

Burkhard Schöbener

Die humanitäre Intervention im Konstitutionalisierungsprozeß der Völkerrechtsordnung

Das Völkerrecht ist, will es seine normative Kraft und seinen universellen Geltungsanspruch nicht grundlegend in Frage stellen, in Ermangelung zentraler, von der Interessenpolitik der Staaten unabhängiger Einrichtungen und Durchsetzungsinstrumentarien auf inhaltliche Klarheit angewiesen. Der Unabgeschlossenheit des Völkerrechts korrespondiert eine Entwicklungsoffenheit für weitere Prinzipien und »Werte«, was in der Konsequenz zu einer weitreichenden Relativierung des universellen Gewaltverbots führen kann. Es ist die Aufgabe des völkerrechtlichen und politischen Diskurses, den aktuellen Wandlungsprozeß kritisch und gleichzeitig konstruktiv zu hinterfragen, damit auch das »konstitutionalisierte« (postmoderne) Völkerrecht zwischen den Forderungen der Rechtssicherheit und der materialen Gerechtigkeit nichts von seiner normativen Kraft einbüßt.

Die Red.

I. Einleitung

Es ereignet sich höchst selten, daß das Völkerrecht – bzw. ein Rechtsproblem des Völkerrechts – Gegenstand öffentlicher Diskussion ist. Im Frühjahr und Sommer des letzten Jahres haben wir eine solche Diskussion erlebt – und sie ist noch keineswegs abgeschlossen. Erlaubt das Völkerrecht eine sog. humanitäre Intervention, d. h. ein Einschreiten dritter Staaten mit militärischer Gewalt, wenn – wie seinerzeit im Kosovo¹ – ein Staat den grundlegenden Menschenrechtsstandard gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen verletzt, es möglicherweise sogar zu Handlungen mit Völkermordcharakter kommt? Zweck dieses Beitrags ist nicht, die facettenreiche Diskussion in ihrer ganzen Breite noch einmal aufzubereiten. Es soll vielmehr der Versuch unternommen werden, das mit der »humanitären Intervention« verbundene Rechtsproblem in einen größeren Bezugsrahmen zu stellen: in den Bezugsrahmen der »Konstitutionalisierung« der Völkerrechtsordnung.

Die »humanitäre Intervention« läßt sich jedoch nur mit äußerster Mühe »juristisch isoliert« betrachten; daran kränken nicht wenige der aktuellen Annäherungen an dieses Thema. Es weist die unterschiedlichsten Implikationen auf: Man kann es unter völkerrechtlichen, politischen, moralischen oder philosophischen, sogar unter theo-

¹ Damit ist keineswegs gesagt, daß der militärische NATO-Einsatz in Jugoslawien ausschließlich humanitär begründet war; vgl. dazu Loquai, Der Kosovo-Konflikt – Wege in einen vermeidbaren Krieg (2000); kritisch zur (fehlenden) Strategie der NATO Giersch, Konfliktregulierung ohne Konzept und Konsens, FAZ v. 23. 3. 2000, S. 15. – Zu den historischen und politischen Hintergründen des Kosovo-Konflikts vgl. Marko (Hrsg.), Gordischer Knoten Kosovo/2: Durchschlagen oder entwirren? (1999); M. Rub, Kosovo – Ursachen und Folgen eines Krieges in Europa (1999); F.W. Rüb, KJ 1999, 163 ff.; Gumpel, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 7 ff.; außerdem Noel Malcolm, Kosovo – A Short History (1999).

logischen Aspekten untersuchen². Feste Grenzziehungen im je eigenen methodischen Zugriff verschwimmen oftmals, teilweise werden sie ignoriert³. Ein möglicher Widerspruch zwischen ethischen und völkerrechtlichen Anforderungen wird nur selten zum Ausdruck gebracht⁴. Auch ist vor der Gefahr der moralischen Stigmatisierung der Befürworter wie auch Gegner eines »Rechts auf humanitäre Intervention« zu warnen; die moralische und wissenschaftliche Redlichkeit der Diskutanten muß insoweit über jeden Zweifel erhaben sein. Wer ein solches Recht im Ergebnis (mit wohl erwogenen Gründen) ablehnt, stellt damit die Effektivität des völkerrechtlichen Schutzes der Menschenrechte nicht generell auf eine niedrige Stufe. Zu wenig betont wird oftmals, daß die Völkerrechtsgemeinschaft wie auch die Einzelstaaten über vielfältige Möglichkeiten des politischen und wirtschaftlichen Drucks verfügen, um massiven Menschenrechtsverletzungen bereits im Vorfeld entgegen zu wirken. Hier sind es mitunter mangelnde politische Sensibilität oder falsch verstandene Rücksichtnahme, die ein frühzeitiges (nichtmilitärisches) Eingreifen verhindern. Mit anderen Worten: Wer dem prospektiven Täter nicht bereits beim Zündeln versucht, Einhalt zu gebieten, der muß sich später nicht wundern, wenn das ganze Haus in Flammen steht und ein Einsatz der Feuerwehr nicht mehr zu umgehen ist. Andererseits kann es für das Schutzbedürfnis der geschundenen Bevölkerung keinen Unterschied machen, daß die Staatengemeinschaft zu lange abgewartet und dem innerstaatlichen Treiben zugesehen hat. Die Verengung des völkerrechtlichen und politischen Blickwinkels auf die gewaltsame Intervention verstellt jedoch nur allzu häufig die Sicht auf das mit frühen »friedlichen« Mitteln Machbare.

Daß der internationale Schutz der Menschenrechte eines der höchsten Güter des Völkerrechts am Anfang des neuen Jahrtausends ist und effektiver Durchsetzungsmechanismen bedarf, wird von niemandem ernsthaft bestritten. Die Frage ist »lediglich«, ob zu diesen Durchsetzungsmechanismen auch der Einsatz militärischer Gewalt durch einzelne Staaten gehört. Sie zu beantworten bedarf nicht nur einer Bestandsaufnahme überlieferter und gegenwärtiger Völkerrechtsnormen, sondern nicht minder der Einbeziehung aktueller völkerrechtlicher Entwicklungstendenzen. Die völkerrechtliche Betrachtung kann sich deshalb nicht darauf beschränken, das Thema gleichsam isoliert als Einzelproblem der internationalen Rechtsordnung im (angeblichen) Spannungsfeld von staatlicher Souveränität, Gewaltverbot und Menschenrechtsschutz zu erörtern. Es ist vielmehr eingebunden in die größeren Zusammenhänge einer Umbruchphase des Völkerrechts, die man schlagwortartig als Versuch zur »Konstitutionalisierung« des Völkerrechts bezeichnen kann. Vor diesem Hintergrund ist der NATO-Einsatz zur Wiederherstellung der Menschenrechte im Kosovo allein Anlaß zu dieser Untersuchung; er kann und soll nicht ihr Gegenstand sein.

² Zur »Moral der humanitären Intervention« v. B. Schilling, AVR 35 (1997), 430 (432 ff., 450 ff., 455 ff.); Roellecke, FAZ v. 25. 6. 1999, S. 43.

³ Vgl. K. Ipsen, Die Friedens-Warte 74 (1999), 19 (20), der die Bemerkung eines bekannten Völkerrechtlers, der Kosovo-Einsatz sei eine »läßliche Sünde«, wie folgt kommentiert: »Teleologische Auslegung wird durch theologische Metapher ergänzt«.

⁴ S. aber Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 (32): »Die Völkerrechtsordnung ist wie kein anderes Rechtsgebiet auf ethische Fundierung angewiesen, da hinter seinen Normen kein staatlicher Zwangsapparat steht. Unmoralisches Völkerrecht verliere wie jedes ungerechte Recht seinen eigentlichen Geltungsgrund. Eine genauere Analyse des Kosovo-Konflikts ergibt allerdings, daß sich Moral und Macht gegen das universelle Gewaltanwendungsverbot verbündeten. Im Verbund von Macht und Moral laufen ethische Prinzipien Gefahr, von der Machtpolitik manipuliert und in den Dienst der Propaganda gestellt zu werden.« Vgl. auch Cassese, EJIL 1999, 23 (25).

1. Veränderung der internationalen Rahmenbedingungen des Völkerrechts

Wenn wir heute über die humanitäre Intervention sprechen, dann geschieht dies vor dem Hintergrund einer grundlegenden weltpolitischen Zäsur: dem Ende des Kalten Krieges Ende der 80er Jahre, der seine »heißen« Phasen in sog. Stellvertreterkriegen auslebte, der aber auch in entscheidenden Situationen zur gegenseitigen Neutralisierung der damaligen Weltmächte USA und Sowjetunion im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen führte, zu Agonie und Handlungsunfähigkeit der Völkergemeinschaft. Es ist schon fast in Vergessenheit geraten, daß der damalige US-Präsident *George Bush* 1991 – nach dem erstmaligen erfolgreichen Zusammenwirken der Mitglieder des Sicherheitsrates bei den Beschlüssen über kollektive Sicherheitsmaßnahmen zur Befreiung Kuwaits – von der Chance einer neuen Weltordnung sprach.⁵ Hervorragendes Kennzeichen dieser neuen Weltordnung ist – bei aller Konkretisierungsschwäche im einzelnen – die Befürwortung interventionistischer Maßnahmen. »Zur Sicherung bzw. Verwirklichung bestimmter Wert-, d. h. Gerechtigkeitsvorstellungen sollen die Staaten berechtigt sein, notfalls auch mit militärischen Mitteln einzugreifen. Der betroffene Staat soll sich demgegenüber nicht auf das Verbot des Eingriffs in innere Angelegenheiten berufen können.«⁶ Angesprochen ist damit in erster Linie das Interventionsinstrumentarium des Sicherheitsrates nach dem VII. Kapitel der UN-Charta.⁷ Im Zentrum dieser Gerechtigkeitsvorstellungen stehen die Menschenrechte, wie sie in der Völkerrechtsordnung mit *erga omnes*-Wirkung verankert sind. Doch lassen sich die Menschenrechte mit den unterschiedlichsten Instrumentarien schützen. Ein Einschreiten mit militärischen Mitteln ist dabei sicherlich die schärfste Maßnahme am Ende der Skala. Ihre besondere Relevanz erhalten solche Überlegungen durch ethnische und nationale Konflikte, die heute weltweit aufbrechen und selbst von militärisch mächtigen Staaten, wie Rußland, kaum wirkungsvoll zu verhindern, geschweige denn zu befrieden sind.

2. Die völkerrechtliche Entwicklung zum universellen Gewaltverbot und beim Schutz der Menschenrechte

Das moderne Völkerrecht, wie es uns heute begegnet, ist maßgeblich geprägt von zwei Entwicklungslinien, die im Kontext der humanitären Intervention nach verbreiteter Auffassung in ein Spannungsverhältnis geraten: zum einen die Entwicklung hin zu einem universell geltenden Verbot jeglicher Gewaltanwendung in den zwischenstaatlichen Beziehungen, zum anderen der seit Ende der 40er Jahre zusehends in den Mittelpunkt kodifikatorischer Bemühungen tretende Schutz der Menschenrechte, deren »Internationalisierung« oder – um es mit einem aktuellen Begriff zu versehen – »Globalisierung«.

⁵ Rede vor dem Kongreß am 6. 3. 1991; EA 1991, D 218 ff.; vgl. auch das Plädoyer des französischen Staatspräsidenten Mitterand (Ansprache vom 3. 3. 1991) für ein zu verwirklichendes neues Völkerrecht; EA 1991, D 216 ff.

⁶ Randelzhofer, FS für Lerche (1993), 51.

⁷ Vgl. dazu Schilling, AVR 33 (1995), 67 ff.

Die humanitäre Intervention ist kein Phänomen des ausgehenden 20. Jahrhunderts. Schon die Klassiker des Völkerrechts diskutierten die humanitäre Intervention – und zwar, wie nicht anders zu erwarten, äußerst kontrovers.⁸ Friedrich von Gentz⁹ traf vor annähernd 200 Jahren die Feststellung, es sei eine schwierige Aufgabe, den Punkt, wo die Befugnis eines Staates, den anderen Staat in seinen »einheimischen Unternehmungen« zu beschränken, anfängt und aufhört, durch allgemeine Regeln zu bestimmen. Aber diese Schwierigkeit sei allen Fragen gemein, die nach den Grundsätzen eines notwendig unvollkommenen Völkerrechts entschieden werden müßten. Zu dieser mangelhaften Ausbildung sei das Völkerrecht durch seine Natur verdammt; ohne eine oberste, allgemein gebietende Gesetzgebung sei keine feste Grenzbestimmung der Rechte denkbar.

