

Völkerrecht und Rechtspositivismus

Eine Annäherung mit Kelsen und Hart

Tilman Altwicker, Zürich

I. Rechtspositivismus und Völkerrecht: Ein Problemverhältnis

Es scheint ausgemacht, dass Völkerrecht und Rechtspositivismus sich nicht besonders gut vertragen. Es fehlt an einflussreichen rechtspositivistischen Völkerrechtstheorien. Das kann drei Gründe haben: Einmal kann es schlicht daran liegen, dass die wenigsten Rechtspositivisten – *Hans Kelsen* natürlich ausgenommen – ausgebildete Völkerrechtler waren. Ferner mag es damit zusammenhängen, dass Rechtspositivisten in der Regel bereits den Rechtscharakter des Völkerrechts gelehrt haben und diese Materie für eine rechtspositivistische Untersuchung daher von vornherein ausschied.¹ Eine dritte Erwägung setzt auf einer konzeptionellen Ebene an: Selbst wenn der Rechtscharakter bejaht wird, handelt es sich beim Völkerrecht aus Sicht des Rechtspositivismus um eine sperrige, unattraktive Materie. Eine naturrechtliche Argumentation, die beim Staat halt macht, erscheint künstlich: Es bleibt dann stets begründungsbedürftig, wieso nicht dieselben innerstaatlichen Rechtsprinzipien auch auf das überstaatliche Zusammenleben Anwendung finden. Einigen Spielarten des Rechtspositivismus scheint demgegenüber eine gewisse Staatsfixiertheit eigen zu sein. Der rechtspositivistische Etatismus kann bis auf *Thomas Hobbes* zurückgeführt werden. Während im Staat unter bestimmten – von den einzelnen Theorieansätzen freilich unterschiedlich formulierten – Bedingungen von Recht als einer „sozialen Tatsache“ gesprochen werden kann, ist dieser Erkenntnisakt im Fall des Völkerrechts deutlich erschwert. Hier bestehen nämlich institutionelle Besonderheiten, wie eine noch immer im Wesentlichen dezentrale Organisation und vor allem die Gleichordnung der Rechtssubjekte. Kategorien und Regeln, die im innerstaatlichen Bereich das Identifizieren des Rechts ermöglichen (z.B. Akte der Gesetzgebung), sind nicht einfach auf das Völkerrecht übertragbar. Aus Sicht etatistischer Strömungen des Rechtspositivismus erscheint das Völkerrecht höchstens als eine imperfekte Vorstufe einer erst noch zu entfaltenden Rechtsordnung.

Die prominentesten Versuche, das Völkerrecht rechtspositivistisch in den Griff zu bekommen, finden sich in *Kelsens* „Reiner Rechtslehre“ sowie *Harts* „Concept of Law“. Beide widmen dem Völkerrecht jeweils ein Kapitel ihrer Hauptwerke. Die

¹ Berühmt ist z. B. *John Austins* Einlassung, beim „Law of Nations“ handele es sich eigentlich um „positive international morality“. Die fehlende Rechtlichkeit begründet *Austin* damit, dass es hier an der hierarchischen Struktur zwischen Befehlsgeber und -empfänger mangle, s. *ders.*, *The Province of Jurisprudence Determined*, hrsg. v. Rumble, 2001, S. 112, 124 f. Vor ihm hatte schon *Jeremy Bentham* terminologisch die Andersartigkeit festgehalten, indem er nicht von „international law“, sondern zumeist von „international jurisprudence“ sprach, s. *ders.*, *The Principles of Morals and Legislation*, 2005, Kap. XVII, § 2.

zentrale Frage, der hier anhand der beiden Konzeptionen nachgegangen werden soll, ist: Hat der Rechtspositivismus etwas zur Klärung der Probleme des Völkerrechts beizutragen?

Dabei wird wie folgt vorgegangen: Der Anfang ist mit der Grundfrage zu machen, ob Völkerrecht überhaupt „Recht“ ist (II.). Hierbei ist vom Rechtsbegriff *Kelsens* und *Harts* ausgehend zu fragen, ob das geltende Völkerrecht diesem gerecht wird bzw. unter welchen Bedingungen dies der Fall wäre. In einem zweiten Schritt sind die Grenzen der rechtspositivistischen Rechtsbestimmung und ihrer Anwendbarkeit auf das Völkerrecht auszuloten. Diese Grenzen werden sichtbar, wenn man sich dem aktuellen Problem des „soft law“ rechtspositivistisch nähert (III.). Die Überlegungen münden in die abschließende Frage, worin der Nutzen einer rechtspositivistischen Völkerrechtstheorie bestehen könnte (IV.).

Der entscheidende Beitrag *Kelsens* und *Harts* zur Völkerrechtstheorie liegt nicht in den z. T. zeitgebundenen Analysen, sondern zum einen darin, *als was* die Probleme dieses Rechtsgebiets von der Theorie behandelt werden. Interessant ist m. a. W. die rechtspositivistische Verwandlung grundlegender Fragestellungen des Völkerrechts: Erstens liefert der Rechtspositivismus einen begrifflich-konzeptionellen Rahmen, der eine Transformation ins Theoretische ermöglicht. Diese Überführung ist kein Selbstzweck, sondern behält das Wesentliche im Blick, die Rechtlichkeit des Völkerrechts: Das Problem der Rechtlichkeit des Völkerrechts wird zur Frage nach dem Bestehen von Sanktionen und zentralen Durchsetzungsmechanismen bzw. der Wirkung von Normen in den internationalen Beziehungen. Soll von Rechtlichkeit in Bezug auf das Völkerrecht die Rede sein können, wird damit eine bestimmte, angebbare Verfasstheit völkerrechtlicher Normen (im Falle *Kelsens*) bzw. ihrer Wirkungen im Rechtsdiskurs (im Falle *Harts*) verlangt. Zweitens lassen sich Völkerrechtsprobleme durch die rechtspositivistische Radikalisierung der Fragestellung entideologisieren. Dieser Leistung des Rechtspositivismus und ihrer Bedeutung für den Völkerrechtsdiskurs wird am Problem des „soft law“ nachgegangen.

Von der Umwandlungsarbeit und der Entideologisierungsleistung durch die rechtspositivistische Theorie kann erhofft werden, dass diese langfristig dem Ziel einer Humanisierung des Völkerrechts dienlich sind.

II. Rechtlichkeit: Ein Problem von Sanktion und Wirksamkeit

Die Debatte um die Rechtlichkeit des Völkerrechts hat nie wirklich aufgehört, noch ist ihr Ende absehbar. Der letzte prominente Angriff wurde von *Jack Goldsmith* und *Eric Posner* in ihrem Werk „The Limits of International Law“ unternommen.² Die Verbindlichkeit des Völkerrechts wird hier radikal reduziert auf die Fälle, in denen die Normbefolgung für den Akteur rational sei: „International law can be binding and robust, but only when it is rational for states to comply with it.“³ Mit dieser Reduktion wird die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Normen praktisch zum

² *Goldsmith/Posner*, *The Limits of International Law*, 2005. Dazu statt vieler *Cremer*, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, *ZaöRV* 67 (2007), S. 267.

³ *Goldsmith/Posner* (Fn. 2), S. 202.

Verschwinden gebracht.⁴ Hintergrund ist die Überlegung *Goldsmiths* und *Posners*, dass die Normbefolgung im Völkerrecht nicht regelgeleitet, sondern interessenbasiert sei.⁵ Völkerrecht sei daher nicht dem „Recht“, sondern der „Politik“ oder – schlimmer noch – der „politischen Rhetorik“ zuzuordnen.⁶

Dem Zweifel an der Rechtlichkeit des Völkerrechts muss zuerst mit Theorie begegnet werden. Hier kommt auch dem Rechtspositivismus eine Aufgabe zu, die er – wie dargelegt – nicht oft eingelöst hat. Die Frage lautet also, ob und wie sich der Rechtscharakter des Völkerrechts mit einer rechtspositivistischen Theorie begründen lässt und was daraus für die völkerrechtliche Debatte gewonnen werden kann.

