

Max-Planck-Institut für  
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

---

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 287

Martin Philipp Sommerfeld

# Staatensoeveränität und ius cogens



**MAX-PLANCK-INSTITUT**  
FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT  
UND VÖLKERRECHT

Beiträge zum ausländischen öffentlichen  
Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Herausgegeben von  
Armin von Bogdandy • Anne Peters

Band 287

Martin Philipp Sommerfeld

# Staatensouveränität und ius cogens

Eine Untersuchung zu Ursprung und  
Zukunftsfähigkeit der beiden Konzepte im  
Völkerrecht

*State Sovereignty and ius cogens*  
*An Analysis of Origin and Sustainability of Both Concepts in International Law*  
(English Summary)

 Springer

ISSN 0172-4770

ISSN 2197-7135 (electronic)

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

ISBN 978-3-662-59628-9

ISBN 978-3-662-59629-6 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-59629-6>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer

© Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit macht auf den ersten Blick – taktisch gesehen – alles falsch, was man bei der Wahl des Dissertationsthemas nur falsch machen kann. Statt sich auf ein abgrenzbares und beherrschbares Rechtsproblem zu konzentrieren und dieses detailliert zu erörtern (wie es die meisten Ratgeber zur effizienten Bewältigung einer Dissertation empfehlen), beschäftigt sie sich mit dem Verhältnis von Staatensouveränität und *ius cogens*. Die Beschäftigung nur mit einem der beiden (Rechts-)Prinzipien, würde für sich genommen mehr als ausreichen, um zahlreiche Dissertationen zu füllen. Hinzu kommt, dass die Arbeit versucht, diese Prinzipien aus rechts- und ideengeschichtlicher Perspektive zu beleuchten.

Ein Vorhaben, dessen vollständige Realisierung schon von Beginn an aufgrund der Unmenge an historischen Quellen und an juristischer Literatur zu den geschichtsträchtigen Prinzipien zum Scheitern verurteilt war. Dennoch war das vermeintliche Scheitern bei der Bewältigung meines Vorhabens für mich als Autor fachlich sehr gewinnbringend und interessant, so dass aus meinem Scheitern diese Arbeit entstanden ist. An dieser Arbeit möchte ich gerne den geneigten Leser in der Hoffnung teilhaben lassen, dass meine Untersuchung zumindest einen kleinen Beitrag zum historischen Verständnis des *ius cogens* zu leisten vermag und auch juristisch interessiert. Insofern ist Anspruch dieser Arbeit nicht mehr – aber auch nicht weniger – als einen schmalen Spalt zu öffnen, durch den ein Blick auf die Gesamtzusammenhänge geworfen werden kann, deren Erforschung diese Arbeit gewidmet ist.

Am Anfang dieser Arbeit stand mein geschichtliches Interesse. Dieses blieb mir trotz meiner „Vernunftfehe“ mit der Rechtswissenschaft stets erhalten, sodass ich mich während meines Jura-Studiums an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau für den Schwerpunktbereich Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung entschied.

Im Studium des Schwerpunktbereichs begann ich mich – zunächst anhand eines Seminars zur Wolfenbüttler Bilderhandschrift des Sachsenspiegels bei Prof. Bernd Kannowski – mit mittelalterlichen Herrschaftsverständnissen zu beschäftigen. Fasziniert vom mittelalterlichen Gedanken der Rechtseinheit, der im Sachsenspiegel meines Erachtens deutlich hervortritt, war es – für mich überraschend – trotz der

großen historischen Zeitspanne nur ein kleiner gedanklicher Schritt zu der Gedankenwelt Hans Kelsens. Kelsen, berühmt für seine reine Rechtslehre, beschäftigte sich früh mit dem Konzept der mittelalterlichen Rechtseinheit und dem Weltbild Dante Alighieris, die beide für seine Vorstellungen von Staatensouveränität und einer internationalen Gemeinschaft prägend waren. Es faszinierte mich, dass theoretische juristische Gebilde – trotz der Trennung durch rund 700 Jahre – eine starke Ähnlichkeit aufwiesen und – nach meinem Empfinden – sehr ähnliche abstrakte Gedankenmuster auf gänzlich unterschiedliche Lebenswelten zur Anwendung kamen.

Von der durch den mittelalterlichen Einheitsgedanken inspirierten Theorie Kelsens war es gedanklich abermals nicht allzu weit zu Alfred Verdross – und dessen Überlegungen zur „Einheit des rechtlichen Weltbildes“ – und von dort zum völkerrechtlichen *ius cogens*. Von Verdross Einheit des rechtlichen Weltbildes war es indes abermals nur ein kleiner Schritt „zurück“ zum mittelalterlich-katholischen Mehrebenensystem der *res publica christiana*. Ebenso wie Verdross beschäftigten sich auch die hierokratischen Autoren des Mittelalters mit der Frage, ob ein an der Spitze des Rechts gedachter Souverän durch – für ihn – nicht dispositive Normen gebunden war. Dabei wiesen die Vertreter der *res publica christiana* abermals Gedankengänge auf, die wiederum Ähnlichkeiten zur Vorstellung der Rechtseinheit im juristischen Weltbild Kelsens hatten. Zugleich war es dieser Einheitsgedanke, den ich auch in den Werken von Marsilius von Padua, Jean Bodin und Thomas Hobbes wiederzufinden meinte. Je mehr ich mich mit diesen Autoren beschäftigte, desto stärker traten für mich die inhaltlichen Ähnlichkeiten hervor. Die verschiedenen Autoren schienen mir ideengeschichtlich über große historische Abstände hinweg eng verwoben. Es zeigten sich für mich – zunächst verschwommene – Ideenmuster in der Rechtsgeschichte, die mich zunehmend faszinierten und mit denen ich mich nach dem ersten juristischen Staatsexamen „zur Belohnung“ beschäftigen wollte.

Aus dieser Belohnung und einem zunächst sehr ungenauen Vorhaben, das auf rein privatem Interesse beruhte, wuchs die Ihnen nun vorliegende Arbeit, die – bei weitem – keinen Anspruch auf wissenschaftliche Vollständigkeit erheben kann. Ihren Ursprung nicht in strategischen Überlegungen zur Bewältigung einer Dissertation sondern in der Lust am Erkenntnisgewinn nehmend, hat sie mich über die Jahre durch einige Höhen und zahlreiche Tiefen geführt. Wie wichtig es gewesen wäre, den Stoff vorab stärker einzugrenzen, ist mir erst im Prozess und im Nachhinein schmerzhaft bewusst geworden. Andererseits war es aber gerade mein Bedürfnis, „frei“ und nicht nach „Lehrplan“ zu studieren und dabei die von mir ausgemachten Muster in der (Völker-)Rechtsgeschichte zu verfolgen, das mich auch während der fachlichen und motivatorischen Tiefphasen dieser Arbeit immer wieder angetrieben hat.

Hätte ich mich dagegen entschieden, diese Muster zu verfolgen und stattdessen gezwungen, meinen Fokus allein auf einzelne Quellen im Mittelalter oder Teilsträge der modernen *ius cogens*-Debatte zu richten, so wäre das gefertigte Bild mit Sicherheit um einiges akkurater geworden. Auch wäre die Arbeit weniger – berechtigter – Kritik ausgesetzt und sicherer im Ergebnis geworden.

Jedoch hätte ein scharfes Detailbild, von denen es ohnehin zahlreiche ausgezeichnete in der Rechtsgeschichtswissenschaft und im Völkerrecht gibt, eben die großen und verschwommenen Zusammenhänge nicht skizzieren können, die mein ursprüngliches Erkenntnisinteresse begründen.

Dementsprechend muss ich die Unschärfe der vorliegenden Arbeit als Preis für mein Erkenntnisinteresse akzeptieren und hoffe, dass sie zumindest bei manchen Lesern ein Bewusstsein und Interesse an den von mir ausgemachten historischen Gedankenmustern schafft. Um die Arbeit nicht „ad infinitum“ weiterzuschreiben, entschloss ich mich zudem während meines Referendariats am Kammergericht Berlin Anfang 2015 dazu, jüngere Arbeiten zum Thema *ius cogens* ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vollumfassend zu würdigen. Dementsprechend wird auf einige Arbeiten zur Theorie des *ius cogens*, die nach 2015 erschienen, wie etwa neuere Arbeiten von Robert Kolb und Thomas Weatherall, nur verwiesen, ohne sie eingehend studiert und in die vorliegende Arbeit gebührend eingearbeitet zu haben. Auch dies ist ein Preis, den ich in Kauf genommen habe, um die vorliegende Arbeit fertigstellen zu können, denn die Geburt meiner Kinder, meine neue Rolle als Vater und meine ebenso neue berufliche Tätigkeit als Jurist haben mir gezeigt, dass jenseits der Ideengeschichte auch die Gegenwart ein reizvolles – und überaus zeitraubendes – Vorhaben sein kann.

Mein Dank gilt vielen Menschen und Institutionen gleichermaßen. Nennen möchte ich, neben der Betreuerin meiner Arbeit, Frau Prof. Silja Vöneky, insbesondere die Heinrich-Böll-Stiftung, deren finanzielle und ideelle Unterstützung die Fertigstellung erst ermöglicht hat. Weiterhin möchte ich meiner Frau und meinen Eltern ebenso danken, wie zahlreichen Weggefährten (und „Leidensgenossen“) und Freunden aus verschiedenen Fachdisziplinen, mit denen ich zahlreiche Monate und Jahre in der Bibliothek verbracht, studiert und diskutiert habe. Weiterhin gilt mein Dank auch Prof. Anne Peters und Prof. Armin von Bogdandy, die es mir ermöglicht haben, meine Arbeit in der „Schwarzen Reihe“ zu veröffentlichen.