Bis in das 20. Jahrhundert hinein war das »Recht zum Krieg«, das *liberum ius ad bellum*, allgemein anerkannt. Es waren insoweit allenfalls formale Anforderungen zu berücksichtigen, z. B. das Erfordernis einer förmlichen Kriegserklärung (vgl. Art. 1 des III. Haager Abkommens über den Beginn der Feindseligkeiten v. 18. 10. 1907)¹⁰. Materielle Bindungen enthielt das *ius in bello*, das Recht im Krieg, durch das aus Gründen der Humanität die Kriegshandlungen auf das militärisch Notwendige beschränkt wurden¹¹. Erst nach Ende des Ersten Weltkriegs wurden im Rahmen des 1919 gegründeten Völkerbundes konkrete Schritte zu einem zumindest partiellen Kriegsverbot unternommen. Zwar enthielt auch die Völkerbundsatzung (VBS) kein generelles Kriegsverbot, doch sah sie bestimmte Verfahrens- und Verhaltensregeln vor, die zu beachten sich die Mitgliedstaaten verpflichteten. Das Kriegsverhütungsrecht der Völkerbundsatzung bestand aus drei Bereichen, nämlich Abrüstung, Schiedsgerichtsbarkeit und kollektiver Sicherheit. Die grundlegende Neuorientierung des mit dem Völkerbund einsetzenden Übergangs vom klassischen zum modernen Völkerrecht¹² findet ihren Ausdruck in Art. 11 Abs. 1 VBS:

»Ausdrücklich wird hiermit festgestellt, daß jeder Krieg und jede Bedrohung mit Krieg, mag davon unmittelbar ein Bundesmitglied betroffen werden oder nicht, eine Angelegenheit des ganzen Bundes ist, und daß dieser die zum wirksamen Schutz des Völkerfriedens geeigneten Maßnahmen zu ergreifen hat. Tritt ein solcher Fall ein, so beruft der Generalsekretär unverzüglich auf Antrag irgendeines Bundesmitglieds den Rat.«

Mit diesem neuen Satz des Völkerrechts, so hat Otto Kimminich¹³ zutreffend festgestellt, »war der Grundpfeiler des klassischen Völkerrechts, nämlich die Souveränität und das aus ihr fließende Recht der souveränen Staaten zum Krieg (*ius ad bellum*)

8 Vgl. die Nachweise bei Pauer, Die humanitäre Intervention (1985), S. 25 ff.; Überblick auch bei Blumenwitz, FS für Trusen (1994), 453 f. Zur Idee des gerechten Krieges vgl. Kunz, AJIL 45 (1951), 528 ff.; v. Elbe, AJIL 33 (1939), 665 ff.; Nussbaum, Michigan Law Review 42 (1943/44), 453 ff.; zuletzt Kastner, JA 1999, 705 ff.; Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 2 Rn. 39 ff.

9 Friedrich v. Gentz, Über den Ursprung und Charakter des Krieges gegen die Französische Revolution (1801); abgedruckt in JuS 1993, 1055.

10 Danach waren die Signatarstaaten verpflichtet, keine Feindseligkeiten »ohne eine vorausgehende unzweideutige Benachrichtigung, die entweder die Form einer mit Gründen versehenen Kriegserklärung oder die eines Ultimatums mit bedingter Kriegserklärung haben muß«, zu beginnen (RGBl. 1910, S. 82). Eine Kriegserklärung war allerdings bereits vor Beginn des Zweiten Weltkriegs in der Praxis eher die Ausnahme. Das Erfordernis dürfte als Völkerrechtsnorm heute obsolet sein. Ein materielles Erfordernis enthielt die sog. Drago-Porter-Konvention v. 18. 10. 1907 (RGBl. 1910, S. 59), die eine Eintreibung vertraglich begründeter Schulden durch kriegerische Maßnahmen für den Fall untersagte, daß der Schuldnerstaat sich auf eine schiedsgerichtliche Erledigung einließ; vgl. Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 59 Rn. 2.

11 Überblick bei Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 2 Rn. 52 ff.

12 S. dazu Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 5. Aufl. (1993), S. 82 ff.

13 Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 5. Aufl. (1993), S. 85.

zum Einsturz gebracht worden«. Entsprechend dem (nie verwirklichten) Anspruch des Völkerbundes als universaler Staatengemeinschaft sollte von nun an überall auf der Welt der Krieg nicht mehr nur von der Entscheidung der Staaten abhängen, sondern zum Verantwortungsbereich der Völkergemeinschaft gehören. In Verbindung mit weiteren Vorschriften (vgl. nur Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 4, Art. 15 Abs. 6 VBS) war die Gesamtkonzeption der Völkerbundsatzung auf die Festlegung eines partiellen Kriegsverbots gerichtet¹⁴. Die völkerrechtliche Breitenwirkung dieser Normen blieb allerdings begrenzt, Anspruch und Wirklichkeit klappten wie so häufig auseinander: Das lag zum einen daran, daß die großen Mächte entweder gar nicht (USA) oder nur zeitweise dem Völkerbund angehörten (z. B. Deutschland, Sowjetunion, Japan). Zudem war der Völkerbund wegen seiner schwerfälligen Organisations- und Verfahrensstrukturen¹⁵ gerade in Krisenzeiten regelmäßig zur Ineffizienz verdammt.

Mehr Breitenwirkung war, nach der »Zwischenstation« des Locarno-Paktes v. 1925¹⁶, dem Briand-Kellogg-Pakt über die Ächtung des Krieges v. 27. 8. 1928¹⁷ (auch: Pakt von Paris) beschieden. Seine grundlegende Bedeutung resultiert zunächst daraus, daß ihm bis 1935 fast alle Staaten der Welt beitraten. In Art. I erklärten die Vertragspartner, »daß sie den Krieg als Mittel für die Lösung internationaler Streitfälle verurteilen und auf ihn als Werkzeug nationaler Politik in ihren gegenseitigen Beziehungen verzichten«. In Art. II verpflichteten sie sich, daß die Regelung und Entscheidung aller Streitigkeiten oder Konflikte »niemals anders als durch friedliche Mittel angestrebt werden soll«. Sanktionen für den Fall einer Zuwiderhandlung sah der Vertrag allerdings nicht vor; in der Präambel war nur bestimmt, »daß jede Signatarmacht, die in Zukunft danach strebt, ihre nationalen Interessen dadurch zu fördern, daß sie zum Kriege schreitet, dadurch der Vorteile, die dieser Vertrag gewährt, verlustig erklärt werden sollte«. Etliche Fragen nach der völkerrechtlichen Wirkung des Paktes von Paris blieben im Dunkeln¹⁸. Außerdem war seine Umgehung ebenso wie bei der gleichfalls auf den Rechtsbegriff »Krieg« abstellenden Völkerbundsatzung vergleichsweise einfach möglich, indem man kriegerische Handlungen schlicht als gewaltsame Repressalie bezeichnete. Unabhängig von diesen Defiziten war jedoch allgemein anerkannt, daß der Verteidigungskrieg durch den Pakt nicht ausgeschlossen sein sollte¹⁹. Als Wegweiser für die zukünftige Entwicklung wird man ihn trotz aller Mängel als »einen moralischen Qualitätssprung sui generis«²⁰ zu verstehen haben. Es war dieser Qualitätssprung, an den dann 1945, nach der zweiten Katastrophe eines Weltkrieges innerhalb weniger Jahrzehnte, die Gründer der Vereinten Nationen anknüpfen konnten. Angesichts der allen gemeinsamen Erfahrung zeigten sie sich bereits im ersten Satz der Präambel der UN-Charta »fest entschlossen, künftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die zweimal zu unseren Lebzeiten unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat«²¹. Gleichzeitig be-

¹⁴ Vgl. Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 5. Aufl. (1993), S. 88 f.

¹⁵ Überblick zu Organisation und Verfahren des Völkerbundes bei Barandon, Stichwort: Völkerbund, in: Strupp/Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III, 2. Aufl. (1962), S. 597 (601 ff.); H. Weber, in: Wolftrum, Handbuch Vereinte Nationen (1991), S. 1013 ff.

¹⁶ Vgl. Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 59 Rn. 6f.

¹⁷ RGBl. 1929 II, S. 97; abgedruckt auch bei Ranzelzhofer, Völkerrechtliche Verträge, 8. Aufl. (1999), Nr. 29 (S. 487 f.). Geseitert war im Vorfeld das sog. Genfer Protokoll; vgl. den Entwurf im AJIL 19 (1925), Suppl. 9 ff.; dazu Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 59 Rn. 5; Ranzelzhofer, in: Simma, The Charter of the United Nations – A Commentary (1994), Art. 2 (4) Rn. 9.

¹⁸ Ausführlich zur Beurteilung des Paktes in der zeitgenössischen Völkerrechtsliteratur Buchheit, Der Briand-Kellogg-Pakt von 1928 – Machtpolitik oder Friedensstreben? (1998), S. 357 ff.

¹⁹ Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 59 Rn. 7.

²⁰ Hildebrand, Das vergangene Reich – Deutsche Außenpolitik von Bismarck bis Hitler (1995), S. 496

²¹ Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 (23), sieht in dieser Formulierung eine »Bevorzugung der Sicherheit gegenüber der Gerechtigkeit bei der Frage der Gewaltanwendung«. Zur völker-

kräftigten sie »unseren Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit«, womit in aller Prägnanz wie (für uns mehr als 50 Jahre später) Selbstverständlichkeit die beiden wesentlichen Pfeiler der modernen Völkerrechtsordnung beschrieben waren. Im Unterschied zur Satzung des Völkerbundes enthält die UN-Charta ein umfassendes Konfliktverhütungs- und Friedenssicherungssystem, das vor allem in den Kapiteln VI und VII seinen Niederschlag gefunden hat. Grundlegend und für das inhaltliche Verständnis der einzelnen Regelungen prägend sind die im I. Kapitel aufgeführten »Ziele und Grundsätze«. Hier findet sich auch die Völkerrechtsnorm, die als Ausgangspunkt jeder Beschäftigung mit dem Phänomen der humanitären Intervention zu beachten ist. In Art. 2 Nr. 4 UN-Charta heißt es:

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

Es ist schon auf den ersten Blick offensichtlich, daß diese Fassung ein wesentliches Defizit früherer Völkerrechtstexte vermeiden sollte. Es ist nicht mehr vom »Krieg« die Rede, sondern es ist die »Gewalt«, die verboten ist. Jegliche Gefahr des Mißverständnisses oder der Fehlinterpretation sollte dadurch gebannt werden²². Allerdings enthält der Wortlaut auch insgesamt drei Klauseln, durch die eben diese Gefahr sozusagen durch die Hintertür wieder in die Vorschrift hinein getragen worden ist.

b) Die »Internationalisierung« der Menschenrechte

Die zweite Entwicklungslinie nimmt ihren Anfang ebenfalls mit der Gründung der Vereinten Nationen. Grund- und menschenrechtliche Gewährleistungen waren bis dahin vor allem eine Errungenschaft des innerstaatlichen Rechts, zumal des Verfassungsrechts. Von den amerikanischen Bills of Rights (1776/77) über die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789) und deren Verankerung in den modernen Verfassungsurkunden bildete sich der moderne Verfassungsstaat westlicher Prägung schrittweise bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts aus²³. Aus der Sicht des Völkerrechts gehörten die grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungen – abgesehen vom sog. fremdenrechtlichen Mindeststandard – zu den inneren Angelegenheiten der Staaten. Zumal das Verhalten der Staaten gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen war grundsätzlich nicht Gegenstand internationaler Verantwortung. Seine Breitenwirkung entfaltete das Konzept des modernen Verfassungsstaates besonders nach dem Zusammenbruch des Warschauer Paktes und der ihn tragenden Ideologie, als die bisherigen Ostblock-Staaten sich, wenn auch häufig unter erheblichen Schwierigkeiten aufgrund der maroden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, in die Phalanx der westlichen Verfassungsstaaten und deren Wertverständnis einreiheten²⁴. Der Begriff des modernen Verfassungsstaates umschreibt ein idealtypisches

rechtlichen Einordnung der Präambel der UN-Charta als verbindliches Programm des Friedens als Rechtsordnung vgl. Hobe (Hrsg.), Die Präambel der UN-Charta im Lichte der aktuellen Völkerrechtsentwicklung (1997).

²² Vgl. aber Doehring, FS für Buergenthal (1996), 549 (551), der unter Außerachtlassung der entstehungsgeschichtlichen Hintergründe Art. 2 Nr. 4 UN-Charta im Sinne einer »in gewisser Weise auf den Angriffskrieg begrenzten Intention der Charta« verstehen will.

²³ Übersicht bei Maurer, JZ 1999, 689 ff.; H. Hofmann, Die Entdeckung der Menschenrechte (1999); ders., JuS 1988, 841 ff.; ders., NJW 1989, 3177 ff.

²⁴ Isensee, JZ 1995, 421 (428 f.), betont allerdings zutreffend, daß in der globalen Perspektive Verfassungsstaaten im modernen Verständnis immer noch die Minderheit bilden.

Bild²⁵, dessen Kennzeichen vor allem in der Garantie von Grund- und Menschenrechten und in der Gewährleistung rechtsstaatlicher Strukturen zu finden sind, der sich daneben aber u. a. auch der Sozialstaatlichkeit verpflichtet weiß.

