

Thomas Cottier

# Das Völkerrecht im Spannungsfeld von Nationalstaatlichkeit und Universalität

## 1. Einleitung

Die Frage nach der Universalität von Werten und ihrer praktischen Umsetzung auf globaler und damit weltweiter Ebene stellt den Juristen und Völkerrechtler heute vorerst vor schwierige und neue Fragen. Sie ist primär Gegenstand der politischen Philosophie und ihrer verschiedenen Schulen und Ausrichtungen im Spannungsfeld und Spektrum von Nationalismus, Realismus, von der Staatengesellschaft (*international society*) bis hin zu Universalismus und der kosmopolitischen Theorie (*cosmopolitanism*).<sup>1</sup> Die Frage, inwieweit gemeinsame Werte und Universalität bestehen und normativ bestehen sollen, wie weit gegenseitige Verantwortung besteht oder nationale Interessen legitimerweise im Vordergrund stehen müssen und dürfen, werden in der Philosophie unterschiedlich und zumeist ohne Bezug auf das geltende Völkerrecht und seine Theorien behandelt und beurteilt. Eine Verbindung von Völkerrechtstheorie und Moralphilosophie, ein gegenseitiger Diskurs hat, soweit ersichtlich, tiefergehend noch nicht eingesetzt. Methoden und Ansätze sind zu unterschiedlich. Die Völkerrechtler orientieren sich primär an einem komplexen Geflecht geltender Normen, während Philosophen ihr eigenes Referenzsystem unterhalten und sich durch bestehende Normen in der Theoriebildung auch nicht einschränken lassen wollen. Sie befragen das Völkerrecht nach eigenen Kriterien, ohne eingehend auf geltendes Recht einzutreten. Das Gleiche gilt, wenn auch weniger ausgeprägt, im Grunde für das Verhältnis von Recht und Philosophie ganz allgemein. Die Dominanz des Positivismus und damit des Fokus auf das gesetzte Recht in seinem Kontext und Umfeld lassen das Interesse an philosophischen Grundlagen zurücktreten gegenüber Perioden des Umbruchs, wo der Rekurs auf ausserrechtliche Kategorien wie Naturrecht oder Rationalismus notwendig und auch für die juristische Diskussion unumgänglich war.<sup>2</sup> Die Verankerung universeller Menschenrechte im geltenden Völkerrecht selbst hat nach dem Zweiten Weltkrieg wesentliche Grundfragen der Moralphilosophie in das Corpus Juris eingebracht. Sie werden heute zumeist ohne notwendigen Bezug zur Philosophie als rechtliche Probleme eines rechtlich wiederum selbstreferenziellen Systems behandelt und betreut. So kommt eine jüngere Geschichte der Völkerrechtstheorie zum Schluss, dass sich das Völkerrecht seit den 60er Jahren des letzten

1 Simon Caney, *Justice Beyond Borders: A Global Political Theory*, Oxford 2005; Beat Sitter-Liver (Hrsg.), *Universality: From Theory to Practice*, Fribourg 2009.

2 Vgl. hierzu z. B. Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1951.

Jahrhunderts wesentlich auf ein technisches Instrument zur Umsetzung anderweitig bestimmter Politiken beschränkt hat und die Frage nach seinen Grundlagen weitgehend verkümmern ließ.<sup>3</sup> Dabei bleiben zahlreiche Probleme – wie die Frage nach Universalität oder kultureller Relativierung von Werten – offen und können allein mit juristischen Methoden kaum angemessen beantwortet werden. Eine eigentliche Interdisziplinarität hat sich noch nicht herausgebildet.

Der Rekurs des Rechts auf die Philosophie bleibt indessen unumgänglich – gerade in der heutigen Zeit des Umbruchs in Folge von Regionalisierung und Globalisierung und der Frage nach der künftigen Funktion des Nationalstaates im globalen Gefüge.<sup>4</sup> Umgekehrt kann auch die Philosophie von einem stärkeren Diskurs und Dialog mit dem Recht gewinnen. Das gilt nicht nur für das Völkerrecht, sondern allgemein. Rechtsnormen verkörpern durch die Art und Weise ihrer Genese und Anwendung mitunter auch moralische Vorstellungen und sind Indizien dafür, welche Vorstellungen in einer gegebenen Gesellschaft Geltung und Legitimität haben. Damit ist keiner Gleichung von Recht und Moral das Wort geredet. Zahlreiche Rechtsnormen haben zur Moral und Philosophie keinen oder nur geringen Bezug, wie umgekehrt moralische Pflichten und Ansprüche unabhängig vom Recht bestehen können. Gleichwohl bleibt von Interesse, eine geltende Rechtsordnung auf die ihr unterliegenden moralischen Vorstellungen und Philosophie zu befragen. Auf diese Weise lässt sich vermehrt Einsicht gewinnen, welchen Grundlagen das geltende Recht verpflichtet ist, welche Anliegen umgesetzt und erreicht, und welche Ziele in künftigen Entwicklungen zu verfolgen sind. Das gilt auch für das Völkerrecht als offensichtlicher Gegenstand und Evidenz in der Klärung der Frage, inwieweit Werte universell Geltung beanspruchen und inwieweit ihnen diese in der Praxis tatsächlich zukommt. Umgekehrt vermittelt der Rekurs auf die Philosophie wegleitende Grundlagen für die künftige Weiterentwicklung des Rechts. Das war schon immer so. Das Völkerrecht entstammt dem philosophischen Diskurs der Neuzeit und Aufklärung. Erst später wurde es von Juristen rezipiert und weiterentwickelt.<sup>5</sup> In diesem Sinne fungiert auch heute die Philosophie als Vordenkerin künftiger globaler Ordnung, die allein auf bisherigen Grundlagen angesichts von Regionalisierung und Globalisierung und den damit verbundenen Herausforderungen keinen Bestand mehr haben wird.

Die nachfolgenden Zeilen rekurren einerseits auf die Nationalstaatlichkeit, mit der ein Vorrang und Privileg nationaler Interessen verbunden ist. Diese kommt heute in der Theorie des Neo-Realismus am deutlichsten zum Tragen.<sup>6</sup> Sie rekurren andererseits auf Universalismus und insbesondere die kosmopolitische Theorie (*cosmopolitanism*).<sup>7</sup>

3 Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2002.

