völkerrechts, und nur als Anhaltspunkte für einen derartigen Strukturwandel der NATO sind entsprechende Verletzungen des Völkerrechts im Organstreitverfahren verfassungsrechtlich erheblich.“³⁶

Die ursprünglich zur Beteiligung an einem friedenswahrenden Bündnis durch den Bundestag gegebene Zustimmung könnte überschritten werden, wenn dieses sich in Richtung eines aggressiven Systems entwickelte. Das Bundesverfassungsgericht erkennt in diesem Zusammenhang an, dass Verletzungen des Gewaltverbots durch ein Bündnis – im dem Streit zu Grunde liegenden Fall der NATO – als Indikatoren dafür herangezogen werden können, dass dieses Bündnis sich von seiner friedenswahrenden Ausrichtung entfernt.³⁷ Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht dann allerdings im Hinblick auf die NATO verneint.³⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat damit eine beschränkte Möglichkeit eingeräumt, die Illegalität von Militäreinsätzen zu betrachten, und damit gewisse basale Rechtsschutzmöglichkeiten auch im Hinblick auf die Einhaltung des Friedensgebots anerkannt.³⁹ Gegen die rechtssystematische Plausibilität dieser Annahme bestehen aber durchaus Bedenken. Zwar trifft es zu, dass Artikel 24 Abs. 2 GG allein den Anschluss an ein friedenswahrendes System gegenseitiger kollektiver Sicherheit erlaubt und damit auch in inhaltlicher Hinsicht das mögliche Programm eines solchen Systems umreißt und begrenzt. Gleichwohl handelt es sich bei dieser materiell-rechtlichen Frage nach der Ausrichtung des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht um eine kompetenzielle Frage, die doch eigentlich Gegenstand des Organstreitverfahrens ist.⁴⁰ In anderen Worten: Die friedenswahrende Ausrichtung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist kein Recht des Bundestages, sondern eine objektive verfassungsrechtliche Vorgabe, die sowohl

³⁵ Vgl. BVerfGE 118, 244, 270ff.

³⁶ BVerfGE 118, 244, 271f.

³⁷ BVerfGE 118, 244, 271.

³⁸ BVerfGE 118, 244, 272.

³⁹ Bardo Fassbender sieht hierin „eine nicht zu unterschätzende Erweiterung der prozessualen Möglichkeiten des Bundestags und einzelner Fraktionen“, Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 123.

⁴⁰ So auch: Murswiek, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 26 (2007), 1130 (1132); Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 585 (606).

die Bundesregierung als auch den Bundestag verpflichtet.⁴¹ Die begrenzte Ausdehnung der Kontrollmöglichkeit im Rahmen des Organstreitverfahrens auch auf materiell-rechtliche Fragen der Friedenswahrung ist letztlich einer Bestrebung geschuldet, materiell-rechtliche Verstöße jedenfalls in Ansätzen einer Überprüfung zuführen zu können, da diese andernfalls gänzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen wären.

d) Kein Rechtsschutz gegen ein Handeln außerhalb eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit

Auf eine Erweiterung des Rechtsschutzes hatte die antragstellende Fraktion Die Linke im Organstreitverfahren gegen den Einsatz der Bundeswehr in Syrien im Kampf gegen die Terrorgruppe Islamischer Staat abgezielt. Hier hatte die Antragstellerin argumentiert, dass die Beteiligungsrechte des Bundestags dadurch verletzt würden, dass der Einsatz der Bundeswehr seitens der Regierung zwar auf ein Handeln in einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit gestützt werde, dass aber der Sache nach keine Anbindung an ein bestehendes System vorhanden sei und insoweit für die Koalition der handelnden Staaten ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit erst zu erschaffen sei. Die Verletzung der Beteiligungsrechte liege, so die Antragstellerin, darin, dass der Bundestag bei der eigentlich erforderlichen Schaffung dieses Systems nicht habe mitwirken können.⁴² Die Antragstellerin rügte damit also, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung ausführte, „in der Sache, dass entgegen der Annahme von Bundesregierung und Bundestag ein System nach Art. 24 Abs. 2 GG für den verfahrensgegenständlichen Streitkräfteeinsatz nicht bestehe, aber erforderlich sei“.⁴³

Das Bundesverfassungsgericht wies diese Argumentation zurück, da sie versuche,

„die Betroffenheit organschaftlicher Rechte des Bundestages aus der bloßen Stellung des Parlaments als (Vertrags-)Gesetzgeber – unabhängig von dem Abschluss oder Vollzug eines Vertrages durch die Bundesregierung – abzuleiten. Diese Stellung räumt dem Bundestag aber für sich genommen kein eigenes Recht im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG ein, weil andernfalls im Wege des Organstreitverfahrens eine abstrakte Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Verhaltens der Exekutive ermöglicht würde“.⁴⁴

⁴¹ Dietrich Murswiek illustriert dies anhand des folgenden hypothetischen Beispiels: „Angenommen, der Bundestag hätte einem völkerrechtlichen Vertrag zugestimmt, welcher die Bundesregierung ausdrücklich ermächtigt, an einer Fortentwicklung des Vertrags mitzuwirken, die mit Art. 24 II GG unvereinbar ist, dann ist das Zustimmungsgesetz verfassungswidrig. Aber die Mitwirkungsrechte des Bundestages sind unter keinem erdenklichen Aspekt verletzt. Der Bundestag selbst hätte verfassungswidrig gehandelt, wäre aber nicht von der Bundesregierung verfassungswidrig behandelt worden.“ – *Murswiek*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 26 (2007), 1130 (1132).

⁴² BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 12.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 41.

⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 42.

Eine Verletzung der Rechte des Bundestages verlange dagegen, so das Gericht, dass tatsächlich ein (neuer) Vertrag über ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit geschlossen worden sei oder die Grenzen des Zustimmungsgesetzes zu einem bestehenden Vertrag überschritten worden seien.

e) Grenzen der Kontrolle

Es zeigt sich, dass im Rahmen des Organstreitverfahrens Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots nur in sehr begrenztem Maße, und dies nur mittelbar, überprüft werden können. Im Ergebnis ist eine effektive Kontrolle der Rechtmäßigkeit damit nicht gegeben.⁴⁵ Eine allgemeine Tendenz der Rechtsprechung ist es, die Prüfung konkreter Einsätze nur sehr eingeschränkt zuzulassen.

Im Verfahren zum ISAF-Mandat hatte die antragstellende Fraktion Die Linke versucht, eine Verbindung des ISAF-Einsatzes zur Operation *Enduring Freedom* herzustellen (um durch den Nachweis der Illegalität der Operation *Enduring Freedom* zu zeigen, dass auch das Integrationsprogramm des NATO-Vertrags überschritten worden sei).⁴⁶ Das Bundesverfassungsgericht aber betrachtete beide Einsätze „strikt getrennt“⁴⁷ und sah ausdrücklich von der Prüfung der Völkerrechtskonformität der Operation *Enduring Freedom* ab.⁴⁸ Im Hinblick auf das Mandat zum Syrieneinsatz warf das Gericht allein die Frage auf, ob eine Anrufung eines Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure unvertretbar sei, denn nur die Unvertretbarkeit der Auslegung des Selbstverteidigungsrechts könne, so die zugrunde liegende Überlegung, den Versuch der Bundesregierung einer Weiterentwicklung des Integrationsprogramms über das in der UN-Charta angelegte Programm hinaus signalisieren. Dabei enthielt sich das Gericht ausdrücklich einer völkerrechtlichen Bewertung und stellte klar, dass es im Rahmen der Vertretbarkeitsprüfung nicht darauf ankomme, dass das Bundesverfassungsgericht die Auffassung der Bundesregierung auch teile.⁴⁹ Im Ergebnis folgte das Gericht im Syrienbeschluss, dass es „zumindest vertretbar [erscheint], Angriffe nichtstaatlicher Akteure als in den Sinn und Zweck des Selbstverteidigungsrechts, eine effektive Verteidigung bis zum Tätigwerden des Sicherheitsrats zu ermöglichen, einbezogen anzusehen“.⁵⁰

Der zentrale Schwachpunkt des Rechtsschutzes hinsichtlich möglicher Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot im Rahmen von Organstreitverfahren liegt damit augenscheinlich darin, dass eine Überprüfung allenfalls mittelbar geltend gemacht werden kann. Mehr noch, das Gericht hat die Überprüfung in diesem Rahmen aus nachvollziehbaren Gründen auf eine Evidenzkontrolle be-

⁴⁵ Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 585 (616).

⁴⁶ Vgl. zur Argumentation der Antragstellerin BVerfGE 118, 244, 251.

⁴⁷ BVerfGE 118, 244, 265.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 118, 244, 268.

⁴⁹ BVerfGE 118, 244, 268; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 46.

⁵⁰ BVerfGE 118, 244, 268; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 50.

schränkt. Dies ist im Rahmen des auf die Wahrung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung gerichteten Organstreitverfahrens deshalb nachvollziehbar, da es insoweit nur darum gehen kann, ob die Regierung den ihr im Zustimmungsgesetz eingeräumten Rechtsrahmen wahrt. Dies aber erlaubt letztlich keine Detailprüfung der völkerrechtlichen Zulässigkeit. Es ist nur folgerichtig, dass vor dem Hintergrund eines solchen „grobrasterigen“ Prüfungsprogramms kaum eine Möglichkeit besteht, Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot tatsächlich zur Geltung zu bringen. Denn die Grenze der Vertretbarkeit dürfte im Ergebnis in Ansehung der Offenheit vieler relevanter juristischer Begriffe in diesem Zusammenhang zumeist nicht überschritten werden. Auch hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass für eine Überschreitung des Integrationsprogramms eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit Verstöße gegen einzelne Bestimmungen des zugrunde liegenden Vertrags nicht hinreichen, sondern dass es – wie ausgeführt – um Verstöße gegen Strukturentscheidungen gehen müsse. Die Last an einen einzelnen illegalen, im Rahmen eines Bündnisses ausgeführten Militäreinsatz ist also immens. Es müsste nicht nur gezeigt werden, dass sich die jeweils angerufene Rechtfertigung außerhalb des Vertretbaren bewegt. Vielmehr müsste die Verletzung auch so schwer wiegen, dass sie als Element einer Strukturverschiebung des gesamten Integrationsprogrammes zu werten ist. Es überrascht nicht, dass das Bundesverfassungsgericht diese hohe Schwelle bislang in keiner ihm zur Prüfung vorliegenden Konstellationen angenommen hat.

Ein zweites zentrales Problem wurzelt ferner darin, dass der vom Organstreitverfahren eröffnete Prüfungshorizont letztlich nur die allgemeine Ebene des Rechtsrahmens für ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit betrifft. In anderen Worten, nicht der möglicherweise völkerrechtswidrige Einsatz als solcher kann zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden, sondern dieser bildet allenfalls ein vom Gericht berücksichtigungsfähiges Indiz dafür, dass die Bundesregierung eine Politik betreibt, die ein bestehendes System von dem ursprünglichen (vom Bundestag beschlossenen) Programm entkoppelt. Damit liegen die meisten relevanten Fragen außerhalb des Prüfungsrahmens. Nicht überprüfbar ist danach beispielsweise, ob ein konkreter Einsatz überhaupt legitimerweise an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit angebunden ist. So sprechen erdrückende Argumente dafür, dass dies im Hinblick auf den Syrieneinsatz nicht der Fall ist,⁵¹ aber das Bundesverfassungsgericht würdigte diesen Umstand – auf der Grundlage seines eigenen Prüfungsprogramms folgerichtig – überhaupt nicht.

Schließlich ist auch zu betonen, dass dieses Prüfungsprogramm gänzlich ausgeschlossen wäre, sollte sich die Bundesregierung zukünftig entschließen, Einsätze wie den in Syrien nicht mehr auf ein Handeln im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu stützen (Artikel 24 Abs. 2 GG), sondern auf Artikel 87a Abs. 2 GG, das heißt auf einen Einsatz zur Verteidigung. Hierdurch wäre einem Organstreitverfahren der Boden entzogen. In diesem Fall nämlich bestün-

⁵¹ Vgl. supra 446.

de keine Anbindung an ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit (jedenfalls müsste sich die Regierung nicht auf ein solches berufen) und somit würde der prozessuale Hebel der Überprüfung der Fortentwicklung des Vertrags des jeweiligen Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit entfallen.

Zu einer effektiven gerichtlichen Überprüfung von Akten der auswärtigen Gewalt am Maßstab des völkerrechtlichen Gewaltverbots kommt es im Rahmen des Organstreitverfahrens demnach nicht.

2. Abstrakte Normenkontrolle (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)

Eine weitere Rechtsschutzmöglichkeit könnte in einer abstrakten Normenkontrolle nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. Artikel 76 ff. BVerfGG liegen, mit der der *Entsendebeschluss des Bundestages* zum Gegenstand verfassungsgerichtlicher Prüfung gemacht werden könnte. Im Wege der abstrakten Normenkontrolle kann auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages vom Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz überprüft werden. Ein entsprechendes Verfahren ist bislang vor dem Bundesverfassungsgericht noch nicht angestrengt worden, nicht zuletzt wohl weil die bislang im Organstreitverfahren als Antragstellerinnen auftretenden Fraktionen nicht über die hinreichende Stärke eines Viertels der Mitglieder des Bundestages verfügten. Die Position des Bundesverfassungsgerichts zur Möglichkeit einer Kontrolle des Entsendebeschlusses des Bundestages bleibt daher einstweilen offen.

Die zentrale Rechtsfrage ist, ob der Entsendebeschluss des Bundestages als „Bundesrecht“ im Sinne des Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG anzusehen ist. Der Entsendebeschluss stellt jedenfalls kein Gesetz im formellen Sinne dar, denn dieser ergeht auf der Grundlage von Artikel 42 Abs. 2 Satz 1 GG als sogenannter schlichter Parlamentsbeschluss.⁵² Eine Wortlautbetrachtung steht einer Erstreckung des Normkontrollverfahrens auf Parlamentsbeschlüsse ungeachtet dessen zunächst nicht von vornherein entgegen, denn immerhin enthält das Grundgesetz keine Beschränkung der Überprüfbarkeit auf formelle Gesetze, sondern spricht schlicht von Bundesrecht.⁵³

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde die Zulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle jedenfalls im Hinblick auf bestimmte Parlamentsbeschlüsse als zulässig erachtet. So erfolgt in Bayern die Zustimmung des Bayerischen Landtags zu Staatsverträgen nicht in Form eines formellen Gesetzes, sondern im Wege des Parlamentsbeschlusses.⁵⁴ Durch diesen Parlaments-

⁵² Vgl. auch § 3 Abs. 3 ParlBetG.

⁵³ *Fischer/Fischer-Lescano*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (141).

⁵⁴ Vgl. Art. 72 Abs. 2 LV (Bayern); eine entsprechende Regel findet sich auch in Art. 66 LV (NRW).

beschluss wird also der normative Teil des Staatsvertrags zu Landesrecht erhoben. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass entsprechende Parlamentsbeschlüsse zum Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle gemacht werden können.⁵⁵ Die Besonderheit dieser Konstellation liegt allerdings darin, dass es sich um einen Parlamentsbeschluss handelt, der aus funktioneller Perspektive die Rolle eines Gesetzes einnimmt (in diesem Sinne „gesetzesvertretend“ ist). Denn auf der Grundlage von Artikel 59 Abs. 2 GG ergeht eine parlamentarische Zustimmung in der deutschen Rechtsordnung eigentlich in Gesetzesform. Entsprechende landesverfassungsrechtliche Abweichungen sind auf der Grundlage des Homogenitätsgebots des Artikel 28 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. Artikel 20 Abs. 3 GG zulässig, sie dürfen allerdings nicht zu einer Schmälerung der Rechtsschutzmöglichkeiten führen.⁵⁶

Aus dieser Rechtsprechung kann jedenfalls gefolgert werden, dass einfache Parlamentsbeschlüsse dann im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle überprüfbar sind, wenn sie eine *gesetzesvertretende* Funktion ausüben.⁵⁷ Ob allerdings eine Überprüfbarkeit auf diese Fälle beschränkt sein soll, ist umstritten.⁵⁸ Insoweit wird argumentiert, dass in Fällen, in denen eine solche gesetzesvertretende Funktion nicht vorliegt – einschließlich der Entsendebeschlüsse –, ein Rechtsnormcharakter nicht angenommen werden könne.⁵⁹ Vielmehr stellten Parlamentsbeschlüsse dann allein Einzelfallregelungen dar, die nicht als „Bundesrecht“ gewertet werden könnten.⁶⁰

Gegen diese Ablehnung der Überprüfbarkeit von Entsendebeschlüssen sprechen mehrere Gründe. Erstens soll – wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont hat – der Begriff des „Bundesrechts“ den Gegenstand der Normenkontrolle möglichst umfassend bezeichnen.⁶¹ Insoweit kommt es nicht auf einen überkommenen Rechtssatzbegriff an,⁶² sondern auf eine funktionale Betrachtung.

⁵⁵ BVerfGE 90, 60, 60ff.

⁵⁶ *Fischer/Fischer-Lescano*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (142).

⁵⁷ *Butzer*, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), 61 (101); *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 93, Rn. 277; *Wieland*, in: Dreier, (Hrsg.) Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 93, Rn. 66; *Vofskuble*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 93, Rn. 121f.; *Karpenstein*, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 7. Ed., 2019, § 76, Rn. 28.

⁵⁸ So wird argumentiert, dass allein gesetzesvertretende Parlamentsbeschlüsse tauglicher Gegenstand eines abstrakten Normenkontrollverfahrens sein könnten: *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018, S. 105, Rn. 127; *Rozek*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 56. EL, Februar 2019, § 76, Rn. 30.

⁵⁹ *Walter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 87. EL, Bd. VI, 2019, Art. 93, Rn. 238; vgl. auch *Hartwig*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 29.

⁶⁰ *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 585 (602f.).

⁶¹ BVerfGE 4, 157, 162; 20, 56, 89; vgl. auch *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 126.

⁶² *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), Verfassungen, 2008, S. 165 (177); *Rinken*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. III, 2001, Art. 93, Rn. 25; den Um-

Im Hinblick auf solch eine funktionale Betrachtung ist zweitens von Belang, dass der Entsendebeschluss sehr wohl einen normativen Charakter hat. In materieller Perspektive handelt es sich bei Entsendebeschlüssen um – wie Andreas Paulus und Henrik Jacobs formulieren – „Quasi-Gesetze“, denen auch „eine gewisse Außenwirkung“ zukommt.⁶³ Nicht zuletzt bedeutet der Parlamentsbeschluss nämlich für die eingesetzten Soldatinnen und Soldaten, dass der Militäreinsatz auch vom Parlament politisch verantwortet wird und dass seine Legalität einer Prüfung durch das Parlament unterzogen worden ist. Ferner ist der Beschluss konstitutiv für Militäreinsätze und erzeugt somit erst den Rechtsrahmen für eben diese. Er muss damit auch selbst als Bundesrecht angesehen werden.

Drittens erfüllt der Entsendebeschluss auch unter einer legitimatorischen Perspektive eine einem formellen Parlamentsgesetz vergleichbare Funktion.⁶⁴ Der Parlamentsvorbehalt soll letztlich dazu beitragen, dass der Bundestag auf der Ebene der konkreten Einsatzentscheidung mit einbezogen ist. Insoweit stellt der Parlamentsvorbehalt ein Gegengewicht zu einer engen Auslegung von Artikel 59 Abs. 2 GG dar.⁶⁵ Wir haben gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht durch eine enge Auslegung von Artikel 59 Abs. 2 GG der Bundesregierung erhebliche Freiheiten in der Konkretisierung und Fortentwicklung des Integrationsprogramms von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit gegeben hat.⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht betont in diesem Zusammenhang die besondere Bedeutung des Parlamentsvorbehalts, durch den es dem Bundestag ermöglicht wird, über die konkrete Einsatzentscheidung auch politischen Einfluss zu nehmen.⁶⁷

Viertens bestehen Parallelen zur in der Rechtsprechung anerkannten Möglichkeit, Rechtsschutz gegen das Haushaltsgesetz zu ersuchen, das kein materielles Gesetz, sondern nach herrschender Auffassung ein nur formelles Gesetz darstellt.⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung (BVerfGE 60, 56) insoweit darauf ab, dass das Haushaltsgesetz „Befugnisse und Verantwortlichkeiten im organschaftlichen Rechtskreis [schafft], die ohne das Haushaltsgesetz und den Haushaltsplan nicht oder jedenfalls nicht in dieser Weise bestünden“.⁶⁹ Das Gericht ließ offen, ob das Haushaltsgesetz ein nur formelles Gesetz ist oder nicht doch

stand, dass es nicht auf das Vorliegen von Rechtssätzen „im Sinne des überkommenen Rechtssatzbegriffes“ ankommt, hat auch das Bundesverfassungsgericht betont, allerdings mit Blick auf formelle Gesetze, vgl. BVerfGE 4, 157, 162.

⁶³ Paulus/Jacobs, Die Friedens-Warte 87 (2012), 23 (58); vgl. auch Schmidt-Radefeldt, Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration, 2005, S. 139.

⁶⁴ Schmidt-Radefeldt, Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration, 2005, S. 139.

⁶⁵ Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 585 (601); Schmidt-Radefeldt, Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration, 2005, S. 139.

⁶⁶ Vgl. supra 473–479.

⁶⁷ BVerfGE 104, 151, 208 f.; 121, 135, 160.

⁶⁸ Hierauf haben hingewiesen: Fischer/Fischer-Lescano, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (142 f.).

⁶⁹ BVerfGE 20, 56, 91.

auch ein Rechtssatz im materiellen Sinne. Jedenfalls, so das Gericht, enthalte das Haushaltsgesetz Recht im Sinne von Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.⁷⁰ Kern der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf den Rechtscharakter des Haushaltsgesetzes war also, dass das Haushaltsgesetz „Befugnisse und Verantwortlichkeiten im organschaftlichen Rechtskreis“ schaffe. Genau so liege es, wie Christian Fischer und Andreas Fischer-Lescano betonen, im Hinblick auf Entsendebeschlüsse, denn ohne einen entsprechenden Beschluss würde die seitens der Regierung erstrebte Schaffung einer Rechtsgrundlage für einen Auslandseinsatz der Bundeswehr nicht möglich sein. Mithin ist es erst der Entsendebeschluss, der Befugnisse im organschaftlichen Rechtskreis schafft, mithin die Berechtigung der Bundesregierung, die Bundeswehr zu einem Auslandseinsatz zu entsenden. Insofern ist jedenfalls in Fällen, in denen Parlamentsbeschlüsse in diesem Sinne konstitutiv für ein Recht eines anderen Organs sind oder in denen Parlamentsvorbehalte ausgeübt werden, ein Rechtscharakter eines solchen Beschlusses anzunehmen, der damit auch zum Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle gemacht werden kann.⁷¹

Nach allem sprechen die besseren Argumente dafür, die abstrakte Normenkontrolle auch für Entsendebeschlüsse des Parlaments zuzulassen.⁷²

3. Verfassungsbeschwerde (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)

Schließlich besteht die Möglichkeit, die Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots auch im Wege der Verfassungsbeschwerde nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG geltend zu machen. Dies ist zum einen relevant für Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr, deren Beschwer im Rahmen des er-

⁷⁰ BVerfGE 20, 56, 92.

⁷¹ Meyer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 93, Rn. 35.

⁷² Diese Einordnung teilen oder neigen ihr jedenfalls zu: Fischer/Fischer-Lescano, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (140–143); Bothe, in: Hufen (Hrsg.), Verfassungen, 2008, S. 165 (177); Scherrer, Das Parlament und sein Heer, 2010, S. 106–110; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2015, S. 196, Rn. 502; Eckart Klein, in: Benda/Klein/O. Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, S. 275 (281, Rn. 676); Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 126; Ladiges, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 58 (2016), 177 (191); Meyer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. II, 2012, Art. 93, Rn. 35; gegen eine Qualifizierung des Entsendebeschlusses als Bundesrecht sprechen sich aus: Fink, JuristenZeitung 54 (1999), 1016 (1018); Löwer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. III, 2005, § 70, Rn. 63; Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 585 (602f.); Koriath/Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2018, S. 105, Rn. 127; Peters, Journal on the Use of Force and International Law 5, 246 (284); Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 29; Rozek, in: Maunz u. a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 56. EL, Februar 2019, § 76, Rn. 30; Walter, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 87. EL, Bd. VI, 2019, Art. 93, Rn. 238.

öffneten truppendienstgerichtlichen Rechtsschutzes nicht abgeholfen wird (dazu sogleich ausführlich unter II.).⁷³

Mit der Verfassungsbeschwerde kann ein Soldat oder eine Soldatin also gegen Grundrechtsverletzungen vorgehen, die der Einsatzbefehl begründet oder die aus Sanktionierungen für eine berechtigte Verweigerung eines Befehls resultieren. Als relevante Grundrechte kommen zum Beispiel das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Artikel 2 Abs. 2 GG in Betracht, jedenfalls aber auch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Abs. 1 GG.⁷⁴ Eine Geltendmachung dieser Rechte wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Soldatinnen und Soldaten sich zu einem Einsatz freiwillig melden.⁷⁵ Denn auch im Falle eines freiwilligen Einsatzes haben sie ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Verfassungskonformität des Einsatzes und verzichten zudem auch nicht auf die Möglichkeit, gegebenenfalls Rechtsschutz zu ersuchen.⁷⁶

Ebenso kann jeder andere Grundrechtsträger, der geltend machen kann, durch den deutschen Einsatz des Militärs verletzt zu sein, nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde erheben. Zu denken wäre insoweit beispielsweise an Personen, deren körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 GG) oder deren Eigentum (Artikel 14 Abs. 1 GG) durch einen deutschen Militäreinsatz beeinträchtigt worden sind.

Verstöße gegen Artikel 25 Satz 1 oder 26 Abs. 1 GG können im Wege der Verfassungsbeschwerde nicht direkt geltend gemacht werden, denn sie vermitteln keine Grundrechte.⁷⁷ Allerdings ist, sofern die Verletzung eines Grundrechts – zum Beispiel eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Artikel 2 Abs. 1 GG) – in Betracht kommt und damit die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, auch eine Überprüfbarkeit des Grundrechtseingriffs im Hinblick auf Artikel 25 Satz 1 und 26 Abs. 1 GG vorzunehmen.⁷⁸ Auf der Grundlage der Elfes-Doktrin des Bundesverfassungsgerichts ist nämlich ein Grundrechtseingriff stets auch an der gesamten verfassungsmäßigen Ordnung zu messen.⁷⁹ Zwar findet auch auf der Grundlage der Elfes-Doktrin keine losgelöste abstrakte Prüfung der objektiven Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs statt. Vielmehr bedarf es eines Bezugs zum Grundrechtseingriff.⁸⁰

⁷³ Vgl. hierzu *infra* 488 ff.

⁷⁴ Schwarz, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik, 1995, S. 197; Fink, JuristenZeitung 54 (1999), 1016 (1018); Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 124; vgl. auch Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 29; Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 27.

⁷⁵ So aber Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 19.

⁷⁶ Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 124.

⁷⁷ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1984, S. 494.

⁷⁸ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1984, S. 494.

⁷⁹ BVerfGE 6, 32, 41.

⁸⁰ Oliver Klein, in: Benda/E. Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, S. 180 (201), (Rn. 469).

Besteht ein solcher Bezug aber, kann eine Verfassungsbeschwerde dergestalt mittelbar auf die Verletzung von allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung gestützt werden.⁸¹ Gleichfalls möglich ist eine Verletzung von Artikel 26 Abs. 1 GG als objektives Verfassungsrecht.

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hat eine solche Prüfung mit Blick auf das im Grundgesetz über Artikel 25 Satz 1 und 26 Abs. 1 GG verankerte völkerrechtliche Gewaltverbot bislang nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Im Verfahren über die Lagerung von Chemiewaffen in Deutschland stellte das Gericht fest, dass diese Lagerung nicht gegen Artikel 26 Abs. 1 GG verstoße, da die bloße Möglichkeit eines späteren völkerrechtswidrigen Einsatzes allein noch nicht zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik führen könne.⁸²

Ungeachtet dessen bleibt die Verfassungsbeschwerde eine Möglichkeit des Rechtsschutzes auch hinsichtlich von Verstößen gegen das Gewaltverbot.⁸³ Die Verfassungsbeschwerde kann insoweit auch der Durchsetzung des Völkerrechts dienen.⁸⁴ Die Verfassungsbeschwerde kann auch von ausländischen Grundrechtsträgerinnen und -trägern erhoben werden.⁸⁵

Ein effizientes Mittel des Rechtsschutzes stellt die Verfassungsbeschwerde allerdings nicht zur Verfügung, denn die Betroffenheit eines subjektiven Rechts durch einen Auslandseinsatz der Bundeswehr wird für potenziell beschwerdegeeignete Bürgerinnen und Bürger nur selten gegeben sein. Andererseits werden in ihren Rechten Betroffene (wie beispielsweise Bewohner eines von einem Militäreinsatz betroffenen Staates) regelmäßig schon aus organisatorisch-logistischen Gründen nicht in der Lage sein, ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu führen.

* * *

Es zeigt sich mithin, dass vor dem Bundesverfassungsgericht nur rudimentäre prozessuale Ansatzpunkte für einen Rechtsschutz im Hinblick auf die materielle Völker- und Verfassungsrechtskonformität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr bestehen.

⁸¹ BVerfGE 23, 288, 300; 31, 145, 177; 46, 342, 363; 66, 39, 64; 96, 68, 96; 112, 1, 21 f.; BVerfG Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1225, Rn. 33.

⁸² BVerfGE 77, 170, 233.

⁸³ Löwer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. III, 2005, § 70, Rn. 204; Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 124.

⁸⁴ Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 23.

⁸⁵ Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XI, 2013, § 244, Rn. 124.

II. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch Individuen

1. Rechtsschutz betreffend Verletzungen subjektiver Rechte involvierter Soldaten

Eine weitere Möglichkeit des Rechtsschutzes im Hinblick auf gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstoßende Maßnahmen der Bundesrepublik Deutschland besteht zu Gunsten der involvierten Soldatinnen und Soldaten. Hier sind insbesondere Konstellationen relevant, in denen sich Militärangehörige Befehlen zur Beteiligung an völkerrechtswidrigen Kriegen ausgesetzt sehen.

a) Wehrrechtliche Grundlagen

Soldatinnen und Soldaten sind gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Soldatengesetz (SoldatenG) zum Gehorsam verpflichtet. Es gibt allerdings eine Reihe von Gründen, aus denen Befehle unverbindlich sind. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 SoldatenG sind dies Befehle, die die Menschenwürde verletzen würden oder die nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden sind. Diese Befehle müssen nicht, dürfen aber befolgt werden. In § 11 Abs. 2 Satz 1 SoldatenG wird schließlich ein Verbot der Befolgung von Befehlen angeordnet, wenn durch die Befolgung eine Straftat begangen würde. Für den Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist hierbei insbesondere eine Strafbarkeit nach § 13 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) in Betracht zu ziehen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat darüber hinaus noch einen eigenständigen Unverbindlichkeitsgrund in einem Verstoß gegen das Verbot des Angriffskrieges aus Artikel 26 Abs. 1 GG gesehen. Ein Befehl ist danach unverbindlich, wenn er geeignet ist und in der Absicht vorgenommen wird, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören.⁸⁶ In der Literatur wird diese Annahme teils mit dem Verweis darauf zurückgewiesen, dass es eines separaten Grundes der Unverbindlichkeit nicht bedürfe, da in Fällen des Verstoßes gegen Artikel 26 Abs. 1 GG jedenfalls auch immer eine Strafbarkeit und damit eine Unverbindlichkeit des Befehls nach § 11 Abs. 2 Satz 1 SoldatenG anzunehmen sei.⁸⁷ Diese Einordnung traf schon im Hinblick auf den aufgehobenen § 80 des Strafgesetzbuches (StGB) nicht zu, denn dieser war insbesondere durch das Erfordernis einer Beteiligung der Bundesrepublik an dem vorbereiteten Krieg deutlich beschränkter als das verfassungsrechtliche Verbot aus Artikel 26 Abs. 1 GG. Nach der Streichung des § 80 StGB und der nunmehr in § 13 VStGB gefassten Strafbarkeit bleibt die Strafbarkeit nach wie vor deutlich hinter dem verfassungsrechtlichen Verbot zurück, denn § 13 Abs. 1 VStGB beschränkt die Strafbarkeit auf eine „offenkundige Verletzung der UN-Charta“. Es scheint also denkbar, dass es Grenzfälle gibt, in denen eine Offenkundigkeit im Sinne des § 13 Abs. 1 VStGB und insoweit die Grundlage für eine individuelle

⁸⁶ BVerwGE 127, 302, 314.

⁸⁷ *Sohm*, in: Walz/Eichen/Sohm (Hrsg.), Soldatengesetz, 3. Aufl., 2016, § 11, Rn. 47; *Dau/Scheuren*, in: Dau/Scheuren (Hrsg.), Wehrbeschwerdeordnung, 7. Aufl., 2020, § 1, Rn. 178.

Strafbarkeit nicht gegeben ist, in der aber gleichwohl die objektiven Voraussetzungen für eine Verfassungswidrigkeit nach Artikel 26 Abs. 1 GG erfüllt sind. Auch in diesen Fällen fehlender Offenkundigkeit muss es den handelnden Soldaten möglich sein, einen Befehl zu verweigern.

Zudem besteht ein weiterer Unverbindlichkeitsgrund nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dann, wenn der Befehl gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstößt, die nach Artikel 25 Satz 1 GG Bestandteil des Bundesrechts sind.⁸⁸

b) Rechtsschutzmöglichkeiten der Soldaten

Ein Soldat kann sich gegen einen unverbindlichen Befehl im Wege der Beschwerde (§ 1 Abs. 1 WehrbeschwerdeO) zur Wehr setzen. Es besteht zwar für den Soldaten im Falle der Unverbindlichkeit des Befehls schon keine Gehorsampflicht. Ein Befehl nämlich, der unter Missachtung der Regeln des Völkerrechts ergeht, hätte gar nicht erlassen werden dürfen.⁸⁹ Ungeachtet dessen kann der Soldat die Feststellung verlangen, dass der fragliche Befehl nicht hätte ergehen dürfen⁹⁰ und ihm steht insoweit das Beschwerderecht nach § 1 Abs. 1 WehrbeschwerdeO zu. Die Beschwerde hat allerdings keine aufschiebende Wirkung und entlastet die Soldatinnen und Soldaten somit jedenfalls nicht von der rechtlichen Unsicherheit, die darin begründet sein kann, dass die Unverbindlichkeit des Befehls möglicherweise nicht mit Eindeutigkeit angenommen werden kann.⁹¹

Über die Beschwerde entscheidet im Grundsatz der oder die Disziplinarvorgesetzte⁹² im Wege des Beschwerdebescheids.⁹³ Gegen diesen Beschwerdebescheid ist – bei Erfolglosigkeit – sodann die weitere Beschwerde zulässig.⁹⁴ Gegen die erfolglose weitere Beschwerde besteht schließlich der Rechtsweg zum Truppendienstgericht, für den in § 17 Abs. 1 WehrbeschwerdeO eine gegenüber dem Verwaltungsgerichtsweg abdrängende Sonderzuweisung besteht.⁹⁵

Gegen die Entscheidung des Truppendienstgerichts ist dem Beschwerdeführer sowie dem Bundesministerium der Verteidigung gemäß § 22a WehrbeschwerdeO die Rechtsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht eröffnet, wenn diese in der Entscheidung des Truppengerichts oder auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung durch das Bundesverwaltungsgericht zugelassen worden ist.

⁸⁸ BVerwGE 127, 302, 316; vgl. zu weiteren Unverbindlichkeitsgründen *Sohm*, in: Walz/Eichen/Sohm (Hrsg.), Soldatengesetz, 3. Aufl., 2016, § 11, Rn. 46.

⁸⁹ Dies folgt aus einem Umkehrschluss aus § 10 Abs. 4 WBO.

⁹⁰ *Dau/Scheuren*, in: Dau/Scheuren (Hrsg.), Wehrbeschwerdeordnung, 7. Aufl., 2020, § 1, Rn. 182.

⁹¹ § 3 Abs. 1 Satz 1 WehrbeschwerdeO; zwar verweist § 3 Abs. 1 Satz 3 WehrbeschwerdeO auf § 11 SoldatenG und stellt somit klar, dass unverbindliche Befehle nicht befolgt werden müssen. Für die Entscheidung der Soldatinnen und Soldaten stellt dies aber keine Entlastung dar.

⁹² § 9 Abs. 1 WehrbeschwerdeO.

⁹³ § 12 WehrbeschwerdeO.

⁹⁴ § 16 WehrbeschwerdeO.

⁹⁵ Vgl. auch § 17 Abs. 2 WehrbeschwerdeO; § 82 SoldatenG.