Die Internationalisierung der Grund- und Menschenrechte nimmt, wenn auch noch äußerst vage, ihren Anfang in der UN-Charta: Bereits die Präambel proklamiert den »Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau«. Art. 1 Nr. 3 UN-Charta nennt als Ziel der Vereinten Nationen, »die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen«. Auch in weiteren Vorschriften finden sich Bezugnahmen auf die Menschenrechte und Grundfreiheiten (vgl. Art. 55 lit. c), Art. 62 Abs. 2 UN-Charta). Unter der Ägide der Vereinten Nationen wurden in der Folgezeit eine Reihe menschenrechtlicher Kodifikationen abgefaßt. Grundlegend war insoweit die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948)²⁶, die zwar lediglich als rechtlich unverbindliche Beschlußfassung der UN-Generalversammlung gilt²⁷, die aber das in den folgenden Jahrzehnten konkretisierte Menschenrechtsprogramm bereits im wesentlichen enthält²⁸. Im selben Jahr wurde die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (sog. Genozid-Konvention) angenommen, die zu Beginn des Jahres 1951 in Kraft trat. Weitere Meilensteine auf globaler Ebene waren die beiden UN-Menschenrechtspakte von 1966, nämlich der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die 1976 in Kraft traten und an die heute nicht ganz 140 Staaten gebunden sind.²⁹ Weitere Abkommen zum Schutz der Menschenrechte kamen hinzu. Herausgebildet hat sich auf diese Weise eine Internationale Grundrechtscharta (»International Bill of Rights«)³⁰. Mehr noch als auf der universellen Ebene findet der Menschenrechtsschutz seine Verwirklichung, nicht zuletzt im Hinblick auf die internationale Gewährleistung des gerichtsförmigen Rechtsschutzes, in regionalen Abmachungen, zumal der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) von 1950³¹. Über die Jahrzehnte ist auf diese Weise ein sich zunehmend verdichtendes Netz des internationalen Menschenrechtsschutzes entstanden. Das Völkerrecht »gibt den verfassungsstaatlichen Prinzipien eine menschheitlich-planetarische Dimension.«³² Im Zuge dieser Entwicklung hat sich die Frage des Menschenrechtsschutzes immer stärker aus dem Bereich der inneren Angelegenheiten der Staaten gelöst und obliegt nunmehr (auch) der Verantwortung der Staatengemeinschaft als Ganzes³³.

25 Zum Verfassungsleitbild des Verfassungsstaates vgl. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 13 Rn. 121 ff.

26 Ausführlich Bausback, BayVBl. 1999, 705 ff.; Haedrich, JA 1999, 251 (252 ff.).

27 Graf Vitzthum/Hailbronner, Völkerrecht (1997), 3. Abschnitt, Rn. 205 m.w.N.; weitergehend Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. (1984), § 1234; Haedrich, JA 1999, 251 (252 f.) (Völkergewohnheitsrecht).

28 E. Klein, Keine innere Angelegenheit, FAZ v. 21. 6. 1999, S. 15: »Diese Erklärung war ein politisches Fanal und ein Legislativprogramm zugleich«.

29 Vgl. BGBl. II, Fundstellennachweis B (Stand: 31. 12. 1998), S. 465 ff.

30 Tomuschat, EA 1994, 677 (682).

31 Ein Vergleich der EMRK mit anderen regionalen Menschenrechtspakten findet sich bei Wittinger, Jura 1999, 405 ff.

32 Isensee, JZ 1995, 421.

33 Vgl. Bryde, BerDGV 33 (1994), 165 ff. m.w.N.; Graf Vitzthum/E. Klein, Völkerrecht (1997), 4. Abschnitt, Rn. 196. In ihrer Allgemeinheit unzutreffend die Bemerkung von H. Weber, FAZ v. 9. 7. 1999, S. 8, daß »nach geltender und durch die Staatenpraxis bestätigter Auffassung die Menschenrechte zu den inneren Angelegenheiten eines Staates (Souveränität) gehören«.

III. Das (vermeintliche) Spannungsverhältnis zwischen universellem Gewaltverbot und Schutz der Menschenrechte – rechtstheoretisch betrachtet

Im Schnittpunkt der beiden völkerrechtlichen Entwicklungslinien wird gemeinhin das Phänomen der humanitären Intervention verortet. Es sei das »Grundproblem«, so hat *Eckart Klein*³⁴ festgestellt, »daß in dieser Konstellation die beiden normativen Hauptwerte des Völkerrechts kollidieren: Schutz der Menschenrechte und Abwesenheit militärischer Gewalt. (...) Die Lösung ist im Kräftefeld Souveränität-Gewaltverbot-Menschenrechte zu suchen«. Bei nachhaltiger Verletzung unveräußerlicher Menschenrechte, insbesondere bei Überschreitung der Schwelle zum Völkermord, so lautet ein gängiger Argumentationsansatz³⁵, komme es zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Gewaltverbot und dem völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, das im Rahmen einer Güterabwägung³⁶ dahin zu lösen sei, daß ausnahmsweise auch eine beschränkte, auf die Wiederherstellung eines menschenrechtlichen Grundstandards abzielende Anwendung militärischer Gewalt völkerrechtlich erlaubt sei.

Beide Normen – universelles Gewaltverbot und Schutz der Menschenrechte – lassen sich aber durchaus in einer Weise interpretieren, die ein Spannungsverhältnis ausschließt. Denn das Gewaltverbot verbietet ein bestimmtes Mittel in der Gestaltung der internationalen Beziehungen, während der Schutz der Menschenrechte (abhängig von der Ausgestaltung im Einzelfall) einen generellen Auftrag bzw. eine rechtlich verbindliche Norm enthält, ohne insoweit allerdings die Durchsetzung durch Gewaltanwendung zu fordern. *Christian Busse*³⁷ hat insoweit durchaus überzeugend wie folgt argumentiert:

»Insofern stehen sich zwei Normen mit *ius cogens*-Qualität gegenüber. Verkompliziert wird dies noch dadurch, daß der *ius cogens*-Charakter der Menschenrechte zwar verbietet, diese zu verletzen, wohl aber nicht gestattet oder gar verpflichtet, zu deren Rettung einzuschreiten. Damit kann es – wird letzteres angenommen – in dieser Hinsicht weder zu einer Verdrängung

34 Klein, FAZ v. 21. 6. 1999, S. 15; ähnlich Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19. Die Berufung auf die Souveränität ist für sich genommen bereits problematisch, spricht doch Art. 2 Nr. 1 UN-Charta nur von der »soveränen Gleichheit« der Staaten; ablehnend schon Kelsen, Stichwort: Souveränität, in: Strupp (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts II (1925), 554 (559): »Es wäre höchste Zeit, daß dieser Begriff, nachdem er durch Jahrhunderte eine mehr als fragwürdige Rolle in der Geschichte der Rechtswissenschaft gespielt hat, aus dem Wörterbuch des Völkerrechts verschwindet.«

35 Aus der aktuellen Literatur etwa: Blanke, AVR 36 (1998), 257 (264); Lange, EuGRZ 1999, 313 (315); Lauterbach, ZRP 1999, 276 (278), die insoweit zu einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund kommt. Das Vorliegen eines (übergesetzlichen) Notstands als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut) führt K. Ipsen, FS für Dau (1999), 103 (117 f.) an. Zur Spannungslage bzw. einem Widerspruch zwischen dem Völkerrecht und dem (moralischen) Weltgewissen vgl. Schilling, AVR 35 (1997), 430 (450 ff.): »Der festgestellte Widerspruch ist kein innerrechtlicher Widerspruch, sondern ein Dilemma zwischen Recht und Moral, also zwischen zwei unterschiedlichen Normebenen« (451). Einen »tendenziellen rechtspolitischen Widerspruch« konstatiert Rumpf, Der internationale Schutz der Menschenrechte und das Interventionsverbot (1981), S. 11 f.

36 Vgl. etwa Tomuschat, Die Friedens-Warte 74 (1999), 33 (34 f.).

37 Busse, ZRP 1999, 416 (419); im Ergebnis ähnlich H. Weber, FAZ v. 9. 7. 1999, S. 8. Es erscheint allerdings inkonsequent, wenn Busse anschließend zwar nicht die Völkerrechtsnormen des Gewaltverbotes und des Menschenrechtsschutzes einer Güterabwägung zuführt, dasselbe dann aber im Bereich der Zielnormen unter Hinweis auf Art. 1 Nr. 4 UN-Charta tut mit dem Argument: »Da dem Verbot des Angriffskriegs und der Achtung der Menschenrechte jeweils eine hohe Wertigkeit zukommt, müssen beide Ziele in Einklang miteinander gebracht werden«. Ähnlich K. Ipsen, FS für Dau (1999), 103 (109 ff.). Dies verkennt, daß Ziele und Werte »hinter« den einschlägigen zwingenden Rechtsnormen stehen und nur insoweit zur Anwendung (auch im Wege der Abwägung) kommen, wie es zur Behebung von Interpretationsunsicherheiten erforderlich ist. Angesichts der zuvor getroffenen eindeutigen Feststellung zum Zusammenspiel der beiden Völkerrechtsnormen ist insoweit kein Raum mehr für den Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien und Werte. Vgl. zudem Blanke, AVR 36 (1998), 257 (265), das universelle Gewaltverbot sei »im Verhältnis der Staaten untereinander schlechthin nicht abwägungsgeeignet, soll nicht das völkerrechtliche Axiom der souveränen Gleichheit der Staaten unterminiert werden.«

des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta durch ›höherrangigere‹ Menschenrechte noch zu einer Güterabwägung zwischen zwei ius cogens-Normen kommen.«

565

Nähert man sich dem (vermeintlichen) Spannungsverhältnis in den Begriffen und Kategorien der Rechtstheorie, fragt man m.a.W. nach der Struktur der konfligierenden Rechtsnormen, dann handelt es sich augenscheinlich um einen sog. Prinzipienkonflikt.

Dahinter steht die grundsätzliche Unterscheidung von Regeln und Prinzipien³⁸: Prinzipien sind in diesem Verständnis Normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Sie sind Optimierungsgebote³⁹, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt. Im Unterschied zu den Prinzipien (Optimierungsgeboten) sind Regeln Normen, die stets entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es rechtlich geboten, genau das zu tun, was sie verlangt. Nach dieser Konzeption ist jede Norm entweder eine Regel oder ein Prinzip. Aus dieser grundlegenden normtheoretischen Unterscheidung erhellt bereits, daß es sich, wenn zwei Normen in einem rechtlichen Spannungsverhältnis stehen, offensichtlich um einen Prinzipienkonflikt handelt, der durch verhältnismäßige Abwägung mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz⁴⁰ zu lösen ist.

Was heißt das für die humanitäre Intervention? Dazu *Dieter Blumenwitz*⁴¹: »Praktische Konkordanz bedeutet, daß Volksgruppenschutz und Gewaltverbot einander so zuzuordnen sind, daß jedes der genannten Prinzipien Wirklichkeit gewinnt. Es darf nicht in einer vorschnellen Güterabwägung das eine Rechtsgut auf Kosten des anderen realisiert werden. Gewaltverbot und Menschen- bzw. Minderheitenschutz müssen, z. B. auch im Extremfall der ethnischen Säuberung, Grenzen gezogen werden, damit beide Rechtsgüter zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehung muß im konkreten Einzelfall verhältnismäßig sein: sie darf nicht weiter gehen, als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen.« Um aber damit nicht das Feld für mehr oder weniger diffuse, nicht rationale Abwägungsvorgänge zu öffnen, fügt *Blumenwitz* als deutliche Maßgabe hinzu: »Auf der Grundlage der Charta der Vereinten Nationen, die die Verfassungsordnung der gegenwärtigen Staatenwelt enthält, ist im Zweifelsfall immer zu Gunsten des Gewaltverbotes zu entscheiden.«

Eine solche eindeutige Maßgabe findet sich nicht bei allen Vertretern der Abwägungsthese. Ist aber das universelle Gewaltverbot in diesem Sinn »nur« ein Prinzip, ein im Einzelfall abwägungsbedürftiger und abwägungsfähiger rechtlicher Aspekt, dessen Erfüllungsanspruch unter dem immanenten Vorbehalt etwaiger gegenläufiger Prinzipien steht? Die Frage so zu stellen, heißt zwingend, sie zu verneinen. Denn gegenläufige Prinzipien lassen sich in jeder Rechtsordnung finden, auch im Völker-

38 Zum folgenden Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. (1994), S. 75 f.; grundlegend bereits ders., *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), 59 ff. = ders., *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995), S. 177 ff. Zur normtheoretischen Unterscheidung von Prinzipien (Optimierungsgebote, Strukturprinzipien) und ihrer Eignung zur Systembildung Schöbener, *Industriepolitik und Umweltschutz im Binnenmarkt – zugleich ein Beitrag zur Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrages*, § 6 (im Erscheinen).

39 Zu den völkerrechtlich garantierten Menschenrechten als Optimierungsgeboten und Teil einer konstitutiven Grundrechtstheorie vgl. Kälin, *BerDGV* 33 (1994), 9 (36 ff.).

40 Zur praktischen Konkordanz im Verfassungsrecht vgl. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. (1995), Rn. 72, 317 ff.