4 Vgl. hierzu Ulrich Beck, *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt am Main 1997; David Held und Anthony McGrew, *The Global Transformation Reader*, Cambridge 2000, Stephan Leibfried und Michael Zürn, *Transformations of the State?*, Cambridge 2005.

5 Vgl. Koskeniemi, aaO. (FN 3).

6 Jack L. Goldsmith und Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford 2005.

7 Vgl. Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*, New York/London 2006; Gillian Brock und Harry Brighouse, *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Cambridge 2005, Caney 2005.).

Diese wiederum geht von der moralischen Gleichwertigkeit aller Menschen aus und attestiert ihnen bei allen kulturell bedingten Unterschieden existentielle Gleichheit im Menschsein. Sie stellt diesen Aspekt – und nicht die Staatlichkeit – ins Zentrum und sucht nach Gerechtigkeitsmassstäben und Verfahren, welche Diskurs, Dialog und auch Streitbeilegung in gegenseitiger Achtung ermöglichen. Sie verfolgt keinen Universalismus im Sinne globaler Harmonie und Einheit. Sie nimmt kulturelle Vielfalt ernst<sup>8</sup> und stellt ihre Fragen und Forderungen in freilich unterschiedlichen Spielarten und Auffassungen zu gegenseitiger Verantwortung und Verpflichtung über nationale Grenzen hinaus. Im Zentrum steht die Frage der universellen Verantwortung über die eigenen Landesgrenzen hinaus, gegenüber Menschen und Menschheit in andern Ländern und Erdteilen. Umstritten und ungelöst ist, wie weit diese Verantwortung geht. Während unumstritten ist, dass zumindest minimale Verantwortlichkeit besteht (*weak cosmopolitanism*), bereitet die Bestimmung darüber hinausgehender Pflichten Mühe und ist Gegenstand eingehender Debatte.<sup>9</sup> Radikalen Meinungen der Gleichheit stehen Abstufungen moralischer Verpflichtung gegenüber, die Präferenzen gegenüber nahestehenden Personen nicht ausschliessen. Wesentlich ist dabei, dass sich die kosmopolitische Theorie auch mit strukturellen Implikationen beschäftigt und hier einen Beitrag zur Theorie der *multilayered governance* leistet,<sup>10</sup> wie sie sich auch in der heutigen Diskussion um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts findet.<sup>11</sup> Universalismus kennzeichnet sich so verstanden durch normative Anliegen, die über die Abgrenzung und Koordination nationalstaatlicher Interessen und Zuständigkeiten hinausgeht und eigentliche Vorgaben auch für die Ausgestaltung innerstaatlicher Ordnung macht. Universalismus steht in diesem Sinne in einem inhärenten Spannungsfeld zu tradierten Vorstellungen von staatlicher Souveränität.

Die Frage stellt sich vorerst, inwieweit Nationalstaatlichkeit und Universalität das bisherige und geltende Völkerrecht geprägt haben. Im Folgenden wird auf Entwicklungslinien des Völkerrechts und dann besonders auf die oft im Vergleich zu den Menschenrechten vernachlässigte Bedeutung des Wirtschaftsvölkerrechts eingegangen. Dies leitet über zu strukturellen Herausforderungen der Globalisierung und zur Theorie der Konstitutionalisierung des Völkerrechts als Grundlage verstärkter Umsetzung und Geltung universeller Werte in den internationalen Beziehungen.

8 Gillian Brock und Harry Brighthhouse, aaO. (FN 7).

9 Vgl. John Rawls *The Law of Peoples* with “the Idea of Public Reason revisited”, Cambridge 1999 sowie Gillian Brock und Harry Brighthhouse, aaO. (FN 7).

10 Vgl. Simon Caney, *Justice Beyond Borders: A Global Political Theory*, Oxford 2005.

11 Vgl. Anne Peters / Jan Klabbers / Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009 sowie Thomas Cottier und Maya Hertig, »The Prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism« in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 261, 2004.

## 2. Die Entwicklungslinien des Völkerrechts

### 2. 1. Das Recht der Koexistenz

Das moderne Völkerrecht der Neuzeit entwickelte sich in Folge des Westphälischen Friedens von 1648 als Recht der Koexistenz aufstrebender Nationalstaaten, deren neu gewonnene Souveränität, als archimedischer Punkt des Rechts überhaupt, im Zentrum stand. Das Völkerrecht betrifft vorerst die Beziehungen allein unter den Staaten. Es ist vorerst zwischenstaatliches Recht und wirkt sich lediglich indirekt auf die Menschen aus; dies allerdings oft mit Nachdruck, wenn wir an das damalige Recht auf Kriegführung und die damit verbundenen Leiden denken. Zahlreiche Prinzipien und Regeln des heute geltenden Rechts erklären sich weiterhin und ohne weiteres auf dieser Grundlage und dienen der gegenseitigen Abgrenzung von Zuständigkeiten und Hoheiten. Das galt typischerweise bei der Grenzziehung zu Land und heute vor allem auf See im Rahmen der Allokation von ausschliesslichen Jurisdiktionen (Kontinentalschelf und exklusive Wirtschaftszone). Das Verständnis von Völkerrecht als zwischenstaatlichem Recht zeigt sich auch in der Abgrenzung unter Staaten, wenn es um die Zuständigkeit in Rechtssetzung, Rechtsprechung und Vollzug geht. Es zeigt sich sodann im gesamten Recht der Staatenverantwortlichkeit, wie der Bemessung von Unrechtsfolgen und Sanktionen.

