



DER STAAT 62 (2023), 579–612
Duncker & Humblot, Berlin

VON DEN VÖLKERRECHTLICHEN FESSELN BEFREIT? – ZUR ORDNUNGSFUNKTION DES VÖLKERRECHTS IN EINER WELT IM UMBRUCH

Von Heike Krieger, Berlin

I. Einleitung

Recht ordnet soziale Beziehungen. Diese Funktion wird trotz wiederkehrender Kritik an seiner Effektivität und Legitimität gemeinhin auch dem Völkerrecht zugeschrieben. Verkennt diese Annahme aber letztlich das Ausmaß der Unzulänglichkeiten des Völkerrechts? Ist das Völkerrecht nicht nur unzureichend, sondern schadet es sogar der Stabilität der internationalen Ordnung und den Staaten, die ihr außenpolitisches Handeln völkerrechtlich einbinden? So viel behauptet beispielsweise der Politikwissenschaftlicher *Carlo Masala* in seinem Buch „Weltunordnung“. Laut Masala muss „sich eine realistische Politik für das 21. Jahrhundert von der Fessel des selbstverordneten völkerrechtlichen Dogmas lösen“, um deutschen Interessen zu genügen. Schließlich hätten vor allem „Großmächte das Völkerrecht stets als ein Konstrukt benutzt [...], um kleinere Staaten zu disziplinieren.“ Gilt es daher in Zukunft „seitens der deutschen Politik anzuerkennen, dass eine grundlegende Reform globaler Institutionen, die zugleich deren liberalen Kern erhält, unmöglich ist?“ Sollte „die Bundesrepublik [...] sich von ihrem Traum einer immer weiter fortschreitenden Verrechtlichung der internationalen Politik verabschieden?“¹

Durch den Begriff der selbstverordneten Fessel sucht Masala das Völkerrecht in wenigen Worten zu dekonstruieren. Als Fessel wird das Völkerrecht zu einem Hindernis für eine sachgerechte Politik in Zeiten einer sog. „Weltunordnung“. Die Einordnung als Dogma lässt das Völkerrecht als etwas Veraltetes, Weltfremdes und Verstaubtes erscheinen, dem es an Realitätsbezug fehlt. Ein Staat, wie die Bundesrepublik, der in Zeiten großer Umbrüche in der Weltordnung an einem solchen unumstößlichen Dogma festhalte, müsse auf der Bühne der Weltpolitik scheitern – so suggeriert Masala. Der Politikwissenschaftler bringt hier eine lange in der Theorie des Realismus verortete Skepsis gegenüber dem Völkerrecht und der fortgeschrittenen Verrechtlichung internationaler Politik auf den Punkt, die im Windschatten des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine und dem vermuteten Ende der sogenannten liberalen Weltordnung² erneut Auftrieb erhalten hat.³ Geopolitische Umbrüche

¹ *Carlo Masala*, *Weltunordnung*, 3. Aufl. 2022, S. 156 f.

² Z. B. *Christopher Daase/Nicole Deitelhoff*, Wenn die Geltung schwindet – Die Krise der liberalen Weltordnung und die Herrschaftsproblematisierung internationaler Politik, in:

und wirtschaftspolitische Verschiebungen, das Erstarken autokratischer Regime und die gleichzeitige Notwendigkeit kollektiven Handelns im Lichte planetarer Belastungsgrenzen wirken als Treiber tiefgreifender Wandlungsprozesse in der internationalen Ordnung.⁴ Die vom (Neo-)Realismus betonte Verflechtung des Völkerrechts mit Großmachtinteressen erklärt die wieder-gewonnene Anziehungskraft dieser Theorie. Die Machtumbrüche im internationalen System schaffen eine Art Labor, in dem zentrale Thesen zum Verhältnis von Macht und Recht in den internationalen Beziehungen überprüft werden können. Das gilt einerseits für die ungehemmte Machtdemonstration Russlands in seinem Aggressionskrieg gegen die Ukraine, die Rechtlichkeit unmittelbar herausfordert. Andererseits wirkt auch der Wettstreit zwischen den USA und China um die Vormachtstellung im internationalen System die Frage auf, wie sehr das Völkerrecht, wie es sich seit 1945 bzw. 1990 herausgebildet hat, von der singulären Großmachtstellung der USA abhängig ist und mit dem Verlust der US-amerikanischen Hegemonie seinerseits an Bedeutung verliert. Ein solch grundsätzlicher Bedeutungsverlust wäre vor allem dann zu erwarten, wenn das Völkerrecht seiner ihm zugedachten Ordnungsfunktion nicht gerecht werden kann, weil es als ein Produkt einer westlichen liberalen Denkungsart in sich wandelnden sozio-politischen Kontexten für die Ausgestaltung stabiler internationaler Beziehungen kontraproduktiv ist.

Um diese grundlegende Kritik einzuordnen und zu widerlegen, erörtert der Beitrag drei zentrale Einwände gegen die Funktionsgerechtigkeit des Völkerrechts, wie sie von der Theorie des (Neo-)Realismus in der Lehre der internationalen Beziehungen vorgebracht worden sind: die Instrumentalisierung des Rechts durch Großmächte und die daraus resultierende vermeintliche Reformunfähigkeit (II.), die kontestierten westliche Wertehegemonie (III.) und die behauptete Illusion des Kooperationsparadigmas (IV.). In Auseinandersetzung mit diesen Einwänden entwirft der Beitrag ein Gegenbild, wonach auch in einem sich ändernden internationalen System die Beharrungskraft rechtlicher Ordnungskonzepte relevant bleibt und nicht leichtfertig verspielt werden sollte.

Forst/Günther (Hrsg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 162; *Gilford Ikenberry*, *The End of Liberal International Order?*, *International Affairs* 94 (2018), S. 7.

³ Aus der deutschen Debatte einerseits *Roland Czada*, *Realismus im Aufwind? Außen- und Sicherheitspolitik in der „Zeitenwende“*, *Leviathan* 50 (2022), S. 216, der annimmt, dass das „Ideal einer wertebasierten Völkerrechtsordnung gerade im Pulverdampf des Krieges zerstoßen“ sei; andererseits *Bernd Ladwig*, „Realisten“ und Realisten. Eine Replik auf Roland Czada, *Leviathan* 50 (2022), S. 381; *Michael Zürn*, *Macht Putin den (Neo-)realismus stark?*, *Leviathan* 50 (2022), S. 395.

⁴ *Heike Krieger/Andrea Liese*, *Conclusion: Turbulence, Robustness, and Value Change*, in: *Krieger/Liese (Hrsg.), Tracing Value Change in the International Legal Order – Perspectives from Legal and Political Science*, Oxford 2023, S. 319 (326).

II. Instrumentalisierung des Völkerrechts durch Großmächte

Der Vorwurf, die USA hätten seit Ende des Kalten Krieges in der Phase einer unilateralen Weltordnung, das Völkerrecht nicht nur einseitig geprägt, sondern auch ganz vorrangig nur in ihrem eigenen Interesse instrumentalisiert, steht heute im Vordergrund vieler Versuche, die Umbrüche in der internationalen Ordnung zu erklären.

1. Der Einfluss der USA auf das Völkerrecht nach dem Ende des Kalten Krieges

Es lässt sich kaum bestreiten, dass die Völkerrechtspolitik der USA seit 1990, wenn nicht schon seit 1945, jedenfalls auch durch hegemoniale Motive geprägt war und das Ziel verfolgte, die internationale Ordnung auch mit den Mitteln des Rechts an ihren Interessen auszurichten.⁵ Die Versuche dieser hegemonialen Überformung der Völkerrechtsordnung sind besonders scharf von den sog. „Third World Approaches to International Law“ (TWAIL) kritisiert worden. Die behauptete normative Überlegenheit demokratischer Staaten verfestigte Asymmetrien, die die kolonialen und imperialistischen Strukturen der Völkerrechtsordnung wieder haben aufleben lassen. Die USA forcierten eine Reihe von Begriffen, Konzepten, Interpretationen und Doktrinen, die letztlich auf einer kolonialen Metaphorik von „fehlender Zivilisiertheit“ gründeten.⁶ Hiervon waren einerseits weite Bereiche der Entwicklungspolitik erfasst, wie das auf die Weltbank zurückgehende Konzept der „good governance“ (gute Regierungsführung) deutlich macht.⁷ Andererseits dienten Konzepte wie sog. Schurkenstaaten (rogue states)⁸, der sog. „unwilling or unable“ Standard und selbst die Doktrin der „responsibility to protect“⁹ dazu, nicht nur den Grundsatz der souveränen Gleichheit, sondern auch das Gewaltverbot auszuhöhlen und so die Handlungsspielräume der USA zu erweitern. Auch die US-amerikanische Interpretation des „unrechtmäßigen Kombattanten“ gehört in diesen Kontext.¹⁰ Als Legitimationsgrundlage ermöglichten es diese Konzepte, den postkolonialen Staat des Globalen Südens zum Objekt des westlichen Interventionismus, einschließlich militärischer In-

⁵ Nico Krisch, *Amerikanische Hegemonie und liberale Revolution im Völkerrecht*, Der Staat 43 (2004), S. 267.

⁶ Anthony Anghie, *Rethinking Sovereignty in International Law*, Annual Review of Law and Social Science 5 (2009), S. 291 (303, 307); ders., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge 2005, S. 310 f.

⁷ Anghie, *Imperialism* (Fn. 6), Kapitel 5.

⁸ Dazu Petra Minnerop, *Paria-Staaten im Völkerrecht*, 2004; Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge 2004.

⁹ Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge 2011.

¹⁰ Frédéric Mégret, *From ‘Savages’ to ‘Unlawful Combatants’: a Postcolonial Look at International Humanitarian Law’s ‘Other’*, in: Orford (Hrsg.), *International Law and its Others*, Cambridge 2006, S. 265.

erventionen, zu machen.¹¹ Der so geschaffene Eindruck vielfältiger normativer Asymmetrien befördert (neo-)realistische Argumente, die das Völkerrecht auf ein Instrument von Großmächten reduzieren.

Als analytische Theorie rückt der (Neo-)Realismus in seinen unterschiedlichen Spielarten die Ausübung von Macht – insbesondere, aber nicht nur militärischer Macht – in das Zentrum der Versuche, die Funktionsweise des internationalen Systems zu verstehen. Ausgangspunkt ist das Bild eines kompetitiven Systems, das durch Anarchie und Misstrauen geprägt ist. Der Zustand der Anarchie umschreibt dabei das Fehlen zentraler Durchsetzungsorgane, die die Auslegung von Recht verbindlich entscheiden und Rechtsverstöße sanktionieren könnten, selbst wenn sie sich den Interessen machtvoller Staaten entgegenstellen müssten. Demgemäß bleibt etwa im strukturellen Realismus nach *Kenneth Waltz* das Völkerrecht weitgehend bedeutungslos.¹² Selbst solche Ansätze, die dem Völkerrecht zumindest Bedeutung für die Senkung von Transaktionskosten bei der Lösung von Koordinationsproblemen einräumen, betonen diese inhärenten Machtasymmetrien, die sie vor allem im Einfluss mächtigerer Staaten auf die Rechtssetzungsprozesse verortet sehen. Als Folge würden gerade kleinere Staaten aufgrund ihrer geringeren Verhandlungsmacht in größerem Maße benachteiligt, da ihre Stimme in globalen Aushandlungsprozessen nicht ausreichend Gehör finde. Dennoch hätten sie keine andere Wahl, als die von den Großmächten konstruierten Regime zu akzeptieren, auch wenn der verrechtlichte Zustand für sie schlechter sei als ein ungeregelter.¹³ Hier scheint das Argument Masalas auf, das Völkerrecht diene Großmächten nur dazu, kleinere Staaten zu disziplinieren, während sie sich selbst über das Recht erheben würden.¹⁴

¹¹ *Rose Parfitt*, *The Process of International Legal Reproduction*, Cambridge 2019, S. 9.

¹² *Stephen Krasner*, *Realist Views of International Law*, *Proceedings of the Annual Meeting (ASIL)*, 13.–16. März 2002, 96 (2002), S. 265 (266); *ders.*, *International Law and International Relations: Together, Apart, Together?*, *Chicago Journal of International Law* 1 (2000), S. 93 (94); zum Ganzen auch *John Mearsheimer*, *The False Promise of International Institutions*, *International Security* 19 (1994–95), S. 5 (9 f.); s.a. *Richard Steinberg*, *Overview: Realism in International Law*, *Proceedings of the Annual Meeting (ASIL)*, 13.–16. März 2002, 96 (2002), S. 260 (261); *Kenneth Waltz*, *Theory of International Politics*, New York 1979, verwendet selbst den Begriff „Law“ nur für Naturgesetze; s.a. *Martti Koskeniemi*, *Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations*, in: Byers (Hrsg.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2001, S. 17 (28).

¹³ *Krasner* (Fn. 12), S. 266 f., unter Bezug auf *Lloyd Gruber*, *Ruling the World: Power Politics and the Rise of Supranational Institutions*, Princeton 2000; *Steinberg* (Fn. 12), S. 261; s.a. *Ian Hurd*, *The Case against International Cooperation*, *International Theory* 14 (2022), S. 263 (279).

¹⁴ *Masala* (Fn. 1), S. 157.

2. Formen hegemonialer Gestaltungsmacht

In der Tat bieten Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsprozesse im Völkerrecht auch aufgrund seiner voluntaristischen Natur Möglichkeiten, in verschiedenen Formen hegemoniale Gestaltungsmacht auszuüben. Das gilt in besonderer Weise für die USA, deren Rolle im Völkerrecht in zweifacher Hinsicht als „American Exceptionalism“ beschrieben worden ist, d. h. als changierend zwischen einer besonderen Führungsverantwortung („exceptional global leadership and activism“) und dem Bestreben, sich selbst aufgrund der besonderen demokratischen Tradition völkerrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen.¹⁵

a) Mächtige Staaten können erhebliche Impulse für Rechtsänderungen in ihrem Interesse setzen. Aufgrund ihrer Vormachtstellung vermögen sie in zahlreichen Politikfeldern rechtlich erhebliche Staatenpraxis zu schaffen. Sie verfügen über die materiellen Fähigkeiten, in allen völkerrechtlichen Rechtssetzungsforen ihre Position rechtlich ausgefeilt zu präsentieren und werden dabei oftmals von Teilen eines wissenschaftlichen Diskurses unterstützt, der in einer reich ausgestatteten Universitätslandschaft blüht. Das gilt nicht nur für die USA. Begleitend zu den geopolitischen Umbrüchen in der internationalen Ordnung hat sich die Volksrepublik China in den vergangenen Jahren von einem sog. „norm-taker“ zu einem „norm-maker“ gewandelt.¹⁶ Hierzu zielt China auf einen Zugewinn an völkerrechtlicher Rechtssetzungsmacht, für den gerade auch ein Ausbau der Völkerrechtswissenschaft als zentral erachtet wird und die Präsenz chinesischer Rechtsberater und Diplomaten im Rechtsausschuss der Vereinten Nationen erheblich erhöht worden ist.¹⁷

Auf diese Weise können hegemoniale Führungsansprüche nicht nur in der Außenpolitik geltend gemacht werden, sondern finden auch Eingang in bestimmte rechtsdogmatische Konstruktionen. In der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaft zählt hierzu etwa eine Auslegung des Konzepts der „specially affected states“, wonach es z. B. bei der Interpretation des humanitären Völkerrechts auf die Interpretationen der USA besonders ankomme, da

¹⁵ *Harold Koh*, On American Exceptionalism, *Stanford Law Review* 55 (2003), S. 1479 (1480, 1487); *Michael Ignatieff*, Introduction, in: ders. (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton 2005, S. 1 f.; zu Erscheinungsformen jenseits der USA *Anu Bradford/Eric Posner*, Universal Exceptionalism in International Law, *Harvard International Law Journal* 52 (2011), S. 1.