Eine weitere Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes führt über den Weg der Verteidigung eines betroffenen Soldaten gegen mögliche Disziplinarmaßnahmen. Gegen den Soldaten, der einen Befehl nicht befolgt, können Disziplinarmaßnahmen nach §§ 22 WehrdisziplinarO erlassen werden. Gegen diese Maßnahmen ist wiederum die Beschwerde zulässig,⁹⁶ schließlich auch der Rechtsweg zum Truppendienstgericht sowie unter den oben benannten Voraussetzungen zum Bundesverwaltungsgericht.⁹⁷

c) Materieller Prüfungsrahmen

Der im Rahmen des truppendienstgerichtlichen Rechtsschutzes bestehende Prüfungshorizont eröffnet vielfältige Möglichkeiten, Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot zu überprüfen. Ein Meilenstein in der Rechtsprechung ist die Entscheidung BVerwGE 127, 302. In diesem Fall – betreffend Ereignisse des Jahres 2003 und entschieden im Jahr 2005 – hatte ein Major der Bundeswehr die Arbeit an einem Projekt verweigert, weil die durch ihn geleitete Softwareentwicklung eine „rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an dem rechtswidrigen Angriff gegen den Irak“ unterstützen könnte.⁹⁸ Er wurde eines Dienstvergehens für schuldig befunden und in den Dienstgrad eines Hauptmanns herabgesetzt. Er habe gegen die Pflicht zum treuen Dienst nach § 7 SoldatenG, zum Gehorsam nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SoldatenG sowie zur Achtungs- und Vertrauenswahrung nach § 17 Abs. 2 SoldatenG verstoßen.

Das Bundesverwaltungsgericht bot in seiner Entscheidung weit greifende Ausführungen auch zur Völkerrechtskonformität des Militäreinsatzes der USA und des Vereinigten Königreichs, die in der Literatur ob ihres Umfangs als „dissertationsähnlich“ beschrieben worden sind. Das Bundesverwaltungsgericht habe „von der Chance, als ‚nationaler Völkerrechtsgerichtshof‘ arbeiten zu können, „sehr entschlossen Gebrauch gemacht“.⁹⁹

In der Sache nahm das Gericht in der Tat eine Reihe wichtiger völkerrechtlicher Einordnungen vor. Es stellte zum Beispiel fest, dass sich die USA und das Vereinigte Königreich zur Rechtfertigung nicht auf eine Resolution des UN-Sicherheitsrats berufen könnten.¹⁰⁰ Im Hinblick auf die deutsche Beteiligung durch die Gewährung von Überflugs- und Nutzungsrechten sowie durch die Bewachung US-amerikanischer Militärbasen sah das Gericht „gravierende rechtliche Bedenken“,¹⁰¹ nahm aber letztlich eine eindeutige Qualifizierung nicht vor. Das Gericht stützte seine Entscheidung im Ergebnis nicht auf die Unverbindlichkeit des dem Beschwerdeführer erteilten Befehls. Dies hätte im Ergebnis eine dezidierte Entscheidung dahingehend verlangt, ob der Befehl und mit ihm die Unterstützung der

⁹⁶ § 42 WehrdisziplinarO.

⁹⁷ Vgl. § 68 WehrdisziplinarO.

⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 21.06.2005, BVerwG 2 WD 12.04, Abschnitt II 2.

⁹⁹ *Kotzur*, JuristenZeitung 61 (2006), 25 (26).

¹⁰⁰ BVerwGE 127, 302, 344 f.

¹⁰¹ BVerwGE 127, 302, 353.

Bundesrepublik zu Gunsten der Briten und US-Amerikaner einen Verstoß gegen Artikel 25 Satz 1 oder 26 Abs. 1 GG begründeten oder ob die Befolgung des Befehls eine Strafbarkeit nach (zur damaligen Zeit) § 80 StGB ausgelöst hätten. Das Bundesverwaltungsgericht aber beschritt einen anderen Weg: Es ließ es unentschieden, ob die Befolgung des Befehls tatsächlich einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot begründet hätte, so dass der Befehl unverbindlich gewesen wäre. Vielmehr stützte es die Entscheidung auf die Gewissensfreiheit nach Artikel 4 Abs. 1 GG, die das Gericht als Grenze der Gehorsamspflicht des Soldaten auswies und die es im entschiedenen Fall in Anbetracht der Umstände – insbesondere der Illegalität des Irakkrieges – als einschlägig ansah.¹⁰²

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist weithin als Meilenstein im Hinblick auf die Stärkung der Gewissensfreiheit von Soldatinnen und Soldaten interpretiert worden.¹⁰³ Hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen zum völkerrechtlichen Gewaltverbot muss man allerdings festhalten, dass diese nur einen Hintergrund bilden, vor dem schließlich die Gewissensentscheidung des Beschwerdeführers gerechtfertigt wird. Das Gericht geht zwar durchaus weit in seiner völkerrechtlichen Analyse und artikuliert schwer wiegende Bedenken gegen die Legalität der deutschen Unterstützungshandlungen, ringt sich aber im Ergebnis nicht zu einer dezidierten rechtlichen Qualifikation durch.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts legt nahe, dass eine rechtliche Überprüfung auch in Zukunft mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht über den Weg einer rechtlichen Qualifikation des Befehls und einer Feststellung hinsichtlich dessen Unverbindlichkeit (wegen eines Verstoßes gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot) gehen würde, sondern auf die Gewissensfreiheit als Grenze der Gehorsamspflicht abstellen würde. Damit kann dem Rechtsschutzbegehrt des Soldaten entsprochen werden, ohne die grundsätzlichen und politisch äußerst sensiblen Fragen der Völkerrechtskonformität in einem Verfahren des subjektiven Rechtsschutzes zu entscheiden.

2. *Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz wegen Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots*

Das völkerrechtliche Gewaltverbot ist ferner in einer Reihe verwaltungsgerichtlicher Verfahren thematisch geworden. Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die wesentliche Rechtsprechung hierzu gegeben werden (a)). Unter b) werden auf der Grundlage der Rechtsprechungsanalyse die möglichen Ansatzpunkte für einen zukünftigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots identifiziert.

¹⁰² BVerwGE 127, 302, 311/314/318.

¹⁰³ *Droege/Fischer-Lescano*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 25 (2006), 171 (173); kritisch allerdings gegen den „Stil der Entscheidung“ und die ausgreifenden völkerrechtlichen Ausführungen: *Kotzur*, JuristenZeitung 61 (2006), 25 (25, 30).

a) *Überblick über die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Hinblick oder jedenfalls mit Bezug auf mögliche Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots ist insofern vielschichtig, als dass die Klägerinnen und Kläger verschiedene prozessuale Zugänge eingeschlagen haben. Im Folgenden wollen wir uns zunächst der Grundzüge dieser Rechtsprechung vergewissern.

aa) *Klagen eines Anwohners der US-Luftwaffenbasis Ramstein*

In einem erstinstanzlich vor dem Verwaltungsgericht Köln gegen die Bundesrepublik Deutschland geführten Verfahren wendete sich ein 12 Kilometer von der US-Luftwaffenbasis entfernt lebender Kläger gegen die Nutzung der Luftwaffenbasis und gegen deutsche Unterstützung für US-amerikanische Aktivitäten, insbesondere durch eine Einräumung von Überflugrechten für im Zusammenhang mit US-Militäreinsätzen stehende Flugbewegungen.¹⁰⁴ In dieser Hinsicht trug der Kläger unter anderem vor, dass die Operation *Enduring Freedom* rechtswidrig sei. Auch US-amerikanische Maßnahmen im Rahmen von ISAF – insbesondere gegen Terroristen gerichtete, aber vor allem Zivilisten treffende gezielte Tötungen – verstießen gegen humanitäres Völkerrecht. Der Kläger machte vor dem Verwaltungsgericht eine Reihe von Auskunftsansprüchen geltend, insbesondere im Hinblick auf das Ausmaß der Nutzung der Basis für die Missionen *Enduring Freedom* und ISAF; ferner begehrte er die Feststellung der Rechtswidrigkeit aller Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik für die benannten Operationen; schließlich beantragte er die Verurteilung der Bundesrepublik zur Hinwirkung auf eine Unterlassung rechtswidriger Flugbewegungen durch die USA. In der Berufungsinstanz konzentrierte er sich dann auf Auskunfts- und Leistungsanträge betreffend Drohneinsätze der USA in Afghanistan, Pakistan, Jemen und Somalia.¹⁰⁵ Der Kläger trug vor, er könne diese Rechte auf der Grundlage von Artikel 25 und Artikel 26 Abs. 1 GG geltend machen. Zudem sei er von der Gefahr terroristischer Anschläge gegen die Basis bedroht.

Das Verwaltungsgericht Köln lehnte die Klage wegen mangelnder Klagebefugnis als unzulässig ab.¹⁰⁶ Dem folgte in der Berufungsinstanz auch das Obergericht (OVG) Münster.¹⁰⁷ Auch die Revision vor dem Bundesverwaltungsgericht hatte keinen Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht sah, wie die Vorinstanzen, eine Klagebefugnis als nicht gegeben an. Ein grundrechtlicher Abwehranspruch im Hinblick auf mögliche Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit des Klägers (Artikel 2 Abs. 2 GG) sowie auf eine Beeinträchtigung seines Eigentums (Artikel 14 Abs. 1 GG) sei nicht gegeben, da der vom Kläger befürcht-

¹⁰⁴ Vgl. zum Verfahrensgang: VG Köln, Urteil vom 14. März 2013, 1 K 2822/12; OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014, 4 A 1058/13; BVerwG, Urteil vom 5. April 2016, 1 C 3/15 = BVerwGE 154, 328.

¹⁰⁵ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014, 4 A 1058/13, Rn. 46 ff.

¹⁰⁶ VG Köln, Urteil vom 14. März 2013, 1 K 2822/12.

¹⁰⁷ OVG Münster, Urteil vom 4. November 2014, 4 A 1058/13.

tete terroristische Angriff nicht von der beklagten Bundesrepublik Deutschland ausgehen würde, sondern von Terroristen oder dritten Staaten. Daher scheidet eine Zurechnung zur Beklagten und damit ein gegen die Bundesrepublik gerichteter Abwehranspruch aus.¹⁰⁸ Das Gericht lehnte ferner die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung auch unter der Perspektive einer staatlichen Schutzpflicht (hinsichtlich Artikel 2 Abs. 2 und 14 Abs. 1 GG) ab. Insoweit habe der Kläger insbesondere nicht vorgetragen, dass aufgrund der behaupteten Völkerrechtswidrigkeit bestimmter US-Militäreinsätze ein messbar erhöhtes Risiko eines Anschlages bestehe.¹⁰⁹

Schließlich entschied das Gericht, dass der Kläger eine Klagebefugnis auch nicht aus Artikel 25 Satz 2 GG in Verbindung mit Rechtssätzen des Völkerrechts ableiten könne.¹¹⁰ Das Gericht ließ dabei ausdrücklich offen, ob es überhaupt möglich sei, aus dem völkerrechtlichen Gewaltverbot über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG individuelle Rechte abzuleiten, ob es also auch im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot zu einer Adressatenerweiterung komme.¹¹¹ In jedem Fall führe – so das Gericht – die Subjektivierung nämlich nicht dazu, dass es einer Klagebefugnis überhaupt nicht mehr bedürfe und sämtliche Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots sodann im Wege der Popularklage geltend gemacht werden dürften.¹¹² Erforderlich sei vielmehr stets eine „den Kläger von der Allgemeinheit unterscheidende[...] individuelle[...] Betroffenheit“.¹¹³ Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG berührt damit nicht den in Artikel 19 Abs. 4 GG enthaltenen Grundsatz, dem zufolge grundsätzlich Rechtsschutz nur demjenigen offensteht, der geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein.¹¹⁴ Für den konkreten Fall sah das Gericht die Möglichkeit einer Betroffenheit für Anwohner der Basis Ramstein als offenkundig nicht gegeben an.¹¹⁵

bb) Klage betreffend Atomwaffenstationierung auf dem Fliegerhorst Büchel

Eine weitere Klage richtete sich gegen die (vermutliche)¹¹⁶ Stationierung von US-amerikanischen Atomwaffen in Deutschland.¹¹⁷ Die Klägerin, die in 3,5 Kilometer Entfernung vom Bundeswehrstandort Fliegerhorst Büchel lebt, erstrebte mit ihrer Klage im Wesentlichen, die beklagte Bundesrepublik Deutschland möge verurteilt

¹⁰⁸ BVerwGE 154, 328, 333 f. (Rn. 17–19).

¹⁰⁹ BVerwGE 154, 328, 337 (Rn. 24).

¹¹⁰ BVerwGE 154, 328, 339 (Rn. 28).

¹¹¹ BVerwGE 154, 328, 347 (Rn. 46); vgl. hierzu auch supra 393 ff. sowie infra 501 f.

¹¹² BVerwGE 154, 328, 347 (Rn. 48).

¹¹³ BVerwGE 154, 328, 344 (Rn. 39).

¹¹⁴ BVerwGE 154, 328, 348 (Rn. 48).

¹¹⁵ BVerwGE 154, 328, 347 (Rn. 46).

¹¹⁶ Die Beklagte Bundesrepublik äußerte sich aus Gründen der Geheimhaltung nicht dazu, ob eine tatsächliche Stationierung vorliege. Das Gericht unterstellte seiner Entscheidung daher, dass dies der Fall war.

¹¹⁷ Vgl. zum Verfahrensgang: VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10; OVG Münster, Beschluss vom 7. Mai 2013, 4 A 1913/11; BVerfGE, Beschluss vom 15. März 2018, 2 BvR 1371/13 = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224.

werden, gegenüber den USA auf einen Abzug der Atomwaffen vom Standort Büchel hinzuwirken und alle auf eine „nukleare Teilhabe“ gerichteten Handlungen einzustellen. Die Klägerin berief sich auf eine Rechtswidrigkeit des möglichen Einsatzes von Atomwaffen unter Beteiligung der Bundeswehr,¹¹⁸ verwies ferner auf das völkerrechtliche Gewaltverbot, dessen Verletzung zu befürchten sei,¹¹⁹ und artikuliert die Rechtsauffassung, der zufolge Artikel 25 GG ebenso wie Artikel 26 Abs. 1 GG individuellen Rechtsschutz vermitteln.¹²⁰ Auch müsse sie als Anwohnerin in besonderer Weise befürchten, von etwaigen terroristischen Anschlägen gegen den Fliegerhorst Büchel betroffen zu sein.

Das Verwaltungsgericht Köln entschied, soweit es die deutsche Gerichtsbarkeit eröffnet sah, dass die Klage mangels Klagebefugnis unzulässig sei. Das Gericht lehnte die Möglichkeit der Berufung der Klägerin auf Artikel 25, 26 Abs. 1 GG ab, da die hier in Rede stehenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts ausschließlich zwischen Völkerrechtssubjekten wirkten und daher über Artikel 25 Satz 2 GG keine einklagbaren Rechte für in der Bundesrepublik lebende Einzelpersonen begründeten.¹²¹ Das Gericht lehnte ferner die Möglichkeit einer Verletzung des Rechts auf Leben der Beklagten (Artikel 2 Abs. 2 GG) ab, da ein entsprechendes unmittelbar zur Verletzung der Klägerin führendes Verhalten nicht vorliege.¹²² Auch eine Verletzung staatlicher Schutzpflichten erachtete das Gericht als nicht substantiiert vorgetragen.¹²³

Die Nichtzulassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg.¹²⁴ Das OVG relativierte allerdings die klare Stellungnahme des Verwaltungsgerichts Köln zum Gesichtspunkt des individualschützenden Charakters des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Das OVG führte aus, dass es nicht darauf ankomme, ob das Verwaltungsgericht die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung der Klägerin aus Artikel 25 Satz 2, 26 GG zu Recht verneint hatte. Denn jedenfalls liege eine Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts angesichts der mangelnden Illegalität des bloßen Atomwaffenbesitzes überhaupt nicht vor.¹²⁵

Die seitens der Klägerin erhobene Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht wurde nicht zur Entscheidung angenommen, da sie mangels hinreichender Substantiierung unzulässig sei. Das Bundesverfassungsgericht führte aus, dass eine Verletzung von Grundrechten der Klägerin aus Artikel 1 Abs. 2 Satz 1 und 14 Abs. 1 GG nicht substantiiert vorgetragen sei. Es fehle an einem der Beklagten zurechenbaren Eingriff und auch für eine Verletzung staatlicher Schutzpflichten gebe es keine Anhaltspunkte.¹²⁶

¹¹⁸ VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 16.

¹¹⁹ VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 17.

¹²⁰ VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 20.

¹²¹ VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 86 f.

¹²² VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 103.

¹²³ VG Köln, Urteil vom 14. Juli 2011, 26 K 3869/10, Rn. 115–117.

¹²⁴ OVG Münster, Beschluss vom 07. Mai 2013, 4 A 1913/11.

¹²⁵ OVG Münster, Beschluss vom 07. Mai 2013, 4 A 1913/11, Rn. 27.

¹²⁶ BVerfGE Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1224, 1224 (Rn. 27 ff.).

Von besonderer Relevanz ist ferner, dass das Bundesverfassungsgericht eine grundsätzliche Äußerung zur Möglichkeit der subjektiven Adressatenerweiterung hinsichtlich des völkerrechtlichen Gewaltverbots über Artikel 25 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 GG traf. Diese lehnte es – wenngleich nicht mit überzeugenden Argumenten – ab.¹²⁷

cc) US-Drohneinsätze vor dem Verwaltungsgericht

Weitere Fälle, die für die Prüfung des völkerrechtlichen Gewaltverbots vor deutschen Gerichten von Belang sind, betreffen Drohneinsätze der USA, durch die in vielen Ländern weltweit gezielte Tötungen von (vermeintlichen) Terroristen vorgenommen werden. Anknüpfungspunkt der Streitigkeiten ist der Umstand, dass für US-amerikanische Drohneinsätze die US-Luftwaffenbasis Ramstein von zentraler Bedeutung ist, um die Kommunikation zwischen der in den USA belegenen Steuerungszentrale und dem Drohneinsatzort zu gewährleisten.

In den entsprechenden Klagen gegen gezielte Tötungen spielt das völkerrechtliche Gewaltverbot keine zentrale Rolle, da die Einsätze zumeist auf der Grundlage einer Einladung der entsprechenden Regierung erfolgen und insoweit in erster Linie Verstöße gegen menschenrechtliche Vorschriften oder gegen humanitäres Völkerrecht in Betracht kommen. Relevant ist die Rechtsprechung gleichwohl deshalb, weil im Hinblick auf die einem Kläger gegenüber möglicherweise bestehenden Schutzpflichten der Bundesrepublik gegebenenfalls – wie sogleich auszuführen ist – das völkerrechtliche Gewaltverbot als Maßstab solcher Schutzpflichten herangezogen werden kann.

Im Verfahren 4 K 5467/15 vor dem Verwaltungsgericht Köln machte der Kläger – ein somalischer Staatsangehöriger – geltend, sein Vater sei bei einem gegen die Terrororganisation Al-Shabaab gerichteten US-Drohnenangriff ums Leben gekommen. Er beehrte die Feststellung, dass die beklagte Bundesrepublik Deutschland rechtswidrig das Risiko für die Tötung des Vaters des Klägers erhöht habe, indem sie es unterlassen habe, darauf hinzuwirken, dass die USA rechtswidrige Tötungen von Personen unter Nutzung von in der Bundesrepublik befindlichen Liegenschaften einstelle.

Das Verwaltungsgericht Köln wertete die Klage als unzulässig, unter anderem wegen fehlender Klagebefugnis. Der Kläger könne eine eigene Rechtsverletzung nicht aus der Tötung des Vaters herleiten und auch eigene subjektive Rechte des Klägers seien nicht verletzt.¹²⁸ Das Berufungsgericht lehnte im Hinblick auf die Tötung des Vaters des Klägers gar das Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses ab, da es wegen faktischer Unstimmigkeiten vom klägerischen Vortrag nicht überzeugt war.¹²⁹

¹²⁷ Vgl. zum Überblick und zur Kritik supra 391–396.

¹²⁸ VG Köln, Urteil vom 27. Juni 2016, 4 K 5467/15, Rn. 49 ff.

¹²⁹ OVG Münster, Urteil vom 19. März 2019, 4 A 1072/16, Rn. 46 ff.

Das Berufungsgericht sah ein mögliches Rechtsverhältnis allein darin, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten in Streit steht, ob die Beklagte möglicherweise im Hinblick auf Drohneneinsätze in Somalia im Allgemeinen Schutzpflichten verletzt hat. Insoweit allerdings sah das OVG Münster die Feststellungsklage als unzulässig an, denn der Kläger hätte im Wege der Gestaltungsklage vorgehen müssen.¹³⁰ Zwar ist es grundsätzlich anerkannt, dass die Subsidiarität der Feststellungsklage bei Klagen gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften eingeschränkt ist, denn von Hoheitsträgern kann angesichts ihrer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Achtung von Gesetz und Recht davon ausgegangen werden, dass sie auch ein ergehendes Feststellungsurteil unabhängig von dessen mangelnder Vollstreckbarkeit respektieren werden. Diese Voraussetzungen aber sah das Gericht nicht als gegeben an, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass das Feststellungsurteil geeignet sei, „den zwischen den Beteiligten bestehenden Streit endgültig auszuräumen“.¹³¹ Die Beklagte habe nämlich klar bekundet, dass sie der Auffassung sei, ihrer grundgesetzlichen Pflicht durch einen Dialog mit den USA nachzukommen. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich folgern, dass im vorliegenden Bereich allenfalls die Leistungsklage, nicht aber die Feststellungsklage in Betracht zu ziehen ist.

Ein weiterer verwaltungsgerichtlich geführter Rechtsstreit betraf den Einsatz von Drohnen im Jemen. Die Kläger dieses Rechtsstreits beantragten vor dem Verwaltungsgericht Köln, die beklagte Bundesrepublik Deutschland möge verurteilt werden, es durch (näher bezeichnete) geeignete Maßnahmen zu unterbinden, dass die Basis Ramstein von den USA zur Tötung von Personen durch Drohneneinsätze im Wohndistrikt der Kläger im Jemen eingesetzt werde. Das Verwaltungsgericht Köln sah die Klage als zulässig, aber unbegründet an. Die Beklagte komme den an extraterritoriale Schutzpflichten zu stellenden Anforderungen hinreichend nach.¹³²

Die Berufungsinstanz entschied indessen, dass die Klage teilweise begründet gewesen sei, und verurteilte die Bundesrepublik Deutschland dazu, sich durch geeignete Maßnahmen zu vergewissern, dass die Basis Ramstein nur zu völkerrechtskonformen Einsätzen von Drohnen im bezeichneten Distrikt verwendet werde und erforderlichenfalls auf die Einhaltung des Völkerrechts durch die USA hinzuwirken. Das Gericht gründete seine Entscheidung auf einer grundgesetzlichen Schutzpflicht der Bundesrepublik Deutschland mit Blick auf das Recht auf Leben aus Artikel 2 Abs. 2 GG gegenüber den (im Jemen lebenden) jemenitischen Klägern. Das Gericht entschied, dass die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet sei, „im Ausland lebende Ausländer davor zu schützen, dass ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit vom deutschen Staatsgebiet aus durch einen anderen Staat in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt werden“.¹³³ Diese Pflicht bestehe nicht

¹³⁰ OVG Münster, Urteil vom 19. März 2019, 4 A 1072/16, Rn. 86–96.

¹³¹ OVG Münster, Urteil vom 19. März 2019, 4 A 1072/16, Rn. 94.

¹³² VG Köln, Urteil vom 27. Mai 2015, 3 K 5625/14, Rn. 53, 85 ff.

¹³³ OVG Münster, Urteil vom 19. März 2019, 4 A 1361/15, Rn. 191.

für alle völkerrechtlichen Normen, sondern nur für solche, „die einen engen Bezug zu den Schutzgütern des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aufweisen“.¹³⁴ Grundsätzlich erstreckt sich nach der Entscheidung die Schutzpflicht auf das Verbot willkürlicher Tötungen (Artikel 6 Abs. 1 Satz 3 des IPbpR), das Verbot des gezielten oder unterschiedslosen Angriffs auf Zivilpersonen sowie das Unterscheidungsgebot in bewaffneten Konflikten nach Maßgabe des humanitären Völkerrechts.¹³⁵ Das Gericht stützte seine Entscheidung letztlich darauf, dass „erhebliche Zweifel“ dahingehend bestünden, dass „die generelle Einsatzpraxis der USA für bewaffnete Drohneneinsätze im Jemen dem Unterscheidungsgebot des humanitären Völkerrechts in der gebotenen Weise Rechnung trägt“.¹³⁶

Für den Rechtsschutz im Hinblick auf Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot finden sich interessante Ausführungen im Urteil des OVG Münster. Dieses stellt beträchtliche Überlegungen zu Fragen des völkerrechtlichen Gewaltverbots an, wiewohl es seine Entscheidung im Ergebnis hierauf nicht stützt. Das Gericht wirft die Frage auf, ob auch das völkerrechtliche Gewaltverbot einen engen Bezug zu den Schutzgütern des Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG aufweise und sich damit die staatliche Schutzpflicht aus Artikel 2 Abs. 2 GG auch darauf erstrecke, von deutschem Territorium ausgehende, von einem anderen Staat verübte Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot zu verhindern. Es lässt diese Frage im Ergebnis aber ausdrücklich unbeantwortet,¹³⁷ da – wie an zwei Stellen betont wird – unter dem Blickwinkel des *ius contra bellum* wegen des Vorliegens einer Einladung der jemenitischen Regierung eine Legalität ohnehin gegeben sei.¹³⁸ Kommt es zwar nach der Entscheidung auf die Ausführungen zum völkerrechtlichen Gewaltverbot nicht an, so widmet das Gericht diesem doch immerhin über 40 Randnummern seiner Entscheidung und geht hierbei sowohl auf die Grundlagen als auch auf die Entwicklungen hinsichtlich eines Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure ein.¹³⁹

In der Revisionsinstanz wurde die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage staatlicher Schutzpflichten dann allerdings vom Bundesverwaltungsgericht im konkreten Fall zurückgewiesen.¹⁴⁰ Zwar erkannte das Gericht an, dass es prinzipiell staatliche Schutzpflichten gibt, die auch extraterritorial wirken. Allerdings verlangte es einen „qualifizierten Gebietsbezug“,¹⁴¹ den es hinsichtlich der Nutzung der Basis Ramstein durch die USA nicht als erwiesen ansah. Erforderlich sei, so das Bundesverwaltungsgericht, dass „für die rechtliche Bewertung maßgebliche Teilakte des zur Beeinträchtigung oder Gefährdung von Grundrechten führenden Gesamtgeschehens innerhalb der Grenzen der deutschen Gebietshoheit

¹³⁴ OVG Münster, Urteil vom 19. März 2019, 4 A 1361/15, Rn. 191.

¹³⁵ Ebd., Rn. 223.

¹³⁶ Ebd., Rn. 463.

¹³⁷ Ebd., Rn. 225–227.

¹³⁸ Ebd., Rn. 227, 434.

¹³⁹ Vgl. ebd., Rn. 302–344.

¹⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 25. November 2020, 6 C 7.19.

¹⁴¹ BVerwG, Urteil vom 25. November 2020, 6 C 7.19, Rn. 50.

stattfinden“.¹⁴² Im Ergebnis ließ das Gericht offen, ob eine Schutzpflicht der Bundesrepublik entstanden sei, denn jedenfalls sei die Bundesrepublik einer etwaigen Schutzpflicht ausreichend nachgekommen.¹⁴³

Ungeachtet der Erfolglosigkeit der Klage vor dem Bundesverwaltungsgericht besteht nach dieser Rechtsprechung aber die grundsätzliche Möglichkeit eines über staatliche Schutzpflichten subjektiv-rechtlich aufgeladenen Rechtsschutzes hinsichtlich von Verstößen gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot, sofern der benannte „qualifizierte Gebietsbezug“ gegeben ist.

dd) Keine Relevanz des Gewaltverbots in Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren

Eine weitere Klärung der innerstaatlichen Wirkung des völkerrechtlichen Gewaltverbots erfolgte im Hinblick auf Genehmigungsverfahren für den Betrieb von Flughäfen. Hintergrund der entsprechenden Verfahren war, dass die genehmigten Flughäfen unter Umständen in der Folge zur Ausführung oder Unterstützung völkerrechtswidriger Handlungen durch andere Staaten genutzt werden könnten. Die aufgeworfene Rechtsfrage war damit, ob bereits im Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren eine Prüfung hinsichtlich später möglicher Verstöße gegen das Gewaltverbot zu erfolgen habe. Die klare Linie der Rechtsprechung ist insoweit, dass im Rahmen von Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot keinen relevanten rechtlichen Gesichtspunkt abgeben.

Ein Rechtsstreit wurde insoweit im Hinblick auf den Betrieb des Flughafens Halle/Leipzig geführt.¹⁴⁴ Die Kläger wandten sich gegen einen Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss, in dem Betriebsregelungen enthalten waren, die auch Flugbewegungen und Anforderungen des Air Mobility Command der US-Streitkräfte betrafen. Die Kläger verwiesen auf völkerrechtliche Bedenken gegen diese Zulassung, da der Flughafen in der Folge voraussichtlich auch für völkerrechtswidrige Handlungen der USA genutzt werde.¹⁴⁵ Auf der Grundlage dessen könne ein erhöhter Nachtflugbedarf für militärische Nutzungen keine Anerkennung finden.¹⁴⁶

Das Bundesverwaltungsgericht wies diese Auffassung zurück und entschied, dass im Rahmen des Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahrens Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots nicht geprüft werden könnten.¹⁴⁷ Kern der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts war, dass das Planfeststellungsverfahren nicht die Zulässigkeit einzelner Flugbewegungen betreffe, sondern

¹⁴² BVerwG, Urteil vom 25. November 2020, 6 C 7.19, Rn. 50.

¹⁴³ BVerwG, Urteil vom 25. November 2020, 6 C 7.19, Rn. 66 ff.

¹⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 24. Juli 2008, 4 A 3001.07 = BVerwGE 131, 316.

¹⁴⁵ BVerwGE 131, 316, 320.

¹⁴⁶ BVerwGE 131, 316, 338 (Rn. 84).

¹⁴⁷ Kritisch gegen diese Rechtsprechung und für eine Prüfungskompetenz der Plan- und Genehmigungsbehörde: Heß, in: Becker/Braun/Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, S. 249 (260–263).

allein auf allgemeiner Ebene regle, unter welchen Voraussetzungen Flugbewegungen zulässig seien. Die Planfeststellungsbehörde erzeuge Regelungen also nur für die Arten von Verkehr, die (im streitigen Fall) nächtlichen Betriebsbeschränkungen unterliegen, und müsse daher auch keine Untersagung für möglicherweise völkerrechtswidrige Nutzungen aussprechen.¹⁴⁸

Ferner – so führt das Gericht überzeugend aus – sei die Frage, ob ein nicht-deutscher Hoheitsträger gegen allgemeine Regelungen des Völkerrechts verstoße und deutsche Behörden deshalb an seinen Handlungen nicht mitwirken dürften, bereits dann zu klären, wenn das Luftfahrzeug den Luftraum der Bundesrepublik Deutschland benutze, also noch bevor es den fraglichen Flugplatz erreiche.¹⁴⁹ § 1c LuftVG normiert, welchen Luftfahrzeugen die Nutzung des deutschen Luftraums gestattet ist. Dies ist insbesondere nach § 1c Nr. 6 LuftVG der Fall, wenn eine Erlaubnis (§ 2 Abs. 7 LuftVG) vorliegt. Die zuständige Behörde ist insoweit nach § 94 LuftVZO das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur oder eine von ihm bestimmte Stelle und im Fall ausländischer Luftfahrzeuge im Militärdienst das Bundesministerium der Verteidigung (§ 97 LuftVZO).

Die Erteilung der Erlaubnis zur Nutzung des Luftraums ist Sache der Erlaubnisbehörde, und diese muss auch die Prüfung dahingehend vornehmen, ob eine Nutzung des Luftraums vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Gewaltverbots und seiner Geltung in der Bundesrepublik (Artikel 25, 26 GG) zulässig ist.

Das Gericht führt ferner aus, dass weder aus Artikel 25 GG noch aus dem völkerrechtlichen Gewaltverbot das Gebot folge, den Genehmigungs- und Planfeststellungsbehörden ein eigenständiges Prüfungsrecht einzuräumen.¹⁵⁰ Aus diesen Vorschriften ergebe sich zudem nicht die Anforderung, dass eine bestimmte Behörde die Prüfung vornehme, sondern nur, dass die Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften tauglich sein müssten, eine bestimmende Mitwirkung deutscher Hoheitsträger an völkerrechtswidrigen Handlungen zu verhindern.¹⁵¹ In dieser Hinsicht sah das Bundesverwaltungsgericht die alleinige Zuständigkeit der oben bezeichneten Erlaubnisbehörden als Voraussetzung für eine einheitliche Beurteilung an und betonte, dass diese auch sachnäher und damit für die Beurteilung völkerrechtlicher Fragen der Luftraumnutzung geeigneter seien.¹⁵²

Das Bundesverwaltungsgericht unterließ es allerdings nicht, dem von den Klägern artikulierten Rechtsschutzbegehren einen möglichen Weg zu weisen. Es führte aus: „Sollte das völkergewohnheitsrechtliche Gewaltverbot als allgemeine Regel des Völkerrechts gem. Art. 25 Satz 2 GG Rechte unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets erzeugen, könnten diese Rechte im Verfahren zur Erteilung der Einflugerlaubnisse geltend gemacht werden.“¹⁵³ Ohne die entsprechenden Rechtsfra-

¹⁴⁸ BVerwGE 131, 316, 338 (Rn. 84).

¹⁴⁹ BVerwGE 131, 316, 339 (Rn. 86).

¹⁵⁰ BVerwGE 131, 316, 340 (Rn. 88).

¹⁵¹ BVerwGE 131, 316, 341 (Rn. 90).

¹⁵² BVerwGE 131, 316, 341 f. (Rn. 90).

¹⁵³ BVerwGE 131, 316, 343 (Rn. 92).

gen definitiv zu entscheiden, schlägt das Gericht also einen Drittschutz gegen die als Verwaltungsakt zu qualifizierende Einflugerlaubnis vor.

In einem anderen Verfahren wandten sich die im Einwirkungsbereich des US-Militärflughafens der Basis Ramstein lebenden Kläger gegen die luftrechtliche Genehmigung für die Erweiterung des Flughafens, da sie eine erhöhte Lärmbelastung fürchteten.¹⁵⁴ In diesem Verfahren wurde – neben den hauptsächlich geltend gemachten planungsrechtlichen Fehlern – seitens der Kläger auch darauf abgestellt, dass die Genehmigung des Ausbaus des Militärflughafens Ramstein eine verfassungswidrige Beteiligung einer deutschen Behörde an völkerrechtswidrigen Kriegseinsätzen der USA im Irak und Afghanistan darstelle, worauf sich Anwohner des Flugplatzes auch berufen könnten.¹⁵⁵

Dem entgegen entschied das Berufungsgericht, dass sich die luftrechtliche Genehmigung nach § 6 Abs. 1 LuftVG gegenüber den Zielen des genehmigten Flugplatzvorhabens neutral verhalte.¹⁵⁶ Die Einleitung und Durchführung des Genehmigungsverfahrens stehe in keinem Zusammenhang mit dem (angeblich) völkerrechtswidrigen Streitkräfteeinsatz und angesichts des planungsrechtlichen Problembewältigungsgebots habe keine Veranlassung bestanden, auch Fragen der Völkerrechtskonformität im Hinblick auf die Unterbindung bestimmter Nutzungszwecke mit einzubeziehen.¹⁵⁷ Die bloße Genehmigung des an sich neutralen Vorhabens begründe keine Mitverantwortlichkeit der Genehmigungsbehörde für etwaige von der Basis Ramstein ausgehende Völkerrechtsverstöße.¹⁵⁸ Das Gericht hielt ferner offen, ob über Artikel 25 GG auch Individualansprüche aus dem Gewaltverbot hergeleitet werden könnten. Jedenfalls aber seien Anwohner des Flugplatzes Ramstein nicht als Geschädigte anzusehen und Ansprüche von daher ausgeschlossen.¹⁵⁹

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger zurück. Im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot verwies das Gericht auf die Entscheidung BVerwGE 131, 316 und die dort aufgestellten Grundsätze im Hinblick auf den Prüfungsumfang im Rahmen des Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahrens.¹⁶⁰ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte damit, dass die Prüfung der Völkerrechtskonformität in Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren keine Rolle spielt.¹⁶¹

¹⁵⁴ VG Neustadt, Urteil vom 12. Februar 2007, 3 K 2158/04; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07; BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2009, 4 B 45.08.

¹⁵⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 45.

¹⁵⁶ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 184.

¹⁵⁷ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 186.

¹⁵⁸ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 186.

¹⁵⁹ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 188.

¹⁶⁰ BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2009, 4 B 45.08, Rn. 23.