Wesentliche Kapitel des klassischen Völkerrechts sind in dieser Weise durch die Tradition des Nationalstaates und des Nationalismus in der Philosophie geprägt. In den internationalen Beziehungen findet diese Philosophie Ausdruck in einer Betonung nationaler Interessen und einer Loyalität zur Nation. Das klassische Völkerrecht reflektiert indessen auch eine Philosophie, die Staaten als Teile einer weltweiten Gesellschaft begreift. Diese Merkmale zeigen sich in den erfolgreichen Bemühungen, den Angriffskrieg als Mittel der Aussenpolitik zu ächten und das humanitäre Völkerrecht zum Schutze von Kriegsopfern zu entwickeln. Sie zeigen sich in der Verpflichtung zur friedlichen Streitbeilegung, im Interessenausgleich und der Güterabwägung. Die im 19. Jahrhundert einsetzende Völkerrechtslehre bemühte sich um diese Elemente und suchte sie über geltendes bilaterales Vertragsrecht hinaus in den Mittelpunkt einer aufstrebenden allgemeinen internationalen Rechtsordnung und Völkerrechtslehre und Wissenschaft zu stellen.<sup>12</sup> Die Grundsätze des internationalen Vertragsrechts, insbesondere die Vertragsstreue (*pacta sunt servanda*), oder der Schutz legitimer Erwartungen (Vertrauensschutz), aber auch die Billigkeit als Instrument der Einzelfallgerechtigkeit entstammen verschiedenen Rechtskulturen und übertrugen grundlegende Erfahrungen menschlichen Verhaltens auf das Verhältnis zwischen den Staaten. Gleichzeitig muss betont werden, dass das klassische Völkerrecht keine Harmonisierung des Rechts zum Gegenstand hatte. Es respektierte die innere Zuständigkeit der Staaten und machte auch in Bezug auf die Regierungsformen keine Vorgaben. Noch heute muss ein Staat nicht demokratisch organisiert sein; ein Recht auf Demokratie steht auf der internationalen Ebene noch in seinen Anfängen und ist noch kaum konsensfähig.

12 Vgl. Martti Koskeniemi, aaO. (FN 3).

## 2. 2. Das Recht der Kooperation

Die Entwicklung des Völkerrechts nach dem Zweiten Weltkrieg ist charakterisiert durch das Anliegen der Kooperation.<sup>13</sup> Die *Pax Americana*, in Abkehr von Retorsion und Vergeltung nach dem Ersten Weltkrieg – setzt auf die Zusammenarbeit der Sieger mit den Besiegten und schon bald mit den in die Unabhängigkeit entlassenen früheren Kolonien. Im Rahmen der Vereinten Nationen entwickeln sich eine Vielzahl von internationalen Organisationen, welche diesen Prozess aktiv zu unterstützen suchen. Die Vereinten Nationen bilden nach dem Scheitern des Völkerbundes einen hoffungsvollen Anfang, der aber bald schon Opfer des Kalten Krieges wird und sich davon bis heute mit Ausnahme des Sicherheitsrates kaum als wirksames Instrument globaler Steuerung (*governance*) durchsetzen konnte. Die Menschenrechte indessen setzen neue Massstäbe in den internationalen Beziehungen. Sie relativieren den Grundsatz der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten und begründen eine universalistische Verantwortung von Staaten gegenüber Individuen. Sie begründen ein Programm, das bis heute nur punktuell verwirklicht und dessen Entwicklung bei weitem nicht abgeschlossen ist. In den gleichen zeitlichen Kontext wie die Bestrebungen, minimale Menschenrechtsgarantien international zu verbrieften und in den Vereinten Nationen zu konsolidieren, fällt die Gründung der Institutionen von Bretton Woods, mit dem Internationalen Währungsfonds und der Weltbankgruppe. Das Projekt einer internationalen Handelsorganisation (ITO) und der Havana Charta wurde indes in den USA als zu einschneidend beurteilt und scheiterte. Es wurde durch das GATT ersetzt als ein Instrument zur sukzessiven Senkung der damals hohen Zölle auf Industrieprodukten. Wir kommen darauf zurück.

## 2. 3. Das Recht der Integration

Die dritte Entwicklungslinie des Völkerrechts liegt im Recht der Integration. Zahlreiche Anliegen der Völkerrechtslehre des 19. und frühen 20. Jahrhunderts verwirklichen sich im Prozess der europäischen Integration, die zwar mit völkerrechtlichen Mitteln erfolgte, sich aber unter dem Typus der supranationalen Organisation zunehmend zu Verfassungsrecht verdichtete.<sup>14</sup> Die Europäische Union gilt als ein Paradigma dieses völkerrechtlichen Prozesses. Sie dient als Vorbild vergleichbarer Entwicklungen auch in anderen Erdteilen. Die starke Zunahme regionaler Integration in der jüngeren Zeit deutet auf eine allmähliche Verstärkung dieser völkerrechtlichen Entwicklungslinie hin. Sie ist mit stärkeren gegenseitigen Rechten und Pflichten verbunden, die auch Solidarität und Unterstützung zum Zwecke der Stabilisierung und Förderung der Wohlfahrt aller Beteiligten umfasst. Hier haben Universalismus und Kosmopolitanismus – freilich begrenzt auf regionale Räume – ihre weitestgehende Verwirklichung gefunden. Man spricht denn auch

13 Vgl. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York 1964.

14 Vgl. Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: Do the New Clothes have an Emperor?*, Cambridge 1999 sowie Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001.

vom Europarecht als einer Rechtsordnung *sui generis*, die sich materiell vom Völkerrecht emanzipiert hat, obgleich ihre vertraglichen Grundlagen im formellen Sinne weiterhin zum Bestand des Völkerrechts gehören.

Umstritten ist, inwieweit auch auf globaler Ebene von Integrationsrecht gesprochen werden kann. So weist die Welthandelsordnung mit detaillierten Regelungen und einem wirksamen, nicht mehr dem Konsensprinzip unterliegenden Streitbeilegungsverfahren durchaus Elemente auf, die über tradierte zwischenstaatliche Strukturen hinausgehen, ohne dass indessen von einer supranationalen Struktur gesprochen werden kann. Darauf ist im Rahmen der Konstitutionalisierung des Völkerrechts zurückzukommen.