¹⁶ *Ian Clark*, International Society and China: The Power of Norms and the Norms of Power, *The Chinese Journal of International Politics* 7 (2014), S. 315; *Sonya Sceats/Shawn Breslin*, China and the International Human Rights System, London 2012, S. 2.

¹⁷ *Moritz Rudolf*, Xi Jinpings Rechtsstaatskonzept und das Ziel der Neudefinition internationaler Regeln, *Democratic Futures Policy Papers*, <https://www.democraticfutures.de/policy-paper-moritz-rudolf> unter Bezugnahme auf das Papier „Opinions on Strengthening Legal Education and Legal Theory Research in the New Era“ vom 26. Februar 2023 und eine Erklärung Xi Jinpings vom 6. Dezember 2021, die nur in chinesischer Sprache verfügbar sind.

gerade die USA in großem Maße militärische Einsätze führen.¹⁸ Ein anderes Beispiel betrifft das Konzept des sog. „unfriendly unilateralism“, wonach es gerechtfertigt sei, unilateral völkerrechtswidrig zu handeln, wenn das Ziel verfolgt werde, das Recht im Gemeinschaftsinteresse fortzuentwickeln.¹⁹ Um offensichtlicher Kritik zu begegnen, wird vorgebracht, diese Form der Rechtsetzung stünde nicht nur Großmächten zur Verfügung, sondern könnte auch von anderen Staaten eingesetzt werden. Allerdings beziehen sich die meisten der angeführten Beispiele für die Wirkmacht dieser Vorgehensweise auf die USA.²⁰

Ähnliche Bestrebungen lassen sich gegenwärtig auch in der chinesischen Völkerrechtswissenschaft beobachten. So besteht gerade auch von Seiten der Regierung die Erwartung, eine eigenständige chinesische Völkerrechtstheorie sowie generell ein eigenständiges Rechtsverständnis zu entwickeln.²¹ Ebenso wie in den USA werden dafür Ideen eines chinesischen „Exceptionalism“ in Anspruch genommen²², der im Fall Chinas, auch marxistisch informiert,²³ den Eigenwert des Rechts negiert und mit dem Ziel, eine absolute, gar vorrechtliche Souveränität zu bewahren,²⁴ die Bedeutung völkerrechtlicher Regelung auf einzelne Politikfelder zu beschränken sucht. Zu diesen zählen insbesondere die internationalen Wirtschaftsbeziehungen, die „Hohe See, Polarregionen, Cyberraum, Weltraum, Nuklearsicherheit, Korruptionsbekämpfung und Klimawandel.“²⁵ Gerade in der Auseinandersetzung mit und vergleichbar einer langandauernden Praxis der USA legt China dabei gegenwärtig sein besonderes Augenmerk auf eine eigenständige extraterritoriale

¹⁸ Michael Schmitt, Common Article 1 and the Duty to „Ensure Respect“, *International Law Studies* 96 (2020), S. 674 (703).

¹⁹ Monika Hakimi, Unfriendly Unilateralism, *Harvard International Law Journal* 55 (2014), S. 105 (107,147); dazu Heike Krieger, *Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*, *VVDStRL* 75 (2016), S. 439 (454 f.).

²⁰ Hakimi (Fn. 19), S. 139, 145; Timothy Meyer, Non-compliance as Law-Making, in: Krieger (Hrsg.), *Law-making and Legitimacy in International Humanitarian Law*, Cheltenham 2021, S. 89 (110), der darauf hinweist, dass dieses Vorgehen vor allem für Großmächte attraktiv ist; zur indischen Rechtfertigung der Annexion Goas als ein Beispiel im Kontext der Dekolonisierung Christian Marxsen, *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch*, 2021, S. 265 f.

²¹ Samuli Seppänen, *Anti-formalism and the Preordained Birth of Chinese Jurisprudence*, *China Perspectives* 2018, S. 31.

²² Congyan Cai, *The Rise of China and International Law. Taking Chinese Exceptionalism Seriously*, Oxford 2019.

²³ Ryan Martinez Mitchell, Domestic Governance as Critique of International Law: Beijing's „SDG Authoritarianism“ and the Contested Future of Human Rights, in: Aust/Krieger/Lange (Hrsg.), *Handbook on the Relationship between International Law and Domestic Legal Systems*, Cheltenham i.E.

²⁴ Roland Paris, *The Right to Dominate: How Old Ideas about Sovereignty Pose New Challenges for World Order*, *International Organization* 74 (2020), S. 453 (454).

²⁵ Rudolf (Fn. 17).

Gesetzgebung, die sog. „foreign-related rule of law“.²⁶ Von marxistisch informierten Autoren sind Chinas Aktivitäten in der sich herausbildenden Weltordnung daher auch als Ausdruck eines informellen postkolonialen Imperialismus charakterisiert worden.²⁷

b) Ein weiteres zentrales Element hegemonialer Instrumentalisierung liegt darin, sich an völkerrechtlichen Rechtssetzungsprozessen zu beteiligen, diese gar anzustoßen, letztendlich selbst aber von der Ratifikation völkerrechtlicher Vertragswerke abzusehen – ein Verhalten, das als „Exemptionalism“ beschrieben wird.²⁸ Nicht erst in den neunziger Jahren sind die USA zahlreichen Verträgen ferngeblieben, obwohl sie die einschlägigen Verhandlungen nachhaltig zu beeinflussen gesucht haben, wie etwa im Fall des Kyoto-Protokolls,²⁹ des Internationalen Strafgerichtshofs³⁰ oder der UN Seerechtskonvention³¹. Die Trump Administration hat diese Sonderstellung durch die Kündigung zahlreicher internationaler Verträge weiter vorangetrieben. Allerdings sind eine Reihe der Kündigungen unter der Biden-Administration wieder zurückgenommen worden, wie etwa im Fall des Pariser Klimaabkommens,³² der WHO³³ oder der UNESCO.³⁴ Ebenso ablehnend hat sich die Trump Administration aber auch gegenüber rechtlich unverbindlichen Instrumenten verhal-

²⁶ Sog. „Long-arm jurisdiction“; *Rudolf* (Fn.17); s.a. *Martinez Mitchell* (Fn. 23); *Wanshu Cong*, Marxism and China's Effort to build 'Foreign-Related Rule of Law', LPE Project Blog, 24. April 2023, <https://lpeproject.org/blog/marxism-and-chinas-effort-to-build-foreign-related-rule-of-law/>; chinesisches Positionspapier „The U.S. Willful Practice of Long-arm Jurisdiction and its Perils“ vom 3. Februar 2023: https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjbxw/202302/t20230203_11019281.html.

²⁷ *Dibyesch Anand*, China and India: Postcolonial Informal Empires in the Emerging Global Order, *Rethinking Marxism* 24 (2012), S. 68 (69, 73, 75); s. *Martinez Mitchell* (Fn. 23).

²⁸ *Ignatieff* (Fn. 15), S. 4, 7; *Koh* (Fn. 15), S. 1484 f.; *Georg Nolte/Helmut Aust*, European Exceptionalism, *Global Constitutionalism* 2 (2013), S. 407 (412 f.).

²⁹ *Jon Hovi/Detlef Sprinz/Guri Bang*, Why the United States Did not Become a Party to the Kyoto Protocol: German, Norwegian, and US Perspectives, *European Journal of International Relations* 18 (2010), S. 129.

³⁰ *Z.B. Gerhard Hafner*, An Attempt to Explain the Position of the USA towards the ICC, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), S. 323; *Malcolm Joergensen*, American Foreign Policy Ideology and The International Rule of Law, Cambridge 2020.

³¹ *Jonathan Charney*, The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III: The Impact of General International Law, *Law and Contemporary Problems* 46 (1983), S. 37.

³² President of the US, Acceptance of the Paris Climate Agreement on behalf of the United States, 20. Januar 2021: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/>.

³³ President of the US, Letter to His Excellency António Guterres, 20. Januar 2021: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/letter-his-excellency-antonio-guterres/>.

³⁴ Anthony Blinken, Secretary of State, UNESCO General Conference Accepts U.S. Membership Proposal, Press Statement 30. Juni 2023: <https://www.state.gov/unesco-general-conference-accepts-u-s-membership-proposal/>.

ten, wie etwa dem Globalen Pakt für sichere, geordnete und reguläre Migration oder dem Globalen Pakt für Flüchtlinge.³⁵

Die Gründe hierfür sind vielfältig. Ein verbreiteter Erklärungsversuch geht davon aus, dass die USA nach Ende des Zweiten Weltkriegs durch das Instrument des Völkerrechts bestrebt waren, eine an ihren wirtschaftlichen und militärischen Interessen ausgerichtete stabile internationale Ordnung zu schaffen, indem sie die Konzepte ihres nationalen Verfassungsrechts ins Internationale getragen haben.³⁶ Völkerrechtliche Regelungen, gerade auch menschenrechtliche, sollten andere demokratisch weniger erfahrene oder autokratische Staaten binden, nicht aber, angesichts der eigenen demokratischen verfassungsrechtlichen Verbürgungen, die demokratisch legitimierten Organe der USA.³⁷

c) Schließlich erleichtert es das Völkerrecht auch aus strukturellen Gründen Großmächten, Rechtsregeln zu brechen, ohne rechtliche Sanktionen befürchten zu müssen – sei es aufgrund des Vetorechts nach Art. 27 Abs. 3 UN-Charta; sei es als Folge des völkerrechtlichen Voluntarismus wegen fehlender Zuständigkeiten internationaler Gerichte mangels einer Unterwerfungserklärung; sei es, weil es politische Gründe gibt, etwa Bündnisloyalitäten, die es politisch angeraten scheinen lassen, gegenüber einer Großmacht auf eine Rechtsdurchsetzung oder allein nur die verbale Geltendmachung einer Rechtsverletzung zu verzichten. Beispiele reichen vom Irakkrieg, über die Annexion der Krim bis hin zur Weigerung Chinas, die Entscheidung eines internationalen Schiedsgerichts nach der UN Seerechtskonvention zur Rechtslage von Inseln im Südchinesischen Meer anzuerkennen.

3. Grenzen hegemonialer Gestaltungskraft

Aber können sich Großmächte wirklich ohne Konsequenzen von den Fesseln des Völkerrechts lösen? Ist die hegemoniale Gestaltungsmacht unbegrenzt?

a) Die Nichtbefolgung von völkerrechtlichen Regeln kann auch für den Hegemon einen erheblichen Legitimationsverlust nach sich ziehen. So werden positive Konnotationen des „American Exceptionalism“ mittlerweile von kritischen Stimmen überlagert, die in dem Phänomen vor allem eine Gefahr für

³⁵ *Jean Galbraith*, Trump Administration Ends Participation in Global Compact on Migration, Citing Concerns Regarding U.S. Sovereignty, *AJIL* 112 (2018), S. 311.

³⁶ *Jed Rubinfeld*, Unilateralism and Constitutionalism, *New York University Law Review* 79 (2004), S. 1971 (1987–1990).

³⁷ „But for just this reason, in the American worldview, all this internationalism, all this multilateralism, was more for the rest of the world than it was for us. This is the root-source of all subsequent American equivocation on international law“: *Rubinfeld* (Fn. 36), S. 1988 f.

den Geltungsanspruch einer universellen Rechtsordnung sehen.³⁸ Die Kritik an den hegemonialen Praktiken der USA zeigt, wie sehr der Interventionismus in Folge des 11. Septembers (2001) zu Zweifeln an der Ordnungsfunktion des Völkerrechts beigetragen hat. Das gilt insbesondere für den völkerrechtswidrigen Irak-Krieg³⁹ und die unilaterale weite Auslegung des Mandats im Libyen-Konflikt⁴⁰. Die mangelnde Bereitschaft vieler westlicher Staaten, diese Praktiken eindeutig zu verurteilen, hat die Glaubwürdigkeit dieser Staaten ernsthaft beeinträchtigt. Die halbherzigen internationalen Reaktionen auf die rechtswidrige Annexion der Krim im Jahr 2014 sind zumindest in Teilen auf diese beeinträchtigte Glaubwürdigkeit zurückzuführen. Mit der einschlägigen Resolution der Generalversammlung haben nur 100 Staaten die Annexion der Krim als völkerrechtswidrig verurteilt, während sich 58 Staaten enthalten und 11 Staaten dagegen gestimmt haben. Nur 42 Staaten haben den Resolutionsentwurf unterstützt. Russland wird nicht einmal ausdrücklich erwähnt.⁴¹ Manche Stimmen bewerten die Enthaltungen Brasiliens, Indiens und Südafrikas als Reaktionen auf die selektiven Praktiken des Westens.⁴² Auch die Äußerungen einiger Staaten in der Generalversammlungsdebatte lassen diesen Zusammenhang vermuten.⁴³

Die Verurteilung der russischen Aggression gegen die Ukraine im Februar 2022 ist mit 141:5:35 Stimmen deutlich einmütiger ausgefallen. Dabei haben 94 Staaten den Resolutionsentwurf unterstützt.⁴⁴ Hierin liegt allerdings kein Grund, die Legitimationsproblematik, die aus Versuchen der hegemonialen Überformung der internationalen Ordnung resultieren, zur Seite zu wischen. Zunächst haben sich neben China auch Indien und Südafrika – tatsächliche oder potentielle Wortführer des Globalen Südens – bei dieser Abstimmung enthalten. Zudem hat vor allem die Stellungnahme des Vertreters Kenias im Sicherheitsrat ein anderes Narrativ in den Vordergrund ge-

³⁸ Z.B. *Apollin Koagne Zouapet*, *Regional Approaches to International Law (RAIL): Rise or Decline of International Law?*, KFG Working Paper Series, No. 46, Berlin Potsdam Research Group „The International Rule of Law – Rise or Decline?“ 2021.