41 *Blumenwitz*, *Politische Studien*, Sonderheft 4/1999, 19 (30).

recht. Sie sind nicht abschließend zu benennen. Das Gewaltverbot würde auf diese Weise Gefahr laufen, seine rechtliche Wirksamkeit in erheblichem Umfang einzubüßen. Das ist auch von jenen nicht gewollt, die sich für eine Lösung des (vermeintlichen) Spannungsverhältnisses mit den Menschenrechtsgewährleistungen zugunsten der humanitären Intervention im Einzelfall (als *ultima ratio*) aussprechen. Begreift man das universelle Gewaltverbot hingegen als Regel, dann ist ein Konfliktverhältnis zu den Menschenrechten nicht durch Abwägung lösbar. Soweit die Menschenrechte definitive Gebote aufstellen, gebieten sie die unbedingte Beachtung durch die Staaten, ohne allerdings Drittstaaten die Durchsetzung im Wege der Anwendung militärischer Gewalt zu erlauben oder diese gar insoweit zu verpflichten. Soweit die Menschenrechte als Prinzipien im vorgenannten Verständnis gelten⁴², setzt sich überdies die Regel zwingend gegen das Prinzip durch. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Tatbestand der Regel eine Ausnahmeklausel⁴³ enthält, durch die das Prinzip die Regel außer Kraft setzt. Dies wird für das universelle Gewaltverbot aufgrund der sog. Zweckklausel des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta teilweise angenommen⁴⁴. Spricht man dem universellen Gewaltverbot einen Doppelcharakter⁴⁵ zu, wonach es sowohl Regel als auch Prinzip ist, dann ist es erforderlich, die Fälle zu benennen, zumindest aber Abgrenzungskriterien anzugeben, bei deren Vorliegen das Gewaltverbot als Regel bzw. Prinzip Anwendung findet. Das ist bislang nicht gelungen; spezifische Kriterienkataloge, wie sie zur Eingrenzung, aber auch Legitimierung der humanitären Intervention allenthalben formuliert werden⁴⁶, können diese Aufgabe nur unzulänglich erfüllen, weil sie abhängig sind von der konkreten Fallgestaltung, darüber hinaus aber kaum verallgemeinerungsfähige Inhalte aufweisen⁴⁷. Zudem fehlt ihnen jegliche normative Rückbindung an positive Völkerrechtsnormen, sei es des Gewohnheits-, sei es des Vertragsrechts, so daß ihnen allenfalls *de lege ferenda* Bedeutung zukommen dürfte⁴⁸.

Die rechtstheoretische Fragestellung soll hier nicht vertieft werden. Es dürfte sich aber gezeigt haben, daß die (vor-)schnelle »Konstruktion« von Prinzipienkonflikten, zumal auf der Ebene des Völkerrechts, dessen Charakteristika u. a. in der Dezentralität der Entscheidungsträger bei der Rechtsfindung und -durchsetzung⁴⁹ und der fehlenden obligatorischen Gerichtsbarkeit⁵⁰ bestehen, keineswegs zur Erhöhung der Anwendungs- und Interpretationssicherheit völkerrechtlicher Normen beiträgt – im Gegenteil. Der Verlust an völkerrechtlicher Gewißheit läßt sich auch nicht auf den »Konflikt« des universellen Gewaltverbotes und des universellen Menschenrechtsschutzes beschränken. Die Prinzipienoffenheit der Völkerrechtsordnung bedeutet

42 Vgl. nur Art. 2 Abs. 1 IPwskr: »Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, (...) unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln (...) die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.«

43 Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. (1994), S. 88 f.

44 S. dazu Schöbener, ZfP 2000, 293 (299 ff.).

45 Zum Doppelcharakter von Grundrechtsbestimmungen und -normen vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. (1994), S. 122 ff.

46 Vgl. nur Entschließung des Europäischen Parlaments v. 20. 4. 1994, BR-Drs. 409/94, S. 4 (Nr. 10); Lillich, ZaöRV 53 (1993), 557 (562 f.); Lange, EuGRZ 1999, 313 (315 f.); Laubach, ZRP 1999, 276 (279); K. Ipsen, FS für Dau (1999), 103 (117 ff.); E. Klein, FAZ v. 21. 6. 1999, S. 15. Früher schon Pauer, Die humanitäre Intervention (1985), S. 197 ff.

47 Dazu Isensee, JZ 1995, 421 (426).

48 Kimminich, AVR 33 (1995), 430 (443/446); Bothe, FS für Dau (1999), 1 (18); ähnlich Schilling, AVR 35 (1997), 430 (455); vgl. auch Delbrück, Die Friedens-Warte 74 (1999), 139 (149 ff.).

49 Dazu Delbrück (Hrsg.), The Future of International Law Enforcement – New Scenarios – New Law (1993); ders. (Hrsg.), Allocation of Law Enforcement Authority in the International System (1995) (jeweils mehrere Beiträge); Riedel, ARSP Beiheft 65 (1996), 151 (163 ff.); Uerpman, AVR 33 (1995), 107 ff. Die Staaten sind deshalb in der Regel »Richter in eigener Sache«; vgl. Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 (26).

50 Zu Rolle und Kompetenz des IGH zuletzt Fleischhauer, Die Friedens-Warte 74 (1999), 113 ff.

gleichzeitig eine Entwicklungsoffenheit für weitere Prinzipien, wodurch die Gefahr einer »Aufweichung« der Völkerrechtsordnung und eines Verlustes an normativer Kraft heraufbeschworen wird.

567

IV. Wandel des Völkerrechts durch »Konstitutionalisierung«?

Das Völkerrecht ist kein statisches oder gar monolithisches Rechtsgebilde. Wie in keiner anderen Rechtsordnung vollziehen sich die Wandlungen lange Zeit im Verborgenen, werden nur punktuell sichtbar, bevor sie sich irgendwann in ihrer ganzen Tragweite offenbaren. Gerade die Diskussion um die humanitäre Intervention legt den Blick offen für völkerrechtliche Entwicklungslinien, die sich zu einem Epochenwandel⁵¹ verdichten könnten. Zeichnen sich im Zusammenspiel von Menschenrechtsschutz und gewaltsamer Intervention möglicherweise »Maximen einer neuen Weltverfassung«⁵² ab?

1. Die humanitäre Intervention im »Verfassungssystem« der Staatengemeinschaft

Die humanitäre Intervention steht, wenn auch nicht explizit, so doch im Hinblick auf die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen, in engem Zusammenhang mit einer gerade in Deutschland zu verzeichnenden Debatte über die »Konstitutionalisierung« der Völkerrechtsordnung⁵³. Was damit gemeint ist, hat *Jochen A. Frowein*⁵⁴ prägnant auf den Punkt gebracht:

»Wer könnte bestreiten, daß die Entscheidung für ein umfassendes Gewaltverbot in Art. 2 Ziff. 4 der UN-Satzung und die Schaffung eines Durchsetzungssystems in Kapitel VII der Satzung der Beginn einer Konstitutionalisierung des Staatensystems ist? Diese Feststellung muß getroffen werden, auch wenn jedem klar ist, daß es noch lange dauern wird, bis dieses System unangefochten funktioniert. Das ist aber bekanntlich bei der Entstehung des modernen Verfassungsstaates in vielen Fällen nicht anders gewesen. Ich halte es auch für völlig konsequent, (...) von einem »Gewaltmonopol« des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zu sprechen. Nur der Sicherheitsrat hat die Verfügung über Gewaltmaßnahmen nach diesem Verfassungssystem, wenn nicht die besonders genannten und jeweils besonders zu prüfenden Ausnahmetatbestände, insbesondere der Selbstverteidigung, vorliegen. Es erscheint mir weiterhin nicht ernsthaft bestreitbar, daß die Durchsetzung von individuellen Menschenrechten auf der völkerrechtlichen Ebene ein Element der Konstitutionalisierung dieser Rechtsordnung ist. Es wird eine Beziehung des Individuums zur Völkerrechtsordnung hergestellt. Ihm werden Rechte und zum Teil auch Durchsetzungsmittel gewährleistet.«

51 Vgl. Kreß, NJW 1999, 3077 ff., der zusammenfassend eine »Verschiebung der Gewichte des Völkerrechts zu Krieg und Bürgerkrieg weg von einer fast vollständigen Fixierung auf den Staats- und hin zum stärkeren Individualschutz« (3083) konstatiert. Von einer »Umbruchphase« des Völkergewohnheitsrechts spricht Wilms, ZRP 1999, 227 (229).

52 Isensee, JZ 1995, 421, dessen Antwort allerdings negativ ausfällt: »Kurzum, es ist voreilig, die aktuellen Daten hochzurechnen zu einer neuen Weltverfassung« (423).

53 Vgl. neben den in der nachfolgenden Anmerkung genannten Nachweisen Frowein, *Recueil des Cours* 248 (1994), 345 (355 ff.); Tomuschat, in: Vereinte Nationen (Hrsg.), *International Law on the Eve of the Twenty-first Century, Views from the International Law Commission* (1997), 37 ff.; Fassbender, *Columbia Journal of International Law* 36 (1998), 529 ff.; ders., *UN Security Council Reform and the Right to Veto* (1998), S. 19 ff.

54 Frowein, *Die EU im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der EU im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft*, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), *Entwicklungsperspektiven der Europäischen Verfassung* (1999), 117. Vgl. auch ders., *Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, *BerDGV* 39 (2000), 427 ff.

Bereits der Begriff »Konstitutionalisierung« macht deutlich, daß es sich um einen normativen Entwicklungsprozeß handelt, dessen Abschluß, die Völkerrechtsordnung als »Verfassung« der Staatengemeinschaft in einem spezifischen Sinn, noch nicht absehbar ist. Das spezifisch Verfassungsrechtliche liegt nicht darin, daß die Völkerrechtsordnung, insbesondere die UN-Charta, die rechtliche Grundordnung der Staatengemeinschaft ist, sondern daß sie mittlerweile Elemente enthält oder ihr solche Elemente zugeschrieben werden, die kennzeichnend sind für den modernen Verfassungsstaat. Die wesentlichen Eckpunkte (»Gewaltmonopol«, individuelle Menschenrechtsgewährleistungen) werden in dem vorstehend wiedergegebenen Zitat angesprochen; hinzu kommt der Rechtsgedanke der Normenhierarchie. Ob dieser Befund mit dem Begriff »Konstitutionalisierung« zutreffend umschrieben ist oder möglicherweise nur Weltstaatsutopien und weitgehend inhaltsleeren Begriffen wie »Weltbürgergesellschaft«⁵⁵, »Weltinnenpolitik«⁵⁶ oder »Weltregierung«⁵⁷ Vorschub leistet, sei dahingestellt. Nicht zu leugnen ist jedenfalls die Tatsache, daß insoweit Veränderungen stattfinden, die gewisse Parallelen zur modernen Verfassungsstaatlichkeit aufweisen und deshalb auch im Hinblick auf die Problematik humanitärer Interventionen einer Beleuchtung bedürfen.

2. Inner- und zwischenstaatliches »Gewaltmonopol«

Der Staat ist nach einer Definition Max Webers⁵⁸ »diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes (...) das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht«. Gemeint ist damit Gewalt als *vis absoluta* bzw. *vis compulsiva*, nicht Gewalt im Sinne von *potestas* (Herrschaft). Beide zusammen konstituieren allerdings erst die für moderne Staaten typische Hoheitsstruktur⁵⁹. Dem Gewaltmonopol des Staates korrespondiert die Friedenspflicht der Bürger, die ggf. unter Inanspruchnahme des Gewaltmonopols erzwungen wird. Gleichzeitig stellt der moderne Staat rechtliche Verfahren zur Verfügung, in denen Streitigkeiten üblicherweise gerichtsförmig ausgetragen werden, und sichert die Durchsetzung und Vollstreckung der Rechtsentscheide. Auf diese Weise erfüllt der Staat einen seiner grundlegenden Zwecke, nämlich im Unterschied zum *status naturalis* (Thomas Hobbes) Schutz und Sicherheit der Bürger vor Übergriffen anderer Bürger zu garantieren. »Der Krieger des *bellum omnium contra omnes* gibt seine Waffen an den Staat ab, in der Erwartung, daß alle anderen das Gleiche tun,

⁵⁵ Vgl. Vgl. nur Habermas, Die Zeit v. 29. 4. 1999: Der militärische Einsatz der NATO in Jugoslawien sei ein »Sprung auf dem Weg des klassischen Völkerrechts der Staaten zum kosmopolitischen Recht einer Weltbürgergesellschaft«; dagegen Blanke KJ 1999, 410 ff.

⁵⁶ Kritisch zu Begriffen wie »Weltbürgergesellschaft« oder »Weltinnenpolitik« Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 (20). Demgegenüber Delbrück, Wirksames Völkerrecht oder neues »Weltinnenrecht«, in: Dicke u. a. (Hrsg.), Die Konstitution des Friedens als Rechtsordnung (1996), 318 (348), der es als Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft ansieht, »das neue Weltinnenrecht als Rechtsordnung einer globalen Weltgesellschaft näher zu bestimmen und in seinem Verhältnis zu dem auf lange Zeit gewiß noch weiter bestehenden modernen Völkerrecht dogmatisch zu erfassen«.