Was macht, dass ein Normenbestand als „Recht“ bezeichnet wird? Was macht m.a.W. die Rechtlichkeit des Rechts aus? Für *Kelsen* ist dies eindeutig: Es muss gezeigt werden können, dass das Völkerrecht eine „Zwangsordnung“ darstellt, „in welche[r] gegen ein bestimmtes Verhalten als Unrecht mit einer Sanktion als Unrechtsfolge“ reagiert wird.⁷ Nur indem Normen als „Zwangsnormen“ verstanden werden können, unterscheiden sich diese als Rechtsnormen von anderen Normarten, z.B. solchen der Moral. Den rechtlichen Zwangsakt nennt *Kelsen* „Sanktion“.⁸ Sanktionen haben für *Kelsen* entweder den Charakter einer Strafe oder einer „Exekution“ (gemeint ist die Zwangsvollstreckung in das Vermögen). In jedem Fall aber besteht die Sanktion in der „zwangsweisen Zufügung eines Übels“ oder der „zwangsweisen Entziehung eines Gutes“.⁹

Bei der Suche nach Zwangsnormen im Völkerrecht stellen sich zwei Probleme: Zum einen besteht das Problem, Normen ausfindig zu machen, die – gleichsam auf Tatbestandsebene – die Formulierung einer Zwangsnorm aufweisen. Der Normalfall einer Zwangsnorm sind Strafnormen, wie z.B. „Wer einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft“. Völkerrechtliche Normen sind aber in den seltensten Fällen „konditional“-verbotsförmig formuliert. Zum anderen stellt sich – abgesehen von der Formulierung als Zwangsnorm – auf Rechtsfolgenebene die grundsätzliche Frage, ob das Völkerrecht überhaupt Sanktionen kennt, mit

⁴ Allerdings ist auch bei *Goldsmith* und *Posner* die Kategorie der „Verbindlichkeit“ völkerrechtlicher Normen nicht vollständig sinnlos: Denn zwar werden die gängigen, nichtinstrumentellen Normativitätskonzeptionen ausgeschlossen, nicht aber eine schwache Form der Normativität. Eine Völkerrechtsnorm ist „verbindlich“, wenn ihre Befolgung durch den Akteur „rational“ ist und diese Befolungsrationalität eine objektive ist, d.h. nicht selbst wiederum allein von der Auffassung des betroffenen Akteurs abhängig ist. Es wird also zumindest Willkür ausgeschlossen. Zur Illustration: Der wirtschaftlich allein nicht überlebensfähige Staat A gestattet den Streitkräften des Staates B völkervertraglich, für bestimmte Zeit humanitäre Hilfsgüter an die notleidende Bevölkerung zu verteilen. Eine Gegenleistung muss nicht erbracht werden. Nach einem Regierungswechsel im Staat A sehen die neuen Machthaber sich an die „schmähliche“ Vereinbarung nicht weiter gebunden. Auch nach dem *rational choice*-Ansatz muss der völkerrechtliche Vertrag als verbindlich betrachtet werden: Staat A kann durch die Erfüllung nichts verlieren, nur gewinnen. Die subjektive Auffassung des Staates A ändert nichts, denn sie ist objektiv nicht rational, da willkürlich.

⁵ *Goldsmith/Posner* (Fn. 2), S. 14 ff.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960/2000 (Nachdruck), S. 321 (nachfolgend *Kelsen RR*).

⁸ *Kelsen RR*, S. 34.

⁹ *Kelsen RR*, S. 114.

denen auf die Übertretung der – als Zwangsnorm formulierten oder interpretierten – Rechtsregel reagiert werden kann.

Wie löst *Kelsen* das Kernproblem der Rechtlichkeit des Völkerrechts? Für den *Kelsen* der „Reinen Rechtslehre“ ist Völkerrecht deswegen „Recht“, weil es spezifische, *dezentrale* Sanktionen vorsieht, nämlich „Repressalien“ (den unter anderen Umständen völkerrechtlich verbotenen Eingriff in die Interessenssphäre eines Staates) sowie „Krieg“ (den unbegrenzten Eingriff in die Interessenssphäre eines anderen Staates).¹⁰ *Kelsen* stützt seine Interpretation, die „Krieg“ zu einem Mittel des Rechts macht, auf ein bestimmtes, von der naturrechtlichen Herkunft der Konzeption gelöstes Verständnis der *bellum iustum*-Lehre.¹¹ Für *Kelsen* ist der gerechte „Krieg“ eine Sanktion für begangenes Unrecht. Zugunsten dieser Auffassung kann *Kelsen* v.a. auf Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 der Völkerbundsatzung von 1919 verweisen:

„Schreitet ein Bundesmitglied entgegen [seinen Vertragspflichten, Verf.] (...) zum Kriege, so wird es ohne weiteres so angesehen, als hätte es eine Kriegshandlung gegen alle anderen Bundesmitglieder begangen. Diese verpflichten sich, unverzüglich alle Handels- und Finanzbeziehungen zu ihm abzubrechen, ihren Staatsangehörigen jeden Verkehr mit den Staatsangehörigen des vertragsbrüchigen Staates zu untersagen und alle finanziellen, Handels- und persönlichen Verbindungen zwischen den Staatsangehörigen dieses Staates und jeden anderen Staates, gleichviel ob Bundesmitglied oder nicht, abzuschneiden. In diesem Falle ist der Rat verpflichtet, den verschiedenen beteiligten Regierungen vorzuschlagen, mit welchen Land-, See- oder Luftstreitkräften jedes Bundesmitglied für sein Teil zu der bewaffneten Macht beizutragen hat, die den Bundesverpflichtungen Achtung zu verschaffen bestimmt ist.“

Diese Norm der Völkerbundsatzung ist als Zwangsnorm formuliert und stellt ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen Unrechtshandlung und Sanktionierung durch Krieg her. Ob Krieg als legales Mittel der Bestrafung allerdings noch bei Erscheinen der 1. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ 1934 angesehen werden darf, soll an dieser Stelle nicht weiter interessieren.¹² Der normlogische Rechtspositivismus gibt vielmehr Anlass zur Frage, ob das *gegenwärtige* Völkerrecht, das Völkerrecht der UN-Charta, als „Recht“ im Sinne *Kelsens* bezeichnet werden kann. Zu fragen ist also, ob die UN-Charta Sanktionen, die wohlgerne immer die Möglichkeit physischer Gewalt einschließen können müssen, kennt.

In Zeiten des generellen Gewaltverbots im Völkerrecht, das universell gilt und zum *ius cogens* zählt, wird es schwierig, „Sanktionen“ im Sinne *Kelsens* ausfindig zu machen. „Gewalt“ zwischen Staaten als Mittel der Rechtsdurchsetzung soll unter der UN-Charta gerade zugunsten einer „friedlichen Streitbeilegung“ durch Verhandlung, Gerichtsverfahren etc. aufgegeben werden. Damit ist nicht nur Krieg verboten, auch die heutige Repressalie findet anerkanntermaßen ihre Grenze im Gewaltverbot.¹³ *Kelsen* ist diese Entwicklung natürlich nicht unbekannt. Dennoch stellt sich

¹⁰ *Kelsen RR*, S. 321 ff.

¹¹ Vgl. dazu näher *Rigaux*, Hans Kelsen on International Law, EJIL 9 (1998), S. 325 (335 ff.).

¹² Vgl. dazu näher *Kammerhofer*, Kelsen – Which Kelsen? A Reapplication of the Pure Theory to International Law, LJIL 22 (2009), S. 225 (227 ff.).