¹⁶¹ Vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2009, 4 B 45.08, Rn. 24 f.

b) *Bisherige Ansatzpunkte des Rechtsschutzes*

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lassen sich die folgenden Ansatzpunkte für den Rechtsschutz gegen mögliche Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot identifizieren.¹⁶²

aa) *Subjektivierung des Gewaltverbots über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG*

Ein möglicher Ansatz besteht in der Geltendmachung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch einzelne Subjekte, die sich auf dieses vermöge der Subjektivierung durch Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG berufen könnten. Die besseren Argumente sprechen für die grundsätzliche Anerkennung der Möglichkeit eines solchen Rechtsschutzes.¹⁶³ Wir haben gesehen, dass diese Frage in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in der weit überwiegenden Zahl der Fälle, insbesondere auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, offengelassen wurde.¹⁶⁴ Sie stellt daher nach wie vor eine mögliche Rechtsschutzoption dar.¹⁶⁵

Unklar bleibt insoweit allerdings, welche konkreten Grenzen dem Rechtsschutz im Hinblick auf allgemeine Normen des Völkerrechts, die über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG subjektiviert worden sind, zu ziehen sind. Weithin Einigkeit besteht insoweit dahingehend, dass die Subjektivierung nicht zur Zulässigkeit einer allgemeinen Popularklage führen könne, da dies mit den Prinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes unvereinbar sei.¹⁶⁶ Das Bundesverwaltungsgericht verlangt insoweit das Vorliegen einer „den Kläger von der Allgemeinheit unterscheidenden individuellen Betroffenheit“.¹⁶⁷ Wie bereits im Rahmen unserer Analyse zu Artikel 25 GG angedeutet: Auch wenn es grundsätzlich zu einer Subjektivierung einer völkerrechtlichen Norm kommt, heißt dies nicht, dass auch jedes Subjekt diese geltend machen kann, sondern es bedarf angemessener Einschränkungen, um diese Adressatenerweiterung im Rahmen der auf subjektiven Rechtsschutz ausgelegten deutschen Rechtsordnung implementieren zu können.¹⁶⁸

Die *Betroffenheit eines (anderen) Rechts* kann nicht Voraussetzung der Geltendmachung sein, denn es wäre widersinnig, wenn die Subjektivierung über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG nur für diejenigen erfolgen sollte, deren subjektive Rechte bereits anderweitig betroffen sind. Dann nämlich wäre die Subjektivierung obsolet.

¹⁶² Der folgende Abschnitt basiert auf und enthält wörtlich übernommene Passagen aus: *Marxsen*, *Die Verwaltung* 53 (2020), 215–252.

¹⁶³ Vgl. hierzu supra 393–396.

¹⁶⁴ BVerwGE 131, 316, 343; BVerwGE 154, 328, 347 (Rn. 46); VG Köln, Urteil vom 14. März 2013, 1 K 2822/12, Rn. 74–82; OVG Münster, Beschluss vom 7. Mai 2013, 4 A 1913/11, Rn. 27; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Mai 2008, 8 A 10910/07, Rn. 188.

¹⁶⁵ Vgl. aber auch die Zurückweisung dieser Interpretation durch BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, 1224, 1226 (Rn. 37).

¹⁶⁶ Die Zulässigkeit von Popularklagen wird selten gefordert, vgl. aber für das Postulat einer offenbar sehr weit reichenden Zulässigkeit von Klagen *Becker*, *Die Öffentliche Verwaltung* 66 (2013), 493 (501).

¹⁶⁷ BVerwGE 154, 328, 344 (Rn. 39).

¹⁶⁸ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen zu Art. 25 GG in § 14, supra 393–396.

Vielmehr muss es darum gehen, die auf subjektiven Rechtsschutz ausgelegten verwaltungsgerichtlichen Verfahrensanforderungen mit dem Bestreben des Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG nach innerstaatlicher Verankerung der Regeln des allgemeinen Völkerrechts durch ihre Subjektivierung in Einklang zu bringen. Dies kann erfolgen, indem der Kreis derjenigen, für die vermittels Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG einklagbare Rechtspositionen erzeugt werden, eingeengt wird auf diejenigen Personen, deren Interessen hinreichend betroffen sind.

Bei der Festlegung einer individuellen Betroffenheit handelt es sich um einen wertungsbehafteten Vorgang, der letztlich eine fallspezifische Bestimmung verlangt. Eine Reihe von Kriterien können dabei herangezogen werden:

1. Ist der Kläger selbst oder sind seine Angehörigen von einem möglicherweise völkerrechtswidrigen Militäreinsatz unmittelbar betroffen?
2. Bei nur drohender Beeinträchtigung: Wie wahrscheinlich ist eine künftige Betroffenheit? Besteht nur die abstrakte Möglichkeit oder zeichnet sich eine konkrete Gefahrenlage ab?
3. Wie tief greifend ist die Bundesrepublik Deutschland involviert? Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Verhalten der Bundesrepublik um einen maßgeblichen Beitrag zu einer möglichen Verletzung des Verbots des Angriffskrieges?
4. Fernerhin sollte auch beachtet werden, dass die Verwaltungsgerichte keineswegs das ideale Forum darstellen, um Fragen der Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen im Bereich der auswärtigen Gewalt zu kontrollieren. Diese nämlich könnten angesichts der Tragweite der Entscheidungen überfordert sein. Das geeignete Forum einer Kontrolle wäre fraglos das Bundesverfassungsgericht, das aber in Ermangelung geeigneter Kontrollverfahren bislang nicht zuständig ist. Das Kriterium der Betroffenheit aber bietet die Möglichkeit, auch die weiteren Umstände der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten mit in Anschlag zu bringen. Kurz gefasst: Einer letztlich prokuratorischen Wahrnehmung eines Allgemeininteresses an der Einhaltung völkerrechtlicher Vorgaben durch Subjektivierung allgemeiner Regeln des Völkerrechts bedarf es dann nicht, wenn die entsprechenden Fragen bereits effektiv und sachadäquat auf einer höheren Ebene – nämlich in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – einer Überprüfung unterzogen werden können. Ist dies allerdings unmöglich, so unterstreicht dies die Notwendigkeit einer Subjektivierung über Artikel 25 GG.

bb) Staatliche Schutzpflichten, Artikel 2 Abs. 2 GG

Relevant ist eine weitere Möglichkeit des Rechtsschutzes, nämlich die Berufung auf staatliche Schutzpflichten hinsichtlich des Rechts auf Leben. Hier hat das OVG Münster die Möglichkeit erörtert und ausdrücklich offengelassen, ob das völkerrechtliche Gewaltverbot einen hinreichenden Bezug zu den Schutzgütern des Artikel 2 Abs. 2 GG aufweist, um staatliche Schutzpflichten zu begründen.¹⁶⁹ Ange-

¹⁶⁹ Vgl. supra 497.

sichts des Umstandes, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot neben dem Schutz der Souveränität jedenfalls als notwendigen und auf der Grundlage eines modernen Souveränitätsverständnisses zentralen Reflex auch die Individuen vor den Folgen bewaffneter Auseinandersetzungen schützen möchte, scheint es dringend geboten, diesen engen Bezug im Rahmen von Artikel 2 Abs. 2 GG anzuerkennen. Staatliche Schutzpflichten aus Artikel 2 Abs. 2 GG gelten also auch im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot.

Damit eröffnet sich eine weitere Rechtsschutzdimension, denn auf staatliche Schutzpflichten können sich nicht nur die Bewohner des Bundesgebiets berufen. Vielmehr bestehen die Pflichten für alles hoheitliche Handeln und damit im Grundsatz auch extraterritorial, wenn die Effekte deutscher hoheitlicher Tätigkeit im Ausland eintreten.¹⁷⁰ In diesem Sinne hatte das OVG Münster in der oben diskutierten Entscheidung staatliche Schutzpflichten im Hinblick auf den jemenitischen Kläger angenommen. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht, wie ausgeführt, die Anforderungen an den territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland zuletzt deutlich erhöht.

cc) Abwehrrechtliche Dimension

In der Rechtsprechung bislang nicht geklärt ist die Frage, ob und inwieweit auch aus abwehrrechtlicher Sicht auf das völkerrechtliche Gewaltverbot abzustellen ist. Könnte also eine Ausländerin, die von einem möglicherweise gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstößenden Auslandseinsatz der Bundeswehr zum Beispiel in ihrer körperlichen Unversehrtheit betroffen ist, diese Verletzung vor den Verwaltungsgerichten geltend machen? Vieles spricht dafür, dass im Rahmen einer Prüfung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Abs. 2 GG auch die Regeln des völkerrechtlichen Gewaltverbots in Anschlag zu bringen sind, da ein entsprechender Einsatz von vornherein rechtswidrig wäre. In anderen Worten: Eine Grundrechtseinschränkung auf der Grundlage eines rechtswidrigen Militäreinsatzes begründet als solches bereits einen Verstoß gegen das einschlägige Grundrecht.¹⁷¹

* * *

Festzuhalten ist damit, dass für einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz betreffend mögliche Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbots rechtliche Ansatzpunkte bestehen. Gleichzeitig aber sind diese in der Rechtsprechung derweil nicht vollumfänglich anerkannt und entwickelt und bleiben daher ein bislang weithin unsicheres Instrument, das weiterer Entwicklung harret.

¹⁷⁰ Vgl. zur extraterritorialen Grundrechtswirkung insbesondere BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020, 1 BvR 2835/17.

¹⁷¹ Dies entspricht letztlich auch der Wertung des UN-Menschenrechtsausschusses: Human Rights Committee, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30. Oktober 2018, Rn. 70: „States parties engaged in acts of aggression as defined in international law, resulting in deprivation of life, violate ipso facto article 6 of the Covenant.“

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Auch vor den Strafgerichten können Fragen der Völkerrechtskonformität thematisch werden. In der Praxis finden sich hier zwei Gruppen von Fällen. Einerseits besteht die Möglichkeit von Verfahren gegen verantwortliche Entscheidungsträger innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, die für einen (gegebenenfalls) völkerrechtswidrigen Militäreinsatz verantwortlich sind (1.). Zweitens besteht die Möglichkeit, dass Fragen der Völkerrechtskonformität in Strafverfahren gegen Kriegsgegnerinnen und Kriegsgegner relevant werden (2.).

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Aggression

Nach Artikel 26 Abs. 1 Satz 2 GG besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht, Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, unter Strafe zu stellen. Ein entsprechender Straftatbestand wurde erst 1968 durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz eingeführt.¹⁷² § 80 StGB schuf dabei eine Strafbarkeit für die Vorbereitung eines Angriffskrieges. § 80a StGB – in veränderter Form noch heute gültig – verbietet das Anstacheln zu einem Angriffskrieg. Die Zentralnorm der Strafbarkeit § 80 StGB¹⁷³ setzte dabei den verfassungsrechtlichen Strafbarkeitsauftrag nur unzureichend um.¹⁷⁴ Insbesondere stellte die Norm nur die Vorbereitung, nicht aber die Führung eines Angriffskrieges unter Strafe. Ferner verlangte sie die Vorbereitung eines Angriffskrieges, an dem die Bundesrepublik beteiligt sein soll sowie schließlich die Schaffung einer Kriegsgefahr für die Bundesrepublik Deutschland. Daher blieben weite Teile des von Artikel 26 Abs. 1 GG verbotenen Verhaltens – etwa die tatsächliche Führung des Angriffskrieges oder die Entfachung eines Krieges ohne Beteiligung der Bundesrepublik – nicht von der Strafandrohung erfasst. Mit dem Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches trat § 80 StGB zum 1. Januar 2017 außer Kraft.¹⁷⁵ Der Verfassungsauftrag des Artikel 26 Abs. 1 GG ist nunmehr in § 13 VStGB umgesetzt, der die Strafbarkeit für das Verbrechen der Aggression fest schreibt.

¹⁷² Achstes Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1968, BGBl. I 1968, 741.

¹⁷³ Vgl. die bis zum 31. Dezember 2016 gültige Fassung des § 80 StGB (Vorbereitung eines Angriffskrieges): „Wer einen Angriffskrieg (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes), an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll, vorbereitet und dadurch die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft.“

¹⁷⁴ *Epping*, Der Staat 31 (1992), 29 (40f.); *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ, 99 (2009), 143 (145); *Hartwig*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 29; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 20; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 26, Rn. 33; *Fink*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. II, 2018, Art. 26, Rn. 57.

¹⁷⁵ Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches vom 22. Dezember 2016, BGBl. I 2016, 3150.

In der Praxis wurden im Nachgang zu Militäreinsätzen unter deutscher Beteiligung mehrfach strafrechtliche Verfahren eingeleitet. Im Zuge der Kosovointervention kam es zu Strafanzeigen gegen deutsche Verantwortungsträger wegen einer möglichen Strafbarkeit aus § 80 StGB (a. F.) (Vorbereitung eines Angriffskriegs) und § 80a StGB (a. F.) (Aufstacheln zum Angriffskrieg). Der Generalbundesanwalt prüfte den Sachverhalt, leitete indes keine Ermittlungen ein, weil Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit fehlten. Der Militäreinsatz sei nicht geeignet gewesen und die Verantwortlichen hätten nicht in der Absicht gehandelt, einen Angriffskrieg zu führen, sondern „ausschließlich in dem Bestreben [...], eine völker- und menschenrechtswidrige Unterdrückung der Kosovo-Albaner abzuwenden und zu beenden“.¹⁷⁶

Auch im Hinblick auf die deutschen Maßnahmen (wie die Entsendung von AWACS-Flugzeugen in die Türkei) im Zuge des Irakkriegs waren Strafanzeigen gegen deutsche Politiker gestellt worden. Auch hier lehnte der Generalbundesanwalt die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen § 80 StGB (a. F.) ab, da es keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit gebe.¹⁷⁷

In der Praxis zeigt sich daher, dass strafrechtliche Verantwortlichkeit bislang kein effektiver Weg war, gerichtliche Entscheidungen über die Völkerrechtswidrigkeit eines Militäreinsatzes herbeizuführen. Dies überrascht auch wenig. Die Problematik strafgerichtlicher Verfahren liegt auf der Hand: Diese scheinen nicht der richtige Ort zur Bewertung einer politischen Entscheidung (über die Entsendung der Bundeswehr), die (im Regelfall) von der Regierung und der Mehrheit des Bundestags getroffen worden ist. Es scheint schon aus einer institutionellen Logik heraus kaum vorstellbar, dass ein Gericht Regierungsmitglieder oder die zustimmenden Abgeordneten des Bundestags wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Aggression verurteilt, denn dies würde nicht zuletzt als eine Usurpation durch die Judikative empfunden werden. Insofern scheint es, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit in diesem Zusammenhang allein im Hinblick auf Personen, die nicht den Staat repräsentieren, Relevanz entfalten kann, „ungeachtet des Umstands“, wie Matthias Hartwig betont, „daß von ihnen nicht die eigentliche Gefahr ausgeht“.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Pressemitteilung Nr. 10 des Generalstaatsanwaltes beim Bundesgerichtshof zur Strafanzeige: Die deutsche Beteiligung am NATO-Einsatz in Jugoslawien erfüllt nicht den Straftatbestand des 80 StGB (Vorbereitung eines Angriffskrieges), 22. April 1999, dokumentiert unter: <http://www.glasnost.de/kosovo/urteilstrafanz.html> [abgerufen am 29. März 2021].

¹⁷⁷ Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Pressemitteilung: Kein Anfangsverdacht wegen Vorbereitung eines Angriffskrieges, 21. März 2003, *JuristenZeitung* 58 (2003), 908–911; vgl. ferner hierzu die Anmerkung von *Kreß*, *JuristenZeitung* 58 (2003), 908 (911–916).

¹⁷⁸ *Hartwig*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 30.

2. Strafverfahren gegen Kriegsgegner

Zu erwähnen bleibt schließlich, dass es im Zuge von Militäreinsätzen auch zu strafrechtlichen Verfahren gegen Kriegsgegnerinnen und -gegner kam. Hinsichtlich des Kosovokrieges gab es beispielsweise eine Reihe von Verfahren gegen Personen,¹⁷⁹ die einen in der *Tageszeitung* veröffentlichten Aufruf unterzeichnet hatten, in dem die Soldaten der Bundeswehr aufgerufen wurden, sich nicht am Krieg zu beteiligen und die erteilten Befehle zu verweigern.¹⁸⁰ Mehrere Personen wurden daraufhin in verschiedenen amtsgerichtlichen Verfahren verurteilt,¹⁸¹ die überwiegende Zahl allerdings freigesprochen, wobei die rechtlichen Begründungen sehr unterschiedlich ausfielen. Die Verurteilungen erfolgten, weil die Unterzeichnenden eine Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), nämlich nach § 20 WStG (Gehorsamsverweigerung) begangen hätten.¹⁸² Freisprüche wurden teils damit begründet, dass der Aufruf noch von der Meinungsfreiheit des Artikel 5 Abs. 1 GG gedeckt und daher der Tatbestand von § 111 StGB nicht erfüllt sei.¹⁸³ Teils wurde zudem auf einen mangelnden Vorsatz hinsichtlich eines Aufrufes zu einer rechtswidrigen Tat abgestellt.¹⁸⁴ Bemerkenswert ist jedenfalls eine Entscheidung des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten, in der dezidiert die Völkerrechtswidrigkeit des Kosovoeinsatzes festgestellt wurde. Vor dem Hintergrund dieser Rechtswidrigkeit seien entsprechende Befehle unverbindlich und eine Gehorsamsverweigerung folglich gemäß § 22 WStG nicht strafbar.¹⁸⁵

Das Kammergericht als Revisionsinstanz schließlich ließ die Frage der Völkerrechtskonformität des Kosovoeinsatzes außen vor, stellte ebenfalls auf die Meinungsfreiheit nach Artikel 5 Abs. 1 GG ab und wertete die Aufforderung zur Entfernung von der Truppe „lediglich als kritische Meinungsäußerung in einer politisch über Deutschland hinaus hoch brisanten Debatte“.¹⁸⁶ Diese Begründungsstrategie ist wenig überzeugend, lässt sie doch die Frage, ob im Aufruf überhaupt ein strafwürdiges Verhalten liegt, unbeantwortet.¹⁸⁷

Ungeachtet dessen ist die Zurückhaltung in der Positionierung der Gerichte durchaus verständlich. Sie sind schwerlich der richtige Ort, um weit reichende,

¹⁷⁹ Vgl. zum Ganzen *Busse*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 20 (2000), 631 (631); *Jahn*, Kritische Justiz 33 (2000), 489 (489); *Geppert*, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 315 (315).

¹⁸⁰ Der Wortlaut des Aufrufes ist abgedruckt in: KG Berlin, Urteil vom 29. Juni 2001, (3) 1 Ss 388/00 = Neue Justiz 2001, 553.

¹⁸¹ In Berlin kam es anscheinend zu mindestens 38 Verfahren, wobei in 7 Fällen Verurteilungen erfolgten, in 31 Fällen Freisprüche; vgl. hierzu *Busse*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 20 (2000), 631 (631).

¹⁸² Vgl. z. B. AG Berlin-Tiergarten, Urteil vom 17. November 1999, 277 Ds 743/99 = BeckRS 9998, 25343.

¹⁸³ AG Berlin-Tiergarten, Urteil vom 4. November 1999, 254 Cs 883/99145 = Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, 144.

¹⁸⁴ Ebd.

¹⁸⁵ AG Berlin-Tiergarten, Urteil vom 2. März 2000, 239 Ds 446/99 = Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, 652.

¹⁸⁶ KG Berlin, Urteil vom 29. Juni 2001, (3) 1 Ss 388/00 = Neue Justiz 2001, 553, 554.

¹⁸⁷ Kritisch insoweit: *Jahn*, Kritische Justiz 33 (2000), 489 (494).

auch politisch brisante Bewertungen anhand eines individuellen Falles vorzunehmen.¹⁸⁸

IV. Die Defizite des Rechtsschutzes und mögliche Abhilfe

Mit dieser umfassenden Betrachtung der Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Hinblick auf Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot wollen wir nunmehr eine abschließende Bewertung vornehmen, in deren Ergebnis auch Überlegungen *de lege ferenda* angestellt werden sollen.

Ausgangspunkt ist die Diagnose eines Mangels an effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten, der sich aus einer Gesamtschau der diskutierten Ansätze ergibt (1.). Aufgeworfen ist damit die grundsätzliche Frage, ob im Bereich der auswärtigen Gewalt und, noch konkreter gefasst, im Hinblick auf die Völkerrechts- und Verfassungskonformität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr überhaupt eine gerichtliche Kontrolle opportun ist. Betroffen sind damit Fragen der Gewaltenteilung (2.). Die hier zu entwickelnde These ist, dass der letztlich zu diagnostizierende Mangel an Rechtsschutzmöglichkeiten mit der fundamentalen Bedeutung der in Rede stehenden Verfassungsprinzipien unvereinbar ist. Folglich wird im Ergebnis zu zeigen sein, dass es verfassungsrechtlich geboten ist, einen effektiven Rechtsschutz zu erzeugen (3.).

1. Defizitäre Rechtsschutzmöglichkeit *de lege lata*

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass ein Rechtsschutz im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot vor erheblichen Herausforderungen steht.

Vor dem Bundesverfassungsgericht kann die mögliche Völkerrechts- oder Verfassungswidrigkeit eines Einsatzes im Wege des Organstreits nicht geltend gemacht werden. Allenfalls sofern ein Militäreinsatz zugleich Ausdruck einer Regierungspolitik zur Fortentwicklung des Rechtsrahmens eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist, kann dies in die Prüfung eingestellt werden, da hierüber eine Verletzung der Beteiligungsrechte des Bundestages nach Artikel 59 Abs. 2 GG (und zudem auch i. V. m. Artikel 24 Abs. 2 GG) in Betracht kommt. Der bestehende Rechtsschutz ist damit allenfalls rudimentär und sichert allein gegen letztlich unwahrscheinliche Szenarien, zum Beispiel dass die NATO zu einem Bündnis, das ausdrücklich auch völkerrechtswidrige Angriffskriege zu führen bereit ist, fortentwickelt werden soll. Keinerlei Rechtsschutz besteht auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung gar für diejenigen Konstellationen, in denen die Bundesrepublik erst gar nicht vorgibt, im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit

¹⁸⁸ Fischer/Fischer-Lescano, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (139f.).

zu handeln. Denn in diesen Fällen kann freilich auch die Fortentwicklung eines Rechtsrahmens nicht über den vom Zustimmungsgesetz getragenen Rahmen hinaus erfolgen und es besteht – wie das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Syrienmandat entschieden hat – gerade kein Anspruch auf Geltendmachung, dass das an sich geforderte Bündnis überhaupt erst geschaffen werden müsste.¹⁸⁹

Über die abstrakte Normenkontrolle könnte ein Rechtsschutz erzielt werden, aber bislang bleibt die Zulässigkeit umstritten. Nicht zuletzt ist auch von Relevanz, dass die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse in den meisten Fällen einen Rechtsschutz nicht erlauben würden und insoweit kein effektives Rechtsschutzmittel für kleinere Oppositionsparteien gegeben wäre.¹⁹⁰ Denn für die Zulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle ist nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 BVerfGG ein Antrag eines Viertels der Mitglieder des Bundestages erforderlich, was bislang für die hinsichtlich der Stellung eines Antrags in Frage kommenden Oppositionsparteien nicht zu erreichen war.

Zwar können im Rahmen der Verfassungsbeschwerde indirekt auch Verstöße gegen die Artikel 25 und 26 GG (als Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung) überprüft werden. Bereits der Umstand, dass eine entsprechende Beschwerde bislang noch nicht vom Gericht entschieden worden ist, zeigt allerdings, dass insoweit erhebliche Hürden bestehen. Die Geltendmachung von Grundrechten durch von möglicherweise illegalen Militäreinsätzen betroffene Personen vor einem deutschen Gericht stellt erhebliche Hürden auf. Die Militäreinsätze erfolgen nicht auf dem Territorium der Bundesrepublik, sondern im Ausland, und so ist es eine für Betroffene schon aus praktischen Gründen fernliegende Option, sich gegen einen Einsatz vor einem deutschen Gericht zur Wehr zu setzen.

Die Diskussion der Möglichkeiten des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zeigt fernerhin, dass effektive Möglichkeiten der Kontrolle im Hinblick auf die Völkerrechtskonformität auch dort nicht zu erreichen sind. Am weitesten reicht hier noch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf die Gewissensfreiheit von Soldaten,¹⁹¹ die aber eben gerade eine Entscheidung in der Sache hinsichtlich des völkerrechtlichen Gewaltverbots nicht traf.

Ferner besteht zwar aus rechtsdogmatischer Sicht (nach hier vertretenem Standpunkt) durchaus die Möglichkeit der Berufung auf eine Subjektivierung des Gewaltverbots über Artikel 25 Satz 2 Halbs. 2 GG. Diese aber ist sowohl im Hinblick auf die grundsätzliche Möglichkeit sowie hinsichtlich der konkreten Reichweite äußerst umstritten. Auch die Berufung auf staatliche Schutzpflichten bietet einen rechtlichen Ansatzpunkt, der allerdings gleichfalls nur eine begrenzte Überprüfbarkeit vermittelt.

Es zeigt sich, dass Rechtsschutz – sofern überhaupt gegeben – allenfalls im Wege des subjektiven Rechtsschutzes zu erreichen ist. Das aufgeworfene Problem ist insoweit, dass damit Verwaltungsgerichte oder ordentliche Gerichte mit Rechtsfra-

¹⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 41 f.; vgl. hierzu supra 479 f.

¹⁹⁰ Vgl. auch *Bothe*, in: Hufen (Hrsg.), *Verfassungen*, 2008, S. 165 (178).

¹⁹¹ BVerwGE 127, 302, vgl. hierzu supra 490 f.

gen beschäftigt werden, die grundlegende Fragen der Staatsführung betreffen. Vor diesem Hintergrund scheint es nur zu verständlich, dass die angerufenen Gerichte bislang höchste Zurückhaltung haben walten lassen. Die Verwaltungsgerichte haben die Frage der Subjektivierung des Gewaltverbots über Artikel 25 Satz 1 Halbs. 2 GG weithin offengelassen; das Bundesverwaltungsgericht hat sich einer rechtlichen Einordnung der deutschen Beteiligung am Irakkrieg 2003 enthalten und anstelle der rechtlich eigentlich gebotenen Entscheidung hinsichtlich der Unverbindlichkeit des Befehls vielmehr den Umweg über die Gewissensfreiheit des Soldaten beschritten;¹⁹² die ordentlichen Gerichte haben den an Soldaten gerichteten Aufruf von Kriegsgegnern zur Entfernung von der Truppe auf tatbestandlicher Ebene nicht bereits mangels eines vorwerfbaren Verhaltens ausgeschlossen (da der Befehl zur Beteiligung an einem rechtswidrigen Krieg ohnehin unverbindlich ist),¹⁹³ sondern sind den Umweg über die Meinungsfreiheit der Aufrufenden gegangen.

All diese Strategien der Vermeidung einer an sich erforderlichen Entscheidung sind allzu verständlich, sind doch die angerufenen Gerichte kaum der richtige Ort, um anlässlich eines Verfahrens zum Schutz subjektiver Rechte grundlegende Fragen der Staatslenkung gleichsam en passant einer mitunter folgeschweren Bewertung zu unterziehen. Das Dilemma für die entscheidenden Gerichte ist, dass sie durch ein Urteil im Einzelfall zugleich eine Entscheidung weit größerer Allgemeinheit treffen, deren Folgen einstweilen schwer abschätzbar sind und daher – zur Vermeidung einer Verantwortlichkeit – verständlicherweise umgangen werden, wo dies möglich scheint.¹⁹⁴ Auch im Hinblick auf das jeweilig klagende Individuum scheint die Last eines Verfahrens hoch. Denn letztlich besteht die Gefahr einer Instrumentalisierung des Einzelnen für die Klärung von Fragen, die an sich grundlegender verfassungsrechtlicher Natur sind.¹⁹⁵ Wiewohl es sich also beim verfassungsrechtlich verankerten Verbot zwischenstaatlicher Gewalt um einen Eckpfeiler der internationalen wie der Verfassungsordnung handelt, bestehen keine effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten.

2. Gewaltenteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt

Aufgeworfen ist damit die grundsätzliche Frage, ob es eines effektiven Rechtsschutzes im Bereich der auswärtigen Gewalt, insbesondere im Hinblick auf die Überprüfung der Völker- und Verfassungskonformität von Auslandseinsätzen bedarf. Diese Frage betrifft die grundsätzliche Verteilung der Gewalten im auswärtigen Bereich. Die traditionelle verfassungsrechtliche Sicht sprach den Bereich des

¹⁹² Vgl. supra 490f.

¹⁹³ Vgl. supra 506f.; vgl. aber auch die dort angeführte Entscheidung des AG Berlin-Tiergarten (supra 506, Fn. 185), in der die Völkerrechtswidrigkeit ausdrücklich festgestellt wurde.

¹⁹⁴ Vgl. insoweit bereits *Steinberger*, Deutsches Verwaltungsblatt 78 (1963), 729 (729).

¹⁹⁵ *Fischer/Fischer-Lescano*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113 (139f.).

Auswärtigen der Exekutive zu, der hier eine weit reichende Prerogative zukomme. Diese tradierte verfassungstheoretische Auffassung¹⁹⁶ findet insbesondere auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihren Niederschlag, das eine „pragmatisch-exekutivfreundliche Sicht“¹⁹⁷ vertritt.

Die Debatte über die Kompetenzen im Bereich auswärtiger Gewalt betrifft dabei zunächst und vor allem die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Exekutive, hier insbesondere die Frage nach der Zustimmungspflichtigkeit bezüglich Hoheitsakten im Bereich der auswärtigen Gewalt nach Artikel 59 Abs. 2 GG. Die Beteiligungsrechte des Artikel 59 Abs. 2 GG fasste das Gericht von Beginn an als „Ausnahmebefugnis der Legislative im Bereich der Exekutive“.¹⁹⁸ Im Nachrüstungsurteil (BVerfGE 68, 1) legte das Gericht einen strengen Maßstab hinsichtlich der Reichweite des Artikel 59 Abs. 2 GG an und entschied, dass dieser nicht auf einseitige völkerrechtliche Willenserklärungen im Rahmen bestehender zwei- oder mehrseitiger Verträge anwendbar sei.¹⁹⁹ Auch im Streitkräfteurteil (BVerfGE 90, 286) sowie im Urteil zum neuen strategischen Konzept der NATO (BVerfGE 104, 151) entschied das Gericht gegen eine Interpretation von Artikel 59 Abs. 2 GG, die dem Parlament hinsichtlich der erweiternden Aufgabenbestimmung für die NATO ein Beteiligungsrecht gegeben hätte.²⁰⁰

Die Frage des Auslandseinsatzes der Bundeswehr konzipierte das Gericht im Streitkräfteurteil dann nicht als Frage der auswärtigen Gewalt, sondern als eine der Wehrverfassung,²⁰¹ so dass es die Ausweitung der Parlamentsrechte durch Einführung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts vornahm, ohne zugleich die vorherige Rechtsprechungslinie anzutasten, der zufolge im Bereich auswärtiger Gewalt die parlamentarische Mitwirkung auf die nach Artikel 59 Abs. 2 GG erforderliche Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag beschränkt ist.²⁰²

In der Literatur hat diese Rechtsprechung zu Recht starken Widerspruch erfahren.²⁰³ Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts spiegelt letztlich eine in den Staatsvorstellungen des 19. Jahrhunderts wurzelnde Fokussierung auf die Rolle der

¹⁹⁶ *Grewe*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1954), 129 (174) (Leitsatz I); *Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1984, S. 194; *Grewe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. III, 1996, §77, Rn. 48; vgl. auch *Ehrenzeller*, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, 1993, S. 199; *Eitel*, in: Götz/Selmer/Wolfrum (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, 1998, S. 947 (962).

¹⁹⁷ *Kadelbach/Guntermann*, Archiv des Völkerrechts 126 (2001), 563 (586).

¹⁹⁸ BVerfGE 1, 372, 394.

¹⁹⁹ BVerfGE 68, 1, 83 f.

²⁰⁰ BVerfGE 104, 151, 207; vgl. hierzu supra 473 ff.

²⁰¹ BVerfGE 90, 286, 381: „Während die auswärtige Gewalt von der Verfassung weitgehend dem Kompetenzbereich der Exekutive zugeordnet wird [...], sehen die grundgesetzlichen Regelungen über die Wehrverfassung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte grundsätzlich eine Beteiligung des Parlaments vor.“

²⁰² *Wolfrum*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 693 (706); *Kadelbach/Guntermann*, Archiv des Völkerrechts 126 (2001), 563 (573).

²⁰³ Vgl. aber z. B. auch Hans-Joachim Cremer, der sich für die „Fortführung der ständigen

Exekutive wider,²⁰⁴ die einem modernen Verfassungsstaat – zumal in Anbetracht zunehmender Verschränkung innerer und auswärtiger Angelegenheiten – nicht angemessen ist.²⁰⁵ Vielfach wird daher auf die Verschränkung der Kompetenzen von Exekutive und Legislative im Bereich der auswärtigen Gewalt verwiesen, die als „kombinierte Gewalt“²⁰⁶ oder „gemischte Gewalt“²⁰⁷ oder auch als eine beiden Gewalten gesamthänderisch obliegende Aufgabe beschrieben wird.²⁰⁸

Gegen das Dogma von der Prerogative der Exekutive im auswärtigen Bereich spricht insbesondere das Grundgesetz selbst. Dieses geht nicht einfach vom Primat der Exekutive aus, sondern normiert in einer Vielzahl von Vorschriften ausdrücklich die Rolle der Exekutive.²⁰⁹ Solche ausdrückliche Normierung aber erklärt sich vor allem vor dem Hintergrund dessen, dass es im Grundgesetz nicht ohnehin ein vorgängiges Prinzip der Exekutivzuständigkeit gibt.²¹⁰ Spiegelbildlich wird diese Einschätzung durch den Umstand bestätigt, dass das Grundgesetz auch parlamentarische Beteiligungsrechte im Hinblick auf die Ausübung auswärtiger Gewalt normiert.²¹¹ Diese Ausprägung einzelner Kompetenzen von sowohl Exekutive als auch Legislative im Grundgesetz steht der Annahme einer generellen Prerogative einer der beiden Gewalten im Bereich des Auswärtigen entgegen. Sie zeigt vielmehr, dass die auswärtige Gewalt unter dem Grundgesetz – unbeschadet der Notwendigkeit der genaueren Ausbuchstabierung der Reichweite und der Regeln des Zusammenspiels der jeweiligen Kompetenzen – sowohl von Exekutive als auch Legislative getragen ist.²¹²

Die in unserem Zusammenhang primär interessierende Frage betrifft nun aber die Rolle der Judikative im Bereich der auswärtigen Gewalt. In der französischen wie in der US-amerikanischen Rechtstradition ist der Ausschluss der Überprüfbar-

Rechtsprechung“ ausspricht: *Cremer*, in: Geiger (Hrsg.), *Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt*, 2003, S. 11 (31).

²⁰⁴ Vgl. zur staatsrechtlichen Entwicklung *Grewe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Bd. III, 1996, § 77, Rn. 8–18.

²⁰⁵ Vgl. *Menzel*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1954), 179 (194); *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (617).

²⁰⁶ *Menzel*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1954), 179 (194–200); *Kewenig*, in: Schwarz (Hrsg.), *Handbuch der deutschen Außenpolitik*, 1975, S. 37 (41 f.); *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (617).

²⁰⁷ *Baade*, *Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland*, 1962, S. 115–121.

²⁰⁸ *Friesenhahn*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 16 (1958), 9 (37 f., 70).

²⁰⁹ Vgl. Art. 87, 24 Abs. 1a, 32 Abs. 3, 115a Abs. 1 Satz 2 GG.

²¹⁰ *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (617).

²¹¹ Vgl. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3, 24 Abs. 1, 59 Abs. 2 Satz 1, 115a und 115l GG.

²¹² *Weiß*, *Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung*, 1971, S. 64 f.; *Wolfrum*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, 2001, S. 693 (698); *Kadelbach/Guntermann*, *Archiv des Völkerrechts* 126 (2001), 563 (569); *Sauer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (617 f.).

keit von Akten der auswärtigen Gewalt als *acte de gouvernement* beziehungsweise als *act of state* fest verankert.²¹³ Für die deutsche Rechtsordnung vor der Geltung des Grundgesetzes wurde der Ausschluss gerichtlicher Überprüfbarkeit ebenso als zentral für sogenannte Regierungsakte erachtet.²¹⁴ Aber auch unter der Geltung des Grundgesetzes wurde in Teilen der Literatur²¹⁵ sowie in Teilen der Rechtsprechung²¹⁶ das Bestehen „justizfreier Hoheitsakte“ in Anschlag gebracht. Das Bestehen solcher justizfreien Hoheitsakte aber findet im Grundgesetz keine Basis und ist mit diesem auch nicht vereinbar.²¹⁷ Die Annahme solcher rechtsschutzfreier Räume wäre mit der Rechtsweggarantie des Artikel 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar. Aber auch dort, wo es nicht um die Einhaltung subjektiver Rechte geht, ergibt sich ein genereller Ausschluss gerichtlicher Überprüfbarkeit nicht aus dem Grundgesetz. Vielmehr wird der Ausschluss gerichtlicher Kontrolle nur in wenigen Fällen ausdrücklich angeordnet.²¹⁸ Gerichtliche Kontrolle kann in anderen Fällen nicht zu erreichen sein, weil es an gerichtlichen Zuständigkeiten fehlt, es ergibt sich aber kein verfassungsrechtliches Gebot, Akte auswärtiger Gewalt nicht einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.²¹⁹ Die Kategorie der „gerichtsfreien Hoheitsakte“ findet folglich im Grundgesetz keine Grundlage.²²⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat die Figur der justizfreien Hoheitsakte nicht anerkannt, hat aber gleichzeitig erklärt, im Bereich der auswärtigen Gewalt besondere Zurückhaltung walten zu lassen. Ausdrücklich hielt das Gericht in der Entscheidung zum neuen strategischen Konzept der NATO die Begrenztheit der Rolle von Parlament und Rechtsprechung im Bereich der auswärtigen Gewalt fest: „Sowohl die Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtssprechenden Gewalt sind schon aus Gründen der Funktionsgerechtigkeit in diesem Bereich beschränkt.“²²¹

²¹³ Vgl. mit weiteren, auch rechtsvergleichenden Nachweisen *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 684–693.