⁵⁷ Dazu etwa Tomuschat, EA 1994, 677 (684): »Mit dem Anspruch, in die inneren Verhältnisse ihrer Mitglieder notfalls auch mit militärischen Mitteln eingreifen zu dürfen, haben die Vereinten Nationen einen entscheidenden Schritt voran zu einer Weltregierung getan, die sich als Garant für einen weltweit geltenden Mindeststandard von Recht und Ordnung versteht.« Doch muß auch er der Rechtswirklichkeit Tribut zollen: »Anspruch und reale Handlungsmöglichkeit klaffen indes noch weit auseinander«.

⁵⁸ Zitiert nach Isensee, FS für Eichenberger (1982), 23.

⁵⁹ Vgl. Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 13 Rn. 77.

und wird damit zum Bürger. Entwaffnung schafft Zivilität: den machtvoll gewährleisteten Bürgerfrieden, den Zustand physischer Sicherheit⁶⁰.

Soweit auf der zwischenstaatlichen Ebene von einem »Gewaltmonopol« des Sicherheitsrates⁶¹ aufgrund seiner Befugnisse nach dem VII. Kapitel der UN-Charta gesprochen wird, ist dies eine bewußte Anleihe an der zuvor umrissenen (innerstaatlichen) Begriffsprägung. Die Übertragbarkeit dieses Gedankens auf die völkerrechtliche Ebene setzt aber jedenfalls im Kernbereich eine strukturelle Konvergenz der Problemlagen voraus. Die Interventionsbefugnisse des Sicherheitsrates lassen sich zurechtend als »rechtlich gebändigte Dezision«⁶² begreifen. Sie sind notwendige Folge der dem Sicherheitsrat übertragenen Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art. 24 Abs. 1 UN-Charta)⁶³. Insbesondere die Rechtsbegriffe »Bedrohung des Friedens« und »Bruch des Friedens« (Art. 39 UN-Charta) geben ihm hinreichend Konkretisierungsspielräume, das militärische Sanktionsinstrumentarium (Art. 42 UN-Charta) zu aktivieren⁶⁴. Ein Gewaltmonopol des Sicherheitsrates resultiert daraus allerdings nicht. Das belegt bereits Art. 51 UN-Charta, wonach die UN-Charta im Fall eines bewaffneten Angriffs »keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung« beeinträchtigt⁶⁵. Allerdings trifft die Mitgliedstaaten eine Anzeigepflicht gegenüber dem Sicherheitsrat. Die Maßnahmen zur Selbstverteidigung dürfen zudem nur solange fortgeführt werden, bis der Sicherheitsrat die »erforderlichen Maßnahmen« getroffen hat, bis er also seiner Verantwortung für die internationale Sicherheit nachgekommen ist.

Selbst wenn man in Art. 51 UN-Charta lediglich die völkerrechtliche Positivierung eines allgemeinen, auch innerhalb der Staaten (zwischen den Individuen) geltenden Rechtsprinzips der erlaubten Notwehr und Nothilfe sieht, bedeutet dies weder eine Ausnahme noch die Bestätigung eines gedachten Gewaltmonopols des Sicherheitsrates. Konstituierend für die Völkerrechtsordnung ist nämlich nicht der Gewaltaspekt, sondern das universelle Gewaltverbot. Die Völkerrechtsordnung ist mit der innerstaatlichen Rechtsordnung insoweit inkongruent, als sie nicht einen subordinationsrechtlich strukturierten Rechtsverband zum Gegenstand hat, sondern auf Koordination, Kooperation und genossenschaftliche Gleichheit angelegt⁶⁶ ist, wie sie im Rechtsprinzip der souveränen Gleichheit aller Staaten (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta) ihren Ausdruck findet. Das gilt zumindest als Grundsatz⁶⁷. Mit dieser Gleichheit ist die Vorstellung eines zwischenstaatlichen Gewaltmonopols des Sicherheitsrates nicht zu vereinbaren. Insofern gehen auch Überlegungen, wie »der ungenügenden Institutionalisierung der Gewalt als positiver Ordnungsfaktor« in der Völkerrechtsordnung zu

60 Isensee, FS für Eichenberger (1982), 23 (26); vgl. auch Heintzen, Der Staat 25 (1986), 17 f.

61 Insbesondere in politischen Verlautbarungen; vgl. die Koalitionsvereinbarung zwischen der SPD und Bündnis 90/die Grünen v. 20. 10. 1998, ZRP 1998, 485 (502); aus der wissenschaftlichen Literatur Frowein (oben, Fn. 54); daneben z. B. Kunig, Jura 1997, 337 (342); Doehring, FS für Buergenthal (1996), 549 (552/553); vorsichtiger E. Klein, FAZ v. 21. 6. 1999, S. 15, der ein »Entscheidungsmonopol« vor allem aus Gründen mangelnder Funktionsfähigkeit des Sicherheitsrates ablehnt. Vgl. auch Nass, EA 1993, 279 (287), der den Begriff »Gewaltmonopol« für die Befugnisse des Sicherheitsrates als »modern gewordene(s) irreführende(s) Schlagwort« bezeichnet. Die Befugnisse des Sicherheitsrates gem. Art. 39 i. V. m. Art. 42 UN-Charta, einzelne Staaten zu militärischen Maßnahmen zu autorisieren, läßt sich wohl treffender als »Gewaltmächtigkeitsmonopol« bezeichnen.

62 So Herdegen, Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates – Aufgeklärter Absolutismus im Völkerrecht? (1998), S. 9; vgl. schon ders., FS für R. Bernhardt (1995), 103 ff.

63 Vgl. dazu Lailach, Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgaben des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen (1998).

64 Zur Ausweitung des Tatbestandes der »Friedensbedrohung« durch den Sicherheitsrat vgl. Herdegen, Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates (1998), S. 11 ff.

65 Im Ergebnis ebenso Laubach, ZRP 1999, 276 f.

66 Vgl. Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, Völkerrecht (1997), 1. Abschnitt, Rn. 55.

67 Zu gegenläufigen Tendenzen Isensee, JZ 1995, 421 (422).

begegnen sei⁶⁸, bereits im Ansatz fehl). Der aus dem universellen Gewaltverbot resultierenden Friedenspflicht⁶⁹ der Staaten als *der* Grundpflicht der Völkerrechtsordnung korrespondiert kein irgendwie geartetes Gewaltmonopol, weil es dessen zur Sicherung der Völkerrechtsordnung nicht bedarf. Das Völkerrecht stellt eine Vielzahl von Konfliktlösungsmechanismen zur Verfügung, deren Anwendung die Staaten einer gewaltsamen Maßnahme zur Durchsetzung eigener Rechtspositionen und politischer Interessen enthebt. Hingewiesen sei insoweit nur auf das VI. Kapitel der UN-Charta. Verstößt ein Staat gegen seine Friedenspflicht, dann sieht das Völkerrecht mit dem VII. Kapitel der UN-Charta sowie Art. 51 UN-Charta hinreichend effektive Reaktionsmöglichkeiten vor. Dies sind jedoch keine »Ausnahmen« vom universellen Gewaltverbot in einem dieses relativierenden Sinn, sondern dessen Bestätigung⁷⁰. Internationale Gewaltanwendung ist danach nur legitim, wenn sie die Reaktion auf eine völkerrechtswidrige Gewaltanwendung seitens des Aggressors ist. Dabei ist der Begriff »Gewalt« und »Aggressor«, soweit es die Konkretisierungsbefugnisse des Sicherheitsrates im Rahmen des Art. 39 UN-Charta betrifft, nicht beschränkt auf militärische Gewalt i.S.v. Art. 2 Nr. 4 UN-Charta oder auf den Begriff des »bewaffneten Angriffs« (Art. 51 UN-Charta). Erfasst wird davon auch strukturelle Gewalt, die durch die Merkmale der »Bedrohung des Friedens« und des »Friedensbruchs« in der Konkretisierung durch den Sicherheitsrat näher bestimmt wird⁷¹.

Akzeptiert man hingegen den Begriff »Gewaltmonopol« für die Befugnisse des Sicherheitsrates nach dem VII. Kapitel der UN-Charta, dann resultiert aus diesen Normen nicht nur eine Schutzbefugnis des Sicherheitsrates im Einzelfall, sondern eine Schutzpflicht. »Denn nimmt man den Begriff des Gewaltmonopols konzeptuell ernst, dann liegt es nur dort vor, wo in einer Rechtsgemeinschaft darauf vertraut werden kann, daß Rechtsbrüche verläßlich gehandelt werden«⁷². Von dieser Konzeption ist aber nicht nur das Völkerrecht insgesamt noch weit entfernt; auch das VII. Kapitel der UN-Charta sieht eine solche Rechtspflicht des Sicherheitsrates nicht vor⁷³. Einer Pflicht zum Einschreiten steht bereits der Abschrückungsmodus (Veto-Recht der fünf ständigen Mitglieder) sowie der Charakter des Sicherheitsrates als politisches Organ entgegen.

Die Rede vom Gewaltmonopol des Sicherheitsrates ist nun aber nicht, wie man zunächst vermuten könnte, allein ein Argument gegen uni- und multilaterale, humanitär motivierte Gewaltanwendung. Sie läßt sich auch in ihr Gegenteil verkehren, wenn man das Gewaltmonopol im Sinne einer Rechtspflicht zum Einschreiten versteht, der Sicherheitsrat dieser Pflicht nicht nachkommt und dann die Staaten selbst als eine Art Sachwalter des gemeinsamen Interesses am Schutz der Menschen-

68 Tomuschat, EA 1981, 325 (333), der sich aber gleichzeitig für ein Vorgehen mit »äußerster Behutsamkeit und Zurückhaltung« ausspricht: »Die Friedlichkeit des internationalen Verkehrs stellt für sich allein einen hohen Wert dar« (333 f.).

69 Gemeint als Abwesenheit militärischer Gewalt im zwischenstaatlichen Bereich (sog. negativer Friedensbegriff). Zum Unterschied von positivem und negativem Friedensbegriff vgl. Graf Vitzthum/Bothe, Völkerrecht (1997), 7. Abschnitt, Rn. 37 f.

70 Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 5. Aufl. (1993), S. 282; ders., AVR 33 (1995), 430 (435 f.).

71 Gegen eine Modifizierung des traditionellen (negativen) Friedensbegriffs im Kontext des Art. 39 UN-Charta zuletzt Baldus, in: Erberich u. a. (Hrsg.): Frieden und Recht (1998), 259 (268 f.).

72 Senghaas, Recht auf Nothilfe, FAZ v. 12. 7. 1999, S. 12; ders., S+F 1999, 134 (136); vgl. zudem Kunig, Jura 1997, 337 (342).

73 Vgl. Fink, Kollektive Friedenssicherung (1999), S. 872 f.; Schilling, AVR 33 (1995), 67 (78); a. A. Pape, Humanitäre Intervention (1997), S. 137; Senghaas, S+F 1999, 134 (136) (=eine Art von Rechtspflicht zu intervenieren«); kritisch auch Lillich, ZaöRV 53 (1993), 557 (558) m.w.N. Zu den rechtlichen Bindungen vgl. Fraas, Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof (1998), S. 73 ff., 187 ff.; Herbst, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates (1999), S. 119 ff.; Martenczuk, Rechtskontrolle und Rechtsbindung des Weltsicherheitsrates (1996), S. 119 ff.

rechte notgedrungen in die Bresche springen (müssen)⁷⁴. Eine derartige Notkompetenz läßt sich, soweit man sie akzeptiert, aber nicht auf die Staaten des NATO-Bündnisses beschränken. Der stellvertretende amerikanische Außenminister *Talbot*⁷⁵ betonte angesichts der Jugoslawien-Krise, das NATO-Bündnis müsse »sich das Recht vorbehalten, immer dann zu handeln, wenn seine Mitglieder es im Konsens für notwendig erachten«. Voraussetzung sei allein, daß die NATO-Einsätze »immer mit den Zielen und Prinzipien der Vereinten Nationen« übereinstimmten, doch sei darauf zu achten, »die NATO keinem anderen internationalen Gremium unterzuordnen«. Unklar bleibt dabei, wie der langjährige Vertreter der BR Deutschland bei den Vereinten Nationen in New York, *Tono Eitel*⁷⁶, bemerkt, »ob nur die NATO in die Klasse der »originären Gewalthaber« aufzusteigen vermag, oder ob dieses Vermögen auch anderen regionalen Abmachungen eignet, etwa der russisch dominierten GUS oder afrikanischen Zusammenschlüssen, und ob es gegebenenfalls neben dem Konsens der jeweiligen Mitglieder weitere Minimalvoraussetzungen gibt«. Da keine rechtlichen Gründe für die Beschränkung auf das westliche Militärbündnis zu finden sind, stünde eine solche Sachwalterkompetenz, so wird man annehmen dürfen, *prima facie* jedem Staat (natürlich auch mehreren Staaten bei gemeinsamen Aktionen) zu. Ob dies noch im Interesse des Weltfriedens ist, sei hier dahingestellt.