¹³ *Kelsens* Begriff der „Repressalie“ ist damit, da dieser auch die „Gewalt“ umfasst, nicht mit dem ge-

der heutige Leser die Frage, wieso *Kelsen* seine Ausführungen hierzu in der „Reinen Rechtslehre“ der 2. Auflage von 1960 nicht angepasst hat. Zumindest terminologisch führen *Kelsens* Aussagen zum „Krieg“ und zur – physische Gewalt mit einschließenden – „Repressalie“ als völkerrechtliche Sanktionen in die Irre. Dies hat einige Kommentatoren zu der Ansicht bewogen, *Kelsens* Theorie passe nicht mehr zu dem modernen Völkerrecht.¹⁴ Ganz so leicht wird man es sich jedoch nicht machen können, denn immerhin kennt das Völkerrecht zwei Ausnahmen vom generellen Gewaltverbot: die Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta) und die Maßnahmen des Sicherheitsrats nach Kap. VII der UN-Charta.

Die Lösung des Sanktionsproblems wird man nicht in der ersten Ausnahme vom Gewaltverbot, dem Recht auf Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta), suchen können. Dabei handelt es sich schon dem Wortlaut nach nicht um eine Sanktion, denn das Recht auf Selbstverteidigung stellt nicht die Reaktion auf völkerrechtswidriges Unrecht dar, sondern auf einen „bewaffneten Angriff“. Sinn und Zweck der Selbstverteidigung ist sicherlich in erster Linie die Angriffsabwehr, nicht die Rechtsdurchsetzung.¹⁵ Auf den subjektiven Tatbestand des Verteidigers (der ja durchaus die Durchsetzung von Völkerrecht beabsichtigen kann) und die Tatsache, dass Art. 51 UN-Charta nicht als Sanktion formuliert ist, kommt es allerdings nicht an. Zumindest in einem – allerdings stark umstrittenen – Fall kann man der Selbstverteidigung tatsächlich den Charakter einer Sanktion im Sinne *Kelsens* zusprechen: im Fall der Selbstverteidigung gegen terroristische Angriffe.¹⁶ Sofern man die Selbstverteidigung hier überhaupt für zulässig hält, reagiert der Staat auf ein Unrecht mit einem „Übel“, nämlich der Freiheitsentziehung oder – beinahe immer völkerrechtswidrig – mit „targeted killings“.¹⁷

Jedoch erscheint die Interpretation des Selbstverteidigungsrechts als Sanktion im Sinne *Kelsens* gekünstelt und letztlich nicht tragfähig. *Kelsen* selbst hat es auch abgelehnt, im Recht der Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta eine Sanktion zu erblicken.¹⁸ Gegen den Charakter als Sanktion spricht vor allem das Argument, dass Art. 24 der UN-Charta eine Zentralisierung der Sorge für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit vorgenommen hat und diese dem Sicherheitsrat überantwortet.¹⁹ Man muss also sagen, dass es unter der UN-Charta einfach nicht mehr

genwärtigen Begriff der Repressalie im Sinne des Völkerrechts vereinbar, vgl. dazu Art. 50 Abs. 1 lit. a) des rechtlich nicht verbindlichen, aber als Gewohnheitsrecht anerkannten ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit (nachfolgend: ILC-E), A/CN.4/L.602, Rev. 1; auch als Annex zu GA/Res/56/83 (2002).

¹⁴ Z.B. *Isak*, Bemerkungen zu einigen völkerrechtlichen Lehren Hans Kelsens, in: *Weinberger/Krawietz* (Hrsg.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, 1988, S. 255 (260 f.).

¹⁵ So auch *Kammerhofer* (Fn. 12), S. 245.

¹⁶ Das ist im Völkerrecht umstritten, vgl. *Tomuschat*, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, EuGRZ 28 (2001), S. 535 ff. Der UN-Sicherheitsrat hat allerdings angesichts der Angriffe der Terroristen vom 11. September 2001 in den Resolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) das Recht auf Selbstverteidigung ausdrücklich erwähnt. Der Nordatlantikrat der NATO hat in Bezug auf diese Akte von einem „bewaffneten Angriff“ im Sinne von Art. 5 des NATO-Vertrags gesprochen.

¹⁷ Zur Völkerrechtswidrigkeit von „targeted killings“ s. *Melzer*, Targeted Killing in International Law, 2008.

¹⁸ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl. 1967, S. 58 ff. (nachfolgend *Kelsen* PIL).

¹⁹ *Kelsen*, PIL, S. 40: „The Charter reserves the use of force to a central organ of the United Nations, the

die Aufgabe der Einzelstaaten ist, völkerrechtliches Unrecht mit Gewalt zu ahnden. Selbst im Fall eines „bewaffneten Angriffs“ im Sinne von Art. 51 UN-Charta spricht einiges dafür, dass sich die Befugnis zur Gewaltanwendung subsidiär zu den Befugnissen des Sicherheitsrats verhält.²⁰

Wenn man den Rechtscharakter des heutigen Völkerrechts unter Rückgriff auf *Kelsen* zu begründen versucht, dann nur mit Blick auf die zweite, anerkannte Ausnahme vom Gewaltverbot, den Maßnahmen des Sicherheitsrats nach Kap. VII der UN-Charta, insbesondere nach Art. 39 bis Art. 42. *Kelsens* Interpretation dieser Normen und eine Interpretation der Normen im Lichte seiner Theorie ist gerade auch heute von Interesse, weil Stellung, Grenzen der Befugnisse und Zukunft des Sicherheitsrates im Organisationsgefüge der Vereinten Nationen ein Gegenstand aktueller Kontroversen sind.²¹ Der normlogische Rechtspositivismus zwingt hier zu einer klaren Positionierung in der Norminterpretation.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die UN-Charta sieht auch in Kap. VII keine Sanktionen im Sinne *Kelsens* vor. Legt man die Theorie *Kelsens* zugrunde, wäre dem gegenwärtigen Völkerrecht daher der Rechtscharakter abzusprechen.²² Zunächst aber zum Versuch *Kelsens*, die Rechtllichkeit des Charta-Völkerrechts zu retten. Er stützt sich dabei auf eine – nach seiner Ansicht „mögliche“ – Interpretation der Befugnisse des Sicherheitsrats nach Kap. VII der Charta. Diese Interpretation ist voraussetzungsreich und – wie sogleich dargelegt wird – rechtlich nicht haltbar.

Zunächst zur Tatbestandsseite, dem Zwangsnormcharakter: Art. 39 UN-Charta sieht ein Tätigwerden des Sicherheitsrats vor im Fall einer Friedensbedrohung, eines Bruchs des Friedens oder einer Angriffshandlung. *Kelsen* ist gezwungen – durchaus im Einklang mit der heutigen Lehre²³ –, die Tatbestandsmerkmale des Art. 39 UN-Charta weit zu interpretieren, um in diese den Zwangsnormcharakter hineinlesen zu können.

„Since the Security Council is completely free in its determination of what is a threat to the peace or breach of the peace, it may determine as such any conduct of a state without regard to whether this conduct constitutes the violation of an obligation stipulated by pre-existing law. By declaring the conduct of a state to be a threat to, or breach of, the peace, the Security Council may create new law.“²⁴

Security Council. The collective security established by the Charter is characterized by a centralized force monopoly of the Organization.“

²⁰ Vgl. *Randelzhofer*, in: *Simma* u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Bd. 1, Art. 51 Rn. 41 (nach dem Ergreifen von Maßnahmen durch den Sicherheitsrat könne sich der angegriffene Staat nicht mehr auf ein fortwirkendes Selbstverteidigungsrecht berufen).