³⁹ *Gerry Simpson*, *The War in Iraq and International Law*, *Melbourne Journal of International Law* 6 (2005), S. 167; s.a. *Open Letter by 16 International Lawyers*, *The Guardian* 7. März 2003 und den Hintergrundbeitrag von *Matthew Craven/Susan Marks/Gerry Simpson/Ralph Wilde*, *We are Teachers of International Law*, *Leiden Journal of International Law* 17 (2004), S. 363; die Auswirkungen des Irakkrieges auf die Reputation der US werden unterschätzt bei: *Andrew Guzman*, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford 2008, S. 103; *Wolff Heintschel von Heinegg*, *Iraq, Invasion of*, in: Peters (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Oktober 2015, Rn. 30.

⁴⁰ *Geir Ulfstein/Hege Fosund Christiansen*, *The Legality of the NATO Bombing in Libya*, *International and Comparatively Quarterly* 63 (2013), S. 159 (171), die vor den langfristigen Konsequenzen warnen.

⁴¹ UN Dok. A/RES/68/262 vom 27. März 2014.

⁴² Zu diesen Stimmen *Andreas Zumach*, *Globales Chaos – Machtlose UN*, Zürich 2015, S. 109 f.

⁴³ *Krieger* (Fn. 19), S. 457.

⁴⁴ UN Dok. A/RES/E-11/1 vom 2. März 2022.

rückt, wonach der Angriff Russlands auf die Ukraine koloniale und imperiale Muster repliziert und eine Verurteilung dieses Vorgehens so gerade auch dem Globalen Süden ein Anliegen sein sollte.⁴⁵ Hinzukommt das Interesse afrikanischer Regierungen an der Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Stabilität staatlicher Grenzen und an internationaler Ernährungs- und Energiesicherheit. Schließlich stellt der russische Angriff auf die Ukraine eine offensichtliche und eindeutig schwere Verletzung des Völkerrechts dar, deren Akzeptanz die Stabilität der internationalen Beziehungen erheblich erschüttern könnte, wenn die Staaten nicht entschieden auf den Normbruch reagieren.

Dass sich die Staatengemeinschaft nun zu einer entschiedeneren Verurteilung durchringen konnte, ändert nichts daran, dass die USA weiterhin mit einem Glaubwürdigkeitsverlust ringen. Dabei geht es auch um die erratische Außenpolitik des ehemaligen US Präsidenten Trump, die die Idee einer internationalen Gemeinschaft basierend auf rechtlich verbürgten Gemeinschaftswerten zugunsten nationaler Interessen und einer kaum mehr rechtlich eingegegneten Souveränität entschieden zurückgewiesen hat.⁴⁶ Dieses Verhalten hat zu einem Verlust an Führungskraft der USA geführt. In der Folge vertrauen selbst Verbündete nicht mehr in der gleichen Weise wie vor dem 11. September auf die US-amerikanische Außenpolitik.⁴⁷ Es gehört seit jeher zu den Wirkungsweisen des Rechts, dass durch eine Rechtsverletzung „Ansehen, Glaubwürdigkeit und Status auf das Spiel gesetzt werden.“⁴⁸ Das gilt auch für den Hegemon.⁴⁹

b) Die Wirkmacht eines hegemonialen Anspruchs ist in noch größerer Weise bei der Rechtssetzung begrenzt. Die Annahme, die USA könnten aufgrund ihrer besonderen Kapazitäten, Interpretationen des Völkerrechts einseitig zu ihren Gunsten verschieben,⁵⁰ muss relativiert werden. Niemand setzt Recht

⁴⁵ Mr Kimani, Vertreter Kenias, UN Dok. S/PV. 8970 vom 21. Februar 2022, 8–9; als einen Fall des imperialistischen Gebrauchs des Völkerrechts werden Russlands Argumente eingeordnet von *Anastasiya Kotova/Ntina Tzouvala*, In Defense of Comparisons: Russia and the Transmutations of Imperialism in International Law, *American Journal of International Law* 116 (2022), S. 710; s.a. *Patryk Labuda*, On Eastern Europe, 'Whataboutism' and 'West(s)plaining': Some Thoughts on International Lawyers' Responses to Ukraine, *EJIL: Talk!* 12. April 2022: <https://www.ejiltalk.org/on-eastern-europe-whataboutism-and-westsplaining-some-thoughts-on-international-lawyers-responses-to-ukraine/>.

⁴⁶ *Heike Krieger*, Populist Governments and International Law, *EJIL* 30 (2019), S. 971 (984–987); *Paris* (Fn. 24), S. 454.

⁴⁷ Z.B. *Daniel Baer*, America Is Back. But Can Allies Ever Trust It Again?, *Foreign Policy* 18. Februar 2021: <https://foreignpolicy.com/2021/02/18/biden-allies-europe-trust-return-of-trump/>.

⁴⁸ *Stefan Esders*, Governanceforschung und historische Mediävistik: Neue Perspektiven auf die Genese mittelalterlicher Regierungsweise und Staatlichkeit, in: ders./Schuppert (Hrsg.), 2015, S. 147 (172).

⁴⁹ Auf die Rolle des Ansehens von Staaten als Anreiz für die Rechtsbefolgung stellen auch Ansätze der rational choice Theorie ab, wonach Staaten Reputationskosten und -risiken mit anderen Interessen abwägen: *Guzman* (Fn. 39), S. 34 f., 73 f.

⁵⁰ *Hurd* (Fn. 13), S. 279 f.

allein, auch eine Großmacht nicht: „International law and society cannot be built or sustained by one-handed clapping.“⁵¹ Immer auch muss sich eine erhebliche Anzahl anderer Staaten finden, die die Rechtsbehauptung unterstützen und für geltendes Recht erachten.

So ist es den USA nicht gelungen, in den frühen 2000er Jahren das Folterverbot auszuhöhlen, indem sie behauptet haben, die sog. Praxis des Waterboardings unterfalle nicht der Folterdefinition der UN-Antifolterkonvention.⁵² Ebenso wenig ist bislang autoritativ geklärt, ob sich beim Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 UN-Charta gegen nicht-staatliche Gewaltakteure der sog. „unwilling or unable“ Test erfolgreich durchgesetzt hat, der eine Zurechnung zum Territorialstaat ersetzen soll.⁵³ Das behaupten zwar gerade die Autoren, die den USA eine einzigartige Rechtsstellung bei der Rechtssetzung zuschreiben.⁵⁴ Diese Argumentation erscheint aber eher als Zirkelschluss, der von der behaupteten einzigartigen Rolle der USA in der Rechtssetzung auf die tatsächliche Rechtsänderung schließt, um sie wiederum als Beleg für die Einzigartigkeit des US-amerikanischen Einflusses zu nutzen. Im Übrigen haben sich jenseits des Selbstverteidigungsrechts auch zahlreiche andere Konzepte, die gerade aus einer Perspektive des Globalen Südens kritisiert werden, letztlich rechtlich nicht durchgesetzt: Das Konzept der Schurkenstaaten, die US-amerikanische Interpretation des Status der „unrechtmäßigen Kombattanten“⁵⁵ oder die R2P-Doktrin⁵⁶ beschreiben politische Praktiken, Rhetoriken, Diskussionen und Reformvorschläge. Nachhaltig geändert haben sich die betroffenen Rechtsinstitute bislang nicht.

4. Relevanz des Völkerrechts für Mittelmächte und kleine Staaten

Und ist es nun umgekehrt so, dass sich Mittelmächte und kleinere Staaten angesichts der Sicherheitsbedrohungen, die aus der sog. Weltunordnung her-

⁵¹ *Andrew Hurrell*, Cultural Diversity within Global International Society, in: Phillips/Reus-Smit (Hrsg.), *Culture and Order in World Politics*, Cambridge 2020, S. 115 (135).

⁵² *Max Lesch/Lisbeth Zimmermann*, There's Life in the Old Dog Yet: Assessing the Strength of the International Torture Prohibition, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 100; *Dominik Steiger*, *Ex iniuria ius oritur?* – Norm Change and Norm Erosion of the Prohibition of Torture, in: Krieger/Liese, ebd., S. 118.

⁵³ Zum Streitstand u. a. *Mary O'Connell/Christian Tams/Dire Tladi*, Self-Defence against Non-State Actors (Max Planck Trialogues), Cambridge 2019; s. a. *Srinivas Burra*, Changing Perceptions on the Right of Self-Defence – Reflections from a Third World Perspective, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 153; *Theresa Reinold*, The Prohibition on the Use of Force: Plus Ça Change? – Towards a Theory of Global Normative Change, in: Krieger/Liese, ebd., S. 136.

⁵⁴ *Hurd* (Fn. 13), S. 279 f.

⁵⁵ *Knut Dörmann*, Unlawful Combatants, in: Peters (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford September 2015, Rn. 44–50.

⁵⁶ *Heike Krieger*, Internationale Schutzverantwortung: Normentstehung zwischen Moral, Politik und Recht?, in: Jacob/Ladwig/Schmelzle (Hrsg.), *Normative Fragen von Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit*, 2017, S. 299.

vorgehen, auch besser nicht mehr an rechtlichen Regeln orientieren sollten? Wirkt das Völkerrecht nicht ohnehin zu ihren Lasten? Diese Frage gilt es mit einer Gegenfrage zu beantworten: Wie erfolgreich wären denn die ukrainischen Bemühungen um eine Unterstützung durch die NATO und in den Vereinten Nationen, wenn sich die Ukraine selbst nicht an völkerrechtliche Regeln in ihrer Landesverteidigung halten würde? Die scharfen Debatten um den wohl unausgewogenen Bericht von amnesty international zu Kriegsverbrechen, die von der Ukraine begangen worden sein sollen, machen deutlich, was auf dem Spiel steht.⁵⁷ So wie planvolle Verletzungen des Völkerrechts dem Ansehen eines Staates zu schaden vermögen, kann völkerrechtsmäßiges Verhalten die Reputation eines Staates erhöhen.⁵⁸

Zudem geht es bei den rechtlichen Verfahren, die die Ukraine gegen Russland auf internationaler Ebene anstrengt, nicht nur um politische Legitimität. Das Verfahren vor dem IGH⁵⁹ z.B. unterstreicht, dass das Völkerrecht eben nicht nur den Hegemon begünstigt. Es zeigt das Potential auf, dass das Völkerrecht auch kleinen Staaten bietet. Die kontrafaktische Natur des Rechts kommt hier im Grundsatz der souveränen Gleichheit zum Ausdruck. Auch wenn die Ukraine sich in ihrer Existenz durch die russische Invasion bedroht sieht, tritt sie vor internationalen Gerichten als gleichberechtigt gegenüber Russland auf. Das ändert die militärische Lage vor Ort nicht unmittelbar, aber es bietet der Ukraine ein Instrument sich gegen die russische Aggression in verschiedenen internationalen Foren zu Wehr zu setzen. Legitimation und Gleichheit vor dem Recht bleiben für Mittelmächte und kleine Staaten auch in einer Welt im Umbruch wichtige politische Größen.

Auf einer abstrakteren Ebene changiert die realistisch motivierte Kritik am Völkerrecht in einer eigentümlichen Weise zwischen einer Überzeichnung und Unterschätzung dessen, was das Recht in den internationalen Beziehun-

⁵⁷ Amnesty International, Ukraine: Ukrainian fighting tactics endanger civilians, Press Release 4. August 2022, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/08/ukraine-ukrainian-fighting-tactics-endanger-civilians/>; *Lillian Posner*, Amnesty announces review as Ukraine report backlash continues, Atlantic Council 25. August 2022: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/amnesty-announces-review-as-ukraine-report-backlash-continues/>. Der amerikanische Völkerrechtler Schmitt hat den Bericht als „unverantwortlich“ kritisiert, weil der Bericht keine ausreichenden Beweise anführe: *Michael Schmitt*, Ukraine Symposium – Amnesty International’s Allegations of Ukrainian IHL Violations, Articles of War Blog vom 8. August 2022: <https://lieber.westpoint.edu/amnesty-allegations-ukrainian-ihl-violations/>. Diese Einschätzung hat er auch nach Bekanntgabe, nicht Veröffentlichung, eines Berichts einer von AI eingesetzten Expertengruppe aufrechtgehalten: *ders.*, The Expert Panel’s Review of Amnesty International’s Allegations of Ukrainian IHL Violations, Articles of War Blog vom 1. Mai 2023: <https://lieber.westpoint.edu/expert-panels-review-amnesty-international-ai-allegations-ukrainian-ihl-violations/>.

⁵⁸ *Hurd* (Fn. 13), S. 279; *Shirley Scott*, International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics, *European Journal of International Law* 5 (1994), S. 313 (323).

⁵⁹ ICJ, Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), 26. Februar 2022.

gen leisten kann. Es ist kaum zu bestreiten, dass völkerrechtliche Normen oftmals Interessen von Großmächten inkorporieren – am offenkundigsten im Vetorecht – oder ihre Werte widerspiegeln, wie in den sechziger Jahren in der Auftrennung des IPBPR und IPWSKR entlang der beiden Blöcke deutlich geworden ist.⁶⁰ Aber das Recht vermag sich in seiner Anwendung und dynamischen Fortentwicklung von den Motiven seiner Rechtssetzungsprozesse zu lösen, weil es, einmal in Kraft getreten, einen Rahmen für alle bietet, ihre Rechtsbehauptungen, Interpretationen und Kontestationen⁶¹ zu formulieren – vor allem dann, wenn rechtliche Regelungen durch einen institutionellen Rahmen gestärkt sind. Als Beispiel für langfristigen Wandel, der sich von ursprünglichen Motivationslagen löst, mag die Ratifikation des Zusatzprotokolls zum UN Sozialpakt durch die Bundesrepublik dienen.⁶² Die Akzeptanz einer Individualbeschwerde in diesem Bereich stellt den Schlusspunkt einer Abkehr von Lesarten der wirtschaftlichen und sozialen Rechte dar, die nicht nur durch verfassungsdogmatische Diskussionen, sondern auch durch ideologisch geleitete Abgrenzungen unter dem Eindruck der Konkurrenz der Großmächte im Kalten Krieg geprägt waren.