Berlin, Deutschland  
Mai 2019

Martin Philipp Sommerfeld

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel 1: Einleitung</b> .....	1
1. Problemlage: Das Verhältnis von <i>ius cogens</i> , Staatensouveränität und <i>ius publicum</i> .....	1
a) Das Paradoxon der Normsetzung.....	1
b) Der Wandel des Völkerrechts.....	4
c) Bedeutung und Unklarheiten des <i>ius cogens</i> -Konzepts.....	6
aa) Unklarheiten hinsichtlich der Funktion des <i>ius cogens</i> .....	7
bb) Unklarheiten hinsichtlich des <i>ius cogens</i> -Normgebers.....	8
(1) Der Norminhalt als Setzer zwingender Normen.....	8
(2) Die internationale Gemeinschaft als Normsetzer.....	10
(3) Die verschwommene Dichotomie des <i>ius cogens</i> und die Theorienvielfalt.....	10
d) Die Wirksamkeit des <i>ius cogens</i> .....	11
e) Die Kernthese der vorliegenden Arbeit.....	12
aa) Die gemeinsamen, rechtshistorischen Wurzeln.....	13
bb) Der rechtshistorische Erkenntnisgewinn.....	13
2. Gang der Untersuchung und methodisches Vorgehen.....	16
3. Methodische Bedenken.....	17
a) Die rechtliche Aussagekraft ideengeschichtlicher Arbeiten.....	17
b) Die historische Aussagekraft ideengeschichtlicher Arbeiten.....	17
c) Das Potenzial ideengeschichtlicher Arbeiten.....	18
4. Begriffliche Vorüberlegungen.....	19
5. Zwischenergebnis.....	20
<b>Kapitel 2: Begriffliche Grundlagen</b> .....	23
1. Der Begriff des <i>ius cogens</i> .....	23
a) Die formaljuristische Komponente.....	24
b) Die metarechtliche Komponente.....	28

2.	Der Begriff der Legitimität/Legitimierung/Legitimation .....	32
a)	Die Dichotomie juristischer Legitimation.....	32
b)	Wandel und Bedeutungsverlust des Legitimationsbegriffs .....	36
c)	Das fortbestehende Interesse an der Legitimation .....	39
3.	Der Begriff der Souveränität in der Geschichte des Rechts .....	39
a)	Ursprünge des Begriffs der Souveränität .....	39
b)	Die Neufassung durch Jean Bodin.....	40
4.	Zwischenergebnis.....	42
<b>Kapitel 3: Antike Wurzeln der „öffentlichen“ Rechtsidee .....</b>		<b>45</b>
1.	Nichtrömische Ursprünge der Souveränitätsidee.....	45
a)	Souveränität und alttestamentarische Rechtstradition .....	45
aa)	Die ideengeschichtliche Fortwirkung biblischer Motive .....	45
bb)	Das Bild des höchsten Richters als Geltungssymbol öffentlichen Rechts.....	46
b)	Souveränität und die aristotelische Lehre: Polis und oikos .....	48
aa)	Der Mensch als Ausgangspunkt.....	49
bb)	Das Allgemeinwohl als ethischer Referenzmaßstab.....	51
2.	Römische Wurzeln des <i>ius cogens</i> und der Souveränitätsidee.....	55
a)	Cicero und das Konzept des zwingenden Rechts.....	55
aa)	Öffentliches Recht und Anerkennung .....	55
bb)	Die absolute Rechtssouveränität des Menschen: seine Selbstgesetzgebung .....	57
cc)	Die Legitimation des zwingenden Rechts: die Orientierung an der Ursache.....	59
b)	<i>ius cogens</i> im römischen Recht .....	62
aa)	Die Zuordnung über den <i>public interest</i> .....	62
bb)	Das Allgemeinwohl als Grund der Rechtsverbindlichkeit .....	65
cc)	Die <i>obligatio erga omnes</i> und die römische Rechtsdogmatik.....	69
c)	Ausblick: Die Fernwirkung des römischen-ciceronischen Denkens.....	70
aa)	Setzung und Verbindlichkeit zwingender Gemeinschaftsnormen.....	70
bb)	Die historische Fortwirkung der antiken Dogmatik .....	71
cc)	<i>res publica</i> und Demokratie .....	72
dd)	Die philosophische Überlieferung.....	74
ee)	Die Bedeutung des antiken Gedankenguts für das Völkerrecht .....	75
3.	Zwischenergebnis.....	76
<b>Kapitel 4: Staatensouveränität im Mittelalter .....</b>		<b>79</b>
1.	Souveränität des Staates im Mittelalter? .....	79
2.	Zum Begriff des öffentlichen zwingenden Rechts im Mittelalter .....	84
3.	<i>lex humana</i> und göttliches Recht .....	86
4.	Die Idee der göttlichen Rechtseinheit .....	89

5.	Organschäftliches Staatsverständnis und Nominalismus .....	93
	a) Organschäftliche Staatsauffassung und menschliche Bedürftigkeit .....	93
	b) Der Universalienstreit .....	95
	aa) <i>via antiqua</i> .....	95
	bb) <i>via moderna</i> .....	95
	cc) Die Konstruktion der Herrschaft durch „ <i>nomina</i> “ .....	99
	dd) Konsequenzen für das Herrschaftsverständnis .....	100
	ee) Das Bedürfnis nach Legitimation .....	100
6.	utilitas publica im frühen Mittelalter.....	101
	a) Die europäische Tradition und der Bruch durch die Völkerwanderung .....	101
	b) Augustinus .....	102
	aa) Die Christianisierung in der Spätantike .....	102
	bb) <i>iuris consensus</i> .....	103
	cc) Der Bedeutungszuwachs der Religion .....	103
	dd) Das Fortbestehen des ciceronischen Erbes.....	104
	c) Isidor de Sevilla.....	104
	d) Das Beispiel der <i>lex visigothorum</i> und die karolingische Epoche.....	106
	aa) Die <i>leges visigothorum</i> .....	106
	bb) Die Karolinger .....	107
7.	Hochmittelalterliche Komponenten der Souveränitätsidee .....	108
	a) Die Ungebundenheit als Merkmal souveräner Kompetenz.....	109
	b) Die <i>lex regia</i> als Grundlage der Volkssouveränität? .....	113
	aa) Die <i>lex regia</i> und die Selbstgesetzgebung des Menschen.....	113
	bb) Die <i>lex regia</i> und die Rom-Idee.....	114
	cc) Die <i>lex regia</i> und das Bedürfnis nach nationaler Autonomie.....	116
	dd) Die <i>lex regia</i> als Indiz für Volkssouveränität im Mittelalter?.....	119
	ee) Göttliche Allmacht und menschliche Freiheit .....	121
	c) <i>quod omnes tangit</i> .....	123
	d) Das Verhältnis von Herrschergewalt und Rechtsverbindlichkeit.....	131
	aa) Der Wille als Ursprung juristischer Deduktion.....	131
	bb) Die pragmatische Begrenzungsbegründung .....	133
	cc) Die Einordnung in das christliche Weltbild als Geltungsbegründung .....	133
8.	Das zwingende Recht der christlichen Völkergemeinschaft .....	138
	a) Das Papsttum und die christliche Völkergemeinschaft .....	138
	aa) Der Wandel im päpstlichen Selbstverständnis .....	138
	bb) Der Herrschaftsanspruch in Bezug auf die <i>res</i> <i>publica christiana</i> .....	140
	cc) Herausbildung von Staatensouveränität und völkerübergreifenden <i>ius cogens</i> .....	144
	b) Der imperiale Herrschaftsanspruch .....	147
	aa) Der Autonomiegedanke des kaiserlichen Rechts.....	147
	bb) Die Rolle des Papstes nach imperialer Auffassung .....	150