²¹ Zur gegenwärtigen Diskussion um den Sicherheitsrat vgl. *Fassbender*, The Security Council: Progress is Possible but Unlikely, in: *Cassese* (Hrsg.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012, S. 52 ff.

²² Im Ergebnis auch *Kammerhofer* (Fn. 12), S. 245.

²³ *Oeter*, Menschenrechte, Demokratie und Kampf gegen Tyrannen als Probleme der Friedenssicherung? Voraussetzungen und Grenzen der Autorisierung militärischer Gewalt durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, in: *Bruha* u.a. (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, S. 183 (188 ff.).

²⁴ *Kelsen*, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, 1951, S. 736 (nachfolgend *Kelsen* LUN).

Lange bevor die Diskussion die Völkerrechtsdisziplin erreichte, hat *Kelsen* gesehen, dass die Funktion des Sicherheitsrats als Quasi-Gesetzgeber von der UN-Charta nicht ausgeschlossen wird.²⁵ Bei dieser Ersatzgesetzgebung sei der Sicherheitsrat nicht gebunden: Alles, was nach Ansicht des Sicherheitsrats einen Bruch oder eine Bedrohung des Friedens darstellt, ist verboten. Das erlaubt *Kelsen* dann den folgenden Schluss:

„Consequently the Members of the Organization have not only the obligations expressly formulated in the text of the Charter, but also the obligation to refrain from any conduct which the Security Council under Article 39 declares to be a threat to, or breach of, the peace.“²⁶

Auf der Rechtsfolgenseite deutet *Kelsen* Art. 41 der UN-Charta (die nicht-militärischen Maßnahmen) als „Repressalie“, mit denen der Sicherheitsrat auf völkerrechtswidriges Verhalten reagiert; Art. 42 der UN-Charta (die militärischen Maßnahmen) ersetzt die dezentrale Institution des „Krieges“ durch die zentralisierte Sanktionsanordnungsbefugnis des Sicherheitsrats.²⁷

Ist diese Interpretation *Kelsens* haltbar? Blickt man zunächst auf die Praxis des Sicherheitsrats, so lässt sich durchaus Unterstützung für eine Interpretation der Art. 41, 42 UN-Charta als Sanktionsnormen gewinnen. Die Praxis des Sicherheitsrats legt nämlich vereinzelt die Auffassung nahe, dass hier mit Kap. VII-Maßnahmen auf begangenes Unrecht reagiert wurde. So hat der Sicherheitsrat im Jahr 2000 eine Verletzung der territorialen Integrität des Kongo durch Ruanda und Uganda festgestellt und verbindlich den Truppenabzug gefordert; andernfalls hätten Sanktionen im Sinne des Kap. VII Anwendung gefunden.²⁸

Letztlich überzeugt die Interpretation der Art. 41, 42 UN-Charta als Sanktionsnormen im Sinne *Kelsens* nicht.²⁹ Ein erstes Argument gegen den Zwangscharakter von Kap. VII-Maßnahmen ist deren mangelnde Zwangsläufigkeit: Die fünf permanenten Mitglieder des Sicherheitsrats haben ein sog. Vetorecht in Art. 27 Abs. 3 UN-Charta. Damit kann – selbst wenn man dem Sicherheitsrat die Funktion einer Rechtsdurchsetzungsinstanz zubilligt – die Sanktion aus politischen Motiven ausbleiben.³⁰ Allerdings wird in jüngster Vergangenheit versucht, in den Fällen schlimmster Völkerrechtsverbrechen das Vetorecht durch die – nach Ansicht einiger Völkerrechtler im Entstehen befindliche – Norm einer „Schutzverantwortung“ („*responsibility to protect*“) einzuschränken: Danach ist das Einschreiten des Sicherheitsrates „auf Null“ reduziert, wenn ein Staat unfähig oder der unwillig ist,

²⁵ Zu der aktuellen Diskussion um den Sicherheitsrat als Gesetzgeber vgl. *Johnstone*, *Legislation and Adjudication in the UN Security Council*, AJIL 102 (2008), S. 275 ff.

²⁶ *Kelsen* LUN, S. 736.

²⁷ *Kelsen* LUN, S. 735; *ders.* PIL, S. 43.

²⁸ S/RES 1304 v. 16.7.2000, § 19: Der Sicherheitsrat „[e]xpresses its readiness to consider possible measures which could be imposed in accordance with its responsibility under the Charter of the United Nations in case of failure by parties to comply fully with this resolution.“

²⁹ So im Ergebnis auch *Kammerhofer* (Fn. 12), S. 245.

³⁰ Auf das Problem eines politischen Vetos bei Kap. VII weist auch *Hart* hin, s. *ders.*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1998, S. 217 (nachfolgend *Hart* CoL). *Kelsen* hält beide Interpretationen der Kap. VII-Maßnahmen – die Auslegung als bloße politische Maßnahmen oder als Sanktionen – für möglich, s. *ders.* LUN, S. 732 ff.

Völkerrechtsverbrechen auf seinem Territorium zu verhindern.³¹ Die Schutzverantwortung ist allerdings (noch) keine „harte“ völkerrechtliche Norm.³² Damit bleibt es beim fehlenden Zwangscharakter der Maßnahmen nach Art. 41 und Art. 42 UN-Charta. Ein zweites Argument, das gegen die Sanktionsinterpretation spricht, ist, dass sich Kap. VII-Maßnahmen nicht notwendig gegen den Unrechtstäter, sondern – polizeirechtlich gesprochen – auch gegen den „Nichtstörer“ richten können.³³ Drittens, und das ist das Hauptargument, hat der Sicherheitsrat unter Kap. VII keine „Strafffunktion“, sondern eine – allerdings noch höchst rudimentäre – „Gefahrenabwehrfunktion“: Mit der internationalen Gefahrenabwehr kommt dem Sicherheitsrat hier eher eine Polizeifunktion zu.³⁴ Anders als Sanktionen im Sinne *Kelsens* dürfen Kap. VII-Maßnahmen daher keine endgültige Regelung treffen; sie sollen den Zustand aktueller Gewalt beenden.³⁵ Auch in anderer Hinsicht passt die Interpretation als Sanktion nicht: Mit der Polizeifunktion geht nämlich auch die Verpflichtung zu einer gewissen Neutralität einher. Der Sicherheitsrat darf seine weiten Machtbefugnisse nicht dazu einsetzen, um Rechtsbrüche zu ahnden, sondern nur, um den Frieden wiederherzustellen.³⁶ Damit steht im Einklang, dass der Sicherheitsrat in der Praxis auch kaum den „Bruch“ des Friedens im Rahmen von Art. 39 UN-Charta feststellt, was ihn zu einer Festlegung des „Schuldigen“ zwingen würde, sondern in der Regel nur von einer „Bedrohung“ des Friedens spricht.

Die andere Art der Sanktion, eine völkerrechtliche „Exekution“, d.h. die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des anderen Staates, wird von *Kelsen* in der „Reinen Rechtslehre“ nicht in Betracht gezogen. Das ist historisch erklärbar: Es gab und gibt keine obligatorische Vollstreckung in das Vermögen eines anderen Staates, d.h. eine, die ohne oder gegen dessen Willen erfolgen würde; dagegen streitet die Staatenimmunität, die Ausdruck der Souveränität des Staates ist.³⁷

Solange Staaten für ihr unrechtmäßiges Verhalten nicht vor einer zentralen Instanz „bestraft“ werden können bzw. solange keine obligatorische³⁸ Zwangsvollstreckung („Exekution“) in das Vermögen eines anderen Staates möglich ist, kann mit *Kelsen* der Rechtscharakter des Völkerrechts nicht gedacht werden.