5. Fehlende Reformierbarkeit als Folge der besonderen Stellung von Großmächten?

Normen, in denen unter Durchbrechung des Grundsatzes der souveränen Gleichheit hegemoniale Asymmetrien fortbestehen, unterliegen demgegenüber erheblichen Legitimitätszweifeln. Ist es dann der Fortbestand solcher Normen, der an der Ordnungsfunktion des Völkerrechts zweifeln lässt? Ist das Vetorecht nicht Ausdruck jener Grenze von Rechtllichkeit im Angesicht von Macht, die im Völkerrecht so unverhohlen zum Ausdruck kommt? Carlo Masala weist nicht als einziger Beobachter darauf hin, dass die Internationale Ordnung, dort wo sie reformbedürftig ist, nicht reformfähig erscheint.⁶³

Augenfälligstes Beispiel für die schiere Reformunfähigkeit des internationalen Systems ist der UN-Sicherheitsrat. Eine Reform des Sicherheitsrates im Hinblick auf Abstimmungsregeln oder Zusammensetzung gilt vielen Be-

⁶⁰ Rosemary Foot, *The Cold War and Human Rights*, in: Leffler/Westad (Hrsg.), *The Cambridge History of the Cold War*, Vol III: Endings, Cambridge 2010, S. 445 (445, 448, 449, 465); a.A. Daniel Whelan/Jack Donnelly, *The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight*, *Human Rights Quarterly* 29 (2007), S. 908 (927–936), die betonen, dass der Westen sich nicht grundsätzlich gegen soziale Rechte gestemmt habe. Zugleich räumen sie ein, dass die Frage der Justiziabilität eine zentrale Herausforderung darstellte und dass der Kalte Krieg die Aufspaltung der Pakte begünstigte.

⁶¹ Zum politikwissenschaftlichen Begriff der Kontestation und seinem Verhältnis zum juristischen Gebrauch Heike Krieger/Andrea Liese, *Introduction: Value Change in the International Legal Order*, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 1 (7–10).

⁶² Deutscher Bundestag, BT-Drs. 20/3624, 23. September 2022.

⁶³ Masala (Fn. 1), S. 156; z.B. DGVN, *Deutschland in den Vereinten Nationen*, UN-Basis-Information 47, Berlin 2019; Anna Reuß, *75 Jahre UN – Die Unreformierbare*, *Süddeutsche Zeitung* 30. September 2020: <https://www.sueddeutsche.de/politik/75-jahre-un-die-unreformierbare-1.5050171>.

obachten als unmöglich, weil eine Entscheidung hierüber nicht gegen den Willen der ständigen Mitglieder getroffen werden kann. Die Siegermächte des Zweiten Weltkriegs dürften kaum bereit sein, die mit dem ständigen Sitz verbundenen Privilegien, vor allem ihr Vetorecht, aufzugeben. Ohne Mehrheit im Sicherheitsrat und gegen ein Veto der ständigen Mitglieder, das sich aus Art. 27 Abs. 3 UN-Charta ergibt, ist eine Reform der UN Charta aber nicht möglich. So perpetuiert die Charta die Machtverhältnisse des Jahres 1945.⁶⁴

Aber ist diese Annahme völliger Reformunfähigkeit wirklich so zwingend, wie sie dargestellt wird? Das verbreitete Narrativ der fehlenden Reformierbarkeit der Vereinten Nationen dominiert den öffentlichen Diskurs und greift doch zu kurz. Unbemerkt von denen, die große Gesten erwarten, sind auf der Ebene der Vereinten Nationen Entwicklungen in Gang gesetzt, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte. Zwar konnte der UN-Sicherheitsrat einen Resolutionsentwurf, in dem die Aggression der Russischen Föderation gegen die Ukraine unter Verletzung von Artikel 2 Abs. 4 UN-Charta auf das Schärfste bedauert wurde, wegen des russischen Vetos nicht verabschieden.⁶⁵ Aber die darauffolgenden Schritte vor und in der Generalversammlung zeigen Wege auf, in denen das UN-System ein wesentliches, auch rechtliches Forum zur Bewältigung des Konfliktes bleibt. In Reaktion auf das russische Veto entschied sich der Rat für das Verfahren nach der *Uniting for Peace Resolution* (UfP)⁶⁶ und verwies die Situation an die Generalversammlung.⁶⁷ Daraufhin nahm die Generalversammlung die bereits erwähnte Resolution zur Aggression gegen die Ukraine an.

In diesem Zusammenhang zeigen sich wichtige Elemente, die erklären, worin die nachhaltige Wirkungsweise des Rechts auch in einer Welt im Umbruch liegt. Das UfP-Verfahren war über ein Vierteljahrhundert ungenutzt. Der Sicherheitsrat setzte das UfP-Verfahren zum letzten Mal 1982 gegen ein Veto der USA zur Lage im Nahen Osten ein.⁶⁸ Dennoch hat eine formale rechtliche Regelung auch ohne entsprechende Praxis Bestand; für die Annahme von *desuetudo*, also dem Geltungsverlust einer Norm aufgrund fehlender Praxis, bestehen hohe Hürden.⁶⁹ So wirkt das Recht wie eine Zeitkapsel, die Inhalte rechtlicher Normen und Verfahren zur Schaffung oder Durchsetzung dieser Inhalte über längere Zeiträume gegen Wandel oder Verlust absichern kann und es erlaubt, auch unter veränderten Umständen wieder auf diese Inhalte und Verfahren zurückzugreifen. Das Vorgehen von Sicherheitsrat und Gene-

⁶⁴ Zur Kritik *Bardo Fassbender*, *UN Security Council Reform and the Right to Veto – A Constitutional Perspective*, Den Haag 1998.

⁶⁵ UN Dok. S/2022/155 vom 25. Februar 2022; UN Dok. S/PV. 8979 vom 25. Februar 2022.

⁶⁶ UN Dok. A/Res/377 (V) vom 3. November 1950.

⁶⁷ UN Dok. S/Res/2623 (2022) vom 27. Februar 2022.

⁶⁸ UN Dok. ES-9/1 (1982) vom 5. Februar 1982.

⁶⁹ *Jan Wouters/Sten Verhoeven*, *Desuetudo*, in: Peters (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford November 2008, Rn. 17.

ralversammlung im Fall der Ukraine sendet damit ein Signal für die vielfältigen Möglichkeiten des UN-Systems: Nicht einmal China hat gegen die Verweisung gestimmt. Zugleich ist bemerkenswert, dass der Westen gemeinsam mit der Ukraine diesen Schritt gewählt hat. Denn westliche Staaten blieben in der Vergangenheit skeptisch, wenn es darum ging, Situationen vor die Generalversammlung zu bringen, da in der Generalversammlung eine klare Mehrheit von Staaten des Globalen Südens vertreten ist.⁷⁰

Die schrittweisen Reformbemühungen gehen weiter und stärken die Rolle der Generalversammlung in der Friedenssicherung. Besonders hervorzuheben ist die im Konsens angenommene Resolution vom 26. April 2022, wonach die Ausübung des Vetos durch ein ständiges Mitglied des Sicherheitsrates eine Sitzung der Generalversammlung zur Folge hat, in der alle UN-Mitglieder die Ausübung des Vetos kritisch hinterfragen können.⁷¹ Verantwortlichkeit wird verfahrenstechnisch dadurch geschaffen, dass der Staat, der das Veto ausübt, an den Anfang der Rednerliste gestellt wird, worin eine implizite Aufforderung liegt, die Ausübung zu rechtfertigen. Am 8. Juni 2022 wurde das Verfahren erstmals in Reaktion auf ein chinesisches und russisches Veto im Hinblick auf das Sanktionsregime gegenüber Nordkorea durchgeführt.⁷² Begründungspflichten für die Ausübung des Vetos werden seit geraumer Zeit postuliert.⁷³ Bereits 2006 forderte ein Resolutionsentwurf von Costa Rica, Jordanien, Liechtenstein, der Schweiz und Singapur die Einführung solcher Pflichten.⁷⁴ 2015 ist ein Code of Conduct auf Initiative einer Gruppe von 27 Staaten verabschiedet worden, den mittlerweile 121 Staaten unterzeichnet haben.⁷⁵ Nach diesem Code of Conduct sollen die ständigen Mitglieder des UN Sicherheitsrates davon absehen, ihr Vetorecht in Anspruch zu nehmen, wenn der Sicherheitsrat seine internationale Schutzverantwortung wahrnehmen soll.⁷⁶ Zu den Unterzeichnern gehören auch die ständigen Sicherheits-

⁷⁰ Jochen von Bernstorff/Philipp Dann, *The Battle for International Law: An Introduction*, in: von Bernstorff/Dann (Hrsg.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford 2019, S. 1 (29); Koagne Zouapet (Fn. 38), S. 24.

⁷¹ UN Dok. A/Res/76/262 vom 26. April 2022, Abs. 13.

⁷² UN Dok. A/12423 vom 8. Juni 2022; s.a. Raphael Schäfer, *The Echo of Quiet Voices. Liechtenstein's Veto Initiative and the American Six Principles*, EJIL:Talk! vom 10. Oktober 2022: <https://www.ejiltalk.org/the-echo-of-quiet-voices-liechtensteins-veto-initiative-and-the-american-six-principles/>.

⁷³ Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte*, 2014, S. 221.

⁷⁴ UN Dok. A/60/L. 49 vom 17. März 2006.

⁷⁵ Stand 8. Juni 2022: <https://www.globalr2p.org/resources/list-of-signatories-to-the-act-code-of-conduct/>.

⁷⁶ UN, Annex I to the letter dated 14 December 2015 from the Permanent Representative of Liechtenstein to the United Nations addressed to the Secretary-General – *Code of conduct regarding Security Council action against genocide, crimes against humanity or war crimes*, UN Dok. A/70/621 – S/2015/978, Abs. 2: „2. Pledge in particular to not vote against a credible draft resolution before the Security Council on timely and decisive action to end the commission of genocide, crimes against humanity or war crimes, or to prevent such crimes.“

ratsmitglieder Frankreich und das Vereinigte Königreich. Dennoch hatte sich hier bislang praktisch nichts bewegt. Um so wichtiger ist daher die Resolution aus dem April 2022. Erstmals ist nun eine Regel niedergelegt worden, die die politische Verantwortlichkeit für die Ausübung des Vetos prozeduralisiert. Vielleicht ein kleiner Schritt, aber ein Schritt, der noch vor einigen Jahren unmöglich erschien.

II. Wertehegemonie des Westens

Wie ist es aber mit dem befürchteten Verlust liberaler Werte? Stützt sich der Westen nicht nur deshalb auf das Narrativ, Völkerrecht zu befolgen, weil es (noch) seine Werte widerspiegelt? Anzeichen für eine größere Distanz westlicher Staaten von völkerrechtlichen Foren, in denen ihr Einfluss zurückgedrängt wird, finden sich in der Geschichte des Völkerrechts durchaus. Als Beispiel mag die bereits erwähnte Abwendung von der Generalversammlung in Folge der Dekolonisierung dienen, die zunächst fehlende Bereitschaft, die UN Seerechtskonvention von 1982 zu ratifizieren⁷⁷ oder die Zurückweisung der Neuen Weltwirtschaftsordnung in den 1970iger Jahren, die die Interessen des Globalen Südens in den Vordergrund rückte.⁷⁸

1. Das Dilemma der Wertehegemonie

Die Hinterfragung der westlichen Wertehegemonie in einer Welt im Umbruch kann für demokratische Verfassungsstaaten, wie die Bundesrepublik, zu einem Dilemma führen. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte sind unverhandelbare Eckpfeiler ihrer Verfassungsidentität. Gerade der Schutz des Individuums auch auf internationaler Ebene ist damit eng verknüpft und wird als fester Bestandteil eines völkerrechtlichen Fortschrittsnarrativs betrachtet. Die Idee offener Staatlichkeit, für die das Grundgesetz steht, beruht in den Worten des Bundesverfassungsgerichts auf der Annahme, dass das Völkerrecht im Wesentlichen vergleichbare Werte widerspiegelt und sich in eine liberale Richtung fortentwickelt:

„Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten.“⁷⁹

⁷⁷ *Surabhi Ranganathan*, The Common Heritage of Mankind, in: Bernstorff/Dann (Fn. 70), S. 35.

⁷⁸ UN Dok. A/Res/S-6/3201 vom 1. Mai 1974: „Declaration of the Establishment of a New International Economic Order“; A/Res/S-6/3202 vom 1. Mai 1974: „Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order“; A/Res/3281 (XXIX) vom 12. Dezember 1974: „Charter of Economic Rights and Duties of States“; *Giorgio Sacerdoti*, New International Economic Order, in: Peters (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford September 2015, Rn. 17, 25.

⁷⁹ BVerfGE 111, 307 (319).

Auch dort, wo das Bundesverfassungsgericht „das letzte Wort der deutschen Verfassung“⁸⁰ betont, geht es bislang eher um Wertungsunterschiede als um veritable Wertekonflikte.⁸¹ Hierin spiegelt sich noch immer die Erfahrung der Nachkriegszeit, wonach die Einbindung in ein internationales und europäisches Rechtssystem den demokratischen Verfassungsstaat, der die Grundrechte des Individuum schützt, sichert⁸²:

„Verfassungs- und Völkerrecht haben sich zu einem finalen Aktionsverbund zusammengeschlossen; [...] Die internationale Menschenrechtsverfassung, die ja überhaupt ihre Entstehung einer Reaktion auf die verbrecherische Politik des Dritten Reiches verdankt, übernimmt somit die Funktion eines Notankers der innerstaatlichen Menschenrechtsverfassung.“⁸³

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mit dem gemäßigten Dualismus Vorkehrungen getroffen, um im Fall scharfer Wertekonflikte den grundgesetzlichen Wertekanon abzusichern. Dennoch zeitigten solche Wertekonflikte erhebliche Implikationen für die Idee einer offenen Staatlichkeit. Eine Zurückdrängung freiheitlicher Interpretationen der Menschenrechte müsste wohl unweigerlich auch eine Änderung der verfassungsrechtlichen Spruchpraxis zur Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zur Folge haben.

Doch so sehr „eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten“ aus der Perspektive des Grundgesetzes erstrebenswert erscheint, stellen sich die Demokratisierungsbemühungen im Völkerrecht nach 1990 auch als ein Versuch der hegemonialen Überformung der Völkerrechtsordnung dar. Bestimmte Varianten liberaler Theorien des Völkerrechts haben zu den bereits beschriebenen Asymmetrien in der Rechtsordnung erheblich beigetragen.⁸⁴ So haben sich solche Ansätze als besonders problematisch erwiesen, die auf Grundlage einer bestimmten liberalen Lesart darauf zielten, Staaten, die nicht demokratisch und rechtsstaatlich verfasst sind, aus der Völkerrechtsordnung oder aus globalen internationalen Organisationen ausschließen. *Gerry Simpson* hat insofern von einem „liberal antipluralism“ gesprochen,⁸⁵ der sich seit dem 19. Jahrhundert durch das Völker-

⁸⁰ BVerfGE, ebd.

⁸¹ „Im Übrigen ist auch im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes [...] die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen.“ BVerfGE 128, 326 (371), wobei das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit solcher fundamentalen Wertekonflikte sieht: BVerfGE 148, 296 (350).

⁸² *Heike Krieger*, Die Herrschaft der Fremden – Zur demokratietheoretischen Kritik des Völkerrechts, AöR 133 (2008), S. 315 (324).

⁸³ *Christian Tomuschat*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, 1992, § 172 Rn. 73.