### 3. Die Wende zum Universalismus

Das Völkerrecht lässt sich somit gesamthaft in seinen verschiedenen Entwicklungslinien nicht der einen oder anderen philosophischen Theorie zuweisen. Seine Etappen spiegeln unterschiedliche Ansätze wieder, die ihre Spuren hinterlassen haben und heute im positiven Recht ihre Wirkung entfalten. In seiner Entwicklung führt es von einem rein zwischenstaatlichen Recht zu einer mittelbar und teilweise unmittelbar stärker auf den Menschen und die Wirtschaft ausgerichteten Rechtsordnung. Die Frage nach der Universalität von Werten und deren praktischer Anwendung lässt sich dabei nicht allgemein beantworten. Die Praxis des Völkerrechts oszilliert zwischen Nationalstaatlichkeit und Universalismus. Das Völkerrecht schützt einerseits die Souveränität der Staaten und damit nationale Interessen. Andererseits verfolgt es Ziele, welche dem Schutz globaler öffentlicher Güter und dem Wohlergehen des Menschen gewidmet sind und ihn vor dem Versagen nationaler Ordnungen zu schützen suchen. Diese Entwicklungen hin zur Universalität finden sich im Menschenrechtsschutz und im internationalen Wirtschaftsrecht. Sie haben in den letzten Dekaden zunehmend an Gewicht gewonnen.

#### 3. 1. Internationaler Schutz der Menschenrechte

Im philosophischen Diskurs um Universalität kommt den Menschenrechten eine zentrale Rolle zu.<sup>15</sup> Umfassende Geltung und kulturelle Relativität werden vor allem hier diskutiert; die weiteren Elemente der völkerrechtlichen Ordnung finden nicht in gleichem Masse Beachtung. Tatsächlich bilden die Menschenrechte den zentralen Paradigmenwechsel nach dem Zweiten Weltkrieg.<sup>16</sup> Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die Europäische Menschenrechtskonvention und weitere regionale Instrumente, sowie in der Folge die UNO Pakte trugen das Verfassungsverständnis der USA in die Welt hinaus und setzten fortan Massstäbe guter Regierungsführung auch, und vor allem, in den Entwicklungsländern. Dabei waren sie primär Antworten auf das massive Staatsversagen in Europa vor und während des Zweiten Weltkrieges. Die Menschenrechte wa-

15 Vgl. Beat Sitter-Liver (Hrsg.), *Universality: From Theory to Practice*, Fribourg 2009.

16 Vgl. Walter Kaelin und Joerg Kuenzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Auflage, Bern 2008.

ren in erster Linie an die Europäer und gegen die Auswüchse des Nationalismus gerichtet.<sup>17</sup> Mit der universellen Geltung war der Anspruch auf Abkehr von Rassismus und Diskriminierung nach Herkunft und Hautfarbe verbunden, welche den europäischen Kolonialismus begleiteten<sup>18</sup> und mit der einhergehenden Ausbeutung auch erst möglich gemacht hatten. Es ging darum, Andersfarbige und Andersgläubige hier und jetzt ebenso ernst zu nehmen. Diese Herkunft und Genese muss immer wieder betont werden. Die Menschenrechte verpflichten heute alle Regierungen und fassen alle Verletzungen ins Recht. Sie nehmen aber die Industriestaaten auf Grund ihrer Geschichte ganz besonders in die Pflicht. Das gilt vor allem in Bezug auf Ansprüche im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte zugunsten benachteiligter Menschen weltweit, deren Lage indirekt auf frühere und anhaltende neo-koloniale Ausbeutungen zurückgeführt werden kann. Diese Rechte setzen den kosmopolitischen Anspruch auf Anteilnahme, über die eigenen Staatsgrenzen hinaus, im Wesentlichen um und bilden heute die eigentliche Grundlage der Entwicklungszusammenarbeit. Die Betonung der Menschenrechte darf aber nicht davon abhalten, auch andere Teile der völkerrechtlichen Ordnung im Diskurs über Universalität zu berücksichtigen. Das gilt vor allem für das Wirtschaftsvölkerrecht. Ihm kommt letztlich in der Herstellung von Chancengleichheit die bedeutendste Aufgabe zu.

### 3. 2. *Das internationale Wirtschaftsrecht*

Das Wirtschaftsvölkerrecht befasst sich mit einer Vielzahl von Gebieten und Beziehungen. Weite Teile des Seerechts, als dem ältesten Gebiet des Völkerrechts überhaupt, gehören dazu. Die Seerechtskonvention von 1982 (UNCLOS) ist neben der WTO das umfassendste Vertragswerk des modernen Völkerrechts. Sie regelt nicht nur die Grundlagen der Seefahrt, sondern auch der Rechte an den natürlichen Meeresressourcen. Sie ist für das globale Gleichgewicht von zentraler Bedeutung. Das Wirtschaftsrecht im engeren Sinne umfasst die internationale Handelsordnung für Waren und Dienstleistungen, mit all ihren Facetten, das Investitionsrecht, den Arbeitnehmerschutz, die Migration, das Umweltrecht und die natürlichen Ressourcen, sowie die internationale Währungsordnung.<sup>19</sup> Eine klare Abgrenzung zu anderen Bereichen des Völkerrechts besteht indessen nicht. Die Verwirklichung der Menschenrechte hängt so wesentlich von wirtschaftsrechtlichen und damit teilweise auch wirtschaftsvölkerrechtlich bestimmten Rahmenbedingungen ab. Die Frage der Universalität von Werten wird in diesen Bereichen weit weniger diskutiert als im Bereich der Menschenrechte. Die Frage, inwieweit die vereinbarten und gewohnheitsrechtlichen Regeln und Prinzipien der einen oder anderen Theorie der Moralphilosophie zuzuordnen sind, scheint weitgehend offen zu sein. Sie wird am ehesten in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die wirtschaftliche Lage der Menschen diskutiert. So erfährt die Handelsordnung oder das Investitionsrecht Kritik in erster Li-

17 Siehe hierzu Thomas Cottier, »Cosmopolitan Values in International Economic Law: Myths and Realities« in: Beat Sitter-Liver Beat (Hrsg.), aaO. (FN 15), S. 33–54.