Anders als *Kelsen* folgt *Hart* nicht der Befehlstheorie des Rechts, die u.a. auf *John Austin* zurückgeht und die behauptet, dass Rechtsnormen notwendig Zwangsnormen („*orders backed by threats*“) seien. *Hart* begibt sich nicht auf die Suche nach Sanktionsnormen im Völkerrecht. Der Rechtscharakter des Völkerrechts lässt sich für ihn nicht formal auf der Ebene der Norm dingfest machen. *Hart* fragt – auf der Basis einer deskriptiven Völkerrechtssoziologie – nach der Wirkung von Normen im Rechtsdiskurs. Entscheidend ist für *Hart* die Beobachtung, dass völker-

³¹ Dazu vgl. *Peters*, *The Security Council's Responsibility to Protect*, *International Organizations Law Review* 8 (2011), S. 1 ff.

³² *Orford*, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 2011.

³³ Dies Argument findet sich bei *Kelsen* selbst, s. *ders.* LUN, S. 725.

³⁴ *Frowein/Krisch*, in: *Simma* u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Bd. 1, Introduction to Chapter VII, Rn. 12 ff.

³⁵ *Frowein/Krisch*, (Fn. 34), Rn. 31.

³⁶ *Frowein/Krisch*, (Fn. 34), Rn. 12.

³⁷ *Fox*, *The Law of State Immunity*, 2. Aufl. 2008, insbes. S. 599 ff.

³⁸ D.h. ohne oder gegen den Willen des betroffenen Staates.

rechtliche Normen, obwohl sie keine Sanktionen wie im nationalen Recht vorsehen, dennoch auf ähnliche Weise den Diskurs über Recht und Unrecht bestimmen:

„Yet what these rules require is thought and spoken of as obligatory; there is general pressure for conformity to the rules; claims and admissions are based on them and their breach is held to justify not only insistent demands for compensation, but reprisals and counter-measures. When the rules are disregarded, it is not on the footing that they are not binding; instead efforts are made to conceal the facts.“³⁹

Völkerrecht ist also für *Hart* deswegen „Recht“, weil es – von einem internen Standpunkt aus – einen Befolgungsdruck („*compliance pull*“) auf die Völkerrechtssubjekte ausübt. Unabhängig von dem formalen Kriterium der Sanktion verhalten sich Völkerrechtssubjekte so, als ob sie rechtliche Pflichten erfüllen, indem sie z.B. völkerrechtsbasierte Ansprüche erheben oder ihr Verhalten unter Verweis auf das Völkerrecht rechtfertigen. *Hart* reduziert die Frage des Rechtscharakters auf die Frage nach der tatsächlichen Wirksamkeit völkerrechtlicher Normen als rechtliche Verhaltenssteuerung.

Auch für *Kelsen* ist die Wirksamkeit von Normen bekanntlich – neben der geltungstheoretischen Ableitbarkeit aus der hypothetischen Grundnorm – eine Bedingung für die Normativität von Recht.⁴⁰ Die Wirksamkeit völkerrechtlicher Normen wird von *Kelsen* in der „Reinen Rechtslehre“ nicht problematisiert, da dies mit den Mitteln einer normlogischen Analyse nicht zu leisten ist. Allerdings wird – bei genauem Hinsehen – der positive Aufweis der Wirksamkeit des Völkerrechts von *Kelsen* auch gar nicht verlangt: Die Wirksamkeit der Völkerrechtsnormen muss zum einen nur „im großen und ganzen“ zu bejahen sein, zum anderen ist die Wirksamkeitsbedingung negativ formuliert: Die (Völker-)Rechtsordnung wird als gültig angesehen, „solange als“ diese Rechtsordnung wirksam ist.⁴¹ Damit wird argumentativ die Begründungslast auf die Seite derjenigen verschoben, die die Wirksamkeit des Völkerrechts anzweifeln. Nun kann man mit guten Gründen der Ansicht sein, dass das Völkerrecht weder im Jahr 1960 – dem Erscheinungsjahr der 2. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ – noch im Jahr 2012 hinreichend wirksam gewesen ist. Andererseits mag man hier aber auch auf den bekannten Befund des Völkerrecht-

³⁹ *Hart* CoL, S. 220.

⁴⁰ *Kelsen* RR, S. 219. Zum Problem der Wirksamkeit bei *Kelsen* vgl. *Bulygin*, Das Problem der Geltung, in: *Paulson/Stolleis* (Hrsg.), Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 80 (85 ff.).

⁴¹ *Kelsen* RR, S. 219. Fraglich ist allerdings, was *Kelsen* unter der „Wirksamkeit im großen und ganzen“ genau versteht. *Kelsen* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Wirksamkeit die tatsächliche Anwendung und Befolgung der Norm betreffe (ibid., S. 10). Sicher ist, dass es sich um einen empirischen Tatbestand („Seinatsache“) handelt, der damit einem normlogischen Untersuchungsprogramm verschlossen ist. Die Frage, die sich insbesondere beim Völkerrecht stellt, ist aber, ob die Wirksamkeitsbedingung schon erfüllt ist, wenn die Normen tatsächlich von den Völkerrechtssubjekten mehrheitlich und in den meisten Fällen befolgt werden (befolgungsabhängiges Verständnis der Wirksamkeit), oder ob darüber hinaus auch verlangt ist, dass im Falle eines Völkerrechtsverstößes in den meisten Fällen eine Sanktion erfolgt (sanktionsabhängiges Verständnis der Wirksamkeit). Während ersteres bejaht werden kann, ist letzteres mit Blick auf das geltende Völkerrecht eher zweifelhaft. Zu dieser Unsicherheit in der Interpretation *Kelsens* s.a. *Somek*, *Kelsen Lives*, EJIL 18 (2007), S. 409 (439). Das Problem der Wirksamkeit in der Lehre *Kelsens* bleibt letztlich ungelöst.

lers *Louis Henkin* verweisen: „Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all their obligations almost all of the time.“ Offenbar gingen aber sowohl *Hart* wie auch *Kelsen* davon aus, dass das Völkerrecht ihrer Zeit „wirksam“ war.

Nicht ohne Folge für die Frage der Rechtlichkeit des Völkerrechts bleibt, dass *Kelsen* zwischen Staats- und Völkerrecht eine Kontinuität denkt, ja denken muss, während *Hart* die Unterschiede beider betont. *Kelsen* integriert das Völkerrecht in eine allgemeine Theorie des Rechts. Das Völkerrecht wird dann gewissermaßen zum „Stresstest“ dieser Theorie. Die Stringenz des normlogischen Rechtsbegriffs zwingt dazu, letztlich zu akzeptieren, dass dem gegenwärtigen Völkerrecht der Rechtscharakter fehlt.⁴²

Für *Kelsen* besitzt das Völkerrecht bloße Ähnlichkeit mit dem staatlichen Recht, unterscheidet sich von diesem aber auch in wesentlicher Hinsicht, vor allem durch die fehlende Gewaltentrennung.⁴³ Bei aller Vorsicht *Kelsens* gegenüber Bewertungen wird an mehreren Stellen im Völkerrechtskapitel deutlich, dass das Völkerrecht vor dem Hintergrund des entwickelten Staatsrechts betrachtet wird, dass also die staatlichen Rechtsstrukturen einen Modellcharakter für die Entwicklung des Völkerrechts haben: Etwa wenn *Kelsen* von der „Primitivität“ der Völkerrechtsordnung spricht, das Problem der „Kollektivhaftung“ im Völkerrecht diskutiert und vor allem im Abschnitt über „Rechtsanschauung und Weltanschauung“.⁴⁴

Hart geht anders vor. Für ihn ist das Völkerrecht ebenfalls „primitives“ Recht. In seinem Völkerrechtskapitel kritisiert *Hart* das Insistieren *Kelsens* auf einer Grundnorm des Völkerrechts, ohne aber *Kelsen* ganz gerecht zu werden. Für *Hart* ist die Existenz oder das Denkenkönnen einer „*rule of recognition*“, das er hier synonym für *Kelsens* „Grundnorm“ zu verwenden meint, ein „Luxus“ und keine Normativi-