⁸⁴ Genau dies sagt *Gerry Simpson*, Two Liberalisms, European Journal of International Law 12 (2001), S. 537 (539), im Jahr 2001 voraus unter Bezugnahme auf die Arbeiten von Fukuyama, Teson, Reisman und Slaughter.

⁸⁵ *Simpson* (Fn. 84), S. 537.

recht ziehe.⁸⁶ Hierzu zählen Versuche in der Zeit nach Ende des Kalten Krieges, Anerkennungskriterien für Staaten und Regierungen rechtlich an das Kriterium demokratischer Rechtsstaatlichkeit zu knüpfen⁸⁷ oder Rechtfertigungskonstruktionen für pro-demokratische Interventionen zu konstruieren.⁸⁸ Besonders plakativ sind Ansätze, die um die Jahrtausendwende herum gefordert haben, den historisch-kontingenten und abzulehnenden Standard der „Kulturvölker“, der sog. „civilized nations“, in der Liste der Rechtsquellen in Art. 38 IGH-Statut so auszulegen, dass er nur demokratische Staaten erfasse.⁸⁹ Hier sollte das Völkerrecht im Namen liberalen Gedankenguts zu einem hegemonialen Instrument der Exklusion gemacht werden.⁹⁰

Diese Entwicklung reflektiert eine zentrale Argumentation der realistischen Theorie, wie sie in unterschiedlichen Nuancen in den Arbeiten von Carr und Morgenthau zum Ausdruck kommt. In kritischer Auseinandersetzung mit der Außenpolitik der USA und des Vereinigten Königreichs am Ende des 19. und im frühen 20. Jahrhundert⁹¹ wenden sich beide gegen eine Diplomatie, die nationale Eigeninteressen und nationale Werte mit universellen Interessen oder universellen Werten gleichsetzt.⁹² Carr negiert dabei grundsätzlich die Möglichkeit abstrakter ethischer Standards, an denen das Handeln in den internationalen Beziehungen ausgerichtet werden könne,⁹³ während Morgenthau zwischen *universal ethics* und *nationalistic universalism* unterscheidet. Dabei versteht Morgenthau den Wandel hin zu einem nationalistischen Universalismus als Ergebnis historischer Prozesse des 19. Jahrhunderts⁹⁴ und hält ihn für politisch naiv.⁹⁵ Carr⁹⁶ und Morgenthau teilen die Kritik, dass gerade Großmächte eine utopisch-idealistische Vorstellung des Völkerrechts befördern, um ihre Wertehegemonie in einem Appell an die Uni-

⁸⁶ Simpson, ebd., S. 544 f.

⁸⁷ Rückblickend Helmut Aust, Die Anerkennung von Regierungen: Völkerrechtliche Grundlagen und Grenzen im Lichte des Falls Venezuela, ZaöRV 80 (2020), S. 73 (90–93).

⁸⁸ Jure Vidmar, Democracy and Regime Change in the Post-Cold War International Law, New Zealand Journal of Public and International Law 11 (2013), S. 349.

⁸⁹ Siehe José Alvarez, Interliberal Law: A Comment, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 94 (5–8 April 2000), S. 249 (250).

⁹⁰ Dazu Kyle Lascurettes, Orders of Exclusion, Oxford 2020.

⁹¹ Edward Hallett Carr, The Twenty Year's Crisis, London 1939 (Reprint 2001), S. 76–79; Hans Morgenthau, In Defense of the National Interest, New York, 1951, S. 13–33; ders., The Mainsprings of American Foreign Policy: The National Interest vs. Moral Abstractions, The American Political Science Review 44 (1950), S. 833 (847 ff.); s.a. Oliver Jütersonke, Morgenthau, Law and Realism, Cambridge 2010, S. 158–160.

⁹² Morgenthaus völkerrechtliche Arbeiten sind (auch) in Auseinandersetzung mit dem Weimarer Methodenstreit und den Positionen Carl Schmitts entstanden: Koskeniemi (Fn. 12), S. 18 f., 23, 25. Auch Carr greift auf den deutschsprachigen Diskurs, etwa den Historiker Friedrich Meinecke, zurück, wenn auch nicht auf Schmitt.

⁹³ Carr (Fn. 91), S. 75.

⁹⁴ Hans Morgenthau, The Twilight of International Morality, Ethics 58 (1948), S. 79 (88, 95).

⁹⁵ Jütersonke (Fn. 91), S. 159.

⁹⁶ Carr (Fn. 91), S. 86 f.

versalität zu verbergen und so zu entpolitisieren.⁹⁷ Für Morgenthau war diese Rhetorik zentraler Bestandteil der Außenpolitik der USA, die er aber nur unter der Bedingung des Status einer alleinigen Supermacht für möglich hielt:

„The international legal order appropriate to the globalism of American foreign policy would be monistic and absolutistic rather than pluralistic and relativistic. [...] Thus, American globalism of necessity culminates in a Pax Americana of American imperium in which the political interests and legal values of the United States are identified with universal ones. It goes without saying that such a monistic system of international law and organization, fashioned in the image of what the United States thinks it ought to be, requires a predominant power not available to the United States.“⁹⁸

In diesem Zitat antizipiert Morgenthau die Auswirkungen der Stellung der USA in der Zeit nach Ende des Kalten Krieges auf die Völkerrechtsordnung. So deuten politikwissenschaftliche Stimmen der Gegenwart die Turbulenzen und Ambivalenzen in der internationalen Ordnung gerade als „Widerstand gegen [eine] forcierte Liberalisierung der normativen Weltordnung“.⁹⁹

2. Widerstand und Kritik

Widerstand und Kritik finden sich dabei sowohl in der akademischen Literatur als auch in der völkerrechtlichen Praxis. Der Aufstieg kritischer, gerade auch marxistischer Rechtstheorien in der Völkerrechtswissenschaft zeitlich verknüpft mit einem gewissen Bedeutungsverlust konstitutioneller Theorien spiegelt die Herausformung dieses Widerstandes. Gegenwärtig wird eine intensive Debatte darüber geführt, wie sehr die Verbreitung des Staates und des Völkerrechts mit der weltweiten Ausbreitung des Kapitalismus verknüpft sind¹⁰⁰ und inwieweit internationale Menschenrechtsverbürgungen die weltweite Verbreitung des Neoliberalismus und damit wirtschaftliche Ungleichheit befördert haben.¹⁰¹

⁹⁷ Jütersonke (Fn. 91), S. 147 f., 173.

⁹⁸ Hans Morgenthau, *Emergent Problems of United States Foreign Policy*, in: Deutsch/Hoffman (Hrsg.), *The Relevance of International Law*, Garden City 1971, S. 47 (55 f.).

⁹⁹ Daase/Deitelhoff (Fn. 2), S. 184.

¹⁰⁰ Parfitt (Fn. 11); Ntina Tzouvala, *Capitalism as Civilization*, Cambridge 2020.

¹⁰¹ Kritisch zur Verstrickung der Menschenrechtsidee mit dem Neo-Liberalismus Upendra Baxi, *The Future of Human Rights*, Oxford 2008, S. 234–275; Susan Marks, *Four Human Rights Myths*, in: Kinley/Sardurski/Walton (Hrsg.), *Human Rights*, Cheltenham 2013, S. 217; Umut Özsü, *Neoliberalism and Human Rights: The Brandt Commission and the Struggle for a New World*, *Law and Contemporary Problems* 81 (2018), S. 139; Jessica Whyte, *The Morals of the Market*, London 2019; skeptisch Samuel Moyn, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, *Law and Contemporary Problems* 77 (2014), S. 147; zum Streitstand Gillian Macnaughton/Diane Frey/Catherine Porter, *Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Human Rights and Economic Inequalities*, Cambridge 2021, S. 1 (11 f., 13 f.).

In der Völkerrechtspraxis stechen u. a. die zunehmenden Bemühungen Chinas hervor, eine Kritik westlich-liberaler Menschenrechtsdiskurse (wieder)¹⁰² aufzubauen und neue Begrifflichkeiten im UN Menschenrechtsschutzsystem zu etablieren. Ein wesentlicher Baustein ist die chinesische Unterstützung für die UN Sustainable Development Goals (SDGs), die sich aus Sicht der chinesischen Regierung erfolgreich mit ihren (innerstaatlichen) politischen Zielen verknüpfen lassen. Es geht darum, der UN Lesart, die einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen nachhaltiger Entwicklung und menschenrechtlichen Regelungswerk der UN sieht, eine Interpretation entgegenzusetzen, die diese Beziehung auflöst. China zielt darauf, eine menschenrechtliche Hierarchie zu etablieren, die den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, die einen Rahmen für wirtschaftliche Entwicklung bilden, einen Vorrang gegenüber bürgerlichen und politischen Rechten einräumt. Hierzu hat die chinesische Regierung 2023 verschiedene Initiativen formalisiert, die sog. „Global Security, Global Development, and Global Civilization Initiatives“, die von Beobachtern als Gegenentwürfe zu den in den UN etablierten Multistakeholder Prozessen im Rahmen der SDGs interpretiert werden.¹⁰³ Seit 2015 ist es China gelungen, den Begriff der „Schicksalsgemeinschaft der Menschheit“ in Resolutionen unterschiedlicher UN Gremien zu platzieren, der auf ein Verständnis absoluter, vorrechtlicher Souveränität zielt.¹⁰⁴ In diesem Sinne sollen die beiden sog. „Win-Win“-Resolutionen aus den Jahren 2018 und 2021¹⁰⁵ das UN-System der internationalen Überwachung der innerstaatlichen Einhaltung menschenrechtlicher Verbürgungen untergraben, indem sie Kooperation und Dialog in den Vordergrund rücken.¹⁰⁶ Ein Passus im Resolutionentwurf von 2020 bezeichnetet dabei entgegen herrschender völkerrechtlicher Bewertungen Aktivitäten nicht-staatlicher Akteure, also von NGOS, als rechtlich relevante Formen der Einmischung in die inneren Angelegenheiten.¹⁰⁷ Die Formulierung ist in der verabschiedeten Resolution zwar nicht mehr enthalten und man mag diese Beobachtung als Indiz dafür werten, dass die chinesischen Reinterpretationen nicht unwidersprochen bleiben. Die erste Resolution wurde aber nur mit einer Gegenstimme aus den USA angenommen. Gegen die zweite Resolution stimmten 16 Staaten, darunter Indi-

¹⁰² Auf Ursprünge der chinesischen Kritik in der sowjetischen Völkerrechtslehre weist *Martinez Mitchell* (Fn. 23) hin.

¹⁰³ *Martinez Mitchell* (Fn. 23).

¹⁰⁴ *Katrin Kinzelbach*, Was will China im UN Menschenrechtsrat?, Vereinte Nationen 2020, S. 255 (260).

¹⁰⁵ UN Human Rights Council Resolution 37/23 vom 23. März 2018, UN Dok A/HRC/RES/37/23; UN Human Rights Council Resolution 46/13 vom 23. März 2021, UN Dok. A/HRC/RES/46/13.

¹⁰⁶ *Kinzelbach* (Fn. 104), S. 260.

¹⁰⁷ UN Dok. A/HRC/43/L.31 vom 4. April 2020: „*Reaffirming* that each State has the inalienable right to choose freely and develop, in accordance with the sovereign will of its people, its own political, social, economic and cultural systems, without interference from any other State or non-State actor, in strict conformity with the Charter, the Universal Declaration of Human Rights and other relevant international instruments.“

en.¹⁰⁸ Bislang hat China auch im internationalen Menschenrechtssystem keinen Normwandel herbeiführen können. Beobachter sehen in den verschiedenen Initiativen aber eine langfristig angelegte Strategie, Reinterpretationen im eigenen Interesse zu forcieren.¹⁰⁹

3. Völkerrecht und Liberalismus

Die Frage, ob die Völkerrechtsordnung aufgrund der amerikanischen Hegemonie auf das engste mit dem Liberalismus verwoben ist, wirft die grundsätzliche Frage auf, wie sehr die internationale Rechtsordnung in Abhängigkeit von bestimmten ideologischen Hintergründen konzipiert und interpretiert werden sollte. Während sich ein liberaler Hintergrund völkerrechtlicher Konzepte über die Zeit in unterschiedlicher Intensität nachzeichnen lässt, muss dem Bestreben nach einem „liberalen Umbau des Völkerrechts“¹¹⁰, vor allem einem Umbau im Sinne anti-pluralistischer liberaler Theorien, entschieden entgegengetreten werden. Weder verkörpert die internationale Rechtsordnung ausschließlich liberales Gedankengut noch lässt sich eine solche ideologische Festlegung mit zentralen Funktionen der Völkerrechtsordnung vereinbaren.

a) Liberalismus als Grundbegriff der politischen Philosophie oder „Metakategorie“¹¹¹ hat vielfältige Deutungen erfahren, so dass er sich trotz oder wegen seiner Allgegenwärtigkeit einer klaren Begriffsbestimmung zu entziehen droht.¹¹² Insbesondere die unterschiedlichen Selbst- und Fremdzuschreibungen¹¹³ und langen Entwicklungslinien liberaler Ideen führen gerade auch zur Integration ehemals antagonistischer Konzepte.¹¹⁴ Während so Abgrenzungen erschwert werden, wie der Begriff „sozialliberal“ verdeutlicht,¹¹⁵ lässt sich das Konzept nach Ansicht einiger Beobachter doch nur durch Abgren-

¹⁰⁸ Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Indien, Italien, Japan, Marshall Inseln, Niederlande, Österreich, Polen, Südkorea, Tschechien, Ukraine und das Vereinigte Königreich.

¹⁰⁹ *Kinzelbach* (Fn. 104), S. 256; *Eva Pils*, Autocratic Challenges to International Human Rights Law: A Chinese Case Study, *Current Legal Problems* 75 (2022), S. 189 (195).

¹¹⁰ *Daase/Deitelhoff* (Fn. 2), S. 183.

¹¹¹ *Duncan Bell*, What is Liberalism, *Political Theory* 42 (2014), S. 682 (683).

¹¹² Z. B. *Judith Shklar*, The Liberalism of Fear, in: Rosenblum (Hrsg.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.) 1989, S. 21.

¹¹³ Selbst- und Fremdzuschreibungen als Kern der Begriffsbestimmung sieht *Bell* (Fn. 111), S. 689 f.

¹¹⁴ S. *Michel Seymour*, A Liberal Theory of Collective Rights, Montreal/Kingston 2017; s.a. *Makau Mutua*, Human Rights in Africa: The Limited Promise of Liberalism, *African Studies Review* 51 (2008), S. 17 (37), der eine Rekonstruktion des liberalen Projektes aus der Perspektive des afrikanischen Kontinents fordert.