²¹⁴ *Hans Peter Ipsen*, Politik und Justiz, 1937, S. 144.

²¹⁵ Vgl. *Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951, S. 46 f.; 79 f.; vgl. auch *Rumpf*, Regierungsakte im Rechtsstaat, 1955, S. 28.

²¹⁶ BVerwGE 15, 63, 63; OVG Münster, Beschluss vom 23. September 1958, VII B 682/58 = DVBl. 74 (1959), 293, 294 f.

²¹⁷ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 692.

²¹⁸ Vgl. z. B. Art. 44 Abs. 4 Satz 1 GG (hinsichtlich der Beschlüsse parlamentarischer Untersuchungsausschüsse); Art. 139 GG (hinsichtlich der „zur ‚Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus‘ erlassenen Rechtsvorschriften“); Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG (hinsichtlich Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses).

²¹⁹ Vgl. hierzu auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 692.

²²⁰ So *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 72. EL, Bd. III, 2014, Art. 19 Abs. 4, Rn. 77.

²²¹ BVerfGE 104, 151, 207: „Das Grundgesetz hat in Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung der Regierung im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen. Sowohl die Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtssprechenden Gewalt sind schon aus Gründen der Funktionsgerechtigkeit in diesem Bereich beschränkt. Die der Bundesregierung insoweit anvertraute auswärtige Gewalt steht zwar nicht außerhalb parlamentarischer Kontrolle und unterliegt

Die Reichweite dieser generellen Selbstbeschränkung aber bleibt in den Konturen unklar. Ist zwar die Annahme eines „Vorrang[s] auswärtiger Erwägungen im deutschen Recht ohne erkennbare dogmatische Grundlage“,²²² so sind im Ergebnis aber doch weite Teile der auswärtigen Praxis einer Überprüfung entzogen. Mit Blick auf die Gesamtpraxis lässt sich daher ungeachtet gegenteiliger Verlautbarungen des Gerichts gleichwohl folgern, dass die Praxis des Gerichts, wie Rüdiger Wolfrum zu Recht betont, „de facto in die Richtung einer Anerkennung eines justizfreien Hoheitsaktes“ geht.²²³

Ist diese Zurückhaltung im Hinblick auf die Überprüfung der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von Auslandseinsätzen der Bundeswehr angezeigt? Zunächst scheint die im internationalen Maßstab bereits recht umfassende Kontrolle des Einsatzes der Streitkräfte in der Bundesrepublik einer weiteren Ausdehnung des Rechtsschutzes entgegenzustehen.²²⁴ Allerdings muss man bedenken, dass andere Staaten keine vergleichbar weit reichenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für die auswärtige Gewalt treffen und sich insoweit die Frage nach der Überprüfbarkeit der entsprechenden Vorgaben nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Ordnungen nicht in der gleichen Dringlichkeit stellt, die insbesondere die Artikel 24–26 GG insoweit aufwerfen. Der Umstand, dass das Grundgesetz insbesondere Artikel 26 Abs. 1 GG enthält, streitet schon als solches dafür, dass eine verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit gegeben sein soll.²²⁵

Gegen eine Überprüfbarkeit wird ferner angeführt, dass die juristische Kontrolle letztlich maßgeblich eine anhand des Völkerrechts sei. Angesichts dessen sei es sachgerecht, die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf Fragen der Kompetenzwahrung zu beschränken.²²⁶ Diese Einordnung stellt allerdings nicht hinreichend in Rechnung, dass durch Artikel 25 GG Normen des Völkerrechts eben gerade in die grundgesetzliche Ordnung inkorporiert werden. Mehr noch, Artikel 26

wie jede Ausübung öffentlicher Gewalt den Bindungen des Grundgesetzes. Jedoch würde eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Beteiligung der Bundesregierung an nichtförmlichen Fortentwicklungen der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen und die Steuerungswirkung des Zustimmungsgesetzes in Frage stellen, sondern die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen (vgl. BVerfGE 90, 286 [363]; 68, 1 [87]).“

²²² Biehler, *Auswärtige Gewalt*, 2005, S. 93.

²²³ Wolfrum, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, 2001, S. 693 (717).

²²⁴ Vgl. insoweit Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (616).

²²⁵ Hartwig, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, 2002, Art. 26, Rn. 24: „Gerade die Aufnahme von Art. 26 I in die Verfassung und die Qualifikation des dort genannten Verhaltens als verfassungswidrig beweist, daß die Außenpolitik in diesem Rahmen jedenfalls judizierbar sein soll, was notwendig einschließt, daß die Gerichte an die Einschätzung anderer Organe nicht zwingend gebunden sind (BVerfGE 68, 1, 103).“

²²⁶ Sauer, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 585 (616).

Abs. 1 GG schreibt das Verbot des Angriffskriegs als eine eigenständige verfassungsrechtliche Norm vor, die zwar mit dem Völkerrecht harmoniert, mit diesem aber rechtsquellentechnisch keineswegs identisch ist. Wir haben es also mit einer eigenständigen Normgeltung im Rahmen der deutschen (Verfassungs-)Rechtsordnung zu tun, über die zu entscheiden das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich die geeignete – und letztlich auch einzig geeignete – Instanz ist.

Gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird ferner auf den Umstand verwiesen, dass die letztlich ausschlaggebenden völkerrechtlichen Normen (vermittelt über die Inkorporation in die deutsche Rechtsordnung) häufig unpräzise sind. Ihre Anwendung verlange, wie Stefan Oeter betont, eine politische Positionierung – „ein Gutteil politischer Dezsision, und nicht nur Kognition vorhandenen Rechts. Dazu aber ist eher die Bundesregierung als primärer Träger der auswärtigen Gewalt berufen“. ²²⁷ Insofern stoße das Bundesverfassungsgericht an seine „funktionell-rechtlichen“ Grenzen. ²²⁸

Ferner wird auf den Umstand verwiesen, dass das Bundesverfassungsgericht durch Entscheidungen im Hinblick auf völkerrechtliche Fragen nicht allein der „Notar“ des Grundgesetzes sei, sondern selbst entscheide, „was die Inhalte des Völkerrechts sind und wie es zu verstehen ist“. ²²⁹ Die Aussicht, dass deutsche Praxis damit nicht mehr allein durch die Regierung generiert wird, sieht zum Beispiel Claus Krefß als eine nicht erstrebenswerte Perspektive: „Es erscheint zweifelhaft, ob ein deutsches Strafgericht oder das BVerfG die Bewertung der Bundesregierung in einem solchen Fall nicht nur nach innen hin korrigieren, sondern auch nach außen durch einen gegenläufigen Akt deutscher Staatspraxis soll relativieren dürfen.“ ²³⁰

Dieses Argument trifft ein wichtiges Problem, das gleichwohl nicht auf grundsätzlicher Ebene durch eine generelle Vermeidung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen adressiert werden kann. Vielmehr entspricht es angesichts der Regelung des Artikel 100 Abs. 2 GG gerade der verfassungsrechtlichen Systematik, dass das Bundesverfassungsgericht auch Zweifelsfragen im Hinblick auf das Völkerrecht entscheidet. Nach dieser Vorschrift nämlich kann die Entscheidung des Gerichts darüber eingeholt werden, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob diese unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen begründet. ²³¹ Mit einer solchen Entscheidung aber wird das Bundesverfassungsgericht immer seine Lesart der streitgegenständlichen völkerrechtlichen Regel präsentieren und damit auch zum Korpus der für die Bestimmung des Inhalts der

²²⁷ Oeter, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89 (95).

²²⁸ Oeter, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89 (95).

²²⁹ Schorkopf, in: Giegerich (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, S. 131 (157).

²³⁰ Krefß, *JuristenZeitung* 58 (2003), 911 (916).

²³¹ Diesen Umstand räumt Stefan Oeter durchaus ein, betrachtet ihn aber gegenüber den postulierten funktionell-rechtlichen Grenzen als nachrangig: Oeter, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89 (94f.).

Rechtsregel relevanten Staatspraxis beitragen. Diese Folge findet mithin in den Vorschriften des Grundgesetzes selbst ihre Grundlage.

Es entspräche der grundgesetzlichen Systematik der verfassungsunmittelbaren Verbotsnormen des Artikel 26 Abs. 1 GG, diese Vorschrift einer gerichtlichen Überprüfbarkeit zuzuführen. Einstweilen formuliert die Norm zwar ein für die Rechtsordnung der Bundesrepublik grundlegendes Verfassungsprinzip. Dieses Prinzip aber hat in der Verfassungswirklichkeit eher den Charakter eines moralischen Prinzips, das hehre Grundsätze formuliert, letztlich aber einer zwangsweisen Durchsetzung kaum zugänglich ist.

Durch eine gerichtliche Überprüfbarkeit würden zudem Fragen der Völkerrechtskonformität zu einer handhabbaren und in dem Bewusstsein der Entscheidungsverantwortlichen relevanteren Kategorie erhoben. Einstweilen spielen zwar völkerrechtliche Gesichtspunkte in der politischen Debatte und Entscheidung durchaus eine Rolle. Über sie wird aber geflissentlich hinweggegangen, wenn die aus einer ernsthaften völkerrechtlichen Analyse resultierenden Einordnungen dem geplanten politischen Kurs nicht entsprechen. Die in § 16 analysierten Rechtsverstöße in der bundesrepublikanischen Praxis veranschaulichen dies. Exemplarisch wird eine verbreitete Handhabung der oft feinsinnigen Differenzierungen der Völkerrechtsordnung in der Debatte hinsichtlich des Einsatzes der Bundeswehr im Kampf gegen den Islamischen Staat, in der der damalige Bundesaußenminister Frank-Walter Steinmeier im Hinblick auf die völkerrechtlich hochumstrittene Frage nach dem Vorliegen eines Selbstverteidigungsrechts gegen nichtstaatliche Akteure einwandte: „Wir sind ja hier nicht in einem Seminar“.²³²

3. Verfassungsrechtliches Gebot zur Einführung effektiver Rechtsschutzmechanismen

Vor dem Hintergrund der fundamentalen Bedeutung des Friedensgebots sind damit effektive Mechanismen zu dessen Schutz erforderlich und verfassungsrechtlich geboten. Wichtig ist dabei zunächst die Errichtung von Rechtsschutzmöglichkeiten im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Einsätzen der Bundeswehr mit völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben. Rechtsschutz ist – wie wir gesehen haben – kaum möglich, und es bedarf daher der Einführung einer neuen Verfahrensart vor dem Bundesverfassungsgericht. Auf diese Möglichkeit hat nicht zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Syrienmandat hingewiesen: „Es ist Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers und nicht des Bundesverfassungsgerichts, neue Verfahrensarten zu schaffen, um Wertungswidersprüchen, wie sie die Antragstellerin behauptet, entgegenzuwirken.“²³³

Entsprechende Gesetzgebungsinitiativen beschäftigen den Bundestag seit einigen Jahren. Kern dieser Bestrebungen ist die Einführung eines Verfahrens vor

²³² Vgl. supra 444 (Fn. 82).

²³³ BVerfG, Beschluss vom 17. September 2019, 2 BvE 2/16, Rn. 44.

dem Bundesverfassungsgericht, in dessen Rahmen der Beschluss des Bundestages auf Entsendung der Bundeswehr ins Ausland zum Gegenstand materiell-rechtlicher Prüfung auf seine Verfassungskonformität hin gemacht werden könnte. Gegenstand der Prüfung wäre damit vermittelt insbesondere über Artikel 25 und 26 Abs. 1 GG auch die Völkerrechtskonformität eines Einsatzes. Bereits im Jahr 2016 brachte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen einen entsprechenden Gesetzentwurf in den Bundestag ein.²³⁴ Eingeführt werden sollte das neue Verfahren durch eine Änderung des BVerfGG, so dass eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Artikel 93 Abs. 3 GG (Zuständigkeit in durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen) gegeben wäre. Der Entwurf wurde allerdings gegen die Stimmen von Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke abgelehnt.²³⁵

In der 19. Legislaturperiode wurde ein ähnlich gelagerter Gesetzentwurf abermals eingebracht und später vom Bundestag abgelehnt.²³⁶ Der Entwurf sah vor, dass eine verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz des nach § 3 des ParlBetG ergehenden Beschlusses des Bundestags zum Einsatz der Streitkräfte im Ausland auf Antrag eines Viertels der Mitglieder des Bundestags oder auf Antrag einer Fraktion erfolgen könne. Eine Erstreckung der Antragsbefugnis auf Fraktionen stellt im Rahmen des vorgeschlagenen Prüfungsverfahrens einen gewissen Fremdkörper dar.²³⁷ Dieses Verfahren nämlich weist letztlich Ähnlichkeiten zur abstrakten Normenkontrolle auf, da es um die objektive Prüfung der Rechtmäßigkeit des Entsendebeschlusses geht, dem letztlich auch normative Qualität zukommt.²³⁸ Die Aufnahme der Antragsberechtigung der Fraktionen entstammt dementsprechend dem Organstreitverfahren, in dem es um die auch verfassungsgerichtliche Wahrnehmung von Parlamentsrechten durch die Fraktionen geht. Insoweit werden hier Elemente verschiedener Verfahrensarten verbunden. Im Dienste der Einführung eines effektiven Rechtsbehelfs ist die Einräumung einer Antragsbefugnis zu Gunsten der Fraktionen gleichwohl geboten. Im Lichte der Bedeutung der in Rede stehenden Verfassungsverstöße sollten in Bezug auf eine gerichtliche Überprüfung keine unrealistischen Hürden errichtet werden. Dies aber wäre regelmäßig der Fall, würde die Antragsbefugnis auf ein Viertel der Mitglieder des Bundestages beschränkt. Denn die Mehrheitsverhältnisse verlangten dann eine unwahrscheinliche Kooperation der verschiedenen politischen Lager, so dass eine Kontrolle letztlich effektiv verhindert würde.

²³⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland), 28. April 2016, BT-Drs. 18/8277; vgl. auch die Bundestagsdebatte: Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/234, 18. Mai 2017, 23690–23699.

²³⁵ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/234, 18. Mai 2017, 23699.

²³⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland), 15. Oktober 2019, BT-Drs. 19/14025.

²³⁷ Kritisch insoweit: Christoph Möllers, Hannah Birkenkötter und Jannis Lennartz, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Zur gerichtlichen Kontrolle von Auslandseinsätzen, 13. Januar 2020, S. 5.

²³⁸ Vgl. insoweit auch *supra* 482 f.

In der Debatte um die Einführung eines neuen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht finden sich viele der auf grundsätzlicher Ebene erhobenen Einwände wieder. Zum Ersten wird eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Regierung im außenpolitischen Bereich befürchtet. Hierbei aber ist zu bedenken, dass eine entsprechende Handlungsfähigkeit damit erkaufte ist, dass rechtliche Standards mitunter gebrochen oder jedenfalls nicht mit dem Grad an Verbindlichkeit angewendet werden, wie es für fundamentale verfassungsrechtliche Prinzipien angemessen ist. In anderen Worten: Wo eine sichere rechtliche Grundlage (zum Beispiel ein Mandat des UN-Sicherheitsrats) für einen Einsatz besteht, muss eine rechtliche Überprüfung nicht gefürchtet werden und sodann stellte sich auch die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle nicht als Einschränkung der Handlungsfähigkeit dar. Eine solche Beschränkung ergäbe sich nur, wenn man der Regierung grundsätzlich den Freiraum auch zur Vornahme rechtswidriger oder jedenfalls möglicherweise rechtswidriger Handlungen einräumen wollte. Letzteres aber soll gerade vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorschriften verhindert werden.

Zum Zweiten wird die Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik oft ins Felde geführt. Diese leide, so das Argument, unter einer Ausweitung rechtlicher Kontrollmöglichkeiten. Hiergegen aber ist einzuwenden, dass eine entsprechende Einschränkung allein dann besteht, wenn ein Bündnis auch rechtlich zweifelhaft Militärinterventionen vornehmen möchte. Wo dies nicht der Fall ist, besteht kein Problem. Ein positiver Effekt der Einführung rechtlicher Kontrollmechanismen im Hinblick auf Auslandseinsätze könnte bei allem gar sein, dass auch innerhalb von Bündnissen Impulse zur Schaffung sicherer rechtlicher Grundlagen für Militäreinsätze erzeugt werden, eben weil dies eine verfassungsrechtliche Vorgabe von Mitgliedsstaaten ist. Durch eine Aufspaltung der institutionellen Verantwortlichkeit wäre damit auch in internationalen Strukturen eine gewisse Last von der Regierung genommen, die sich nunmehr unter Verweis auf die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung eben auch im Rahmen internationaler Entscheidungsstrukturen entlasten könnte. Auf diese Weise könnten also auch gewisse Anreizstrukturen in internationalen Bündnissen erzeugt werden. Allen voran für die NATO könnten Anreize dafür geschaffen werden, vom problematischen Operieren am Rande rechtlicher Grauzonen oder gar im Bereich der Illegalität abzulassen und fürderhin wieder verstärkt auf allein etablierte rechtliche Grundlagen für Militäreinsätze zu setzen, wie sie vor allem durch den UN-Sicherheitsrat geschaffen werden können.

Zum Dritten steht bei realistischer Betrachtung auch im Falle gerichtlicher Kontrolle nicht zu befürchten, dass sich das Bundesverfassungsgericht zu einem paternalistischen Mikromanagement aufschwingen würde oder gar als ein „Bundesvölkerrechtsgericht“ aufträte,²³⁹ das letztinstanzlich die Lesart des Völkerrechts für

²³⁹ Diese Befürchtung äußert Pierre Thielbörger, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BVerfGG: Verankerung eines Verfahrens zur Überprüfung von Entscheidungen über den Einsatz der Bundeswehr im Ausland (Drucksache 19/14025, 15. Oktober 2019); Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags zur gerichtlichen Kontrolle von Auslandseinsätzen, 13. Januar 2020, S. 5.

die Bundesrepublik in allen Details vorgäbe. Insoweit ist das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit eher durch eine gegenüber dem Spielraum der Exekutive großzügige Haltung aufgefallen. Fakt ist zudem, dass die Verstrickung völkerrechtlicher Normen mit der grundgesetzlichen Ordnung auch nach Maßgabe des Verfassungsrechts dazu zwingt, die Frage zu beantworten, mit welchem Inhalt völkerrechtliche Normen innerstaatlich gelten.

Für Fälle, in denen nicht die Entsendung der Bundeswehr einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot begründen kann, sondern in denen es beispielsweise um Beihilfehandlungen geht, ist eine verfassungsgerichtliche Prüfung auf dem beschriebenen Wege freilich nicht zu erreichen. Rechtsschutz wäre hier jedenfalls im Falle in Rede stehender schwer wiegender Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot im Wege eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes realisierbar.²⁴⁰

²⁴⁰ Vgl. supra 501 f.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Ausgangspunkt der Untersuchung war die Beobachtung, dass in der Behandlung der Phänomene von Rechtsbruch und Rechtsabweichung eine Widersprüchlichkeit am Werke ist. Zum einen werden diese als Verfallserscheinungen und Indizien für einen Niedergang der internationalen Ordnung im Allgemeinen, des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Besonderen gewertet; zum anderen aber erhält das völkerrechtliche Gewaltverbot ungeachtet weit reichender Verstöße und seinem wiederholt attestierten Ableben zum Trotz seinen Charakter als eine Fundamentalnorm der internationalen Ordnung. Die dieser Untersuchung im Ausgangspunkt zugrunde liegende Intuition war daher, dass Rechtsbruch und Streit um Normen als ein für die Rechtsordnung konstitutives Moment verstanden werden müssen: *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch* stehen in einem engen, teils produktiven, teils aber auch destruktiven Verhältnis. Dieses Verhältnis aufzuklären und ein präziseres Verständnis von Normkonflikten im Rahmen der Völkerrechtsordnung am Beispiel des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu entwickeln, war die Absicht der vorliegenden Untersuchung.

Die zentrale These dieser Arbeit ist, dass sich Streit um Normen und Rechtsbrüche konzeptuell „abschichten“ lassen. Illegalität ist nicht schlicht die Negation des Rechts und damit stets und immer unwertbehaftet. In der dezentralen völkerrechtlichen Ordnung erfüllen Streit um Normen und Rechtsabweichungen sehr unterschiedliche Funktionen. Teils tragen sie zu einer Stabilisierung des Gesamtsystems bei, teils führen sie zu seiner Erosion. Eine Typisierung von illegalen Akten kann dazu beitragen, dass die Folgen und Effekte von illegalem Verhalten und Streit um Normen klarer gefasst und damit Zustandsdiagnosen ebenso wie Handlungskonzepte präziser formuliert werden können.

Die Untersuchung verfolgte den Konflikt um Normen im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots aus praktischer und theoretisch-dogmatischer Sicht. In praktischer Sicht wurden in §2 und §3 die Herausbildung des völkerrechtlichen Gewaltverbots und wesentliche Konflikte um den Inhalt der Rechtsordnung analysiert, die das internationale Friedenssicherungsrecht seit 1945 geprägt haben. In theoretischer Hinsicht wurden die diffizilen Rechtsfragen herausgearbeitet, die sich bei der Klassifizierung von Akten als legal und illegal aus der Perspektive der Rechtsquellen des Völkerrechts stellen (§4).

Wichtige Impulse konnten aus politikwissenschaftlichen Debatten gezogen werden, in denen unter dem Begriff der *contestation* Normkonflikte schon lange Gegenstand ausgreifender Untersuchungen sind. Für ein spezifisch völkerrechtliches Verständnis von Rechtsbruch und Umstrittenheit von Normen entwickelte die vorliegende Untersuchung dann eine Typologie der Illegalität. Sechs Typen

illegalen staatlichen Verhaltens lassen sich differenzieren; sie werfen je spezifische dogmatische Probleme auf und eröffnen unterschiedliche Gefahrenlagen für die Völkerrechtsordnung. Zum Normalvollzug der Völkerrechtsordnung gehören Streitigkeiten um die Anwendung des Rechts (§7). Diese erwiesen sich als omnipräsent. Die beteiligten Staaten sind an sich rechtstreu, geraten aber in der Konkretisierung der abstrakten Rechtsbegriffe auf die konkrete Situation in Konflikt, so dass – zum Beispiel im Falle einer späteren Entscheidung des Konflikts – ungeachtet der rechtstreuen Intention ein Rechtsbruch resultiert. Dieser große Bereich möglicher Rechtsbrüche stellt die Rechtsordnung nicht in Frage und trägt daher auch nicht zu einer Erosion des Gewaltverbots bei.

Ein zweiter Typus zielt auf die Nichtanwendung des Rechts wegen einer Notstandssituation im Einzelfall (§8). Im Rahmen dieses Typus der Illegalität werden Legitimitätsabwägungen mobilisiert, um das Recht im Einzelfall nicht anzuwenden. Hier wurden eingehend die Probleme erörtert, die sich ergeben, wenn die Moralität gegen die völkerrechtliche Legalität in Anschlag gebracht wird.

Eine spezifische völkerrechtliche Illegalitätsform kennzeichnet das Recht in bestimmten Übergangsphasen. §9 entwickelte die These, dass das Völkerrecht zeitweise durch „Grauzonen des Rechts“ gekennzeichnet ist. In diesen Grauzonen ist die Rechtslage im Hinblick auf gewisse Rechtsfragen unbestimmt, so dass ein *non liquet* vorliegt. Vor dem Hintergrund der Rechtsquellen des Völkerrechts lassen sich streitige Rechtsfragen nicht mit dem erforderlichen Grad an allgemeiner Verbindlichkeit entscheiden, so dass das Recht innerhalb solcher Grauzonen nicht in der Lage ist, als effektiver Maßstab für Legalität oder Illegalität eines Verhaltens zu fungieren.

Ein weiterer spezifisch völkerrechtlicher Typus der Illegalität ist das in §10 untersuchte Phänomen der „legislativen Illegalität“. Mit diesem Begriff wird der Umstand bezeichnet, dass rechtswidrige Handlungen im Völkerrecht, auch im Bereich des völkerrechtlichen Gewaltverbots, mitunter in den Dienst der Fortentwicklung des Rechts und der Reinterpretation bestehender Rechtsregeln gestellt werden. Es zeigte sich, dass eine *international rule of law* nicht auf Legalität verkürzt werden kann. Vielmehr unterstreicht die völkerrechtliche Wirklichkeit, dass eine effektive Fortentwicklung des Rechts oftmals ohne Rechtsbrüche nicht erfolgen kann. Es verbleibt bei einem in der Praxis wurzelnden, letztlich der mangelnden Institutionalisierung geschuldeten Widerspruch: Das Völkerrecht kann Akte legislativer Illegalität nicht ohne weiteres anerkennen, da es seinen eigenen Geltungsanspruch dann einschränken würde; in einer übergreifenden und systemischen Perspektive aber kann es sich gleichzeitig ohne die Akte legislativer Illegalität nicht erhalten, da es auf der Grundlage der auf Konsens angelegten Regeln über die Rechtsquellen des Völkerrechts sich sonst nicht fortentwickeln könnte.

Akte der Illegalität werden mitunter aber auch in den Dienst einer Systemopposition zum Völkerrecht gestellt. In einer Diskussion maßgeblicher Fälle entwickelte §11, wie Illegalität auch Grundprinzipien der Völkerrechtsordnung herausfordern und daher in den Dienst einer radikalen Transformation treten kann. Die Ana-

lyse der historischen Formen des Sozialistischen Völkerrechts, des US-amerikanischen Unilateralismus zur Zeit des Kalten Krieges ebenso wie der Blick auf einige gegenwärtige Erscheinungsformen (möglicher) radikaler Opposition zeigen, dass derartige Oppositionen in der Vergangenheit zumeist das Völkerrecht und das Gewaltverbot nicht dauerhaft radikal in Frage stellten, sondern vielmehr auf die Einführung von Sonderrechten in bestimmten Hegemonialsphären setzten. Zugleich aber illustrierte die Analyse auch die Verharrungskraft allgemeiner völkerrechtlicher Normen, die zwar in konkreten historischen Situationen herausgefordert wurden, die sich aber als hinreichend resilient erwiesen haben, um in der Folge politischer und rechtlicher Auseinandersetzungen wieder als Referenzpunkt der konträren Interessen herangezogen zu werden und derart wieder Bekräftigung zu finden.

Schließlich wurde ein Typus potenziell illegaler Akte analysiert, der sich dadurch auszeichnet, dass Staaten auf eine Anrufung des Rechts verzichten. Sie unterlassen es, ihre Handlungen im Lichte des völkerrechtlichen Gewaltverbots zu rechtfertigen. Die in § 12 entwickelte These ist, dass dieser Typus einer fehlenden Bezugnahme auf das Recht die derzeit größte Gefahr für das völkerrechtliche Gewaltverbot begründet. Insoweit es nämlich aus den Rechtfertigungspraktiken der Staaten verschwindet, verliert es den zentralen normativen Stellenwert und droht zu Gunsten alternativer Rechtfertigungserwägungen, seien sie politischer oder normativ-moralischer Natur, verdrängt zu werden.

Diese Typologie der Illegalität erlaubt es, die um das völkerrechtliche Gewaltverbot ausgetragenen Normkonflikte präziser zu fassen. In § 13 wurden die Folgerungen aus der Typologisierung dann ausführlich herausgearbeitet. Eine wichtige Erkenntnis war, dass Normkonflikte anhand der Konfliktebene differenziert werden können. Die Konflikte wiegen umso schwerer, je allgemeiner die Ebene ihrer Austragung ist. Die drei möglichen Konfliktebenen sind erstens die Anwendungsebene, zweitens die Ebene des Inhalts einer Rechtsnorm und drittens die Ebene der grundsätzlichen Geltung des Gewaltverbots als solchen. Die Einordnung konkreter Konflikte in dieses Schema erlaubt es, ein klares Verständnis möglicher Folgen und Wirkungen der Konflikte für einzelne Rechtsnormen, aber auch für die Rechtsordnung insgesamt zu ermitteln.

Die Frage danach, wie viel Konflikthaftigkeit der völkerrechtlichen Ordnung noch wünschbar oder erträglich erscheint, ist keine, die vom Völkerrecht selbst beantwortet werden kann. Hier prallen letztlich verschiedene Zukunftsvisionen für das Recht aufeinander und die wünschenswerte Festigung multilateral-kooperativer Strukturen erfordert eine zuletzt ethisch-normative Entscheidung hierzu.

Für die deutsche Rechtsordnung zeigte die Untersuchung dann in Teil 5, dass im Grundgesetz ein verfassungsrechtliches Verständnis verankert ist, das ein spezifisches völkerrechtliches Verständnis erfordert, nämlich ein auf multilateraler Kooperation beruhendes. Die Anwendung der Illegalitätstypen auf die Praxis der Bundesrepublik Deutschland verdeutlicht daher, dass das Grundgesetz für möglicherweise mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot in Konflikt geratende Maß-

nahmen, insbesondere also für Auslandseinsätze der Bundeswehr, stets eine *sichere* Rechtsgrundlage verlangt und dass es der Bundesrepublik Deutschland mithin nicht möglich ist, sich der in der völkerrechtlichen Praxis vorfindlichen konflikthaften Verhaltensweisen – zum Beispiel der legislativen Illegalität – zu bedienen. Ebenso ist es weithin unzulässig, dass sich die Bundesrepublik Deutschland an Einsätzen innerhalb der in § 9 untersuchten Grauzonen des Rechts beteiligt.

Die strenge Bindung der Bundesrepublik an völkerrechtliche Normen wird in politischen Deklarationen zwar allenthalben betont, findet aber in der Praxis – wie die Untersuchung gezeigt hat – nicht immer den erforderlichen konsequenten Niederschlag.

* * *

Die in der vorliegenden Untersuchung entwickelte Typologie der Illegalität legt den Grundstein für ein differenziertes Verständnis von Rechtsbrüchen und Streit um Normen im Bereich des internationalen Sicherheitsrechts und hat darüber hinaus das Potenzial, auch in anderen Rechtsbereichen – zum Beispiel im Feld der Menschenrechte, in dem sich gleichermaßen Polarisierungen abzeichnen und in dem Rechtsbrüche omnipräsent sind – fruchtbar gemacht zu werden. Sie bietet ein Kategoriensystem zur Bewertung konkreter Konflikte, insbesondere im Hinblick auf einzelne (potenziell) rechtswidrige Akte und für die Abschätzung der Folgen, die diese auf den Bestand bestimmter Normen, aber auch des *ius contra bellum* insgesamt entfalten können.

Damit kann die entwickelte Typologie zum einen zu einer besseren Analyse und Bestandsaufnahme beitragen. Gleichzeitig aber verdeutlicht sie zum anderen die brüchige und widersprüchliche Konstitution des *ius contra bellum*. Gegen die bestehenden Zentrifugalkräfte kann das völkerrechtliche Gewaltverbot nur durch eine kontinuierliche Initiative insbesondere der Staaten gesichert werden. Dies verlangt eine internationale politische Kultur, die den Wert der Kooperation erkennt und die hierfür erforderliche Vertrauensbasis erhält und diese nicht um kurzfristiger Vorteile willen durch rechtswidrige Maßnahmen untergräbt.

LITERATURVERZEICHNIS

- Aaken, Anne van*: To Do away with International Law? Some Limits to ‚The Limits of International Law‘, *European Journal of International Law* 17 (2006), 289–308.
- Abbott, Kenneth W./Snidal, Duncan*: Hard and Soft Law in International Governance, *International Organization* 54 (2000), 421–456.
- Abi-Saab, Georges*: Wars of National Liberation and the Laws of War, *Annales d’études internationales* 3 (1972), 93–117.
- Acharya, Amitav*: How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism, *International Organization* 58 (2004), 239–275.
- Acheson, Dean*: Remarks by the Honorable Dean Acheson, *Proceedings of the American Society of International Law* 57 (1963), 13–15.
- Ahmed, Dawood I.*: Defending Weak States against the Unwilling or Unable Doctrine of Self-Defense, *Journal of International Law and International Relations* 9 (2013), 1–37.
- Akande, Dapo/Milanović, Marko*: The Constructive Ambiguity of the Security Council’s ISIS Resolution, *EJIL: Talk!*, 21. November 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/> [abgerufen am 29. März 2021].
- Akehurst, Michael*: Custom as a Source of international Law, *British Yearbook of International Law* 47 (1975), 1–53.
- Al Chalabi, Hassan Abdel Hadi*: La légitime Défense en Droit international, *Kairo* 1952.
- Allo, Awol K.*: Ethiopia’s Armed Intervention in Somalia: The Legality of Self-Defense in Response to the Threat of Terrorism, *Denver Journal of International Law and Policy* 39 (2010), 139–167.
- Alvarez, José E.*: Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice, in: Georg Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013, S. 123–132.
- Ambos, Kai/Arnold, Jörg/Kauß, Udo/Thun, Konstantin*: Eine deutsche Beteiligung am Krieg gegen Irak ist rechtswidrig, in: Kai Ambos/Jörg Arnold (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Berlin 2004, S. 113–116.
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix*: The Conundrum of Recourse to Force – to Protect Persons, *International Organizations Law Review* 3 (2006), 7–53.
- Amrhein-Hofmann, Christine*: *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, Berlin 2003.
- Anghie, Antony/Chimni, B. S.*: Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts, *Chinese Journal of International Law* 2 (2003), 77–103.
- Aquin, Thomas von*: *Summe der Theologie*, Bd. III, 3. Aufl., Leipzig 1985.
- Arechaga, Jimenez de*: Anmerkung von Jimenez de Arechaga, in: Antonio Cassese/Joseph H. H. Weiler (Hrsg.), *Change and Stability in International Law*, Berlin 1988, S. 48–50.
- Arend, Anthony C.*: *Legal Rules and International Society*, Oxford 1999.

- Arend, Anthony C./Beck, Robert J.:* International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm, London 1993.
- Arnauld, Andreas von:* Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2019.
- Arndt, Claus:* Bundeswehreinsatz für die UNO, *Die Öffentliche Verwaltung* 45 (1992), 618–624.
- Arnold, Jörg:* Wie die Politik das Recht opfert. Deutschland hilft beim verbotenen Angriffskrieg gegen Irak, in: Kai Ambos/Jörg Arnold (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Berlin 2004, S. 182–186.
- Augustinus, Aurelius:* Vom Gottesstaat, Bd. II (Buch 11–22), München 1978.
- Aust, Anthony:* *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Aufl., Cambridge 2013.
- Aust, Helmut Philipp/Payandeh, Mehrdad:* Praxis und Protest im Völkerrecht, *JuristenZeitung* 73 (2018), 633–643.
- Baade, Hans W.:* Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1962.
- Bähr, Biner Kurt Wenkholm:* Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der Vereinten Nationen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 27 (1994), 97–106.
- Baker, Roozbeh (Rudy) B.:* Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates, *European Journal of International Law* 21 (2010), 173–204.
- Ders.:* Customary International Law: A Reconceptualization, *Brooklyn Journal of International Law* 41 (2016), 439–489.
- Baldus, Manfred:* Extraterritoriale Interventionen der Bundeswehr zur Rettung von fremden und deutschen Staatsangehörigen in: Ingo Erberich/Ansgar Hörster/Michael Hoffmann/Thorsten Kingreen/Hermann Pünder/Rainer Störmer (Hrsg.), *Frieden und Recht*, Stuttgart 1998, S. 259–295.
- Ders.:* Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum: Sind die neuen luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 11 (2004), 1278–1285.
- Banka, Andris/Quinn, Adam:* Killing Norms Softly: US Targeted Killing, Quasi-secrecy and the Assassination Ban, *Security Studies* 27 (2018), 665–703.
- Barber, Rebecca:* Uniting for Peace Not Aggression: Responding to Chemical Weapons in Syria Without Breaking the Law, *Journal of Conflict and Security Law* 24 (2019), 71–110.
- Barnidge, Jr., Robert P.:* Questioning the Legitimacy of Jus Cogens in the Global Legal Order, *Israel Yearbook on Human Rights* 38 (2008), 199–225.
- Barrett, Scott:* International Cooperation and the International Commons, *Duke Environmental Law & Policy Forum* 10 (1999), 131–146.
- Baumbach, Martin:* *Vertragswandel und Demokratische Legitimation*, Berlin 2008.
- Bäumerich, Maik/Schneider, Maximilian:* Terrorismusbekämpfung durch Bundeswehreinsätze im Innern. Eine neue alte Diskussion, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 36 (2017), 189–194.
- Baxter, Richard R.:* Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law, *British Yearbook of International Law* 41 (1965–66), 275–300.
- Ders.:* Treaties and Custom, *Recueil des Cours* 129 (1970), 25–105.
- Bazyley, Michael J.:* Reexamining the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of the Atrocities in Kampuchea and Ethiopia, *Stanford Journal of International Law* 23 (1987), 547–619.
- Beaulac, Stéphane:* The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?, *Journal of the History of International Law* 2 (2000), 148–177.

