

Die Emergenz der Globalverfassung

Andreas Fischer-Lescano*

I. Einleitung	717
1. Tribales Weltrecht?	719
2. Reflexives transnationales Recht	720
3. Fragestellung	722
II. Fundamentale Paradoxien in der Weltgesellschaft	722
1. Pluralität der Reflexionstheorien des Rechts	723
2. Paradox der gebundenen Souveränität	724
a) Hegels absoluter Souveränitätsbegriff	726
b) George Scelles absolute Negation der Souveränität	727
c) Theorie der Völkerrechtsunmittelbarkeit	728
III. Paradoxiemanagement	728
1. Rechtsgeltung der völkerrechtlichen Fundamentalwerte?	732
2. System-/Umweltdifferenz	736
3. Binnendifferenzierung: Peripherie/Zentrum	737
IV. Politisches Globalverfassungsrecht	738
1. Global Remedies Rules	739
2. Zwingendes Völkerrecht als formelles Verfassungsrecht	743
3. Rechtsetzungsrecht	748
a) Instaurationsmechanismen nach Art. 38 IGH-Statut	749
b) <i>Lex humana des ius gentium</i>	750
c) Kommunikative Sub-Systeme	753
V. Fazit	755
Summary: The Emerging Global Constitution	758

I. Einleitung

Als Niklas Luhmann im Jahr 1971 Talcott Parsons' Beschreibungsform der "Welt der Gesellschaften"¹ durch die der "Weltgesellschaft"² ersetzt wissen wollte, war diese Weltgesellschaft in einem "rechtlichen Zustand"³, der gerade von der

* Ass. *iur.*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut und Doktorand am Institut für Öffentliches Recht der Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main; Studienjahr 2002/03 Europäisches Hochschulinstitut, Florenz. Ich danke Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Prof. Dr. Michael Bothe, Prof. Dr. Hauke Brunkhorst, Sonja Buckel, Felix Hanschmann, Prof. Dr. Christian Joerges, Prof. Dr. Martti Koskeniemi, Dr. Rainer Nickel, Peter Spengler und Prof. Dr. Gunther Teubner für konstruktive Kritik und ihre Bereitschaft zur Diskussion früherer Fassungen des Textes.

¹ Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs N.J. 1971.

² Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1971, 1 ff. (27 ff.), wiederabgedr.: ders., *Soziologische Aufklärung 2, Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen 1975, 51 ff.; umfassende Begründung für den Perspektivenwechsel Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1997, insbes. 145 ff.

³ "Nur unter Voraussetzung irgend eines rechtlichen Zustandes [...] kann von einem Völkerrecht die Rede sein." (Immanuel Kant, *Schrift zum ewigen Frieden*, in: ders., *Werkausgabe* in 12 Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 11. Bd., 8. Aufl., Frankfurt am Main 1991, 246 f.). Diese Qualifikation

Wiener Vertragskonferenz⁴ und der *Barcelona Traction*-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs⁵ entscheidend vorangebracht worden war: Die politische Konsentierung des *ius cogens*-Prinzips in Art. 53 WVK und die höchstrichterliche Dignisierung der Konzeption der Verpflichtungen *erga omnes* im *Barcelona Traction*-Fall hatten das horizontale System des Völkerrechts⁶ um eine partielle Vertikalität erweitert;⁷ ohne die Nationalstaatlichkeit grundsätzlich in Frage zu stellen, bezieht das Völkerrecht seitdem die Pluralität der Staatenwelt auf ein Ganzes: die "international community as a whole".⁸ Und auch wenn die Voraussetzungen für die Qualifizierung der Staatenwelt als "internationale Gemeinschaft",⁹ die rechtlichen Schlussfolgerungen aus einer solchen Konzeptionierung¹⁰ und insbesondere die Angemessenheit dieser Beschreibung im Hinblick auf die Diversifikation weltpoli-

ist bereits Anlass einer umfassenden, das geltende Völkerrecht meist ignorierenden rechtsphilosophischen Debatte, die weiterhin in den Kategorien *status naturalis* und *status civil* geführt wird, die auch die Kant'sche Prämisse – kein Weltrecht ohne Zwang – übernimmt und die daher regelmäßig in einem Plädoyer für einen Weltstaat bzw. eine Weltrepublik endet. Statt aller Thomas Mohr, Vom Weltstaat. Hobbes' Sozialphilosophie, Soziobiologie, Realpolitik, Berlin 1995, 337; Rudolph Schüller, Die Möglichkeit der Kooperation unter Egoisten. Neuere Ergebnisse spieltheoretischer Analysen, in: ZphF 1990, 292 ff. (302 f.); Otfried Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999; Stefan Gosepath/Jean-Christoph Merle (Hrsg.), Weltrepublik. Globalisierung und Demokratie, München 2002; kritisch zu diesen Konzepten Andreas Fischer-Lescano, Rezension, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2003, 287 ff.

⁴ Der Konventionstext wurde am 23. Mai 1969 zur Unterzeichnung ausgelegt. Umfassend zum Entstehungsprozess des Art. 53 WVK Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, Frankfurt am Main 1992, 41 ff.

⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Second Phase, ICJ Reports (1970), 2 ff.; die Entscheidung hob sich von den vorangegangenen Südwestafrika-Entscheidungen erfreulich ab, vgl. *South West Africa Cases, Preliminary Objections*, ICJ Rep. 1962, 317 ff.; *South West Africa Cases, Second Phase*, ICJ Rep. 1966, 2 ff.

⁶ Vgl. noch die *Lotus*-Entscheidung: StIG, PCIJ 1927 Ser. A Nr. 10.

⁷ Siehe zuletzt die Feststellung bei Higgins, Koijmans, Buergenthal, joint sep. opinion, IGH vom 14. Februar 2002 Case Concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Ziff. 51.

⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Second Phase, ICJ Reports (1970), Ziff. 32; umfassend hierzu nun Andreas Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, München 2001.

⁹ Gaetano Arangio-Ruiz, The 'Federal Analogy' and the UN Charter Interpretation: A Crucial Issue, in: EJIL 8 (1997), 1 ff.; zum Zirkel der Gemeinschaftlichkeitsentwürfe vgl. Jacques Derri-da, Politik der Freundschaft, Frankfurt am Main 2000, 138.

¹⁰ So folgt für Mosler bspw. aus der Konstatierung einer "Internationalen Gemeinschaft", dass diese auch eine Verfassung habe: "Any society, however unorganised it might be, must have one essential constitutional rule in the absence of which it would not be a community but simply a collection of individuals." (Hermann Mosler, International Society as a Legal Community, Alphen 1980, 15 f.) Das blieb nicht unbestritten (wiederum Gaetano Arangio-Ruiz (Anm. 9), 1 ff.) und auch über den Inhalt einer solchen Verfassung (föderalistische Weltordnung repräsentiert in der UN-Charta einerseits; nicht UN-zentriertes Weltverfassungsrecht der Staatenwelt andererseits) gibt es unterschiedliche Auffassungen: vgl. zur UN-Charta als Verfassung Bardo Faßbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective, Den Haag 1998, 101 ff.; statt aller zur Kritik am weltföderalistischen Ansatz und mit einer eigenen Verfassungskonzeptionen für die Internationale Gemeinschaft Stefan Oeter, Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer "Verfassung der Freiheit", in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner, Globalisierung und Demokratie, Frankfurt am Main 2000, 208 ff. (229);

tischer Akteure nicht unumstritten sind,¹¹ so ist es seither regelmäßig dieses Konzept, auf das das Völkerrecht der Weltgesellschaft zurückgreift, wenn es das Ganze in den Blick nimmt.¹²

1. Tribales Weltrecht?

Auch die Soziologie in der Tradition Niklas Luhmanns richtet ihre Beobachtung auf das Ganze der Weltgesellschaft und des Weltrechts.¹³ Und ob man sich Luhmanns differenztheoretischer Analyse¹⁴ anschließen möchte oder nicht: Die Erfahrung, dass Rechtskommunikation global ist, dass das Völkerrecht einen universellen Geltungsanspruch hat, dass die lokalen, regionalen, organisationalen und globalen Differenzierungen innerhalb dieses Weltrechts als Funktionssystemspezifika beobachtet werden können und dass zumindest dieses weltweite soziale System im Rahmen der Internationalen Gemeinschaft als eine Einheit begriffen werden kann, dürfte es für Völkerrechtler wenig spektakulär erscheinen lassen, dass Luhmann das globale System der Weltgesellschaft und nicht die nationalstaatlich segmentär differenzierten Gesellschaften als makrosoziologischen Erklärungsrahmen nutzt und er Unterschiede und Heterogenitäten in der Weltgesellschaft als interne Differenzierungen auffasst.¹⁵ Diese Beobachtungsform gleicht der Völkerrechtlichen zu sehr, als dass sie irritieren könnte.

siehe auch Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), 349 ff., m.w.N.

¹¹ Zu den Forderungen der Öffnung des Völkerrechts gegenüber nicht-staatlichen Akteuren Christoph Schreuer, *The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?*, in: *EJIL* 4 (1993), 447 ff.; Anne-Marie Slaughter, *International Law and International Relations*, in: *Recueil des Cours* 285 (2000), 96 ff.; Andrea Bianchi, *Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors*, in: Teubner (Hrsg.), *Global Law Without a State*, Aldershot 1997, 179 ff. (186 ff.); Klaus Günther/Shalini Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Schriftenreihe: Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, Heft Nr. 4 (2001), 63 ff.; aufgrund der partialen Einbindung der INGOs in völkerrechtsrelevante Regimes spricht Stephan Hobe den INGOs "[a]bhängig von der je konkreten Stellung [...] auch partielle Völkerrechtssubjektivität" zu (Stephan Hobe, *Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen*, in: *AVR* 1999, 152 ff. (159 ff.)).

¹² Umfassend Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Recueil des Cours* (250) VI 1994, 229 ff. (245 ff.); im Anschluss an Simma: Paulus (Anm. 8), insbes. 329 ff.; siehe auch Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki 1988, 269 ff.

¹³ Theresa Wobbe, *Weltgesellschaft*, Bielefeld 2000; Rudolf Stichweh, *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, Frankfurt am Main 2000; Niklas Luhmann, *Globalization of World Society: Or How to Conceive of Modern Society?*, in: *International Review of Sociology* 1997, 67 ff.

¹⁴ Diese Analyse impliziert insbesondere die Beobachtung der Emergenz globaler autopoietischer Funktionssysteme – Weltrecht, Weltpolitik, Weltwirtschaft, Weltkunst, Weltwissenschaft etc. (siehe Luhmann (Anm. 2), 595 ff.), was die segmentäre Zweidifferenzierung des weltpolitischen Systems natürlich nicht in Frage stellt (Niklas Luhmann, *Der Staat des politischen Systems*, in: Beck (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt 1998, 376 ff.; vgl. die darum fehlgehende Kritik bei Paulus (Anm. 8), 159 f.).

¹⁵ Luhmann (Anm. 2); ders. (Anm. 13).

So verwundert es, dass Luhmann bislang in der Völkerrechtsliteratur äußerst zurückhaltend¹⁶ rezipiert worden ist, zumal bspw. gerade die deutschen Vertreter der Doktrin der Internationalen Gemeinschaft¹⁷ einen genuin soziologischen Ausgangspunkt haben. Ohne allzu spekulativ zu sein, wird man wohl sagen können, dass es nicht zuletzt an Luhmanns Negation des Völkerrechts als Regelsystem liegt,¹⁸ dass die Völkerrechtsliteratur diesen doch nicht unerheblichen, bei Rechtsphilosophen aber auch nicht ungewöhnlichen,¹⁹ blinden Fleck ihrerseits mit Nichtbeachtung goutiert hat.

2. Reflexives transnationales Recht

Gunther Teubner, der seine Arbeiten zum Recht der Weltgesellschaft²⁰ nun um den Entwurf "globaler Zivilverfassungen"²¹ erweitert hat, knüpft an Luhmanns Beschreibung des Weltrechtssystems an. Theoriegeschichtlich hat er schon früh Luhmanns rein deskriptive Beobachtungsform, die Jürgen Habermas einmal als "die Apologie des Bestehenden um seiner Bestanderhaltung willen"²² diskriminiert hat, durch ein Konzept ergänzt, das er "reflexives Recht"²³ nennt. Er nimmt seitdem in Differenz zu Luhmann und von diesem nicht unkritisiert²⁴ eine normativ-analytische Doppelperspektive ein. Das reflektiert zunächst, dass

¹⁶ Instruktiv nun jedoch Stefan Oeter, *International Law and General Systems Theory*, in: *GYIL* 44 (2001), 72 ff.; Kritik an Luhmanns Beschreibung des weltpolitischen Systems bei Paulus (Anm. 8), 159 f.

¹⁷ Maßgeblich Mosler (Anm. 10); Christian Tomuschat, *Die Internationale Gemeinschaft*, in: *AVR* 1995, 1 ff.; Simma (Anm. 12), 229 ff.

¹⁸ Siehe Niklas Luhmann, *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6, *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, 229 ff. (234); ders., *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, *Heidelberger Universitätsreden* 4, Heidelberg 1993, *passim* und ders., *Ethik in internationalen Beziehungen*, in: *Soziale Welt* (50) 1999, 250 ff.

¹⁹ Zweifel an der Rechtsnatur des Völkerrechts auch bei Herbert L.A. Hart, *Le Concept De Droit* (1961), Bruxelles 1976, 253 ff.; Nberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Turin 1993, 138 ff.; Anders Lundstedt, *Superstition or Rationality in Action for Peace?*, London 1925, 205; siehe auch die Darstellung bei Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Berlin 1990, 33.

²⁰ Vgl. nur Gunther Teubner, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in: *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 255 ff.; ders., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989, 2. Aufl. 1996; ders., *Global Law Without A State*, Dartmouth 1997; ders., *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in: Dieter Simon/Manfred Weiss (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums, Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden 2000, 437 ff.; ders., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*, in: *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), 234 ff.; ders.; *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 65, 1996, 199 ff.

²¹ Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in: *ZaöRV* 63 (2003), 1 ff.

²² Jürgen Habermas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in: ders./Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1974, 142 ff. (170).

jede Beobachtung schon als solche interessegeleitet ist. Es reflektiert aber auch, dass "das Recht denkt"²⁵ und über eine interne Beobachterebene zweiter Ordnung verfügt, die sich der Selbstreflexion widmet – Rechtstheorie. Hier kommt es darauf an dafür zu sensibilisieren, dass das Recht sich auf seine emanzipatorische Verantwortung besinnt, die u.a. darin besteht, den gesellschaftlichen Funktionssystemen adäquate Deliberationsmodelle anzubieten und so selbstregulierend fremdregulierend Kapazitäten zur gesellschaftlichen Selbstregulierung bereitzustellen.²⁶ Während Luhmanns Beobachterperspektive bewusst außerhalb des Rechts positioniert war und er immer wieder insistierte, eine rein deskriptive Fremdperspektive einzunehmen, um das Recht soziologisch zu irritieren, ist Teubners Konzeption also eine zwar rechtssoziologisch inspirierte aber dennoch normative und somit genuin rechtstheoretische.

Auch in der hier interessierenden Beobachtung globaler Rechtsentwicklungen unterscheidet sich Teubners Beschreibungsform von der Luhmanns: Während jener noch apodiktisch konstatierte, dass aus der segmentären Zweiftdifferenzierung des weltpolitischen Systems in Staaten folge, dass "die strukturelle Kopplung des politischen Systems und des Rechtssystems über Verfassungen auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Entsprechung hat",²⁷ verwendet Teubner einen entterritorialisierten Verfassungsbegriff in einem transnationalen Rechtsmodell²⁸, dem wegen des normativ-analytischen Doppelstatus' der Analyse ein "reflexives transnationales Rechtskonzept" zugrunde liegt.²⁹ Dieses Konzept umfasst nicht nur zivilgesellschaftliche Konstitutionalisierungstendenzen, sondern anerkennt nachdrücklich auch die Konstitutionalisierung des Völkerrechts.³⁰ Damit geht Teubner im Hinblick auf transnationale Rechtsentwicklungen in zwei ganz entscheidenden Punkten über Luhmanns Weltrechtsmodell hinaus: In der Beobachtung von (a) globalen Zivilverfassungen und (b) einer strukturellen Kopplung von Weltrecht und Weltpolitik, einer politischen "Globalverfassung". Wo Lu-

²³ Gunther Teubner, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, EUI Working Paper 1982/13; zugl. in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), 13 ff.; ders., Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, *passim*, insbes. 81 ff.

²⁴ Niklas Luhmann äußerte sich durchaus anerkennend ob der theoretischen Stringenz des Konzepts des reflexiven Rechts, sieht es jedoch erwartungsgemäß "belastet durch die Absicht, damit eine Synthese von Theorien der "kritisch-emanzipativen" Richtungen mit Vorstellungen über "responsive Dogmatik" und mit soziologischen Analysen des "Rechtssystems" herbeizuführen." (ders., Einige Probleme mit "reflexivem Recht", in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1985), 1 ff. (2)).

²⁵ Gunther Teubner, How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law, in: Law and Society Review 23 (1989), 727 ff.

²⁶ Gunther Teubner, Contracting Worlds: The many Autonomies of Private Law, in: Social and Legal Studies 9 (2000), 399 ff.; Graf-Peter Callies, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, 169 ff.

²⁷ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, 196.

²⁸ Vgl. Philip C. Jessup, Transnational Law, New Haven 1956 und ders., Modernes Völkerrecht, Wien u.a. 1950, insbes. 21 ff.

²⁹ So die Formulierung von Graf-Peter Callies (Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), 185 ff.).

³⁰ Teubner (Anm. 21).

mann also simplifizierend feststellt, dass “die Weltrechtsordnung eher den Ordnungsformen tribaler Gesellschaften gleicht, also auf organisierte Sanktionsgewalt und auf authentische Definition der Rechtsverstöße anhand bekannter Regeln verzichten muss”,³¹ beobachtet Teubner komplexe, hochspezialisierte, selbstreferentielle und mithin autopoietische Rechtssysteme auf globaler Ebene.

3. Fragestellung

Die folgende Untersuchung versucht, Teubners normativ geprägte Interpretation der adäquanzfunktionalistischen Analyse Luhmanns für die Diskussion des Geltungsgrundes des Völkerrechts und der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdiskussion zu nutzen. Zunächst wird daher die Antinomie “Die Staaten konstituieren das Völkerrecht. Das Völkerrecht konstituiert die Staaten” zu adressieren sein (II), um dann vor dem Hintergrund der Konstitutionalisierungsdiskussion im Völkerrecht das Paradoxienmanagement des Völkerrechts zu beobachten (III), das, so lautet die Grundthese, einen Komplexitätsgrad angenommen hat, der es gerechtfertigt erscheinen lässt, Teile des völkerrechtlichen Normenbestandes als funktionales Äquivalent zu nationalem Verfassungsrecht, als politisches Globalverfassungsrecht, zu begreifen (IV).

II. Fundamentale Paradoxien in der Weltgesellschaft

Methodologisch ist vorweg zu betonen, dass sich die systemtheoretische Beobachtung nicht für die Weltgesellschaft als ontologische Entität sondern als Kommunikation interessiert: Gesellschaft ist Kommunikation. Recht ist eine spezifische Kommunikation innerhalb der Gesellschaft, die sich von anderen Kommunikationen dadurch unterscheidet, dass sie mit dem binären Code Recht/Unrecht arbeitet. Die Betrachtungsweise wird damit von Struktur auf Kommunikation umgestellt und die entscheidende Frage ist, welche kommunikativen Operationen das Recht ändern, wie also das Geltungssymbol in der “historischen Maschine” des Rechts transportiert wird. Das autopoietische Moment des Systems rührt daher, dass man es bei der Rechtskommunikation zwar mit einer Kommunikation innerhalb der Gesellschaft zu tun hat, dass es aber eine funktionsbereichsspezifische Kommunikation ist, die selbstkonstituierend und selbstreproduzierend ist. Dadurch wird das Verhältnis des Rechts zur Gesellschaft mehrdeutig, da ein und derselbe kommunikative Akt von unterschiedlichen Funktionssystemen unterschiedlich angenommen werden kann. Das impliziert, dass zwar Systeminterferenzen regelmäßig auftreten,

³¹ Niklas Luhmann, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 6, Die Soziologie und der Mensch, Opladen 1995, 229 ff. (234). Vgl. auch ders., Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberger Universitätsreden 4, Heidelberg 1993, *passim* und ders., Ethik in internationalen Beziehungen, in: Soziale Welt (50) 1999, 250 ff.

dass es aber die Kommunikationssysteme selbst sind, die bestimmen, welchem kommunikativen Akt sie welche Bedeutung zumessen: Recht normiert, was Recht ist. Das verweist auf ein fundamentales Paradox, nämlich die Tatsache, dass Rechtskommunikation immer an Rechtskommunikation anknüpft und dass dabei eine letzte Zirkularität, die der Anwendung des Rechtscodes auf sich selbst verhindert werden muss, um die Operativität nicht zu blockieren.