¹¹⁵ *Bell* (Fn. 111), S. 684, 705.

zungen zu anderen politischen Ideologien beschreiben.¹¹⁶ Bell beispielsweise argumentiert, dass die Gleichsetzung des Liberalismus mit dem Aufstieg des Westens und seiner Zivilisationsnarrative in das 18. Jahrhundert zurückreiche, aber in der Mitte des 20. Jahrhunderts in Abgrenzung zum Totalitarismus zur dominanten Lesart erstarkt sei.¹¹⁷

Dieses Narrativ spiegelt sich auch in völkerrechtlichen Analysen. In seiner Kritik völkerrechtlicher Argumentationsstrukturen hat *Koskenniemi* darauf abgestellt, dass die internationale Rechtsordnung seit dem 17. Jahrhundert in ihren Grundstrukturen und ihrer Begrifflichkeit vor der Folie einer politischen Theorie des Liberalismus entworfen worden sei, selbst wenn dies in der herrschenden positivistischen Lesart des Rechts oftmals nicht explizit gemacht werde. Nicht nur offensichtliche Debatten, wie die um Selbstbestimmung und Rechtsstaatlichkeit, hätten ein liberales Gepräge,¹¹⁸ sondern bereits die ganze Grundkonzeption einer Ordnung freier und gleicher Staaten sei durch den Liberalismus bestimmt. Aufgrund der Abkehr vom Naturrecht finde sich keine vorgegebene Wertehierarchie mehr, so dass nach dem Gedanken souveräner Gleichheit jeder Staat frei sei, sein Wertesystem zu wählen.¹¹⁹ Die Völkerrechtsordnung, so wie sie in der UN-Charta zum Ausdruck kommt, sei damit im liberalen Sinne pluralistisch und individualistisch.¹²⁰ Mehr noch als die Grundstrukturen dieser Rechtsordnung mag man auch die Fortentwicklung des Völkerrechts hin zu einer größeren Werteorientierung im Sinne eines Fortschrittsnarrativs seit 1945 und nach 1990 als Ausprägung des Liberalismus lesen.¹²¹ Insbesondere der Pakt über bürgerliche und politische Rechte spiegelt zu seiner Entstehungszeit das minimalistisch-liberale Menschenrechtsverständnis der Mitte des 20. Jahrhunderts¹²² wider, das vor allem auf die Freiheit des Individuums im Sinne eines negativen Freiheitsbegriffs abstellt.

Dennoch sind nicht alle Bereiche des Völkerrechts, nicht einmal des Menschenrechtsschutzes, ausschließlich liberal geprägt¹²³ und gerade die Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes lässt sich auch vor einem kommunitaristischen Hintergrund¹²⁴ verstehen. Ausgehend vom Pakt über wirtschaftliche

¹¹⁶ *Martti Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, Cambridge 2005, S. 75; *Georg Simmerl*, *Liberalism and Critique*, *Scripts Working Papers* Nr. 24 (2023), S. 5.

¹¹⁷ *Bell* (Fn. 111), S. 704 f.

¹¹⁸ *Koskenniemi* (Fn. 116), S. 5.

¹¹⁹ *Koskenniemi*, ebd., S. 93 f. und Fn. 81.

¹²⁰ *Koskenniemi*, ebd., S. 156; s.a. *Simpson* (Fn. 84), S. 540 f.

¹²¹ *Tilmann Altewicker/Oliver Diggelmann*, *How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?*, *EJIL* 25 (2014), S. 425 (434, 439).

¹²² Siehe dazu *Samuel Moyn*, *Liberalism against itself*, Princeton 2023, u.a. unter Bezug auf J. Shklar und I. Berlin.

¹²³ *Tobias Berger*, *Human Rights beyond the Liberal Script: A Morphological Approach*, *International Studies Quarterly* 67 (2023), i.E.

¹²⁴ *Michael Walzer*, *The Communitarian Critique of Liberalism*, *Political Theory* 18 (1990), S. 6.

und soziale Rechte¹²⁵ sind hier die Menschenrechte der zweiten und dritten Generation, wie das Recht auf Wasser¹²⁶ und kollektive Rechte¹²⁷ sowie die Rechte von Indigenen¹²⁸ zu nennen. Andere Interpretationen betonen den holistischen Gehalt der internationalen Menschenrechtsverbürgungen, der mittelbar oder unmittelbar auch die Beseitigung materieller Ungleichheit verlange.¹²⁹ Letztere Ansicht beruft sich auf Ansätze einer entsprechenden Praxis in den UN Menschenrechtsgremien.¹³⁰ Neben einer liberalen Lesart des Völkerrechts bietet eine kommunitaristische Lesart auch im allgemeinen Völkerrecht eine Alternative, wonach Gemeinschaftsinteressen oder das Gemeinwohl Vorrang vor staatlichen Interessen und individuellen Rechten, einschließlich Eigentumsrechten, haben.¹³¹ So hat *John Tasioulas* vorgeschlagen, das Nicaragua-Urteil einer kommunitaristischen Interpretation zu unterziehen, um die Behauptung eines „Vorrangs des Staates vor der internationalen Gesellschaft“ zurückzuweisen.¹³² In diesen Zusammenhang gehört auch Grundsatz der „permanent sovereignty of natural resources“ in seiner anti-imperialistischen Stoßrichtung.¹³³ Die Beispiele zeigen, dass jedenfalls Teile des Völkerrechts nicht zwingend auf eine Lesart beschränkt sind, die sich auf eine bestimmte politische, soziale oder wirtschaftliche Theorie stützt.

b) Wenn aber eine kommunitaristische Lesart mit dem Völkerrecht vereinbar erscheint, gilt dies nicht auch für konservativ-nationalistische oder auto-

¹²⁵ Einerseits z. B. *Jeanne Woods*, Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm, *Texas International Law Journal* 38 (2003), S. 763 (771); andererseits für soziale Rechte als Teil des liberalen Wohlfahrtsstaates z. B. *Whelan/Donnelly* (Fn. 60), S. 922.

¹²⁶ *Jeremy Schmidt/Kyle Mitchell*, Property and the Right to Water: Toward a Non-Liberal Commons, *Review of Radical Political Economics* 46 (2014), S. 54.

¹²⁷ *Mutua* (Fn. 114), S. 32, 34.

¹²⁸ Interamerican Court of Human Rights, Case of Mayagna (Suma) Awas Tingni Community vs. Nicaragua (2001) (Ser C) No 79; zur Integration kommunitaristischer Ansätze in liberale Menschenrechtskonzepte durch dieses Urteil *Valerio de Oliveira Mazzuoli/Dilton Ribeiro*, Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 61 (2015), S. 133 (152).

¹²⁹ E. g. *Gillian MacNaughton*, Equality Rights Beyond Neoliberal Constraints, in: dies./Frey (Hrsg.), *Economic and Social Rights in a Neoliberal World*, Cambridge 2018, S. 103.

¹³⁰ *Sylvain Aubry/Katherine James/Lucy McKernan/Beth Munro/Caroline Noyrez*, What the UN Human Rights Treaty Bodies Tell Us about Economic Inequalities and Human Rights: An Empirical Analysis of Twenty Years of Practice, in: *MacNaughton/Frey/Porter* (Fn. 101), S. 85 (106 f.).

¹³¹ *Pranay Lekhi*, The Nuclear Problem: A Communitarian Response, *Netherlands International Law Review* 68 (2021), S. 89; *Kamil Zeidler/Magdalena Lagiewska*, Liberalism versus Communitarianism in Cultural Heritage Law, *International Journal for the Semiotics of Law* 34 (2021), S. 657 (659).

¹³² *John Tasioulas*, In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), S. 85 (117 ff.).

¹³³ *Mohammed Bedjaoui*, *Towards a New International Economic Order*, Paris 1979, S. 97, 153.

kratische¹³⁴ Interpretationen? Die Frage nach dem liberalen Gehalt des Völkerrechts führt letztlich zu der Debatte um die Unbestimmtheit völkerrechtlicher Normen, die manche Autoren im Zentrum realistischer Völkerrechtskritik sehen.¹³⁵ Denn der dezentrale Charakter der Völkerrechtsordnung verschärfe das grundsätzliche Problem der interpretativen Offenheit von Rechtsnormen.¹³⁶ Wenn die Staaten gleichberechtigt und souverän seien, seien sie letztendlich frei in ihrer Interpretation des Rechts.¹³⁷ Ähnlich argumentiert Koskenniemi, dass die Unbestimmtheit des Völkerrechts aus der Widerspruchlichkeit des Liberalismus selbst resultiere, insofern er individuelle Freiheit und kollektive Entscheidungsfindung zu vereinen suche.¹³⁸ Wenn Werte subjektiv und vom Konsens abhängig seien, könnten sie nicht zugleich übergeordnet einer objektivierten Entscheidungsfindung dienen. Daher würden Rechtsregeln manipulierbar und könnten für die Rechtfertigung gegensätzlicher Positionen herangezogen werden¹³⁹: „International Law provides resources for defending good and bad causes, enlightened and regressive policies.“¹⁴⁰

Die Unbestimmtheitskritik am Völkerrecht trägt allerdings nicht so weit, wie manche ihrer Vertreter nahelegen. Zwar stellt die Unbestimmtheit rechtlicher Normen in der dezentralen Völkerrechtsordnung eine wesentliche Herausforderung dar, die mit ihr verbundenen Ambivalenzen aber sind auszuhalten. Unbestimmtheit ist eben nicht nur Folge von Argumentationsmustern und Strukturen, sondern dient auch als ein Instrument, das Recht an den politischen Kontextbedingungen auszurichten, unter denen die Völkerrechtsordnung Wirksamkeit entfalten soll. Tiefgreifende Wertekonflikte zwischen sehr unterschiedlich verfassten Gesellschaften und Staaten bestimmen die internationale Ordnung weiterhin. In einem solchen pluralistischen System gehört es zu den Aufgaben des Völkerrechts, den unterschiedlichen Akteuren ein gemeinsames Vokabular und gemeinsame Verfahren zur Verfügung zu stellen, um Wertekonflikte mit den Mitteln des Rechts austragen zu können. Gerade eine offene, unbestimmte Rechtssprache, die nicht ideologisch überformt ist, vermag den dafür erforderlichen Rahmen zu bieten und allen als Projektions- und Identifikationsfläche zu dienen.¹⁴¹ Ein solches Verständnis liegt letztlich auch der UN-Charta¹⁴² und der Rechtsprechung des IGH¹⁴³ zugrun-

¹³⁴ Tom Ginsburg, *Authoritarian International Law?*, AJIL 114 (2020), S. 221.

¹³⁵ Jütersonke (Fn. 91), S. 165, 174; Ryan Martinez Mitchell, *Sovereignty and Normative Conflict: International Legal Realism as a Theory of Uncertainty*, Harvard International Law Journal 58 (2017), S. 421 (436, 443, 446–452).

¹³⁶ Dazu Marxsen (Fn. 20), S. 348–354.

¹³⁷ Martinez Mitchell (Fn. 135), S. 436.

¹³⁸ Koskenniemi (Fn. 116), S. 66, 87.

¹³⁹ Koskenniemi, ebd., S. 74 f., 88 f.

¹⁴⁰ Koskenniemi, ebd., S. 613.

¹⁴¹ Andrew Hurrell, *On Global Order*, Oxford 2007, S. 10, 312; Krieger (Fn. 19), S. 453.

¹⁴² Simpson (Fn. 84), S. 549 ff., 554, zu den Debatten im Rahmen der Travaux Préparatoires.

de, wonach Universalität, souveräne Gleichheit und damit Pluralismus Vorrang vor inhaltlichen Anforderungen an die Verfasstheit der Staaten haben. Der grundsätzlich pluralistische Charakter des internationalen Systems macht deutlich, dass Vorsicht geboten ist, außerrechtliche politische, soziale oder wirtschaftliche Theorien zu dominanten Auslegungsparadigmen erstarken zu lassen, wenn das Völkerrecht seiner Funktion als gemeinsamer Bezugsrahmen gerecht werden soll.

So ist die Aufrechterhaltung eines gewissen Wertepluralismus zugleich Grundlage für die internationale Zusammenarbeit zwischen den innerstaatlich unterschiedlich verfassten Staaten. *José Alvarez* hat bereits im Jahr 2000 darauf hingewiesen: Die Idee einer liberalen Theorie des Völkerrechts beruht zu stark auf dem Gegensatz zwischen liberalen und illiberalen, zwischen autokratischen und demokratischen Regierungen. Sie zeichnet die Kooperation mit Autokratien zu pessimistisch und die zwischen Demokratien zu optimistisch.¹⁴⁴ In der Tat haben an sich liberale Verfassungsstaaten selbst einen wesentlichen Anteil an den gegenwärtigen Turbulenzen und Ambivalenzen in der internationalen Ordnung. Beispielsweise geht die Erosion von Frauenrechten im Völkerrecht auf eine breite Allianz unterschiedlicher Akteure zurück, die nicht nur muslimische Staaten oder Autokratien, wie Russland, umspannt, sondern auch religiöse Fundamentalisten der christlichen Rechten in den USA. Die USA unter der Trump Administration standen hinter der Geneva Consensus Declaration von 2020, die sich explizit gegen international verbürgte Reproduktionsrechte der Frau wendet und diesen Rechten traditionelle Familienwerte als „universelle Werte“ entgegensetzt. Zu den Unterzeichnern zählen nicht nur Ägypten, Bahrain und Saudi-Arabien, sondern auch Brasilien, Paraguay, Polen und Ungarn.¹⁴⁵ Ein erheblicher Rückschlag für die Reproduktionsrechte der Frau geht von der Entscheidung des US Supreme Courts im Fall *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁴⁶ aus, die das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Abtreibung in den USA aberkannte und die Regelungskompetenz den Bundesstaaten zuspricht. Demgegenüber hat der Kolumbianische Verfassungsgerichtshof Anfang 2022 entschieden, die Abtreibung bis zur 24 Woche straffrei zu stellen.¹⁴⁷

c) Das Denken in alten Allianzen und der Rückgriff auf althergebrachte Zuschreibungen helfen in einer Welt im Umbruch letztlich nicht weiter. Die Rolle der USA als einziger Supermacht nach 1990 hat zu lange den Blick darauf ver-

¹⁴³ *Simpson* (Fn. 84), S. 554 f., nennt ICJ, Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1948, 57, S. 62 f.

¹⁴⁴ *Alvarez* (Fn. 89), S. 253.

¹⁴⁵ Geneva Consensus Declaration on Promoting Women's Health and Strengthening the Family of 22 October 2020, Annex to the letter dated 2 December 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Dok. A/75/626; *Lea Kuhlmann*, The Status of International Women's Rights – Are Women's Rights in Danger?, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 270.

¹⁴⁶ 597 US _ (2022).