- Bebr, Gerhard*: Regional Organizations: A United Nations Problem, *American Journal of International Law* 49 (1955), 166–184.
- Becker, Peter*: Völkerrechtswidrige Nutzung deutschen Hoheitsgebiets und Luftraums durch ausländische Streitkräfte, in: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, Berlin 2010, S. 223–248.
- Ders.*: Rechtsprobleme des Einsatzes von Drohnen zur Tötung von Menschen, *Die Öffentliche Verwaltung* 66 (2013), 493–502.
- Becker Lorca, Arnulf*: Rules for the „Global War on Terror“: Implying Consent and Presuming Conditions for Intervention, *New York University Journal of International Law & Politics* 45 (2012), 1–95.
- Beckett, William Eric*: *The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations*, London 1950.
- Bederman, David J.*: Acquiescence, Objections and the Death of Customary International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 21 (2010), 31–45.
- Beer, Aniel Caro de*: *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism*, Leiden 2019.
- Beer, Aniel Caro de/Tladi, Dire*: The Use of Force against Syria in response to Alleged Use of Chemical Weapons by Syria: Return to Humanitarian Intervention, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 79 (2019), 205–239.
- Bell, Christine de*: *On the Law of Peace*, Oxford 2008.
- Benedek, Wolfgang*: Drago-Porter Convention (1907), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2007.
- Bentwich, Norman/Martin, Andrew*: *A Commentary on the Charter of the United Nations*, London 1950.
- Berman, Mitchell*: Justification and Excuse, *Law and Morality*, *Duke Law Journal* 53 (2003), 1–77.
- Bernhardt, Rudolf*: *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge: Insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte*, Köln 1963.
- Ders.*: Custom and Treaty in the Law of the Sea, *Recueil des Cours* 205 (1987), 247–330.
- Bernstorff, Jochen von*: Drone Strikes, Terrorism and the Zombie: On the Construction of an Administrative Law of Transnational Executions, *ESIL Reflections* 5, Nr. 7 (2016).
- Ders.*: International Legal History and its Methodologies: How (Not) to Tell the Story of the Many Lives and Deaths of the *ius ad bellum*, in: Andreas von Arnault (Hrsg.), *Völkerrechtsgeschichte(n)*, Berlin 2017, S. 39–52.
- Ders.*: Use of Force in International Law Before World War I: On Imperial Ordering and the Ontology of the Nation-State, *European Journal of International Law* 29 (2018), 233–260.
- Ders.*: The Battle for the Recognition of Wars of National Liberation, in: Jochen von Bernstorff/Philipp Dann (Hrsg.), *The Battle for International Law*, Oxford 2019, S. 52–70.
- Bethlehem, Daniel*: Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors, *American Journal of International Law* 106 (2012), 769–777.
- Ders.*: The Secret Life of International Law, *Cambridge International Law Journal* 1 (2012), 23–36.
- Ders.*: Stepping Back a Moment: The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention, *EJIL Talk!*, 12. September 2013, <https://www.ejiltalk.org/>

- stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/ [abgerufen am 29. März 2021].
- Beyerlin, Ulrich*: Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 37 (1977), 212–243.
- Bianchi, Andrea*: The International Regulation of the Use of Force: The Politics of Interpretive Method, *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), 651–676.
- Ders.*: Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (In)determinacy and the Genealogy of Meaning, in: Pieter H. F. Bekker/Rudolf Dolzer/Michael Waibel (Hrsg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, Cambridge 2010, S. 34–55
- Ders.*: Law, Time, and Change: The Self-Regulatory Function of Subsequent Practice, in: Georg Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013, S. 133–141.
- Biehler, Gernot*: *Auswärtige Gewalt: Auswirkungen auswärtiger Interessen im innerstaatlichen Recht*, Tübingen 2005.
- Binder, Christina*: *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht: Am Beispiel der nachträglichen Änderung der Umstände*, Heidelberg 2013.
- Dies.*: Uniting for Peace Resolution (1950), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2017.
- Birnie, Patricia/Redgwell, Catherine*: *International Law and the Environment*, Oxford 2009.
- Bix, Brian H.*: Vagueness and Political Choice in Law, in: Geert Keil/Ralf Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford 2016, S. 247–259.
- Bleckmann, Albert*: *Grundgesetz und Völkerrecht: Ein Studienbuch*, Berlin 1975.
- Ders.*: Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, *Die Öffentliche Verwaltung* 23 (1979), 309–318.
- Ders.*: Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, *Die Öffentliche Verwaltung* 49 (1996), 137–145.
- Bodansky, Daniel*: Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms, in: Mahnoush H. Arsanjani/Jacob Katz Cogan/Robert D. Sloane/Siegfried Wiessner (Hrsg.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden 2011, S. 119–134.
- Ders.*: Legal Realism and Its Discontents, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 267–281.
- Bohrer, Ziv*: Divisions over Distinctions in Wartime International Law, in: Ziv Bohrer/Janina Dill/Helen Duffy (Hrsg.), *Law Applicable to Armed Conflict*, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, Cambridge 2020, S. 106–196.
- Bokor-Szegö, Hanna*: The Attitude of Socialist States Towards the International Regulation of the Use of Force, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, S. 435–452.
- Bolton, John R.*: Is There Really Law in International Affairs?, *Transnational Law & Contemporary Problems* 10 (2000), 1–48.
- Bothe, Michael*: Das Gewaltverbot im allgemeinen, in: Wilfried Schaumann (Hrsg.), *Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung*, Baden-Baden 1971, S. 11–31.
- Ders.*: Friedensbegriff im Verfassungs- und Völkerrecht, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Bohmann (Hrsg.), *Frieden durch Recht: Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Frankfurt am Main 1996, S. 187–199.

- Ders.*: Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 255–271.
- Ders.*: Terrorism and the Legality of Pre-Emptive Force, *European Journal of International Law* 14 (2003), 227–240.
- Ders.*: Die parlamentarische Kontrolle von Auslandseinsätzen der Streitkräfte: Die Bundeswehr zwischen Außenpolitik und Verfassungsrecht, in: Friedhelm Hufen (Hrsg.), *Verfassungen: Zwischen Recht und Politik. Festschrift für Hans-Peter Schneider*, Baden-Baden 2008, S. 165–182.
- Ders.*: An den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Rechts: Kann und soll es militärischer Gewalt Schranken setzen?, in: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, Berlin 2010, S. 63–70.
- Ders.*: Friedenssicherung und Kriegerrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl., Berlin 2019, S. 755–873.
- Bothe, Michael/Martenczuk, Bernd*: Die NATO und die Vereinten Nationen nach dem Kosovo-Konflikt, *Vereinte Nationen* 47 (1999), 125–132.
- Bowett, Derek W.*: *Self-Defence in International Law*. Manchester 1958.
- Ders.*: Reply from Dr. D. W. Bowett to: Report on Some Aspects of the Principle of Self-Defence in the Charter of the United Nations and The topics Covered by the Dubrovnik Resolution, *International Law Association Reports of Conferences* 48 (1958), 598–601.
- Ders.*: Reprisals Involving Recourse to Armed Force, *American Journal of International Law* 66 (1972), 1–36.
- Ders.*: The Interrelation of Theories of Intervention and Self-defense, in: John N. Moore (Hrsg.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore 1974, S. 38–50.
- Ders.*: The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures, *European Journal of International Law* 5 (1994), 89–101.
- Bowring, Bill*: Yevgeniy Pashukanis, His Law and Marxism. A General Theory, and the 1922 Treaty of Rapallo between Soviet Russia and Germany, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 274–295.
- Boyle, Alan/Chinkin, Christine*: *The Making of International Law*, Oxford 2007.
- Boyle, Francis A.*: The Irrelevance of International Law: The Schism between International Law and International Politics, *California Western International Law Journal* 10 (1980), 193–219.
- Ders.*: *World Politics and International Law*, Durham 1985.
- Bradley, Curtis/Gulati, Mitu*: Withdrawing From International Custom, *Yale Law Journal* 120 (2010), 202–275.
- Braun, Johann*: Aspekte der Rechtsanwendung, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 105 (2019), 44–67.
- Brenfors, Martha/Petersen, Malene Maxe*: The Legality of Unilateral Humanitarian Intervention: A Defence, *Nordic Journal of International Law* 69 (2000), 449–499.
- Brierly, James L.*: International Law and Resort to Armed Force, *The Cambridge Law Journal* 4 (1932), 308–319.
- Ders.*: *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6. Aufl., Oxford 1963.
- Brierly, James L./Clapham, Andrew*: *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7. Aufl., Oxford 2012.
- Brock, Lothar*: Was ist das ‚Mehr‘ in der Rede, Friede sei mehr als die Abwesenheit von Krieg?, in: Astrid Sahm/Manfred Sapper/Volker Weichsel (Hrsg.), *Die Zukunft*

- des Friedens. Eine Bilanz der Friedens- und Konfliktforschung, Wiesbaden 2002, S. 95–114.
- Ders.*: Von der ‚humanitären Intervention‘ zur ‚Responsibility to Protect‘: Kriegserfahrung und Völkerrechtsentwicklung seit dem Ende des Ost-West-Konflikts, in: Andreas Fischer-Lescano/Hans-Peter Gasser/Thilo Marauhn/Natalino Ronzitti (Hrsg.), Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe, Baden-Baden 2008, S. 31–44.
- Brooks, Rosa*: How Everything Became War and the Military Became Everything: Tales from the Pentagon, New York 2016.
- Brown, Davis*: Use of Force against Terrorism after September 11th. State Responsibility, Self-Defense and Other Responses, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2003), 1–54.
- Brownlie, Ian*: International Law and the Use of Force by States, Clarendon 1963.
- Ders.*: Thoughts on the Kind-Hearted Gunmen, in: Richard B. Lillich (Hrsg.), Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville 1973, S. 139–148.
- Ders.*: Humanitarian Intervention, in: John N. Moore (Hrsg.), Law and Civil War in the Modern World, Baltimore 1974, S. 217–228.
- Ders.*: The United Nations Charter and the Use of Force. 1945–1985, in: Antonio Cassese (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, Dordrecht 1986, S. 491–504.
- Ders.*: General Course on Public International Law, *Recueil des Cours* 255 (1995), 9–228.
- Bruha, Thomas*: Die Definition der Aggression. Faktizität und Normativität des UN-Konsensbildungsprozesses der Jahre 1968 bis 1974, Berlin 1980.
- Ders.*: Irak-Krieg und Vereinte Nationen, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 295–313.
- Bruha, Thomas/Bortfeld, Matthias*: Terrorismus und Selbstverteidigung: Voraussetzungen und Umfang erlaubter Selbstverteidigungsmaßnahmen nach den Anschlüssen vom 11. September 2001, *Vereinte Nationen* 49 (2001), 161–167.
- Brunnée, Jutta/Tooze, Stephen J.*: Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account, Cambridge 2010.
- Dies.*: Self-Defence against Non-State Actors: Are Powerful States Willing but Unable to Change International Law?, *International and Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 263–286.
- Dies.*: Norm Robustness and Contestation in International Law: Self-Defense against Nonstate Actors, *Journal of Global Security Studies* 4 (2019), 73–87.
- Brunner, Manuel*: Militärische Auslandsrettung: Zwischen sicherheitspolitischer Herausforderung und Reformbedarf im Wehrverfassungsrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7 (2011), 207–209.
- Buchan, Russell*: Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?, *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), 212–227.
- Buchanan, Allen*: From Nuremberg to Kosovo: The Morality of Illegal International Legal Reform, *Ethics* 111 (2001), 673–705.
- Ders.*: Reforming the International Law of Humanitarian Intervention, in: J. L. Holzgrefe/Robert O. Keohane (Hrsg.), Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas, Cambridge 2003, S. 130–174.
- Bunzel, Cole*: From Paper State to Caliphate: The Ideology of the Islamic State, *The Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World, Analysis Paper*, Nr. 19, März 2015.

- Burgstaller, Markus*: Amenities and Pitfalls of a Reputational Theory of Compliance with International Law, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), 39–71.
- Buschmann, Arno* (Hrsg.): Kaiser und Reich, 2. Aufl., Bd. II, Baden-Baden 1994.
- Busse, Christian*: Der Kosovo-Krieg vor deutschen Strafgerichten, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 20 (2000), 631–635.
- Butler, W. E.*: ‚Socialist International Law‘ or ‚Socialist Principles of International Relations‘?, *American Journal of International Law* 65 (1971), 796–800.
- Butzer, Hermann*: Der Bereich des schlichten Parlamentsbeschlusses, *Archiv des öffentlichen Rechts* 119 (1994), 61–106.
- Byers, Michael*: Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge 1999.
- Ders.*: Jumping the Gun, *London Review of Books* 24, Nr. 14 (25. Juli 2002), 3–5.
- Ders.*: Review of Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks. Von Thomas M. Franck, *American Journal of International Law* 97 (2003), 721–725.
- Ders.*: War Law. International Law and armed Conflict, London 2005.
- Byers, Michael/Chestermann, Simon*: Changing the Rules About Rules? Unilateral Intervention and the Future of International Law, in: J. L. Holzgrefe/Robert O. Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge 2003, S. 177–203.
- Cahn, Claude*: Birth of a Nation: Kosovo and the Persecution of Pariah Minorities What Future for Kosovo, *German Law Journal* 8 (2007), 81–94.
- Cannizzaro, Enzo*: Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value-Oriented Approach, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force: A Methodological Approach*, Leiden 2005, S. 245–268.
- Cardozo, Benjamin N.*: The Nature of the Judicial Process, New Haven 1921.
- Carson, Austin*: Facing Off and Saving Face: Covert Intervention and Escalation Management in the Korean War, *International Organization* 70 (2016), 103–131.
- Ders.*: Secret Wars. Covert Conflict in International Politics, Princeton 2018.
- Carswell, Andrew J.*: Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution, *Journal of Conflict and Security Law* 18 (2013), 453–480.
- Carto, David*: The Monroe Doctrine in the 1980’s: International Law, Unilateral Policy, or Atavistic Anachronism, *Case Western Reserve Journal of International Law* 13 (1981), 203–229.
- Cassese, Antonio*: International Law in a Divided World, Oxford 1986.
- Ders.*: Return to Westphalia? Considerations on the Gradual Erosion of the Charter System, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, S. 505–523.
- Ders.*: Violence and Law in the Modern Age, Cambridge 1988.
- Ders.*: Self-determination of Peoples: A legal Reappraisal, Cambridge 1996.
- Ders.*: Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, *European Journal of International Law* 10 (1999), 23–30.
- Ders.*: International Law, 2. Aufl., Oxford 2005.
- Castrén, Erik*: The Present Law of War and Neutrality, Helsinki 1954.
- Charlesworth, H. C. M.*: Customary International Law and the Nicaragua Case, *Australian Year Book of International Law* 11 (1991), 1–31.
- Charney, Jonathan I.*: The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, *British Yearbook of International Law* 56 (1985), 1–24.

- Ders.*: The Power of the Executive Branch of the United States Government to Violate Customary International Law, *American Journal of International Law* 80 (1986), 913–922.
- Ders.*: Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo, *American Journal of International Law* 93 (1999), 834–841.
- Chayes, Abram*: Remarks by the Honorable Abram Chayes, *Proceedings of the American Society of International Law* 57 (1963), 10–13.
- Ders.*: The Cuban Missile Crisis, Glasgow 1974.
- Chayes, Abram/Chayes, Antonia Handler*: On Compliance, *International Organization* 47 (1993), 175–205.
- Dies.*: *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, Mass. 1995.
- Chayes, Antonia Handler/Chayes, Abraham*: Regime Architecture: Elements and Principles, in: Janne Nolan (Hrsg.), *Global Engagement: Cooperation and Security in the 21st Century*, Washington D. C. 1994, S. 65–130.
- Cheng, Bin*: United Nations Resolutions on Outer Space: ‚Instant‘ International Customary Law?, *Indian Journal of International Law* 5 (1965), 23–48.
- Ders.*: Custom. The Future of General State Practice in a Divided World, in: Ronald St. J. Macdonald/Douglas M. Johnston (Hrsg.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, The Hague 1983, S. 513–554.
- Chimni, B. S.*: Customary International Law: A Third World Perspective, *American Journal of International Law* 112 (2018), 1–46.
- Christenson, Gordon*: Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society, *Virginia Journal of International Law* 28 (1987), 585–648.
- Christol, Carl Q./Davis, Charles R.*: Maritime Quarantine: The Naval Interdiction of Offensive Weapons and Associated Materiel to Cuba, 1962, *American Journal of International Law* 57 (1963), 525–545.
- Cicero*: *Der Staat. De re publica*, in: Rainer Nickel (Hrsg.), Berlin 2013.
- Claude, Inis L.*: Just Wars: Doctrines and Institutions, *Political Science Quarterly* 95 (1980), 83–96.
- Cogan, Jacob Katz*: Noncompliance and the International Rule of Law, *Yale Journal of International Law* 31 (2006), 189–210.
- Combacau, Jean*: The Exception of Self-Defence in U. N. Practice, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, S. 9–38.
- Cormac, Rory/Aldrich, Richard J.*: Grey Is the New Black: Covert Action and Implausible Deniability, *International Affairs* 94 (2018), 477–494.
- Corten, Olivier*: Breach and Evolution of Customary International Law on the Use of Force, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti (Hrsg.), *Customary International Law on the Use of Force: A Methodological Approach*, Leiden 2005, S. 119–144.
- Ders.*: The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate, *European Journal of International Law* 16 (2005), 803–822.
- Ders.*: *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Oxford 2010.
- Ders.*: The Russian Intervention in the Ukrainian Crisis: Was Jus Contra Bellum ‚Confirmed rather than Weakened‘?, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 17–41.

- Ders.*: The 'Unwilling or Unable' Test: Has It Been, and Could It Be, Accepted?, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 777–799.
- Crabb, Cecil V.*: The Doctrines of American Foreign Policy: Their Meaning, Role, and Future, Baton Rouge 1982.
- Crawford, James*: Revising the Draft Articles on State Responsibility, *European Journal of International Law* 10 (1999), 435–460.
- Ders.*: Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl., Oxford 2012.
- Ders.*: The Problems of Legitimacy-Speak, *Proceedings of the American Society of International Law* 98 (2004), 271–273.
- Ders.*: State Responsibility: The General Part, Cambridge 2013.
- Crawford, James/Viles, Thomas*: International Law on a Given Day, in: Konrad Gintner (Hrsg.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, Berlin 1994, S. 45–68.
- Cremer, Hans-Joachim*: Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Rudolf Geiger (Hrsg.), *Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt*, Baden-Baden 2003, S. 11–32.
- Ders.*: Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, §235, S. 369–411.
- Curtius, Carl Friedrich*: Völkerrechtliche Schranken der Änderung des Grundgesetzes, *Die Öffentliche Verwaltung* 8 (1955), 145–146.
- Czapliński, Wladyslaw*: Sources of International Law in the Nicaragua Case, *International and Comparative Law Quarterly* 38 (1989), 151–166.
- Czapliński, Wladyslaw/Danilenko, Gennady*: Conflicts of Norms in International Law, *Netherlands Yearbook of International Law* 21 (1990), 3–42.
- Czempiel, Ernst-Otto*: *Friedensstrategien*, 2. Aufl., Opladen 1998.
- Ders.*: Der Friede. Sein Begriff, seine Strategien, in: Dieter Senghaas (Hrsg.), *Den Frieden denken*, Frankfurt am Main 1995, S. 165–176.
- Ders.*: Der Friedensbegriff der Friedensforschung, in: Astrid Sahm/Manfred Sapper/Volker Weichsel (Hrsg.), *Die Zukunft des Friedens: Eine Bilanz der Friedens- und Konfliktforschung*, Wiesbaden 2002, S. 83–93.
- D'Amato, Anthony A.*: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell 1971.
- Ders.*: Israel's Air Strike upon the Iraqi Nuclear Reactor, *American Journal of International Law* 77 (1983), 584–588.
- Ders.*: Trashing Customary International Law, *American Journal of International Law* 81 (1987), 101–105.
- Ders.*: Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), 459–472.
- Ders.*: It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!, *Connecticut Journal of International Law* 6 (1990), 1–6.
- Ders.*: The Invasion of Panama as a Lawful Response to Tyranny, *American Journal of International Law* 84 (1990), 516–524.
- Ders.*: *International Law. Process and Prospect*, 2. Aufl., Irvington, New York 1995.
- D'Ambruso, William L.*: Norms, Perverse Effects, and Torture, *International Theory* 7 (2015), 33–60.
- D'Aspremont, Jean*: *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford 2011.

- Daase, Christopher*: Die Legalisierung der Legitimität: Zur Kritik der Schutzverantwortung als emerging norm, *Die Friedens-Warte* 88 (2013), 41–62.
- Dalton, Clare*: An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, *Yale Law Journal* 94 (1985), 997–1116.
- Danish Institute of International Affairs*: Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects, Copenhagen 1999.
- Dau, Corinna*: Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure, Baden-Baden 2018.
- Dau, Klaus*: Die militärische Evakuierungsoperation ‚Libelle‘: Ein Paradigma der Verteidigung? *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 40 (1998), 90–100.
- Dau, Klaus/Scheuren, Christoph M.* (Hrsg.): Wehrbeschwerdeordnung Kommentar, 7. Aufl., München 2020.
- Deeks, Ashley S.*: ‚Unwilling or Unable‘: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), 483–550.
- Deiseroth, Dieter*: Das Friedensgebot des Grundgesetzes und der UN-Charta, *Betrifft JUSTIZ*, 99 (2009), 143–149.
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Neuwied 2001.
- Ders.*: Das Friedensgebot des Grundgesetzes und der UN-Charta: Aus juristischer Sicht, in: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht?*, Berlin 2010, S. 35–61.
- Ders.*: Innerstaatliche Gerichte und Völkerrecht, in: Fredrik Roggan/Dörte Busch (Hrsg.), *Das Recht in guter Verfassung?* Festschrift für Martin Kutscha, Baden-Baden 2013, S. 25–40.
- Deitelhoff, Nicole/Zimmermann, Lisbeth*: Things We Lost in the Fire: How Different Types of Contestation Affect the Validity of International Norms, *PRIF Working Paper* 18 (2013).
- Dies.*: Things We Lost in the Fire. How Different Types of Contestation Affect the Robustness of International Norms, *International Studies Review* 22 (2020), 51–76.
- Denninger, Erhard*: Das Staatsziel Frieden, *Kritische Justiz* 48 (2015), 134–145.
- Deppenheuer, Otto*: Der verfassungsrechtliche Verteidigungsauftrag der Bundeswehr, *Deutsches Verwaltungsblatt* 112 (1997), 685–688.
- Desautels-Stein, Justin*: International Legal Structuralism: A Primer, *International Theory* 8 (2016), 201–235.
- Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 26 (1986), 1–169.
- Diehl, Paul F./Ku, Charlotte*: *The Dynamics of International Law*, Cambridge 2010.
- Dinh, Nguyen Quoc*: La légitime Défense d’après la Charte des Nations Unies, *Revue Générale de Droit International Public* 52 (1948), 223–254.
- Dinniss, Heather Harrison*: *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge 2012.
- Dinstein, Yoram*: The Interaction Between Customary International Law and Treaties, *Recueil des Cours* 322 (2006), 243–428.
- Ders.*: *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., Cambridge 2017.
- Doehring, Karl*: Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, Köln 1963.
- Ders.*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1984.

- Ders.*: Systeme kollektiver Sicherheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 1. Aufl., Heidelberg 1992, § 177, S. 669–686.
- Ders.*: Das Friedensgebot des Grundgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 1. Aufl., Heidelberg 1992, § 178, S. 687–709.
- Ders.*: Die Humanitäre Intervention: Überlegungen zu ihrer Rechtfertigung, in: Antônio Augusto Cançado Trindade (Hrsg.), The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal, San José 1996, S. 549–565.
- Ders.*: Völkerrecht: Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2004.
- Dörr, Oliver*: Article 31, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Heidelberg 2012.
- Ders.*: Use of Force, Prohibition Of, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online), Oxford 2015.
- Downs, George W./Jones, Michael A.*: Reputation, Compliance, and International Law, Journal of Legal Studies 31 (2002), 95–114.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 3 Bände, Tübingen 2013/2015/2018.
- Dreist, Peter*: Die völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ausbildungsmmission der Bundeswehr im Nordirak, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 60 (2018), 1–17, 53–68, 109–125.
- Droege, Michael/Fischer-Lescano, Andreas*: Gewissensfreiheit in der Bundeswehr: Berufung auf die Völkerrechtswidrigkeit des Irakkrieges als Ungehorsamsgrund?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 25 (2006), 171–173.
- Drost, Pieter N.*: The Crime of State, Bd. I, Leyden 1959.
- Dugard, C. J. R.*: The Organisation of African Unity and Colonialism: An Inquiry into the Plea of Self-Defence as a Justification for the Use of Force in the Eradication of Colonialism, The International and Comparative Law Quarterly 16 (1967), 157–190.
- Dunlap, Charles J.*: Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts, Harvard University, 29. November 2001, <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> [abgerufen am 29. März 2021].
- Dupuy, Kendra/Rustad, Siri Aas*: Trends in Armed Conflict, 1946–2017, Peace Research Institute Oslo. Conflict Trends, Oslo 2018.
- Efrony, Dan/Shany, Yuval*: A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice, American Journal of International Law 112 (2018) 583–657.
- Ehrenzeller, Bernhard*: Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Basel 1993.
- Eichensehr, Kristen E.*: Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues, Virginia Journal of International Law 48 (2008), 451–484.
- Eitel, Tono*: Zur Kontrolle der auswärtigen Gewalt. Ein Zwischenruf, in: Volkmar Götz/Peter Selmer/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Liber amicorum Günther Jaenicke. Zum 85. Geburtstag, Berlin 1998, S. 947–964.
- Elbe, Joachim von*: The Evolution of the Concept of the Just War in International Law, American Journal of International Law 33 (1939), 665–688.
- Endicott, Timothy A. O.*: Linguistic Indeterminacy, Oxford Journal of Legal Studies 16 (1996), 667–698.
- Ders.*: Vagueness in Law, Oxford 2000.
- Epping, Volker*: Der Kriegsbegriff des Grundgesetzes, Der Staat 31 (1992), 39–58.

- Ders.*: Die Evakuierung deutscher Staatsbürger im Ausland als neues Kapitel der Bundeswehrgeschichte ohne rechtliche Grundlage?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), 423–469.
- Ders.*: Wehrverfassung: Entmilitarisierung – Wiederbewaffnung – Leistungsfähigkeit, in: Bodo Pieroth (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, Berlin 2000, S. 183–208.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 42. Ed., München 2019.
- Esser, Josef*: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main 1970.
- Essler, Wilhelm K.*: *Analytische Philosophie*, Stuttgart 1972.
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S.*: *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago 1998.
- Faddejew, G. D.*: *Der Marxismus-Leninismus über gerechte und ungerechte Kriege*, Berlin 1953.
- Falk, Richard A.*: *Historical Tendencies, Modernizing and Revolutionary Nations, and the International Legal Order*, in: Richard A. Falk/Saul H. Mendlovitz (Hrsg.), *International Law*, Bd. II, New York 1966, S. 172–188.
- Ders.*: The Beirut Raid and the International Law of Retaliation, *American Journal of International Law* 63 (1969), 415–443.
- Ders.*: The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of international Legal Order, in: Richard A. Falk/Cyril E. Black (Hrsg.), *The Future of the International Legal Order*, Bd. I, Trends and Patterns, Princeton 1969, S. 32–70.
- Ders.*: CIA Covert Action and International Law, *Society* 12, Nr. 3 (1975), 39–44.
- Ders.*: *Revitalizing International Law*, Ames 1989.
- Ders.*: *Law in an Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, Ardsley, NY 1998.
- Ders.*: Kosovo, World Order, and the Future of International Law, *American Journal of International Law* 93 (1999), 847–857.
- Ders.*: What Future for the UN Charter System of War Prevention?, *American Journal of International Law* 97 (2003), 590–598.
- Ders.*: Legality and Legitimacy: The Quest for Principled Flexibility and Restraint, *Review of International Studies* 31 (2005), 33–50.
- Ders.*: Introduction: Legality and Legitimacy. Necessity and Problematics of Exceptionalism, in: Richard A. Falk (Hrsg.), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford 2012, S. 3–42.
- Farer, Tom*: Panama: Beyond the Charter Paradigm, *American Journal of International Law* 84 (1990), 503–515.
- Ders.*: The Prospect for International Law and Order in the Wake of Iraq, *American Journal of International Law* 97 (2003), 621–628.
- Fassbender, Bardo*: The United Nations Charter As Constitution of the International Community, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), 529–620.
- Ders.*: The Meaning of International Constitutional Law, in: Ronald St J. Macdonald (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden 2005, S. 837–851.
- Ders.*: *Der offene Bundesstaat: Studien zur auswärtigen Gewalt und zur Völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher Teilstaaten in Europa*, Tübingen 2007.

- Ders.*: Militärische Einsätze der Bundeswehr (§244), in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, S. 643–726.
- Fenwick, Charles G.*: International Law, New York 1924.
- Ders.*: The Quarantine against Cuba. Legal or Illegal?, American Journal of International Law 57 (1963), 588–592.
- Fink, Udo*: Verfassungsrechtliche und verfassungsprozeßrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Kosovo-Einsatz der Bundeswehr, JuristenZeitung 54 (1999), 1016–1022.
- Finke, Jasper*: Selbstverteidigungsrecht gegen nichtstaatliche Akteure: Zugleich ein Beitrag zur deutschen Beteiligung am militärischen Vorgehen gegen den Islamischen Staat, Archiv des Völkerrechts 55 (2017), 1–42.
- Finnemore, Martha*: The Purpose of Intervention: Changing Beliefs about the Use of Force, Cornell 2003.
- Finnemore, Martha/Sikkink, Kathryn*: International Norm Dynamics and Political Change, International Organization 52 (1998), 887–917.
- Fischer, Christian/Fischer-Lescano, Andreas*: Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Völker- und verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den Internationalen Terrorismus, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 85 (2002), 113–144.
- Fischer, Matthias G./Ladiges, Manuel*: Die Evakuierungsoperation ‚Pegasus‘ in Libyen: Militärisch erfolgreich, aber verfassungsrechtlich problematisch, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 53 (2011), 221–235.
- Dies.*: Evakuierungseinsätze der Bundeswehr künftig ohne Parlamentsvorbehalt, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 35 (2016), 32–35.
- Fischer-Lescano, Andreas*: Verfassungsrechtliche Fragen der Auslandsentsendung des BGS, Archiv des öffentlichen Rechts 128 (2003), 52–90.
- Ders.*: Militärbasen und militärisch genutzte Flughäfen in Deutschland. Umfang und Modalitäten des subjektiven Rechts auf Einhaltung des Verbots der Beteiligung an Angriffskriegen, Rechtsgutachten für DIE LINKE, 2008.
- Fischer-Lescano, Andreas/Hanschmann, Felix*: Subjektive Rechte und völkerrechtliches Gewaltverbot: Eine völker- und verfassungsrechtliche Analyse, in: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, Berlin 2010, S. 181–200.
- Fischer-Lescano, Andreas/Tohidipur Timo*: Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen die Seepiraterie, Neue Juristische Wochenschrift 2009, 1243–1246.
- Fish, Stanley*: There Is No Textualist Position, San Diego Law Review 42 (2005), 629–650.
- Fisher, Roger*: Improving Compliance with International Law, Charlottesville 1981.
- Fitzmaurice, Gerald G.*: The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54. General Principles and Sources of Law, British Yearbook of International Law 30 (1953), 1–70.
- Ders.*: The General Principles of International Law: Considered from the Standpoint of the Rule of Law, Recueil des Cours 92 (1957), 1–227.
- Fixdal, Mona/Smith, Dan*: Humanitarian Intervention and Just War, Mershon International Studies Review 42 (1998), 283–312.
- Fleck, Dieter*: UN-Friedenstruppen im Brennpunkt: Überlegungen zu einer Beteiligung der Bundesrepublik, Vereinte Nationen 6 (1974), 161–166.

- Fonteyne, Jean-Pierre L.*: The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U. N. Charter, *California Western International Law Journal* 4 (1973–1974), 203–270.
- Forsthoff, Ernst*: Wehrbeitrag und Grundgesetz: Rechtsgutachten über die Frage, ob die Verabschiedung des Gesetzes betr. den EVG-Vertrag (Art. 59 Abs. 2 GG) eine Änderung des Grundgesetzes erfordert, in: Institut für Staatslehre und Politik e. V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. II, 2. Halbband, München 1953.
- Fox, Gregory H.*: Regime Change, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2013.
- Ders.*: The Vietnamese Intervention in Cambodia – 1978, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case based Approach*, Oxford 2018, S. 242–254.
- Fox, Gregory H./Boon, Kristen E./Jenkins, Isaac*: The Contributions of United Nations Security Council Resolutions to the Law of Non-International Armed Conflict: New Evidence of Customary International Law, *American University Law Review* 67 (2018), 649–734.
- Fraleigh, Arnold*: The Algerian Revolution as a Case study in International Law, in: A. Richards Falk (Hrsg.), *The International Law of Civil War*, Baltimore 1971, S. 179–243.
- Franck, Thomas M.*: Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809–837.
- Ders.*: Legitimacy in the International System, *American Journal of International Law* 82 (1988), 705–759.
- Ders.*: *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York 1990.
- Ders.*: The Emerging Right to Democratic Governance, *American Journal of International Law* 86 (1992), 46–91.
- Ders.*: Break It, Don't Fake It, *Foreign Affairs* 78, Nr. 4 (1999), 116–118.
- Ders.*: Legitimacy and Democratic Entitlement, in: Gregory H. Fox/Brad R. Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge 2000, S. 25–47.
- Ders.*: *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge 2002.
- Ders.*: Interpretation and Change in the Law of Humanitarian Intervention, in: J. L. Holzgrefe/Robert O. Keohane (Hrsg.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge 2003, S. 204–231.
- Ders.*: What Happens Now? The United Nations after Iraq, *American Journal of International Law* 97 (2003), 607–620.
- Ders.*: Preemption, Prevention and Anticipatory Self-Defense: New Law Regarding Recourse to Force?, *Hastings International and Comparative Law Review* 27 (2004), 425–436.
- Ders.*: The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium, *American Journal of International Law* 100 (2006), 88–106.
- Franck, Thomas M./Rodley, Nigel S.*: After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force, *American Journal of International Law* 67 (1973), 275–305.
- Franck, Thomas M./Weisband, Edward*: The Johnson and Brezhnev Doctrines: The Law You Make May Be Your Own, *Stanford Law Review* 22 (1970), 979–1014.

- Dies.:* Regional Interventionism by Superpowers: A Study of Words and Acts as Inchoate Law Making, in: M. K. Nawaz (Hrsg.), *Essays on International Law. In Honour of Krishna Rao*, Leyden 1976, S. 241–251.
- Frank, Jerome:* *Law and the Modern Mind*, New York 1930.
- Frankenberg, Günter:* Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 93–111.
- Friauf, Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, EL 4/19, Berlin 2020.
- Friedmann, Wolfgang Gaston:* *The Changing Structure of International Law*, London 1964.
- Friesenbahn, Ernst:* *Parlament und Regierung im modernen Staat*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 16 (1958), 9–73.
- Frowein, Jochen A.:* *Das de facto-Regime im Völkerrecht: Eine Untersuchung zur Rechtsstellung „nichtanerkannter Staaten“ und ähnlicher Gebilde*, Köln 1968.
- Ders.:* Der völkerrechtliche Status von VN-Friedenstruppen und seine Bedeutung für das deutsche Recht, in: Jochen Abr. Frowein/Torsten Stein (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen*, Berlin 1990, S. 1–15.
- Ders.:* Are There Limits to the Amendment Procedures in Treaties Constituting International Organizations, in: Gerhard Hafner/Gerhard Loibl/Alfred Rest/Lilly Seidl-Hohenveldern/Karl Zemanek (Hrsg.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, The Hague 1998, S. 201–218.
- Ders.:* Der Schutz der Menschen ist zentral: Der Krieg in Kosovo und die völkerrechtliche Regelung der Gewaltanwendung, in: Matthias Hartwig/Georg Nolte/Stefan Oeter/Christian Walter (Hrsg.), *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas: Ausgewählte Schriften*, Berlin 2004, S. 165–172.
- Ders.:* De Facto Regime, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2013.
- Ders.:* Ius Cogens, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2013.
- Ders.:* Article 51 and the Realities of the Present Day World, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017), 47–48.
- Fukuyama, Francis:* *The End of History?*, *The National Interest*, 16 (1989), 3–18.
- Ders.:* *The End of History and the Last Man*, New York 1992.
- Gaitonde, P. D.:* *The Liberation of Goa*, London 1987.
- Galindo, George Rodrigo Bandeira/Yip, César:* Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass, *Chinese Journal of International Law* 16 (2017), 251–270.
- Galtung, Johan:* *Gewalt, Frieden und Friedensforschung*, in: Dieter Senghaas (Hrsg.), *Kritische Friedensforschung*, Frankfurt am Main 1971, S. 55–104.
- Gardiner, Richard K.:* *Treaty Interpretation*, 2. Aufl., Oxford 2015.
- Garwood-Gowers, Andrew:* Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility: A Test Case for the Doctrine of Pre-Emptive Self-Defence, *Journal of Conflict and Security Law* 16 (2011), 263–292.
- Geppert, Klaus:* Strafrechtliche Gedanken zum Kosovo-Krieg, in: Eva Graul/Gerhard Wolf (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin, 2002, S. 315–331.
- Glennon, Michael J.:* The New Interventionism. The Search for a Just International Law, *Foreign Affairs* 78, Nr. 3 (1999), 2–7.