1. Pluralität der Reflexionstheorien des Rechts

Verschiedene Theoriemodelle versuchen diesen Zirkel zu unterbrechen, indem sie den Geltungsgrund des Rechts in die Wissenschaft, die Religion, die Natur des Menschen oder in sonstige Aprioris externalisieren. Auf einer Beobachterebene zweiter Ordnung konkurrieren dann aber in nationalstaatlichen und globalen Rechtssystemen die unterschiedlichsten Reflexionstheorien:³² Diskurstheoretische, rechtspositivistische, hermeneutische, topische und soziologische Rechtstheorien nähern sich den Zirkularitätsfragen des Rechts auf unterschiedliche Weise, ohne dass dadurch eine Einheit der Selbstbeschreibung erreicht werden könnte und vor allem ohne dass sie Eingang in die Operationen des Rechts gefunden hätten. Denn Kelsens Grundnorm ist nur eine wissenschaftliche Hypothese, Harts *ultimate rule of recognition* oszilliert genauso zwischen sozialer Faktizität und rechtlicher Geltung wie jene hypothetische Grundnorm und auch naturrechtliche Invisibilisierungstechniken können seit der Diversifizierung transzendentaler Bezugspunkte und anders als in vorneuzeitlichen Gesellschaften, die von einer homogen religiösen Weltansicht ausgingen und ein Bedürfnis nach Legitimation ihrer stratifizierten Organisationsstrukturen durch die Idee des Naturrechts und der aus ihr regelmäßig hergeleiteten natürlichen Unterschiede hatten, nicht länger gesellschaftsweit überzeugen.³³ Das liegt daran, dass es in der pluralistischen Weltgesellschaft unmöglich geworden ist, Realitätsbeschreibungen in einem transzendentalen Prinzip zusammenzufassen,³⁴ dass Ursprungsmythen, die auf ein *a priori* hinweisen, nicht mehr

³² Für das Völkerrecht Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Argument*, Helsinki 1989, 131 ff.; Fastenrath (Anm. 19), 32 ff.

³³ Das gilt trotz der politischen Anpassungsfähigkeit der Semantik des Naturrechts, die die Feudalordnung, den Absolutismus und sogar den Übergang zum konstitutionellen Staat begleiten konnte. Die Bedingungen der modernen Gesellschaft unterscheiden sich aber gerade darin, dass die Weltgesellschaft nicht wie die stratifizierte Gesellschaft Ungleichheit des Rangs und der Ressourcenverteilung als Grundprinzip sozialer Ordnung fordert, sondern eine kontexturale Differenzierung mit der jeweiligen Form des gesellschaftlichen Rationalitätsbereichs. Die gesellschaftliche Stellung der Individuen ergibt sich nicht mehr aus einem herkunfts- oder religionsabhängigen *a priori*, sondern aus den jeweiligen Karrieren der Individuen, wengleich die Faktoren Religion und Herkunft aufgrund ihrer ungleichen Chanceneröffnung begünstigende oder benachteiligende Wirkung haben können. (Siehe Niklas Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberger Universitätsreden 4, Heidelberg 1993, 11 ff.).

³⁴ Vgl. nur Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 2. Aufl., Wien 1960, 402 ff.; Ernst Topitsch, *Das Problem des Naturrechts*, in: Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt 1972, 159 ff.

die einheitliche Garantie für unverbrüchliche und unverzichtbare Geltung enthalten können,³⁵ was seinen Grund nicht zuletzt in der Eigendynamik der Funktionsbereiche hat, die unumkehrbar scheint: "Nie kann der Sündenfall der Ausdifferenzierung selbst zurückgenommen werden. Man kehrt nicht ins Paradies zurück."³⁶

Aus der Pluralität der Beobachterperspektiven folgt für das Völkerrecht, dass *a priori* kein *a priori* gesellschaftsweit überzeugen kann und dass eine Homogenität der Rechtskommunikation erster und zweiter Ordnung hier noch weniger als im Recht der Nationalstaaten gewährleistet ist.³⁷

Die Vertreter der Postmoderne betonen ferner – entgegen der traditionellen Völkerrechtstheorie, die das Völkerrecht auf einen Staatenkonsens gründet³⁸ – die Beobachtung, dass das Völkerrecht nicht das Ergebnis einer konsensualen Vereinbarung der Staatengemeinschaft sein kann, da man es – selbst wenn es einen solchen Staatengesellschaftsvertrag gäbe bzw. selbst wenn eine einheitliche Annahme der Fiktion eines solchen Staatenvertrages in der Völkerrechtstheorie vorausgesetzt werden könnte – mit einer fundamentalen Paradoxie zu tun hätte, die darin besteht, dass zwar einerseits die Staaten das Völkerrecht konstituieren, andererseits aber das Völkerrecht die Staaten konstituiert. Auf der einen Seite soll daher der Rechtscharakter des Völkerrechts aus einem nationalstaatlichen Konsens entstanden sein. Auf der anderen Seite sind aber die Staaten nur deshalb Völkerrechtssubjekte und daher zu einer solchen Konsentierung befähigt, weil das Völkerrecht sie als solche konstituiert. Es liegt in der Konsequenz dieses Paradoxons, dass sowohl das weltpolitische System als auch das Völkerrecht Zirkularitäten hinzunehmen haben, die nicht harmonisiert sondern bestenfalls invisibilisiert werden können.³⁹

2. Paradox der gebundenen Souveränität

Auch für die Auflösung des Souveränitätsparadoxons gibt es historisch die unterschiedlichsten Theorieangebote und bereits Kants Formel des "Föderalismus freier Staaten" kann die Antinomie nicht negieren. Denn wie soll denn sein

³⁵ Siehe Luhmann (Anm. 33), 7 und 12.

³⁶ Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1994, 344.

³⁷ Umfassend zu den vertretenen rechtstheoretischen Ansätzen und den Folgen für die Dogmatik Fastenrath (Anm. 19), 32 ff.

³⁸ Exemplarisch die Formulierung von Knut Ipsen: "Schon der Entstehungsvorgang verbindlicher Verhaltensmuster bedarf der Zustimmung. Die hauptsächlich völkerrechtlichen Rechtserzeugungsverfahren – der Vertragsschluss und die Bildung von Gewohnheitsrecht – haben, unbeschadet vieler Kontroversen in Einzelfragen, die Zustimmung aller Beteiligten gefunden. Sie beruhen auf dem Konsensprinzip. Das Ergebnis dieser Rechtserzeugungsverfahren, der Vertrag und das Gewohnheitsrecht, "gelten" und sind damit rechtsverbindlich. Hinsichtlich dieser Rechtsverbindlichkeit besteht Konsens der beteiligten Subjekte. Mithin beruht auch die Geltung des Völkerrechts auf dem Konsensprinzip." (Knut Ipsen, *Regelungsbereich, Geschichte und Funktion des Völkerrechts*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 1999, § 1, Rdn. 42 ff.).

³⁹ Grundsätzlich Gunther Teubner, *Der Umgang mit Rechtsparadoxien*, Derrida, Luhmann, Agamben, Wiethölter, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, i.E.

ethisch-politisches Postulat eines *foedus pacificum*⁴⁰, in dem es kein Recht zum Kriege mehr gibt, den von ihm geforderten "rechtlichen Zustand"⁴¹ herbeiführen, wenn nicht durch ein *pacta sunt servanda*⁴²? Kant war aber kein "leidiger Tröster"⁴³, sondern entwarf in seiner Friedensschrift das Szenarium einer internationalen Ordnung, das "in einer ins Unendliche fortschreitenden Annäherung wirklich"⁴⁴ gemacht werden könne. Das Paradox, das Kant in der fortschreitenden Annäherung entfaltet wissen wollte, heißt "gebundene Willkür" und verweist auf die gleichen Paradoxien wie der Begriff der *natural rights*,⁴⁵ den Jeremy Taylor (1613-1667) formuliert hat: "The right of nature is a perfect and universal liberty to do whatsoever can secure or please me."⁴⁶ Kants kryptische Formulierung, die einen globalen *status iuridicus* zwischen *status civilis* und *status naturalis* "im Kommen" beschreibt, ohne ihn zu explizieren, liegt jenseits von Konzeptionen der absoluten Souveränität und der Abschaffung der Souveränität und doch geht Kant über eine Oszillation zwischen solchen Konzepten nicht hinaus, weshalb heute sowohl Gegner als auch Befürworter einer "Weltrepublik" je eigene Argumente der Friedensschrift entlehnen können.

Deutlichere Lösungsvorschläge für die völkerrechtliche Souveränitätsfrage finden sich bei Georg Wilhelm Hegel und George Scelle. Während Hegel auf die absolute Souveränität setzte und daher eine staatliche Bindung an ein überstaatliches Recht ablehnte, verfolgte Scelle die Strategie, den Begriff der Souveränität aus der gesellschaftlichen Semantik zu verbannen. Beide Unternehmungen hatten einschneidende Konsequenzen, befriedigen nicht und sind, wie auch die von Alfred

⁴⁰ "[...] – so muss es einen Bund besonderer Art geben, den man den Friedenbund (*foedus pacificum*) nennen kann." (Kant (Anm. 3), 211 f.).

⁴¹ Kant (Anm. 3), 246 f.; siehe auch: "Nun haben wir oben gesehen: daß ein föderativer Zustand der Staaten, welcher bloß die Entfernung des Krieges zur Absicht hat, der einzige mit der Freiheit derselben vereinbare rechtliche Zustand sei." (*ibid.*, 249).

⁴² Wobei sich dies *pacta sunt servanda* für Kant nicht so stellte, dass er einen Vertrag im Sinne einer völkerrechtlichen Vereinbarung vor Augen hatte, sondern eine Bindung *sui generis*, deren Verpflichtungswirkung aus dem Vattelinischen "notwendigen Völkerrecht", dem auf Staaten angewandten Naturrecht, folgen sollte. Aber auch das bleibt ein Paradox. (Zu Kants Auffassung vom Völkerrecht Knut Ipsen, *Ius gentium – ius pacis?* Zur Antizipation grundlegender Völkerrechtsstrukturen der Friedenssicherung in Kants Traktat "Zum ewigen Frieden", in: Merkel/Wittmann (Hrsg.), "Zum ewigen Frieden". Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant, Frankfurt am Main 1996, 290 ff. (295)).

⁴³ Kant (Anm. 3), 210 über Grotius, Pufendorf und Vattel und deren Theorie des *ius ad bellum*. Zu "leidigen Tröstern" und der aktuellen Entfaltung des Souveränitätsparadox Reinhard Merkel, "Lauter leidige Tröster? – Kants Entwurf "Zum ewigen Frieden" und die Idee eines Völkerstrafgerichtshofes, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (82) 1996, 161 ff.

⁴⁴ Kant (Anm. 3), 251.

⁴⁵ "Völker als Staaten können wie einzelne Menschen beurteilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d.i. in der Unabhängigkeit von äußeren Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinander lädieren, ..." (Kant (Anm. 3), 208).

⁴⁶ Jeremy Taylor, *The Whole Works*, Bd. 9 und 10, London 1851/52, Nachdruck Hildesheim 1970, 280; zit. nach Niklas Luhmann, *Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte*, *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), 133 ff. (135).

Verdross entwickelte Theorie der Völkerrechtsunmittelbarkeit, für die aktuelle Rechtssituation keine überzeugenden Invisibilisierungsangebote:

a) Hegels absoluter Souveränitätsbegriff

Hegels, auf relative Souveränitätsbegriffe naturrechtlicher Prägung (Vitoria, Pufendorf und Wolff)⁴⁷ zielender “positivistische[r] Gegenschlag”⁴⁸ wurde zum “Zentraldogma” der positivistischen Völkerrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert.⁴⁹ Für Hegel ist “[d]as Volk als Staat [...] der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden; ein Staat ist folglich gegen den anderen in souveräner Selbständigkeit”.⁵⁰ Hegel negiert so ein vom Willen der Staaten unabhängiges Völkerrecht unter Hinweis auf die (äußere) Souveränität der Staaten: “Weil aber deren [der Staaten, A.F.L.] Verhältnis ihre Souveränität zum Prinzip hat, so sind sie insofern im Naturzustand gegeneinander, und ihre Rechte haben nicht in einem allgemeinen zur Macht über sie konstituierten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit.”⁵¹ Das größte Folgeproblem eines solchen Theorieschemas bekam das Völkerrecht des 19. Jahrhunderts nie in den Griff: Wie kann trotz der Hegelschen Willensfreiheit der Staaten am Satz des *pacta sunt servanda* festgehalten werden? Teils unter Hinweis darauf, dass der Bruch eines Vertrages und der völkerrechtlichen *pacta sunt servanda*-Regel sich nur “aus der Uneinigkeit des Willens des Staates mit sich selbst” erklären lasse,⁵² teils unter Bezugnahme auf “Grundsätze der Sittlichkeit”⁵³ oder unter Rückgriff auf “religions and moral reasons”⁵⁴, versuchten die Völkerrechtler dieser Souveränitätskonzeption die Radikalität und

⁴⁷ Für Francisco de Vitoria sind die Völker der Welt eine natürliche Gemeinschaft. Mit der Theorie des *totus orbis* bettet er die Staaten ein in eine Völkerrechtsgemeinschaft, in der der Staat eine *pars totius orbis*, eine *provincia totius rei publicae* sei. (Francisco de Vitoria, *De potestate civili*, hrsg. v. Schnepf, Berlin 1992, 21). Samuel Pufendorf sieht die *summa potestas* an das Weltrecht gebunden: *Jus gentium nihil aliud est quam jus naturae, quantum illud inter se summo imperio non connexae gentes diversae observant.* (Samuel Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, hrsg. v. Oldfather, Oxford 1931, § 24 ff.) Siehe auch Christian Wolff, *Jus gentium: methodo scientifica pertractatum, in quo ius gentium naturale ab eo, quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est, accurate distinguitur*, Magdeburg 1749, § 11 und § 20.

⁴⁸ Klaus Dicke, *Erscheinungsformen und Wirkungen von Globalisierung in Struktur und Recht des internationalen Systems auf universaler und regionaler Ebene sowie gegenläufige Renationalisierungstendenzen*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* (39) 2000, 13 ff. (34).

⁴⁹ Alfred Verdross, *Einheit des rechtlichen Weltbildes: auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923, 6.

⁵⁰ Georg Wilhelm F. Hegel, *Grundlinien einer Philosophie des Rechts* (1821), Stuttgart 1995, § 331, Hervorhebungen im Original.

⁵¹ *Ibid.*, § 333, Hervorhebungen im Original.

⁵² Karl Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat 1877, 19 ff.

⁵³ Georg Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*, Wien 1880, 57.

⁵⁴ *Oppenheim's International Law*, Bd. 1, hrsg. v. Robert Jennings, 9. Aufl., London 1992, 542.

damit natürlich auch den absoluten Souveränen die absolute Souveränität zu nehmen.

b) George Scelle's absolute Negation der Souveränität

Georges Scelle radikalisierte in der Zeit des Völkerbunds die völkerrechtliche Diskussion um den Souveränitätsbegriff, indem er auf das Primat der internationalen *rule of law* setzte und auf deren Widerspruch zum Begriff der Souveränität verwies:⁵⁵ "Il est en effet impossible de concevoir dans une même société deux souverainetés coexistantes, sans quoi elles entreraient en conflit et chacune d'elles, pour rester souveraine, devrait posséder le pouvoir déterminateur de la compétence de l'autre. Mais il est également impossible de concevoir la souveraineté dans un milieu intersocial."⁵⁶ Scelle war natürlich nicht so naiv, dadurch den Staat und seine Autonomie verabschieden zu wollen.⁵⁷ Aber er wollte das Konzept der Souveränität durch das der *indépendance juridique* ersetzt wissen.⁵⁸ Und auch wenn Charles Rousseau darauf aufbauend eine elaborierte Theorie der Unabhängigkeit vorgelegt hat,⁵⁹ war es naiv zu glauben, man könne den Begriff staatlicher Souveränität abschaffen⁶⁰ – genauso wie es naiv wäre zu glauben, man könnte die Ideale der französischen Revolution – *liberté, égalité, fraternité* – aus paradoxietechnischen⁶¹ Gründen aus der gesellschaftlichen Semantik verbannen.

⁵⁵ "La juridiction institutionnelle, service public des sociétés internationales, est en effet antinomique avec l'idée de souveraineté. [...] La juridiction internationale n'a été d'abord, et n'est encore aujourd'hui, il faut l'avouer, dans la doctrine classique ou politique du Droit des gens, que le résultat d'une abdication consentie." (George Scelle, *Précis de droit des gens*. (Vol. I) Principes et systématique, Principes et systématique, Paris 1932, 62 f.)

⁵⁶ *Ibid.*, 13 f.

⁵⁷ "Parmi les collectivités entre lesquelles se répartissent les individus, l'Etat s'impose tout d'abord à l'attention du juriste, parce qu'il constitue le milieu social où le phénomène juridique est le plus complètement réalisé." (Scelle (Anm. 55), 74).

⁵⁸ *Ibid.*, 81 ff.

⁵⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, 7. Aufl., Paris 1973, 99 ff.; ders., *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international*, in: *Recueil des Cours* 1948 II, 171 ff.

⁶⁰ Eine zeitlang funktionierte es aber: "The thought of Scelle was so influential that, for a time, the concept of sovereignty was all but banished from the research and teaching of the international law faculties of French universities." (Hubert Thierry, *The Thought of Georges Scelle*, in: *EJIL* 1 (1990), 193 ff. (193)). Siehe auch die Forderung bei Kelsen, provozierend platziert unter dem Stichwort "Souveränität" in Strupps Wörterbuch des Völkerrechts: "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." (Hans Kelsen, Stichwort: Souveränität, in: Karl Strupp (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 2, Berlin 1925, 554 ff. (559)).

⁶¹ Zum Paradox der natürlichen Rechte Niklas Luhmann, *Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte*, in: *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), 133 ff.

c) Theorie der Völkerrechtsunmittelbarkeit

Nachdem sich diese beiden Extremlösungen nicht durchsetzen konnten, war es Alfred Verdross, der mit der Formel Staatliche Souveränität und unmittelbare Völkerrechtsunterworfenheit bedeuten ein und dasselbe⁶² versuchte, eine neue Technik der Paradoxieentfaltung zu etablieren. Diese scheint für den Souveränitätsbegriff zunächst durchaus überzeugend. Sie erfordert nur geringe semantische Anpassungsleistungen, indem sie, anders als in Scelles Modell, weiter auf den Begriff der Souveränität setzt. Dementsprechend selbstbewusst verkündete bspw. Gustav Radbruch: "Souveränität ist aber nichts anderes als völkerrechtliche Subjekteigenschaft: ein Staat ist nicht Völkerrechtssubjekt, weil er souverän ist, sondern er ist souverän, weil er Völkerrechtssubjekt ist. [...] So hört ein Völkerrecht über souveränen Staaten auf, eine *contradictio in adiecto* zu sein, wird es sogar eine Tautologie."⁶³

Aber trotz aller theoretischen Stringenz: Die Zirkularität des Völkerrechts hat man damit immer noch nicht unterbrechen können, da die Unmittelbarkeitsformel, indem sie sich auf den Staat konzentriert und die Dimension der Emergenz des Völkerrechts ignoriert, zwar erklären kann, wie Souveräne konstituiert und limitiert werden, da sie aber nicht erklären kann, wie es zur Emergenz eines Völkerrechts kommt, das ja selbst erst durch die Völkerrechtssubjekte instauriert wird.⁶⁴

III. Paradoxieanagement

Festzustellen ist daher, dass es kein rechtstheoretisches Modell gibt, das die Paradoxien des Rechts und der Politik auflösen könnte. So hat denn auch die Antwort auf das stets latente Problem, wie trotz der Zirkularität der Begründungstheorie die Operativität des Rechts und der Politik gewährleistet wird, wie der Grund rechtlicher und politischer Autorität mystifiziert werden kann,⁶⁵ um die Selbst-

⁶² Verdross (Anm. 49), 35.

⁶³ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), hrsg. v. Ralf Dreier, Heidelberg 1999, 185, unter Hinweis auf Thoma und Bruns.