9. Moderner Positivismus und Demokratie im Spätmittelalter? .....	151
a) Zwang oder Ethik als Grundlage der Rechtsverbindlichkeit?.....	151
b) Die römisch-rechtlichen Wurzeln .....	158
c) Zusammenfassung.....	161
10. Francisco de Vitoria als Prophet des <i>ius cogens</i> ?.....	164
a) Der allgemeine Konsens als Ausgangspunkt juristischer Operativität.....	164
b) Verbindlichkeit des zwingenden Rechts .....	165
c) Übertragung des <i>consensus omnium</i> auf das Völkerrecht .....	166
d) Zusammenfassung .....	167
11. Zwischenergebnis.....	168
<b>Kapitel 5: ius publicum und Souveränität im Denken von Bodin, Hobbes und Kant .....</b>	<b>173</b>
1. Die Souveränitätskonzeption Jean Bodins .....	173
a) Die Intention des Jean Bodin .....	173
aa) <i>Bodin</i> als Schöpfer einer neuen Staatsidee? .....	174
bb) Souveränität, Frieden und die tradierte französische Staatslehre .....	177
b) Die Überwindung der Gewalt durch den Verstand als Leitmotiv der Souveränität.....	179
aa) <i>Bodin, Augustinus</i> und der Ursprung der irdischen Gewalt .....	179
bb) <i>Bodin</i> und <i>Aristoteles</i> .....	181
c) Der Mensch als Argument der Rechtsverbindlichkeit .....	182
d) Traditionelle republikanische Elemente.....	185
e) Zusammenfassung.....	186
2. Die Souveränitätskonzeption des Thomas Hobbes .....	188
a) Traditionelle naturrechtliche Elemente in der hobbesschen Theorie .....	188
aa) Das Theorem der menschlichen Freiheit .....	191
bb) Das Axiom der Selbsterhaltung.....	194
b) Der Naturzustand als Gedankenexperiment.....	195
c) Der Herrschaftsvertrag als Grundlage juristischer Operativität .....	198
d) Der Herrschaftsvertrag als Grundlage einer ethischen Rechtsreflexion.....	200
aa) Das Erfordernis formaler Rückführbarkeit .....	200
bb) Das Erfordernis ethischer Rückführbarkeit .....	200
e) Die ethische Rechtsbegründung als Schutzverantwortung .....	203
f) Die Unsinnigkeit eines Widerstandsrechts .....	204
g) Religion, Recht und Ethik bei <i>Hobbes</i> .....	207
h) Das Erfordernis empirischer Rationalitätsbedingungen für die Rechtsverbindlichkeit.....	210
i) Die Analogie vom Individuum zum Staat.....	212
3. Zwingendes Recht und Staatensouveränität bei Kant .....	217
a) Das Konzept der Republik bei Kant.....	217
b) Struktur des vertraglichen Völkerbundes .....	221
c) Zusammenfassung.....	222
4. Zwischenergebnis.....	226

**Kapitel 6: Die Völkerrechtstheorie des 19. und 20. Jahrhunderts**..... 229

1. Rechtserwartungen und ihre Auswirkungen auf die Debatte im 19. und 20. Jahrhundert..... 229
  - a) Die internationale Rechtsgemeinschaft als Grundhypothese..... 229
  - b) Die Grundhypothese als Wahlhypothese ..... 230
  - c) Die Veränderungen im 19. und 20. Jahrhundert..... 231
2. Das Bedürfnis nach absoluter Souveränität ..... 231
  - a) Die Rechtserwartung des Nationalismus und das „subjektive Prinzip“ ..... 231
  - b) Zum Hintergrund: Protestantismus, Industrialisierung und Rationalisierung ..... 233
  - c) Voluntarismus, Realismus und *ius cogens* ab dem späten 19. Jahrhundert..... 237
    - aa) Der verdinglichte Staat ..... 240
    - bb) Der Staat als Voraussetzung zwingenden Rechts ..... 243
  - d) Das fortbestehende Bedürfnis nach Staatensouveränität ..... 247
3. Das Bedürfnis nach einer internationalen Rechtsgemeinschaft..... 251
  - a) Die Wesensgleichheit des Völkerrechts?..... 251
  - b) Folgerungen aus der Annahme der Wesensgleichheit..... 259
    - aa) Anwendbarkeit der *res publica*- Konzeption auf internationaler Ebene..... 259
    - bb) Das Verständnis des Staates als Teilrechtsordnung des Völkerrechts?..... 261
  - c) Das Bedürfnis hinter der Annahme einer internationalen Rechtsgemeinschaft..... 263
4. Zwischenergebnis..... 269

**Kapitel 7: Ansätze zur inhaltlichen Bestimmung des *ius cogens***..... 271

1. *ius cogens* als public interest-Normen ..... 271
2. Die Inhalte der nationalen Rechtsordnungen als Ausgangspunkt..... 273
  - a) Die rechtsvergleichende Methode zur Gewinnung zwingenden Völkerrechts..... 273
  - b) Kritik an der rechtsvergleichenden Methode..... 275
    - aa) Der Einwand der unzulässigen Analogie ..... 275
    - bb) Der Einwand der fehlenden Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht..... 276
    - cc) Die rechtsvergleichende Methode als Wiederbelebung „äußeren Staatsrechts“? ..... 277
    - dd) Der Einwand fehlender Akzeptanz..... 279
3. Das Weltgewissen als Generalklausel in Form des *ius cogens*?..... 280
  - a) Das Rechtsbewusstsein der Völker als Grundlage der *Civitas Maxima*..... 280
  - b) Die praktische Relevanz dieser Lehre für die Entwicklung des *ius cogens* ..... 283
  - c) Die Kritik am Korrektiv des globalen Rechtsbewusstseins ..... 284
    - aa) Die formal-positivistische Kritik am „Globalen Gewissen“..... 284
    - bb) Rechtsstaatliche Bedenken gegen *ius cogens* als Sittenwidrigkeitsklausel ..... 286

cc) Die rechtsethische Kritik am „Globalen Gewissen“ .....	288
dd) Die rechtsoziologische Berechtigung dieser Ansicht .....	290
4. Die Vereinbarung als Mittel zur Begrenzung des Rechts.....	295
a) Die Idee der Vereinbarung und die q.o.t.-Formel.....	295
aa) <i>quod-omnes-tangit</i> als Konzept der internationalen Rechtsgemeinschaft.....	296
bb) <i>quod omnes tangit</i> und die Begründung zwingender Normen .....	297
b) <i>ius cogens</i> und <i>obligatio erga omnes</i> in den Lehren von <i>Jellinek</i> und <i>Anzilotti</i> .....	300
c) Zwingendes Recht und multilaterale Vereinbarungen .....	304
aa) Die Fragmentierung der Weltgemeinschaft durch regionales <i>ius</i> <i>cogens</i> ?.....	305
bb) <i>ius cogens</i> und funktionale Souveränität.....	307
cc) Die tradierte Dogmatik im europäischen Recht.....	308
dd) Die römische Dogmatik im allgemeinen Völkerrecht .....	310
d) Kritik an der Vereinbarung als Grundlage zwingenden Völkerrechts.....	314
aa) Rechtsdogmatische Bedenken .....	314
bb) Rechtsethische Bedenken .....	318
cc) Globale Konstitutionalisierung als Gefahr für Rechtsstaatlichkeit und Legitimität.....	319
5. Common good als ethische Begründung der <i>res publica</i> ? .....	322
a) Das Bedürfnis nach Rechtslegitimation .....	322
b) Das Konzept der <i>utilitas publica</i> in der Völkerrechtsliteratur.....	324
aa) Die rechtshistorische Funktion des Allgemeinwohls.....	324
bb) Das Allgemeinwohl als Referenzmaßstab normativer Legitimation .....	325
c) Das Allgemeinwohl als Legitimationsmaßstab im „Nuclear Weapon“-Gutachten .....	329
aa) Das Konzept Shahabudeens im Nuclear-Weapons-Gutachten des IGH .....	329
bb) Frühere Rechtsprechung des IGH .....	330
d) Die Kritik an reziproken Ansätzen: Menschenrechte vs. menschliches Recht? .....	331
aa) Die Annahme „nicht verhandelbarer Werte“.....	332
bb) Die Notwendigkeit einer sinnvollen Entscheidung .....	333
cc) Die Möglichkeit eines sinnvollen Diskurses.....	333
6. Zwischenergebnis.....	339
<b>Kapitel 8: Funktion des <i>ius cogens</i></b> .....	343
1. Formelle Rechtsvoraussetzungsnormen.....	343
a) Formelle Rechtsvoraussetzungsnormen als Teil des <i>ius cogens</i> ? .....	344
b) Die mangelnde praktische Relevanz der Frage.....	346

- 2. Anwendung des *ius cogens* auf unilaterale Akte..... 346
  - a) Argumente gegen die Erfassung unilateraler Akte durch *ius cogens* ..... 347
  - b) Argumente für die Erfassung unilateraler Akte durch *ius cogens*..... 349
    - aa) Vorbehalte gegen Verträge, die *ius-cogens* Normen kodifizieren oder deklarieren..... 349
    - bb) Allgemeine Erwägungen ..... 350
    - c) Sinn und Zweck der Nichtigkeitssanktion ..... 351
- 3. Zwischenergebnis..... 353

**Kapitel 9: Das Bedürfnis nach ethischer Rechtskontrolle in der Völkerrechtspraxis** ..... 355

- 1. Die Fragestellung des vorliegenden Kapitels..... 355
  - a) Das Nuclear-Weapons-Gutachten ..... 355
    - aa) Naturzustand und ethische Analogie..... 356
    - bb) Das *Lotus-Urteil* und die Staatensouveränität..... 356
    - cc) Die vorliegende These ..... 356
  - b) Die Thematik der Entscheidung „Armed activities on the territory of the congo“ ..... 357
- 2. „Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons“ und Art. 51 UN Charta ..... 357
  - a) Fragestellung und mehrheitliche Stellungnahme des IGH ..... 357
    - aa) Der Staat als ethischer Zweck des Völkerrechts?..... 359
    - bb) Die Zweifel der Richter..... 361
  - b) Die problematische ethische Gleichsetzung von Mensch und Staat..... 362
    - aa) Die ideengeschichtliche Interpretation des Selbstverteidigungsrechts..... 363
    - bb) Die Problematik der ethischen Analogie ..... 364
  - c) Ein neuer Ansatz zur Begrenzung staatlicher Souveränität?..... 365
    - aa) Ansätze zur ethischen Begrenzung des positiven Rechts..... 366
    - bb) Die Abkehr vom Lotus-Prinzip ..... 367
  - d) Die Kritik am vermeintlich neuen Ansatz..... 368
  - e) Die Notwendigkeit der Trennung zwischen Faktizität und Normativität ..... 373
  - f) Die Notwendigkeit einer ethischen Korrektur des positiven Rechts ..... 375
- 3. Armed Activities on the territory of the Congo (Congo vs. Ruanda) ..... 378
  - a) *ius cogens* als Sittenwidrigkeitsklausel..... 378
    - aa) Die Position der Richtermehrheit ..... 380
    - bb) Sondervoten Koroma und Mavungo..... 381
    - cc) Alternative Begründung Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada und Simma ..... 382
    - dd) Die Erläuterungen von Dugard..... 383
  - b) Das fortbestehende Bedürfnis nach absoluter Souveränität ..... 385
- 4. Zwischenergebnis..... 387