18 Vgl. Edward W. Said, *Culture and Imperialism*, London 1994.

19 Vgl. Christian Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009.

nie aus Sicht nachhaltender Armut in der dritten Welt.<sup>20</sup> So wichtig dieser Blickwinkel ist, so wenig vermag er den Grundlagen der Handelsordnung hinreichend gerecht zu werden.

Das Recht der Welthandelsorganisation (WTO) basiert auf den Grundsätzen der progressiven Liberalisierung und der Nichtdiskriminierung.<sup>21</sup> Das Prinzip der Meistbegünstigung stellt sicher, dass Waren und Dienstleistungen aus allen Mitgliedstaaten der Organisation gleichermassen zu den einem Staat gewährten günstigsten Bedingungen behandelt werden. Das Prinzip der Inländerbehandlung seinerseits schreibt vor, dass ausländische Produkte nicht schlechter als inländische Produkte behandelt werden dürfen. Sie sollen grundsätzlich die gleichen Wettbewerbsbedingungen wie jene inländischen Ursprungs genießen. Während dieser Grundsatz im Bereich des Warenverkehrs umfassend gilt, kommt er im Bereich der Dienstleistungen nur nach Massgabe besonderer vertraglicher Verpflichtungen zur Geltung. Die Staaten sind hier vorsichtig und gewähren eigenen Dienstleistungserbringern nach wie vor Vorteile. Das gilt auch für Subventionen, die in aller Regel den eigenen Produzenten vorbehalten sind. Aus der Sicht der Universalität ist indessen wichtig, dass das Recht der WTO dem Ideal gleicher Wettbewerbsbedingungen verpflichtet ist und diese in Handelsrunden zu erreichen sucht. Das Ziel des möglichst freien Handels will gleiche Chancen für alle schaffen. Darin liegt meines Erachtens ein kosmopolitisches Fundament, das nicht nur den staatlichen Eigeninteressen, sondern auch der Chancengleichheit und Verantwortung gegenüber ausländischen Produkten und den dahinter stehenden Menschen verpflichtet ist. Die Möglichkeit, in andere Märkte zu exportieren und Produkte aus anderen Ländern zu importieren entspricht universalistischer und kosmopolitischer Philosophie. Umgekehrt lässt sich wirtschaftlicher Protektionismus, der Schutz von Renten und Vorteilen einheimischer Produkte der nationalstaatlichen Tradition zuschreiben. So findet der in den Industriestaaten nach wie vor ausgeprägte Agrarprotektionismus hier seine Grundlage; zum Nachteil jener, deren wirtschaftliche Entwicklung angesichts einer nach wie vor grossen ländlichen Bevölkerung auf den Export von landwirtschaftlichen Gütern angewiesen ist. Diese Politiken stehen oft in krassem Gegensatz zu entwicklungspolitischen Zielen und bilden eine grundlegende Inkohärenz westlicher Aussen- und Wirtschaftspolitik.<sup>22</sup> Das Gleiche gilt indessen in den Entwicklungsländern für die fehlende Bereitschaft, den Dienstleistungssektor zu öffnen und vermehrtem Wettbewerb auszusetzen. Es gilt schliesslich auch dort, wo Staaten in wettbewerbsfähigen Bereichen keinen hinreichenden Schutz des geistigen Eigentums zur Verfügung stellen. Das trifft heute vor allem für die Schwellenländer zu.

Die Handelsliberalisierung verlief in der Geschichte langsam und mit Schwierigkeiten in einem Prozess von *trial and error*. Die ökonomischen Grundlagen finden sich in der

20 Vgl. Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, 2. erweiterte Auflage, Cambridge 2008.

21 Thomas Cottier und Matthias Oesch, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, Bern and London 2005.

22 Thomas Cottier, »Cosmopolitan Values in International Economic Law: Myths and Realities« in: Beat Sitter-Liver Beat (Hrsg.), aaO. (FN 15), S. 33–54.



Theorie der Arbeitsteilung (Smith) und dem komparativen Vorteil (Ricardo). Praktisch setzte sich der Freihandel im 19. Jahrhundert unter der Führung Grossbritanniens nur für eine kurze Zeitspanne durch, bis er von der Nationalstaatenbildung auf dem Kontinent erneut zurückgedrängt wurde. Das gleiche gilt auch für ein damals liberales Investitions- und Niederlassungsrecht. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, vom Ersten bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs, herrschten protektionistische Handelspolitiken vor. Die Wende setzte dabei bereits 1934 mit einer neuen, auf den Abbau von Handelschranken gerichteten Politik der USA ein. Sie bildete auch die Grundlage für die Ausarbeitung der Havanna Charta und nach ihrem Scheitern des GATT. In 50 Jahren wurden in diesem Rahmen über acht Verhandlungsrunden die Industriezölle im Durchschnitt von ursprünglich 40 % auf 4 %, nach Abschluss der Uruguay Runde im Jahre 1995, gesenkt. Die WTO als Nachfolgeorganisation des dauerhaften, aber rechtlich provisorischen GATT, konsolidierte diese Ergebnisse und eröffnete nunmehr den Liberalisierungsprozess im Bereich der Dienstleistungen. Sie führte sodann zur Einführung weltweit geltender Standards im Bereich des geistigen Eigentums.

Handelsliberalisierung und Handelsregulierung ist ein schwieriges und mühsames Geschäft. Die bisherigen Leistungen können nicht hoch genug geschätzt werden und dürfen nicht als selbstverständlich genommen werden, gerade im Vergleich zur internationalen Finanzordnung, welche kaum völkerrechtliche Disziplin und Regeln aufweist. Staaten verhalten sich auf Grund der Interessen ihrer heimischen Industrien merkantilistisch. Sie öffnen Märkte im Gegenzug zu Konzessionen des Auslands. Handelspolitik muss sodann stets mit anderen politischen Zielen koordiniert und abgestimmt werden. Die Koordination unterschiedlicher und mit der Handelspolitik auf gleicher Ebene stehender Politikbereiche verlangt nach rechtlichen Ausnahmen von der grundsätzlich geltenden Nichtdiskriminierung, so etwa im Bereich menschlicher Gesundheit oder des Umweltschutzes. Gesamthaft resultiert ein komplexes Normensystem von Regeln und Ausnahmen, von Gleichbehandlungen und Ausdifferenzierungen. Dazu kommt die Notwendigkeit besonderer Behandlung von Entwicklungsländern in ihrem Prozess der Graduierung gegenüber den Verpflichtungen, wie sie für die Industrienationen gelten.