⁶⁴ Und es kommt angesichts der neueren Entwicklungen im Völkerstrafrecht hinzu, dass das geläuterte Souveränitätsprinzip, das von einer Exklusivität der völkerrechtsunmittelbaren Staaten in der rechtlichen Ordnung der internationalen Beziehungen ausgeht, in einer Zeit der Diversifikation politischer Akteure polyzentrischer global governance und in einem *ius gentium*, das nicht nur Staaten sondern auch Individualverpflichtungen statuiert, nicht mehr überzeugen kann (zur polyzentrischen global governance Thilo Marauhn, Konfliktfolgenbewältigung in Afghanistan zwischen Utopie und Pragmatismus. Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Übergangsverwaltung, in: AVR 40 (2002), 480 ff.). Schon Philipp C. Jessup versuchte daher mit dem Entwurf eines "transnational law" eine Neukonzeption mit dem Ziel, "dem Grundsatz allgemeine Anerkennung zu verschaffen, dass das internationale Recht auch dem Einzelnen gegenüber Geltung hat, dass es für ihn ebenso bindend ist oder sein kann wie für Staaten direkt, und unter diesem Gesichtspunkt das geltende Recht, wie es sich im Laufe der Jahrhunderte entwickelt hat, einer Überprüfung zu unterziehen, um zu sehen, welche Änderungen oder Modifikationen notwendig sind, um das Recht auf eine neue Basis zu stellen." (Philip C. Jessup, Modernes Völkerrecht, Wien u.a. 1950, 21).

transformation des Rechts zu ermöglichen, nicht die Rechtstheorie sondern die Rechtspraxis gegeben: Durch die Generierung nicht eines ultimativen Geltungsgrundes sondern eines ultimativen Reflexionsstopps in nationalstaatlichem⁶⁶, supranationalem⁶⁷, organisationalem⁶⁸ und auch globalem⁶⁹ Verfassungsrecht.

Seit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, präziser: seit der Entscheidung *Marbury v. Madison*,⁷⁰ setzt das Recht regelmäßig eine letzte Reflexionspa-

⁶⁵ Was nicht vor Demystifizierungen schützt, vgl. Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, Frankfurt am Main 1965; Jacques Derrida, Gesetzeskraft. Der "mystische Grund der Autorität", New York 1990, dt. Ausgabe, Frankfurt am Main 1996.

⁶⁶ Die Entscheidung *Marbury v. Madison* (1 Cranch (5 U.S.), 2 L.Ed. 60 (1803), 137 ff.) ist das Paradigma moderner Verfassungsrechtskonzeption. Für einen Fall ohne Verfassungsurkunde siehe das Beispiel Israel, wo der Oberste Gerichtshof erstmals mit der Grundsatzentscheidung in der Sache *Kol Ha'am* festgestellt hat, dass der Staat Israel, da er sich als demokratischer Staat begreife, auch die hiermit verbundenen Grundrechte anerkennen müsse und im Rahmen der Konkretisierung der Grundrechte Bezug nahm auf internationale Dokumente, darunter die französische Déclaration des Droits de l'Homme, die Verfassung der Vereinigten Staaten oder die universelle Erklärung der Menschenrechte von 1948. (David Kretzmer, Forty Years of Public Law, in: Israel Law Review 1990, 341 ff. (342)). Am 17. März 1992 hat die Knesset dann das Basic Law "Human Dignity and Liberty" verabschiedet (hierzu ebenfalls David Kretzmer, The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?, in: Israel Law Review 1992, 238 ff.).

⁶⁷ Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001, *passim*, insbes. 167 ff.; Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Heidelberg 2003; Antje Wiener, Evolving Norms of Constitutionalism, in: European Law Journal 9 (2003), 1 ff.

⁶⁸ Zur WTO-Verfassung Wolfgang Benedek, Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung. Kompetenzen und Rechtsordnung der WTO, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 2001, i.E.; Ernst-Ulrich Petersmann, Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, in: EJIL 13 (2002), 621 ff.; siehe auch Alstons Kritik an Petersmann: Philip Alston, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann, in: EJIL 13 (2002), 815 ff., und Petersmanns rejoinder: ders., Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston, in: EJIL 13 (2002), 845 ff.; zur UN-Verfassung Bardo Faßbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, in: Columbia Journal of Transnational Law 37 (1998), 529 ff.; Pierre-Marie Dupuy, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law 1 (1997), 1 ff.; siehe auch das ICTY: "Der Sicherheitsrat ist damit bestimmten verfassungsrechtlichen Grenzen ausgesetzt, wie weit seine Befugnisse unter der Verfassung auch immer sein mögen." (ICTY-Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case-Number IT-94-1-AR72, 2.10.1995, in: International Legal Materials, 32 (1996), 32 ff. (42)).

⁶⁹ Statt aller Jochen Abr. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 39 (2000), 427 ff.; Christian Tomuschat, International Law as the Constitution of Mankind, in: UN (Hrsg.), International Law on the Eve of the Twenty-first Century, New York 1997, 37 ff.; Michael Bothe/Andreas Fischer-Lescano, Protego et oblige. Afghanistan and the Paradox of Sovereignty, in: German Law Journal 9/2002; Andreas Fischer-Lescano, Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte im postmodernen ius gentium, Frankfurt, Diss. iur. 2003, Kap. 5 f.; Robert Uerpmann, Internationales Verfassungsrecht, in: Juristenzeitung 56 (2001), 565 ff.; Thomas Cottier/Maya Hertig, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in: Max Planck UNYB 7 (2003), i.E.; siehe auch Hauke Brunkhorst, Solidarität, Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, Frankfurt am Main 2002, *passim*, insbes. 216 f.

⁷⁰ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.), 2 L.Ed. 60 (1803), 137 ff.

ralyse im Verfassungsrecht und invisibilisiert damit zwei fundamentale Paradoxien: Das Paradox der rechtlichen Konstituierung und Limitierung des Souveräns und das Paradox, dass es letztlich Recht ist, das bestimmt, was Recht ist, dass also die Innenseite einer Unterscheidung erst die Unterscheidung einführt. Bei der Verfassung handelt es sich so um eine evolutionäre Errungenschaft; evolutionär deshalb, weil die nationalstaatlichen Systeme zunächst die Semantik des Gesellschaftsvertrages bzw. des Staatsvertrages genutzt haben, um die Paradoxien zu verdecken und weil diese erst dann zum Vorschein kamen, als man entdeckte, "dass die alten Gesellschaftsvertragslehren eine grandiose Tautologie vollzogen hatten: die Schaffung rechtlicher Verbindlichkeit unter Voraussetzung rechtlicher Verbindlichkeit von Verträgen".⁷¹ Die Verfassungsgebung brachte das Invisibilisierungsprogramm in eine neue Form und auch wenn es sich bei dieser um eine grandiose Autologie⁷²

⁷¹ Luhmann (Anm. 27), 451.

⁷² Wie feierlich und unter Anrufung welcher Transzendenzmächte auch immer konstitutionelle Momente über den ursprünglichen Gewaltakt hinweg täuschen wollen, in dem das unorganisierte Volk zum organisierten demos wird: ohne Paradoxien ist es genauso wenig erklärbar, wie die daran anschließende Unterscheidung von *puissance constituant* und *puissance constitués*, mit dem man dem organisierten Volk das nimmt, was dem unorganisierten Volk noch gegeben sein sollte: die rechtmäßige Möglichkeit der souveränen Verfassungsgebung, resp. (im organisierten Zustand) -änderung. Und wie auch immer man Homogenitätsvoraussetzungen ethnischer, sprachlicher, kultureller Natur für das Volk im politischen Sinn und die Nation – d.h. die politisch sich zusammenfindende und abgrenzende Gruppe, "die sich ihrer selbst als politische Größe bewusst ist und als solche handelnd in die Geschichte eintritt" (Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991, 95) – formulieren sollte, der konstitutionelle Moment bleibt ein mystischer Moment, in dem die eigentliche Funktion und der Begriff von Verfassung verborgen bleiben. Dieses Defizit wird dann durch verschiedene Verfassungsbegriffe überdeckt. Denn die Erfindung der Verfassung eröffnet einen neuen Sinnhorizont, dem – abhängig vom Verständnis des jeweiligen Beobachters – jeweils eine andere Bedeutung und eine andere Geltungsgrundlage zukommt. (Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal (9) 1990, 176 ff. (212)). Das findet sich im staatsrechtlichen Diskurs des 20. Jahrhunderts (einerseits Carl Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, 181 ff.; ders., Verfassungslehre (1928), 4. Aufl., Berlin 1965, 1 ff., andererseits Hermann Heller, Staatslehre, Leiden 1934, 249 ff.) genauso wie in völkerrechtlichen Verfassungskonzeptionen: Vertextung einer obersten Grundnorm (Alfred Verdross, Die Verfassung der Völkergemeinschaft, Wien, Berlin 1926; ders., Einheit des rechtlichen Weltbildes: auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923; Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., Tübingen 1928; ders., Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, in: ZaöRV 19 (1958), 234 ff.), Verfassung einer Gemeinschaft (Mosler (Anm. 10); Christian Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law, in: RdC 281 (1999), 1 ff.; ders., International Law as the Constitution of Mankind, in: UN (Hrsg.), International Law on the Eve of the Twenty-first Century, New York 1997, 37 ff.), oberste Ordnungsprinzipien eines politischen Rechts (Myres McDougal/Florentino Feliciano, Law and Minimum World Public Order: the Legal Regulation of International Coercion, New Haven 1961; Myres McDougal/Harold Lasswell/Lung-Chu Chen, Human Rights and World Public Order: the Basic Policies of an International Law of Human Dignity, New Haven 1980) – Antinomien überall. Die Grundnorm ist rechtlich unbegründbar, die Gemeinschaftlichkeit der Völkergemeinschaft eine Tautologie (Aragio-Ruiz (Anm. 9), 1 ff.), ihre Basis gemeinsamer Werte vielleicht nur *Utopiar* (Koskenniemi (Anm. 32), 6 ff.) und das Ausgeschlossene lauert in jeder *persistant objection*. Der *New Heaven* der *New Haven School* liegt im Jenseits zu realisierender Werte, zu deren Erreichung das Recht nicht

handelt, da das zu konstituierende Objekt vor der Verfassungsgebung noch nicht konstituiert war⁷³ und daher auch nicht zur Konstituierung ermächtigen konnte,⁷⁴ ist es das autologische Manöver der Verfassungsgebung, das regelmäßig eine fruchtbare strukturelle Kopplung von Recht und Politik dadurch herstellt, dass auf der Innenseite die wechselseitige Beeinflussung von Politik und Recht erleichtert wird, nämlich durch die Verfassung *legalisiert* und auf der Außenseite nach Möglichkeit ausgeschlossen wird, jedenfalls *illegalisiert*: "Politik und Rechtspflege sollen demnach 'nur verfassungsgemäß' und nicht anders miteinander umgehen. Unter der Bedingung, dass anderes ausgeschlossen wird [...] kann der wechselseitige Einfluss immens gesteigert werden."⁷⁵ Die Funktion der Verfassung liegt somit darin, dass sie eine strukturelle Kopplung herstellt, durch die zwei verschiedene Funktionssysteme zu einer Entscheidungseinheit⁷⁶ verknüpft werden. "Verfassung" meint so nicht einen bestimmten Text, sondern einen Kopplungsmodus. Die Vertextung und feierliche Verkündung der Verfassung hat ihre Funktion dann in erster Linie darin, den Charakter des ursprünglich autologischen Manövers effektiver zu invisibilisieren, obgleich beides aber, wie die Beispiele Großbritannien, Australien und Israel zeigen, keine Bedingung *sine qua non* für die Operativität der strukturellen Kopplung zweier Systeme ist.⁷⁷

mehr als eine *Apology* rechtswidriger Politik darstellt. Und dennoch: Die Verfassung stellt eine evolutionäre Errungenschaft dar, die – wenn das Manöver gelingt, wenn von Politik und Recht verfassungsmäßige Umgangsformen erwartet werden – sowohl die Zirkularitäten des politischen Systems als auch des Rechtssystems zu unterbrechen vermag, ohne freilich verhindern zu können, selbst Gegenstand dekonstruierender Denkbewegungen zu sein. (siehe Jacques Derrida, *Otobiographien*. Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens, in: Derrida/Kittler (Hrsg.), *Nietzsche – Politik des Eigennamens*. Wie man abschafft, wovon man spricht, Berlin 2000, 9 ff.).

⁷³ Böckenförde spricht daher im Anschluss an Carl Schmitt vom "formlos Formenden der politisch-rechtlichen Ordnung" (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991, 101).

⁷⁴ Derrida (Anm. 72), 13 ff.: "Das gute Volk verpflichtet sich und nur sich, wenn es selber seine Erklärung unterzeichnet. Das Wir, das in der Erklärung spricht, spricht "im Namen des Volkes". Aber dieses Volk existiert nicht, nicht vor dieser Erklärung, nicht als solches. Durch jene Unterzeichnung bringt es sich als freies und unabhängiges Subjekt, als möglicher Unterzeichner zur Welt. Die Unterschrift erfindet den Unterzeichner. [...] Von Rechts wegen gab es keinen Unterzeichner vor dem Text der Erklärung, die also selber Produzent und Garant ihrer eigenen Unterzeichnung ist. Durch dieses märchenhafte Ereignis, durch diese Fabel, die die Spur impliziert und mithin nur durch die Unangemessenheit eines Gegenwärtigen mit sich selbst möglich wird, gibt sich eine Unterschrift einen Namen. Sie eröffnet sich einen Kredit, ihren eigenen Kredit, von ihr selber an sich selbst. [...] Der Gewaltstreich macht und gründet Recht, gibt Recht, er bringt das Gesetz zur Welt."

⁷⁵ Niklas Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in: *Rechtshistorisches Journal* (9) 1990, 176 ff. (205); vgl. ders., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in: *Der Staat* 1973, 1 ff. und 165 ff.

⁷⁶ Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, 249 ff.

⁷⁷ So explizit Christian Tomuschat, *Obligations arising for States without or against their will*, in: *Recueil des Cours* 1993 IV, 217; zum Beispiel Großbritannien und der Bedeutung des *Human Rights Act*: Tankred Schuhmann, *Demokratische Legitimation und Herrschaft des Rechts in Großbritannien*. Zu Tradition und Entwicklungstendenzen zweier systembestimmender Verfassungsprinzipien, in: *Humboldt Forum Recht* 2001, 1 ff.

Das differenztheoretische Erklärungsmodell für das Recht der Weltgesellschaft setzt hier an und beobachtet den Vorgang der Differenzziehung: Das Weltrecht bestimmt was weltrechtens ist und auf einer Beobachterebene zweiter Ordnung kann dann beobachtet werden, wie das Weltrecht seine gesellschaftliche Umwelt mit Recht und Unrecht überzieht und mit welchen Fundamentalnomen sich die Operationen des Rechts rekursiv vernetzen. In diesem Modell ist es dann gerade nicht so, dass die Internationale Gemeinschaft durch einen *cohesive glue*⁷⁸ verbunden wird, eine *number of basic values that are shared by mankind as a whole*,⁷⁹ die als Weltverfassungsrecht die konsentrierte Wertegrundlage der Weltgesellschaft bilden. Im Gegensatz zu dieser Auffassung der Internationalen Gemeinschaft als Wertegemeinschaft sehen die Vertreter der Postmoderne im Herzen der Weltgesellschaft Paradoxien und nicht Harmonien, Konflikt und nicht Konsens,⁸⁰ und betonen die Beobachtung, dass sich ein weltweit einheitliches Unrechtsempfinden offenbar weder in Fällen des World Trade Centers, der Beschneidung afrikanischer Frauen, dem Klonen von Menschen, noch der Todesstrafe einstellt, dass es in der Weltgesellschaft unterschiedliche Skandalisierungen gibt, die teilweise zu überzogenen Befürchtungen eines *clash of civilizations*⁸¹ Anlass gegeben haben.

1. Rechtsgeltung der völkerrechtlichen Fundamentalwerte?

Das heißt nicht, dass man in dieser Perspektive die Idee der Menschenrechte oder der globalen Grundwerte oder der politischen Globalverfassung verabschieden müsste. Es heißt aber anzuerkennen, dass heute unmittelbar einen öffentlichen Skandal verursachende Ereignisse, wie bspw. die Sklaverei oder das Foltern, erst nach langen Gesetzgebungsprozessen zu Menschenrechten geworden sind, dass sie Ergebnisse eines weltgesellschaftlichen Rechtssetzungsprozesses sind, der nicht auf globalen Wertegemeinsamkeiten beruht – wenn auch das Recht auf diese Werte Bezug nimmt,⁸² da der Sinn der Rechtsgeltung sich nicht in der Rechtsgeltung erschöpft, sondern hierdurch “oberhalb aller fluktuierender Geltungen eine Sinnebene in Anspruch nehmen kann, auf der notwendige Grundlagen – modern gesprochen: des freiheitlichen Zusammenlebens – formuliert sind”.⁸³ Die Feststellung

⁷⁸ Christian Tomuschat, *International Law as the Constitution of Mankind*, in: UN (Hrsg.), *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*, New York 1997, 37 ff. (43).

⁷⁹ *Ibid.*, 43; Paulus (Anm. 8), 250 ff.

⁸⁰ Alasdair MacIntyre, *Der Verlust der Tugend. Zur moralischen Krise der Gegenwart*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1997, 336.

⁸¹ Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations*, in: *Foreign Affairs* 1992, 3 ff.

⁸² Nachweise zur Rechtsprechung des IGH bei Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *General Course on Public International Law*, in: *Recueil des Cours* 281 (1999), 46 ff.

⁸³ Luhmann (Anm. 27), 527; Eibe Riedel, *Menschenrechte der dritten Dimension?*, in: *EuGRZ* 1989, 9 ff. (20), spricht von einem “up hill battle” und stellt fest, dass die Tradition der Menschenrechte stets “eine entbehrungsreiche und zunächst nur ethische Formulierungen als Fanale setzende geistige Kraft darstellte, die Jahrhunderte brauchte um Allgemeingut zu werden”.

innerhalb der Doktrin der Internationalen Gemeinschaft, dass sich ein gemeinsamer Wertebezug gebildet hat, ist daher zwar einerseits wichtig, da insbesondere die Existenz der "International Bill of Rights"⁸⁴, bestehend aus den beiden Internationalen Menschenrechtspakten und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte,⁸⁵ manifestiert, dass die Diskussion um Werte-Universalismus und Werte-Relativismus falsch geknüpft ist. Denn man muss sich die Kataloge nur ansehen, um zu erkennen, dass eine überwältigende Zahl solcher Positivwerte völkervertraglich von einer überwältigenden Zahl von Völkerrechtssubjekten vereinbart wurde,⁸⁶ gleich ob sie ihren geistesgeschichtlichen Hintergrund in Konfuzius, Ghandi, Jesus Christus oder Buddha sehen.

Die Konstatierung von Gemeinschaftswerten ist aber nur der erste Schritt, da die Arbeit des Rechtssystems gerade hier erst beginnt. So muss die Frage der universellen Werte und der Menschenrechtskataloge anders gestellt werden: Auf was (außer auf sich selbst) verweisen diese Werte?⁸⁷ Aus Werten folgt nichts für die Entscheidung ihrer Konflikte. Sicher ist nur, dass die Positivwerte (Freiheit, Frieden, Gleichheit) ihren Negationen (Unfreiheit, Krieg, Ungleichheit) vorzuziehen sind.⁸⁸ Eine konsentrierte Hierarchie unterschiedlicher Werte gibt es aber genauso wenig wie wechselseitigen Ausschluss und darum hilft der Hinweis auf die universelle Wertegemeinschaft kaum weiter,⁸⁹ zumal sich in den Katalogen das Paradox der Sozialvertragskonstruktion wiederholt: Die diffuse Formel "die Rechte des einen sind die Pflichten des anderen" findet jetzt eine positivierte Gestalt in Klauseln⁹⁰ wie:

⁸⁴ Luis Henkin (Hrsg.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1981; Klaus Dicke, *Erscheinungsformen und Wirkungen von Globalisierung in Struktur und Recht des internationalen Systems auf universaler und regionaler Ebene sowie gegenläufige Renationalisierungstendenzen*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 2000 (39), 13 ff. (36).

⁸⁵ Zur Terminologie: Tomuschat (Anm. 78), 37 ff. (71).

⁸⁶ Zum Wertekonsens Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 5. Aufl., Wien 1964, 12; ders., *Die Wertgrundlagen des Völkerrechts*, in: *Archiv für Völkerrecht* 4 (1953/54), 129 ff. (139).

⁸⁷ Luhmann (Anm. 33), 18. Und in "Politik der Gesellschaft" stellt er fest: "Im übrigen versteht es sich von selbst, dass "Freiheit" und "Gleichheit" nicht wörtlich und auch nicht als approximativ zu erreichende Zielzustände zu verstehen sind, sondern nur als Folien, auf denen Einschränkungen einzutragen sind. Genau das ist aber der auf funktionale Differenzierung bezogene Sinn dieser Wertbegriffe (oder "Grundwerte" oder "Menschenrechte"). Denn er besagt, dass Einschränkungen immer nur temporär und immer nur funktionssystemspezifisch erfolgen dürfen, also nicht aus der "Natur des Menschen" oder der "Natur der Gesellschaft" gefolgert, also nicht als natürliche Notwendigkeit aufgefaßt werden dürfen." (Niklas Luhmann, *Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2000, 232).