**Kapitel 10: Schlussbetrachtung** ..... 389

1. ius Publicum und res publica ..... 389

2. Die Entstehung von Staatensouveränität, ius cogens und der  
staatlichen Schutzverantwortung..... 390

3. Die Mechanisierung der Rechtswissenschaft..... 390

4. Die Renaissance des Naturrechts ..... 391

5. Die Zirkularität des Völkerrechts ..... 391

6. ius publicum als zukunftsweisendes Konzept? ..... 392

**English Summary**..... 395

**Weiterführende Literatur**..... 399

# Kapitel 1: Einleitung



## 1. Problemlage: Das Verhältnis von *ius cogens*, Staatensouveränität und *ius publicum*

### a) *Das Paradoxon der Normsetzung*

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den Möglichkeiten der Implementierung und Begründung zwingender Völkerrechtsnormen (*ius cogens*) in Anbetracht der staatlichen Souveränität. Obwohl sich das Konzept des *ius cogens* in Rechtswissenschaft<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Aus der umfangreichen Literatur etwa *Akehurst M.*, The Hierarchy of the Sources of International Law, *British Yearbook of International Law* 47 (1976), 273; *Alexidze L.*, Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye* 172 (1981), 218; *Allain J.*, The jus cogens Nature of non-refoulement, *International Journal of Refugee Law* 13 (2001), 533; *Conference on international law/Lagonissi/April 3–8 1966* (Hg.), The concept of jus cogens in international law, 1967; *Christenson G. A.*, Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society, *Virginia Journal of International Law* 28 (1986), 585; *Criddle E. J./Fox-Decent E.*, A Fiduciary Theory of Jus Cogens, *Yale Journal of International Law* 34 (2009), 331; *Danilenko G. M.*, International Jus Cogens: Issues of Law-Making, *European Journal of International Law* 2 (1991), 42; *Frowein J. A.*, Zum Begriff und zu den Folgen der Nichtigkeit von Verträgen im Völkerrecht, 107, in: H. Ehmke/J. H. Kaiser/W. A. Kewenig/K. M. Meessen/W. Rüdner, *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, 1973; *Gaja G.*, Jus Cogens, Beyond the Vienna Convention, *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye* 172 (1981), 271; *Geamanu G.*, „Jus cogens“ en droit international contemporain., *Revue roumaine d'études internationales*, 1967, 87; *Gómez Robledo A.*, Le ius cogens international, Sa genèse, sa nature, ses fonctions, *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye* 172 (1981), 13; *Hannikainen L.*, Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law, Historical Development, Criteria, Present status, 1988; *Kolb R.*, The formal source of Ius Cogens in public international law, *Zeitschrift für öffentliches Recht = Austrian Journal of Public and International Law* 53 (1998), 69; *Kolb R.*, *Théorie du ius cogens international*, *Essai de relecture du*

und Rechtsprechung<sup>2</sup> zunehmender Bedeutung erfreut, ist bis heute ungeklärt, ob und wie zwingendes Recht rechtsdogmatisch gegenüber dem souveränen Staat gesetzt und begründet werden kann.<sup>3</sup> Dabei zielt die primäre dogmatische Schwierigkeit auf den vermeintlich paradoxen<sup>4</sup> Umstand, dass der Staat einerseits die Regeln des Völkerrechts festlegen und andererseits in seinem Handeln an sie gebunden sein

---

concept, 1. Aufl. 2001; *Mann F. A.*, The Doctrine of Jus Cogens in International Law, 399, in: H. Ehmke/J. H. Kaiser/W. A. Kewening/K. M. Meessen/W. Rübner, Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 1973; *Marek K.*, Contribution à l'étude du jus cogen en droit international, 426, in: Institut universitaire de hautes études internationales, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, 1968; *Martensen J.*, Ius Cogens im Völkerrecht, Gibt es bindende Normen des Völkerrechts, die durch völkerrechtliche Verträge nicht aufgehoben werden können?, 1971; *Mosler H.*, Ius Cogens im Völkerrecht, 9, in: Schweizer Vereinigung für internationales Recht, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, 1968; *Münch F.*, Bemerkungen zum ius Cogens, 617, in: R. Bernhardt, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler, 1983; *Murty B. S.*, Jus Cogens in International Law, Some observations in the light of the papers circulated, 79, in: Conference on international law/Lagonissi (Greece)/April 3–8 1966, The concept of jus cogens in international law, Papers and proceedings, 1967; *Nieto Navia R.*, International peremptory norms („jus cogens“) and international humanitarian law, Man's inhumanity to man / ed. by Lal Chand Vohrah ... [et al.], 2003; *Orakhelashvili A.*, Peremptory Norms in International Law, 2006; *Paulus A.*, Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation – An Attempt at a Re-appraisal, Nordic Journal of International Law 74 (2005), 297; *Reimann H. B.*, Ius cogens im Völkerrecht: Eine quellenkritische Untersuchung, 1971; *Rozakis C. L.*, The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties, 1976; *Saladin P.*, Völkerrechtliches ius Cogens und schweizerisches Landesrecht, 67, in: G. Jenny/W. Kälin, Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Dargeboten von der juristischen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, 1988; *Schweitzer M.*, Ius cogens im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 15 (1971), 197; *Schwarzenberger G.*, International Jus Cogens?, Reprint from March, 1965, Issue of the Texas Law Review, 117, in: Conference on international law/Lagonissi (Greece)/April 3–8 1966, The concept of jus cogens in international law, Papers and proceedings, 1967; *Suy E.*, The concept of Jus Cogens in Public International Law, 17, in: Conference on international law/Lagonissi (Greece)/April 3–8 1966, The concept of jus cogens in international law, Papers and proceedings, 1967; *Tomuschat C.*, Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Concluding Observations, 417, in: C. Tomuschat/J. M. Thouvenin, The fundamental Rules of the International Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, 2006; *Trindade, A. A. C.*, Jus Cogens: The Determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international Case-Law, 2012, Organization of American States; *Verdross A.*, Jus Dispositivum und Jus Cogens in International law, American Journal of International Law 60 (1966), 56; *Virally M.*, Réflexions sur le „jus cogens“, Annuaire français de droit international 12 (1966), 5; *Visscher C. d.*, Positivism et „jus cogens“, Revue Général de droit international 75 (1971), 5; *Sztucki J.*, Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, A Critical Appraisal, 1974.

<sup>2</sup>Vgl. dazu Kapitel 7 und 9.

<sup>3</sup>*Tladi, Dire, Special Rapporteur*, First report on jus cogens, 31.

<sup>4</sup>Siehe *Kelsen H.*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 1. Aufl. 1920; *Verdross A.*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; *Fischer-Lescano A.*, Globalverfassung, Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 1. Aufl. 2005; *Fischer-Lescano, A.*, Redefining Sovereignty via International Constitutional Moments?, 2006, Social Science Research Network; *Besson S.*, Sovereignty, International Law and Democracy, European Journal of International Law 22 (2011), 373, 373.

soll.<sup>5</sup> Anschaulich zum Ausdruck kommt dieses Problem im sogenannten *Lotus-Urteil* des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 7. September 1927. Darin heißt es:

„International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“<sup>6</sup>

Es überrascht kaum, dass dieses Urteil in der Literatur teilweise unter Paradoxieverdacht<sup>7</sup> gestellt oder als radikal voluntaristisch<sup>8</sup> bzw. staatsvoluntaristisch<sup>9</sup> gelesen wird. Folgt man dem zitierten Diktum, dann ist es anscheinend der Wille des Staates, der allein das Recht erzeugt (Staatsvoluntarismus). Denkt man diesen Ansatz weiter, so konstituiert das Völkerrecht den Staat als Völkerrechtsobjekt und der Staat gleichzeitig das Völkerrecht.<sup>10</sup> Dadurch tritt die Frage, wie ein Akteur durch Regeln gebunden werden kann, deren Geltung doch seinem Willen entspringt, deutlich hervor.

Während es die nationalen Rechtssysteme den Rechtssubjekten primär freistellen, (private) Vereinbarungen zu treffen, und hinsichtlich der Frage der rechtlichen Wirksamkeit dieser Vereinbarungen auf das öffentliche staatliche Recht verweisen,<sup>11</sup> legt das Völkerrecht dem *Lotus*-Prinzip zufolge den Abschluss völkerrechtlicher

<sup>5</sup> Exemplarisch für die Debatte *Tladi, Dire, Special Rapporteur*; First report on jus cogens, 32.

<sup>6</sup> Permanent Court of International Justice, (ser. A) No. 10, 19 – S.S. Lotus (Fr. v. Turk.).