3. Humanitäre Intervention als »Polizeiaktion«

In engem Zusammenhang mit den Vorstellungen von einem Gewaltmonopol des Sicherheitsrates steht ein zweiter für den Gedanken der Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung wichtiger Aspekt: die zumal von deutscher Seite bei der Kosovo-Aktion immer wieder bewußt vermiedene Bezeichnung als »Krieg«. So erklärte der deutsche Bundeskanzler *Gerhard Schröder*⁷⁷: »Wir führen keinen Krieg, aber wir sind aufgerufen, eine friedliche Lösung im Kosovo auch mit militärischen Mitteln durchzusetzen«. In derselben Erklärung heißt es weiter: »Der jugoslawische Präsident Milosevic führt (im Kosovo) einen erbarmungslosen Krieg.« Dahinter stand offensichtlich das Bestreben, mit dem Begriff des Krieges verbundene moralische Vorbehalte zu umgehen. Entscheidend ist auch gar nicht, ob es sich tatsächlich um einen Krieg gehandelt hat⁷⁸, solange kein Zweifel besteht, daß auf jeden Fall die Regeln des humanitären Kriegsrechts (*ius in bello*) zu beachten sind⁷⁹. Wesentlich ist das neue Verständnis einer internationalen Polizeiaktion⁸⁰. Der kürzlich verstorbene

74 In diese Richtung Ende 1998 der damalige Außenminister Klaus Kinkel, vgl. C. Gennrich, Im Angesicht der Not im Kosovo baut Kinkel neue juristische Brücken – Verweis auf Unvermögen des Sicherheitsrates, FAZ v. 14. 10. 1998, S. 2; dazu Schöbener, ZfP 2000, 293 (312 ff.).

75 Zitiert nach Eitel, Die Friedens-Warte 74 (1999), 126 (137). Vgl. auch Klaus Naumann, FS für Dau (1999), 175 (190): »Der Einsatz im Kosovo ist kein Modell für künftiges Handeln, aber es gibt auch keinen Grund, künftig nicht wieder (so) zu handeln«. Zur »neuen Strategie« der NATO vgl. die auf der Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschefs am 23./24. 4. 1999 anlässlich des 50. Jahrestages der NATO abgegebene Erklärung von Washington, in: Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 24 v. 3. 5. 1999, S. 221 ff. Dazu Bothe/Martenczuk, Vereinte Nationen 1999, 125 ff.

76 Eitel, Die Friedens-Warte 74 (1999), 126 (138).

77 Zitiert nach Busse, ZRP 1999, 416 (dort Fn. 1).

78 Zu den mannigfaltigen Definitionen vgl. nur Berber, Lehrbuch des Völkerrechts II, 2. Aufl. (1969), S. 1 ff. Zutreffender wird man heute von internationalen bewaffneten Konflikten sprechen müssen; vgl. Donner, AVR 33 (1995), 168 (186 f.).

79 Vgl. Bothe, FS für Dau (1999), 1 (22 ff.); E. Klein, FAZ v. 21. 6. 1999, S. 15; zu den insoweit sich stellenden Folgeproblemen K. Ipsen, FS für Dau (1999), 103 (120).

80 Baldus, in: Erberich u. a. (Hrsg.), Frieden und Recht (1998), 259 (269), sieht im weiten tatbestandlichen Verständnis des Sicherheitsrates hinsichtlich des »Bruchs des Friedens« (Art. 39 UN-Charta), der auch

Journalist *Johannes Gross*⁸¹, der wie kaum ein Zweiter die Fähigkeit besaß, komplizierte politische Zusammenhänge kurz und prägnant auszudrücken, hat den Verständnisswandel so formuliert: »Das Ziel des Militärs ist Kampf und Sieg, das der Polizei Ruhe und Ordnung, Armeen können nur richtig operieren gegen einen Feind (der muß kein Verbrecher sein). Die Polizei hat keinen Feind, nur den Gesetzesbrecher, der stillgelegt werden muß. Für Tyrannen wird jeder Konflikt zum Krieg, innen wie außen; den Unterschied von Polizei und Armee heben sie auf. Moralisch aufgepumpte Demokratien führen Straf-Aktionen statt Kriege und setzen ihre Soldaten als Polizisten ein.« Allenfalls die Einordnung als internationale Strafaktion trifft wohl nicht den Kern des gewandelten Verständnisses, geht es doch nicht (primär) um die Bestrafung begangenen Unrechts, sondern um die Unterbindung gravierender Verstöße gegen den menschenrechtlichen Mindeststandard⁸². Parallelen zum innerstaatlichen Polizeieinsatz liegen nicht nur nahe, sie werden auch gezogen. *Hartmut Maurer*⁸³ macht angesichts des Jugoslawien-Einsatzes der NATO die Konsequenzen deutlich: »So wie der Staat erforderlichenfalls mit polizeilichem Zwang gegen Rechtsbrecher vorgehen muß, hat auch die internationale Staatengemeinschaft im Extremfall Menschenrechtsverletzungen mit Gewalt entgegenzutreten. Natürlich sind die typischen polizeilichen Mittel dabei in der Regel nicht ausreichend, sondern militärische Mittel erforderlich. Aber das ist nur ein gradueller, kein qualitativer Unterschied. Man wird dem militärischen Einsatz zum Schutze der Menschenrechte nicht gerecht, wenn man ihn zum Krieg hochstilisiert, so medienwirksam das auch sein mag. Jedenfalls hat er mit dem traditionellen Krieg, der auf Machterhaltung oder sogar auf Machterweiterung zielt, im Grunde nichts gemein.« Aus der menschenrechtlichen Zielsetzung ergeben sich nach dieser Auffassung zudem zwingend rechtliche Verhaltensanforderungen im Hinblick auf Art und Weise, Intensität und Umfang des Eingreifens, die insbesondere am (polizeirechtlichen) Begriff der Verhältnismäßigkeit auszurichten seien.

Daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die militärischen Interventionsmaßnahmen Anwendung findet, ist eine Selbstverständlichkeit, gilt dieser Grundsatz doch auch im Völkerrecht. Seine Anwendung birgt jedoch ungleich größere Schwierigkeiten als bei einer innerstaatlichen Polizeiaktion. Dort haben wir es regelmäßig mit vergleichsweise einfach strukturierten Sachverhalten zu tun, bei denen die Ursachenzusammenhänge klar zutage treten und allenfalls die Bewertung der konkreten Gefahr Fragen aufwirft. Was zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist, liegt regelmäßig auf der Hand. Zielt das polizeiliche Handeln hingegen auf die Beseitigung massiver Menschenrechtsverletzungen in einem Staat, dann ist das Unsicherheitspotential in bezug auf die Art und Weise, Intensität und Umfang des Mitteleinsatzes erheblich größer⁸⁴. Je länger der Einsatz andauert und seine menschenrechtlichen Erfolge sich nicht offenbaren, desto größer wird die politische Unzufriedenheit und das Verlangen nach schärferen militärischen Maßnahmen. Eine einmal begonnene humanitäre Intervention läßt sich nicht einfach abbrechen, weil dies für die Interventionsmacht einem Ansehensverlust und für den Verletzer der Menschenrechte einer Bestätigung seiner menschenverachtenden Politik gleichkäme. Die Gefahr einer beiderseitigen Gewalteskalation läßt sich nicht ausschließen. Der Erfolg einer humanitären Aktion

reicht innerstaatliche schwere Menschenrechtsverletzungen erfasst, eine Mutation »von einer Ermächtigungsnorm zur Sicherung des internationalen Friedens zu einer allgemeinen Polizeiermächtigung«.

81 Notizbuch Johannes Gross. Letzte Folge. Letztes Stück, FAZ-Magazin.

82 Vgl. Maurer, JZ 1999, 689 (696); Isensee, JZ 1995, 421 (427).

83 Maurer, JZ 1999, 689 (696).

84 Richtig Bothe, FS für Dau (1999), 1 (19): »Über diesen Maßstab (scil.: der Verhältnismäßigkeit) läßt sich auf einer abstrakten Ebene wohl sehr schnell Einigkeit erzielen. In der praktischen Anwendung erweist er sich als problemgeladen.« Dort auch (19 ff.) zur Anwendung im Jugoslawien-Konflikt.

trägt nicht unwesentlich zu ihrer faktischen Rechtfertigung bei⁸⁵. Auch im Jugoslawien-Konflikt wurde von *Christian Tomuschat*⁸⁶ zwischenzeitlich »eine gewisse Großzügigkeit« der NATO bei der Auswahl ihrer Zielobjekte registriert, »die Anlaß zur Besorgnis gibt«. Der Einsatz habe »in eine Grenzzone hineingeführt, wo sich Recht und Unrecht nur noch schwer unterscheiden lassen«.

Polizeieinsätze im innerstaatlichen Bereich sind nach dem Verständnis der modernen Verfassungsstaaten an das Prinzip des Rechtsstaates gebunden. Das bedeutet nicht nur eine Begrenzung des jeweiligen Einsatzes, eine Einschränkung des Dürfens, das meint auch unter bestimmten Voraussetzungen eine Rechtspflicht zum Einschreiten. Nichts anders kann grundsätzlich für zwischenstaatliche Polizeieinsätze gelten, unabhängig davon, ob es sich im Einzelfall um einen vom Sicherheitsrat mandatierten Einsatz handelt⁸⁷ oder um den eines oder mehrerer Staaten kraft »Selbstmandatierung«. Hier schließt sich der Kreis zur Frage des Gewaltmonopols. Denn »bereits die Entscheidung über das Ob des Einschreitens unterliegt im Rechtsstaat rechtlicher Bindung. Angesichts einer drohenden Gefahr darf der Polizist nicht untätig bleiben, und zwar nicht nur aus Gründen objektiven Rechts, sondern im Sinne eines subjektiven Anspruchs des Bedrohten. Das System der Vereinten Nationen ist davon weit entfernt«⁸⁸.

4. Schutz individueller Menschenrechte

Der stärkste Eckpfeiler der völkerrechtlichen Konstitutionalismus-Theorie ist das Argument, ähnlich wie in den modernen Staatsverfassungen garantiere das Völkerrecht die grundlegenden Menschenrechte in rechtlich verbindlicher, das einzelne Individuum berechtigender Weise.

a) Menschenrechte mit *ius cogens*-Charakter und *erga omnes*-Wirkung

Hingewiesen wird dabei regelmäßig⁸⁹ auf die *erga omnes*-Wirkung grundlegender Menschenrechte und ihre Verbindlichkeit als *ius cogens*. Durch diese beiden Normkategorien erhält das Völkerrecht in Teilen eine normenhierarchische Prägung. Insofern ist allerdings zu differenzieren: Daß ein Kernbestand menschenrechtlicher Verbürgungen zwingendes Völkerrecht⁹⁰ darstellt, besagt allein, daß die Staaten sich der

85 Vgl. Isensee, JZ 1995, 421 (427); Blanke, AVR 36 (1998), 257 (265).

86 Tomuschat, Die Friedens-Warte 74 (1999), 33 (36/37).

87 Deutlich Wilms, ZRP 1999, 227 (228): »Entscheidungen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen entsprechen kaum rechtsstaatlichen Anforderungen.«

88 Kunig, Jura 1997, 337 (342).

89 Vgl. Wilms, ZRP 1999, 227 (230): »Die Rechtsfolge dieses Prinzips (scil.: von *erga omnes* und *ius cogens*) ist die Zulässigkeit von Sanktionen, die dann keine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des betroffenen Staates darstellen.« Gemeint sind nach dem Textzusammenhang *gewaltsame* Sanktionen. Die *erga omnes*-Wirkung grundlegender Menschenrechte ist für Delbrück, Die Friedens-Warte 74 (1999), 139 (152 f.), eine »zusätzliche rechtsdogmatische Basis« für die Zulässigkeit einer humanitären Nothilfe. Tendenziell in diese Richtung auch Doehring, FS für Bernhardt (1995), 355 (361 f.); ders., FS für Buergenthal (1996), 549 (554/556 ff.) – Grundsätzlich skeptisch zur universalen Akzeptanz grundlegender Menschenrechtsstandards Isensee, JZ 1995, 421 (426).