Wesentlich ist vorliegend, dass das Regelwerk des GATT und seit 1995 der WTO wesentlich zur Stärkung des Handels weltweit und insbesondere auch seitens der Dritten Welt beigetragen hat. Entwicklungsländer kommen heute für beinahe 50 % des gesamten Welthandels auf.<sup>23</sup> Die Wirtschaftskrise der letzten Zeit wird diesen Prozess weiter beschleunigen. Die WTO ist nicht mehr, wie oft gesagt wird, ein Club reicher Staaten, die sich zulasten Dritter Vorteile zukommen lassen. Sie wird auch nicht mehr länger allein und bipolar durch die USA und die EU kontrolliert, sondern unterliegt einem multipolaren System, in dem den Schwellenländern China, Brasilien und Indien wesentlicher Einfluss zukommt. Die Legitimität der WTO basiert heute wesentlich auf diesem Leistungsausweis, der letztlich einer kosmopolitischen These verpflichtet ist. Ihre Schwie-

23 Siehe hierzu Thomas Cottier, »The Legitimacy of WTO Law« in: *The Law and Economics of Globalization*: Yueh Linda (Hrsg.), *New Challenges for a World in Flux*, Cheltenham 2009, S. 11–48.

rigkeit besteht darin, dass diese These gegenüber den am wenigsten entwickelten Staaten nicht eingelöst werden kann. Auch hier nimmt der Anteil am Welthandel zu, aber in unzureichendem Masse. Hier sind besondere Massnahmen der Handelsförderung im Rahmen der kosmopolitischen Ausrichtung und Verantwortung erforderlich. Die übrigen Schwierigkeiten gehen auf Kosten einer nationalstaatlich ausgerichteten, eigennützigen Interessenpolitik. Sie zeichnet für den fehlenden oder nur schleppenden Fortschritt im fälligen Abschluss der gegenwärtigen Doha Entwicklungsrunde verantwortlich. Hier liegen letztlich auch die Gründe für die zunehmende Verlagerung in Präferenzabkommen und damit die Abkehr von der Meistbegünstigung. Praktisch geht diese Entwicklung am stärksten auf Kosten der am wenigsten entwickelten Mitgliedstaaten. Sie richtet sich gegen das universalistische und kosmopolitische Ideal einer offenen Welthandelsordnung.

### 3. 3. Gleichheit und Freiheit als Grundlage des Universalismus

Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, der internationalen Handelsordnung und die damit verbundene Einschränkung nationaler Autonomie und Handlungsspielräume des Nationalstaates bilden den Kern und die Grundlage der universalistischen Teilgehalte des modernen Völkerrechts. Sie beruhen beide auf den Grundlagen der Gleichheit und Freiheit. Auch wenn sich beide Bereiche relativ autonom und ohne näheren Kontakt entwickelt haben, haben sie beide Teil an diesen fundamentalen Werten.<sup>24</sup> Sie haben letztlich die gleiche Stossrichtung, auch wenn es zu Spannungen unter ihnen kommen kann. Beide sind sie primär und auf Grund historischer Erfahrung ausgestaltet als Mittel gegen Staatsversagen, basierend auf der Einsicht, dass die Rechtstellung des Einzelnen nicht allein der nationalstaatlichen Souveränität und oftmals der Herrschaft weniger oder einer Mehrheit anheim gestellt werden darf. Sie bilden Teil einer neuen vertikalen Gewaltentartierung und führen *checks and balances* zum Schutze eigener Bürger wie auch ausländischer Personen ein.

Diese Entwicklungen bilden, wenn auch oft unausgesprochen, in der Praxis die Grundlagen des Universalismus und der kosmopolitischen Theorie in der Philosophie. Von hier aus greift sie Wohlfahrtsgefälle und Ungerechtigkeiten auf. Von hier aus setzt sie sich mit den Problemen der Ungleichheit und unterschiedlichen Entwicklung im Prozess der Dekolonialisierung auseinander. Sie unterzieht die heutigen Grundlagen einer Kritik aus dieser Sicht und verlangt über Gleichheit und Freiheit hinausgehende Solidarität und Verantwortung, letztlich mit dem Ziel, Chancengleichheit und Freiheit für alle Menschen auf nachhaltige Weise zu verwirklichen und hierzu geeignete Strukturen und Entscheidungsprozesse zu verfassen. Damit sind Leistungs- und Ausgleichspflichten der Staaten und der internationalen Gemeinschaft verbunden, die über heutige Entwicklungszusammenarbeit hinausgehen dürften. Dies stellt das heutige Völkerrecht im Zuge der Globalisierung erneut vor ungelöste, grosse Herausforderungen. Die Rechts-

24 Vgl. Thomas Cottier, »Trade and Human Rights: A Relationship to Discover« in 5 *Journal of International Economic Law*, 2002, S. 111–132.

wissenschaft ihrerseits nimmt diese Probleme primär mit einem Rekurs auf die Tradition des Verfassungsrechts und seinen ausgleichenden Funktionen auf.