<sup>7</sup> Laut *Fischer-Lescano* sei das *Lotus*-Diktum nahe „am schwarzen Loch der Paradoxie“ gebaut. *Fischer-Lescano A.*, Globalverfassung, 1. Aufl. 2005, 202 Siehe auch *Fischer-Lescano A.*, Die Emergenz der Globalverfassung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), 717, 724; *Besson S.*, Sovereignty, International Law and Democracy, European Journal of International Law, 2011, 373, 381; *Fischer-Lescano, A.*, Redefining Sovereignty via International Constitutional Moments?, 2006, Social Science Research Network. Siehe zudem *Besson*: „International sovereignty is both law-based and a source of international law itself.“ Zitiert nach *Besson S.*, Sovereignty, International Law and Democracy, European Journal of International Law, 2011, 373, 384.

<sup>8</sup> Exemplarisch statt vieler: *Casanovas y La Rosa, Oriol*, Unity and Pluralism in Public International Law, 2001, 27 ff.

<sup>9</sup> So versteht *Casanovas y La Rosa* das *Lotus*-Urteil. Siehe *Casanovas y La Rosa, Oriol*, Unity and Pluralism in Public International Law, 2001, 27 ff.

<sup>10</sup> In diesem Sinne etwa *Vos*: „By forming rules of public international law, the members of international society constitute international society; at the same time, these rules of public international law constitute the members of international society as members of international society.“ *Vos J. A.*, The Function of Public International Law, 2013, 134.

<sup>11</sup> Im deutschen Bürgerlichen Recht hängt etwa die Frage, ob eine getroffene Vereinbarung Rechtswirksamkeit erlangt, von der Erfüllung etwaiger (ggfls. zwingender) Formvorschriften ebenso ab wie vom Inhalt der getroffenen Vereinbarung. Siehe etwa aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) die §§ 134, 138 Absatz 1, 2, 125, 311b BGB. Den Parteien steht es damit frei, ob sie einen Vertrag schließen. Die Frage der Rechtsverbindlichkeit dieses Vertrags obliegt hingegen der gemeinschaftlichen (meist nationalen) Rechtsordnung. Die so skizzierte Sphäre juristischer Operativität beruht indes auf der Annahme der Gültigkeit ihrer objektiven

Vereinbarungen, die Entwicklung des Völkerrechts und auch die Anerkennung von (zwingenden) allgemeingültigen Völkerrechtsnormen in das Ermessen der Staaten.<sup>12</sup> Der Staat ist zugleich Setzer und Adressat des Rechts, was auf den ersten Blick eine Verrechtlichung des Völkerrechts zumindest hindert.<sup>13</sup> Es stellt sich die Frage, inwieweit Normen rechtlich zwingen können, wenn ihre Gültigkeit und Verbindlichkeit anscheinend im tatsächlichen Ermessen der adressierten Staaten stehen. Sind öffentliches (zwingendes) Völkerrecht und die Annahme staatlicher Souveränität letztendlich unvereinbar?<sup>14</sup> Im Ergebnis scheint das *Lotus-Diktum*, sofern man dieser Lesart folgt,<sup>15</sup> tatsächlich das formale Setzen von (zwingenden) Völkerrechtsnormen unmöglich zu machen.<sup>16</sup> Der traditionelle staatsorientierte Ansatz des Völkerrechts und die Annahme von völkerrechtlichem *ius cogens* scheinen unvereinbar, so dass dem *ius cogens*-Konzept allenfalls rhetorische Bedeutung zukommen könnte.<sup>17</sup>

## ***b) Der Wandel des Völkerrechts***

Der staatszentrierte Ansatz, der vor Erlass des *Lotus-Urteils* im 19. Jahrhundert in der Völkerrechtsliteratur noch weithin befürwortet wurde, stieß jedoch seit der ersten Globalisierung<sup>18</sup> in den 1870er-Jahren und verstärkt im 20. Jahrhundert in

---

Rechtsnormen, die ihrerseits erst durch die Bürger geschaffen oder zumindest hingenommen werden.

<sup>12</sup>Siehe Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention. Zum *Lotus-Urteil* *Casanovas y La Rosa, Oriol*, Unity and Pluralism in Public International Law, 2001, 28.

<sup>13</sup>*Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), 453, 469 f. Siehe bereits, mit ausführlichem Rückblick auf die Diskussion des 19. Jahrhunderts, *Kelsen H.*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1. Aufl. 1920; *Verdross A.*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923.

<sup>14</sup>So im Ergebnis *Kelsen H.*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1. Aufl. 1920, 320.

<sup>15</sup>Das diese Lesart indes nicht überzeugt, wird in den Kapiteln 6 und insbesondere 9 behandelt.

<sup>16</sup>Dies gilt streng genommen auch für völkerrechtliche Verträge. Im nationalen Recht gilt die Rechtsordnung unabhängig vom Willen des Einzelnen und ordnet, etwa im Falle übereinstimmender Willenserklärungen, die Rechtsverbindlichkeit an. Wenn allerdings nicht nur der Abschluss eines Vertrages, sondern auch der Rechtssatz, der die Verbindlichkeit anordnet, aus dem Willen des Rechtssubjekts fließt, dann ist der Vertrag im Grunde nicht rechtsverbindlich. Zu dieser Schwierigkeit siehe Kapitel 6 bis 8.

<sup>17</sup>Gegen die Möglichkeit der Konstruktion von *ius cogens* argumentiert etwa *Linderfalk U.*, The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?, *European Journal of International Law* 18 (2008), 853.

<sup>18</sup>Zur ersten Globalisierung vergleiche etwa *Faubert V.*, Quels enseignements tirer de la première mondialisation (1870–1914) ?, *Economie & prévision* 2012/2, 217. Zur Wandlung von globaler Ökonomie und Wirtschaft im 19. Jahrhundert siehe statt vieler *Osterhammel J.*, Die Verwandlung der Welt, Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, 2009.

Westeuropa und den Vereinigten Staaten zunehmend auf Ablehnung.<sup>19</sup> Wurde der Nationalstaat im 19. Jahrhundert in Westeuropa noch weitgehend positiv als national-liberale, teils protestantische Errungenschaft gegen das (katholische) Völkerrecht verstanden,<sup>20</sup> so wurde dieses Verständnis im Anschluss an zwei Weltkriege und die weiter zunehmende Globalisierung des Handels im 20. Jahrhundert relativiert.<sup>21</sup> Im Zentrum der Kritik steht dabei die auch dem *Lotus-Urteil* entnommene Staatszentriertheit des Völkerrechts, die dem notwendigen Wandel von einem Koexistenz- hin zu einem Kooperationsvölkerrecht entgegenstehe und die Ausarbeitung einer Friedensordnung behindere.<sup>22</sup> Anstelle des im 19. Jahrhunderts verbreiteten Verständnisses von Staaten als lose koordinierten Rechtsinseln soll demnach ein Mehrebenensystem treten, dass die verschiedenen nationalen Ordnungen koordiniert.<sup>23</sup> *Ius cogens* schafft nach diesem Verständnis eine Normenhierarchie,<sup>24</sup> die den (bislang) souveränen staatlichen Willen als obersten Geltungsbefehl ablöst. Doch auch dieses Verständnis wird, zunehmend seit den U.S.-Präsidentschaften von *George W. Bush* und *Donald J. Trump*, von der Strömung der „*New Realists*“ wieder kritisch auf seine Sinnhaftigkeit hin hinterfragt.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Im Einzelnen siehe Kapitel 6 unter 3. Siehe insbesondere die Arbeiten von *Hälschner P.E.*, Zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts, Zeitschrift für volksthümliches Recht und nationale Gesetzgebung 1 (1844), 26; *Kaltenborn von Stachau C. B.*, Kritik des Völkerrechts, Nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft, 1847; *Bluntschli J. C./Loening E.*, Allgemeine Staatslehre, 1878; *Heffter A. W./Geffcken H.*, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 7. Aufl. 1882; *Verdross A.*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; *Jellinek G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2., unveränderter fotomechanischer Nachdruck der 2. durchgesehen und verm. Auflage v. Tübingen, 1963.

<sup>20</sup> Siehe dazu Kapitel 6 unter 2 bzw. allgemein *Osterhammel J.*, Die Verwandlung der Welt, 2009 Aus der damaligen Zeit etwa *Lasson A.*, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, 1871; *Heffter A. W./Geffcken H.*, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 7. Aufl. 1882.

<sup>21</sup> Als Vertreter der katholischen Naturrechtslehre versuchte etwa der Münsteraner Völkerrechtslehrer *Mausbach* im Anschluss an die Schrecken des ersten Weltkrieges eine moralische Begrenzung des Staates und eine Stärkung des Völkerrechts. Siehe *Mausbach J.*, Naturrecht und Völkerrecht, Das Völkerrecht. Beitrag zum Wiederaufbau der Rechts- und Friedensordnung der Völker. Heft 1/2, 1918.

<sup>22</sup> Dazu ausführlicher unten Kapitel 6 sowie 7 und 9. Knapp zur Einführung *Abi-Saab G.*, Whither the International Community?, European Journal of International Law 9 (1998), 249, 250 ff.; *Paulus A. L.*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung; The „International Community“ in Public International Law: english summary, 2001, 182 ff. Kritisch zum *Lotus-Urteil* etwa *Vos J. A.*, The Function of Public International Law, 2013 Diese Lesart des *Lotus-Urteils* wird vorliegend indes nicht geteilt. Siehe dazu insbesondere Kapitel 9 unter 2.

<sup>23</sup> *Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, 453, 482 f.