- Ders.*: The Fog of Law. Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter Law and the War on Terrorism: Military Action against Terrorists Under International Law, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2002), 539–558.
- Ders.*: Der Traum, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25. Juni 2003.
- Ders.*: Why the Security Council Failed, *Foreign Affairs* 82 (2003), 16–35.
- Ders.*: How International Rules Die, *Georgetown Law Journal* 93 (2005), 939–991.
- Ders.*: De L'Absurdité du Droit Impératif (Jus Cogens), *Revue Générale de Droit International Public* 110 (2006), 525–536.
- Ders.*: Peremptory Nonsense, in: Stephan Breitenmoser (Hrsg.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich 2007, S. 1265–1272.
- Ders.*: The Limitations of Traditional Rules and Institutions Relating to the Use of Force, in: Marc Weller (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, S. 79–95.
- Goldsmith, Jack L./Posner, Eric A.*: *The Limits of International Law*, Oxford 2005.
- Goodin, Robert E.*: Toward an International Rule of Law: Distinguishing International Law-Breakers from Would-Be Law-Makers, *The Journal of Ethics* 9 (2005), 225–246.
- Goodrich, Leland M./Hambro, Edvard*: *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 2. Aufl., London 1949.
- Gorelick, Robert E.*: Wars of National Liberation: Jus Ad Bellum, *Case Western Reserve Journal of International Law* 11 (1979), 71–93.
- Götz, Volkmar*: Innere Sicherheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, Heidelberg 2006, § 85, S. 671–698.
- Grahl-Madsen, Atle*: Decolonization: The Modern Version of a Just War, *German Yearbook of International Law* 22 (1979), 255–273.
- Gray, Christine*: After the Ceasefire: Iraq, the Security Council and the Use of Force, *British Yearbook of International Law* 65 (1994), 135–174.
- Dies.*: From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq, *European Journal of International Law* 13 (2002), 1–19.
- Dies.*: The Use of Force and the International Legal Order, in: Malcom D. Evans (Hrsg.), *International Law*, 2. Aufl., Oxford 2006, S. 589–619.
- Dies.*: *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl., Oxford 2008.
- Dies.*: The Use of Force to Prevent the Proliferation of Nuclear Weapons Challenges to Arms Control Regime, *Japanese Yearbook of International Law* 52 (2009), 101–126.
- Dies.*: *International Law and the Use of Force*, 4. Aufl., Oxford 2018.
- Green, James A.*: Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force, *Michigan Journal of International Law* 32 (2011), 215–257.
- Ders.*: *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford 2016.
- Greenawalt, Kent*: The Perplexing Borders of Justification and Excuse, *Columbia Law Review* 84 (1984), 1897–1927.
- Greenwood, Christopher*: Is There a Right of Humanitarian Intervention?, *The World Today* 49, Nr. 2 (1993), 34–40.
- Ders.*: International Law and the NATO Intervention in Kosovo, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 926–934.
- Ders.*: International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq, *San Diego International Law Journal* 4 (2003), 7–37.

- Ders.*: Caroline, The, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online), Oxford 2009.
- Ders.*: Self-Defence, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online), Oxford 2011.
- Grewe, Wilhelm G.*: Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1954), 129–178.
- Ders.*: Was ist ‚klassisches‘, was ist ‚modernes‘ Völkerrecht?, in: Alexander Böhm/Karl-Heinz Ziegler (Hrsg.), Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationaler Beziehungen: Festgabe für Wolfgang Preisler, Baden-Baden 1983, S. 111–131.
- Ders.*: Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1984.
- Ders.*: Auswärtige Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1996, § 77, S. 921–975.
- Grice, Herbert Paul*: Studies in the Way of Words, Cambridge, Mass. 1991.
- Grieco, Joseph M.*: Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism, International Organization 42 (1988), 485–507.
- Gross, Leo.*: The Peace of Westphalia, 1648–1948, American Journal of International Law 42 (1948), 20–41.
- Grote, Rainer*: Westphalian System, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online), Oxford 2006.
- Ders.*: Das ‚Westfälische System‘ des Völkerrechts: Faktum oder Mythos?, in: Andreas von Arnould (Hrsg.), Völkerrechtsgeschichte(n): Historische Narrative und Konzepte im Wandel, Berlin 2017, S. 22–38.
- Grotius, Hugo*: De Iure Praedae Commentarius, Oxford 1950.
- Ders.*: The Rights of War and Peace, Bd. II, Indianapolis 2005.
- Grzeszick, Bernd*: Die Staatsgewalt in der UN-Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), 484–505.
- Ders.*: Rechte des Einzelnen im Völkerrecht: Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends am Beispiel der Individualrechte im allgemeinen Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 43 (2005), 312–344.
- Grzybowski, Kazimierz*: Soviet Theory of International Law for the Seventies, American Journal of International Law 77 (1983), 862–872.
- Guillaume, Gilbert*: Terrorism and International Law, International and Comparative Law Quarterly 53 (2004), 537–548.
- Gutmann, Chris/Sassenrath, Carl-Philipp*: Auslandseinsätze der Bundeswehr ohne Sicherheitsratsmandat: Rahmen und Regeln kollektiver Sicherheitssysteme und die Drittstaatennothilfe unter dem Grundgesetz, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 59 (2017), 177–200.
- Guzman, Andrew. T.*: A Compliance-Based Theory of International Law, California Law Review 90 (2002), 1823–1887.
- Ders.*: Saving Customary International Law, Michigan Journal of International Law 27 (2005), 115–176.
- Ders.*: How International Law Works: A Rational Choice Theory, Oxford 2008.
- Ders.*: Against Consent, Virginia Journal of International Law 52 (2012), 747–790.
- Haas-Traeger, Evelyn*: Sammeln für den Krieg?, Die Öffentliche Verwaltung 36 (1983), 105–110.
- Hacker, Jens*: Die Intervention in Theorie und Praxis, in: Reinhart Maurach/Boris Meissner (Hrsg.), Völkerrecht in Ost und West, Stuttgart 1967, S. 154–177.

- Hailbronner, Kay*: Kontrolle der auswärtigen Gewalt, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 56 (1997), 7–37.
- Hajjami, Nabil*: The Intervention of US and Others in Grenada – 1983, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford 2018, S. 385–394.
- Hakimi, Monica*: Unfriendly Unilateralism, *Harvard Journal of International Law* 55 (2014), 105–150.
- Dies.*: Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play, *International Law Studies* 91 (2015), 1–31.
- Dies.*: Constructing an International Community, *American Journal of International Law* 111 (2017), 317–356.
- Dies.*: The Work of International Law, *Harvard International Law Journal* 58 (2017), 1–46.
- Dies.*: US Strikes against Syria and the Implications for the Jus ad Bellum, *EJIL:Talk!*, 7. April 2017, <https://www.ejiltalk.org/us-strikes-against-syria-and-the-implications-for-the-jus-ad-bellum/> [abgerufen am 29. März 2021].
- Dies.*: International Law in ‚Turbulent Times‘, Part II, *EJIL:Talk!*, 6. März 2018, <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-turbulent-times-part-ii/> [abgerufen am 29. März 2021].
- Dies.*: The Jus Ad Bellum’s Regulatory Form, *American Journal of International Law* 112 (2018), 151–190.
- Hakimi, Monica/Cogan, Jacob Katz*: The Two Codes on the Use of Force, *European Journal of International Law* 27 (2016), 257–291.
- Halberstam, Malvina*: Copenhagen Document: Intervention in Support of Democracy, *Harvard International Law Journal* 34 (1993), 163–176.
- Halleck, A. M.*: *International Law, or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco 1861.
- Hannikainen, Lauri*: *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki 1988.
- Hart, HLA.*: *The Concept of Law*, Oxford 1961.
- Hathaway, Oona A.*: Do Human Rights Treaties Make a Difference?, *Yale Law Journal* 111 (2002), 1935–2042.
- Hathaway, Oona A./Shapiro, Scott*: *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, London 2017.
- Heck, Philipp*: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914.
- Heffter, August Wilhelm*: *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin 1844.
- Heilborn, Paul*: *Grundbegriffe des Völkerrechts*, Stuttgart 1912.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von* (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. I, 3. Aufl., München 2017.
- Heintschel von Heinegg, Wolff/Gries, Tobias*: Der Einsatz der Deutschen Marine im Rahmen der Operation ‚Enduring Freedom‘, *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), 145–182.
- Helfer, Laurence*: Exiting Treaties, *Virginia Law Review* 91 (2005), 1579–1648.
- Ders.*: Nonconsensual International Lawmaking, *University of Illinois Law Review* 2008 (2008), 71–125.
- Heller, Kevin Jon*: Specially-Affected States and the Formation of Custom, *American Journal of International Law* 112 (2018), 191–243.
- Henderson, Christian*: *The Persistent Advocate and the Use of Force: The Impact of the United States Upon the Jus ad Bellum in the Post-Cold War Era*, Farnham 2010.

- Ders.*: The Use of Force and International Law, Cambridge 2018.
- Henkin, Louis*: The United Nations and Its Supporters: A Self-Examination, *Political Science Quarterly* 78 (1963), 504–536.
- Ders.*: The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated, *American Journal of International Law* 65 (1971), 544–548.
- Ders.*: How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2. Aufl., New York 1979.
- Ders.*: International Law: Politics, Values and Functions, *Recueil des Cours* 216 (1989), 9–416.
- Ders.*: International Law: Politics and Values, Dordrecht 1995.
- Henriksen, Anders*: Jus Ad Bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism Around the World, *Journal of Conflict and Security Law* 19 (2014), 211–250.
- Ders.*: Trump’s Missile Strike on Syria and the Legality of Using Force to Deter Chemical Warfare, *Journal of Conflict and Security Law* 23 (2018), 33–48.
- Ders.*: The End of the Road for the UN GGE Process: The Future Regulation of Cyberspace, *Journal of Cybersecurity* 5 (2019), 1–9.
- Herczegh, Géza*: The Prohibition of the Threat and Use of Force in Contemporary International Law, *Questions of International Law (Hungarian Branch of the International Law Association)* 2 (1964), 70–92.
- Herdegen, Matthias*: Syrien-Konflikt: Eingreifen erlaubt, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10. September 2013, <https://www.faz.net/1.2561220> [abgerufen am 29. März 2021].
- Ders.*: Völkerrecht, 17. Aufl., München 2017.
- Hermisdorfer, Willibald*: Einsatz deutscher Streitkräfte zur Evakuierung deutscher Staatsbürger aus Albanien, *Bayerische Verwaltungsblätter* 44 (1998), 652–654.
- Hershey, Amos S.*: The Essentials of International Public Law, Revised Edition, New York 1927.
- Ders.*: The International Law and Diplomacy of the Russo-Japanese War, London 1906.
- Herzog, Roman*: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, Heidelberg 2006, §72, S. 81–116.
- Heß, Franziska*: Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine völkerrechtswidrige Nutzung deutschen Hoheitsgebiets und Luftraums durch ausländische Streitkräfte, in: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht*, Berlin 2010, S. 249–265.
- Hesse, Konrad*: Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 127–160.
- Heydte, Friedrich August von der*: Völkerrecht: Ein Lehrbuch, Bd. I., Köln 1958.
- Heyke, Hans-Eberhard*: Die Prinzipien der friedlichen Koexistenz: Zu ihrem Ursprung und ihrer Entwicklung, *Politische Vierteljahresschrift* 7 (1966), 574–630.
- Higgins, Rosalyn*: Legal Limits to the Use of Force by Sovereign States United Nations Practice, *British Yearbook of International Law* 37 (1961), 269–319.
- Dies.*: The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, London 1963.
- Dies.*: The Attitude of Western States towards legal Aspects of the Use of Force, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, S. 435–452.
- Dies.*: Problems and Process. International Law and How We Use It, Oxford 1994.

- Hillgruber, Christian*: Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 32, S. 929–992.
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph*: Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015.
- Hilpold, Peter*: Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?, *European Journal of International Law* 12 (2001), 437–467.
- Ders.*: Das Kosovo-Problem. Ein Testfall für das Völkerrecht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), 779–801.
- Hobbes, Thomas*: Leviathan: Oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1989.
- Hobe, Stephan*: Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz: Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation, Berlin 1998.
- Hofmann, Rainer*: Zur Bedeutung von Art. 25 GG für die Praxis deutscher Behörden und Gerichte, in: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. II, Berlin 1987, S. 1885–1898.
- Ders.*: Art. 25 GG und die Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 49 (1989), 41–60.
- Hoof, Godefridus J. H.*: Rethinking the Sources of International Law, Deventer 1983.
- Hoogh, André de*: Restrictivist Reasoning on the Ratione Personae Dimension of Armed Attacks in the Post 9/11 World, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 19–42.
- Horne, Alistair*: A Savage War of Peace. Algeria 1954–1962, London 1977.
- Horwitz, Morton J.*: The Rise of Legal Formalism, *American Journal of Legal History* 19 (1975), 251–264.
- Ders.*: The Transformation of American Law, Cambridge, Mass. 1992.
- Hösle, Vittorio*: Moral und Politik: Grundlagen einer politischen Ethik für das 21. Jahrhundert, München 1997.
- Howard, Michael*: Temperamenta Belli: Can War be Controlled?, in: Michael Howard (Hrsg.), *Restraints on War, Studies in the Limitation of Armed Conflict*, Oxford 1979, S. 1–15.
- Hurd, Heidi M.*: Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability, *Notre Dame Law Review* 74 (1999), 1551–1573.
- Hurd, Ian*: Legitimacy and Authority in International Politics, *International Organization* 53 (1999), 379–408.
- Ders.*: The International Rule of Law: Law and the Limit of Politics, *Ethics & International Affairs* 28 (2014), 39–51.
- Ders.*: The UN Security Council and the International Rule of Law, *Chinese Journal of International Politics* 7 (2014), 361–379.
- Ders.*: Torture and the Politics of Legitimation in International Law, in: Andreas Follesdal/Johan Karlsson Schaffer/Geir Ulfstein (Hrsg.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge 2014, S. 165–189.
- Ders.*: How to Do Things with International Law, Princeton 2017.
- Ders.*: The Permissive Power of the Ban on War, *European Journal of International Security* 2 (2017), 1–18.
- Hurrell, Andrew/Kingsbury, Benedict*: The International Politics of the Environment. An Introduction, in: Andrew Hurrell/Benedict Kingsbury (Hrsg.), *The Interna-*

- tional Politics of the Environment. Actors, Interests, and Institutions, Oxford 1992, S. 1–47.
- Ikenberry, G. John*: America's Imperial Ambition One Year Later, *Foreign Affairs* 81 (2002), 44–60.
- Independent International Commission on Kosovo*: The Kosovo Report: Conflict, International Response. Lessons Learned, Oxford 2000.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty*: The Responsibility to Protect – Report, Ottawa 2001.
- International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, *International Law Association Reports of Conferences* 69 (2000), 712–790.
- International Law Association, Use of Force Committee*: Washington Conference (2014) – Report on Aggression and the Use of Force, *International Law Association Reports of Conferences* 76 (2014), 648–685.
- Dies.*: Johannesburg Conference (2016) – Draft Report on Aggression and the Use of Force (May 2016), *International Law Association Reports of Conferences* 77 (2016), 248–283.
- Dies.*: Sydney Conference (2018) – Final Report on Aggression and the Use of Force, *International Law Association Reports of Conferences* 78 (2018), 588–633.
- Iommi, Lucrecia García*: Norm Internalisation Revisited: Norm Contestation and the Life of Norms at the Extreme of the Norm Cascade, *Global Constitutionalism* 9 (2020), 76–116.
- Ipsen, Hans Peter*: Politik und Justiz: Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, Hamburg 1937.
- Ipsen, Knut*: Der Einsatz der Bundeswehr zur Verteidigung, im Spannungs- und Verteidigungsfall sowie im internen bewaffneten Konflikt, in: Klaus-Dieter Schwarz (Hrsg.), *Sicherheitspolitik. Analysen zur politischen und militärischen Sicherheit*, 2. Aufl., Bad-Honnef-Erpel 1977, S. 419–441.
- Ders.*: Der Kosovo-Einsatz – Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldigbar?, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 19–23.
- Isensee, Josef*: Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 32 (1974), 49–101.
- Jaberg, Sabine*: Sag mir, wo ...? Auf der Suche nach der grundgesetzlichen Friedensnorm beim Streitkräfteeinsatz, Hamburg 2006.
- Jacobsen, Hans-Adolf* (Hrsg.): *Friedenssicherung durch Verteidigungsbereitschaft. Deutsche Sicherheitspolitik 1949–1989*, Mainz 1990.
- Jahn, Matthias*: Aufrufe zum Ungehorsam – Verfahren wegen des Kosovo-Kriegs vor den Maobiter Strafgerichten, *Kritische Justiz* 33 (2000), 489–505.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* (Hrsg.): *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 16. Aufl., München 2020.
- Jenks, Clarence Wilfred*: *The Prospects of International Adjudication*, London 1964.
- Jennings, Robert Yewdall/Watts, Arthur*: *Oppenheim's International Law: Peace*, Bd. I (Peace), Essex 1992.
- Jesch, Dietrich*: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, *Archiv des öffentlichen Rechts* 82 (1957), 163–249.
- Jessup, Philip C.*: *A Modern Law of Nations: An Introduction*, New York 1950.

- Jhering, Rudolf von*: Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1 (1857), 1–52.
- Johnson, Larry D.*: „Uniting for Peace“: Does It Still Serve Any Useful Purpose?, *AJIL Unbound* 108 (2014), 106–115.
- Johnstone, Ian*: The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), 337–388.
- Joseph, Michael F./Poznansky, Michael*: Media Technology, Covert Action, and the Politics of Exposure, *Journal of Peace Research* 55 (2018), 320–335.
- Jouannet, Emmanuelle*: The Liberal-Welfarist Law of Nations: A History of International Law, Cambridge 2012.
- Joyner, Daniel H.*: Jus Ad Bellum in the Age of Wild WMD Proliferation, *George Washington International Law Review* 40 (2008), 233–288.
- Kadelbach, Stefan*: Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1992.
- Kadelbach, Stefan/Guntermann, Ute*: Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt, *Archiv des Völkerrechts* 126 (2001), 563–587.
- Kadens, Emily/Young, Ernest A.*: How Customary Is Customary International Law, *William & Mary Law Review* 54 (2013), 885–920.
- Kagan, Robert*: The Return of History and the End of Dreams, London 2008.
- Kahgan, Carin*: Jus Cogens And The Inherent Right To Self Defense, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 3 (1997), 767–827.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 200. EL, Heidelberg 2019.
- Kahn, Paul*: From Nuremberg to the Hague: The United States Position in Nicaragua v. United States and the Development of International Law, *Yale Journal of International Law* 12 (1987), 1–62.
- Kairys, David*: Legal Reasoning, in: David Kairys (Hrsg.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York 1982, S. 11–17.
- Ders.*: Law and Politics, *George Washington Law Review* 52 (1984), 243–262.
- Kaiser, Karl*: Friedensforschung in der Bundesrepublik, Göttingen 1970.
- Kammerhofer, Jörg*: Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems, *European Journal of International Law* 15 (2004), 523–553.
- Ders.*: Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, London/New York 2010.
- Ders.*: The Resilience of the Restrictive Rules on Self-defence, in: Marc Weller (Hrsg.), *The Oxford Handbook of The Use of Force in International Law*, Oxford 2015, S. 627–648.
- Ders.*: The US Intervention in Nicaragua – 1981–88, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford 2018, S. 342–360.
- Kamto, Maurice*: The US Strikes Against Libya – 1986, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford 2018, S. 408–425.
- Kaplan, Morton A./Katzenbach, Nicholas*: The Political Foundations of International Law, New York 1961.
- Karl, Wolfram*: Vertragsauslegung – Vertragsänderung, in: Christoph Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung: Aufsätze zum Völkerrecht*, Berlin 1979, S. 9–34.

- Ders.*: Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1983.
- Katzenstein, Peter J.*: Introduction: Alternative Perspectives on National Security, in: Peter J. Katzenstein (Hrsg.), *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*, *New Directions in World Politics*, New York 1996, S. 1–32.
- Kearney, Richard D./Dalton, Robert E.*: The Treaty on Treaties, *American Journal of International Law* 64 (1970), 495–561.
- Kelly, J. Patrick*: The Twilight of Customary International Law, *Virginia Journal of International Law* 40 (2000), 449–543.
- Kelley, Judith*: Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Nonsurrender Agreements, *American Political Science Review* 101 (2007), 573–589.
- Kelsen, Hans*: *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig 1934.
- Ders.*: Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations, *American Journal of International Law* 42 (1948), 783–796.
- Ders.*: *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London 1950.
- Ders.*: *Principles of International Law*, New York 1952.
- Ders.*: *The Communist Theory of Law*, London 1955.
- Ders.*: General international Law and the Law of the United Nations, *The United Nations Ten Years' Legal Progress*, The Hague 1956, S. 1–16.
- Ders.*: Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 19 (1958), 234–248.
- Kennedy, David*: Theses about International Law Discourse, *German Yearbook of International Law* 23 (1980), 353–391.
- Ders.*: A New Stream of International Law Scholarship, *Wisconsin International Law Journal* 7 (1988), 1–50.
- Ders.*: *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton 2004.
- Kennedy, Duncan*: Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review* 89 (1976), 1685–1778.
- Ders.*: Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, *Maryland Law Review* 41 (1982), 563–658.
- Keohane, Robert O.*: *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton 1984.
- Ders.*: Compliance with International Commitments: Politics Within a Framework of Law, *Proceedings of the American Society of International Law* 86 (1992), 176–180.
- Ders.*: International Relations and International Law: Two Optics Comment, *Harvard International Law Journal* 38 (1997), 487–502.
- Kersbergen, Kees van/Verbeek, Bertjan*: The Politics of International Norms: Subsidiarity and the Imperfect Competence Regime of the European Union, *European Journal of International Relations* 13 (2007), 217–238.
- Kessler, Birgit/Salomon, Tim René*: Die Klagebefugnis aufgrund Völkergewohnheitsrechts im Verwaltungsprozess am Beispiel des Gewaltverbots, *Die Öffentliche Verwaltung* 67 (2014), 283–291.
- Kewenig, Wilhelm*: Auswärtige Gewalt, in: Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), *Handbuch der deutschen Außenpolitik*, München 1975, S. 37–43.

- Kiapi, Abraham*: International Law and Civil Wars. I: Discussion, American Society of International Law Proceedings 61 (1967), 20.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich* (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Kingsbury, Benedict*: The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law, Michigan Journal of International Law 19 (1998), 345–372.
- Kirchhof, Ferdinand*: Verteidigung und Bundeswehr, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, §84, S. 633–669.
- Kirchhof, Paul*: Der Verteidigungsauftrag der deutschen Streitkräfte, in: Ulrich Beylerlin/Michael Bothe/Rainer Hofmann/Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhard, Berlin 1995, S. 797–824.
- Kirgis, Frederic L.*: Custom on a Sliding Scale, American Journal of International Law 81 (1987), 146–151.
- Ders.*: He Got It Almost Right, AJIL Unbound 108 (2014), 116–117.
- Kirkpatrick, Jeane J.*: Law and Reciprocity, Proceedings of the American Society of International Law 78 (1984), 59–68.
- Kirkpatrick, Jeane J./Gerson, Allan*: The Reagan Doctrine, Human Rights, and International Law, in: Louis Henkin (Hrsg.), Right v. Might: International Law and the Use of Force, 2. Aufl., New York 1991, S. 19–36.
- Kittrie, Orde F.*: Lawfare. Law as a Weapon of War, Oxford 2016.
- Klein, Eckart*: Rechtsprobleme einer deutschen Beteiligung an der Aufstellung von Streitkräften der Vereinten Nationen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 34 (1974), 429–451.
- Ders.*: Kosovo. Braucht die NATO ein UN-Mandat?, MenschenRechtsMagazin 4 (1999), 41–42.
- Ders.*: Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, in: Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2008, S. 157–173.
- Ders.*: Abstraktes Normenkontrollverfahren, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht: Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2012, S. 275–302.
- Klein, Eckart/Schmahl, Stefanie*: Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen, Recht und Politik 35 (1999), 198–209.
- Klein, Oliver*: Individualverfassungsbeschwerde, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht: Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2012, S. 180–263.
- Kleinlein, Thomas*: Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, Heidelberg 2012.
- Ders.*: Kontinuität und Wandel in Grundlegung und Dogmatik des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 142 (2017), 43–77.
- Kliem, Tobias*: You Can't Cyber in Here, This Is the War Room! A Rejection of the Effects Doctrine on Cyberwar and the Use of Force in International Law, Journal on the Use of Force and International Law 4 (2017), 344–370.

- Klintworth, Gary*: Vietnam's Intervention in Cambodia in International Law, Canberra 1989.
- Koch, Hans-Joachim*: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht: Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt am Main 1979.
- Koh, Harold Hongju*: Why Do Nations Obey International Law?, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2599–2659.
- Ders.*: Humanitarian Intervention: Time for Better Law, *AJIL Unbound* 111 (2017), 287–291.
- Ders.*: The War Powers and Humanitarian Intervention, *Houston Law Review* 53 (2016), 971–1033.
- Ders.*: The Trump Administration and International Law, Oxford 2018.
- Kolb, Robert*: Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations by the Security Council?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), 21–35.
- Kontou, Nancy*: The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford 1994.
- Korioth, Stefan/Schaich, Klaus*: Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018.
- Korowin, Evgenij A.*: Das Völkerrecht der Übergangszeit: Grundlagen der völkerrechtlichen Beziehungen der Union der Sowjetrepubliken, Berlin 1929.
- Koschewnikow, F. I.*: Kapitel X. Die Gesetze und Gewohnheiten des Krieges, in: Akademie der Wissenschaften der UdSSR – Rechtsinstitut, Völkerrecht, Hamburg 1960, S. 415–469.
- Koskenniemi, Martti*: The Politics of International Law, *European Journal of International Law* 1 (1990), 4–32.
- Ders.*: ‚The Lady Doth Protest Too Much‘. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law, *Modern Law Review* 65 (2002), 159–175.
- Ders.*: From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, 2. Aufl., Cambridge 2005.
- Ders.*: Methodology of International Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2007.
- Ders.*: The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics, *Modern Law Review* 70 (2007), 1–30.
- Ders.*: The Politics of International Law – 20 Years Later, *European Journal of International Law* 20 (2009), 7–19.
- Ders.*: What is International Law For?, in: Malcom Evans (Hrsg.), *International Law*, 3. Aufl., Oxford 2010, S. 32–57.
- Ders.*: What is International Law For?, in: Malcom Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., Oxford 2014, S. 31–52.
- Ders.*: What Is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism, *Leiden Journal of International Law* 29 (2016), 727–735.
- Kotzur, Markus*: Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: Der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand, *JuristenZeitung* 61 (2006), 25–30.
- Krajewski, Markus*: Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen: Der 11. September und seine Folgen, *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), 183–214.
- Kratochwil, Friedrich/Ruggie, John Gerard*: International Organization: A State of the Art on an Art of the State, *International Organization* 40 (1986), 753–775.

- Kremser, Holger*: Der bewaffnete Einsatz der Bundeswehr gegen die Terrororganisation ‚Islamischer Staat‘ im Lichte des Staats-, Europa- und Völkerrechts, *Deutsches Verwaltungsblatt* 131 (2016), 881–885.
- Kreß, Claus*: Anmerkung zur Presseerklärung des Generalbundesanwalts vom 21. März 2003, *JuristenZeitung* 58 (2003), 911–916.
- Ders.*: Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, Berlin 1995.
- Ders.*: Die Rettungsoperation der Bundeswehr in Albanien am 14. März 1997 aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57 (1997), 329–362.
- Ders.*: Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des „Falles Irak“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 115 (2003), 294–351.
- Ders.*: Remarks by Claus Kreß, *Proceedings of the American Society of International Law* 105 (2011), 160–162.
- Ders.*: Major Post-Westphalian Shifts and Some Important Neo-westphalian Hesitations in the State Practice on the International Law on the Use of Force, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 11–54.
- Ders.*: The International Court of Justice and the ‚Principle of Non-Use of Force‘, in: Marc Weller (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, S. 561–604.
- Ders.*: The State Conduct Element, in: Claus Kreß/Stefan Barriga (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Bd. I, Cambridge 2017, S. 412–564.
- Ders.*: Zur Lage des völkerrechtlichen Gewaltverbots, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik* 12 (2019), 453–476.
- Kreß, Claus/Nußberger, Benjamin*: Pro-democratic Intervention in Current International Law: The Case of The Gambia in January 2017, *Journal on the Use of Force and International Law* 4 (2017), 239–252.
- Kress, Ken*: Legal Indeterminacy, *California Law Review* 77 (1989), 283–338.
- Krieger, Heike/Nolte, Georg*: The International Rule of Law: Rise or Decline? Points of Departure, *KFG Working Paper Series* 1 (2016).
- Kriener, Florian*: Invitation: Excluding ab initio a Breach of Art. 2(4) UNCh or a Preclusion of Wrongfulness, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 79 (2019), 643–646.
- Krisch, Nico*: More Equal than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law, in: Michael Byres/Georg Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge 2003, S. 135–175.
- Kritsiotis, Dino*: Theorizing International Law on Force and Intervention, in: Anne Orford/Florian Hofmann (Hrsg.), *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford 2016, S. 655–683.
- Ders.*: The Indian Intervention into (East)Pakistan–1971, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case Based Approach*, Oxford 2018, S. 169–188.
- Kulick, Andreas*: From Problem to Opportunity? An Analytical Framework for Vagueness and Ambiguity in International Law, *German Yearbook of International Law* 59–2016 (2017), 257–288.
- Ders.*: Die humanitäre Repressalie: Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?, *Archiv des Völkerrechts* 56 (2018), 303–323.
- Kulski, W. W.*: The Soviet System of Collective Security Compared with the Western System, *American Journal of International Law* 44 (1950), 453–476.

- Kunig, Philip*: Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip: Zur Praxis der Organisation der afrikanischen Einheit (OAU) und des afrikanischen Staatenverkehrs, Baden-Baden 1981.
- Kunig, Philip/Uerpmann-Witzack, Robert*: Völkerrecht und staatliches Recht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., Berlin 2019, S. 73–157.
- Kunz, Josef L.*: Der Kellogg-Pakt, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 9 (1929), 75–101.
- Ders.*: Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, American Journal of International Law 41 (1947), 872–879.
- Ders.*: The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law, American Journal of International Law 44 (1950), 135–140.
- Ders.*: Sanctions in International Law, American Journal of International Law 54 (1960), 324–347.
- Kutscha, Martin*: ‚Verteidigung‘: Vom Wandel eines Verfassungsbegriffs, Kritische Justiz 37 (2004), 228–240.
- La Rochefoucauld*: Réflexions-Sentences et Maximes Morales, Paris 1922.
- Lachs, Manfred*: The Development and General Trends of International Law in Our Time, Recueil des Cours 169 (1980), 9–377.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian* (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München 2018.
- Ladiges, Manuel*: Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Einsatzentscheidungen. Führt ein Weg nach Karlsruhe?, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 58 (2016), 177–193.
- Lange, Christian*: Zu Fragen der Rechtmäßigkeit des NATO-Einsatzes im Kosovo, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 26 (1999), 313–316.
- Lange, Sebastian*: ‚Bleiben und Ausdehnen‘. Ideologie, Organisation und Strategie des ‚Islamischen Staats‘, Die Friedens-Warte 90 (2015), 283–310.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991.
- Lauterpacht, Hersch*: The Nature of International Law and General Jurisprudence, Economica, 37 (1932), 301–320.
- Ders.*: The Function of Law in the International Community, Oxford 1933.
- Ders.*: The Development of International Law by the International Court, London 1958.
- Lawrence, Thomas J.*: The Principles of International Law, Boston 1895.
- Ders.*: The Principles of International Law, 4. Aufl., Boston 1910.
- Leibholz, Gerhard*: Die Organisation der ‚Vereinten Nationen‘ und die Strukturprinzipien des modernen Völkerrechts, in: Eberhardt Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 163–180.
- Leiter, Brian*: Positivism, Formalism, Realism, Columbia Law Journal 99 (1999), 1138–1164.
- Lenin, W. I.*: VIII. Parteitag der KPR(B), 18.–23. März 1919, in: Lenin Werke, Bd. 29, Berlin 1963, S. 125–211.
- Ders.*: Dekret über den Frieden, in: Lenin Werke, Bd. 26, Berlin 1972, S. 249–243.
- Lewis, Dustin A./Modirzadeh, Naz K./Blum, Gabriella*: Quantum of Silence: Inaction and Jus ad Bellum, The Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict (HLS PILAC), 2019, <https://pilac.law.harvard.edu/quantum-of-silence> [abgerufen am 29. März 2021].
- Ley, Isabelle*: Opposition im Völkerrecht: Ein Beitrag zur Legitimation internationaler Rechtserzeugung, Berlin 2015.

- Dies.*: Opposition in International Law: Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 717–742.
- Lieblch, Eliav*: The Soviet Intervention in Hungary – 1955, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford 2018, S. 48–66.
- Liivoja, Rain*: The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 583–612.
- Lillich, Richard B.*: Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian Incident of 1990, *German Yearbook of International Law* 35 (1992), 205–223.
- Lindahl, Hans*: *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford 2013.
- Linderfalk, Ulf*: Is Treaty Interpretation an Art or a Science? *International Law and Rational Decision Making*, *European Journal of International Law* 26 (2015), 169–189.
- Linke, Tobias*: Innere Sicherheit durch die Bundeswehr?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), 489–541.
- Lipson, Leon S.*: The Soviet View on International Law, *International Law Studies* 61 (1980), 101–114.
- Lissitzyn, Oliver J.*: The Soviet View of International Law, *International Law Studies* 61 (1980), 90–100.
- Llewellyn, Karl N.*: A Realistic Jurisprudence: The Next Step, *Columbia Law Review* 30 (1930), 431–465.
- Lowe, Vaughan*: Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses, *European Journal of International Law* 10 (1999), 405–411.
- Ders.*: Comments on Chapters 16 and 17, in: Michael Byers/Gerog Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge 2003, S. 477–481.
- Lowe, Vaughan/Tzanakopoulos, Antonios*: Humanitarian Intervention, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2011.
- Löwer, Wolfgang*: Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 70, S. 1285–1526.
- Lubell, Noam*: *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford 2010.
- Lutze, Christian*: Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 45 (2003), 101–115.
- MacDougal, Myres Smith/Feliciano, Florentino P.*: *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven 1961.
- MacGibbon, I. C.*: The Scope of Acquiescence in International Law, *British Yearbook of International Law* 31 (1954), 143–186.
- Ders.*: Customary International Law and Acquiescence, *British Yearbook of International Law* 33 (1957), 115–145.
- Mačák, Kubo*: From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-Engaging States as Law-Makers, *Leiden Journal of International Law* 30 (2017), 877–899.
- Magiera, Siegfried*: Völkerrecht und Staatliches Recht, in: Eberhard Menzel/Knut Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2. Aufl., München 1979, S. 49–73.
- Malawer, Stuart S.*: Reagan's Law and Foreign Policy, 1981–1987: The Reagan Corollary of International Law, *Harvard International Law Journal* 29 (1988), 85–110.

- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 3 Bände, München 2018.
- Marcks, Holger*: From Resistance to Rule: Islamic State's Order of Violence, in: Janusz Biene/Martin Schmetz (Hrsg.), Kalifat des Terrors. Interdisziplinäre Perspektiven auf den Islamischen Staat, Frankfurt am Main 2015, S. 25–29.
- Martin, Andrew*: Collective Security: A Progress Report, Paris 1952.
- Martin, Lisa L.*: Against Compliance, in: Jeffery L. Dunoff/Mark A. Pollack (Hrsg.), Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations, Cambridge 2013, S. 591–610.
- Marxsen, Christian*: The Crimea Crisis: An International Law Perspective, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), 367–392.
- Ders.*: Territorial Integrity in International Law: Its Concept and Implications for Crimea, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 75 (2015), 7–26.
- Ders.*: International Law in Crisis: Russia's Struggle for Recognition, German Yearbook of International Law 58 (2016), 11–48.
- Ders.*: Verfassungsrechtliche Regeln für Cyberoperationen der Bundeswehr: Aktuelle Herausforderungen für Einsatzbegriff und Parlamentsvorbehalt, JuristenZeitung 72 (2017), 543–552.
- Ders.*: Violation and Confirmation of the Law: The Intricate Effects of the Invocation of the Law in Armed Conflict, Journal on the Use of Force and International Law 5 (2018), 8–39.
- Ders.*: Unpacking the International Law on Reparation for Victims of Armed Conflict, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (2018), 521–540.
- Ders.*: What Do Different Theories of Customary International Law Have to Say About the Individual Right to Reparation Under International Humanitarian Law?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (2018), 581–586.
- Ders.*: Cleavages in International Law and the Danger of a Pull Towards Non-compliance, Völkerrechtsblog, 31. Januar 2018. <https://voelkerrechtsblog.org/cleavages-in-international-law-and-the-danger-of-a-pull-towards-non-compliance> [abgerufen am 29. März 2021].
- Ders.*: Bündnissolidarität und Auslandseinsätze der Bundeswehr: Verfassungs- und völkerrechtliche Grundlagen, in: Ines-Jacqueline Werkner/Michael Haspel (Hrsg.), Bündnissolidarität und ihre friedensethischen Kontroversen, Berlin/Heidelberg 2019, S. 101–125.
- Ders.*: Der subjektive Rechtsschutz nach klassischem Konzept und Tendenzen seiner Objektivierung, Die Verwaltung 53 (2020), 215–252.
- Marxsen, Christian/Peters, Anne*: Dilution of Self-defence and its Discontents, in: Mary Ellen O'Connell/Christian J. Tams/Dire Tladi (Hrsg.), Self-defence Against Non-State Actors, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, Bd. I, Cambridge 2019, S. 1–13.
- Dies.*: Self-Defence against Non-State Actors. The Way Ahead, in: Mary Ellen O'Connell/Christian J. Tams/Dire Tladi (Hrsg.), Self-defence Against Non-State Actors, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, Bd. I, Cambridge 2019, S. 258–281.
- Matheson, Michael J.*: Justification for the NATO Air Campaign in Kosovo, Proceedings of the American Society of International Law 94 (2000), 301–301.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 89. EL, München 2019.

- Maxeiner, James R.*: Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15 (2007), 541–608.
- McDougal, Myres S.*: The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, *American Journal of International Law* 57 (1963), 597–604.
- McDougal, Myres S./Reisman, W. Michael*: The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law is Made, *Yale Studies in World Public Order* 6 (1980), 249–284.
- McDougal, Myres S./Schlei, Norbert A.*: The Hydrogen Bomb Tests in Perspective. Lawful Measures for Security, *Yale Law Journal* 64 (1955), 648–710.
- McKeown, Ryder*: Norm Regress. US Revisionism and the Slow Death of the Torture Norm, *International Relations* 23 (2009), 5–25.
- McNair, Arnold Duncan*: *The Law of Treaties*, Oxford 1961.
- McWhinney, Edward*: Soviet and Western International Law and the Cold War in the Era of Bipolarity, in: Richard A. Falk/Saul H. Mendlovitz (Hrsg.), *International Law*, Bd. II, New York 1966, S. 189–231.
- Mearsheimer, John J.*: The False Promise of International Institutions, *International Security* 19 (1994), 5–49.
- Meeker, Leonard C.*: Defensive Quarantine and the Law, *American Journal of International Law* 57 (1963), 515–524.
- Meiertöns, Heiko*: *The Doctrines of US Security Policy; An Evaluation under International Law*, Cambridge 2010.
- Meissner, Boris*: *Das Wesen des Völkerrechts in Ost und West*, *Internationales Recht und Diplomatie* (1967), 45–60.
- Ders.*: *Die Breshnew-Doktrin: Dokumentation*, Köln 1969.
- Ders.*: *Die sowjetische Stellung zum Krieg und zur Intervention*, Bern 1978.
- Ders.*: Die Sowjetische Auffassung von der ‚friedlichen Koexistenz‘, in: Boris Meissner (Hrsg.), *Aussenpolitik und Völkerrecht der Sowjetunion*. Ausgewählte Beiträge, Köln 1987, S. 63–82.
- Mendelson, M. H.*: The Nicaragua Case and Customary International Law, in: William E. Butler (Hrsg.), *The Non-Use of Force in International Law*, Dordrecht 1989, S. 85–99.
- Mendelson, Maurice*: The Formation of Customary International Law, *Recueil des Cours* 272 (1998), 155–410.
- Menzel, Eberhard*: Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 12 (1954), 179–220.
- Meron, Theodor*: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989.
- Meyer, Timothy*: How Compliance Understates Effectiveness, *American Society of International Law Proceedings* 108 (2014), 168–172.
- Milanović, Marko*: A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law, *Journal of Conflict and Security Law* 14 (2009), 459–483.
- Ders.*: Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum, *EJIL:Talk!*. 21. Februar 2010, <https://www.ejiltalk.org/self-defense-and-non-state-actors-indeterminacy-and-the-jus-ad-bellum/> [abgerufen am 29. März 2021].
- Ders.*: Accounting for the Complexity of the Law Applicable to Modern Armed Conflicts, in: Winston S. Williams/Christopher M. Ford (Hrsg.), *Complex Battlespaces*:

- The Law of Armed Conflict and the Dynamics of Modern Warfare, Oxford 2019, S. 33–59.
- Möller, Axel*: International Law in Peace and War, Copenhagen 1935.
- Moore, John Norton*: The Secret War in Central America and the Future of World Order, *American Journal of International Law* 80 (1986), 43–127.
- Morgenthau, Hans Joachim*: Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace, New York 1949.
- Morrow, James D.*: When Do States Follow the Laws of War?, *American Political Science Review* 101 (2007), 559–572.
- Mosler, Hermann*: Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Karlsruhe 1957.
- Ders.*: The International Society as a Legal Community, *Recueil des Cours* 140 (1974), 1–320.
- Müftüler-Bac, Meltem*: Turkey and the United States: The Impact of the War in Iraq, *International Journal* 61 (2005), 61–81.
- Müllerson, Rein*: On the Nature and Scope of Customary International Law, *Austrian Review of International and European Law* 2 (1997), 341–360.
- Ders.*: The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law, in: Karel Wellens (Hrsg.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague 1998, S. 161–178.
- Ders.*: Self-Defence Against Armed Attacks by Non-State Actors, *Chinese Journal of International Law* 18 (2019), 751–775.
- Münch, Ingo von*: Äußerer und innerer Friede im Grundgesetz, in: Dieter S. Lutz (Hrsg.), *Im Dienst für Frieden und Sicherheit: Festschrift für Wolf Graf von Baudissin*, Baden-Baden 1985, S. 39–50.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl., 2 Bände, München 2012.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip/Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., 2 Bände, München 2021.
- Mundo, Fernando del/Wilkinson, Ray*: Kosovo's Race against Winter, *Refugees* 3, Nr. 116 (1999), 4–15.
- Munton, Don/Rennie, Elizabeth*: Cuban Missile Crisis, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2010.
- Murswiek, Dietrich*: Die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge: Verfassungsrechtliche Grenzen und Kontrolle im Organstreit, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 26 (2007), 1130–1135.
- Mutua, Makau*: What Is TWAIL?, *American Society of International Law Proceedings* 94 (2000), 31–38.
- Naji, Abu Bakr*: The Management of Savagery: The Most Critical Stage Through Which the Umma Will Pass, New York 2006.
- Nincic, D.*: Reply from Dr. D. Nincic to: Report on Some Aspects of the Principle of Self-Defence in the Charter of the United Nations and the Topics Covered by the Dubrovnik Resolution, *International Law Association Reports of Conferences* 48 (1958), 617–621.
- Nolte, Georg*: Die ‚neuen Aufgaben‘ von NATO und WEU. Völker- und verfassungsrechtliche Fragen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 54 (1994), 95–123.

- Ders.*: Eingreifen auf Einladung: Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung, Berlin 1999.
- Ders.*: Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), 941–960.
- Ders.*: Introduction, in: Helmut Philipp Aust/Goerg Nolte (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford 2016, S. 1–3.
- Nowrot, Karsten/Schbacker, Emily*: The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone, *American University International Law Review* 14 (1998), 321–412.
- Nussberger, Benjamin*: ‚Sustainable Self-Defense‘? How the German Government Justifies Continuing Its Fight against ISIL in Syria, *EJIL:Talk!*, 2. Oktober 2019, <http://www.ejiltalk.org/sustainable-self-defense-how-the-german-government-justifies-continuing-its-fight-against-isil-in-syria/> [abgerufen am 29. März 2021].
- o. A.*: The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence, *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), 963–972.
- O’Connell, Mary Ellen*: *The Myth of Preemptive Self-Defense*, ASIL Task Force Papers, Washington 2002.
- Dies.*: Defending the Law against Preemptive Force, in: Andreas Fischer-Lescano/Hans-Peter Gasser/Thilo Marauhn/Natalino Ronzitti (Hrsg.), *Frieden in Freiheit. Peace in liberty. Paix en liberté*, Baden-Baden 2008, S. 249–260.
- Dies.*: *The Power and Purpose of International Law. Insights from the Theory and Practice of Enforcement*, New York 2008.
- Dies.*: Unlawful Reprisals to the Rescue against Chemical Attacks?, *EJIL:Talk!*, 4. Dezember 2018, <https://www.ejiltalk.org/unlawful-reprisals-to-the-rescue-against-chemical-attacks/#more-16101> [abgerufen am 29. März 2021].
- Dies.*: Self-Defence, Pernicious Doctrines, Preemptory Norms, in: Mary Ellen O’Connell/Christian J. Tams/Dire Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, *Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War*, Bd. I, Cambridge 2019, S. 174–257.
- O’Connell, Mary Ellen/Tams, Christian J./Tladi, Dire*: *Self-defence Against Non-State Actors*, Bd. I, *Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War*, Cambridge 2019.
- O’Rourke, Lindsey A.*: *Covert Regime Change: America’s Secret Cold War*, Ithaca, NY 2018.
- Oeter, Stefan*: Humanitäre Intervention und Gewaltverbot: Wie handlungsfähig ist die Staatengemeinschaft?, in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.), *Einmischung erwünscht? Menschenrechte und bewaffnete Intervention*, Frankfurt am Main 1998, S. 37–60.
- Ders.*: Einsatzarten der Streitkräfte außer zur Verteidigung: Verfassungsrechtliche Grundlagen, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 42 (2000), 89–102.
- Ders.*: Systeme kollektiver Sicherheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, § 243, S. 619–641.
- Ofodile, Anthony Chukwuka*: The Legality of ECOWAS Intervention in Liberia, *Columbia Journal of Transnational Law* 32 (1994), 381–418.
- Ohlin, Jens*: Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law?, *Texas Law Review* 95 (2017), 1579–1598.

- Ooyen, Robert C. van: Vom Parlamentsheer zum unilateral einsetzbaren Regierungsheer?, *Recht und Politik* 52 (2016), 202–211.
- Oppenheim, Lassa: *International Law: A Treatise*, 2. Aufl., Bd. I (Peace), London 1912.
- Ders.: Disputes, War and Neutrality, in: Hersch Lauterpacht (Hrsg.), 7. Aufl., Bd. II, London 1952.
- Ders.: *International Law*, in: Hersch Lauterpacht (Hrsg.), 8. Aufl., Bd. I, London 1955.
- Orakhelashvili, Alexander: *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2006.
- Ders.: *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford 2008.
- Ders.: Article 30 of the 1969 Vienna Convention, in: Olivier Corten/Pierre Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Bd. I, Oxford 2011, S. 764–803.
- Paddeu, Federica: *Justification and Excuse in International Law*, Cambridge 2018.
- Panke, Diana/Petersohn, Ulrich: Why International Norms Disappear Sometimes, *European Journal of International Relations* 18 (2012), 719–742.
- Dies.: Norm Challenges and Norm Death: The Inexplicable?, *Cooperation and Conflict* 51 (2016), 3–19.
- Parry, Clive: *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester 1965.
- Partsch, Karl Josef: *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht: Überprüfung der Transformationslehre*, Karlsruhe 1964.
- Pashukanis, Evgeny Bronislavovich: *International Law: Eintrag in der Encyclopedia of State and Law, 1925–1926*, in: Piers Beirne/Robert Sharlet (Hrsg.), *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, London 1980, S. 168–183.
- Paulson, Colter: Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987, *American Journal of International Law* 98 (2004), 434–461.
- Paulus, Andreas L.: Quo Vadis Democratic Control? The Afghanistan Decision of the Bundestag and the Decision of the Federal Constitutional Court in the NATO Strategic Concept Case, *German Law Journal* 3, Nr. 1 (2002), E3.
- Paulus, Andreas L./Jacobs, Henrik: Neuere Entwicklungen bei der Parlamentsbeteiligung für den Auslandseinsatz der Bundeswehr, *Die Friedens-Warte* 87 (2012), 23–67.
- Payandeh, Mehrdad: Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 57 (2009), 465–502.
- Ders.: Evakuierungseinsätze der Bundeswehr und Parlamentsbeteiligung, *Deutsches Verwaltungsblatt* 126 (2011), 1325–1330.
- Ders.: The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), 355–404.
- Payandeh, Mehrdad/Sauer, Heiko: Die Beteiligung der Bundeswehr am Antiterrorereinsatz in Syrien. Völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2 (2016), 34–37.
- Pellet, Allain/Pellet, Sarah: The Aftermath of September 11, *Tilburg Foreign Law Review* 10 (2002), 64–75.
- Perina, Alexandra H.: Black Holes and Open Secrets: The Impact of Covert Action on International Law, *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015), 507–583.
- Peters, Anne: Membership in the Global Constitutional Community, in: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2. Aufl., Oxford 2011, S. 153–179.
- Dies.: After Trump: China and Russia Move from Norm-Takers to Shapers of the International Legal Order, *EJIL:Talk!*, 10. November 2016, <https://www.ejiltalk.com>.

- org/after-trump-china-and-russia-move-from-norm-takers-to-shapers-of-the-international-legal-order/ [abgerufen am 29. März 2021].
- Dies.*: Das Gründungsdokument internationaler Organisationen als Verfassungsvertrag, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 68 (2013), 1–57.
- Dies.*: Global Constitutionalism, in: Michael T. Gibbons (Hrsg.), *The Encyclopedia of Political Thought*, London 2014, S. 1484–1487.
- Dies.*: *Völkerrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Zürich 2016.
- Dies.*: *Between Military Deployment and Democracy: Use of Force Under the German Constitution*, MPIL Research Paper Series, 2018.
- Dies.*: *Between Military Deployment and Democracy: Use of Force under the German Constitution*, *Journal on the Use of Force and International Law* 5, 246–294.
- Peters, Anne/Marxsen, Christian*: *Die Krimkrise und die Reterritorialisierung internationaler Konflikte*, MPG Forschungsbericht. Max-Planck-Gesellschaft, 2014, https://www.mpg.de/8906607/mpil_jb_20141 [abgerufen am 29. März 2021].
- Phillips, Andrew*: *War, Religion and Empire: The Transformation of International Orders*. Cambridge 2010.
- Pigorsch, Wolfgang*: *Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Hamburg 1959.
- Poeggel, Ch./Poeggel, W.*: Die prinzipielle Bedeutung der Lehre Lenins von der friedlichen Koexistenz für die Gegenwart, *Wissenschaftliche Zeitschrift der Karl-Marx-Universität Leipzig* 19 (1970), 203–220.
- Pompe, Cornelis Arnold*: *Aggressive War: An International Crime*, The Hague 1953.
- Poscher, Ralf*: *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, in: Peter Meijes Tiersma/Lawrence Solan (Hrsg.), *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford 2012, S. 128–144.
- Posner, Eric A./Goldsmith, Jack L.*: *A Theory of Customary International Law*, *University of Chicago Law Review* 66 (1999), 1113–1177.
- Posner, Eric A./Sykes, Alan O.*: *Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, ‚Legalized Noncompliance‘ and Related Issues*, *Michigan Law Review* 110 (2011), 243–294.
- Pound, Roscoe*: *Interpretations of Legal History*, Cambridge 1923.
- Ders.*: *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44 (1910), 12–36.
- Poznansky, Michael*: *Feigning Compliance: Covert Action and International Law*, *International Studies Quarterly* 63 (2019), 72–84.
- Preuß, Ulrich K.*: *Die Bundeswehr: Hausgut der Regierung?*, *Kritische Justiz* 26 (1993), 263–277.
- Proelß, Alexander*: *Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG*, in: Harmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, Berlin 2009, S. 553–584.
- Ders.*: *Das Friedensgebot des Grundgesetzes*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, §227, S. 63–89.
- Quaye, Christopher O.*: *Liberation Struggles in International Law*, Philadelphia 1991.
- Quigley, John*: *Leon Trotsky and the Prohibition against Secret Treaties*, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 246–273.
- Radovanovic, Lj.*: *Einheitlichkeit oder Pluralismus im internationalen Recht, Internationale Politik*, 444 (1968), 7–9.

- Ramundo, Bernard A.*: Peaceful Coexistence: International Law in the Building of Communism, Baltimore 1967.
- Ratner, Steven R.*: Jus Ad Bellum and Jus in Bello after September 11, *American Journal of International Law* 96 (2002), 905–921.
- Reisman, W. Michael*: Humanitarian Intervention to Protect the Ibos, in: Richard B. Lillich, *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville 1973, S. 167–194.
- Ders.*: Myth System and Operational Code, *Yale Studies in World Public Order* 3 (1977), 229–249.
- Ders.*: International Lawmaking: A Process of Communication, *American Society of International Law Proceedings* 75 (1981), 101–119.
- Ders.*: Critical Defense Zones and International Law: The Reagan Codicil, *American Journal of International Law* 76 (1982), 589–591.
- Ders.*: Coercion and Self-Determination. Construing Article 2(4), *American Journal of International Law* 78 (1984), 642–645.
- Ders.*: The Cult of Custom in the Late 20th Century Scholarly Opinion, *California Western International Law Journal* 17 (1987), 133–145.
- Ders.*: Old Wine in New Bottles: The Reagan and Brezhnev Doctrines in Contemporary International Law and Practice, *Yale Journal of International Law* 13 (1988), 171–198.
- Ders.*: Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, *American Journal of International Law* 84 (1990), 866–876.
- Ders.*: The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications, *European Journal of International Law* 5 (1994), 120–133.
- Ders.*: Covert Action, *Yale Journal of International Law* 20 (1995), 419–425.
- Ders.*: Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, in: Gregory H. Fox/Brad R. Roth (Hrsg.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge 2000, S. 239–258.
- Reisman, W. Michael/Armstrong, Andrea*: The Past and Future of the Claim of Pre-emptive Self-Defense, *American Journal of International Law* 100 (2006), 525–550.
- Reisman, W. Michael/Baker, James E.*: *Regulating Covert Action. Practices, Contexts and Policies of Covert Coercion Abroad in International and American Law*, New Haven 1992.
- Ress, Georg*: Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. II, Berlin 1987, S. 1775–1797.
- Rettich, Heinrich*: *Zur Theorie und Geschichte des Rechts zum Kriege: Voelkerrechtliche Untersuchungen*, Stuttgart 1888.
- Röben, Volker*: Der Einsatz der Streitkräfte nach dem Grundgesetz, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), 585–603.
- Roberts, Adam*: Humanitarian War: Military Intervention and Human Rights, *International Affairs* 69 (1993), 429–449.
- Roberts, Anthea Elizabeth*: Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, *American Journal of International Law* 95 (2001), 757–791.
- Dies.*: Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force Be Illegal but Justified?, in: Philip Alston/Euan Macdonald (Hrsg.), *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*, Oxford 2008, S. 179–213.

- Roellecke, Gerd*: Bewaffnete Auslandseinsätze: Krieg, Außenpolitik oder Innenpolitik, *Der Staat* 34 (1995), 415–428.
- Romaniecki, Leon*: Sources of the Brezhnev Doctrine of Limited Sovereignty and Intervention, *Israel Law Review* 5 (1970), 527–541.
- Ronzitti, Natalino*: The Expanding Law of Self-Defence, *Journal of Conflict & Security Law* 11 (2006), 343–359.
- Roscini, Marco*: *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2014.
- Rosert, Elvira/Schirmbeck, Sonja*: Zur Erosion internationaler Normen: Folterverbot und nukleares Tabu in der Diskussion, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 14 (2007), 253–287.
- Rossi, Christopher R.*: Jus Ad Bellum in the Shadow of the 20th Century, *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 15 (1994), 49–82.
- Rostow, Nicholas*: Law and the Use of Force by States: The Brezhnev Doctrine, *Yale Journal of World Public Order* 7 (1981), 209–243.
- Roth, Brad R.*: Governmental Illegitimacy Revisted: Pro-Democratic Armed Intervention in the Post-Bipolar World, *Transnational Law & Contemporary Problems* 3 (1993), 481–514.
- Röttgen, Norbert*: Syrien als Prisma außenpolitischer Herausforderungen: Warum das Anti-IS-Mandat ein Bekenntnis zu Europa und seiner Verantwortung im Nahen und Mittleren Osten ist, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 217–222.
- Rudolf, Walter*: *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen 1967.
- Ruffert, Matthias*: Terrorismusbekämpfung zwischen Selbstverteidigung und kollektiver Sicherheit: Die Anschläge vom 11.9.2001 und die Intervention in Afghanistan, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002), 247–252.
- Rumpf, Helmut*: *Regierungsakte im Rechtsstaat: Rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht*, Bonn 1955.
- Ruys, Tom*: Crossing the Thin Blue Line: An Inquiry into Israel's Recourse to Self-Defence against Hezbollah, *Stanford Journal of International Law* 43 (2007), 265–294.
- Ders.*: Quo vadit jus ad bellum? A legal analysis of Turkey's military operations against the PKK in Northern Iraq, *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008), 334–364.
- Ders.*: ‚Armed Attack‘ and Article 51 of the UN: Charter Evolutions in Customary Law and Practice, Cambridge 2010.
- Ders.*: The Meaning of „Force“ and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are „Minimal“ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?, *American Journal of International Law* 108 (2014), 159–210.
- Ders.*: From Passé Simple to Futur Imparfait? A Response to Verdebout, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 3–16.
- Ders.*: The Indian Intervention in Goa – 1961, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case Based Approach*, Oxford 2018, S. 85–96.
- Ders.*: The Quest for an Internal Jus Ad Bellum: International Law's Missing Link, Mere Distraction or Pandora's Box?, SSRN Scholarly Paper, 2019. <https://papers.ssrn.com/abstract=3316054> [abgerufen am 29. März 2021].
- Ryngaert, Cedric*: State Responsibility, Necessity and Human Rights, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010), 79–98.
- Sachs, Michael* (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, 8. Aufl., 3 Bände, München, 2018.

- Sandholtz, Wayne/Stiles, Kendall W.*: International Norms and Cycles of Change, Oxford 2009.
- Sands, Philippe*: Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules, London 2005.
- Sarkees, Meredith Reid/Wayman, Frank Whelon*: Resort to War: A Data Guide to Inter-State, Extra-State, Intra-State, and Non-State Wars, 1816–2007, Correlates of War Series, Washington D. C. 2010.
- Sassòli, Marco*: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross 84 (2002), 401–434.
- Sattler, Henriette*: Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung: Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 11 (2004), 1286–1291.
- Sauer, Heiko*: Die NATO und das Verfassungsrecht: Neues Konzept – alte Fragen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), 317–346.
- Ders.*: Anmerkung (zu BVerfG, Urt. v. 23.9.2015 – 2 BvE 6/11), JuristenZeitung 71 (2016), 46–50.
- Ders.*: Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin 2009, S. 585–620.
- Schachter, Oscar*: International Law in Theory and Practice, Recueil des Cours 178 (1982), 9–396.
- Ders.*: The Right of States to Use Armed Force, Michigan Law Review 82 (1984), 1620–1646.
- Ders.*: International Law in the Hostage Crisis. Implications for Future Cases, in: Paul H. Kreisberg (Hrsg.), American Hostages in Iran: The Conduct of a Crisis. A Council on Foreign Relations Book. New Haven 1985, S. 325–373.
- Ders.*: In Defense of International Rules on the Use of Force, University of Chicago Law Review 53 (1986), 113–146.
- Ders.*: Remarks by Oscar Schachter, American Society of International Law Proceedings 81 (1987), 158–159.
- Ders.*: Just War and Human Rights, Pace Yearbook of International Law 1 (1989), 1–19.
- Ders.*: Entangled Treaty and Custom, in: Yoram Dinstein (Hrsg.), International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Dordrecht 1989, S. 717–738.
- Ders.*: Self-Defense and the Rule of Law, American Journal of International Law 83 (1989), 259–277.
- Ders.*: International Law in Theory and Practice, Dordrecht 1991.
- Schane, Sanford*: Ambiguity and Misunderstanding in the Law, Thomas Jefferson Law Review 25 (2002), 167–194.
- Scharf, Michael P.*: Customary International Law in Times of Fundamental Change. Recognizing Grotian Moments, Cambridge 2013.
- Ders.*: Accelerated Formation Of Customary International Law, ILSA Journal of International & Comparative Law 20 (2014), 305–341.
- Schauer, Frederick*: Second-Order Vagueness in the Law, in: Geert Keil/Ralf Poscher (Hrsg.), Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives, Oxford 2016, S. 177–188.

- Scheffer, David J.*: Use of Force after the Cold War. Panama, Iraq, and the New World Order, in: Louis Henkin (Hrsg.), *Right v. Might: International Law and the Use of Force*, Council on Foreign Relations, New York 1991, S. 109–172.
- Scherrer, Philipp*: *Das Parlament und sein Heer: Das Parlamentsbeteiligungsgesetz*, Berlin 2010.
- Scheuner, Ulrich*: Staatszielbestimmungen, in: Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlin 1978, S. 223–242.
- Schiffbauer, Björn*: *Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht: Eine systematische Ermittlung des gegenwärtigen friedenssicherungsrechtlichen Besitzstandes aus völkerrechtsdogmatischer und praxisanalytischer Sicht*, Berlin 2012.
- Schlabrendorff, Fabian von*: *Friedensgebot und Gewissen: Zur Auslegung des Art. 26 GG*, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen 1970, S. 403–419.
- Schlochauer, Hans-Jürgen*: *Bryan Treaties (1913–14)*, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2007.
- Schmahl, Stefanie*: *Der Einsatz deutscher Streitkräfte unter der Ägide des Grundgesetzes*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes*, Berlin 2009, S. 107–136.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, 14. Aufl., Köln 2018.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*: *Verfassungsänderung für Bundeswehreinräte im Innern Deutschlands*, *Die Öffentliche Verwaltung* 55 (2002), 773–778.
- Schmidt-Radefeldt, Roman*: *Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration*, Berlin 2005.
- Schmitt, Carl*: *Theorie des Partisanen: Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin 1963.
- Ders.*: *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 2. Aufl., Berlin 1941.
- Schmitt, Michael N.*: *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), 885–937.
- Ders.* (Hrsg.): *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Aufl., Cambridge 2017.
- Schneider, Hans*: *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen 1951.
- Schorkopf, Frank*: *Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Berlin 2010, S. 131–157.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., München 2019.
- Schrijver, Nico/Herik, Larissa van den*: *Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law*, *Netherlands International Law Review* 57 (2010), 531–550.
- Schröder, Dieter*: *Die Idee der kollektiven Regionalintervention: Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Breshnew-Doktrin*, *Recht in Ost und West* 13 (1969), 203–210.
- Schröder, Meinhard*: *Revision der Charta*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, München 1991, S. 701–707.
- Ders.*: *Amendment to and Review of the Charter*, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *United Nations: Law, Policies and Practice*, Bd. I, Dordrecht 1995, S. 20–26.

- Schroeder, Friedrich-Christian*: Die Rechtmäßigkeit des Krieges nach westlicher und sowjetischer Völkerrechtsauffassung, in: Reinhart Maurach/Boris Meissner (Hrsg.), Völkerrecht in Ost und West, Stuttgart 1967, S. 178–218.
- Schwarz, Henning*: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik: Ein Verfassungsvergleich Deutschland – USA, Berlin 1995.
- Schwarzenberger, Georg*: The Inductive Approach to International Law, Harvard Law Review 60 (1947), 539–570.
- Ders.*: Report on Some Aspects of the Principle of Self-Defence in the Charter of the United Nations and the Topics Covered by the Dubrovnik Resolution, International Law Association Reports of Conferences 48 (1958), 550–628.
- Ders.*: Power Politics: A Study of International Society, 3. Aufl., London 1964.
- Ders.*: The Inductive Approach to International Law, London 1965.
- Schwebel, Stephen M.*: Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law, Recueil des Cours 136 (1972), 411–497.
- Ders.*: The Brezhnev Doctrine Repealed and Peaceful Co-Existence Enacted, American Journal of International Law 66 (1972), 816–819.
- Schweiger, Elisabeth*: Listen Closely: What Silence Can Tell Us about Legal Knowledge Production, London Review of International Law 6 (2018), 391–411.
- Schweisfurth, Theodor*: Moskauer Doktrin und sozialistischer Internationalismus, Aussenpolitik 19 (1968), 710–719.
- Ders.*: Breschnjew-Doktrin als Norm des Völkerrechts?, Aussenpolitik 21 (1970), 523–538.
- Ders.*: Sozialistisches Völkerrecht? Darstellung, Analyse, Wertung der sowjetmarxistischen Theorie vom Völkerrecht „neuen Typs“, Berlin 1979.
- Ders.*: Völkerrecht, Tübingen 2006.
- Schweitzer, Michael*: Erleidet das Gewaltverbot Modifikationen im Bereich von Einflußzonen?, in: Wilfried Schaumann (Hrsg.), Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung: Berichte, Referate, Diskussionen einer Studientagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Baden-Baden 1971, S. 219–244.
- Scott, George Winfield*: Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims, American Journal of International Law 2 (1908), 78–94.
- Seibert-Fohr, Anja*: From Complicity to Due Diligence: When Do States Incur Responsibility for Their Involvement in Serious International Wrongdoing?, German Yearbook of International Law 60 (2018), 667–707.
- Seiderman, Ian D.*: Hierarchy in International Law – The Human Rights Dimension, Antwerpen 2001.
- Shah, Niaz A.*: The Use of Force under Islamic Law, European Journal of International Law 24 (2013), 343–365.
- Shaw, Antony*: Revival of the Just War Doctrine, Auckland University Law Review 3 (1977), 156–176.
- Shaw, Malcolm N.*: International Law, 8. Aufl., Cambridge 2017.
- Simma, Bruno*: NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, European Journal of International Law 10 (1999), 1–22.
- Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas* (Hrsg.): The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl., Bd. I und II, Oxford 2012.
- Simma, Bruno/Mosler, Hermann/Randelzhofer, Albrecht/Tomuschat, Christian/Wolfrum, Rüdiger* (Hrsg.): The Charter of the United Nations, München 1994.
- Dies.*: The Charter of the United Nations: A Commentary, 2. Aufl., Bd. II, Oxford 2002.

- Simmons, Beth A.*: Compliance with International Agreements, *Annual Review of Political Science* 1 (1998), 75–93.
- Dies.*: International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs, *American Political Science Review* 94 (2000), 819–835.
- Simon, Hendrik*: The Myth of *Liberum Ius Ad Bellum*: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice, *European Journal of International Law* 29 (2018), 113–136.
- Sinclair, Ian MacTaggart*: *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Aufl., Manchester 1984.
- Singh, M. Nagendra*: The Right to Self-defence in Relation to the Use of Nuclear Weapons, *Indian Yearbook of International Affairs* 5 (1956), 3–37.
- Skubiszewski, Krzysztof*: Elements of Custom and the Hague Court, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31 (1971), 810–854.
- Ders.*: The Postwar Alliances of Poland and the United Nations Charter, *American Journal of International Law* 53 (1959), 613–634.
- Slaughter, Anne-Marie/Hale, Thomas*: International Relations, Principal Theories, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2013.
- Socher, Johannes*: Lenin, (Just) Wars of National Liberation, and the Soviet Doctrine on the Use of Force, *Journal of the History of International Law* 19 (2017), 219–245.
- Sodan, Helge* (Hrsg.): *Grundgesetz*, 3. Aufl., München 2015.
- Sofaer, Abraham D.*: On the Necessity of Pre-Emption, *European Journal of International Law* 14 (2003), 209–226.
- Solan, Lawrence M.*: Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation, in: Vijay K. Bhatia/Jan Engberg/Maurizio Gotti/Dorothee Heller (Hrsg.), *Vagueness in Normative Texts*, Bern 2005, S. 73–96.
- Ders.*: Why It Is So Difficult to Resolve Vagueness in Legal Interpretation, in: Geert Keil/Ralf Poscher (Hrsg.), *Vagueness and Law; Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford 2016, S. 231–245.
- Soria, José Martínez*: Polizeiliche Verwendungen der Streitkräfte, *Deutsches Verwaltungsblatt* 119 (2004), 597–606.
- Spector, Leonard S./Cohen Avner*: Israel's Airstrike on Syria's Reactor: Implications for the Nonproliferation Regime, *Arms Control Association Blog*, 7. August 2008, https://www.armscontrol.org/act/2008_07-08/SpectorCohen#14 [abgerufen am 29. März 2021].
- Stahn, Carsten*: Terrorist Acts as Armed Attack: The Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter, and International Terrorism, *Fletcher Forum of World Affairs* 27 (2003), 35–54.
- Stalin, Joseph W.*: Der XV. Parteitag der KPdSU(B), 2.–19. Dezember 1927, in: J. Stalin Werke, Bd. X, Berlin 1953, S. 233–323.
- Ders.*: Vereinigtes Plenum des ZK und der ZKK der KPdSU(B), 29. Juli – 9. August 1927, in: J. Stalin Werke, Bd. X, Berlin 1953, S. 1–80.
- Ders.*: Brief an A. M. Gorki, 17. Januar 1930, in: J. Stalin Werke, Bd. XII, Berlin 1954, S. 153–156.
- Starski, Paulina*: Wenn das Kind im Brunnen liegt: Ex-post-facto-Kontrolle des Bundestags beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte, *Verfassungsblog*, 25. Februar 2015, <https://verfassungsblog.de/wenn-das-kind-im-brunnen-liegt-ex-post-facto-kontrolle-des-bundestags-beim-einsatz-bewaffneter-streitkraefte/> [abgerufen am 29. März 2021].

- Dies.:* Silence Within the Process of Normative Change and Evolution of the Prohibition on the Use of Force: Normative Volatility and Legislative Responsibility, *Journal on the Use of Force and International Law* 4 (2017), 14–65.
- Steenberghe, Raphaël van:* Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?, *Leiden Journal of International Law* 23 (2010), 183–208.
- Ders.:* State Practice and the Evolution of the Law of Self-defence: Clarifying the methodological Debate, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 81–96.
- Stegmiller, Ignaz:* The Right of Self-Defence under Article 51 of the UN Charter against the Islamic State in Iraq and the Levant, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 245–282.
- Stein, Jana von:* The Engines of Compliance, in: Jeffrey L. Dunoff/Mark A. Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge 2013, S. 477–501.
- Stein, Torsten:* Landesverteidigung und Streitkräfte im 40. Jahr des Grundgesetzes, in: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), *Staat und Völkerrechtsordnung: Festschrift für Karl Doehring*, Berlin 1989, S. 935–949.
- Ders.:* Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, in: Jochen Abr. Frowein/Torsten Stein (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen*, Berlin 1990, S. 17–30.
- Steinberger, Helmut:* Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Oktober 1962, VII C 8.61, *Deutsches Verwaltungsblatt* 78 (1963), 729–731.
- Ders.:* Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 1. Aufl., Heidelberg 1992, §173, S. 525–570.
- Stern, Klaus:* *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, München 1980.
- Ders.:* *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Bd. I, München 1984.
- Stimson, Henry L.:* The Pact of Paris: Three Years of Development, *Foreign Affairs*, Special Supplement 1 (1932) (ohne Seitenzahlen).
- Stock, Katharina:* *Verfassungswandel in der Außenverfassung: Entwicklung von Verfassungsrecht in Text und Kontext*, Berlin 2017.
- Stone, Julius:* *Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression*, London 1958.
- Stowell, Ellery Cory:* *Intervention in International Law*, Washington D. C. 1921.
- Strong, James:* Interpreting the Syria Vote: Parliament and British Foreign Policy, *International Affairs* 91 (2015), 1123–1139.
- Strupp, Karl:* *Der Kellogg-Pakt im Rahmen des Kriegsvorbeugungsrechts*, Leipzig 1928.
- Stürchler, Nikolas:* *The Threat of Force in International Law*, Cambridge 2007.
- Taft IV, William H./Buchwald, Todd F.:* Preemption, Iraq and International Law, *American Journal of International Law* 97 (2003), 557–563.
- Talmon, Stefan:* Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, *JuristenZeitung* 68 (2013), 12–21.
- Ders.:* The Legalizing and Legitimizing Function of UN General Assembly Resolutions, *AJIL Unbound* 108 (2014), 123–128.
- Ders.:* At last! Germany Admits Illegality of the Kosovo Intervention, *German Yearbook of International Law* 57 (2015), 581–596.