90 Art. 53 S. 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVRK) v. 23. 5. 1969 definiert (für den eingeschränkten Anwendungsbereich des Übereinkommens, aber durchaus in einer allgemeingültigen Formulierung) eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts als »eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm,

Bindungswirkung dieser Normen nicht entziehen können, weder durch entgegenstehende völkervertragliche Vereinbarungen noch kann den *ius cogens*-Normen widersprechendes Völkergewohnheitsrecht entstehen. Daß zumindest dieser Kernbestand⁹¹ zudem mit *erga omnes*-Wirkung ausgestattet ist, bedeutet lediglich, daß die Verpflichtung zur Einhaltung dieses Menschenrechtsstandards den Staat gegenüber allen anderen Völkerrechtssubjekten trifft. Der Pflicht des einzelnen Staates korrespondiert die Berechtigung der Staatengemeinschaft (wie auch jedes Staates für sich), die Einhaltung dieses Standards vom Verletzerstaat einfordern zu dürfen. Zum Bereich des *ius cogens* zählen weithin unbestritten⁹²:

- das Recht auf Leben,
- das Recht auf körperliche Unversehrtheit (einschließlich des Rechts, nicht gefoltert oder einer anderen unmenschlichen Behandlung unterworfen zu werden),
- das Recht, nicht in Sklaverei oder Knechtschaft gehalten zu werden,
- das Recht, nicht aus rassistischen, weltanschaulichen oder ähnlichen Gründen diskriminiert oder verfolgt zu werden (einschließlich des Verbots des Völkermordes).

Dieser Katalog findet seine Bestätigung nicht zuletzt im Begriff der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wie er in Art. 7 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (Statut von Rom) 1998 ebenso wie die Strafbarkeit des Völkermordes und des Kriegsverbrechens normiert worden ist⁹³. Allerdings läßt sich weder aus dem *ius cogens*- noch aus dem *erga omnes*-Charakter der genannten Menschenrechte herleiten, daß ihre Verletzung den anderen Staaten die Befugnis zu einer gewaltsamen Repressalie verschafft – das universelle Gewaltverbot steht insoweit zwingend entgegen⁹⁴. Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit einer sich im Vordringen befindenden Ansicht⁹⁵ davon ausgeht, daß es sich insoweit um »*public interest norms*« handelt, um Völkerrechtsnormen, die unabhängig von der Staatenpraxis originäre rechtliche Interessen der Völkerrechtsgemeinschaft ausdrücken (sog. Allgemeininteressen), in denen sich ein *internationaler ordre public*⁹⁶ verwirklicht. Sonstige, nicht mit militärischer Gewalt verbundene Repressalien (z. B. Wirtschaftssanktionen) sind indes zulässig. Insoweit trifft die Staaten möglicherweise, gemessen am Grad der Menschenrechtsverletzungen, insbesondere bei offensichtlichem Völkermord, sogar eine Rechtspflicht zum Handeln⁹⁷.

von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann».

91 Vgl. allgemein Frowein, FS für Mosler (1983), 241 ff.; ders., FS für Doehring (1989), 219 ff.; Bryde, BerDGV 33 (1994), 165 ff.; Delbrück, FS für Jaenicke (1998), 17 ff. Zum (umstrittenen) Verhältnis von *ius cogens* und *erga omnes* vgl. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht (1992), S. 32 f.; zur *erga omnes*-Wirkung des humanitären (Konflikt-)Völkerrechts vgl. Schindler, FS für Bernhardt (1995), 199 ff.

92 Vgl. Gading, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch militärische Maßnahmen des Sicherheitsrates – das Ende staatlicher Souveränität? (1996), S. 153 ff.; Blanke, AVR 36 (1998), 257 (261); Lange, EuGRZ 1999, 313 (315).

93 Rome-Statute of the International Criminal Court, ILM 37 (1998), 999 ff.; dazu Fastenrath, JuS 1999, 632 ff.; Stang, EuGRZ 1998, 577 ff. Vgl. zudem Becker, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (1996), S. 113 ff.

94 Schilling, AVR 35 (1997), 430 (438); Blumenwitz, Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 (27); Cassese, EJIL 1999, 23 (26); Busse, ZRP 1999, 416 (419); Heselhaus, JA 1999, 984 (990).

95 Dazu etwa Bleckmann, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre (1995), S. 696 ff.; 737 ff., 844 ff., passim; Delbrück, Indiana Journal of Global Legal Studies (1993), 9 (15 ff.); ders., FS für Jaenicke (1998), 17 ff.; Frowein, FS für Mosler (1983), 241 ff.; ders., FS für Doehring (1989), 219 ff. Zum Begriff der internationalen Gemeinschaft vgl. Tomuschat, AVR 33 (1995), 1 ff.

96 Zu den verschiedenen Deutungsvarianten des Begriffes »internationaler ordre public« vgl. Schütz, Der internationale ordre public (1984), S. 9 ff.

97 Vgl. Simma, EJIL 1999, 1 (2).

b) Subjektive Berechtigung der Individuen (einschließlich Widerstands- bzw. Notwehrrecht)

575

aa) Allgemeiner Rechtsgrundsatz der Notwehr zum Schutz »absoluter« Menschenrechte

Das Charakteristikum verfassungsrechtlich (innerstaatlich) gewährleisteter Grund- und Menschenrechte besteht gerade darin, dem einzelnen eine subjektive Rechtsposition einzuräumen und rechtsförmige Verfahren zur Durchsetzung dieser Rechte bereit zu stellen. Das Völkerrecht als Rechtsordnung der zwischenstaatlichen Beziehungen berechtigt und verpflichtet hingegen im Grundsatz allein die Staaten und (in beschränktem Umfang) sonstige Völkerrechtssubjekte. Der Einzelmensch, das Individuum, kann eine subjektive Rechtsposition aus völkerrechtlich begründeten Gewährleistungen für sich nur reklamieren, wenn dies entweder ausdrücklich vorgesehen ist, oder wenn sich dies aus einer Interpretation der jeweiligen Völkerrechtsnormen ergibt⁹⁸.

Dennoch wird in jüngster Zeit die Ansicht⁹⁹ vertreten, hinsichtlich der Inanspruchnahme fundamentaler und zum *ius cogens* zählender (sog. absoluter) Menschenrechte werde das Individuum als Subjekt des Völkerrechts anerkannt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, der Grundsatz, daß der Staat bestimmte fundamentale Rechte auch seiner Staatsbürger zu beachten habe, gehöre zu den allgemeinen, auch im Völkerrecht geltenden Rechtsgrundsätzen (vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut). Andernfalls müsse man dem unmenschlich behandelten Individuum jedes Recht auf Notwehr¹⁰⁰ gegen seinen staatlichen Unterdrücker absprechen, was zu einem absurden Ergebnis führen würde. Nicht zuletzt die aktuelle Entwicklung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, die zwingend an die individuelle, völkerrechtlich begründete Verantwortlichkeit und Pflichtenstellung anknüpft, belege die (begrenzte) Völkerrechtssubjektivität des Einzelnen.

bb) Kritische Würdigung

Trotz ihrer Prägnanz und auf den ersten Blick überzeugenden Logik ist diese Meinung durchaus angreifbar. So verbietet sich der Rückschluß von der Einzelperson als »Pflichtsubjekt« auf deren Völkerrechtssubjektivität schon deshalb, weil mit dem Begriff der Rechtssubjektivität die Fähigkeit gemeint ist, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Beim Pflichtsubjekt geht es indes *allein* um die individuelle *Deliktsfähigkeit*¹⁰¹.

Auch die Geltung eines von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatzes des erlaubten Widerstands ist nicht frei von Bedenken: Zwar normiert Art. 20 Abs. 4 GG ausdrücklich (unter äußerst restriktiven Voraussetzungen) ein

98 Schilling, AVR 35 (1997), 430 (441), meint zutreffend, solche den Einzelnen subjektiv berechtigende Rechtspositionen seien im Völkerrecht selten; vgl. auch Epping, in: Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 7 Rn. 5, der das Kriterium eines völkerrechtlichen Verfahrens zur Durchsetzung der zugeordneten Rechte in den Vordergrund stellt. Zur unmittelbaren Anwendung der EMRK-Garantien vgl. Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung (1993), S. 42 ff.

99 Doehring, Völkerrecht (1999), Rn. 248 ff., 1015; früher schon ders., FS für Bernhardt (1995), 355 (360 f.); ders., FS für Buergenthal (1996), 549 (559 ff.).

100 Allgemein zum Notwehrrecht im Völkerrecht vgl. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 9. Aufl. (1997), Rn. 1787 ff.

101 Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 5. Aufl. (1993), S. 216; Gornig, NJ 1992, 4 (14).

Widerstandsrecht¹⁰². Auch in anderen Rechtsordnungen finden sich vergleichbare Regelungen¹⁰³. Dieses konservierende Widerstandsrecht, das auf Verteidigung der bestehenden rechtmäßigen Ordnung gerichtet ist, ist aber nicht der Problemfall. Der ist das klassische Widerstandsrecht, gerichtet auf die Beseitigung einer tyrannischen, zutiefst inhumanen Staatsordnung und ihrer Repräsentanten. Die rechtliche Anerkennung eines Widerstandsrechts der Bürger in solchen Staaten liefe aber auf eine *contradictio in adiecto* hinaus. So bleibt auch hier nur die Berufung auf übergesetzliches Recht, auf die materielle Gerechtigkeit, die das positive staatliche (Unrechts-) Gesetz überlagert und verdrängt¹⁰⁴. Daß ein solches Recht von den »Völkern« – im Unterschied zu den Staaten – anerkannt wird, läßt sich wohl annehmen. Insoweit bekäme die – eigentlich irreführende – Begrifflichkeit des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut (»Kulturvölker«) durchaus einen aktuellen Sinn. Ein Ansatzpunkt findet sich zudem im dritten Absatz der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte v. 10. 12. 1948, wonach »es wesentlich ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen, damit der Mensch nicht zum Aufstand gegen Tyrannie und Unterdrückung als letztem Mittel gezwungen wird«. Dieses »Notwehr«-Recht der Unterdrückten ist unabhängig von der einzelstaatlichen Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte, denn das Recht auf Widerstand entsteht nicht als Reaktion auf die Verletzung rechtlich, etwa in der Staatsverfassung, garantierter fundamentaler Menschenrechte. Es besteht auch und gerade dann, wenn die staatliche Rechtsordnung diese Rechte *nicht* garantiert.

Das Widerstands- bzw. Notwehrrecht ist, soweit man nach dem bisher Ausgeführten auch überpositive Rechtssätze als von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut erfaßt ansieht, grundsätzlich Teil des nationalen Rechts. Seine Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz auf der Ebene des Völkerrechts setzt neben einer entsprechenden Verbreitung in den nationalen Rechtsordnungen¹⁰⁵ voraus, daß es zur Übertragung auf das Völkerrecht geeignet ist¹⁰⁶. Übertragen wird aber nicht die konkrete innerstaatliche Rechtsnorm, sondern allein das hinter ihr stehende (vage) Prinzip¹⁰⁷. Im übrigen paßt sich die Rechtsnorm als allgemeiner Rechtsgrundsatz auf der Ebene des Völkerrechts dessen Strukturvorgaben an. Das heißt insbesondere, daß über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der im innerstaatlichen Bereich das Individuum berechtigt, diese Berechtigung nicht ohne weiteres auch als eine völkerrechtliche Rechtsposition des Einzelnen anzusehen ist. Das ist unmittelbar einsichtig, wenn man sich etwa ein Prinzip des Verbots des Rechtsmißbrauchs ansieht¹⁰⁸, das nach den innerstaatlichen Rechtsordnungen (zumindest auch) zwischen Privaten gilt. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz führt dieses Prinzip nun keineswegs dazu, daß auch Individuen als (beschränkte) Völkerrechtssubjekte anzusehen wären; im Bereich des Völkerrechts gilt der Norminhalt vielmehr für die zwischen den Staaten (und sonstigen Völkerrechtssubjekten) bestehenden Rechtsbeziehungen.

102 Vorher bereits anerkannt in BVerfGE 5, 85 (177).

103 Vgl. Gröschner, in: Dreier, Grundgesetz II (1998), Art. 20 IV (Widerstandsrecht), Rn. 5.

104 Heintzen, Der Staat 25 (1986), 17 (30), sieht »das Widerstandsrecht als die (trotz aller Versuche letztlich doch nicht juristisch domestizierbare) Negation einer existenten staatlichen Ordnung«.

105 Vgl. dazu Berber, Lehrbuch des Völkerrechts I, 2. Aufl. (1975), S. 70, mit der Warnung, ein allgemeines Prinzip »auf der Basis der Verbindung einer ausgezeichneten Kenntnis seines heimischen Rechtssystems mit einer starken Dosis von Phantasie und Wunschträumen zu erfinden«.

106 Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, Völkerrecht (1997), 1. Abschnitt Rn. 144.

107 Vgl. Fastenrath, Lücken im Völkerrecht (1991), S. 208 f.

108 Zum Meinungsstand, ob das Völkerrecht ein Verbot des Rechtsmißbrauchs als allgemeinen Rechtsgrundsatz kennt, vgl. (ablehnend) Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 4. Aufl. (1999), § 39 Rn. 44 ff; sowie Heintschel v. Heinegg, ebd., § 58 Rn. 30.