<sup>24</sup> *Tladi, Dire, Special Rapporteur*, First report on jus cogens, 38. Mit zahlreichen Nachweisen *Tladi, Dire, Special Rapporteur*, Second report on jus cogens, 13.

<sup>25</sup> Siehe dazu Kapitel 6 unter 2 sowie *Evangelista, M.*, Donald Trump and the Limits of International Law, 2017, Cornell University.

### c) Bedeutung und Unklarheiten des *ius cogens*-Konzepts

Der dennoch zunehmend geforderte Wandel von einem staatszentrierten, primär der Koexistenz der Staaten dienenden Recht hin zu einem Recht der globalen Weltgesellschaft führt dabei zu einer intensiveren Diskussion „öffentlicher“ Steuerungsmechanismen der Staatengemeinschaft im Verhältnis zu den einzelnen Staaten. Diese Diskussion wird ab den 1980er-Jahren zunehmend unter dem Begriff der völkerrechtlichen Konstitutionalisierung<sup>26</sup> geführt. Eine bedeutende Rolle kommt dabei dem Konzept des völkerrechtlichen *ius cogens* zu, das nach überzeugender Auffassung seinen Ursprung ideen- und rechtsgeschichtlich im Konzept des *ius publicum* findet.<sup>27</sup> In Abkehr vom Staatsvoluntarismus soll das Konzept des *ius cogens* einen Rahmen allgemein zwingender, öffentlicher Normen vorgeben und damit den staatlichen Handlungsrahmen begrenzen.<sup>28</sup> Es soll damit als quasi-öffentliches Steuerungselement der Gemeinschaft das traditionelle Völkerrecht, teils anschaulich als „Zivilrecht der Staaten“<sup>29</sup> bezeichnet, einrahmen und insoweit dem Willen des jeweiligen Staates das gemeinsame, öffentliche Interesse der Staatengemeinschaft beschränkend entgegenhalten<sup>30</sup> und die Kernwerte der „menschlichen Zivilisation“ verteidigen.<sup>31</sup> Erhofft wird dadurch weitgehend ein moralisch um Wertungen der Humanität<sup>32</sup> angereichertes Verständnis der Staatensouveränität, das seine Geltung letztlich aus seinem finalen Schöpfer behauptet: dem Menschen.<sup>33</sup>

<sup>26</sup>In völkerrechtlichem Kontext bezeichnet dieser Ausdruck die seit einigen Jahren verstärkt zu beobachtende Verrechtlichung der internationalen Ordnung unter Bezug auf die internationale Gemeinschaft und ihrer gemeinsamen, allgemein akzeptierten Werte. Siehe *Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, 453, 454. Auf nationaler Ebene bedeutet der Begriff in diesem Sinne im Rahmen dieser Arbeit die Entstehung von allgemein anerkannten Räumen juristischer Operativität durch die Verrechtlichung von Beziehungen. Damit bedeutet er, wie diese Arbeit zeigen wird, die Staatswerdung von Gemeinschaften.

<sup>27</sup>*Kolb R.*, *Théorie du ius cogens international*, 1. Aufl. 2001, 192 ff.

<sup>28</sup>Siehe Judge *Elihu Lauterpacht*: „The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty“ in *International Court of Justice, I.C.J. Reports 1993*, 325, 440 – Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, *Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*.

<sup>29</sup>Dazu *Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, 453, 457.

<sup>30</sup>*Paulus A.*, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation – An Attempt at a Re-appraisal*, *Nordic Journal of International Law*, 2005, 297, 302.

<sup>31</sup>*Tladi, Dire, Special Rapporteur*, First report on jus cogens, 44.

<sup>32</sup>*Peters A.*, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, *European Journal of International Law* 20 (2009), 513. Der Begriff der *humanity* wird dabei aus dem lat. *humanitas*; zu deutsch: Menschlichkeit oder Humanität, abgeleitet. In der Antike variierte das Verständnis der „*humanitas*“ zwischen dem Streben nach Erlernen der menschlichen Künste, einer allgemeinen (wertneutralen) Beschreibung des spezifisch menschlichen Handlungsvermögens (Cicero) und eben jener allgemeinen menschlichen Solidarität innerhalb der *civitas humana*. Siehe zur Entwicklung eines „humanistischen Ideals“ in der Renaissance, auf den das heute verbreitete Verständnis zurückgeht, *Spitz J.-F.*, *Humanisme Civique*, 328, in: *P. Raynaud/S. Riols*, *Dictionnaire de philosophie politique*, 3. Aufl. 2008.

<sup>33</sup>Kritisch bereits *Christenson G. A.*, *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*, *Virginia Journal of International Law*, 1986, 585. Zum diesbezüglichen Anspruchs des

Auch wenn die Annahme von *ius cogens* dem Grunde nach von der Staatengemeinschaft akzeptiert wird,<sup>34</sup> besteht große Unsicherheit, wie das Konzept des *ius cogens* als Gegenwicht zu den souveränen Staatsinteressen im Völkerrecht dogmatisch verankert und gehandhabt werden soll.<sup>35</sup> Dabei bleiben nicht nur Fragen von tendenziell rein akademischer Relevanz offen,<sup>36</sup> sondern vor allem solche von überaus praktischer Bedeutung.<sup>37</sup> Zum einen ist noch immer nicht abschließend geklärt, welche Normen zum *ius cogens* gehören, zum anderen bestehen grundlegende konzeptionelle Unklarheiten, die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen.<sup>38</sup>

### aa) Unklarheiten hinsichtlich der Funktion des *ius cogens*

Konzeptionell ist noch immer nicht klar, welche dogmatische Funktion dem *ius cogens* im Völkerrecht gebührt. Soll das Konzept gleich einer *rule of recognition*<sup>39</sup> fungieren oder einen verfassungsrechtlichen Gesamtrahmen vorgeben, innerhalb dessen allein die Staaten völkerrechtswirksam handeln können?<sup>40</sup>

---

Militärgerichtshofs in Nürnberg siehe *Fogelson S.*, Nuremberg Legacy: An Unfulfilled Promies, The notes, South California Law Review 63 (1990), 833, 867.

<sup>34</sup> *Tladi, Dire, Special Rapporteur*, First report on jus cogens, 30.

<sup>35</sup> *Bianchi A.*, Human Rights and the Magic of Jus Cogens, European Journal of International Law 19 (2008), 491.

<sup>36</sup> Von akademischem Interesse erscheint etwa die Frage, ob etwaige „Secondary rules“ bzw. formelle „Rechtsvoraussetzungsnormen“ zum zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*) gehören. Siehe dazu Kapitel 8.

<sup>37</sup> *Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, 453, 464 ff.

<sup>38</sup> Es besteht eine umfangreiche Literatur hinsichtlich der Frage, welche Normen zum Bestand der allgemein anerkannten zwingenden Völkerrechtsnormen gehören. Siehe etwa *Hannikainen L.*, Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law, 1988; *Kadelbach S.*, Zwingendes Völkerrecht, 1992; *Nieto Navia R.*, International peremptory norms („jus cogens“) and international humanitarian law, Man’s inhumanity to man / ed. by Lal Chand Vohrah ... [et al.], 2003; *Orakhelashvili A.*, Peremptory Norms in International Law, 2006.

<sup>39</sup> Zur theoretischen Systematisierung in Form der Grundnorm siehe Kapitel 5. Zum ähnlich vereinheitlichenden Modell der *rule of recognition* bzw. der *secondary rules of recognition* siehe *Hart H. L. A.*, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012. Nach dem Modell *Harts* bildet die *rule of recognition* ein System von Sekundärnormen, die über die Gültigkeit der verpflichtenden oder gebietenden Normen entscheiden. Sie sichern damit in seinem Modell die Einheit und Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems ab und ermöglichen eine einheitliche Rechtsoperation. Nach *Hart* muss ein jedes System über eine solche Norm verfügen, um eine notwendige Interessenkoordination der rechtlichen Akteure zu ermöglichen. Ohne eine *rule of recognition* könnten die beteiligten Akteure widersprüchliches Recht setzen, was Einheit und friedenswahrende Funktion des Rechtssystems zerstören würde. Siehe aus der Sekundärliteratur etwa *Raz J.*, The Authority of Law, Essay on law and morality, 2. Aufl. 2011; *Shapiro S. J.*, What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?, Public Law & Legal Theory – Research Papers Series, 2009, 1.

<sup>40</sup> Zu den akademischen Ambitionen hinsichtlich eines (welt-)verfassungsrechtlichen Verständnisses des *ius cogens* siehe etwa die kritische Würdigung von *Knauff M.*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, 453, 464 ff.

Oder impliziert das Konzept im Ergebnis lediglich eine Sittenwidrigkeitsklausel für völkerrechtliche Verträge?<sup>41</sup> Verbunden mit dieser Frage nach der *Funktion* des *ius cogens* ist auch die Frage nach seinem Anwendungsbereich. Ist völkerrechtlich *regionales ius cogens* für regionale Teilordnungen der Weltgemeinschaft möglich, oder kann es völkerrechtlich nur allgemeinverbindliches *ius cogens* geben?<sup>42</sup>

## bb) Unklarheiten hinsichtlich des *ius cogens*-Normgebers

Außerdem fehlt nach wie vor eine allgemein akzeptierte Alternative zu den traditionellen, am Staat orientierten Normsetzungsmechanismen, mit denen das Setzen und Begründen von *ius cogens*-Normen möglich erscheint.<sup>43</sup> Gesucht wird ein zentraler Normgeber jenseits der Staaten, auf den das öffentliche, zwingende Völkerrecht zurückgeführt werden kann. Dabei lassen sich – stark vereinfacht – zwei verschiedene Ansätze skizzieren.