⁴² Die Möglichkeit, eine Grundnorm denken zu können, ist – neben der Wirksamkeit des Völkerrechts eine notwendige Bedingung für dessen Geltung. Der Inhalt der Grundnorm wird von der reinen Völkerrechtstheorie nicht vorgegeben, sondern bestimmt sich letztlich durch das positive Recht. Inhaltlich ist die Grundnorm insbesondere abhängig von dem ebenfalls nicht vorgegebenen Verhältnis von Staatsrecht und Völkerrecht. Nur insofern ein monistisches Modell mit Primat des Völkerrechts gewählt wird, kann man von einer echten völkerrechtlichen Grundnorm sprechen. Das macht *Kelsen* in dem Abschnitt über die Grundnorm des Völkerrechts deutlich, vgl. *Kelsen* RR, S. 221 ff. Die Ausführungen im späteren Völkerrechtskapitel setzen voraus, dass dieser Primat akzeptiert wird. Wendet man das Stufenbaummodell, das sich aus der Grundnormhypothese ergibt, auf die Völkerrechtsordnung an, so ergibt sich für die völkerrechtliche Grundnorm Folgendes: Auf der niedrigsten Stufe siedelt *Kelsen* das Sekundärrecht der internationalen Organisationen an, d.h. Rechtsakte, die in Ausführung eines völkerrechtlichen Vertrages durch dafür eingesetzte Organe erlassen werden (z.B. Urteile des IGH). Auf der zweiten, höheren Stufe befinden sich die völkerrechtlichen Verträge. Auf der höchsten Stufe befindet sich das Völkergewohnheitsrecht. Die Grundnorm des Völkerrechts ist daher, wie gesagt unter Voraussetzung eines monistischen Modells mit Primat des Völkerrechts, folgende: „Die Staaten (...) sollen sich in ihren gegenseitigen Beziehungen so verhalten, oder, Zwang von Staat gegen Staat soll unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden, wie es einer gegebenen Staatengewohnheit entspricht“, ibid., S. 222.

⁴³ *Kelsen* RR, S. 324. Dass – vor dem Hintergrund einer dezentral gedachten Völkerrechtsordnung – die Staaten zugleich rechtssetzend wie auch rechtsdurchsetzend tätig werden, ist für *Kelsen* das Merkmal einer primitiven Rechtsordnung.

⁴⁴ *Kelsen* RR, S. 323, 327, 343.

tätsbedingung.⁴⁵ In primitiven Rechtsordnungen, wie dem Völkerrecht, reiche *Kelsens* zweite Bedingung, die der Wirksamkeit und Akzeptanz, aus, um von ihrer Geltung sprechen zu können.

Was lässt sich aus der Problematisierung der Rechtlichkeit des gegenwärtigen Völkerrechts mittels der Theorien *Kelsens* und *Harts* gewinnen? Der Befund, dass das gegenwärtige Völkerrecht im Lichte des normlogischen Rechtspositivismus *Kelsens* kein Recht darstellt, veranlasst folgende kritische Rückfrage an den Völkerrechtsdiskurs: Sind „Strafe“ und (obligatorische) „Zwangsvollstreckung“ als Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten von Staaten eine wünschenswerte Fortbildung auf dem Weg zur Rechtlichkeit des Völkerrechts? Hier wird natürlich der Boden der „Reinen Rechtslehre“ verlassen. Eine Klärung dieser Frage fällt nicht in die Zuständigkeit einer rechtspositivistisch verfahrenen Theorie. *Kelsen* würde aber wohl die aktuelle Diskussion um die Frage, ob Staaten vor dem Internationalen Gerichtshof wegen terroristischer Handlungen verklagt werden können, begrüßt haben.⁴⁶

Auch bei einer anderen aktuellen Frage gibt der normlogische Rechtspositivismus zumindest eine Tendenz vor: Gegenwärtig wird diskutiert, ob die Staatenimmunität bei *ius cogens*-Verstößen eingeschränkt werden muss und der „verletzte“ Staat in das auf seinem Territorium belegene Vermögen des Verletzerstaates vollstrecken darf.⁴⁷ Würde man die Vollstreckungsimmunität in solchen Fällen verneinen, käme dies einer „Exekution“ im Sinne *Kelsens* nahe. Die Rechtlichkeit des Völkerrechts wäre für *Kelsen* dann unzweifelhaft.

Am Spannungsverhältnis zwischen dem rechtspositivistischen Rechtsbegriff und der realen Verfasstheit des Völkerrechts wird deutlich, dass ein rechtspositivistischer Zugang zu dieser Materie keineswegs auf eine bloße „Apologie“ des Bestehenden zielt. In der zentralen Frage nach der Rechtlichkeit des Völkerrechts bietet der Rechtspositivismus seine Dienste an: Wenn die Rechtlichkeit des Völkerrechts gewollt ist, besteht ein beständiger Überprüfungs- und Verbesserungsbedarf der Völkerrechtsordnung. Rechtspositivistische Theorien, wie die *Kelsens* und *Harts*, geben Kriterien für Rechtlichkeit an, anhand derer das positive Völkerrecht zu messen ist. Der Völkerrechtsdiskurs sollte diese Kriterien der Rechtlichkeit (Sanktion, Zentralisierung von Rechtsdurchsetzungsmechanismen, *compliance pull*-Wirkung von Normen) ernst nehmen.

III. Soft Law: Ein Problem der Grenze von Rechtlichkeit

Die Frage nach dem Nutzen von „soft law“ ist eines der gegenwärtig am meisten diskutierten Probleme des Völkerrechts.⁴⁸ Auch hier ist mehr Theorie hilfreich. Nun

⁴⁵ *Hart* CoL, S. 235.

⁴⁶ Vgl. zu dem Problem *Trapp*, Holding States Responsible for Terrorism before the International Court of Justice, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 279 ff.

⁴⁷ Vgl. IGH, 3.2.2012, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (30.07.2012).

⁴⁸ Längst hat sich die Methode des soft law auch für andere Rechtsbereiche empfohlen, wie z.B. das Europarecht. Dazu s. *Peters*, Soft Law as a New Mode of Governance, in: *Diedrichs* u.a. (Hrsg.), *The*

ist das „soft law“ selbst ein heterogenes Phänomen, das Menschenrechtsdeklarationen, auslegende Erklärungen zu völkerrechtlichen Verträgen bis hin zu detaillierten Absprachen über inhaltliche und prozedurale Fragen umfasst. „Soft law“ findet sich in so unterschiedlichen Bereichen wie denen des Menschenrechtsschutzes, des Umweltschutzes und des internationalen Finanzverkehrs. „Soft law“-Regeln haben in den letzten Jahrzehnten beständig zugenommen. Dem „soft law“ ist gemeinsam, dass es sich um Regeln jenseits der klassischen, in Art. 38 des IGH-Statuts aufgeführten Völkerrechtsquellen handelt. Unter „soft law“ werden im Völkerrecht Verhaltensregeln verstanden, deren Nichteinhaltung keine völkerrechtliche (Staaten-)Verantwortlichkeit auslöst und deren Verletzung nicht vor internationalen Gerichten gerügt werden kann.⁴⁹ Das „soft law“ ist nicht einfach ein „Nicht-Recht“, sondern es steht in einer Art Dialogbeziehung zum „harten“ Völkerrecht.⁵⁰ In einer berühmten Formulierung von *Alfred Verdross* und *Bruno Simma* kommt dem „soft law“ keine Rechtsverbindlichkeit, wohl aber Autorität zu.⁵¹ „Soft law“ dient oft der Vorbereitung „harten“ Rechts oder dessen Komplementierung.⁵²

Die Existenz von „soft law“ im Völkerrecht muss den Rechtspositivismus herausfordern, denn hier geht es um einen Grenzfall der Rechtlichkeit. Mit dem „soft law“ wird eine Zwischenkategorie benannt zwischen „Recht“ und „Nicht-Recht“. Eine rechtspositivistische Theorie, die die Frage „Was ist Völkerrecht?“ beantworten will, kommt an einer Stellungnahme zum „soft law“ nicht mehr vorbei, zu groß und zu bedeutsam sind mittlerweile die Felder, in denen die Verhaltenssteuerung von Völkerrechtssubjekten über das „soft law“ erfolgt. Wegen der starken Familienähnlichkeit mit hartem Völkerrecht und weil der Inhalt des Rechtsbegriffs nicht a priori feststeht, kann eine rechtspositivistische Theorie völkerrechtliches „soft law“ nicht von vornherein vom Recht ausschließen.