- Ders.*: Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, *European Journal of International Law* 26 (2015), 417–443.
- Ders.*: Ohne Angriff keine Verteidigung, *F. A. Z. Einspruch*, 10. Januar 2018.
- Tams, Christian J.*: The Use of Force against Terrorists, *European Journal of International Law* 20 (2009), 359–397.
- Ders.*: Prospects for Humanitarian Uses of Force, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford 2012, S. 359–374.
- Ders.*: Self-Defence against Non-State Actors: Making Sense of the ‚Armed Attack‘ Requirement, in: Mary Ellen O'Connell/Christian J. Tams/Dire Tladi (Hrsg.), *Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War*, Bd. I, Cambridge 2019, S. 90–173.
- Tanca, Antonio*: *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, Dordrecht 1993.
- Ders.*: The Prohibition of Force in the U. N. Declaration on Friendly Relations of 1970, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht 1986, S. 397–412.
- Tasioulas, John*: In Defence of Relative Normativity. Communitarian Values and the Nicaragua Case, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), 85–128.
- Teschke, Benno*: *The Myth of 1648: Class, Geopolitics, and the Making of Modern International Relations*, 2. Aufl., London 2009.
- Tesón, Fernando R.*: *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality*, 3. Aufl., Ardsley, NY 2005.
- Teubner, Gunther*: Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wietölter, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 25–45.
- Thaler, Michael*: *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Wien 1982.
- Thompson, Alexander*: Coercive Enforcement of International Law, in: Jeffery L. Dunoff/Mark A. Pollack (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge 2013, S. 502–523.
- Tladi, Dire*: The Nonconsenting Innocent State: The Problem with Bethlehem's Principle 12, *American Journal of International Law* 107 (2013), 570–576.
- Ders.*: The Use of Force in Self-Defence Against Non-State Actors, Decline of Collective Security and the Rise of Unilateralism: Whither International Law?, in: Mary Ellen O'Connell/Christian J. Tams/Dire Tladi (Hrsg.), *Self-defence Against Non-State Actors*, *Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War*, Bd. I, Cambridge 2019, S. 14–89.
- Tomuschat, Christian*: Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 36 (1978), 7–58
- Ders.*: Obligations Arising for States Without or Against Their Will, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195–374.
- Ders.*: Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 33–37.
- Ders.*: Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 28 (2001), 535–545.
- Ders.*: ‚Uniting for Peace‘: Ein Rückblick nach 50 Jahren, *Die Friedens-Warte* 76 (2001), 289–303.
- Ders.*: Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht, *Vereinte Nationen* 51 (2003), 41–46.

- Ders.*: The Status of the ‚Islamic State‘ under International Law, *Die Friedens-Warte* 90 (2015), 223–244.
- Ders.*: Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, §226, S. 3–61.
- Traban, Jennifer*: Defining the ‚Grey Area‘ Where Humanitarian Intervention May Not Be Fully Legal, But Is Not the Crime of Aggression, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 42–80.
- Trapp, Kimberley N.*: Back to Basics. Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors, *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007), 141–156.
- Treverton, Gregory F.*: Covert Action: From ‚Covert‘ to Overt, *Daedalus* 116, Nr. 2 (1987), 95–123.
- Ders.*: Covert Action and Open Society, *Foreign Affairs* 65 (1987), 995–1014.
- Triepel, Heinrich*: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.
- Trimble, Phillip R.*: International Law, World Order, and Critical Legal Studies, *Stanford Law Review* 42 (1990), 811–845.
- Tsagourias, Nicholas*: Necessity and the Use of Force: A Special Regime, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010), 11–44.
- Ders.*: Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution, *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), 229–244.
- Ders.*: The US Intervention in Panama – 1989, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case Based Approach*, Oxford 2018, S. 426–438.
- Ders.*: Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace, *Sheffield Centre for International and European Law Working Paper Series* 2019/1 (2019).
- Tsai, Lily L.*: Constructive Noncompliance, *Comparative Politics* 47 (2015), 253–279.
- Tucker, Robert W.*: The Interpretation of War under Present International Law, *The International Law Quarterly* 4 (1951), 11–38.
- Tunkin, Gregory I.*: *Theory of International Law*, London 1974.
- Ders.*: Contemporary International Law: A New Historical Type of International Law, in: Jerzy Makarczyk (Hrsg.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague 1984, S. 277–287.
- Ders.*: Coexistence and General International Law, *Recueil des Cours* 95 (1958), 3–78.
- Turner, Robert F.*: International Law, the Reagan Doctrine, and World Peace: Going Back to the Future, *The Washington Quarterly* 11, Nr. 4 (1988), 119–136.
- Tushnet, Mark*: Post-Realist Legal Scholarship, *Wisconsin Law Review* 1980 (1980), 1383–1402.
- Ders.*: Defending the Indeterminacy Thesis, *Quinnipac Law Review* 16 (1996), 339–356.
- Ders.*: Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States, *Journal of Political Philosophy* 13 (2005), 99–112.
- Tzeng, Peter*: Humanitarian Intervention at the Margins: An Examination of recent Incidents, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 50 (2017), 415–461.
- Tzowvala, Ntina*: TWAAIL and the „Unwilling or Unable“ Doctrine: Continuities and Ruptures, *AJIL Unbound* 109 (2015), 266–270.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.): *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar*, 2 Bände, Heidelberg 2002.

- Unger, Roberto Mangabeira*: False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy, Bd. I, London 2004.
- Urueña, Rene*: Temporariness and Change in Global Governance, *Netherlands Yearbook of International Law* 45 (2014), 19–40.
- Vattel, Emer de*: The Law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and the Affairs of Nations and of Sovereigns, Übersetzt von Charles G. Fenwick, Washington 1916.
- Venzke, Ingo*: How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists, Oxford 2012.
- Verdebot, Agatha*: The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis, *Journal of the Use of Force and International Law* 1 (2014), 223–246.
- Verdier, Pierre-Hugues/Versteeg, Mila*: International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation, *American Journal of International Law* 109 (2015), 514–533.
- Verdier, Pierre-Hugues/Voeten, Erik*: Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory, *American Journal of International Law* 108 (2014), 389–434.
- Verdross, Alfred/Simma Bruno*: Universelles Voelkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984.
- Verzijl, J. H. W./Fitzmaurice, Gerald*: Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, *Symbolae Verzijl. Présentées au Prof. J. H. W. Verzijl, à l'occasion de son LXXième Anniversaire*, The Hague 1958, S. 153–176.
- Vicuna, Francisco Orrego*: Softening Necessity, in: Mahnoush H. Arsanjani (Hrsg.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden 2011, S. 741–751.
- Vidmar, Jure*: The Use of Force and Defences in the Law of State Responsibility, *Jean Monnet Working Paper* 08/15, 2015, 1–30.
- Villiger, Mark E.*: Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources, 2. Aufl., The Hague 1997.
- Ders.*: Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden/Boston 2009.
- Visscher, Charles de*: Theory and Reality in Public International Law, Princeton 1957.
- Vitoria, Francisco de*: De iure Belli, in: *Vorlesungen*, Bd. II, Stuttgart 1997, S. 542–605.
- Vogel, Klaus*: Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964.
- Waldock, Humphrey Meredith*: The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, *Recueil des Cours* 81 (1952), 451–515.
- Waldron, Jeremy*: Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, *California Law Review* 82 (1994), 509–540.
- Walt, Stephen M.*: ISIS as Revolutionary State, *Foreign Affairs* 94 (2015), 42–51.
- Walter, Christian*: The US Intervention in the Dominican Republic – 1965, in: Tom Ruys/Olivier Corten/Alexandra Hofer (Hrsg.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford 2018, S. 118–130.
- Walter, Christian/Grünwald, Benedikt* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BVerfGG, 7. Ed., München 2019.
- Walz, Dieter/Eichen, Klaus/Sohm, Stefan* (Hrsg.): Soldatengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 2016.
- Watson, J. S.*: A realistic Jurisprudence of International Law, *Yearbook of World Affairs* 34 (1980), 265–285.

- Waxman, Matthew C.*: Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4), *Yale Journal of International Law* 36 (2011), 421–459.
- Wehberg, Hans*: *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, Frankfurt am Main 1953.
- Weil, Prosper*: Towards Relative Normativity in International Law, *American Journal of International Law* 77 (1983), 413–442.
- Weisburd, Arthur M.*: Customary International Law: The Problem of Treaties, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 21 (1988), 1–46.
- Ders.*: The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina, *Michigan Journal of International Law* 17 (1995), 1–52.
- Ders.*: The Effect of Treaties and Other Formal International Acts on the Customary Law of Human Rights, *Georgia Journal of International & Comparative Law* 25 (1996), 99–146.
- Weiß, Siegfried*: *Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung*, Berlin 1971.
- Wendt, Alexander*: Anarchy Is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics, *International Organization* 46 (1992), 391–425.
- Weston, Burns H.*: The Reagan Administration versus International Law, *Case Western Reserve Journal of International Law* 19 (1987), 295–302.
- Wet, Erika de*: The Invocation of the Right to Self-Defence in Response to Armed Attacks Conducted by Armed Groups: Implications for Attribution, *Leiden Journal of International Law* 32 (2019), 91–110.
- Wheaton, Henry*: *Elements of International Law*, Boston 1836.
- Ders.*: *Elements of International Law*, 2. Aufl., Boston 1863.
- Wheeler, Nicholas J.*: *Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2002.
- White, Nigel D.*: The Relationship between the UN Security Council and General Assembly in Matters of International Peace and Security, in: Marc Weller (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, S. 293–313.
- White, Nigel D./Abass, Ademola*: Countermeasures and Sanctions, in: Malcom D. Evans (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., Oxford 2014, S. 537–562.
- White, Nigel D./Cryer, Robert*: Unilateral Enforcement of Resolution 687: A Threat Too Far?, *California Western International Law Journal* 29 (1999), 243–282.
- Wiecek, William M.*: *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886–1937*, New York 1998.
- Wiefelspütz, Dieter*: *Das Parlamentsheer*, Berlin 2005.
- Ders.*: Der Auslandseinsatz der Bundeswehr gegen grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), 819–835.
- Ders.*: Der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland, *Archiv des öffentlichen Rechts* 132 (2007), 44–94.
- Ders.*: Darf die Bundeswehr im Ausland unilateral eingesetzt werden?, *Recht und Politik* 47 (2011), 35–40.
- Ders.*: Die Bundeswehr in Libyen: Die Operation Pegasus aus Sicht des Völker- und Staatsrechts, *Humanitäres Völkerrecht* 25 (2012), 56–68.
- Ders.*: Der Einsatz der Bundespolizei im Ausland, in: Martin W. Möllers/Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2006/2007*, Frankfurt am Main 2007, S. 255–268.

- Wieland, Joachim*: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen für einen Einsatz der Bundeswehr, *Deutsches Verwaltungsblatt* 106 (1991), 1174–1182.
- Ders.*: Die Entwicklung der Wehrverfassung, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 48 (2006), 133–139.
- Wiener, Antje*: *A Theory of Contestation*, Heidelberg 2014.
- Wiener, Antje/Puetter, Uwe*: The Quality of Norms Is What Actors Make of It Critical. Constructivist Research on Norms Special Issue, *Journal of International Law and International Relations* 5 (2009), 1–16.
- Wild, Michael*: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Auslandseinsätze der Bundeswehr nach dem Kosovokrieg, *Die Öffentliche Verwaltung* 53 (2000), 622–631.
- Williams, Glanville L.*: Law and Language III, *Law Quarterly Review* 61 (1945), 293–303.
- Williams, John F.*: The Geneva Protocol of 1924 for the Pacific Settlement of International Disputes, *Journal of the British Institute of International Affairs* 3 (1924), 288–304.
- Wilms, Heinrich*: Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 32 (1999), 227–230.
- Wilson, Heather A.*: *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford 1990.
- Winfield, Percy Henry*: *The Foundations & the Future of International Law*, Cambridge 1941.
- Wippman, David*: The Nine Lives of Article 2(4), *Minnesota Journal of International Law* 16 (2007), 387–406.
- Wohlforth, William C.*: Realism, in: Christian Reus-Smit/Duncan Snidal (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Relations*, Oxford 2010, S. 131–149.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen. Sicherheitsrecht, *Deutsches Verwaltungsblatt* 130 (2015), 1076–1084.
- Wolfke, Karol*: *Custom in Present International Law*, 2. Aufl., Dordrecht 1993.
- Wolfrum, Rüdiger*: Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law, *Recueil des Cours* 272 (1998), 9–154.
- Ders.*: Sources of International Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2011.
- Ders.*: Auswärtige Beziehungen und Verteidigungspolitik, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, Tübingen 2001, S. 693–718.
- Wood, Michael*: The Use of Force in 2015 with Particular Reference to Syria, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series* 16–05 (2016).
- Ders.*: Self-Defence against non-State Actors: A Practitioner’s View, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017), 75–77.
- Ders.*: Assessing Practice on the Use of Force, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 79 (2019), 655–658.
- Wood, Michael/Sender, Omri*: State Practice, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2014.
- Wouters, Jan/Verhoeven, Sten*: Desuetudo, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2008.

- Wright, Quincy*: The Cuban Quarantine, *American Journal of International Law* 57 (1963), 546–565.
- Ders.*: The Goa Incident, *American Journal of International Law* 56 (1962), 617–632.
- Yablon, Charles M.*: The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation Responsive Scholarship from outside the Movement, *Cardozo Law Review* 6 (1985), 917–946.
- Yoo, John*: International Law and the War in Iraq, *American Journal of International Law* 97 (2003), 563–576.
- Young, Oran R.*: Compliance and Public Authority: A Theory with International Applications, Baltimore 1979.
- Ders.*: International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society, Ithaca 1994.
- Zacklin, Ralph*: The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, Leyden 1968.
- Zaum, Dominik*: The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution, in: Vaughan Loaw/Adam Roberts/Jennifer Welsh/Dominik Zaum (Hrsg.), *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford 2008, S. 154–174.
- Zemanek, Karl*: The Legal Foundations of the International System, *Recueil des Cours* 266 (1997), 9–336.
- Zentralkomitee der KPdSU (B)*: Geschichte der Kommunistischen Partei der Sowjetunion (Bolschewiki). Kurzer Lehrgang, 6. Aufl., Berlin 1951.
- Zhang, Denghua*: The Concept of ‚Community of Common Destiny‘ in China’s Diplomacy. Meaning, Motives and Implications, *Asia & the Pacific Policy Studies* 5 (2018), 196–207.
- Zhang, Jian*: China’s new foreign policy under Xi Jinping: Towards ‚Peaceful Rise 2.0‘?, *Global Change, Peace & Security* 27 (2015), 5–19.
- Ziegler, Katja*: Domaine Réservé, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford 2013.
- Zimmermann, Lisbeth/Deitelhoff, Nicole/Lesch, Max*: Unlocking the Agency of the Governed. Contestation and Norm Dynamics. *Third World Thematics, A TWQ Journal* 2 (2017), 691–708.
- Zuck, Rüdiger*: Der Krieg in Jugoslawien, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 32 (1999), 225–227.

SACHREGISTER

- Abstrakte Normenkontrolle, *siehe* Normenkontrolle, abstrakte
- Acquiescence 97, 100, 255
- Afghanistanintervention (ab 2001) 40f., 44, 99, 252, 255, 427, 439–441, 477, 499
- Aggression
- *siehe auch* Angriffskrieg, Verbot des (Art. 26 GG)
 - Declaration concerning wars of aggression 19
 - Definition der 38f., 45, 68, 103, 112, 128, 203, 374, 382, 451
 - imperialistische 285
 - indirekte 38
 - kolonialer Kontext 34, 265
 - ökonomische 23
 - permanente 34
 - Verbot der 128, 285–288, 385,
- Al-Kibar (Atomreaktor) 57f., 319, 322, 326, 336
- Al-Qaida 40f., 58, 309, 439–441
- Allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) 385–396
- als subjektive Rechte 390–393, 493–495, 501f., 508
 - Anwendungserweiterung 392, 397
 - Rang der innerstaatlichen Geltung 387f.
- Angriffskrieg, Verbot des (Art. 26 GG) 381–385, 486f., 488f., 508
- Atomwaffen, *siehe auch* Massenvernichtungswaffen 46, 189
- Auslandseinsätze, *siehe* Streitkräfte
- Auswärtige Gewalt
- defizitärer Rechtsschutz 507–509
 - Gewaltenteilung 509–515
 - justizfreier Hoheitsakt 512f.
 - neue Rechtsschutzmechanismen 515–518
- Befreiungsbewegungen, antikoloniale
- Gewalteininsatz 30ff.
 - Selbstbestimmungsrecht 30ff.
 - Selbstverteidigung 32, 34f.
 - Unterstützung durch Drittstaaten 34f.
- Begriffsjurisprudenz 152f.
- Beihilfe zum völkerrechtlichen Delikt, Artikel 16 ARSIWA 450
- Belt and Road Initiative 307, 312f.
- Bestätigungshypothese (IGH) 206f.
- Binarität des Rechts 151, 163, 166, 217, 246, 262, 357
- Breschnew-Doktrin, *siehe auch* Sozialistisches Völkerrecht 291–295, 315, 317
- Büchel, Fliegerhorst 493–495
- Bundesverfassungsgericht 379, 398, 400, 409–416, 425–427, 446, 469, 471–487, 497
- Bundeswehr, *siehe* Streitkräfte
- Bush-Doktrin, *siehe* Doktrinen der US-Außenpolitik
- Caroline-Vorfall 13, 48f., 138
- Central Intelligence Agency (CIA) 319, 326
- Charta der Vereinten Nationen
- als konstitutioneller Vertrag 120f.
 - Änderung 113, 120f.
 - Artikel 2 Abs. 4 22–24, 397
 - Artikel 24 413
 - Artikel 51 48, 135, 146, 247, 252, 355
 - Artikel 103 141, 398
 - Kapitel VII 25, 63, 78, 252
 - Präambel 21, 94
- Chemiewaffen 74f., 328f., 331f., 415, 455f.
- Chinas Position zum Völkerrecht 311–313
- Classical Legal Thought 153
- Community of shared future for mankind, *siehe* Belt and Road Initiative
- Compliance
- Begriff 177f.
 - compliance pull 180, 260f., 369
 - Faktoren für Normbefolgung/-bruch 178–183, 360
 - Habitualisierung 181
 - operational non-compliance 274, 276f.

- pull towards non-compliance 279, 369, 404
- Reputation 179f.
- Reziprozität 178f.
- Sanktionen 178f.
- Transaktionskosten 180
- Contestation, *siehe* Norm
- Counter Daesh*, *siehe* Syrien, Intervention in (seit 2014)
- Critical Legal Studies 157–161, 262
- Cyberoperationen 58–62, 244, 323

- Da'esh, *siehe* Islamischer Staat
- De-facto Regimes 42, 308
- Dekolonialisierung 30–36, 64, 245, 265, 290, 361
- Desert Storm, Operation (1991) 89
- Desert Strike, Operation (1996) 328
- Desuetude 100, 124, 327
- Doktrinen der US-Außenpolitik
 - Bush-Doktrin 54–57, 301, 305, 315
 - Carter-Doktrin 300
 - Eisenhower-Doktrin 299, 302
 - Johnson-Doktrin 299, 303f., 315
 - Kennedy-Doktrin, *siehe auch* Kubakrise 299, 303, 305
 - Monroe-Doktrin 297f., 302, 304
 - Nixon-Doktrin 300
 - Reagan-Doktrin 300–304, 315, 317
 - Roosevelt-Korollar 297, 302
 - Truman-Doktrin 298, 302
- domaine réservé 63
- Dominikanische Republik, Intervention der USA (1965) 299f., 304
- double standards 372, 374
- Drago-Porter-Konvention 17
- Drohnen, Einsätze der USA 495–498
- Duldung, *siehe* acquiescence

- ECOWAS-Intervention in Liberia (1990) 70
- Enduring Freedom, *siehe* Afghanistanintervention (ab 2001)
- Entebbe, Evakuierungsmission (1976) 65f.
- Entrechtlichung 334–336
- Entschuldigung eines Rechtsbruchs 226–240
- Entsendebeschluss 482–485
- EUV, Artikel 42 Abs.7 442f.

- Exzeptionalismus der USA 296–307, 343
- Folterverbot 191f.
- Formalismus (legal formalism) 153
- Frieden
 - positiver und negativer Begriff 402f., 462
 - Staatszielbestimmung 402
- Friendly Relations Declaration, *siehe* UN-Generalversammlung

- Gambia, Intervention der ECOWAS(2017) 78f.
- Geheime Militäroperationen, *siehe* verdeckte Militäroperationen
- Gehorsampflicht von Soldaten 488f., 490f.
- Genozid 223
- Gewalt
 - Begriff 22
 - Androhung 23f.
 - measures short of war 23
- Gewaltverbot, völkerrechtliches
 - informelle Regulierung 373
 - innerstaatliche Geltung 393–398, 493–495, 501f.
 - ius cogens 125–134, 132–134, 231f.
 - Konfliktebenen 339–347
 - Rechtsquellen 81–85, 134–149
 - Verlust des Rechtscharakters 4, 100, 327
 - vertragsrechtliche Verankerung 108–124
 - Völkergewohnheitsrecht, *siehe* Völkergewohnheitsrecht
 - Zukunftsvisionen 370–374
 - Zusammenspiel der Rechtsquellen 134–149
- Globales Verfassungsrecht (global constitutionalism) 120
- Goa, Indiens Intervention in (1961) 265
- Golfkrieg, Erster (Iran-Irak, 1980–1988) 49f.
- Golfkrieg, Zweiter (1990/91) 89, 216, 418
- Grauzonen des Rechts
 - Begriff 243–248
 - Entstehung 248–259
 - Rechtsentwicklung 260f.
- Grenada, Intervention der USA (1983) 65, 304
- Grundgesetz
 - Artikel 1 Abs.2 399, 401, 403, 461, 494

- Artikel 2 Abs. 1 389, 486
- Artikel 2 Abs. 2, *siehe auch* Schutzpflichten der Bundesrepublik Deutschland 486, 492, 496 f., 502 f.
- Artikel 4 Abs. 1 491
- Artikel 9 Abs. 2 399, 401
- Artikel 14 Abs. 1 492, 494
- Artikel 19 Abs. 4 493, 512
- Artikel 20 Abs. 3 389, 397, 483
- Artikel 24 399, 409–416, 430, 446 f.,
- Artikel 25 380, 385–393, 397–400, 422, 424, 447, 492
- Artikel 26 380–385, 399, 422, 436 f., 447, 492
- Artikel 32 Abs. 1 424
- Artikel 59 Abs. 2 396–398, 474–476, 484, 509 f.
- Artikel 79 Abs. 1 388
- Artikel 87a 405–409, 422, 430, 446
- Artikel 100 Abs. 2 389, 514
- Artikel 123 Abs. 1 398
- Friedensgebot 400–404, 461, 465 f., 515
- Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit 379 f., 398–400, 456, 465–469
- Präambel 399, 401
- Gun-boat diplomacy 172

- Haager Friedenskonferenzen 16 f.
- Hegemonie 93, 95, 279 f., 296, 300–307, 316, 317 f., 374
- Humanitäre Intervention 67–76, 165 f., 210, 220 f., 341, 343, 365, 369, 460
- Hybride Kriegsführung 321

- IGH-Statut, Artikel 38 83, 86, 125, 350
- Illegalität
 - Begriff 151–174
 - illegal but legitimate 72, 219–227, 462
 - Legalität und Illegalität als Kontinuum 161–167
 - legislative, *siehe* legislative Illegalität
 - objektivistisches Verständnis 152–156
 - Rechtsfortentwicklung, *siehe auch* legislative Illegalität 182 f.
 - relativistisches Verständnis 156–161
 - Systemopposition, *siehe* Systemopposition
 - Typologie der 195–197
- Independent International Commission on Kosovo 224, 361, 365
- Internationale Polizeigewalt 297
- Internationaler Gerichtshof
 - Armed Activities on the Territory of the Congo 43, 50, 257
 - Israelische Sperrmauer-Fall 43, 256 f.
 - Nicaragua-Entscheidung 28, 38, 40, 84, 199, 204, 206, 303, 440, 451
 - Oil Platforms-Fall 199 f.
 - Selbstbestimmungsrecht der Völker 31
- Internationalismus, proletarischer oder sozialistischer, *siehe* sozialistisches Völkerrecht
- Intervention
 - auf Einladung 26, 215, 304, 324, 430 f.
 - prodemokratische 76–79, 189
 - verdeckte militärische 318 f.
 - zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung von Gesellschaftsordnungen 64, 76 f.
- Irak-Kuwait-Konflikt (1990/91), *siehe* zweiter Golfkrieg (1990/91)
- Irak, Intervention der USA (Operation Desert Strike, 1996) 328
- Irak, Interventionen der Türkei (gegen PKK) 329 f.
- Irakkrieg (2003) 56 f., 214 f., 268, 321, 343 f.
 - deutsche Unterstützungshandlungen 447–455, 457 f., 490 f., 505
 - türkische Unterstützungshandlungen 452–455
- Islamischer Staat 41 f., 50, 252, 307–309, 368, 439, 442–447
- Ius cogens
 - Entwicklung von ius-cogens-Normen 128–132
 - Folterverbot 192
 - Gewaltverbot 80, 125–128, 132–134, 228, 231
 - opinio iuris cogentis 126, 131
 - Staatenverantwortlichkeit (Art. 26 ARSIWA) 231 f.
 - Voraussetzungen 125 f., 128–132
- Jemen, *siehe auch* Drohneneinsatz, *siehe auch* Ramstein, *siehe auch* verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 496
- Jihadismus 308 f.

- Kalter Krieg 2f., 28–31, 316f., 320, 372
 Kellogg-Briand-Pakt 19–22, 287, 395, 397
 Koalition der Willigen 413, 446
 Koexistenz, friedliche 288–290, 314
 Konferenz von San Francisco 25
 konstruktive Mehrdeutigkeit, *siehe* Mehrdeutigkeit, konstruktive
 Kosovointervention (1999) 71f., 164f., 220f., 224, 236f., 343, 345, 354f., 404
 – *siehe auch* humanitäre Intervention
 – *siehe auch* Notstand
 – deutsche Beteiligung 434–439, 459f., 472, 505
 Krieg
 – Ächtung des, *siehe* Kellogg-Briand-Pakt
 – gerechter 13–16, 34, 68, 287f., 290
 – Recht zum 15
 – heiliger, *siehe auch* IS 308
 Kriegsführungsrecht, freies 15
 Krim-Annexion (2014) 3, 215–217, 320f., 343, 365
 Kubakrise (1962) 52f., 164, 221–223, 268, 303f.
- Landminenverbot (Ottawakonvention) (1999) 190
 Landshut, Entführung der 65, 429
 Lawfare 212
 Legalität und Illegalität, Kontinuum 166
 Legislative Illegalität
 – Bundesrepublik Deutschland 459–462
 – dogmatische Einordnung 269–275
 – Funktionen 276–278
 – Gefahren 278f.
 – Paradox der 280–282
 – Staatspraxis 264–269
 Legitimität
 – Begriff und Kriterien 364–370
 – Gefahren 360–362
 – illegal but legitimate 72, 219–227, 462
 lex posterior derogat legi priori 140f., 398
 Libelle, Operation 65, 419, 429–431
 Libyenintervention (2011) 200, 205, 304, 368f., 419, 429–431, 463
 Litwinow-Protokoll, *siehe auch* Kellogg-Briand-Pakt 287
 Locarno, Verträge von 18
 LuftVG, LuftVZO 499f.
- Massenvernichtungswaffen 29, 46–54, 189, 305, 343
 Mehrdeutigkeit des Rechts 347, 349
 Mehrdeutigkeit, konstruktive 250f., 253
 Monismus 379
 Moral und Recht, Widerspruch 224f., 462f.
- National Security Strategy der USA 54, 57, 268, 305
 NATO-Vertrag, Artikel 5 439f.
 New World Order 2
 Nicaragua gap 39
 Nichtstaatliche Akteure 37, 43, 112, 163, 245–251, 356, 421f., 446
 non liquet, Verbot des 243–246, 256
 Non-Aligned Movement 43, 55
 Norm
 – Anwendung, Konflikt um die 187f., 341
 – Contestation, *siehe* Umstrittenheit von Normen
 – Gültigkeit, Konflikt um die 188
 – Konfliktebenen 339–347
 – Umstrittenheit 185–189
 – völkerrechtliches Normverständnis 189–192
 – politikwissenschaftlicher Begriff 176f.
 – Lebenszyklus 185
 – Normentwicklung, Phasen der 185f.
 Normbefolgung, *siehe* Compliance
 Normenkontrolle, abstrakte 482–485
 Normentrepreneurs 261
 Notstand 226, 266, 343
 – Artikel 25 ARSIWA 228
 – entschuldigender 227
 – ius-cogens-Normen 231f.
 – rechtfertigender vs. entschuldigender 227–231, 239
 – Rechtsbruch im 280
 – übergesetzlicher 226, 239
 – Voraussetzungen 233–239
 Nürnberger Prozesse 99
- Oktoberrevolution 284
 opinio iuris, *siehe* Völkergewohnheitsrecht
 Orchard, Operation, *siehe* Al-Kibar (Atomreaktor)
 Organstreitverfahren 471–482, 507f.
 Osirak (Tamuz-I) 24, 53, 266, 269, 280, 319

- Ostpakistan, Indiens Intervention (1971) 69
- Ottawa-Konvention (1999) 190
- pacta sunt servanda 154
- Panama, Intervention der USA (1989) 64, 77
- Parlamentarischer Rat 380, 390f., 395
- Parlamentsbeteiligung, *siehe* wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt
- Parlamentsvorbehalt, *siehe* Wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt
- Pegasus, Operation 65, 419, 427, 431–433
- persistent objector, *siehe* Völkergewohnheitsrecht
- PKK 329
- Prager Frühling, *siehe* Tschechoslowakei, Intervention der Sowjetunion (1968)
- Praxis, geheime 324f.
- Praxis, nachfolgende
- Funktionen 112f.
 - sonstige nachfolgende Praxis 116–118
 - Voraussetzungen 113–116
- R2P, *siehe* Schutzverantwortung
- Ramstein, US-Luftwaffenbasis, *siehe auch* verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 492f., 495–497, 499f.
- Realismus 153f., 175f., 371
- Rechtsbrüche, *siehe* Illegalität
- Rechtsschutz gegen Verletzungen des völkerrechtliche Gewaltverbot
- Bundesverfassungsgericht 471–487
 - Verwaltungsgerichte 488–503
 - Strafgerichte 504–507
 - durch Soldaten 489f.
 - in Planungs- und Genehmigungsverfahren 498–500
- Rechtsschutz
- verwaltungsgerichtlich 471, 488–503, 501
 - vor dem Bundesverfassungsgericht 471–487
 - vor Strafgerichten 471, 504–507
- Regime change 76, 280, 319f., 354
- Repressalie, humanitäre 332
- Reputation 179f., 321
- Responsibility to Protect, *siehe* Schutzverantwortung
- Rettung von Staatsangehörigen im Ausland 64–67, 172, 245, 262, 300, 304, 356
- deutsche Praxis 429–434, 467
- Reziprozität 178f., 306
- Rio Treaty 53, 223
- Roosevelt-Korollar 297
- Rote Khmer 69
- rule of law 154, 193, 213, 270–272, 277f., 281
- Safe haven 40, 70
- Sanktionen 178f.
- Schutzpflichten der Bundesrepublik Deutschland 419f., 493–498, 502f.
- Schutzverantwortung 73
- Schweigen von Staaten 96f., 254f., 333
- Schweinebucht, Invasion (1961) 319
- Sechstagekrieg (1967) 49, 51
- Seeblockade, *siehe* Kubakrise
- Selbstbestimmungsrecht der Völker 31–36, 287, 361
- *siehe auch* Dekolonialisierung
- Selbstverteidigung
- bewaffneter Angriff 26, 112, 199f., 252, 420–424
 - critical defense zones 316
 - due-diligence-Pflichten 45
 - effective control 39
 - gegen nicht-staatliche Akteure 37–45, 163, 247f., 251, 256, 266f., 307, 356, 443f.
 - hemispheric self-defense zones 300
 - inherent right 40, 82f., 139, 355
 - interceptive 51
 - kollektive 253, 304
 - Notrecht 26
 - präventive (preemptive) 47, 52–58, 211, 266, 268f., 301, 305, 326, 344, 365, 447
 - Rolle des UN-Sicherheitsrats 202
 - safe-harboring 44
 - unwilling or unable 42, 44, 64, 261, 266f., 310–313, 370, 372
 - vorgreifende (anticipatory) 47–51, 115f.
- Sierra Leone, Intervention der ECOWAS (1998) 78
- SoldatenG 488–490
- Souveräne Gleichheit der Staaten 279, 360, 375

- Sozialistisches Völkerrecht 283–296
- sozialistischer, proletarischer Internationalismus 291–295, 342
 - Unvermeidbarkeit des Krieges 284f.
 - Völkerrecht der Übergangszeit 285–288
- Staatlichkeit, offene 380
- Staatspraxis, *siehe* Völkergewohnheitsrecht
- StGB 488f., 504f.
- Streitkräfte
- Auslandseinsätze, *siehe auch* Artikel 87a GG 378, 405, 429ff., 439–441, 507
 - Einsatz im Innern 406f.
 - Erforderlichkeit einer Einsatzgrundlage 406–409
- Stuxnet 59, 323
- Suezkrise (1956) 64, 171f., 219f., 359
- Syrien, Intervention (seit 2014) 41f., 266, 328–336, 369, 439, 442–447, 446f., 455
- Syrien, Intervention der USA (2017) 328f.
- Syrien, Intervention der USA, Frankreichs und Großbritanniens (2018) 74, 329, 455f., 469
- System gegenseitiger kollektiver Sicherheit 410–416
- Einsatz im Rahmen des Systems 413–416
 - Europäische Union 412f.
 - Kontrolle des friedenswahrenden Charakters 477–479
 - NATO 411f.
 - Rechtsschutz gegen Änderungen des Systems 473–477
- Systemopposition 283, 313–317
- Tallinn Manual 60–62
- targeted killing 322f., 327
- Terrorismus, *siehe auch* Al-Qaida, *siehe auch* IS 252, 439–447
- Tschechoslowakei, Intervention der Sowjetunion (1968) 292, 317
- TWAIL 95
- Übung, spätere, *siehe* Praxis, nachfolgende
- Ukraine, Intervention Russlands (2014) 75
- Umstrittenheit von Normen
- Anwendungsstreit 198–202, 243, 341
 - Bedeutungsrahmen einer Rechtsnorm 201f., 203
 - Bestätigung von Rechtsnormen durch Anrufung 205–217
 - Konkretisierung des Inhalts 203–205
- UN Atomic Energy Commission 52
- UN-Charta, *siehe* Charta der Vereinten Nationen
- UN-Generalversammlung
- Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples 31f.
 - Friendly Relations Declaration 31, 68, 91, 103, 374
 - Selbstbestimmungsrecht der Völker 31ff.
 - Uniting for Peace-Resolution 367
- UN-Sicherheitsrat
- Maßnahmen nach Kapitel VII UNC 25f.
 - Resolutionen 1368/1373 40, 252, 440
 - Resolution 1973 (2011) 200, 205, 463f.
 - Resolution 2249 41, 252, 368, 415, 443
- Unbestimmtheit des Rechts 249f., 347–354, 357
- Bedeutungskern und Bedeutungshof 351–354
 - Rechtsquellen 350f.
 - Rechtssprache 348–350
 - Ursachen 348–351
- unfriendly unilateralism 274
- Ungarn, Intervention der Sowjetunion (1956) 291f., 317
- Unwilling-or-unable, *siehe* Selbstverteidigung
- Uti-possidetis-Grundsatz 104
- Vagheit des Rechts 347, 349
- verdeckte Militäroperationen 318–327
- Verfassungsbeschwerde 485–487
- Verteidigung (Art. 87a GG)
- Angriff 420
 - Bündnisverteidigung 417f.
 - Drittstaatennothilfe 418
 - nicht-staatliche Akteure 420–422
 - Personalverteidigung 419
 - Territorialverteidigung 417
- Verteidigungsfall 417
- Vertrag, völkerrechtlicher
- *siehe auch* nachfolgende Praxis
 - Auflösung einer Vertragspflicht 124

- Auslegungsmethoden 110f., 348
- Grenzen der Reinterpretation 118–124
- Verhältnis von Vertragsänderung und Vertragsmodifikation 118f., 121–123
- Völkerbund 17f., 19
- Völkergewohnheitsrecht 85–108, 271, 287
 - deduktives Verständnis 102–104
 - Gewaltverbot 21–29, 85, 98, 206, 251, 378, 448, 499
 - Gewichtung der Praxis 92
 - Grotian moments 99
 - induktives Verständnis 101f.
 - instant custom 87, 98f., 278
 - negative Praxis 88f.
 - opinio iuris 86, 95ff., 103, 106, 254, 272
 - persistent objector 96, 147
 - Staatspraxis 86–99, 101–103, 112–118, 207, 325
 - Theorien des 101–108
 - Unterlassen als Praxis 90f.
 - verbale Praxis 89f.
- Völkerrecht der Übergangszeit 286, 288
- Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, *siehe* Grundgesetz
- Warschauer Vertrag 291, 317, 405
- Webster-Formel, *siehe* Caroline-Vorfall
- WehrdisziplinarO, WehrbeschwerdeO 489f.
- Wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt 425–427, 429f., 432, 454f., 476, 510
- Weltkrieg, Erster 17, 21, 284
- Weltkrieg, Zweiter 21, 27, 46, 99, 284, 297
 - Überfall auf Polen 216
- Westfälische Friedensverträge 11f.
- Westfälische Ordnung 12
- Zustimmungsgesetz 397f., 473f., 508
- Zynische Rechtsverwendung 212–215, 218, 307, 334, 335, 343f., 359, 465