⁸⁸ Zum viel diskutierten Problem, dass unterschiedliche Beobachter dem selben Wert unterschiedliche Inhalte geben, siehe Fastenrath (Anm. 19), 40; vgl. Christian Tomuschat, *Human Rights in a World-Wide Framework. Some Current Issues*, in: *ZaöRV* 45 (1985), 547 ff.

⁸⁹ Zu den daraus resultierenden Schwierigkeiten in der "International Bill of Rights" siehe auch Surya Prakash Sinha, *The Axiology of the International Bill of Rights*, in: *Pace Yearbook of International Law* (1) 1989, 21 ff., und dies., *Legal Polycentricity*, in: Petersen/Zahle, (Hrsg.), *Legal Polycentricity*, Aldershot 1995, 31 ff.

⁹⁰ Siehe auch den staatsbezogenen Ausnahmetatbestand von Art. 4 Abs. 1 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte: "In time of public emergency which threatens the life of

“Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.”⁹¹

“The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.”⁹²

Die Kataloge können so in den Fällen von Wertkollisionen, also genau in den Fällen, in denen Werte ihre praktische Relevanz erweisen müssen, kaum etwas aussagen:⁹³ Sie verlieren ihren direktiven Wert genau dann, wenn er benötigt wird. Und ebenso umgekehrt: Da Entscheidungen immer und nur fällig sind, wenn Werte konfligierende Anforderungen stellen, bleiben die Entscheidungen ungeregelt.⁹⁴ Juristen sprechen dann gerne von “Werteabwägung”⁹⁵ und “praktischer Konkordanz”,⁹⁶ aber das sind Formeln, die ihre Einheit nur darin haben, dass sie nicht veraten, zu welchen Ergebnissen sie führen,⁹⁷ dass sie nicht sagen, was sie nicht sagen⁹⁸ und deren verschleiende Wirkung im internationalen Rahmen noch verstärkt wird durch Konzepte wie *margin of appreciation*⁹⁹, die kulturelle Eigenständigkeit

the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.” Allerdings die notstandsfesten Rechte in Abs. 2: “No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.”

⁹¹ Art. 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

⁹² Art. 19 Ziff. 3 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte.

⁹³ Surya Prakash Sinha, Legal Polycentricity, in: Petersen/Zahle, (Hrsg.), Legal Polycentricity, Aldershot 1995, 31 ff.

⁹⁴ Luhmann (Anm. 33), 20.

⁹⁵ Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, 138 ff.; Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes, 2. Aufl., Heidelberg 1991, 378 ff.

⁹⁶ Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 72; für eine völkerrechtliche Reformulierung dieses Gedankens nun Dieter Blumenwitz, Souveränität – Gewaltverbot – Menschenrecht. Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme nach Abschluß des nicht-mandatierten NATO-Einsatzes in Ex-Jugoslawien, in: Politische Studien, Sonderheft 4/1999, 19 ff. (30).

⁹⁷ Die Berufung auf eine Wertordnung sei, so bspw. Ernst-Wolfgang Böckenförde, eine “Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus” (Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, 1529 ff. (1534); siehe auch Erhard Denninger, Staatsrecht, Bd. 2, Reinbeck 1979, 184).

⁹⁸ Niklas Luhmann, Grundwerte als Zivilreligion, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 3, Soziale Systeme, Gesellschaft, Organisation, Opladen 1993, 293 ff.; ders. (Anm. 33), 21.

ten reflektieren sollen und Ermessensspielräume im Hinblick auf die Beurteilung von Grundrechtseingriffen und Kollisionsentscheidungen erweitern.¹⁰⁰ Um die Wertformeln abzuwägen, praktische Konkordanz zu praktizieren und die Kollisionsfälle zu entscheiden, bedarf es darum eines funktionierenden Rechtssystems, in dem sie dann ihre Funktion der Formierung von Entscheidungslagen durchaus erfüllen können.¹⁰¹

Kurz: Die "Rechtsgeltung" der Werte in der Weltgesellschaft ist nur dadurch beobachtbar, dass diese sich in den Operationen des Rechts kondensieren, dass sich das Recht – also: die Kommunikation im Recht über Recht – reflexiv auf Werte, Prinzipien und Grundrechte bezieht. Rechtsregeln, Grundprinzipien und Menschenrechte in der Weltgesellschaft sind daher kein konsentiertes oder der Natur oder der Kelsen'schen Grundnorm zu entnehmendes *a priori* sondern beruhen auf Operationen in Zentrum und Peripherie des globalen Kommunikationssystems Recht, die einen Unterschied machen zwischen vorher und nachher, die das Recht der Weltgesellschaft ändern. So wird über die tatsächliche Geltung der Werte, ihre Kollisionen, Konkordanz, Heterogenitäten und Antinomien, über die Kompatibilisierung des Dissenses,¹⁰² über das Unentscheidbare des Rechts also, in den Operationen des Rechtssystems entschieden. Und die entscheidende Frage ist dann: Welche Operationen sind das? Wie kettet das Recht Operation an Operation unter Dauerirritation durch die Umwelt?¹⁰³

⁹⁹ Eva Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in: ZaöRV 56 (1996), 240 ff.; Urska Prepeluh, *Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit*, in: ZaöRV 62 (2002), 771 ff.; Annette Rupp-Swienty, *Die Doktrin von der margin of appreciation*, München 1999.

¹⁰⁰ Auch der UN-Menschenrechtsausschuss nach Art. 28 I IPBR folgt zum Teil dieser vom EGMR entwickelten Formel, insbesondere im Hinblick auf die Auslegung menschenrechtlicher Verpflichtungen der Staaten (Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in: *International Law and Politics* 31 (1999), 843 ff. (844 f.); Markus Schmidt, *Book Review*, in: *Harv. Hum. Rts. J.* 10 (1997), 333 ff. (338); Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communications*, in: *U.Rich.L.Rev.* 29 (1994), 99 ff. (106); Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg 1997, 169). Er gesteht den Staaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Umsetzung des Paktes zu, siehe auch Bruno Simma (*International Human Rights Law and General International Law*, in: *Recueil des Cours IV* 1995, 153 ff. (203f.)), der die "general idea" der Doktrin darin sieht, "to grant State Parties some discretion whenever they restrict individual rights for the sake of recognized public values".

¹⁰¹ Luhmann (Anm. 27), 96 f.; vgl. Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven 1956, 5 und 35 ff.

¹⁰² Hierzu Karl-Heinz Ladeur, *Prozedurale Rationalität – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1986, 265 ff. (273); siehe auch die Darstellung bei Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin 1992, 42 ff.

¹⁰³ Luhmann (Anm. 27), 533.

2. System-/Umweltdifferenz

Die Systemtheorie sucht daher die Ausgangsunterscheidung nicht in Werte- und Normtypologien, sondern in der Unterscheidung von System und Umwelt in den Operationen des Rechtssystems,¹⁰⁴ in denen das Recht einen positiven Wert (Recht) von einem negativen (Unrecht) unterscheidet.¹⁰⁵ Das ist ein Schematismus, auf dem alle Operationen des Systems aufbauen und mit dem das Recht seine gesellschaftliche Umwelt in der Form von rechtserheblichen Unterscheidungen nachzeichnet.¹⁰⁶

D.h. auch, dass die "Rechtsgeltung" etwas ist, was das System selbst herstellt; eine Beobachtung, die wiederum Auswirkungen auf den Begriff der "Rechtsquelle" hat. Diese Metapher übernimmt im Recht seit der frühen Neuzeit die Auflösung des Paradox des Anfangs. Sie hat den Sinn eines Reflexionsstopps und verbirgt die Paradoxie der Entscheidung über die Alternative Geltung und Nicht-Geltung von Rechtsnormen.¹⁰⁷ Der Begriff der Rechtsquelle wird nur reduziert und in Rechtsanwendungssituationen benutzt, in denen bezweifelt wird, "ob Recht, auf das sich jemand beruft, auch wirklich als Recht gilt".¹⁰⁸ Wenn der Begriff der Rechtsquelle (Art. 38 IGH-Statut ist – trotz aller Diskussionen über eine völkerrechtliche Reformulierung der Diversifikation globaler Akteure¹⁰⁹ – ein solches Beispiel und für die das Völkerrecht bildenden Rechtsquellen indikativ) im juristischen Diskurs genutzt wird, so geschieht dies demnach nur als Begründungsfigur im Recht selbst. Das Recht überzieht die Gesellschaft mit seinem Code Recht/Unrecht, das Recht selbst schafft sich die Rechtsquelle. Welchem kommunikativen Akt in der Umwelt des Rechts das Recht welche Rechtsbedeutung gibt, an welche Rechtsquellen es welche Entscheidungen über das Kreuzen anbindet, bestimmt das Recht und auch eine Berufung auf Rechtsquellen schließt dabei nicht aus, dass einzelne Rechtsquellen wiederum selbst in Frage gestellt werden, dass ihre Voraussetzungen und Korrelationen von Autoren unterschiedlicher rechtstheoretischer Provenienz kontrovers diskutiert werden und dass im Streit über die Geltung eines Rechtssatzes auch auf andere als auf die in Art. 38 Abs. I IGH-Statut genannten Rechtsquellen Bezug genommen wird.¹¹⁰

¹⁰⁴ *Ibid.*, 41; siehe auch Oeter (Anm. 16), 72 ff.

¹⁰⁵ Luhmann (Anm. 27), 60.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 59.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 102.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 101.

¹⁰⁹ Statt aller Stephan Hobe, Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, in: AVR 1999, 264 ff.; siehe auch die Nachweise in Anm. 11.

¹¹⁰ Zu den Rechtsbildungsprozessen Oeter (Anm. 16), 87 ff.; zur Diskussion über sog. "soft law" Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, §§ 654 ff.

3. Binnendifferenzierung: Peripherie/Zentrum

Es ist darum nicht so, dass das Recht den politisch gesetzten Rechtsquellen und Normenkatalogen entspringt, sondern es handelt sich um komplizierte Hyperzyklen, in denen das Recht seine Operationen rekursiv mit Fundamentalnomen und Grundwerten verknüpft, deren "Geltung" dann das Ergebnis eines Kondensationsprozesses von Recht in den Operationen des Rechts ist.¹¹¹ Da die Pluralität der Beobachterstellen im Recht ferner zur Konsequenz hat, dass eine Einheitlichkeit der Kreuzung des Rechtscodes nicht durch die simple Generierung von Konditionalprogrammen¹¹² und *irreproachable methods*¹¹³ zu ihrer Auslegung garantiert werden kann, bedarf es als Bedingung einer verlässlich zu erwartenden Codierung nach Recht/Unrecht für die operative Schließung von Rechtssystemen mehr als einer elaborierten Methodenlehre, die auch kaum weltgesellschaftlich einheitlich sein kann, da sie abhängig ist von Vorverständnissen und den vom Rechtsanwender jeweils präferierten Reflexionstheorien.¹¹⁴

Als Bedingung einer verlässlichen Generalisierung von Verhaltenserwartungen bedarf es vielmehr im Weltrecht eines engen Bereiches des rechtsverbindlichen Entscheidens.¹¹⁵ Dieser Bereich ist der Bereich gerichtlichen Entscheidens; den Gerichten kommt eine Zentralstellung im Rechtssystem zu, nur ihnen obliegt das Paradoxienmanagement: "Nur sie müssen Unbestimmbarkeit in Bestimmbarkeit transformieren, nur sie müssen Unverfügbarkeit von Prinzipien fingieren."¹¹⁶ Aus dieser Stellung folgt, dass die interne Differenzierung des Rechtssystems als Differenzmodell von Zentrum und Peripherie (und nicht als Subordinationsmodell) beschrieben werden sollte: Während das Rechtssystem sein Zentrum in der Organisation der Gerichtsbarkeit hat, die die Universalität der Kompetenz, alle vorgelegten Rechtsfragen entscheiden zu können, garantiert,¹¹⁷ gehören zur Peripherie alle an-

¹¹¹ Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989, 41 ff.

¹¹² Zu deren Funktion im Rechtssystem Luhmann (Anm. 27), 195 ff.

¹¹³ Dies verlangt aber, insofern in der Überhöhung der Methodenlehre an Savigny erinnernd, Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Oxford 1989, 246.

¹¹⁴ Hersch Lauterpacht betont daher – auch wenn hier natürlich nicht die Grundannahme geteilt wird, dass ein Richter den Orientierungswert des Rechts durch *commands* sicherstellen könnte – zu Recht: "There is substance in the view that the existence of a sufficient body of clear conduct is not at all essential to the existence of law, and that the decisive test is whether there exists a judge competent to decide upon disputed rights and to command peace." (ders., *The Function of Law in the International Community*, New York 1973, 424).

¹¹⁵ Luhmann (Anm. 27), 144 f.

¹¹⁶ *Ibid.*, 320.

¹¹⁷ *Ibid.*, 321. Wenn man adäquanzfunktionalistisch betrachtet, handelt es sich bei Gerichten um Institutionen, die bestimmte Rechtsprozesse institutionalisieren: Ein soziales System, dessen spezifische Funktion in der Erarbeitung einer einmaligen, verbindlichen Entscheidung liegt, das in seinen Operationen den Code Recht/Unrecht verwendet und das sich vom politischen System dadurch unterscheidet, dass es hier nicht um Rechtsdurchsetzung sondern um die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen geht; daher auch die Grundsätze von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Daran kann man sich zunächst orientieren, um zu wissen, ob in einer Entscheidung die Politik oder das Recht am Werk ist. Für die Binnendifferenzierung des Rechts (Zentrum/Peripherie) ist aber etwas anderes entscheidend: die Erarbeitung einer einmaligen, verbindlichen Entscheidung über die Kreuzung des Co-

deren, nicht-gerichtlichen Arbeitsbereiche des Rechtssystems, hier also Staaten, NGOs und andere zivilgesellschaftliche Akteure.¹¹⁸ *Conditio sine qua non* für die operative Schließung des Weltrechtssystems und damit auch für die Konstitutionalisierung der Internationalen Gemeinschaft ist somit nicht die Existenz gemeinsamer Werte oder die Konsentierung von Rechtsquellen, sondern die funktionsbereichsinterne Differenzierung in Zentrum und Peripherie. Das gilt in nationalstaatlichen Rechtssystemen gleichermaßen wie auf der Ebene des Weltrechts und beruht darauf, dass die Operativität geschlossener Rechtssysteme einen binnensystemischen Hyperzyklus voraussetzt.

IV. Politisches Globalverfassungsrecht

Die Frage des völkerrechtlichen Konstitutionalismus ist so in der differenztheoretischen Betrachtung durch die Beobachtung des prozessierenden Völkerrechts zu beobachten. Entscheidend ist dabei, welche Zentralkompetenzen das Rechtssystem ausgebildet hat, wobei dies nicht im Sinne vertikaler Zentralisierung zu verstehen ist, sondern im Sinne der binnensystemischen horizontalen Differenzierung in Zentrum/Peripherie. Denn wie auch immer die Differenzierung im Zentrum des Rechts (Gerichte) angelegt ist: Hierarchien im Sinne von Subordination (Instanzenzug) oder horizontaler Segmentierung (bspw. ICJ, ICC und nationale Gerichte – räumliche und fachliche Zuständigkeitsverteilungen) sind keine Voraussetzung dafür, dass sich ein System schließt. Das hängt nur davon ab, ob eine systemische Zentralkompetenz ausgebildet wird, deren Leistung zweifelsohne durch Hierarchien verstärkt werden kann.¹¹⁹ In anderen Worten: Das Zentrum des Völker-

des Recht/Unrecht in einem Einzelfall, wobei die Bedingung der Möglichkeit der Verbindlichkeit unabhängig von den persönlichen Motivationen der Bewusstseinsysteme im sozialen Klima genereller Anerkennung liegt (vgl. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1975, 101 ff.).

¹¹⁸ Oeter (Anm. 16), 73 ff.

¹¹⁹ Luhmann (Anm. 27), 323 f. Daraus folgt auch, dass die vielzitierte "Fragmentierung des internationalen Rechts" kein Argument gegen seine Konstitutionalisierung sein kann. Dass bspw. IGH und ICTY unterschiedliche Konzepte der Verantwortungszurechnung judizieren, ist vielmehr Ausdruck einer adäquaten Berücksichtigung der gesellschaftlichen Umweltbedingungen (die restriktive Auslegung des IGH beschränkt die Ausnahmen des Gewaltverbotes, die extensive Auslegung des ICTY effektuiert den Menschenrechtsschutz). Das ist weder beunruhigend noch neu und auch nationale Rechtssysteme aktualisieren bspw. in zivilrechtlicher und strafrechtlicher Dogmatik unterschiedliche Kausalitätskonzepte. Kontraproduktiv für die Funktion des Rechts Verhaltenserwartung zu generalisieren ist ferner auch nicht *per se* der Befund, dass die Rechtsprogramme von den *global remedies* unterschiedlich angewendet werden, dass bspw. Argentinische Militärs wegen der Taten in der Zeit der Junta einmal wegen *desaparición*, einmal wegen organisierter Kriminalität, einmal wegen Staatsterrorismus verurteilt werden. (Nachweise bei Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, 217 ff. (232 ff.)) Denn entscheidend ist, dass die Kreuzung des Codes Recht/Unrecht jeweils zur Stigmatisierung der Taten als Unrecht führt. Will man jedoch auch die Anwendung der Konditionalprogramme homogenisieren, bietet sich an, dem Vorschlag von IGH-Präsident, Richter Gilbert Guillaume, gegenüber der General Assembly der UN am 30. Oktober 2001 zu folgen und ihn nicht nur

rechtssystems ist nicht auf hierarchisch zentralisierte, nicht-nationale Institutionen zu beschränken, sondern auch nationalstaatliche Gerichte, sofern sie über globale Rechtsfragen entscheiden,¹²⁰ sind in die Betrachtung einzubeziehen, da es um *global remedies*¹²¹ aller Hierarchieebenen geht. In der hyperzyklischen Verknüpfung der *global remedies* mit der Peripherie des Weltrechts ist dann die Generalisierung von Regeln zu beobachten. Der polit-verfassungsrechtliche Charakter dieser Regeln entspringt ihrer Natur, politische Kollektive zu konstituieren und zu limitieren. Es handelt sich also um politisches Globalverfassungsrecht, wenn es sich um Normen handelt, die das Verhältnis von Politik und Recht in der Weltgesellschaft normieren, was wiederum der klassischen Einteilung folgend – und die organisationsrechtlichen Differenzierungen innerhalb des politischen Systems der Weltgesellschaft vernachlässigend – in verfassungsrechtliche Jurisdiktionsregeln (hierzu unter 1), formelles Verfassungsrecht (hierzu unter 2) und verfassungsrechtliche Rechtsetzungsregeln (hierzu unter 3) gegliedert werden kann.

1. Global Remedies Rules

Man hat es im Zentrum des Weltrechts mit einer heterarchischen Gerichtsorganisation zu tun, in der netzwerkartig kommunikative Überlappungen und Interferenzen zu beobachten sind.¹²² Hierarchische bzw. segmentäre Zentralisierungen der *global remedies* finden sich in überstaatlichen Instanzen, wie EuGH, ICTY,

auf internationale Tribunale zu beziehen: “For the purpose of maintaining the unity of the law, the various existing courts or those yet to be created could, in my opinion, be empowered in certain cases indeed encouraged to request advisory opinions from the International Court of Justice through the intermediary of the Security Council or through the General Assembly.” (publiziert unter: <<http://www.icj-cij.org>>; instruktive Diskussion der Frage bei Karin Oellers-Frahm, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions, in: Max Planck UNYB 5 (2001), 67 ff.; zum Beispiel des jüdischen Weltrechts, der *halakhah*, das über Responen die Kohärenz der Rechtsentscheidungen in den Gemeinden der Diaspora, den *kehillot*, sicherte, Fischer-Lescano (Anm. 69), 4. Kapitel I).

¹²⁰ Vgl. auch George Scelle, der bei nationalstaatlichen Gerichten von einem *dédoublement fonctionnel* sprach, um in bestimmten Fällen den internationalen Charakter dieser Gerichte zu betonen: “Il en est de même des agents. Le juge national, lorsqu’il rend un jugement dans une affaire entre nationaux et étrangers ou entre étrangers, cesse d’être un juge national pour devenir un juge international. C’est une constatation à laquelle on ne prend pas toujours garde, mais dont l’observation démontre la réalité, car ce qui caractérise une opération juridique, ce n’est pas le caractère de l’agent qui l’accomplit mais sa nature intrinsèque”. (Scelle (Anm. 55), 56).