### (1) Der Norminhalt als Setzer zwingender Normen

In Abwesenheit eines zentralen völkerrechtlichen Normgebers wird versucht, über den materiellen Inhalt eines Völkerrechtssatzes seine zwingende Wirkung zu begründen. Während für die einen die zwingende Wirkung einer Norm nur durch Rückgriff auf naturrechtliche Wertungen zu begründen ist,<sup>44</sup> führen andere sie auf

<sup>41</sup> Siehe zu dieser Frage unten Kapitel 7 unter 3. Sowie aus der Literatur *Delbrück J./Wolfrum R./Dahm G.*, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft, Online Fassung, 2. Reprint 2012. Erschienen 2013., 2. Aufl. 2002/2013, 764; *Gómez Robledo A.*, Le ius cogens international, Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye, 1981, 13, 192 ff.; *Hannikainen L.*, Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law, 1988, 7 ff.; *Kolb R.*, Théorie du ius cogens international, 1. Aufl. 2001, 89; *Marek K.*, Contribution à l'étude du jus cogen en droit international, 426, in: Institut universitaire de hautes études internationales, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, 1968; *Orakhelashvili A.*, Peremptory Norms in International Law, 2006, 207; *Saladin P.*, Völkerrechtliches ius Cogens und schweizerisches Landesrecht, 67, 73, in: G. Jenny/W. Kälin, Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Dargeboten von der juristischen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, 1988; *Talmon S. A. G.*, The Constitutive versus the Declatory Doctrine of Recogniton: Tertium Non Datur?, British Yearbook of International Law 75 (2004), 101, 134; *Orakhelashvili A.*, Peremptory Norms in International Law, 2006, 213.

<sup>42</sup> Siehe dazu Kapitel 7 unter 4 c).

<sup>43</sup> *Allott P.*, Reconstituting Humanity – New International Law, European Journal of International Law 3 (1992), 219, 250. *Linderfalk* hält *ius cogens* für Unvereinbar mit der tradierten Völkerrechtsdogmatik und misst dem Konzept in der Folge lediglich rhetorische Bedeutung zu. Siehe *Linderfalk U.*, The Effect of Jus Cogens Norms: Wohever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?, European Journal of International Law, 2008, 853.

<sup>44</sup> *Paulus A. L.*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 332.

ein globales Gewissen<sup>45</sup> oder eine universale Moral<sup>46</sup> zurück. Teils wird zur Bestimmung dieser *ius cogens*-Normen auch eine reziproke Interessenabwägung der beteiligten Akteure vorgeschlagen.<sup>47</sup> In der neueren Literatur erfahren schließlich die ursprünglich antiken naturrechtlichen Rechtsfiguren des öffentlichen Interesses<sup>48</sup> und des Allgemeinwohls<sup>49</sup> Beachtung, wenn es darum geht, *ius cogens*-Normen als *public interest*-Normen der internationalen Gemeinschaft zu verstehen.<sup>50</sup>

In diesem Sinne konstruierte bereits *Verdross* am Vorabend des Zweiten Weltkrieges neben den positiv formulierten zwingenden Völkerrechtsnormen eine zweite Gruppe von zwingenden Normen, die er nach römischem Vorbild in den guten Sitten (*boni mores*) verankert sah.<sup>51</sup> Als Begründung führte er an, dass keine Rechtsordnung Verträge mit Rechtsverbindlichkeit versehen könne, die im Widerspruch zur Ethik der jeweiligen rechtssetzenden Gemeinschaft stehen.<sup>52</sup> Daher bilden

---

<sup>45</sup>Dazu aus der neueren Literatur mit weiteren Nachweisen *Criddle E. J./Fox-Decent E.*, A Fiduciary Theory of Jus Cogens, *Yale Journal of International Law*, 2009, 331, 343 ff.

<sup>46</sup>Dass die Verankerung zwingender Normen in der „Sittlichkeit“ (lat. *mos, mores*; *moralis* dt. „die Sitte betreffend“) eine lange rechtsgeschichtliche Tradition aufweist, wird im Folgenden anhand der römischen Rechtsgeschichte herausgestellt. Für den Sprachgebrauch der vorliegenden Arbeit wird dabei aber, entgegen dem Sprachgebrauch von *Verdross*, zwischen *Moral* und *Ethik* differenziert. *Moral* soll sich für den Gebrauch der vorliegenden Arbeit allein auf die Handlungserwartungen beziehen, die innerhalb einer Gemeinschaft von deren Mitgliedern als „sittsam“ bzw. „richtig“ empfunden werden. Im Unterschied dazu soll die Analyse der Begründung solcher moralischer Handlungserwartungen als *Ethik* verstanden werden. *Ethik* meint demnach für die Zwecke der vorliegenden Arbeit die theoretische Reflexion über die Begründung von *Moral* und damit eine rational intersubjektiv vermittelbare Begründung von Normgesolltheit.

<sup>47</sup>Siehe etwa den Ansatz von *Kadelbach S.*, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992. Allgemein dazu siehe Kapitel 7 unter 5.

<sup>48</sup>Der Begriff des öffentlichen Interesses bzw. der öffentlichen Angelegenheit bzw. Sache (lat. *res publica*; engl. *Public interest*) wird eingehend in Kapitel 3 dieser Arbeit entwickelt. Im Einklang mit diesem Grundgedanken wird er im Völkerrecht für solche Rechtsnormen und Rechtsmaterien verwendet, dessen Regelung nicht allein im (sozusagen privaten) Interesse eines Staates liegen, sondern im öffentlichen Interesse aller Staaten. Er kennzeichnet damit auf internationaler Ebene öffentliche Angelegenheiten (*res publicae*) aller Staaten.

<sup>49</sup>Der Begriff des Allgemeinwohls oder des gemeinen Nutzens (lat. *utilitas publica*; *salus publica*; *bonum commune*; franz. *Bien commune*; engl. *common good*; im 16. Jahrhundert verbreitet auch *Common wealth*) wird weitgehend synonym mit dem Begriff des öffentlichen Interesses verwendet. Im Gegensatz zu dieser verbreiteten Verwendung soll er im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein außerrechtliches Ziel kennzeichnen, dem in aristotelischer Tradition das öffentliche Interesse einer Gemeinschaft verpflichtet ist. Im Einzelnen vgl. Kapitel 4.

<sup>50</sup>*Peter S.*, *Public Interest and Common Good in International Law*, 2012, 146. Siehe dazu auch *Byers M.*, *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, *Nordic Journal of International Law* 33 (1997), 211, 2355 ff.; *Trindade, A. A. C.*, *Jus Cogens: The Determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international Case-Law*, 2012, *Organization of American States*.

<sup>51</sup>*Verdross A./Garner J. W.*, *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on „The Law of Treaties“*, *American Journal of International Law* 31 (1937), 571, 572.

<sup>52</sup>*Verdross A./Garner J. W.*, *Forbidden Treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1937, 571, 572.

zwingende, universale moralische Ver- und Gebote den Handlungsspielraum, in dem souveräne Staaten Recht setzen können.<sup>53</sup>

## (2) Die internationale Gemeinschaft als Normsetzer

Zahlreiche Verfechter des *ius cogens* vertreten demgegenüber einen formellen Ansatz, nach dem die internationale Gemeinschaft – oder genauer: der majoritäre Konsens der internationalen Gemeinschaft – der Normgeber ist.<sup>54</sup> Eine im 19. und 20. Jahrhundert vereinzelt vertretene Ansicht versteht rechtsvergleichend solche Normen als zwingendes Völkerrecht, die in den meisten nationalen Rechtsordnungen anerkannt sind. Damit soll der sich in der Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen widerspiegelnde „Wertekonsens“ zum Normgeber des zwingenden Völkerrechts erhoben werden.<sup>55</sup> Andere Vertreter dieser Denkrichtung hegen die Hoffnung, dass sich die internationale Gemeinschaft selbst zu einer legislativen Macht weiterentwickle.<sup>56</sup> Die Normgebung der internationalen Gemeinschaft soll demnach den Handlungsrahmen bilden, der völkerrechtliches Handeln der Staaten ermöglicht und begrenzt. Damit einhergehend wird betont, dass *ius cogens* ideengeschichtlich kein moralisch-metarechtliches, sondern vielmehr ein juristisches, legislatives Konzept sei.<sup>57</sup>

## (3) Die verschwommene Dichotomie des *ius cogens* und die Theorienvielfalt

Allen theoretischen Bemühungen zum Trotz hat sich in der Diskussion des *ius cogens* bisher kein allgemeiner Ansatz durchgesetzt.<sup>58</sup> Vielmehr variieren die verschiedenen Ansätze zwischen primär formalistischen Herangehensweisen einerseits und „naturrechtlichen“ Vertragstheorien andererseits, woraus eine nahezu einzigartige

<sup>53</sup> Siehe auch Kapitel 7 unter 5 und Verdross A., Statisches und dynamisches Naturrecht, 1970.