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055/22 vom 21. Februar 2022.

deckt, dass viele der an einer liberalen Theorie des Völkerrechts ausgerichteten Interpretationen nicht von allen Staaten und nicht von allen Gesellschaften mitgetragen worden sind. Angesichts der Ausbreitung und Diversifizierung von Macht sowie politischem Handlungswillen und politischer Handlungsfähigkeit unter Staaten und nichtstaatlichen Akteuren¹⁴⁸ müssen sich neue Allianzen bilden und althergebrachte Konzepte kritisch hinterfragt werden. Das Denken in den Gegensätzen von liberal und illiberal, von autokratisch und demokratisch wird in einer Weltordnung im Umbruch nur bedingt weiterführen, wenn es um erforderliche Reformen geht. Es gilt für westliche Staaten vielmehr eine schwierige Balance herzustellen zwischen dem Erhalt zentraler Werte, etwa im Bereich des Menschenrechtsschutzes, und einer größeren Öffnung als bislang gegenüber Konzepten, die aus anderen Rechtskreisen und Kulturen stammen,¹⁴⁹ wenn die internationale Rechtsordnung ihren Anspruch auf Universalität weiter glaubhaft geltend machen soll.

Beispiele neuer Koalitionen und rechtlicher Öffnung kann man gegenwärtig auch durchaus beobachten. Zum einen hat die Bundesrepublik neben Liechtenstein als einziger Staat des Globalen Nordens in der von Vanuatu initiierten sog. ICJAO4Climate Core Group mitgewirkt, die einen Resolutionsentwurf¹⁵⁰ auf den Weg gebracht hat, den IGH um ein Gutachten zu staatlichen Pflichten im Hinblick auf den Klimawandel zu ersuchen.¹⁵¹ Zum anderen ist die Debatte um eigenständige subjektive Rechte der Natur oder von Tieren¹⁵² oder aber auch um Konzepte der Treuhandschaft für Gemeinschaftsgüter durch indigene und außereuropäische Diskurse geprägt.¹⁵³

III. Ende des Kooperationsparadigmas?

Nun kann man den Vorwurf machen, dass diese Betrachtungsweise zu naiv sei, um den Herausforderungen der sich ändernden Weltordnung zu begegnen, die durch Konkurrenz und Konflikt statt Kooperation geprägt sei.¹⁵⁴ Denn in

¹⁴⁸ Hurrell (Fn. 51), S. 118.

¹⁴⁹ Ein weitreichender Ansatz findet sich bei *Michelle Staggs Kelsall*, *Disordering International Law*, EJIL 33 (2022), S. 729.

¹⁵⁰ Zur verabschiedeten Resolution siehe UN Dok. A/RES/77/276 vom 29. März 2023.

¹⁵¹ Zu den damit wiederum verbundenen Ambivalenzen *Stefan Talmon*, *Not Quite at the Core of the Core Group Advocating an ICJ Advisory Opinion on Climate Change*, *German Practice in International Law*, 4. April 2023: <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2023/04/not-quite-at-the-core-of-the-core-group-advocating-an-icj-advisory-opinion-on-climate-change/>.

¹⁵² Z. B. *Alex Putzer/Tineke Lambooy/Ignace Breemer/Aafje Rietsveld*, *The Rights of Nature as a Bridge between Land-Ownership Regimes: The Potential of Institutionalized Interplay in Post-Colonial Societies*, *Transnational Environmental Law* 11 (2022), S. 501.

¹⁵³ Z. B. *Klaus Bosselmann*, *Environmental Trusteeship and State Sovereignty: Can they be Reconciled?*, *Transnational Legal Theory* 11 (2020), S. 47.

¹⁵⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, *Unberechenbare Autokratien – verunsicherte Demokratien: Zwei Erscheinungsformen postmoderner Staatlichkeit*, *VerfBlog*, 2022/4/19: <https://>

einem solchen Umfeld sei kein Raum mehr – so Masala – für „eine globale und regionale Blaupause, die zu Stabilität, Friedfertigkeit und Verrechtlichung der internationalen Beziehungen führt. [...] Große Strategien [...] sind in der letzten Konsequenz auch unproduktiv, weil sie den Akteuren [...] suggerieren, dass man [...] in der Lage wäre, Stabilität und Ordnung mit einem einzigen großen Wurf zu verwirklichen.“¹⁵⁵ Mit einer ähnlichen Stoßrichtung hat sich *Karl-Heinz Ladeur* gegen völkerrechtliche Theorien der vergangenen Jahrzehnte gewandt, die Kooperation, internationale Solidarität und gemeinsame Werte in den Vordergrund gerückt und Theorien einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts¹⁵⁶ und eines internationalen öffentlichen Rechts¹⁵⁷ entworfen haben.¹⁵⁸ Ein solcher Normativismus überschätze laut Ladeur „die Eigenständigkeit der Normen und ihrer Bewegungskraft“ ebenso wie er „das Widersprüchliche, das Unerträgliche in der globalen Unordnung der Rechtsverhältnisse nicht genau beobachtet, sondern darauf vertraut, dass es schon werden wird, wie es das Recht“ verlangt.¹⁵⁹

1. Das Kontrafaktische des Rechts als Gefahr für die internationalen Beziehungen?

Auch diese Kritik ist ein Echo eines zentralen Anliegens des frühen Realismus, der sich gegen einen formalistischen Rechtspositivismus wandte, wie er *Hans Kelsen* zugeschrieben worden ist.¹⁶⁰ Sie setzt sich bis heute in der Rede von einem „idealistischen Legalismus“¹⁶¹ fort. Im Zentrum dieser Kritik steht die Annahme, dass das Völkerrecht eine Utopie darstelle, die sich von der Realität abgelöst habe.¹⁶² Diese Loslösung von der Realität, das Kontrafaktische des Rechts als Sollensordnung, sei letztlich kontraproduktiv und schädlich. Eigentlich politische Fragen einer rechtlichen Lösung zuführen zu wollen,

verfassungsblog.de/unberechenbare-autokratien-verunsicherte-demokratien/
DOI: 10.17176/20220419-182241-0.

¹⁵⁵ *Masala* (Fn. 1), S. 152.

¹⁵⁶ Aus der reichen Literatur siehe *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009.

¹⁵⁷ *Armin von Bogdandy*, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, *German Law Journal* 9 (2008), S. 1909; *ders./Matthias Goldmann/Ingo Venzke*, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, *EJIL* 28 (2017), S. 115.

¹⁵⁸ Vgl. *Heike Krieger*, Scholarly Activism on the Rise? German Human Rights Discourses after the End of the Cold War, in: *Eckel/Stahl* (Hrsg.), *Embattled Visions – Human Rights since 1990*, 2022, S. 253.

¹⁵⁹ *Ladeur* (Fn. 154).

¹⁶⁰ *Jütersonke* (Fn. 91), S. 146, 159 f., 161; *Hans Morgenthau*, Positivism, Functionalism, and International Law, *AJIL* 34 (1940), S. 260 (269, 283), der diese Kritik unmittelbar mit der Kritik an der Wertehegemonie verknüpft; *Carr* (Fn. 91), S. 88: „The utopian [...] takes refuge in condemnation of a reality which refuses to conform to these standards.“

¹⁶¹ *Krasner* (Fn. 12), S. 267.

¹⁶² *Koskeniemi* (Fn. 116), S. 197; *Morgenthau* (Fn. 160), S. 269.

ignoriere Machtverhältnisse. Daher behindere die Befolgung völkerrechtlicher Vorgaben eine umsichtige, an den Bedingungen der internationalen Beziehungen angepasste Politik, erreiche die selbstgesetzten Ziele nicht und gefährde damit letztendlich sogar die Stabilität internationaler Beziehungen.¹⁶³

„In short, realists of all types agree that the traditional views of international law held by many lawyers not only ignore or obfuscate power and interests but can be destabilizing and counterproductive. It is naive to expect that a stable international order can be erected on normative principles embodied in international law.“¹⁶⁴

Hinter dieser Interpretation stehen nicht nur Annahmen über Bedingungen verantwortlichen politischen Handelns, sondern auch bestimmte Vorstellungen über die Natur der internationalen Beziehungen: Internationale Kooperation sei als Antwort auf Konflikt und Wettbewerb nationaler Eigeninteressen nur in begrenztem Maße möglich.¹⁶⁵ Wegen des Fehlens einer zentralen Ordnungsmacht seien die internationalen Beziehungen vielmehr durch das sog. Sicherheitsdilemma geprägt. Souveräne Staaten würden um eine Vormachtstellung ringen, um ihre eigene Sicherheit zu festigen und damit ihr eigenes Überleben als souveräner Staat gegenüber anderen Staaten zu sichern. Folge dieser Konkurrenz sei eine wechselseitige Eskalationsspirale,¹⁶⁶ die durch fehlendes Vertrauen und Unsicherheiten über die Zielsetzungen anderer Staaten weiteren Auftrieb erhalte. Außenpolitisches Handeln vollzieht sich damit immer vor dem Hintergrund einer latenten Kriegsgefahr.¹⁶⁷ In diesem Sinne wird Völkerrecht nicht nur zu einem Hindernis sachgerechter Politik, sondern mehr noch als Fessel zu einer veritablen Gefahr, weil es trügerische Sicherheit vermittelt und zu politischen Fehleinschätzungen verleitet.

Die (neo-)realistische Perspektive auf das Recht ist eine von außen an das Recht herangetragene Perspektive,¹⁶⁸ die von ihren Annahmen über die Natur der internationalen Beziehungen auf die Wirkungsweise des Rechts schließt.¹⁶⁹ Der umgekehrten Perspektive aber, die dem Recht Eigenwert

¹⁶³ Krasner (Fn. 12), S. 267 f.; zu dem Gedanken Morgenthau, Rechtsbefolgung könne Politiker zu unverantwortlichem Handeln verleiten Jütersonke (Fn. 91), S. 165 f.

¹⁶⁴ Krasner (Fn. 12), S. 268.

¹⁶⁵ In der Auseinandersetzung mit liberalen Theorien der internationalen Beziehungen knüpft auch Hurd (Fn. 13), S. 264 f., an Morgenthau Kritik an: „It is instead to remind that this coordination takes place in a social field constructed by power politics and serves partial rather than universal interests and that ‚cooperation‘ is a misleading descriptor for this activity. When law is understood as empowering specific interests rather than an imaginary universal welfare, then research on international governance can open more easily to inquiries into winners and losers and the result is a more realistic appraisal of the political power of law.“

¹⁶⁶ Das sog. security dilemma ist ein zentrales Konzept in der Lehre von den internationalen Beziehungen und geht zurück auf John Herz, Idealist Internationalism and the Security Dilemma, World Politics 2 (1950), S. 157–180 (157).

¹⁶⁷ Mearsheimer (Fn. 12), S. 9–11.

¹⁶⁸ Zu verschiedenen Perspektiven auf das Recht Daniel Bodansky, Legal Realism and its Discontents, Leiden Journal of International Law 28 (2015), S. 267 (268–270); s.a. Marxsen (Fn. 20), S. 168 f.

¹⁶⁹ Koskenniemi (Fn. 116), S. 200.

und Eigenstand zuerkennt, verschließt sich der Realismus. Diese interne, vorrangig rechtsdogmatisch informierte Perspektive betont die (relative) Autonomie des Rechts gegenüber der Politik und rückt damit die Idee der rechtlichen Geltung mit ihrer machtbegrenzenden Funktion, also letztlich gerade das Kontrafaktische des Rechts, in den Vordergrund als essentielle Voraussetzung, um zu verstehen, warum Recht überhaupt ein von der Politik zu trennendes soziales Konstrukt ist.¹⁷⁰ Geht man von der Annahme eines vom Politischen zu unterscheidenden Eigenwerts des Rechts in den internationalen Beziehungen aus, zeigt sich, warum das Völkerrecht gerade in Zeiten, in denen Wettbewerb und Konflikt wieder klarer neben das Kooperationsparadigma treten, ein bereits vorhandenes Gerüst bietet, um mit diesen Erscheinungen umzugehen. Im Weiteren sollen drei Elemente dieses Gerüsts hervorgehoben werden: die Entlastung politischer Entscheidungsträger, die Ordnung kommunikativer Prozesse und die kontrafaktische Wirkung des Rechts.

2. Entlastung politischer Entscheidungsträger

Gerade in Zeiten, in denen Staaten mit den Folgen von Umbrüchen in der Weltordnung konfrontiert sind, vermögen völkerrechtliche Normen Regierungen von Entscheidungsdruck zu entlasten¹⁷¹ und beschränkte Kapazitäten zu kanalisieren. Nicht zuletzt aufgrund des Verrechtlichungsschubes seit 1990 müssen weder die Maßstäbe zur Beurteilung eines Konfliktes erst ausgehandelt werden, noch müssen Verfahren geschaffen werden, um einen Konflikt beizulegen. Vielmehr besteht bereits ein konsentierter Maßstab, um umstrittenes Verhalten in festgelegten Verfahren zu beurteilen. Reaktionen auf den Angriffskrieg gegen die Ukraine verdeutlichen das Argument: Aufgrund der Einrichtung des ICC und den damit verbundenen nationalen Institutionen zur Verfolgung von Kriegsverbrechen besteht ein umfassendes System, das eine schnelle Reaktion auf die Verletzungen des humanitären Völkerrechts in der Ukraine ermöglicht hat. Bereits am 2. März hat die Anklagebehörde des ICC Untersuchungen eröffnet, weil eine Gruppe von Vertragsstaaten nach Art. 14 des Statuts die Situation unterbreitet hat. Der Generalbundesanwalt hat im Einklang mit dem Völkerstrafgesetzbuch im März 2022 ein Verfahren eingeleitet. Am 17. März 2023 hat der ICC einen Haftbefehl gegen den russischen Präsidenten Putin erlassen.¹⁷² Demgegenüber stoßen die Bemühungen der Ukraine und sie unterstützender Staaten, ein ad hoc Sondertribunal für die Verfolgung des Verbrechens des Angriffskrieges einzurichten, auf größere rechtliche und politische Schwierigkeiten. Während rechtlich

¹⁷⁰ *Martinez Mitchell* (Fn. 135), S. 428 f.; s.a. als Kritik des Rechtsrealismus *Bodansky* (Fn. 168), S. 280.

¹⁷¹ Zu dieser Funktion des Rechts *Esders* (Fn. 48), S. 167. Zur Entlastungsfunktion bei moralischen Urteilen von Individuen siehe *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 8. Aufl. 2023, S. 146 f. Darauf aufbauend als Kern der Kritik Morgenthau siehe *Jütersonke* (Fn. 91), S. 165 f.

¹⁷² ICC, Press Release vom 17. März 2023: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

die Einrichtung eines Tribunals im Rahmen der UN vorzugswürdig wäre, sind die politischen Aussichten, eine entsprechende Resolution der UN Generalversammlung herbeizuführen eher gering. Ein Vorgehen im regionalen oder plurilateralen Rahmen wirft wiederum Zweifel an der Völkerrechtsmäßigkeit des Vorgehens gerade im Hinblick auf das Rechtsinstitut der Immunität auf.¹⁷³ Die politischen und rechtlichen Kosten der Errichtung eines Sondertribunals sind also deutlich höher als ein Vorgehen in bestehenden Strukturen, der Ausgang und die damit verbundenen Risiken sind im Sommer 2023 noch immer ungewiss.