¹²¹ Diese Gerichte üben eine Jurisdiktion aus, die in einen Bereich fällt, der unter dem Souveränitätsdogma ausschließlich den *local remedies* zugewiesen war, weshalb die Rechtsgrundlagen der zu beschreibenden Verfahren auch als *global remedies-rules* charakterisiert werden könnten. Die *local remedies-rule* bei Restitutionsansprüchen verweist insofern auf das von ihr Unterschiedene – Zuständigkeit bestimmter *global remedies*. Zur *local remedies-rule* siehe Antonio Cançado Trindade, Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts, in: AVR 1977/78, 333 ff.; ders., The Application of the Rule of Local Remedies in International Law, Cambridge 1983. Zu den *global remedies rules* Fischer-Lescano (Anm. 69), 4. Kapitel.

¹²² Anne-Marie Slaughter, The Real New World Order, in: Foreign Affairs 76 (1997), 183 ff. (186).

ICTR oder dem ständigen Internationalen Strafgerichtshof nach dem Rom-Statut,¹²³ Wahrheitskommissionen unter der Beteiligung der UN¹²⁴, regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen¹²⁵, WTO-Streitentscheidungsinstanzen,¹²⁶ IGH¹²⁷ und

¹²³ Statut des ICC: U.N. Doc. A/CONF.183/9. Zuvor wurde 1993 mit der Einsetzung des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien durch den Sicherheitsrat mit den Resolutionen 808 vom 22.2.1993 und 827 vom 25.5.1993 (abgedr. in: ILM 1993, 1162 ff.) ein entscheidender Schritt zur Errichtung nicht-nationaler Gerichte unternommen. Als Rechtsgrundlage diente Kapitel VII der UN-Charta, wonach der Sicherheitsrat zu Zwangsmaßnahmen zur Wiederherstellung oder Wahrung des internationalen Friedens ermächtigt ist. Die Erfüllung der Voraussetzungen zum Tätigwerden des Sicherheitsrates waren im Fall des Jugoslawientribunals nicht unumstritten (statt aller Carsten Hollweg, Vom Jugoslawientribunal der UNO zum allgemeinen Internationalen Strafgerichtshof?, ZStr 1994, 251, 253 ff.). Trotz der *Tadic*-Entscheidung (ICTY-Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case-Number IT-94-1-AR72, 2.10.1995, in: International Legal Materials, 32 (1996), 32 ff. (42)) blieben Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Einsetzung von ICTY und ICTR. Inzident hat aber nunmehr der IGH im *Arrest Warrant*-Fall die Rechtmäßigkeit der Resolutionen bestätigt, da sie als völkerrechtlich zulässige Ausnahmen zur Immunität für Funktionsträger bezeichnet wurden. (IGH vom 14. Februar 2002, Case Concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Ziff. 61).

¹²⁴ Innerhalb des Hochkommissariats der UN-Menschenrechtskommission wurde im Zuge der Umstrukturierungen 1997 eine eigene Abteilung für die sog. Feldaktivitäten geschaffen (dazu Ingrid Kircher, Die Weltkonferenz für Menschenrechte – Fünf Jahre danach, in: von Arnim/Deile/Hutter/Kurtenbach/Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch für Menschenrechte 1999, Frankfurt am Main 1999, 95 ff. (101 ff.)). Dort werden die Überwachungs- und Berichtsfunktionen dieser Aktivitäten mit der Aufgabe der technischen Zusammenarbeit koordiniert. Zuvor wurden die Feldeinsätze durch die Abteilungen für politische Angelegenheiten und für friedenserhaltende Missionen in New York organisiert. Einer der ersten menschenrechtlichen Feldeinsätze erfolgte im Rahmen der friedenserhaltenden Mission in Guatemala (hierzu Gert Rosenthal, *The Peace Process in Guatemala and the Role of Third Parties*, in: Int'l J. Minority & Group Rts. 8 (2001), 55 ff.; Tathiana Flores, *The UN Mission in Guatemala*, in: INPE 3 (1996), 89 ff.). Die Bildung einer international besetzten Wahrheitskommission – unter Vorsitz von Christian Tomuschat – war Bestandteil des Friedensabkommens vom 29.12.1996 (UN doc. A/51/796-S/1997/114 Annex II, 7. Februar 1997) zwischen Regierung, Armee und Guerilla: dem Abkommen über einen festen und dauerhaften Frieden. Weitere Feldeinsätze wurden in El Salvador und Kambodscha durchgeführt. Die Charakteristika der Aufgaben des menschenrechtlichen Feldpersonals waren u.a. Überwachung der Menschenrechtssituation, Monitoring der Ausbildung von Polizei, Militär, Justiz und Verwaltung, Behandlung von Individualbeschwerden, Unterstützung des Versöhnungsprozesses, Aufbau der Zivilgesellschaft sowie der nötigen Infrastruktur, aber – und deshalb handelt es sich hier um gerichtsförmige Verfahren – auch, insbesondere wie im Fall Guatemalas, eine abschließende verbindliche, rechtliche Qualifikation der Taten.

¹²⁵ Zu diesen ausführlich Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford u.a. 2000, 147 ff.

¹²⁶ Ausführlich zum Appellate Body der WTO Wolfgang Benedek, *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung. Kompetenzen und Rechtsordnung der WTO*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 2001, i.E.

¹²⁷ Eine Zuständigkeit des IGH begründen: Art. 8 der Sklavereikonvention vom 25.9.1926; Artikel IX der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Verbrechens des Völkermordes vom 9.12.1948; Art. 22 der Konvention zur Unterdrückung des Menschenhandels und der Ausbeutung von Prostituierten vom 21.3.1950; Art. 38 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951; Art. IV des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967; Art. 8 der Konvention gegen die Diskriminierung im Unterrichtswesen vom 14.12.1960; Art. IX der Konvention von New York über die politischen Rechte der Frau vom 31.3.1953; Art. V des Übereinkommens über das internationale Recht der Berichtigung vom 16.12.1952; Art. 34 der Konvention über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954; Art. 10 des Zusatzübereinkommens über die Abschaf-

speziellen Konventionsorganen¹²⁸. Sie alle tragen neben ihrer spezifisch institutionellen Funktionen zur Generalisierung von Verhaltenserwartungen im Bereich des Menschenrechts-Rechts bei.¹²⁹ Sie haben ihre Grundlage in völkerrechtlichen Verträgen – sei es zwischen Staaten, zwischen Staaten und Internationalen Organisationen oder in Beschlüssen Internationaler Organisationen.¹³⁰ Aber, wie bspw. die

fung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken vom 7.9.1956; Art. 10 des Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit verheirateter Frauen vom 20.2.1957; Art. 14 des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30.8.1961; Art. 22 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979; Art. 30 der Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984; Art. 92 der Internationalen Konvention zum Schutze der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18.12.1990. Nach Art. 36 des IGH-Statuts kann der IGH auch in anderen als den Fällen der Zuständigkeitsbegründung durch Konvention oder UN-Charta in Anspruch genommen werden. Dabei ist zu beachten, dass es sich notwendigerweise um eine Streitsache zwischen Staaten handeln muss (Art. 34 I IGH-Statut), die entweder Mitglieder der UN sind, dem Statut des IGH beitreten oder aber – für den Fall, dass der Staat weder Mitglied der UN noch Vertragspartei des Statuts ist – die Zuständigkeit des IGH zu den Bedingungen der Resolution 9 des Sicherheitsrates aus dem Jahr 1946 akzeptieren (SC/RES 9/46 vom 15.10.1946; vgl. Meinhard Schröder, Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen, in: Vitthum (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin, New York 1997, 525 ff. (Rdn. 81 ff.)).

¹²⁸ Eine fakultative Anwendung des Staaten-Beschwerdeverfahrens ist vorgesehen in: Art. 41 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, Art. 13 der Konvention gegen Apartheid im Sport vom 10. Dezember 1985 und Art. 21 der Konvention gegen die Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung vom 10.12.1984. Obligatorisch hingegen verlangt von den universellen Konventionen lediglich Art. 11 des Abkommens zur Eliminierung aller Formen der Rassendiskriminierung vom 21.12.1965 die Anwendung des Verfahrens der Staatenbeschwerde. Fakultativ ermöglicht Art. 45 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) vom 22.11.1969 das Procedere der Staatenbeschwerde. Es gibt zwischen den einzelnen Staatenbeschwerdeverfahren beträchtliche Unterschiede. Nach dem 11. Zusatzprotokoll wurde die Durchsetzung der in der EMRK garantierten Rechte einem einheitlichen Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte übertragen. Über die Beschwerden entscheidet das Gericht entweder als Ausschuss mit drei Richtern, als Kammer (sieben Richter) oder große Kammer (17 Richter). Art. 45 I EMRK verpflichtet die Vertragsparteien, im Fall einer Beteiligung am Rechtsstreit, zur Anerkennung des Urteils des Gerichtshofs. Auch nach der Banjul-Charta ist seit 1998 im Rahmen von Staatenbeschwerden ein gerichtliches Verfahren vorgesehen. (dazu Nico Krisch, The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, in: ZaöRV 58 (1998), 713 ff.) Die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte kann auch durch eine Individualbeschwerde initiiert werden. Die Individualbeschwerde ist in einigen Bereichen das wichtigste Instrument der Durchsetzung der Menschenrechte, da sie einzelfallbezogen und ihre Erhebung unabhängig von nationalstaatlichen Interessen ist. Sie ist indes nicht sehr weit verbreitet. So sieht die EMRK, der IPbPR und die Banjul-Charta eine fakultative Unterwerfung unter das Individualbeschwerdeverfahren vor. Von der Möglichkeit im Rahmen der EMRK haben alle Staaten Gebrauch gemacht, wohingegen sich im Rahmen der Banjul-Charta und des IPbPR nur wenige Mitgliedsstaaten dem Passus unterworfen haben (zu den Einzelheiten Hans-Michael Hempel, Die Kompetenzen des UN-Menschenrechtsausschusses im Staatenberichtsverfahren: Art. 40 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, Frankfurt am Main 1987; Eckart Klein, The Reporting System Under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: ders., (Hrsg.), The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, Berlin 1998, 17 ff.).

¹²⁹ Thomas Buergenthal, Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?, in: Leiden Journal of International Law 14 (2001), 267 ff. (269 ff.).

¹³⁰ Neben ICTY und ICTR ist hier auf die UNCC hinzuweisen, die allerdings nicht als Schiedsgericht, sondern als Verwaltungsorgan des UN-Sicherheitsrats (Art. 29 UN-Charta) eingesetzt wurde.

Prozesse gegen Augusto Pinochet und die argentinischen Militärs zeigen,¹³¹ von gleicher Bedeutung für die Generalisierung von Verhaltenserwartungen auf globaler Ebene sind die nationalstaatlichen Gerichte. Die zuständigkeitsbegründenden Jurisdiktionsregeln (*global remedies rules*), die auch die Voraussetzung der Einrichtung des ICC darstellen, da nur solche Jurisdiktionsbereiche übertragen werden können, die zuvor nationalstaatlichen Gerichten zugewiesen waren, sind für zivilrechtliche¹³² und strafrechtliche¹³³ Jurisdiktion unterschiedlich ausgeprägt, wobei das umstrittenste Prinzip das der *universal jurisdiction*¹³⁴ ist: Auch im *Arrest Warrant*-Fall konnte über dieses Prinzip unter den die Entscheidung tragenden Richtern keine einheitliche Auffassung hergestellt werden,¹³⁵ weshalb der IGH die logisch vorrangige¹³⁶ Frage der Jurisdiktion des belgischen Gerichts übersprang und sogleich auf die Immunitätsausnahmen zu sprechen kam.

Umfassend Burkhard Heß, Kriegsschadigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 2001, i.E.; zum Ganzen Lori Fisler Damrosch, Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures, in: *Recueil des Cours* 1998, 155 ff.; zu neuen, völkervertraglichen Formen der Installierung von *global remedies* Boris Kondoch, Neuste Entwicklungen im Völkerstrafrecht aufgezeigt am Beispiel Sierra Leone, Kambodscha und Ost-Timor, in: Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden, (19) 2001, 126 ff.

¹³¹ Hierzu Fischer-Lescano, (Anm. 119), 217 ff.

¹³² Statt aller Monika Lücke, Die Immunität staatlicher Funktionsträger, Berlin 1999, 291 ff.; siehe auch Detlev Vagts, Restitution for Historic Wrongs, the American Courts and International Law, in: *AJIL* 92 (1998), 232 ff.; Heß (Anm. 130), i.E.

¹³³ Dietrich Oehler, Internationales Strafrecht. Geltungsbereich des Strafrechts, Internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1983, 155 ff.; Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 5. Aufl., Oxford 1998, 303 ff.

¹³⁴ Jeweils m.w.N. Johan David van der Vyver, Universal Jurisdiction in International Criminal Law, in: *So. Afr. J. Int'l L.* 24 (1999), 1 ff.; ders., War Crimes, Genocide and Crimes against Humanity – Are States Taking National Prosecutions Seriously?, in: Bassiouni (Hrsg.), *International Criminal Law*, Bd. 3, Enforcement, 2. Aufl., New York 1999, 227 ff.; Kai Ambos, Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von "Kriegsverbrechen", in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 20 (1999), 226 ff.; ders., El caso Pinochet y el Derecho aplicable, in: *Revista Penal* (4) 1999, 3 ff.

¹³⁵ Vgl. einerseits den Präsidenten des IGH (sep. opinion Guillaume, IGH vom 14.2.2002, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Ziff. 15): "But at no time has it been envisaged that jurisdiction should be conferred upon the courts of every State in the world to prosecute such crimes, whoever their authors and victims and irrespective of the place where the offender is to be found. To do this would, moreover, risk creating total judicial chaos. It would also be to encourage the arbitrary for the benefit of the powerful, purportedly acting as agent for an ill-defined 'international community'. Contrary to what is advocated by certain publicists, such a development would represent not an advance in the law but a step backward." Dem hielten die die Entscheidung mittragenden Richter Higgins, Kooymans und Buergenthal in ihrer joint sep. opinion ein Plädoyer für *universal jurisdiction* u.a. aufgrund von Effektivitätsfragen entgegen (dies., *ibid.*, Ziff. 75): "[M]oreover, it is quite risky to expect too much of a future international criminal court in this respect. The only credible alternative therefore seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister."

¹³⁶ Die hier geforderte Prüfungsreihenfolge liegt bereits der Entscheidung im *Lotus*-Fall zu Grunde (PCIJ 1927 Ser. A Nr. 10). Siehe auch die Behandlung der Jurisdiktionsfrage bei Beth Stephens, Expanding Remedies for Human Rights Abuses: Civil Litigation in Domestic Courts, in: *GYIL* 40 (1997), 117 ff.

2. Zwingendes Völkerrecht als formelles Verfassungsrecht

Es sind diese durch *global remedies rules* zur Entscheidung berufenen Gerichte, die über die Kreuzung des Codes Recht/Unrecht rechtsverbindlich zu entscheiden haben. Auch über Grundwerte, Kollisionen von Menschen- und Staatsgrundrechten und die wichtige Frage, welche Fundamentalrechte der International Bill of Rights vom *ius cogens*-Prinzip umfasst sind, wo die Grenze zwischen Innen- und Außenseite des *ius cogens*, zwischen *cogens* und *dispositivum*, verläuft, kann verbindlich nur in diesen Zentren des Rechts entschieden werden und insofern setzen die Menschenrechtskataloge und auch die *ius cogens*-Norm des Art. 53 WVK für die Ermöglichung der Generalisierung von Verhaltenserwartungen ein autopoietisches Rechtssystem voraus.¹³⁷

Das gilt erst recht für die Rechtsfolgenseite, weshalb die Entscheidung des ICTY im *Furudzija*-Fall, die aus dogmatischen Gründen kritisiert wird,¹³⁸ unbedingt bemerkenswert ist, da in ihr die Rechtsfolge der *ius cogens*-Normen – anders als von den Erschaffern der Norm auf der Wiener Vertragskonferenz beabsichtigt – auch darin gesehen wird, dass Globalverfassungsrecht innerstaatliches Recht bricht.¹³⁹ Und so scheint sich auch hier die Beobachtung zu bestätigen: Wenn sich eine Gesellschaft ein operativ geschlossenes Rechtssystem leistet, dann wird nur im Zentrum, d.h. nur von den Gerichten, über das Unentscheidbare entschieden. Die Peripherie – Gesetzgeber, Wissenschaftler, Vertragsparteien und NGOs – entscheidet nicht, sorgt aber für Unterstützung und wandelt Irritationen der gesellschaftlichen Umwelt des Rechts in den Rechtscode um. Man kann daher gerichtliche Entscheidungen, wie die des ICTY, auch – anders als die dogmatische Kritik am Urteil des ICTY – zum Anlass nehmen, um das Verhältnis des Rechts bspw. zur Politik zu reflektieren. Dann könnte man daran denken, dass selbst im überschaubaren bundesdeutschen Recht verfassungsrechtliche Teilhaberechte erst *post scriptum* konzipiert wurden,¹⁴⁰ dass die Höherrangigkeit von Verfassungsrecht nicht durch Jefferson sondern erst in der Sache *Marbury v. Madison* entwickelt wurde. Die Feststellung

“The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the later part be true, then written consti-

¹³⁷ Vgl. Philip C. Jessup, *Modernes Völkerrecht*, Wien 1959, 10.

¹³⁸ Die Kritik zielt darauf, dass das Gericht sich über den “Willen des Normgebers” hinweggesetzt habe, exemplarisch Paulus (Anm. 8), 352.

¹³⁹ ICTY, *Furundzija*, ILM 38 (1999), 349 f., Ziff. 153 ff.; zum Urteil des US Court of Appeal (9th Circuit) in der Sache *Doe I v. Unocal Corp.* siehe Anja Seibert-Föhr, Die Deliktshaftung von Unternehmen für die Beteiligung an im Ausland begangenen Völkerrechtsverletzungen, in: ZaöRV 63 (2003), 195 ff.

¹⁴⁰ Erstmals im “*numerus-clausus*-Urteil”, dann im “*Hochschul*-Urteil” hat das BVerfG hervorgehoben, dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern auch Teilhaberechte an staatlichen Leistungen beinhalten und damit in Einzelfällen eine staatliche Handlungspflicht begründen (vgl. BVerfGE 33, 303, 330 ff.; 35, 79, 120).

tutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable [...] If, then, the court are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”¹⁴¹

war das autopoietische Manifest eines Funktionssystems und dieses hat den Grundstein für alle nachfolgenden Konzeptionen des Verfassungsrechts gelegt. Auch das *ius cogens*-Prinzip scheint eine vergleichbare Karriere zu nehmen, indem die Gerichte es mit ursprünglich politisch nicht geplanten Leistungen ausstatten. Die Konstitutionalisierungsdebatte im Völkerrecht ist daher keine theoretische Schwärmerei, sondern das Weltrecht ist bereits soweit konstitutionalisiert, dass man von Art. 53 WVK sogar als “formellem Verfassungsrecht” im Sinne Hans Kelsens sprechen kann.¹⁴² Denn das post-westfälische Weltrechtssystem beginnt Norm-Hierarchien auszubilden und mit der Hierarchisierung von Rechtsprogrammen eine der bedeutsamsten Strategien zur Begrenzung von gegenseitigen Abhängigkeiten zu kopieren: Mittels der Bezugnahme auf zentral vermittelte Interdependenzen, sei es durch Rechtsprogramme oder durch rechtliche Dogmatik, entwickelt das Rechtssystem Leitstrukturen, stellt Zusammenhänge her und schließt sie aus.¹⁴³ Die hierarchische Unterscheidung von Geltungsebenen in der Normstruktur folgt der Strategie der Interdependenzreduktion durch Umformung symmetrischer in asymmetrische Beziehungen, durch Umwandlung wechselseitiger in einseitige Feststellungsabhängigkeiten.¹⁴⁴ Das sind Vereinfachungen interner Entscheidungsprozesse, die im Rechtssystem verschiedene Kombinationen von Kontinuität und Innovation ermöglichen,¹⁴⁵ ohne jedoch eine logische Hierarchisierung der Entscheidungsgesichtspunkte im Sinne einer eindeutigen Zuordnung

¹⁴¹ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.), 2 L.Ed. 60 (1803), 137 ff.

¹⁴² Robert Uerpmann, Internationales Verfassungsrecht, in: Juristenzeitung, 2001, 565 ff.; Andreas Fischer-Lescano, Globalisierung der Menschenrechte, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 10/2002, 1236 ff. Die dogmatische Konsequenz ist natürlich die der Höherrangigkeit von *ius cogens* auch im Verhältnis zur UN-Charta; vgl. Richter Lauterpacht in der separate opinion im Fall *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures II (IGH Reports (1993), 4 ff. (440)): “The concept of *jus cogens* operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot – as a matter of simple hierarchy of norms – extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus – that a Security Council resolution may even require participation in genocide – for its unacceptability to be apparent.” Dass auch das paradox bleibt – insbesondere dass die Verfassungsnorm Art. 53 S. 2 a.E. WVK zur Änderung des ‘formellen Globalverfassungsrechts’ noch näher am schwarzen Loch der Paradoxie gebaut ist als bspw. die grundgesetzliche “Ewigkeitsgarantie” in Art. 79 GG –, beschreibt Anthony D’Amato: “This would be like saying that Superman is stronger than any criminal in Metropolis except for any particular criminal who comes along who is in fact stronger than Superman.” (ders., *It’s a Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens!*, in: Connecticut Journal of International Law 6 (1991), 2).