Hart und *Kelsen* haben zum „soft law“ im Völkerrecht nicht ausdrücklich Stellung bezogen.⁵³ Eine Antwort lässt sich aber dennoch unter Rückgriff auf die Ausführungen zum Rechtsbegriff in beiden Theorien geben. Für eine rechtspositivistische Theorie ist das „soft law“ ein Testfall, der zugleich der Sache wie der Theorie genauere Konturen zu geben vermag. Entscheidend ist zunächst, wie die jeweilige Theorie das Problem des „soft law“ verortet, als was sie es begrifflich erfasst.

Mit dem normlogischen Rechtspositivismus *Kelsens* ist das Problem des „soft law“ als eines der Normhaftigkeit, der Eigenschaft also, eine Rechtsnorm zu sein, anzusprechen. Rechtsnormen sind für *Kelsen* die basalen Bausteine der Rechtsordnung. Nun kann man nicht argumentieren, dass – da „soft law“ auf einen staatlichen Akt zurückgehe und „Staat“ und „Rechtsordnung“ bei *Kelsen* identifiziert

Dynamics of Change in EU Governance, 2011, 21 ff.

⁴⁹ Vgl. nur *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, S. 205.

⁵⁰ Treffend die Formulierung bei *Peters* (Fn. 48), S. 23: „(...) soft law is in the penumbra of law (...)“ (Hervorhebungen im Original).

⁵¹ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 420.

⁵² Vgl. die Unterscheidung von drei Funktionen des „soft law“ bei *Peters* (Fn. 48), S. 34 ff.

⁵³ Allerdings war die Konzeption des „soft law“ seit dem Ende des 19. Jahrhunderts bekannt, s. *Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution, 2006, S. 112 ff.

werden⁵⁴ – dann „soft law“ automatisch zum „Recht“ gehöre. Vielmehr kennt *Kelsen* durchaus den Fall, dass ein staatlicher Akt „rechtlich irrelevant“ ist.⁵⁵

Es wird nicht überraschen, dass das „soft law“ den Rechtsnormentest der „Reinen Rechtslehre“ nicht bestehen kann. Offensichtlich fehlt es beim „soft law“ an der oben erwähnten und für *Kelsen* normkonstitutiven Eigenschaft des Zwangscharakters.⁵⁶ Völkerrechtliches „soft law“ zeichnet sich per definitionem dadurch aus, dass auf eine Übertretung des gesollten Verhaltens gerade keine Sanktion im Sinne *Kelsens* folgt. Zwar ist als Reaktion auf die Nichtbeachtung des völkerrechtlichen „soft law“ eine Retorsionsmaßnahme (ein bloß unfreundlicher, nicht aber rechtswidriger Akt, wie z.B. der Abbruch diplomatischer Beziehungen) denkbar. Die Retorsion hat aber gerade nicht den Charakter einer Sanktion im Sinne *Kelsens*, da die Retorsion die Anwendung physischen Zwangs ausschließt.⁵⁷ Eine Variante des „soft law“ kann allerdings auch in der „Reinen Rechtslehre“ Berücksichtigung finden: die der auslegenden Bestimmung „harten“ Rechts.⁵⁸ *Kelsen* nennt dies eine „unselbständige Norm“. Dazu gehören Normen, „die den Sinn anderer Normen näher bestimmen, indem sie etwa einen in der Formulierung einer anderen Norm gebrauchten Begriff definieren oder eine Norm in anderer Weise authentisch interpretieren.“⁵⁹ Nur normakzessorisches „soft law“ kann in den Blick des normlogischen Rechtspositivismus geraten. Im Grundsatz bleibt es dabei: Die Rechtswissenschaft der „Reinen Rechtslehre“ ist für sanktionslose Akte – worunter das „soft law“ fällt – unzuständig.

Und *Hart*? *Hart* unterscheidet bekanntlich zwischen „primary“ und „secondary rules“, den primären und sekundären Regeln.⁶⁰ Während die sekundären Regeln solche der Regelerzeugung, -anwendung, -änderung oder -aufhebung betreffen, stellen primäre Regeln zunächst einmal nur Pflichten („duties“) in einer Rechtsgemeinschaft auf.⁶¹ Es stellt sich im Kontext von *Harts* deskriptivem Rechtspositivismus damit die Frage, ob das „soft law“ als primäre Regel in Frage kommt. Wiewohl *Hart* die Befehlstheorie ablehnt, steht für ihn doch fest, dass das Recht ein menschliches Verhalten nicht nur regelt, sondern dieses auch verbindlich („non-optional or obligatory“) macht. Der Fall der Zwangsnorm ist für *Hart* nur ein (allerdings paradigmatischer) Fall der Verbindlichkeit von Recht. *Hart* vertritt einen weiten Begriff der Verbindlichkeit:

„Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great. Such rules may be wholly customary in origin: there may be no

⁵⁴ *Kelsen* RR, S. 289.

⁵⁵ *Kelsen* RR, S. 53.

⁵⁶ Zur Zwangsnormeigenschaft von Rechtsnormen s. *Kelsen* RR, S. 34 ff.

⁵⁷ Vgl. *Kelsen* RR, S. 34, 321: „Repressalien“ und „Krieg“ sind die spezifischen Sanktionen des Völkerrechts. Dazu s. bereits oben.

⁵⁸ Vorausgesetzt ist, dass das Völkerrecht die Anforderungen des normlogischen Rechtsbegriffs erfüllt, was – wie oben dargestellt – beim gegenwärtigen Völkerrecht nicht der Fall ist.

⁵⁹ *Kelsen* RR, S. 58.

⁶⁰ *Hart* CoL, S. 78 ff. Dazu *Schmidt*, Primäre und sekundäre Regeln bei H. L. A. Hart, ZRph 2007, S. 44 ff.

⁶¹ *Hart* CoL, S. 81.

centrally organized system of punishments for breach of the rules; the social pressure may take only the form of a general diffused hostile or critical reaction which may stop short of physical sanctions. It may be limited to verbal manifestations of disapproval or of appeals to the individuals' respect for the rule violated; it may depend heavily on the operation of feelings of shame, remorse and guilt.“⁶²

Für *Hart* hängt die Verbindlichkeit einer primären Regel also nicht von der formalen Institutionalisierung von Zwang als Sanktion ab, sondern er lässt schon einen informellen, tatsächlichen Befolungsdruck als Verbindlichkeitskriterium ausreichen. Damit wird aus der Frage des Rechtllichkeitscharakters von „soft law“ eine Frage der sozialen Wirksamkeit und dessen Deutung. Im Kontext dieses weiten Verbindlichkeitsbegriffs wird auch völkerrechtliches „soft law“ nicht vom rechtspositivistischen Rechtsbegriff *Harts* ausgeschlossen, sondern kann – bei hinreichendem Befolungsdruck – ebenfalls zum „Völkerrecht“ gezählt werden.