#### 4. Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts

Die Globalisierung der Wirtschaft der letzten Dekaden geht, wie auch die Regionalisierung, wesentlich auf Fortschritte der Kommunikationstechnologien und damit verbunden einer weltweiten Zunahme der Arbeitsteilung und des internationalen Handelsverkehrs zurück.<sup>25</sup> Die im Rahmen des GATT und der WTO erfolgte schrittweise Liberalisierung hat dazu, aber auch zu den damit verbundenen Schwierigkeiten, wesentlich beigetragen. Die Nationalstaaten sind heute nicht mehr in der Lage, Probleme autonom zu lösen.<sup>26</sup> Sie sind auf internationale Zusammenarbeit und Abstimmung angewiesen. Der heutige Grad der Vernetzung ruft dabei nach neuen Entscheidungsstrukturen, die über tradierte Formen der Kooperation und der zwischenstaatlichen Konsenspolitik hinausgehen. Er ruft nach einem globalen Recht, das der Komplexität des weltweiten Zusammenwirkens gerecht zu werden vermag. Die Unfähigkeit der Staatengemeinschaft, das Problem des Klimawandels und der CO<sub>2</sub> Reduktion wirksam anzugehen, belegt dies in aller Deutlichkeit. Es ist offensichtlich, dass derart komplexe Fragen nicht länger im Rahmen von Regierungskonferenzen und Modellen der Kooperation gelöst werden können. Das Gleiche gilt auch für das Problem der erforderlichen Anpassung von Wirtschaftsstrukturen an den Klimawandel (*Mitigation*). Hier müssen international Politiken koordiniert werden, welche in die Zuständigkeit unterschiedlichster internationaler Organisationen fallen. Hier müssen verbindliche Ziele und damit normativ universelle Werte definiert werden. Selbst mit einer optimalen internen Koordination innerhalb von Regierungen und nationalen Verwaltungen wird es strukturell schwierig sein, die erforderliche Kohärenz zu erzielen und die bestehende Fragmentierung zu überwinden. Die bestehenden Strukturen begünstigen vielmehr die Verfolgung nationalstaatlicher Interessen und Einzelgänge. Die Staatengemeinschaft droht auf Grund tradierter und unzureichender Entscheidungsstrukturen auf der internationalen Ebene auf nationale und regionale Einzelgänge zurückzugreifen. Sie drohen, universelle und kosmopolitische Anliegen hinter eine erneut nationale Agenda zurückzustellen.

Als eine Antwort auf diese Herausforderungen bildet sich namentlich in Europa die Lehre der Konstitutionalisierung des Völkerrechts heraus.<sup>27</sup> Ausgehend von dem Befund, dass auch das Völkerrecht zunehmend auf die Rechtsstellung Privater einwirkt und

25 Siehe dazu David Held / Anthony McGrew / David Goldblatt / Jonathan Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Oxford 1999; David Held und Anthony McGrew, *The Global Transformation Reader*, Cambridge 2000; Ulrich Beck, *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt am Main 1997.

26 Vgl. Stephan Leibfried und Michael Zürn, *Transformations of the State?*, Cambridge 2005.

27 Vgl. dazu Anne Peters, »The Merits of Global Constitutionalism« in 16 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, S. 397; Anne Peters, Jan Klabbers und Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009; Karolina Milewicz, »Emerging Patterns of Global Constitutionalization« in 16 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 413, 2009.

sich nicht mehr auf zwischenstaatliche Beziehungen beschränkt, rückt das Individuum und private Subjekt in den Mittelpunkt der Rechtsordnung. Ansätze dazu bestehen vor allem im Bereich der Menschenrechte und im internationalen Wirtschaftsrecht. So wie das klassische Völkerrecht weitgehend vom Privatrecht und Vertragsrecht geprägt wurde, soll sich das künftige Völkerrecht verstärkt an Kategorien und Erfahrungen des Verfassungsrechts orientieren. Die Lehre der Konstitutionalisierung lehnt sich an die Erfahrungen des nationalen Verfassungsstaates an. Sie befürwortet eine Abkehr vom vertraglichen Konsensprinzip hin zu demokratisch konstituierten Mehrheitsverhältnissen und einer Hierarchie unterschiedlicher Rechtsquellen, wie sie im innerstaatlichen Recht mit Verfassung, Gesetz und Verordnung besteht. In Bezug auf das Verhältnis zum nationalen Recht entwickelt sich in Anlehnung an die Grundsätze des Föderalismus eine Überwindung kategorischer Unterschiede zwischen Völkerrecht und Landesrecht. Vielmehr werden beide als unterschiedliche Stufen ein und desselben, mehrstufigen Gesamtsystems verstanden, in dessen Rahmen auch das gegenseitige Verhältnis der verschiedenen Ebenen festzulegen ist.<sup>28</sup> Diese Spielart der Konstitutionalisierung geht von der Einsicht aus, dass menschliche Beziehungen auf allen Ebenen gleichermassen geprägt sind durch Zusammenarbeit und Konflikte auf Grund unterschiedlicher Vorstellungen. Sie bedürfen auf allen Stufen vergleichbarer Instrumente des Ausgleichs und der Konfliktregelung.<sup>29</sup>

Die Lehre der Konstitutionalisierung erfährt Kritik vor allem aus der Tradition des nationalen Verfassungsrechts, welche den Verfassungsbegriff auf den Nationalstaat beschränkt wissen will.<sup>30</sup> Die Kritik macht geltend, dass das Völkerrecht nicht in der Lage ist, Garantien des Verfassungsrechts zu gewährleisten und mit der Konstitutionalisierung eine Verwässerung zentraler Garantien menschlicher Existenz einhergeht. Sie wirft ihr auch vor, letztlich einen neuen und zum Scheitern bestimmten Versuch der Weltstaatlichkeit anzustreben. Dem wiederum kann entgegnet werden, dass die Konstitutionalisierung des Völkerrechts gerade dem Schutze jener Werte dient, welche der Nationalstaat im Lichte der Globalisierung nicht mehr alleine sicherzustellen vermag. Es geht gerade darum, die Rechte des Individuums im Lichte der Globalisierung durch neue Instrumente zu sichern und damit Kernanliegen des Verfassungsstaates im Verbunde der Staaten wahrzunehmen. Die weitgehende Übereinstimmung von Werten des Verfassungsrechts und des modernen Völkerrechts – mit Menschenrechten und einer Marktwirtschaft im Mittelpunkt – erlauben es, diesen Weg zu gehen. Konstitutionalisierung ist dabei nicht zu verstehen als ein grosser Wurf, gar als Revolution, sondern vielmehr als ein schrittweiser, induktiver Prozess, oftmals eher im Kleinen denn im Grossen. Man muss wissen, in welche Richtung sich die Rechtsordnung bewegen soll, hin zu klareren Entscheidungsstrukturen, Hierarchien des Rechts und dem Ausbau des internationalen Rechtsschutzes.