¹⁴³ Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981, 253.

¹⁴⁴ Luhmann (Anm. 27), 254.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 252.

eines jeden Satzes von Gesichtspunkten zu wechselseitig exklusiven Stellen im System erreichen zu können (so wie Kelsen's Modell einer Grundnorm es impliziert hat). Das Rechtssystem hilft sich also intern darüber hinweg, dass eine vollständige logische Deduzierbarkeit von Entscheidungen aus Entscheidungen, der Grenzfall absoluter Interdependenz, nicht gewährleistet werden kann¹⁴⁶ und man erfasst die operative Realität der Rechtshierarchie nicht, wenn man sie im Begriffspaar soziologische Fremdbeschreibung *versus* rechtstheoretische Selbstbeschreibung erfasst und sie dann nur als rechtstheoretische Selbstbeschreibung versteht. "Vielmehr", so beschreibt Gunther Teubner die Funktion der Hierarchisierung von Rechtsprogrammen, "handelt es sich um eine Selbstbeschreibung der heutigen Rechtspraxis (besonders der Gerichte), die diese benutzt, um ihre Operationen rekursiv mit anderen Operationen zu verknüpfen. Dazu bedarf es des juristischen Nachweises der Gültigkeit einer anzuwendenden Norm, der dadurch geführt wird zu zeigen, dass sich die fragliche Norm innerhalb der Normhierarchie befindet (Entscheidung, untergesetzliche Normen, gesetzliche Normen, Verfassungsnormen). Eine Auflösung der Normenhierarchie würde entsprechend Rechtsoperationen blockieren, wenn nicht gleichzeitig eine nichthierarchische Verknüpfungsform bereitgestellt wird."¹⁴⁷

Zu den solchermaßen in Geltung gesetzten und jeweils rekursiv vernetzten globalverfassungsrechtlichen Grundprinzipien gehören der Grundsatz der souveränen Gleichheit,¹⁴⁸ das Gewaltverbot,¹⁴⁹ das Prinzip friedlicher Streitbeilegung und das Interventionsverbot.¹⁵⁰ Im menschenrechtlichen Bereich sind die Verbote von Folter, Genozid, extralegalen Hinrichtungen und Verschwindenlassen, das generelle Verbot von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Normen des humanitären Völkerrechts, die direkte Verbote an Staaten und Einzelpersonen erhalten (und die *elementary considerations of humanity* schützen)¹⁵¹ zu nennen. Ihnen ist die besondere Dignität des *ius cogens* zugestanden.¹⁵² Und auch wenn nicht alle Staaten

¹⁴⁶ *Ibid.*, 252 ff. Die Garantie referenzfähiger Darstellungen (Grundnorm/Verfassung) ist daher keine Voraussetzung des operativen Vollzugs des Rechtssystems, wenngleich sie als Beschreibung des Systems im System ein sinnvoller Reflexionsstopp ist. (vgl. Luhmann (Anm. 27), 73 ff.).

¹⁴⁷ Gunther Teubner, *Des Königs viele Leiber. Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner, *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt am Main 2000, 246, Fn. 4.

¹⁴⁸ Siehe nur Ram Anand, *Sovereign Equality of States in International Law*, in: *Recueil des Cours* 197 (1986 II), 9 ff.

¹⁴⁹ Statt aller Robert Turner, *State Sovereignty, International Law, and the Use of Force in Countering Low-intensity Aggression in the Modern World*, in: Coll (Hrsg.), *Legal and Moral Constraints on Low-intensity Conflict*, Newport 1995, 43 ff.; Knut Ipsen, *Relativierung des absoluten Gewaltverbots?: Zur Problematik der Erstanwendung zwischenstaatlicher Waffengewalt*, in: ders., *Wehrrecht und Friedenssicherung*, Neuwied 1999, 103 ff.

¹⁵⁰ ICJ, *Nicaragua-Fall*, ICJ Rep. 1986, 98 ff. (Gewaltverbot), 106 ff. (Interventionsverbot); Hanikainen (Anm. 12), 315 ff.

¹⁵¹ ICJ (*Korfu-Kanal*) ICJ Rep. 1949, 22; ICJ (*Nicaragua*) ICJ Rep. 1986, 112, 114.

¹⁵² Siehe die Literatur, mit Unterschieden in den einbezogenen Verbotsnormen Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg 1997, 177 (unter Bezugnahme auf allgemeine Rechtsgrundsätze:

den – allgemeinen und speziellen – Konventionen beigetreten sind, so haben diese Rechtssätze doch universelle Gültigkeit erlangt. Sie beruhen auf zwei völkerrechtlich anerkannten Rechtsquellen; für die Mitglieder der jeweiligen Konvention auf Vertrag, für die Nichtmitglieder auf Völkergewohnheitsrecht; eine Konsequenz, die Art. 38 WVK explizit benennt.

Für die Kollisionen dieser unterschiedlichen Fundamentalwerte der Internationalen Gemeinschaft, insbesondere der beiden abstraktesten globalverfassungsrechtlichen Grundrechte, staatliche Souveränität und Menschenrechte,¹⁵³ kann man beobachten, dass auch die *global remedies* Formen “praktischer Konkordanz” praktizieren.¹⁵⁴ In allen zu entscheidenden Fällen über Menschenrechte und Im-

Folter, extralegale Hinrichtungen und Verschwindenlassen); Paul Sieghart, *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford 1986, 64 f. (“freedom from slavery, genocide, racial discrimination and torture”); Gilbert Gornig, Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht, in: NJ 1992, 4 ff. (10) (Völkermord, Apartheid und Kriegsverbrechen); Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Oxford 1989, 94 f. (“murder, disappearance, torture, consistent pattern of gross violations of internationally recognized human rights”); siehe auch Bruno Simma, *International Human Rights Law and General International Law*, in: *Recueil des Cours* IV 1995, 226 (“fundamental human rights”); Wolff Heintschel v. Heinegg, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquellen des Völkerrechts, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 1999, § 15 Rdn. 59; Christian Tomuschat: “Equality of human beings, protection of human life and physical integrity, freedom from torture and slavery are without any doubt propositions that need no additional confirmation” (ders., *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, in: *Recueil des Cours* 1993 IV, 303); siehe auch die Bestandsaufnahme bei Hannikainen (Anm. 12), 425 ff.

¹⁵³ Christian Busse (Völkerrechtliche Fragen zur Rechtmäßigkeit des Kosovo-Krieges, in: ZRP 1999, 416 ff. (419)), verweist zu Recht darauf, dass der Zielkonflikt auch in der UN-Charta zum Ausdruck kommt, nach deren Art. 1 Ziff. 4 die “Verwirklichung dieser gemeinsamen Ziele” angestrebt ist, d.h. dass sowohl die Menschenrechte als auch das Gewaltverbot adressiert sind. Vgl. auch Christian Tomuschat, *The Art of Concluding and Securing Peace*, in: *Friedenswarte* 1999, 33 ff. (34 f.).

¹⁵⁴ Dieter Blumenwitz hat diese Form der Entscheidungsfindung auch für die streitige Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen vorgeschlagen und formuliert (ders., *Souveränität – Gewaltverbot – Menschenrechte. Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme nach Abschluß des nicht mandatierten NATO-Einsatzes in Ex-Jugoslawien*, in: *Politische Studien, Sonderheft 4/1999*, 19 ff. (30)): “Kollidieren beide Rechtsgüter, so hat sich der Rechtsanwender um einen Interessenausgleich, mithin – wie im innerstaatlichen Verfassungsrecht – um die Herstellung praktischer Konkordanz zu bemühen. Praktische Konkordanz bedeutet, 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.” Das klingt vertraut, hätte vom BVerfG nicht besser formuliert werden können und ist dennoch nicht überzeugend. Denn wenn man es auch noch so vorsichtig formuliert (*in dubio pro* Souveränität): Ohne Gericht (und unter Abstellen auf den Rechtsanwender, d.h. jeweiligen Beobachter zweiter Ordnung) bleibt es bei *law-as-Apology*, bleibt es dabei, dass unterschiedliche Beobachter unterschiedlich beobachten und solange wichtige Mitglieder der Intervenienten der obligatorischen Gerichtsbarkeit des IGH nicht unterworfen sind, kann von einem “Recht auf Intervention” nicht gesprochen werden; Michael Botke befürchtet daher zu Recht, “dass die neue *bellum iustum*-Lehre dahin führen würde, wohin auch die alte schon geführt hatte, nämlich dass das Völkerrecht in einem System dezentralisierter Subsumtion vor der mangelnden Bestimmbarkeit der Maßstäbe kapitulieren müßte und gegenüber der Initiative zur militärischen Gewalt wieder indifferent würde. Eine wesentliche zivilisatorische Er-

munitätsausnahmen bspw. ist eine Grundregel praktischer Konkordanz zu erkennen: Je intensiver eine rechtlich mögliche, politische Unterstützung einer Gerichtsentscheidung die Funktionsfähigkeit des politischen Systems (diplomatischer Verkehr, lokale Herbeiführung kollektiv verbindlicher Entscheidungen) beeinträchtigt, desto eher legt das Recht den Schwerpunkt auf Staatengrundrechte, daher die Immunitätsausnahmen für Diplomaten und Funktionsträger und daher die Unzulässigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen gegen Staaten.¹⁵⁵

Der selbstorganisierte Kommunikationsprozess des Rechts hat, um es zusammenzufassen, somit normative Höchstwerte einer politischen Globalverfassung geschaffen, die sich wie folgt klassifizieren lassen:¹⁵⁶ (1) *Rule of law* (Ausbildung einer Zentralinstanz: *global remedies*; *global remedies rules*; Unabhängigkeit der Richter), (2) formelles Globalverfassungsrecht von *ius cogens*- und *erga omnes*-Rechten, d.h.: Fundamentalmenschenrechte, Gruppenrechte, Staatenrechte.

rungenschaft des modernen Völkerrechts wäre damit zu Grabe getragen." (Michael Bothe, Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht, in: SZIER 2000, 177 ff. (194)).

¹⁵⁵ Der IGH (IGH, 14. Februar 2002, Case Concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Ziff. 53 f.) entschied sich in traditioneller völkergewohnheitsrechtlicher Methodik *ratione personae* für den Fall von amtierenden Funktionsträgern für die Staatengrundrechte, machte indes für den ICC eine Ausnahme, die offensichtlich das Ergebnis einer Güterabwägung ist und völkergewohnheitsrechtlich wohl nicht begründet werden kann. Zur Behandlung der *ratione materiae*-Frage durch den IGH siehe die Kritik an der dogmatischen Verankerung der Kollisionsfrage in der Differenz *private/official acts*, Antonio Cassese, *When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, in: EJIL 2002, 853 ff. (868 ff., insbes. Fn. 42); zur gerichtlichen Technik der Werteabwägung im Bereich der Immunitätsausnahmen ausführlich Paulus, (Anm. 8), 274 ff.; Monika Lücke (dies., Immunität fremder Funktionsträger, Berlin 1999, 344) konstatiert: "Bei der Entscheidung, ob staatliche Funktionsträger bei Verstößen gegen die Normen des Völkerstrafrechts sowie darüber hinaus bei extra-legalen Tötungen und Folterungen Immunitätsschutz genießen, muss ein Konflikt zwingender Rechtsgüter gelöst werden. Der Souveränität des Anstellungsstaates, die allerdings nur in ihrem Kernbereich zwingenden Rechtscharakter besitzt, stehen das Verbot von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie das Folterverbot und die Prohibition extra-legaler Tötungen gegenüber. Eine Lösung, die der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung trägt und deshalb akzeptabel erscheint, erreicht man im Wege einer Güterabwägung." Ferner weist Juliane Kokott unter Bezugnahme auf eine Abwägung nach den Grundsätzen der "Interessenjurisprudenz" zu Recht darauf hin, dass für die Anwendung des *aut dedere aut iudicare*-Grundsatzes behauptet werden muss, dass "ein unabwendbares, intensives und als lebensnotwendig empfundenes Interesse der Staatengemeinschaft oder auch ein solches Interesse, dem dasjenige an der Aufrechterhaltung der staatlichen Souveränität nicht in besonderem Maße entgegengesetzt werden kann," bestehen muss (dies., Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr. 23.521 über die Gehorsampflicht (*obediencia debida*), in: ZaöRV 47 (1987), 506 ff. (511 f.); zu Ausnahmen von der Immunitätsausnahme im Fall demokratisch legitimierter, nationalstaatlicher Amnestieregelungen Ivo Groß, Die Vereinbarkeit von nationalen Amnestieregelungen mit dem Völkerstrafrecht am Beispiel von Südafrika, in: HV-I 2001, 162 ff. (168 ff. m.w.N.).

¹⁵⁶ Zu den einzelnen Höchstwerten Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, 210 ff.; Michael Bothe, *Friedensbegriff im Verfassungs- und Völkerrecht*, in: Lutz-Bachmann/Bohmann (Hrsg.), *Frieden durch Recht: Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Frankfurt am Main 1996, 187 ff.; Hannikainen (Anm. 12), 315 ff.; siehe ferner obere Anm. 152.

3. Rechtsetzungsrecht

Alle diese Normen – damit kommt man zum letzten wichtigen Bereich des politischen Globalverfassungsrechts, dem Rechtsetzungsrecht – werden im Völkerrecht dadurch zu “Rechtsnormen”, dass sie den – in der zunächst nur völkervertraglich generierten Norm des Art. 38 IGH-Statut indizierten – völkerrechtlichen Rechtsquellen zugeordnet werden. Das Recht entspringt also nicht den Quellen seiner außersystemischen Umwelt, sondern es ist das Recht selbst, das Operation mit Operation verknüpft.¹⁵⁷ Um die Begründung dieses differenztheoretischen *a priori* nochmals zusammenzufassen: (1) Das Recht entsteht in den Operationen des Rechts. (2) In der Peripherie des Rechts werden, sei es unter Berufung auf Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze, teilweise widersprechende Normprojektionen getätigt.¹⁵⁸ (3) All dies ist verwirrend und undurchsichtig:¹⁵⁹ Zivilgesellschaft, Staatenpraxis, staatliche Legislation und nicht-, zwischen- und überstaatliche Institutionen treten mit dem Anspruch auf, entweder neues Recht zu setzen oder altes zu bestätigen. Abhängig von der jeweiligen rechtstheoretischen Position wird unterschiedlichen Anordnungsakten unterschiedliche Bedeutung zugemessen.¹⁶⁰ Im Hinblick auf die humanitäre Intervention im Kosovo wird ein *ex iniuria ius oritur*¹⁶¹ genauso vertreten wie ein *ex iniuria ius non oritur*¹⁶². (4) *Irreproachable methods* zur Bestimmung des Rechts wird es dabei nicht geben. Auch

¹⁵⁷ Siehe Teubner (Anm. 111), 41 ff.

¹⁵⁸ Zu den Völkerrechtsquellen und den schwierigen Binnenbeziehungen Maurice Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, in: *Recueil des Cours* (272) 1998, 155 ff.; Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2. Aufl., Den Haag u.a. 1997, 16 ff.; Koskenniemi (Anm. 32), 342 ff.; Fastenrath (Anm. 19), 95 ff.; David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden 1987, 11 ff.; Peter Hulst, *Three Sources – No River, A Hard Look at the Sources of Public International Law With Particular Emphasis on Custom and ‘General Principles of Law’*, in: *Australian Journal of Public International Law* 54 (1999), 219 ff.; zum Konflikt von Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht, dem Wimbledon Paradox Sheila Weinberger, *The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts Between Conventional and Customary International Law*, in: *Emory Int’l L.R.* 10 (1996), 397 ff.

¹⁵⁹ Hieran manifestiert sich der spontane Charakter der “Weltordnung”. Roberto Ago Analyse einer “spontanen” – im Gegensatz zur “positiven” – Rechtsbildung, oszilliert jedoch zwischen formalistischem Strukturdenken und den von ihm beschriebenen kommunikativen Rechtsbildungsprozessen (siehe Roberto Ago, *Der Begriff des positiven Rechts in der Völkerrechtstheorie*, in: *Archiv des Völkerrechts* 6 (1956/1957), 257 ff. (301 ff.)). Ihr analytischer Wert bleibt hierdurch beschränkt. Zu dem von Roberto Ago entwickelten Begriff “spontaneous law” und seiner Wurzel in der historischen Rechtsschule, siehe Mendelson (Anm. 158), 155 ff. (174).

¹⁶⁰ Umfassend Fastenrath (Anm. 19), 81 ff.

¹⁶¹ Antonio Cassese, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in: *EJIL* 1999, 23 ff.

¹⁶² Bruno Simma, *Die NATO, die UN und militärische Gewaltanwendung: Rechtliche Aspekte*, in: Reinhard Merkel (Hrsg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*; Frankfurt am Main 2000, 9 ff.; Majorie Cohn, *Nato Bombing of Kosovo: Humanitarian Intervention or Crime against Humanity?*, in: *International Journal for the Semiotics of Law* 2002, 79 ff.; siehe auch Michael Bothe, *Kosovo – Many Questions, Few Answers*, *International Peacekeeping* 1999, 1 ff.; ders., *Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht*, in: *SZIER* 10 (2000), 177 ff.

die angesehensten Völkerrechtslehrer können zu heterogenen Dissonanzen ansetzen und auch vor dem IGH verliert stets¹⁶³ die Hälfte von ihnen den Prozess – auch wenn sie zuvor noch so sehr *irreproachable methods* gepflegt haben.¹⁶⁴

a) Instaurationsmechanismen nach Art. 38 IGH-Statut

Aus der Pluralität der Beobachterpositionen resultiert die völkerrechtliche Diskussion über das korrekte Verhältnis der Elemente “Übung” und *opinio iuris* in der Rechtsquelle des Völkergewohnheitsrechts.¹⁶⁵ Und obschon sich eine Fülle von dogmatischen Beiträgen der trennscharfen Klärung dieses Verhältnisses widmet, ist festzustellen, dass die Gerichte sich wenig für diese Details interessieren. So hält es das ICTY bei der Bestimmung einer Gewohnheitsrechtsnorm für schwierig, “to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field”,¹⁶⁶ der IGH stellt – Martti Koskenniemi hat die Rechtsprechung überzeugend dekonstruiert¹⁶⁷ – zumeist nur apodiktisch die Geltung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel fest und mit den Argumenten naturrechtlich- und konsensorientierter Rechtsschulen, die der Notwendigkeit des Tatbestandsmerkmals der “Übung” grundsätzlich¹⁶⁸ widersprechen, setzen sich die Gerichte regelmäßig nicht näher auseinander. Offenbar gibt es im Zentrum des Rechts bislang weder ein großes Interesse an einer Klärung des Verhältnisses dieser beiden Tatbestandsmerkmale des Völkergewohnheitsrechts noch das Bedürfnis, die Relation der Rechtsquellen zueinander zu klären. Bruno Simma bemerkt darum treffend, dass das Völkergewohnheitsrecht “has changed from something happening out there, in the real world, after the diplomats have had their say, into paper practice: the words, texts, votes and excuses themselves. In this way, however, the process of customary law-making is turned into a self-contained exercise in rhetoric.”¹⁶⁹ Und da auch die Bedeutung und Merkmale der Rechtsquelle *general principles* und ihr Verhältnis zu den völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Rechtsquellen in der Völkerrechtslehre alles andere als einhellig konzipiert werden,¹⁷⁰ kann im Völkerrecht von einer Transparenz des geltungsbegründenden Anordnungsaktes nur bei völkerrechtlichen Verträgen und

¹⁶³ Wenn das Gericht keine *avoidance techniques* anwendet.

¹⁶⁴ Anthony D’Amato (Can Any Legal Theory Constrain Any Judicial Decision?, in: University of Miami Law Review 43 (1989), 513 ff. (514)) konstatiert “that legal theory is inherently incapable of identifying which party should win any given case”.

¹⁶⁵ Siehe die Darstellungen bei Koskenniemi (Anm. 32), 342 ff.; Fastenrath (Anm. 19), 95 ff.

¹⁶⁶ ICTY, Decision in *Prosecutor v. Tadić*, 2. Oktober 1995, in: ILM (35) 1996, 32, Ziff. 32 ff.

¹⁶⁷ Koskenniemi (Anm. 32), 342 ff.