Im Vergleich der beiden rechtspositivistischen Ansätze zeigt sich, dass *Kelsen* formaler Rechtsnormbegriff, der auf die Sanktion als Zwangsakt abstellt, kaum Raum für völkerrechtliches „soft law“ lässt. „Soft law“ gerät überhaupt nur den Blick des normlogischen Rechtspositivismus, insofern es sich um rechtsnormakzessorische Regeln (etwa Auslegungsregeln) handelt. Mit *Hart* hingegen muss das Problem des „soft law“ in die Sphäre der sozialen Realität verlagert werden. Dieser Blick auf die realen Beziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten ist *Kelsen* versperrt: Die Reinheit der Rechtslehre lässt eine Bezugnahme auf das „Sein“ nicht zu.⁶³ Während *Kelsen* die radikalere Lösung vertritt, erweist sich *Hart* als der geeignete Gesprächspartner für das Problem der Verbindlichkeit im Völkerrecht. Anders als bisweilen in der Literatur vermutet, steht die „binäre“ Logik des Rechtspositivismus, die zwischen „Recht“ und „Nicht-Recht“ unterscheidet, also nicht zwingend einem völkerrechtlichen „soft law“ entgegen. Vielmehr würde eine rechtspositivistische Theorie Differenzierungen der Verbindlichkeit innerhalb des „soft law“ annehmen.

Der Beitrag des Rechtspositivismus zur „soft law“-Debatte im Völkerrecht scheint mir folgender zu sein: Mit der Frage nach der Verpflichtung aufgrund von „soft law“ legt der Rechtspositivismus den Finger in die Wunde. Mit *Hart* wäre zu fragen, ob die Nichtbefolgung von „soft law“-Regeln in irgendeiner Weise von der internationalen Gemeinschaft regelmäßig geächtet wird, so dass ein „compliance pull“ sichtbar ist. Das kann durchaus eine Aufgabe für eine empirisch verfahrenende Rechtssoziologie sein. Andernfalls nämlich fiele das „soft law“ aus dem Gegenstandsbereich des Rechts heraus. Dann handelte es sich um ein Instrument internationaler Politik. Auch deren Instrumente haben ihre Berechtigung in der Ordnung internationaler Beziehungen, nur wäre die Völkerrechtswissenschaft dafür nicht zuständig.⁶⁴ Indem der Rechtspositivismus mit der Frage nach der Verbindlichkeit auf

⁶² *Hart* CoL, S. 86.

⁶³ *Kelsen* RR, S. 5 ff.

⁶⁴ Nach *Jean d'Aspremont* ist „soft law“ als Phänomen der Vermehrung des verfügbaren Rechtsstoffes für die Rechtswissenschaft zu verstehen, s. *ders.*, Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials, EJIL 19 (2008), S. 1075 (1088 ff.).

das Wesentliche zielt, *entideologisiert* er zugleich die völkerrechtliche „soft law“-Debatte: Wer die Existenz einer rechtlichen Regel behauptet, übernimmt eine Begründungslast. Dies ist gerechtfertigt, denn mit der Existenz einer Rechtsregel geht Verantwortlichkeit einher für den Fall, dass die Regel nicht eingehalten wird. Eine Inflationierung von Unverbindlichkeit kann kaum wünschenswert erscheinen.

IV. Schluss: Rechtspositivismus und Humanisierung des Völkerrechts

Diese Ausführungen sollten zeigen, dass ein rechtspositivistischer Zugang zum Völkerrecht keineswegs zu einem Konservatismus, einer Apologie führen muss. Vielmehr fordern rechtspositivistische Theorie und völkerrechtliche Praxis sich gegenseitig heraus.

Dennoch sind rechtspositivistische Völkerrechtstheorien, vorsichtig ausgedrückt, unmodisch. Einem möglichen Einwand, der das Fehlen solcher Theorien begründen könnte, soll abschliessend nachgegangen werden: Widerstreitet der Rechtspositivismus dem gegenwärtigen Trend einer Humanisierung des Völkerrechts?⁶⁵ Er erteilt bekanntlich einer *notwendigen* Verbindung von Moral (Gerechtigkeit) und Recht eine Absage.

Der Rechtspositivismus steht nach hier vertretener Auffassung einer Humanisierung des Völkerrechts, die das zentrale Anliegen der „Konstitutionalisierungsdebatte“ des Völkerrechts ist, nicht entgegen. Dafür sprechen folgende Erwägungen:

Erstens schließt der Rechtspositivismus große Konvergenzen beider Normensysteme von Recht und Moral nicht aus.⁶⁶ Menschenrechte können, sofern sie den Charakter „harten“ Rechts haben, als materielle Bindungen staatlicher Souveränität durchaus einen zentralen Platz in einer rechtspositivistischen Theorie des Völkerrechts einnehmen.

Zweitens hat ein rechtspositivistischer Zugang zum Völkerrecht eine inklusive Wirkung: Der Rechtspositivismus sieht die Heterogenität moralischer Positionen nicht als Mangel an. Wenn universell geteilte Maßstäbe für richtiges Völkerrecht nicht vorausgesetzt werden, wird diskursive Unvoreingenommenheit gewonnen. Im Rechtspositivismus weht bekanntlich universalistischer Geist.⁶⁷ Gerade für eine Theorie des Völkerrechts, das auf ein Klima der Offenheit und der Toleranz angewiesen ist, kann sich daher ein rechtspositivistischer Zugang anbieten.⁶⁸

⁶⁵ Vgl. zu diesem Trend *Teitel*, *Humanity's Law*, 2011.

⁶⁶ *Coleman/Leiter*, *Legal Positivism*, in: *Patterson* (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 1999, S. 241 (243).

⁶⁷ Vgl. z.B. *von Bernstorff*, *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, 2001.

⁶⁸ Der japanische Völkerrechtler *Onuf Yasuaki* weist darauf hin, dass der Universalismus im Völkerrecht eine inter-zivilisatorische Perspektive nahelegt. Diese verlangt eine methodische Distanzierung vom europäischen Naturrecht, s. *ders.*, *When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective*, *J. of the Hist. of Int'l Law* 2 (2000), S. 1: „Unless one scrutinizes how people in the non-European world perceived and understood the world including European natural law or international law, one cannot understand *the normative conditions of the world on a global scale*“ (*ibid.*, S. 60 f.; Hervorhebungen im Original). Und weiter: „For international law to be truly global in the sense that its legitimacy is voluntarily ac-

Drittens lässt sich der Rechtspositivismus als Forderung verstehen, mit dem Rechtlchkeitsanspruch des Völkerrechts Ernst zu machen. Dieser Anspruch ist voraussetzungsreich und hat – neben einer Entideologisierung des bestehenden Völkerrechts und verwandter Regelungsformen wie des „soft law“ – durchaus praktische Konsequenzen, etwa in Bezug auf Veränderungen des internationalen institutionellen Designs (z.B. die Schaffung einer strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeit bei Staatenverbrechen).

Viertens bedingt die rechtspositivistische „Entideologisierung“ des Völkerrechts neue Verantwortungszuschreibungen: Wenn Kriterien für richtiges Recht nicht universell zu haben sind, bleibt jeder einzelne völkerrechtliche Akteur – Institution, Diplomat und Wissenschaftler – angesichts stets prekär bleibender Rechtlchkeit und Inhaltsoffenheit des Völkerrechts besonders gefordert. Auch darin kann eine Humanisierung des Völkerrechts erblickt werden.

Vielleicht sprechen insgesamt letztlich pragmatische Gründe für eine rechtspositivistische Völkerrechtstheorie. Einen Versuch wäre es wert.

cepted by peoples all over the world, it must be accepted not only by existing states, i.e., by existing governments, but also by peoples with diverse civilizational backgrounds“ (*ibid.*, S. 66).