Die Schwierigkeiten, das Verbrechen der Aggression vor dem ICC zu verfolgen, resultieren aus den Widerständen von Staaten wie Frankreich, dem Vereinigten Königreich und den USA resultieren, dem ICC eine umfassende Zuständigkeit in diesen Fällen zuzuerkennen.¹⁷⁴ Von Entscheidungslast zu erleichtern, bedeutet daher nicht zugleich von notwendigen Entscheidungen über Reformen zu entbinden oder Machtverhältnisse zu ignorieren. Es gilt nicht nur, wie der (Neo-)realismus betont, den Widerspruch zwischen Macht und Recht zur Kenntnis zu nehmen, sondern auch innerhalb der Machtgefüge, Möglichkeiten für die Fortentwicklung des Rechts auszuloten. Anders aber als zu den Zeiten, in denen Morgenthau seine Kritik am völkerrechtlichen Positivismus formuliert hat, sind dabei heute die zentralen Normen, die die internationale Ordnung stabilisieren, in der UN Charta, in völkerrechtlichen Verträgen und im Völkergewohnheitsrecht umfassend niedergelegt. In der gegenwärtigen Umbruchphase stellt sich nicht die Herausforderung, ein völlig neues System zu entwerfen, sondern eine sorgfältige Abwägung zu treffen, welche völkerrechtlichen Normen in dem Bestreben um Erhalt wesentlicher Wertevorstellungen gesichert werden sollten und welche Normen und Institutionen transformiert werden müssen. Dieser Prozess wiederum kann sich gerade in den rechtlich vorgegebenen Strukturen entfalten.

3. Ordnung kommunikativer Prozesse

Recht ordnet die Art und Weise, in der Streitigkeiten ausgetragen werden und sich kommunikative Prozesse entwickeln können. Verfahren weisen den Streitparteien „normative Rollen“ zu, die rechtlich prädestiniert sind und bieten so einen stabilisierenden Rahmen, in dem die Streitparteien bestimmte normative Erwartungen entwickeln und teilen und Konflikte

¹⁷³ Astrid Reisinger Coracini/Jennifer Trahan, The Case for Creating a Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI): On the Non-Applicability of Personal Immunities, Just Security 8. November 2022: <https://www.justsecurity.org/84017/the-case-for-creating-a-special-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine-part-vi-on-the-non-applicability-of-personal-immunities/>.

¹⁷⁴ Dapo Akande/Antonios Tzanakopoulos, Treaty Law and ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression, EJIL 29 (2018), S. 939; Jennifer Trahan, Revisiting the History of the Crime of Aggression in Light of Russia's Invasion of Ukraine, ASIL Insights 26, 19. April 2022: https://www.asil.org/insights/volume/26/issue/2#_edn19.

transformieren können. Das vermag Unsicherheiten zu reduzieren, Vertrauen zu schaffen und Eskalationsgefahren zu minimieren.¹⁷⁵ Unterschiedliche Positionen werden zu Gehör gebracht und auf diese Weise einer abschließenden ggf. verbindlichen Entscheidung zugeführt, oftmals in Form eines rechtserheblichen Aktes, sei es durch eine gerichtliche Entscheidung, durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages oder einen sonstigen anderen rechtlich relevanten Akt, wie z.B. eine Generalversammlungsresolution. Rechtliche Entscheidungen stellen dabei in den Worten des Philosophen Rainer Forst „im besten Fall eine gemeinsame Realität her“.¹⁷⁶

Dahinter steht die dem Rechtspositivismus eigene Perspektive, dass die Beurteilung einer Rechtsverletzung in festgelegten Verfahren zugleich „eine Verobjektivierung einer subjektiven Rechtsbehauptung“ darstellt.¹⁷⁷ Indem z.B. die Generalversammlung die „illegalen sogenannten Referenden“ in den von Russland vorübergehend militärisch besetzten Oblasten von Donetsk, Kherson, Luhansk und Zaporizhzhia mit einer Mehrheit von 143 Staaten zu 5 Gegenstimmen bei 35 Enthaltungen verurteilt und deren versuchte rechtswidrige Annexion für unwirksam erklärt hat, stellt sie die entsprechende Rechtsbehauptung der Ukraine außer Streit.¹⁷⁸ Recht ordnet die internationalen Beziehungen normativ, indem es am Ende eines Verfahrens eine von der überwiegenden Zahl der Akteure konsentierende Entscheidung ermöglicht und damit eine normative argumentative Struktur festlegt, die zukünftige Fälle prägt und einen argumentativen Korridor für Rechtsfertigung und Beurteilung eines umstrittenen Verhaltens bestimmt.

4. Die kontrafaktische Wirkung des Rechts als ordnender Faktor

In einer von Turbulenzen und Ambivalenzen geprägten Weltordnung im Umbruch kommt der kontrafaktischen Macht des Rechts eine weitere entscheidende Rolle zu, einmal Erreichtes gegen Auflösungsprozesse abzusichern. Indem der (Neo-)Realismus das Kontrafaktische des Rechts als Utopie und damit gefährliche Schwäche darstellt, übersieht er, dass gerade dieser Eigenstand des Rechts, die Schaffung sozialer Konstrukte ermöglicht, die wegen ihres Abstandes zu den politischen Entscheidungsprozessen Einfluss auf diese ausüben können. Hierfür bleibt die relative Autonomie des Rechts von der Politik und sein selbst-reflektioneller Charakter entscheidend. Nikolas Luhmann hat Recht als ein autopoietisches System beschrieben, das sich selbst erhält.¹⁷⁹ Auch wenn es Brücken zur Politik und anderen sozialen Systemen geben muss, bleibt es ein soziales System, das sich vom politischen System un-

¹⁷⁵ Rainer Forst, *The Justification of Trust in Conflict. Conceptual and Normative Groundwork*, ConTrust Working Paper No. 2, Frankfurt am Main: ConTrust – Trust in Conflict, 2022. contrust.uni-frankfurt.de/wp-2, S. 10.

¹⁷⁶ Forst, ebd., S. 10.

¹⁷⁷ Esders (Fn. 48), S. 171.

¹⁷⁸ UN Dok. A/RES/E-11/4 vom 12. Oktober 2022.

¹⁷⁹ Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, 1986.

terscheidet. Ein wesentlicher Unterschied in der Wirkung rechtlicher und politischer Systeme liegt dabei im Außerstreitstellen. Akteure wechseln aus dem Feld des Politischen in das Rechtliche, wenn ein bestimmter Wert oder eine bestimmte Entscheidung außer Streit gestellt werden soll gerade auch mit dem Ziel, sie einer erratischen Politik zu entziehen und sich längerfristig an den Wert oder die Entscheidung zu binden.¹⁸⁰ Staaten wollen sich durch Völkerrecht fesseln. Dabei kommen dem Recht bestimmte Eigenschaften zu, die diese Fesselung ermöglichen.

Zum einen trägt der systemische Charakter des Rechts zu seiner Beharrungskraft bei. Jeder Versuch, Rechtsnormen zu ändern, muss sich methodisch in das Rechtssystem einfügen und bestimmte Kohärenzerwartungen erfüllen.¹⁸¹ Zudem begrenzt das Recht als selbstreferentielles System Akteure und Verfahren der Rechtsänderung. Nicht alle politischen Akteure vermögen den Rechtssetzungsprozess unmittelbar zu beeinflussen. Entscheidend ist vielmehr die rechtliche Kompetenz, soziale Praktiken in rechtserhebliche zu überführen. Nicht alle Kontestationen tragen zu Rechtsänderungen bei. Denn hierfür müssen politische Stellungnahmen und Praktiken bestimmten rechtlich im Voraus festgelegten Kriterien genügen.¹⁸² Allerdings ist diese Wirkungsweise des Rechts durchaus ambivalent, weil sie normativ erstrebenswerten Wandel ebenso erschwert.¹⁸³

Zum anderen bedeutet der kontrafaktische Charakter des Rechts, dass sich das Recht eine eigene Wirklichkeit schafft, die sich von den tatsächlichen Ereignissen unterscheiden kann. Als selbstreferentielles System kann das Recht etwa durch Unwirksamkeitsurteile im Wege der Fiktion völkerrechtswidrige Situationen, die sich in der Wirklichkeit manifestieren, für rechtliche Zwecke ignorieren. Es bietet sich an, Anleihen bei dem Foucault'schen Konzept der Heterotopie aufzunehmen.¹⁸⁴ Danach kann man das Recht als einen Raum verstehen, der das Denken über etwas anderes möglich macht.¹⁸⁵ Der Begriff der Heterotopie scheint dabei dem der Utopie vorzugswürdig, weil Recht, anders als auch in der Theorie des Realismus insinuiert, keine „Platzierungen ohne wirklichen Ort“, kein „wesentlich unwirklicher“ Raum ist, sondern ein „wirksamer Ort“, der auch im internationalen System fest verankert ist.

¹⁸⁰ Heike Krieger/Andrea Liese, Introduction: Value Change in the International Legal Order, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 1 (14).

¹⁸¹ Krieger/Liese (Fn. 4), S. 338; Adam Bower, The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Internationalized Fight Against Impunity, in: Krieger/Liese (Fn. 4), S. 173 (175); Reinold (Fn. 53), S. 146 f.

¹⁸² Krieger/Liese (Fn. 4), S. 338 f.

¹⁸³ Kritisch zu systemischen Argumenten und Kohärenzargumenten als Instrument, Wandel zu verhindern: von Bernstorff/Dann (Fn. 70), S. 5 f.

¹⁸⁴ Michel Foucault, Andere Räume, in: Barck u. a. (Hrsg.), *Aisthesis. Wahrnehmung heute oder Perspektiven einer anderen Ästhetik*, 1992, S. 34–46; für Anverwandlungen des Konzepts *Helmut Wille, Heterotopia*, 2003.

¹⁸⁵ Vgl. Tobias Klass, *Heterotopie*, in: Kammler/Parr/Schneider/Reinhardt-Becker (Hrsg.), *Foucault Handbuch*, 2014, S. 263 (264 f.).

Was Foucault als „Gegenplatzierungen oder Widerlager“¹⁸⁶ beschreibt, haben andere mit dem Begriff der „Fremdheit des Rechts“ bezeichnet:

„Als abstrakte, starre Regelung, die sich nur zögerlich in umständlichen Kollektivprozessen Stück für Stück verändern lässt, gewinnt Recht gesteigerten Abstand von unserem befangenen Blick auf die Welt und widersteht hartnäckig dem Fluss der Dinge.“¹⁸⁷

Indem Recht den Widerspruch zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll, in den Vordergrund rückt, ermöglicht es, Distanz zu den politischen Gegebenheiten zu gewinnen.¹⁸⁸ Recht schafft Sichtbarkeit für eine andere Vorstellung von der Welt; etwa eine in der Russland die Ukraine wieder verlassen muss; in der eine Annexion der besetzten Territorien unwirksam ist und keine rechtlichen Wirkung zu zeitigen vermag, sehen die Tatsachen vor Ort auch noch so anders aus. Dieses Denken in Alternativen aber bleibt nicht auf das System des Rechts beschränkt, sondern entfaltet auch erhebliche Relevanz in der Politik, indem es eine Umkehrung der tatsächlichen Verhältnisse politisch denkbar macht.

IV. Schluss

Auch in einer Welt im Umbruch kommt dem Völkerrecht eine wesentliche Ordnungsfunktion für die internationalen Beziehungen zu. Die Annahme, dass kein Raum mehr für Verrechtlichung bestehe, scheint letztlich überzogen. Nur weil das bestehende Rechts- und Ordnungsmodell der internationalen Beziehungen, das sich im letzten Jahrhundert ausgebildet hat, von verschiedenen Akteuren herausgefordert wird, bedeutet das noch keine Rückkehr zur Anarchie in den internationalen Beziehungen.¹⁸⁹ Die Zeit nach 1990 und die hegemoniale Rolle der USA mögen zwar das Völkerrecht als wirkmächtiger erscheinen lassen haben, als es ist, und dabei zugleich seine Legitimität geschwächt haben. Umgekehrt mag es auch intuitiv plausibel erscheinen, in Zeiten einer Welt im Umbruch Theorien in den Vordergrund zu rücken, die das Völkerrecht in Form von Wettbewerb und Konflikten interpretieren.¹⁹⁰ Es geht aber letztlich nicht darum, ein Paradigma durch ein anderes zu ersetzen. Wettbewerb, Konflikt und Kooperation sind alles Formen der staatlichen Interaktion, die in einem stabilisierenden Verhältnis gehalten werden müssen.¹⁹¹ Dabei gilt es, die negativen Auswirkungen der geopolitischen Machtverschiebungen, von Wettbewerb und Konflikt, einschließlich der verstärkten Dynamik von Misstrauen und Eskalationsspiralen, mit den

¹⁸⁶ Vgl. Foucault (Fn. 184), S. 38 f.

¹⁸⁷ Benedict Vischer, Die Fremdheit des Rechts, 2021, S. 13.

¹⁸⁸ Vischer (Fn. 187), S. 26.

¹⁸⁹ Amitav Acharya, After Liberal Hegemony: The Advent of a Multiplex World Order, *Ethics & International Affairs* 31 (2017), S. 271 (280).

¹⁹⁰ Hurd (Fn. 13), S. 275.

¹⁹¹ Michael Mazarr, Understanding Competition, Perspective, Rand March 2022, S. 23.

Mitteln des Völkerrechts einzudämmen. Um die Auswirkungen einzuhegen, bleibt das Recht ein wichtiges Instrument, gerade aufgrund der Eigenschaften, die es aus der Sicht des (Neo-)Realismus zu einer veritablen Gefahr für die internationalen Beziehungen macht, nämlich seiner kontrafaktischen Wirkungsweise. Ein eklatanter Rechtsbruch, wie der Krieg in der Ukraine, mag Ausdruck einer sich ändernden politischen Ordnung auf internationaler Ebene sein. Er macht aber noch lange nicht die Verrechtlichung der internationalen Beziehungen hinfällig. Ein solcher Normbruch scheint zwar den Geltungsanspruch der Rechtsordnung zu schwächen, aber doch nur solange und soweit wie die Rechtsgemeinschaft einem solchen Rechtsbruch nicht entgegentritt und – ggf. kontrafaktisch im Wege der Fiktion – auch über die Zeit den Rechtsbruch als rechtlich unwirksam behandelt. Das Völkerrecht in diesem Sinne zu pflegen, bleibt eine zentrale außenpolitische Aufgabe für einen Staat wie die Bundesrepublik Deutschland.