¹⁶⁸ Nachweise bei Fastenrath (Anm. 19), 96 f.

¹⁶⁹ Bruno Simma, International Human Rights Law and General International Law: a Comparative Analysis, in: Academy of European Law (Hrsg.), Collected Courses of the Academy of European Law, Band 4, 2. Buch, 153 ff. (218 f.).

¹⁷⁰ Karel Wellens, Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends, in: Barnhoorn (Hrsg.), Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law, Den Haag 1995, 3 ff.

bei den das geltende Völkerrecht kodifizierenden Texten der ILC die Rede sein, wobei insbesondere bei letzteren die Geltungsproblematik regelmäßig dann wieder aufbricht, wenn zu diskutieren ist, an welcher Stelle die ILC das geltende Völkerrecht fortentwickelt hat und an welcher sie nur kodifizierend tätig wurde.

Im Prinzip ist das aber vor allem ein Problem der Peripherie, denn dort wird über die Geltung von Rechtssätzen, über die Kreuzung des Codes Recht/Unrecht also, mitunter jahrzehntelang gestritten, ohne dass Normprojektion und Norm auf einer Beobachterposition zweiter Ordnung weltgesellschaftlich einheitlich unterschieden werden könnten. Das letztlich über die Geltungsfrage entscheidende Zentrum gewinnt dadurch hingegen in der Oszillation zwischen Varietät und Redundanz¹⁷¹ an Entscheidungsmöglichkeiten und solange die *global remedies* in einem Klima genereller Anerkennung¹⁷² operieren, sind sie nicht gezwungen in jedem Einzelfall methodisch konsensfähig unter die "Rechtsquellen" zu subsumieren.¹⁷³ Das bedeutet nun nicht, dass es aus Akzeptanzgründen natürlich nicht wünschenswert wäre, dass sich auch das Zentrum um eine methodisch saubere Begründungsarbeit bemühte, da in dieser Frage die grundsätzliche Legitimation der Entscheidungen¹⁷⁴ auf dem Spiel steht. Im Hinblick auf Legitimationsgesichtspunkte hat die völkerrechtliche Rechtsquellentrias allerdings noch ein sehr viel fundamentaleres Problem als nur die Abgrenzungs- und Differenzierungsfragen der in Art. 38 IGH-Statut genannten Rechtsquellen.

b) *Lex humana des ius gentium*

Denn die generelle Umweltadäquanz der dort normierten Rechtsgenerierungsmodi wird zunehmend bestritten, was vor allem auf der Erkenntnis beruht, dass die Staaten nicht länger ein Monopol auf globale Rechtskommunikation haben.¹⁷⁵ Die Dinge liegen, Teubner hat das für die *lex mercatoria* und die Digitalverfassung gezeigt, um einiges komplexer: Zivilgesellschaftliche Akteure formulieren nicht nur eigene Rechtsregimes aus, sondern sind mittlerweile auch in vielen anderen Bereichen präsent. Weltgesellschaftliches normatives Erwarten entsteht nicht länger nur exklusiv innerhalb der Staatenwelt durch politische Rechtsetzung, sondern auch in anderen Funktionssystemen, im Bereich der Menschenrechte bspw. speziell im System der Massenmedien und die Rolle der NGOs in diesen Prozessen

¹⁷¹ Hierzu Luhmann (Anm. 27), 358 f.

¹⁷² Unabhängig von der Akzeptanz einzelner Entscheidungen ist das Recht und sind die Gerichtsverfahren zur Erfüllung ihrer Funktion der Generalisierung von Verhaltenserwartungen von der unterstellten Konsentierung abhängig, dass es gerade diese Verfahren sind, in denen die Konsensunterstellungen geklärt werden (Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1997, 240).

¹⁷³ Eine umfangreiche Analyse der Rechtsfindungstechnik des IGH mit einer Kritik an der Methode der Geltungsbegründung völkergewohnheitsrechtlicher Normen bei Koskeniemi (Anm. 32), 342 ff.

¹⁷⁴ Zum hier verwendeten Legitimitätsbegriff Luhmann (Anm. 172), 34 f.

¹⁷⁵ Siehe die Nachweise in Anm. 11 und Oeter (Anm. 16).

ist nicht zu unterschätzen. Es ist das, was Luhmann und Teubner übereinstimmend als Rechtsetzung durch Skandalisierung – eine um die Theorie des “Kollektivbewusstseins” reduzierte Reminiszenz an Emile Durkheims Konzept der *colère publique*¹⁷⁶ – beschreiben.¹⁷⁷ Diese in erster Linie durch – organisierte und spontane – zivilgesellschaftliche Akteure in Kooperation mit den Medien formulierte *lex humana*¹⁷⁸ des postmodernen *ius gentium*s könnte im Völkerrecht als “weltgesellschaftliches Gewohnheitsrecht” reformuliert werden¹⁷⁹ und tatsächlich hat bspw. die belgische *ad hoc*-Richterin van den Wyngaert in ihrer *dissenting opinion* im *Arrest Warrant*-Fall im Februar 2002 eine Bezugnahme auf zivilrechtliche Rechtsetzung unternommen. Zwar bleibt ihre Reformulierung in der Fixierung auf NGOs zu eng, da sie demokratietheoretische Folgeprobleme impliziert, die darauf beruhen, dass sie den NGOs eine Repräsentationsfunktion zugesteht. Aber als erster Schritt komplexitätsadäquater Reformulierung gesellschaftlicher Rechtsbildungsprozesse im Völkerrecht ist ihre Ausführung dennoch begrüßenswert: “Advocacy organizations, such as, Amnesty International, Avocats sans Frontières, Human Rights Watch, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) and the International Commission of Jurists, have taken clear positions on the subject of international accountability. This may be seen as the opinion of civil society, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today [...] The Court fails to acknowledge this development, and does not discuss the relevant sources.”¹⁸⁰

¹⁷⁶ Emile Durkheim (1930), Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1999, 118 ff.; detailliertere Kritik und Reformulierung von Durkheims Modell der *colère publique* Fischer-Lescano (Anm. 69), 3. Kapitel.

¹⁷⁷ Vgl. Luhmann (Anm. 18), 229; Gunther Teubner, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: Rechtshistorisches Journal 1996, 255 ff.

¹⁷⁸ *Lex humana* wird hier, im Anschluss an Konzeptionen der *lex mercatoria* und *lex informatica* und anders als in der scholastischen Trilogie *lex aeterna* – *lex naturalis* – *lex humana* auf staatsferne Setzung positiven Menschenrechts-Rechts bezogen, auf die Operation des In-Geltung-Setzens in der Weltgesellschaft, im Unterschied zu Operationen ihres politischen Systems, der “Internationalen Gemeinschaft”. Zu *lex mercatoria* und *lex informatica*, siehe Teubner (Anm. 177), 255 ff.

¹⁷⁹ Sie wäre dann von Scelles Entwurf eines *Droit des Gens* zu unterscheiden, dessen Gedanke eines Weltrechts vor allem auf der Formulierung beruht: “La norme juridique prohibitive, permissive, ne s’adresse donc qu’à des volontés humaines et conscientes et comme il n’y a de compétences qu’individuelles, il n’y a de sujets de droit que les individus.” (George Scelle, Précis de droit des gens. (Vol. II) Droit constitutionnel international, Paris 1934, 3) Und auch Jessups *transnational law* zieht zivilgesellschaftliche Rechtsetzung nicht in Betracht. Ihm, und das war auch das Grundanliegen Scelles, ging es (was natürlich ein revolutionäres Anliegen war) vor allem darum, die völkerrechtliche Mediatisierung des Individuums aufzubrechen und die Verantwortlichkeit der Individuen für ihr Tun über das klassische Beispiel des *hostis humanis generis* hinaus zu begründen. (vgl. Jessup (Anm. 28), 21). Letztlich berücksichtigt auch Roberto Agos Entwurf (Ago (Anm. 159)) eines spontanen Rechts die zivilgesellschaftlichen Rechtssetzungsprozesse nur unzureichend, was insbesondere darin begründet liegt, dass Agos Modell in der Beschreibung der Dichotomie von positivem und spontanem Recht verhaftet bleibt, ohne die Bedingungen der Möglichkeit unterschiedlicher Instaurationsprozesse des Rechts angemessen erklären zu können. Zur postmodernen *lex humana* Fischer-Lescano (Anm. 69), 3. Kapitel.

¹⁸⁰ Dissenting opinion von Richterin van den Wyngaert, IGH vom 14.2.2002 Case Concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Ziff. 27 f.

Dieser Mechanismus der Generierung von Normen unterscheidet sich vom klassischen Völkerrecht dadurch, dass seine Rechtssätze fern von den Zentren großer Politik entstehen. Die Prozesse der Instaurierung des "lebenden Weltgesellschafts-Rechts" im Anschluss an Eugen Ehrlich sind in der globalen, medial vermittelten Bukowina¹⁸¹ natürlich um einiges komplizierter als in der lokalen Bukowina und die "rechtsetzende Zivilgesellschaft" ist eine voraussetzungsreiche Simplifizierung, da es tatsächlich komplexe, globale, hoch spezialisierte und teilweise jahrzehntelange Kommunikationsprozesse sind, in denen die *lex humana* gebildet wird,¹⁸² die – das ist essentiell – ganz unabhängig von der Frage einer Verweisungsnorm im Völkerrecht als Recht einzuordnen ist, d.h.: Auch wenn das im Völkerrechtssystem praktizierte Recht noch regelmäßig die *lex humana* ignoriert, hat man es hier sehr wohl mit Rechtsphänomenen zu tun, die das Geltungssymbol transportieren können, da dafür die Nutzung des kommunikativen Codes Recht/Unrecht in Verbindung mit einem *unterstellbaren* – d.h. nicht realen; denn es kommt nur darauf an, dass derjenige, der sich auf kontrafaktisches Erwarten beruft, in der Regel nicht mit Dissens rechnen muss – zivilgesellschaftlichen Konsens zugunsten einer Seite der Unterscheidung entscheidend ist. Luhmann beschreibt diesen genetischen Rechtspluralismus¹⁸³: "Andererseits haben die 'Menschenrechte' als eine Art Nachholprogramm Konjunktur wie nie zuvor [...] Diese Form des normativen Erwartens liegt jedoch weitgehend außerhalb der etablierten juristischen Formenwelt und richtet sich auch gegen das Recht. Recht oder Unrecht – Humanität zählt. Wenn sich diese Interpretationen und Vermutungen in empirischen Untersuchungen bestätigen lassen, würde sich zeigen, dass das im Rechtssystem praktizierte Recht erneut vom 'lebenden Recht' abweicht."¹⁸⁴

So findet sich das Völkerrecht zwischen zivilgesellschaftlicher *colère publique* und *colère politique* der Staatenwelt und es ist dies eine Zustandsbeschreibung, die man bereits bei Georges Scelle nachlesen kann. Die Auffassung ist weit verbreitet, dass Scelles objektives Recht im Grunde genommen ein naturrechtliches

¹⁸¹ Zur lokalen Bukowina Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1. Aufl. Berlin 1913 (3. Aufl. 1967), 390; zur globalen Bukowina Teubner (Anm. 177), 3 ff.; Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), 349 ff.

¹⁸² Siehe Andreas Fischer-Lescano, *Ex facto ius oritur: Processos de escandalo y el derecho mundial emergente*, in: Marianne Braig u.a. (Hrsg.), *Lo Publico*, Frankfurt am Main 2003, i.E.

¹⁸³ Zum "genetischen Rechtspluralismus", der insbesondere impliziert, dass weder den völkerrechtlichen Instaurierungsmodi noch der *lex humana* Exklusivitätscharakter zukommt Günther/Randera (Anm. 11), 96; die Annahme unterschiedlicher Generierungsmodi des Rechts und die Konsequenz, dass es hierbei jeweils um "geltendes" Recht geht, unterscheidet rechtspluralistische Theorien von der freirechtlichen Annahme eines dem geltenden Recht kritisch gegenüberstehenden "werdenenden" Rechts (hierzu Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, 11; Hermann Kantorowicz, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, aus dem Nachlaß hrsg. v. Immanuel Gleis, Frankfurt am Main 1967, 99 ff.; François Rigaux, *Internationale Tribunale nach den Nürnberger Prozessen*, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg 1995, 142 ff. (154)).

¹⁸⁴ Luhmann (Anm. 27), 556.

Modell sei.¹⁸⁵ Scelle übernahm von Duguit¹⁸⁶ eine Reinterpretation des Durkheim'schen Solidaritätsgedankens, der die Rechtsordnung als biologisches Faktum versteht, das auf den von Durkheim entwickelten dualen Modi der Solidarität beruht. Seine naturrechtliche Konnotation erhält dieses Konzept durch den Gedanken eines objektiven Rechts, das zu dem positiven Recht in einem spannungsreichen Verhältnis steht: "La discordance entre le droit objectif ou naturel et le droit positif peut alors engendrer des ruptures de solidarité qui se traduisent par des révolutions."¹⁸⁷ Scelle selbst hat sich stets gegen seine Klassifizierung als Neo-Naturrechtler gewehrt. Und wenn man den Bezug des Rechts auf Scelles Solidaritätsgedanken ernst nimmt, wird deutlich, dass es ein Missverständnis ist, das *droit naturel* transzendental zu verstehen. Denn der Widerspruch zwischen *droit naturel* und *droit positif* ist für ihn eine Frage der angemessenen Übersetzung der Solidarität im Recht.¹⁸⁸ So ist dem Recht zu raten, dass es das *droit naturel* – das hier als *lex humana* reformuliert wird – berücksichtigt, da es sonst an seiner gesellschaftlichen Umwelt vorbeijudiziert und mit seiner Legitimation entweder jegliche Aufmerksamkeit verliert¹⁸⁹ oder Opfer der selbstverschuldeten empirischen Erfahrung wird,¹⁹⁰ dass mit Revolutionen oder anderen partiellen Umwälzungen als "Unglücksfällen im Verfassungsleben unvermeidbar gerechnet werden muß".¹⁹¹

Damit hat Scelle nun in klassisch Durkheim'scher Tradition das Problem formuliert, dem sich das Recht bis heute nicht entziehen und das es durch eine Berücksichtigung der *lex humana* intern reformulieren und somit entschärfen kann: über die heterogenen Geltungsentscheidungen, die in der Peripherie des Rechts der Gesellschaft von den unterschiedlichen Funktionsbereichen seiner gesellschaftlichen Umwelt getroffen werden, zu entscheiden.

c) Kommunikative Sub-Systeme

Auch George Scelle ging dabei vom globalen Rechtssystem aus und formulierte: "C'est le monisme juridique intégral. Le Droit des gens régit ainsi, sans qu'il puisse y avoir de limites à son action, non seulement les systèmes juridiques étati-

¹⁸⁵ Hierzu Hubert Thierry, The Thought of Georges Scelle, in: EJIL 1 (1990), 193 ff.; Ulrich Scheuner, Naturrechtliche Strömungen im heutigen Völkerrecht, in: ZaöRV 14 (1951), 588 ff.

¹⁸⁶ Leon Duguit, Traité de Droit constitutionnel, 5. Bd., 3. Aufl., Paris 1927.

¹⁸⁷ Scelle (Anm. 55), 5.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 4; vgl. zu Interpretationen des Solidaritätsbegriffs Brunckhorst (Anm. 69), 153 ff.; Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, Frankfurt am Main 1998, 90.

¹⁸⁹ Vgl. "Das Rechtssystem bedürfte dann pressewirksamer Skandale und einer riesigen "Amnesty International", um den Rechtsstaat zu halten, an dem kein Individuum aus sich heraus mehr interessiert ist." (Luhmann (Anm. 27), 489).

¹⁹⁰ Siehe Andreas Fischer-Lescano, Themis Sapiens, in: Christian Joerges/Inge Sand/Gunther Teubner (Hrsg.), Constitutionalism and Transnational Governance, London 2003, i.E.

¹⁹¹ So die Formulierung von Christian Tomuschat – freilich mit anderer Intention (siehe ders., Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1972, 100).

ques ordinaires ou constitutionnels, mais les systèmes juridiques interétatiques, supréétatiques ou extra-étatiques des communautés internationales secondaires ou, comme on les appelle aussi, communautés particulières du Droit des Gens: telle communauté d'Etats indépendants régionale ou continentale; tel système fédéral ou confédéral; telle Eglise ou telle Internationale."¹⁹² Das spielt an auf den klassischen Dualismus-/Monismusstreit,¹⁹³ der in der Völkerrechtswissenschaft bis heute nachwirkt, der geprägt ist von der begrenzten Sicht auf das politisch gesetzte Recht im logisch-hierarchisch-Kelsen'schen Grundnormbaum und der verkennt, dass das Recht von kommunikativen Operationen lebt und normative Erwartungen nicht nur in der strukturellen Kopplung des Rechts zur internationalen Politik entstehen. "Le droit tout court"¹⁹⁴ ist für Scelle konsequenterweise denn auch gerade nicht die *civitas maxima* der Scholastiker oder der Normenbestand, aus dem logisch-hierarchisch subordinierte Rechtsordnungen abzuleiten sind,¹⁹⁵ sondern antizipiert einen postmodernen Gedanken: "En réalité, de même qu'une société nationale est un e, une société internationale est un e, et le Droit international est un."¹⁹⁶ Das Gesetz von der Überlappung der Rechtsordnungen, dessen letzte Stufe in Scelles Konzeption das – auf Cicero anspielende – ökumenische internationale Recht bildet, "gibt die universelle Ausdehnungsdynamik der Rechtsnorm wider. Jede als autonom angenommene, primitive Gruppierung von Menschen führt, sobald sie mit einer anderen Gruppe in Beziehung tritt, zur Entstehung eines neuen Rechtssystems, das der neuen, aus diesem Zusammentreffen resultierenden menschlichen Gruppierung gemeinsam ist, und in dem Maße, wie es sich als notwendig und dauerhaft erweist, beherrscht dieses System unausweichlich die ihm untergeordneten Rechtsordnungen."¹⁹⁷

In der Tat überwindet ein solches Konzept die Defizite hierarchischer Konzeptionen des Rechts, indem es die Funktion der binnensystemischen Interdependenzreduktion durch Hierarchiebildung einerseits ausdrücklich anerkennt, andererseits aber hierarchische Konzeptionen des Rechts, die dahin tendieren, Rechtsebenen mit der Gesellschaftsstratifikation zu identifizieren und dabei Rechtsphänomene außerhalb dieser Hierarchie zu ignorieren, überwindet, indem es sich vom Erbe des traditionellen Institutionalismus befreit. Der soziale Ort des Rechtspluralismus ist

¹⁹² Scelle (Anm. 179), 6.

¹⁹³ Vgl. einerseits Hans Kelsen, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, in: ZaöRV 19 (1958), 234 ff.; und andererseits Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899; Walter Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen 1967, dort (*ibid.*, 141 ff.) auch zum sog. "gemäßigten Dualismus".

¹⁹⁴ Scelle (Anm. 179), 6.

¹⁹⁵ Von daher rührt die Kritik von Hans Kelsen, Recht und Kompetenz, in: Ringhofer/Walter (Hrsg.), Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, Supplement 9, 1987, 1 ff.

¹⁹⁶ Scelle (Anm. 55), 45.

¹⁹⁷ George Scelle, Vorwort, in: Hans Wiebringhaus, Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung. Beitrag zu einer universalistischen Theorie des internationalen Privat- und Völkerrechts, 2. Aufl., Saarbrücken 1955, 7 ff. (9).

dann aber nicht mit formal strukturierten Institutionen, Unternehmen und Organisationen zu reifizieren, sondern die *power of norms*¹⁹⁸ im weltgesellschaftlichen Rechtspluralismus beruht auf nicht-legalistischen, nicht-hierarchischen und nicht-institutionellen, dynamischen Wechselwirkungen in einer Vielzahl von Normordnungen innerhalb eines gesellschaftlichen Feldes.¹⁹⁹ Wenn es im Völkerrecht Anerkennung finden würde, dass ein durch Normhierarchien geprägtes Regelwerk kein *Apriori* von Rechtssicherheit ist, sondern erst das Resultat von Operationen auto-poietischer Rechtssysteme, die es mit einer Vielzahl kommunikativer Prozesse, die gesellschaftliches Handeln über den Code Recht/Unrecht beobachten,²⁰⁰ zu tun haben und in denen Normprojektion von Normen nur dann unterschieden werden können, wenn die Systeme operativ geschlossen sind, könnte im Völkerrecht die von Scelle antizipierte linguistische Wende nachvollzogen werden. Das Völkerrecht könnte so jedenfalls einen wichtigen Schritt im Hinblick auf die komplexitätsadäquate Reformulierung weltgesellschaftlicher Rechtsbildungsprozesse leisten. Denn, so beschreibt Antonio Cassese das Konzept Scelles, das Weltrecht entspringt keinen *Aprioris* sondern durchzieht die Weltgesellschaft polyzentrisch: "The world community swarms with myriad legal orders (in today's parlance we would call them "sub-systems"); they do not live by themselves, each in its own area, but intersect and overlap with each other."²⁰¹

V. Fazit

In diesen kommunikativen Systemen des Weltrechts, in denen *private governance regimes*²⁰² und heterarchische *public governance regimes* je eigene strukturelle Kopplungen – Rechtsverfassungen also – ihrer segmentären und funktionalen politischen und rechtlichen Funktionsbereiche ausbilden können, ist die politische Globalverfassung – und in ihrem Kern sind es die *ius cogens*-geschützten Staaten- und Menschenrechte – die kommunikativ höchste Ebene der Normbegründung; sie ist die strukturelle Kopplung zweier weltgesellschaftlicher Systeme zu einer Entscheidungseinheit, der Internationalen Gemeinschaft; sie invisibilisiert die fundamentale Paradoxi, die darin besteht, dass die Staaten das Völkerrecht konstituieren und das Völkerrecht die Staaten konstituiert; sie dignisiert einige der politischen Akteure der Weltgesellschaft mit Souveränität und schließt andere von der Berufung auf sie aus;²⁰³ sie ist aber dennoch keine Verfassung im Vollsinn des Be-

¹⁹⁸ Thomas Risse/Stephen Ropp, International Human Rights Norms and Domestic Change: Conclusions, in: Risse/Ropp/Sikkink (Hrsg.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge 1999, 234 ff.