Ein letzter bedeutsamer Aspekt des Konstitutionalisierungsprozesses besteht in der zunehmenden Betonung der Werthaltigkeit der Völkerrechtsordnung. Ein wesentliches Kennzeichen der geltenden Völkerrechtsordnung ist demzufolge, daß es sich bei ihr angesichts der Menschenrechtsgarantien um eine Wert(c)ordnung¹⁰⁹ handelt. Eckart Klein¹¹⁰ hat das gewandelte Verständnis in wenigen Sätzen skizziert:

»Gewaltverbot (Verbot des Angriffskriegs) und die Anerkennung von Menschenrechten haben das moderne Völkerrecht mit Werten erfüllt – eine Entwicklung, die parallel zum nationalen Verfassungsrecht verlaufen ist, das auch eine Wertordnung konstituiert. Wo es Werte gibt, gibt es Unwert. Wo Frieden gut ist, ist (Angriffs-)Krieg böse, wo Menschenrechte gut sind, ist die Mißachtung von Menschenrechten böse.«

Nicht von ungefähr erinnert diese Begrifflichkeit an die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts¹¹¹ zur »objektiven Wertordnung« des Grundgesetzes angesichts der dort niedergelegten Grundrechtsverbürgungen, die als »verfassungsrechtliche Grundentscheidung« Ausstrahlungswirkung auf alle Rechtsbereiche entfaltet. Die Kritik an der geringen rechtsnormativen Erkenntnisfähigkeit und damit Beliebigkeit solcher Aussagen ist nie ganz verstummt; die mit der Werttheorie verbundene Notwendigkeit einer rechtsnormativ kaum gesteuerten Abwägungsentscheidung macht sie nach wie vor vielen Verfassungsrechtlern¹¹² suspekt: Es komme zur »Auflösung klarer Begrifflichkeit im Gerede«¹¹³, die Gefahr einer »Tyrannei der Werte«¹¹⁴ wurde beschworen, ein »Arcanum der Verfassungsinterpretation«¹¹⁵ gesichtet. Böckenförde¹¹⁶ legt den Finger in die Wunde der Werttheorie, wenn er meint, die Berufung auf eine Wertordnung oder eine Wertabwägung sei »keine Begründung dessen, wofür sie sich als Begründung ausgibt. Vielmehr verdeckt sie anderweit getroffene Kollisions- und Abwägungsentscheidungen, die dadurch einen rationalen Schein erhalten und der wirklichen Begründung enthoben sind. Praktisch gesehen bedeutet sie eine Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus«.

Schlagwortartig wird die Werttheorie auch als konstitutionalistische Position bzw. Konstitutionalismus, die Kritik daran als legalistische Position bzw. Legalismus bezeichnet¹¹⁷. Dahinter steht ein grundlegender Dissens über die Art des juristischen

109 Vgl. nur Bleckmann, *Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre* (1995), S. 881, mit der Erwartung, »daß auch das Völkerrecht die Grundrechte der Individuen als der gesamten Völkerrechtsordnung zugrunde liegende Werte anerkennt, auf die hin sämtliche Völkerrechtsnormen auszulegen sind«. Zu einem eingeschränkten Verständnis der »Wertordnung« und der »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft« vgl. Kimminich, *BayVBl.* 1990, 1 (2).

110 Klein, *FAZ* v. 21. 6. 1999, S. 15. Einschränkung heißt es allerdings: »Aber auch das moderne Völkerrecht, das den Friedensbrecher und Menschenrechtsverletzer in die Rolle des Völkerrechts(ver-)brechers versetzt, hat seine Probe noch nicht endgültig bestanden.«

111 Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205).

112 Zuletzt umfassend Leisner, *Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?* (1997), passim.

113 Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), S. 69; vgl. auch dens., *FS für C. Schmitt I* (1959), 35 (41) (»prinzipielle Gefahr einer Abdankung der juristischen Methode zugunsten irgendwelcher geisteswissenschaftlicher Arten der Deutung«); ders., *FS für C. Schmitt II/1* (1968), 185 (208 ff.). Zuletzt Straub, *Die Fremdherrschaft der Werte*, *FAZ* (Bilder und Zeiten) v. 18. 3. 2000, S. II.

114 C. Schmitt, *FS für Forsthoff* (1967), 37 ff., im Anschluß an Nicolai Hartmann, *Ethik* (1926), S. 523 ff.

115 Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz* (1973), S. 140.

116 Böckenförde, *NJW* 1974, 1529 (1534); vgl. auch das Sondervotum von Böckenförde und Mahrenholz in BVerfGE 64, 1 (57/63 ff.).

117 Alexy, *Rechtstheorie* 18 (1987), 405 ff. = ders., *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995), S. 213 ff.; R. Dreier, *FS für Maihofer* (1988), 87 (88), der im Konstitutionalismus einen »nichtpositivistischen Rechtsbegriff« verwirklicht sieht, »der das rechtlich geltende Recht – aus der Perspektive des Richters – durch eine abgestufte Kombination von Elementen der autoritativen Gesetztheit, der sozialen Wirksamkeit und der materialen Richtigkeit, d. h. der Gerechtigkeit, definiert« (98). Der Legalismus bestimme das positive Recht hingegen immer unter Ausschluß von Elementen der materialen Richtigkeit.

Denkens; mehr noch: über den Begriff des Rechts überhaupt¹¹⁸. Zwar läßt sich die Werttheorie in Form einer Prinzipientheorie¹¹⁹ in einer gemäßigten Form für die Rechtsanwendung rekonstruieren¹²⁰, doch bleiben, zumal wenn man dieses Modell auf die Völkerrechtsordnung überträgt, nach wie vor erhebliche Bedenken zur Rationalität der Entscheidungsfindung bestehen. Denn die Entscheidungsfindung auf der Ebene des Völkerrechts ist in erster Linie politisch motivierte, rechtlich nur begrenzt steuerbare Dezision. So ist es bedenklich, wenn behauptet wird: »Die Wertorientierung des heutigen Völkerrechts ist breiter angelegt als es die Gewaltverbots-Fixierung suggeriert«¹²¹. Die Wertorientierung führt in der Konsequenz zur Überlagerung und Durchdringung der rechtsnormativen Ordnung mit moralischen Erwägungen: »Der Rechtsskandal betrifft (...) nicht das Verhalten derjenigen, die den Opfern zu Hilfe eilen. Skandalös ist vielmehr das Verhalten desjenigen Organs, von dem, auch wenn man es als politisches begreift, zu erwarten wäre, daß es gegen den Bruch des Völkerrechts in den aufgeführten elementaren Dimensionen angemessen vorgeht«¹²². Eine mit divergierenden Werten angereicherte Völkerrechtsordnung läuft Gefahr, *prima facie* für jedes politisch gewollte Ergebnis hinreichend Begründungsmaterial zu liefern. Dann aber verlöre das Völkerrecht seine normative Ordnungskraft. Das zeigt sich etwa bei *Antonio Cassese*¹²³: »In the current framework of the international community, three sets of values underpin the overarching system of inter-state-relations: peace, human rights and self-determination. However, any time that conflict or tension arises two or more of these values, peace must always constitute the ultimate and prevailing factor.« Es ist kaum nötig zu erwähnen, daß diese Rangfolge in einer dynamischen Werteordnung – zumal ohne nähere Begründung – nicht zwingend ist. Wenn ein Vertreter¹²⁴ der völkerrechtlichen Werttheorie meint, eine »Güterabwägung setzt zunächst voraus, daß der Wert der einzelnen Güter näher bestimmt wird«, und es dann zu einer »komplexen Abwägung« kommen müsse, dann belegt dies allein die damit eröffnete Beliebigkeit des Abwägungsprozesses und -ergebnisses.

Nicht zuletzt eignet sich das Berufen auf grundlegende Werte der Rechtsordnung als rhetorisches Mittel. So findet sich zur Rechtfertigung der humanitären Intervention der Satz: »Man kann nicht höchste Werte proklamieren und sie dann letztlich doch schutzlos lassen. Damit hebt sich der Begriff des Rechtswertes auf«¹²⁵. Dabei wird eine rechtliche Alternative behauptet, die sich bei näherem Hinsehen als Scheinalternative entpuppt. Denn das Absehen von einer gewaltsamen Durchsetzung der

¹¹⁸ R. Dreier, FS für Maihofer (1988), 87 (88/94).

¹¹⁹ S. oben, III.

¹²⁰ Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995), S. 213 (216 ff.). Eine rechtliche Strukturierung von Prinzipienkonflikten ist zudem unentbehrlich, wenn eine Rechtsordnung (bzw. eine einzelne Kodifikation) zu einem nicht unerheblichen Teil als auf Prinzipien aufbauende »weiche« Ordnung konzipiert ist; vgl. dazu Schöbener, *Industriepolitik und Umweltschutz im Binnenmarkt – zugleich ein Beitrag zur Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrages* (i.E.), § 6 und passim.

¹²¹ Senghaas, FAZ v. 12. 7. 1999, S. 12; ders., S+F 1999, 134 (135).

¹²² Senghaas, ebd.; ähnlich Laubach, ZRP 1999, 276 (278); ablehnend H. Weber, FAZ v. 9. 7. 1999, S. 8: Es führt »in die Irre, das Veto der ständigen Vertreter im UN-Sicherheitsrat dafür verantwortlich zu machen, daß die NATO von den UN kein Mandat für ihre Luftangriffe erhielt. Tatsächlich bestand keine Lücke im normativen System der internationalen Gefahrenabwehr. (...) Kein Staat und keine Staatenallianz kann beanspruchen, daß der UN-Sicherheitsrat der Krisenbewertung und der Konfliktstrategie eines Staates oder einer Staatengruppe folgt. (...) Die stillschweigende Mitberücksichtigung der eigenen Interessen seitens aller Mitglieder des UN-Sicherheitsrates ist dabei nicht Systemfehler, sondern Teil der Ordnungsvorstellungen, die das UN-System bis heute getragen hat«.

¹²³ Cassese, EJIL 1999, 23 (24).

¹²⁴ Busse, ZRP 1999, 416 (419/420).

¹²⁵ Doebring, FS für Buergenthal (1996), 549 (559). In dieselbe Kategorie gehört auch der Satz (564): »Die Gleichsetzung von Unrecht durch Menschenrechtsverletzungen mit dem Verbot, gegen sie einzuschreiten, weil das auch Unrecht sei, führt zur Absurdität«.

Menschenrechte stellt diese keineswegs vollkommen schutzlos. Es bedeutet lediglich den Verzicht auf militärische Mittel. Alle friedlichen Durchsetzungsmittel stehen selbstverständlich zur Verfügung. Die Effizienz des Menschenrechtsschutzes ist nämlich zuvörderst keine Frage der militärischen Gewaltbereitschaft dritter Staaten, sondern der politischen und diplomatischen Einflußnahme auf den die Menschenrechte verletzenden Staat zu einem möglichst frühen Zeitpunkt.

V. Ausblick

Die humanitäre Intervention als rechtliches und politisches Problem ist eingebunden in einen aktuellen Wandlungsprozeß des Völkerrechts, aus dem heraus die neuen Legitimationsmuster erst verständlich werden und die alten teilweise in einem neuen Gewand erscheinen. Ob sich aus der (noch) beschränkten Staatenpraxis in der näheren Zukunft eine *opinio communis* über ihre generelle Zulässigkeit, wenn auch unter strikten Voraussetzungen, bilden wird, ist nicht absehbar. Das wird nicht zuletzt davon abhängen, ob und inwieweit die zum Eingreifen schreitenden Staaten dabei offensichtlich keine ureigensten nationalen wirtschaftlichen oder politischen Absichten verfolgen. Angesichts der zu beobachtenden Entwicklung des Völkerrechts, in das immer stärker Elemente einer konstitutiven Wertetheorie Eingang finden, kommt dem völkerrechtlichen und politischen Diskurs¹²⁶ besondere Bedeutung zu, soweit er »eine Chance für rationales Argumentieren mit Rechtsmaterial bietet«¹²⁷. Daß es sich auch im Fall einer völkerrechtlichen Anerkennung der humanitären Intervention immer nur um einen Ausnahmetatbestand handeln kann, sollte selbstverständlich sein. Die politische Bedeutung der uni- oder multilateralen humanitären Intervention wird in dem Maße geringer ausfallen, in dem der Sicherheitsrat seine Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit zurückgewinnt. Unabhängig davon ist es die Sache aller Staaten, mit größerer Sensibilität schon auf konkrete Gefährdungen unveräußerlicher Menschenrechte in Drittstaaten mit wirksamen politischen Maßnahmen zu reagieren. Die humanitäre Intervention bietet gegenüber der wirksamen humanitären Prävention das ungleich schlechtere Instrumentarium zum Schutz der Menschenrechte.

126 Zur Diskurstheorie grundlegend Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. (1991), S. 31 ff. Der Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Wertetheorie wird nicht zuletzt deutlich in dem Hinweis (S. 44 f.) auf BVerfGE 34, 269 (287), wo es als Aufgabe der Rechtsprechung bezeichnet wird, »Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren«. Im weiteren wird hingewiesen auf die Notwendigkeit »rationaler Argumentation« und die Maßstäbe der »praktischen Vernunft«. Mittlerweile bekennt das BVerfG (E 82, 30/38 f.) sich ausdrücklich zum Diskursgedanken. »Die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.«

127 Kalin, *BerDGW* 33 (1994), 9 (44); zur Diskurstheorie im Völkerrecht vgl. auch Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht* (1992), S. 160 ff.