28 Vgl. Thomas Cottier und Maya Hertig, »The Prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism«, in 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 261, 2004.

29 Vgl. Thomas Cottier, »Multilayered Governance, Pluralism and Moral Conflict« in 16 *Indiana Journal of Global Studies*, 647, 2009.

30 Vgl. Jack Goldsmith und Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford 2005.

Es ist kein Zufall, dass die Lehre der Konstitutionalisierung in erster Linie ein europäischer Beitrag ist. Sie ist stark beeinflusst von der historischen Erfahrung der europäischen Integration und dem Aufbau gemeinsamer Strukturen und Entscheidungsprozesse. Die Europäische Union kommt heute den universalistischen Idealen der frühen Völkerrechtslehre der so genannten zivilisierten Staaten des 19. Jahrhunderts nahe.<sup>31</sup> Was damals als Utopie verstanden wurde, ist heute in Europa weitgehend Realität. Die Europäische Union verwirklicht weitgehend die weltbürgerliche Philosophie Kants im regionalen Kontext. Daraus kann indessen nicht ohne weiteres auf die globale Ebene und künftige Entwicklungen im Rahmen der Globalisierung geschlossen werden. Die meisten Staaten der Erde befinden sich im Aufbau; sie sind nicht wie in Europa Teil eines post-nationalen Zeitalters. Es wird nicht möglich sein, eine dem Unionsvertrag nachgebildete Revision der Charta der Vereinten Nationen zu erreichen. Zu heterogen ist die moderne Staatenwelt. Es muss vielmehr darum gehen, Elemente der Konstitutionalisierung des Völkerrechts, wo immer möglich, in kleineren Schritten der globalen Rechtsentwicklung in der Reform internationaler Organisationen zu fördern und einzubringen. Es ist wichtig, nach einem Kompass zu marschieren. Die schicksalhaft weltweiten und gemeinsamen Herausforderungen des Klimawandels werden notwendigen Anlass bieten, verfassungsrechtlich hinreichende Verhandlungs- und Entscheidungsstrukturen zu entwickeln.

In dieser Entwicklung kommt der Philosophie erneut grosse Bedeutung zu. Während sich die Verteidigung des Status Quo und der Prärogativen des Nationalstaates auf Lehren des Nationalismus, Realismus und der Staatengesellschaft berufen, kann die Konstitutionalisierung auf Universalismus und kosmopolitische Lehre rekurrieren und dort ihre Fundierung finden. Universalität und Kosmopolitität, verstanden als Anerkennung der moralischen Gleichheit aller Menschen, und damit als Bereitschaft zum Dialog, als Anerkennung von Gemeinsamem aber auch Trennendem, als Anerkennung von gegenseitigen Rechten und Pflichten auch des Beistands in der Not über nationale Grenzen hinweg, bildet die Grundlage für die Erarbeitung neuer völkerrechtlicher Entscheidungsstrukturen und Verfahren. Universalität und Kosmopolitität bilden die Grundlage für einen Ausbau des internationalen Menschenrechtsschutzes, der Sicherung einer offenen internationalen Wirtschaftsordnung mit flankierenden Massnahmen zugunsten der am wenigsten entwickelten Staaten und der Erhaltung des ökologischen Gleichgewichts und der Nachhaltigkeit. Sie bilden die Grundlagen für die weltweite Förderung der Demokratie und die Eindämmung von Unterdrückung und Despotie. Sie bilden die Grundlagen für die Einbindung des nach wie vor zentralen Nationalstaates in ein Gefüge von vertikalen *checks and balances* und der Zuweisung von Regelungskompetenzen an die jeweils sachgerechte Ebene der öffentlichen und demokratisch legitimierten Regierungsfunktionen. Die rechtliche Idee der Konstitutionalisierung und der vertikalen Teilung von Aufgaben findet ihre Parallele und Unterstützung in der kosmopolitischen Theorie der politischen Philosophie. Die weltweite Vernetzung, die gegenseitige Abhängigkeit und die Verantwortung rufen erneut nach einem neuen Verhältnis von nationalstaatlichen und universellen Werten in den internationalen Beziehungen.

31 Vgl. Martti Koskeniemi, aaO. (FN 3).

### *Zusammenfassung*

Das Völkerrecht bewegt sich zwischen der Tradition der nationalstaatlichen Souveränität und universellen Normen und Zielen. In diesem Spannungsfeld geht der Beitrag in Kürze auf die Entwicklung des Völkerrechts von der Koexistenz zur Kooperation bis hin zur Integration ein. Es beschreibt die zunehmende Bedeutung universeller Werte und betont, dass diese nicht nur im Schutz der Menschenrechte, sondern auch im internationalen Wirtschaftsrecht angelegt sind, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung im Recht der Welthandelsorganisation WTO. Der Beitrag beschreibt die Entwicklung von vertraglichen hin zu verfassungsrechtlichen Theorien im Völkerrecht als Antwort auf Globalisierung und Regionalisierung. Es verweist auf die in der Philosophie parallel geführten Diskussionen, insbesondere seitens der kosmopolitischen Schule, und ruft zu einem verstärkten interdisziplinären Diskurs zwischen Philosophen und Völkerrechtlern auf. Beide können nicht mehr länger in selbstgenügsamen Analysen und Denkweisen verharren.

### *Summary*

The law of nations oscillates between the traditions of sovereignty of nation states and universal norms and aspirations. In this matrix, the paper briefly addresses the evolution of law from coexistence to cooperation and to integration. It depicts the increase of universal values and emphasizes that such values and norms are not limited to the protection of human rights, but can be equally found in international economic law, in particular with the principles of non-discrimination enshrined in the law of the World Trade Organization WTO. The paper depicts the current evolution in legal thinking from traditional contractual to constitutional theory in international law, with a view to enabling the modern law of nations to cope with the challenges of globalization and regionalization. It draws attention to parallel discussions in philosophy, in particular cosmopolitanism, and suggests enhancing the interdisciplinary discourse of philosophers and international lawyers. Both no longer can afford staying within self-referencing systems of analysis and thought.

*Thomas Cottier*, The Law of Nations, Sovereignty and Universalism: Values and Tensions.