¹⁹⁹ Gunther Teubner, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: Schmidt/Weyers (Hrsg.), *Liber Amicorum Josef Esser*, Heidelberg 1995, 191 ff. (198).

²⁰⁰ *Ibid.*, 191 ff. (201).

²⁰¹ Antonio Cassese, Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublement fonctionnel*) in International Law, in: *EJIL* 1990, 210 ff.

²⁰² Teubner (Anm. 21).

griffs; sie kann nicht auf einen Akt zurückgehen, den das Weltvolk gesetzt hätte oder der ihm zuzurechnen wäre. Es gab keine Versammlung, die als globaler *pouvoir constituant* bezeichnet werden könnte, es gab keine Versammlung, die diesen Anspruch erhoben hätte²⁰⁴ und es gibt bislang keine Berücksichtigung der *lex humana* im Völkerrechtssystem des *ius gentium*. Demnach gibt es keine unmittelbare – im Sinne des demokratischen Duktus verstandene – Legitimation von Herrschaft durch die Herrschaftsunterworfenen auf der Ebene des weltpolitischen Systems.²⁰⁵ Auch eine demokratische Weltverfassung gibt es demzufolge nicht, wengleich die Weltgesellschaft partial über eine funktionale politische Globalverfassung und damit eine strukturelle Kopplung von Weltrechts- und weltpolitischen System verfügt.

Diese funktionale politische Verfassung der Weltgesellschaft leidet aber neben ihrem demokratiethoretisch zu konstatierenden Defizit unter der eingeschränkten Jurisdiktion der *global remedies*, wobei insbesondere die unzureichende gerichtliche Überprüfbarkeit von Sicherheitsrats-Beschlüssen²⁰⁶ und die mangelnde obliga-

²⁰³ Wenn Giorgio Agamben schreibt, dass in der realpolitischen Perspektive der Pax Americana und deren drastischer Reduktion der Weltpolitik auf den Gegensatz Staat/Terrorismus "Staat und Terrorismus am Ende ein einziges System mit zwei Gesichtern [bilden], in dem jedes der Elemente nicht nur dazu dient, die Handlungen des anderen zu rechtfertigen, sondern jedes sogar vom anderen ununterscheidbar wird", dann wird deutlich, dass die logische Konsequenz des realpolitischen Rechtsnihilismus darin liegt, dass in dieser Perspektive das Netzwerk Al Quaeda und die politischen Systeme einiger Nationalstaaten in ihrer Strategie ununterscheidbar werden. (Giorgio Agamben, *Der Gewahrsam. Ausnahmezustand als Weltordnung*, FAZ 19.4.2003, 33; siehe auch ders., *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt am Main 2002, 25 ff.) Das legt den Blick frei auf die Kontingenz weltrechtlicher Dignisierung von Macht und deren Metamorphose zu Souveränität und darauf, dass Souveränität nur durch das Recht konstituiert werden kann. Das Weltrecht schränkt so nationale Souveränität nicht ein, sondern ist selbst Bedingung ihrer Möglichkeit. (Fischer-Lescano, (Anm. 190)).

²⁰⁴ So gegen Faßbender (Anm. 10), der unter Rekurs auf einen "constitutional moment" in der Konferenz von San Francisco und die emphatische Präambel der UN-Charta ("We the Peoples") von einer Verfassung im Vollsinn des Begriffs ausgeht und dann weltföderalistisch sogar schreibt: "It reminds of certain federal states in which, as in Germany, federal law is generally implemented and adjudicated by the States." (ders., *ibid.*, 101). Faßbender verkennt, dass die UN-Verfassung von global-verfassungsrechtlichen Voraussetzungen (bspw. der Konstituierung der Staaten, ihrer Möglichkeiten zum bindenden Vertragsschluss und der außerhalb der Charta entstandene Bindung an *ius cogens*) lebt, die über den Text der Charta weit hinausgehen, er verkennt, dass eine Verfassung nicht durch die Überhöhung eines Dokuments sondern mittels einer spezifischen Form der Verknüpfung von Recht und Politik in Geltung gesetzt wird und er verkennt insbesondere, dass die Legitimation der UN nur eine staatenvermittelte ist (vgl. auch die Kritik bei Andreas Paulus, Book Review, in: EJIL 10 (1999), 209 ff. (211)). Es ist dies ein Defizit, das Dieter Grimm zu Recht auch im Rahmen der EU-Verfassung konstatiert. Freilich schätzt Grimm die Demokratisierungschancen für die – wie er für den EU-Rechtszustand vor dem Verfassungskonvent ausdrücklich betont – bereits existente "funktionelle Verfassung Europas" zu gering ein, da er für die – aus demokratiethoretischen Gründen natürlich erforderliche – Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit eine sprachliche Homogenität voraussetzt (vgl. Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung*, in: *Juristenzeitung* 1995, 586 ff.; instruktiv zur Bildung von Öffentlichkeit und kritisch zu Homogenitätspostulaten Felix Hanschmann, *Sprachliche Homogenität und europäische Demokratie*, in: Friedrich Müller u.a. (Hrsg.), *Berlin 2003*, i.E.).

²⁰⁵ Brunkhorst (Anm. 69), 216 f.

torische Zuständigkeit des IGH hervorzuheben sind. Dieses partielle Scheitern der globalverfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsvorschriften führt dazu, dass der globalverfassungsrechtliche Normenbestand in großen Teilen nur symbolisch bemüht wird,²⁰⁷ dass in der Peripherie des Rechts dogmatische Versuche der rechtlichen Rechtfertigung bewaffneter Einsätze – bspw. im Kosovo –²⁰⁸ unter Bezugnahme auf das Welt-Menschenrechts-Recht und die *core values* der Weltgesellschaft gemacht werden,²⁰⁹ teilweise unter Mithilfe ausgewiesener Spezialisten dieses Themas,²¹⁰ dass aber – wegen der eingeschränkten Zuständigkeit der *global*

²⁰⁶ Zur (Un-)Möglichkeit der Rechtskontrolle des Sicherheitsrates durch den IGH: Geoffrey Watson, *Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court*, in: Harv. ILJ 34 (1993), 1 ff.; Dapo Akande, *The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations*, in: ICLQ 46 (1997), 309 ff.; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlin 1996, 67 ff.; Gabriel Oosthuizen, *Playing the Devil's Advocate: The United Nations Security Council is Unbound by Law*, in: LJIL 12 (1999), 549 ff.; dass man es hier mit einem Verfassungsproblem zu tun hat, zeigt auch die Entscheidung des ICTY im Fall *Tadic*, in der das Tribunal die dem Sicherheitsrat obliegenden verfassungsrechtlichen Grenzen prüft (ICTY-Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case-Number IT-94-1-AR72, 2.10.1995, in: International Legal Materials, 32 (1996), 32 ff. (42)).

²⁰⁷ Zum Problem des symbolischen Konstitutionalismus Luhmann (Anm. 27), 478; Marcelo Neves, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden 2000, 84 ff.; ders., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin 1992, 110 ff.; ders., *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin 1998, 53 ff.; explizit im Hinblick auf das Globalverfassungsrecht Hauke Brunkhorst, *Zwischen Kriegseinsatz und Polizeiaktion. Die Legalisierung des Krieges in der Weltgesellschaft*, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Bohman (Hrsg.), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt am Main 2002, 65 ff. (73 f.); zum Fall des ICC siehe auch Marc Weller, *Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court*, in: International Affairs 78 (2002), 693 ff.

²⁰⁸ Antonio Cassese, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in: EJIL 1999, 23 ff.; Heribert Köck, *Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt, Betrachtungen zum Gewaltmonopol der Vereinten Nationen und seinen Grenzen*, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, 54 (1999), 133 ff.; kritisch zur Völkerrechtsmäßigkeit Michael Bothe/Bernd Martenczuk, *Die NATO und die Vereinten Nationen nach dem Kosovo-Konflikt. Eine völkerrechtliche Standortbestimmung*, in: VN 47 (1999), 125 ff.; Marcelo Kohen, *L'emploi de la force et la crise du Kosovo – Vers un nouveau désordre juridique international*, in: Rev Belge 32 (1999), 122 ff.; Michael Bothe, *Kosovo – Many Questions, Few Answers*, in: INPE 5 (1999), 1 ff.

²⁰⁹ Christian Lange, *Zu Fragen der Rechtmäßigkeit des NATO-Einsatzes im Kosovo*, in: EuGRZ 26 (1999), 313 ff.; Heinrich Wilms, *Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht*, in: ZRP 1999, 227 ff.

²¹⁰ So hält Jürgen Habermas (*Bestialität und Humanität*, in: *Die Zeit*, 18/99) die Kriegsaktivität von Staaten, die sich zwar auf das Recht berufen, aber eine Zuständigkeit von *global remedies* für die Überprüfung ihres eigenen Handelns ablehnen bzw. sich dem IGH nicht generell unterworfen haben, für eine Manifestation des Rechtspazifismus und (daher) für moralisch gerechtfertigt. Als sei jeder, der sich auf das Recht beruft, auch gleich ein Rechtspazifist: „Der Rechtspazifismus will den lauernden Kriegszustand zwischen souveränen Staaten nicht nur völkerrechtlich einhegen, sondern in einer durchgehend verrechtlichten kosmopolitischen Ordnung aufheben. Von Kant bis Kelsen gab es diese Tradition auch bei uns. Aber heute wird sie von einer deutschen Regierung zum ersten Mal ernst genommen. [...] Nach dieser westlichen Interpretation könnte der Kosovo-Krieg einen Sprung auf dem Wege des klassischen Völkerrechts der Staaten zum kosmopolitischen Recht einer Weltbür-

*remedies*²¹¹ – diese Normprojektionen²¹² nicht von einem völlig geschlossenen Rechtssystem überprüft werden können. Solange das Weltrecht sich – bspw. durch die Wiederanknüpfung an die Rechtsprechung zum *erga omnes*-Prinzip und die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Prinzips der *universal jurisdiction* – keine umfassendere Jurisdiktion über die Fragen der Gewaltanwendung in der Weltgesellschaft erarbeitet hat, kann mithin von einem Recht auf humanitäre Intervention und insbesondere von einem Globalverfassungsrecht auf humanitäre Intervention nicht die Rede sein.

Summary²¹³

The Emerging Global Constitution

The article is based on the difference-theoretical concept of Niklas Luhmann and Gunter Teubner. Both describe the ‘world society’ as a functionally differentiated society, a society that does not consist of individuals but of communicative systems, has no political centre but a polyarchical plurality of functional systems and which is built on communicative hypercircles, autological operations and fundamental antinomies. Using Gunter Teubner’s normative interpretation of Luhmann’s purely descriptive analysis, this article fo-

gesellschaft bedeuten. [...] Selbst 19 zweifellos demokratische Staaten bleiben, wenn sie sich selbst zum Eingreifen ermächtigen, Partei. Sie üben eine Interpretations- und Beschlusskompetenz aus, die, wenn es heute bereits mit rechten Dingen zuginge, nur unabhängigen Institutionen zustünde; insoweit handeln sie paternalistisch. Dafür gibt es gute moralische Gründe. Wer aber im Bewusstsein der Unvermeidlichkeit eines vorübergehenden Paternalismus handelt, weiß auch, dass die Gewalt, die er ausübt, noch nicht die Qualität eines im Rahmen einer demokratischen Weltbürgergesellschaft legitimierten Rechtszangs besitzt. Moralische Normen, die an unsere bessere Einsicht appellieren, dürfen nicht wie etablierte Rechtsnormen erzwungen werden.” Habermas bekräftigte diese – wenngleich relativierte – Rechtfertigung nochmals bei Wiederabdruck des Aufsatzes (ders., *Zeit der Übergänge*. Kleine Politische Schriften IX, Frankfurt am Main 2001, 26 ff.): “In der dritten Woche nach Beginn der umstrittenen NATO-Aktion habe ich zum Kosovo-Konflikt [...] Stellung genommen. [...] Trotzdem halte ich an der Kantischen Perspektive eines Übergangs vom Völkerrecht zum Weltbürgerrecht, aus der ich die Intervention seinerzeit im Grundsatz gerechtfertigt habe, auch heute fest.”

²¹¹ Zum Verfahren Jugoslawiens gegen die NATO-Staaten vor dem IGH Sebastian Heselhaus, *Die Entscheidungen des IGH über den Erlaß vorsorglicher Maßnahmen in den Fällen Legality of Use of Force vom 2. Juni 1999*, in: AVR 38 (2000), 328 ff.; zur globalverfassungsrechtlichen Dimension des Streits um den ICC Marc Weller, *Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court*, in: *International Affairs* 78 (2002), 693 ff.

²¹² Kritisch zur Rechtfertigungsmöglichkeit humanitärer Interventionen Burkhard Schöbener, *Die humanitäre Intervention im Konstitutionalisierungsprozess der Völkerrechtsordnung*, in: KJ 2000, 557 ff. (566); Michael Bothe, *Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht*, in: SZIER 2000, 177 ff. (194); zu den Normprojektionen im Hinblick auf den “Kampf gegen den Terror” bzw. den bewaffneten Konflikt im Irak Christian Fischer/Andreas Fischer-Lescano, *Enduring Freedom für Entsendebeschlüsse? Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme der deutschen Beteiligung an Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 85 (2002), 113 ff.; Michael Bothe, *Der Irakkrieg und das Völkerrecht: Verstoß gegen die UN-Charta oder deren Weiterentwicklung?*, in: Bernd W. Kubbig (Hrsg.), *Brandherd Irak: US-Hegemonieanspruch, die UNO und die Rolle Europas*, Frankfurt am Main 2003, 155 ff.

²¹³ Summary by the author.

cuses on the emerging Global Constitution and addresses the foundational paradoxes of the International Community.

How is it possible, that, on the one hand, international public law is constituted by states and, on the other hand, states are constituted by international public law? – This is thus the leading question of the article, which firstly focuses on the paradox of law, namely that law is built on law. The legal foundation can, neither in national legal systems, nor in international public law, be externalised in a convincing way. Whereas both Kelsen's 'basic norm' and H.L.A. Hart's ultimate rule of recognition oscillate between facts and norms, natural law is only law for those who believe in natural law. The plurality of possible observer positions leads to the conclusion that no homogeneity can be observed concerning legal reflection theory in national and international legal systems. There is no consensus regarding the foundations of these legal systems.

Secondly, the fundamental paradox of the political system can not be harmonised. In a similar way as in the concept of "natural rights", described by Jeremy Taylor (1613-1667) – "The right of nature is a perfect and universal liberty to do whatsoever can secure or please me" – 'equal sovereignty' as a "natural state's right" is a paradox. Consequently, Georges Scelle, Gustav Radbruch and Hans Kelsen stressed the ambiguities of a world of sovereigns, as exposed for example in the Kantian draft of a perpetual peace. Under Kant's proposal, the states would not be bound by international legal obligations and even *pacta sunt servanda* could not have any legal binding effect. Yet Kant failed to explain how it would be possible that free and sovereign nation states get into a situation dominated by legal procedures. His perspective of a "perpetual peace" is therefore strangely oscillating between absolute sovereignty (later developed by Hegel) and a legal status that is neither *status civilis* nor *status naturalis*.

It is not specifically international public law that has to live with these fundamental paradoxes. Also the national subsystems deal with autological operations, connect operation with operation and render the 'mystical foundations' (Jacques Derrida) of their authority inconspicuous. However, neither legal theory nor philosophy has detected the ultimate reflection-paralysis for these paradoxes, but legal practice through the process of self-created constitutions. For this reason, a constitution – as a special form of structural coupling between the political and legal system – is an evolutionary achievement. It interrupts the fundamental circles of the political system's paradox of limited sovereignty and the fundamental paradox of law, which consists in the fact that law defines law. On the inside of this coupling, the mutual irritation of politics and law is facilitated, constitutionally legalised, and, on the outside, the mutual irritation is, if possible, excluded, and, in all cases, illegalised. Thus, politics and the administration of justice are supposed to interact "only constitutionally" – and not differently. Under the condition that other possibilities are excluded, the mutual influence can be enormously increased.

The Global Constitution exists as a reflection paralysis for politics and law and as a special form of structural coupling of two different systems into a decision making unity: The International Community. In the operations of the global legal and the global political system (that is segmentally second differentiated into states) one can observe emerging rules and principles. Civil society, states and other political actors evoke these principles, but it is the autopoietic legal system that itself defines what is inside and what is outside and how to apply the legal code legal/illegal. All operations using this code are legal operations, but not all of

them can transport the symbol of validity. The questions whether first this symbol is transported or not and whether second this is a norm-projection or a norm can only be decided in the centres of the legal system, namely the Courts.

The global legal system finds its networking centres in *global remedies* at the national, supranational and international levels. Not only ICTY, ICTR, ICC and ICJ decide on transnational issues but also – as e.g. the *Pinochet* case shows – national courts. George Scelle called this a ‘*dédoublement fonctionnel*’. So, global law exists as a system with its centres in *global remedies* with national, international and supra-national political support and global governance exists as an autopoietic system with national, international and supra-national legal frameworks. Following the traditional classification, the Global Constitution – in other words the institution on the global level which performs as a structural coupling between the political and judicial systems – can be divided into: (1) Jurisdiction norms (global remedies rules), (2) *Jus cogens* as ‘*Formelles Verfassungsrecht*’ in the formulation of Hans Kelsen and (3) Norms that norm how norms are validated (Art. 38 ICJ Statute).

But the functional equivalent of national constitutions in world society is not a democratic constitution, as the authors of the Global Constitution are not the global demos but the states. A democratisation could and should be achieved acknowledging norm-building processes in civil society, as Judge van den Wyngaert has put it in her dissenting opinion in the arrest warrant case: “Advocacy organizations, such as, Amnesty International, Avocats sans Frontières, Human Rights Watch The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) and the International Commission of Jurists, have taken clear positions on the subject of international accountability. This may be seen as the opinion of civil society, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today [...] The Court fails to acknowledge this development, and does not discuss the relevant sources.” This is one possible reformulation of legal instauration processes that are independent from international public law. Yet it is too narrow, as the *opinio juris* of civil society is more than only the opinion of their most prominent and eloquent actors, the NGOs. Nevertheless, van den Wyngaert’s formulation is a promising step towards a reformulation of the *lex humana*, a global legal norm in the post-modern *ius gentium* that is validated in scandalisation processes. This generic legal pluralism should be observed by international public law as otherwise the contradiction between *lex humana* and international public law “peut alors engendrer des ruptures de solidarité qui se traduisent par des révolutions”. (George Scelle).

Beside its democratic deficit the political Global Constitution suffers from the restricted jurisdiction of *global remedies*, whereas especially the restraints of legal control towards security council resolutions and the lacking obligatory jurisdiction of the ICJ have to be mentioned. This partial failure of global constitutional power separation leads to the problem of symbolic constitutionalism. In the periphery of law legal-dogmatic intents of justification of humanitarian interventions – for example in Kosovo – claim autologically the core values of the international community, partially supported by well-known specialists of topics of moral philosophy. But because of the restricted jurisdiction of *global remedies*, these norm projections can not be examined by a fully closed legal system. As long as global law did not – for example by enlarging the principle of universal jurisdiction or by re-strengthening the *erga omnes* principle – achieve universal jurisdiction on issues of use of force in world society, there is no right of humanitarian intervention and especially no global constitutional right of humanitarian intervention.