<sup>54</sup> Siehe ausführlicher unten Kapitel 7. Knapp zur Einführung *Abi-Saab G.*, Whither the International Community?, *European Journal of International Law*, 1998, 249; *Simma B./Paulus A. L.*, The ‚International Community‘ Facing the Challenge of Globalization, *European Journal of International Law* 9 (1998), 266; *Dupuy R.-J.*, La communauté internationale entre le mythe et l’histoire, 1986; *Jaenicke G.*, Zur Frage des internationalen ordre public (1. Thema), 77, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7, Verhandlungen der 9. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Heidelberg vom 26. bis 28. April, 1965; *Paulus A. L.*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001; *Dupuy P.-M.*, L’unité de l’ordre juridique international, *Cours général de droit international public, Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye* 297 (2002).

<sup>55</sup> Siehe Kapitel 7 unter 2 a).

<sup>56</sup> International Court of Justice, I.C.J. Reports 1951, 15, 49 – Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

<sup>57</sup> *Kolb R.*, *Théorie du ius cogens international*, 1. Aufl. 2001, 84.

<sup>58</sup> Zur Einführung siehe auch *Lagerwall, A.*, *Jus Cogens*, 2015.

Vielfalt an Theorien resultiert.<sup>59</sup> Diese Theorien allesamt umfassend und detailliert zu würdigen, ist jedoch – schon aus Gründen der Schwerpunktsetzung – nicht Anspruch dieser Arbeit. Vielmehr versucht diese Arbeit, die bestehende nebulöse Dichotomie des *ius cogens*-Konzepts, die „fuzzy relation of value and form“,<sup>60</sup> aus primär rechts- und ideengeschichtlicher Perspektive zu analysieren, ohne dabei Anspruch auf vollständige und gebührende Behandlung aller aktuell im Völkerrecht vertretenen bedeutsamen Theorien zum Thema *ius cogens* erheben zu wollen und zu können.<sup>61</sup>

#### **d) Die Wirksamkeit des ius cogens**

Unabhängig von den skizzierten dogmatischen Unklarheiten und der diesen zugrunde liegenden dichotomischen Struktur scheint sich der mit der Befürwortung zwingender Völkerrechtsnormen traditionell verbundene Wunsch nach einem Völkerrecht, das Individualrechte stärker neben dem Konzept der Staatensouveränität in Stellung bringt, teilweise erfüllt zu haben. Mit dem Verbot von Sklaverei, Genozid, Piraterie, Folter, Apartheid und weiterer Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind zumindest Kernforderungen, die sich aus den universellen Menschenrechten ergeben, völkerrechtlich unstrittig als zwingendes Recht anerkannt.<sup>62</sup> Auch findet dieser zwingende Völkerrechtsschutz, wie etwa der Fall *Michael Domingues vs. United States*<sup>63</sup> nahelegt, tendenziell zunehmend in der nationalen Rechtsprechung

<sup>59</sup> Siehe auch *Tladi, Dire, Special Rapporteur*, First report on jus cogens, 30 ff.

<sup>60</sup> *Kleinlein T.*, Jus Cogens Re-examined: Value Formalism in International Law, *European Journal of International Law* 28 (2017), 295, 298.

<sup>61</sup> Vergleiche nur beispielhaft – statt vieler – die neueren Arbeiten mit einer technisch funktionalen Ansatz von *Kolb* und einer eher wertorientierten Ansatz von *Weaterhall*, die vom Autor aus Gründen der Schwerpunktsetzung im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht gewürdigt und einbezogen werden konnten. Diese Auslassung geschah, ohne Ihnen dadurch – nur im entferntesten – ihre Bedeutung absprechen zu wollen. Siehe *Weatherall T.*, Jus cogens, *International law and social contract*, 2015; *Kolb R.*, *Peremptory International Law – Jus Cogens, A General Inventory*, 2015.

<sup>62</sup> Siehe dazu *Hannikainen L.*, *Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law*, 1988; *Kadelbach S.*, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992; *Nieto Navia R.*, *International peremptory norms („ius cogens“)* and international humanitarian law, *Man’s inhumanity to man / ed. by Lal Chand Vohrah ... [et al.]*, 2003; *Orakhelashvili A.*, *Peremptory Norms in International Law*, 2006.

<sup>63</sup> Im Fall *Michael Domingues vs. United States* wurde über die Völkerrechtskonformität der Hinrichtung jugendlicher Straftäter entschieden. Hintergrund war die Verurteilung des 16. Jahre alten Michael Domingues zum Tode im US-Bundesstaat Nevada. Siehe Supreme Court of Nevada, *Pacific Reporter, Second Series (P.2d) 961, 1279 f.* – *Michael Domingues v. The State of Nevada*. Als Folge der Verurteilung wandte sich *Michael Domingues* an die Interamerikanische Menschenrechtskommission. Die Vereinigten Staaten von Amerika argumentierten im anschließenden Verfahren, dass es keine zwingende Rechtsnorm (*ius cogens*) gebe, die ein Mindestalter des Angeklagten von 18 Jahren vorsehe. Die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte entschied hingegen, dass die Weltgemeinschaft (world community) gleichwohl die Hinrichtung von zum Tatzeitpunkt unter 18-jährigen Tätern gewohnheitsrechtlich verbiete und diesem Verbot mittlerweile eine *ius cogens*-Norm konstituiere. Siehe *Inter-American Commission on Human Rights, Rep. No*

Beachtung. Jedoch bleibt festzuhalten, dass sich dieser zwingende Individualschutz noch keinesfalls umfassend gegen den traditionellen staatszentrierten Ansatz im Völkerrecht ausbalanciert oder gar durchgesetzt hat.<sup>64</sup> Der für eine solche Ausbalancierung notwendige dogmatische Unterbau des *ius cogens* fehlt jedenfalls weitgehend, so dass die akademische Diskussion um die Implementierung von *ius cogens* teilweise mehr an ein rechtshistorisch schon früher beobachtbares<sup>65</sup> Herbeireden von Wunschnormen erinnert als an die unstreitig zwingend notwendige Ausarbeitung konzeptioneller Grundlagen.<sup>66</sup>

### *e) Die Kernthese der vorliegenden Arbeit*

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit eben diesen Grundlagen aus rechts- und ideenhistorischer Perspektive und versucht, aus dieser Perspektive einen (kleinen) Beitrag zur theoretischen (Weiter-)Entwicklung des *ius cogens* zu leisten. Sie vertritt dabei (erstens) die These, dass die Konzepte der Staatensouveränität und des

---

62/02 Case 12.285 – Michael Domingues vs. United States. In der Folge wurde auch vom *Supreme Court* – neben soziologischen Untersuchungen zur menschlichen Entwicklung und weiteren Argumenten – auch auf aufkommende internationale Rechtssätze und einen globalen Konsensus der Staatengemeinschaft Bezug genommen, um in den USA die Hinrichtung von zum Tatzeitpunkt minderjähriger Täter zu verbieten. Siehe U.S. Supreme Court, U.S. Reports 543, 551 f. – Roper vs. Simmons.

<sup>64</sup> „At the present time, it is by no means clear which one of the two rivalling Grundnorms will or should prevail in case of conflict. Over the last decades, a crawling process has taken place through which human rights have steadily increased their weight, gaining momentum in comparison with State sovereignty as a somewhat formal principle. The transformation from international law as a State-centered system to an individual-centered system has not yet found a definitive new equilibrium (...).“ *Tomuschat C.*, Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law, *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye* 281 (1999), 13, 162.

<sup>65</sup> Siehe etwa die Werke der progressiven, aristotelischen Völkerrechtler im 19. Jahrhundert, die im Anschluss an *Friedrich Carl* von Savigny ambitionierte Normenkataloge ermittelten, die sich – bestenfalls – nur zum Teil in der Völkerrechtspraxis des 19. Jahrhunderts wiederfanden. Siehe dazu Kapitel 6 unter 1., 2. und 3., sowie – statt vieler – die Werke von *Savigny F. K. v.*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, 1840; *Hälschner P.E.*, *Zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts*, *Zeitschrift für volksthümliches Recht und nationale Gesetzgebung*, 1844, 26; *Kaltenborn von Stachau C. B.*, *Kritik des Völkerrechts*, 1847; *Bluntschli J. C./Loening E.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1878; *Heffter A. W./Geffcken H.*, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 7. Aufl. 1882.

<sup>66</sup> Siehe auch *Bogdandy*: „A democratic global federation appears to be beyond the reach of our time, just like an international community dispensing with intermediate levels of governance such as the state; but there can be a better, more peaceful and more integrated world of closely and successfully cooperating polities governed by public international institutions, and we think that elaborating the public law character of international law is an essential precondition for this.“ *Bogdandy A. v./Dann P./Goldmann M.*, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, *German Law Journal* 9 (2008), 1375, 1400.

völkerrechtlichen *ius cogens* dem gleichen rechtshistorischen Grundkonzept entspringen. Zweitens legt sie dar, dass ausgehend von einem solchen rechtshistorischen Verständnis das völkerrechtliche *ius cogens* dogmatisch handhabbar gemacht und mit dem Prinzip der Staatensouveränität vereinbart werden könnte.

### **aa) Die gemeinsamen, rechtshistorischen Wurzeln**

Ausgangspunkt der Argumentation ist die Annahme, dass die Idee der Staatensouveränität und das Konzept des völkerrechtlichen *ius cogens* ihren gemeinsamen rechtshistorischen Ursprung im antiken ciceronisch-aristotelischen Verständnis des öffentlichen Rechts (*ius publicum*) finden. Dieses Verständnis wurde – so die hier vertretene These – zum einen ab dem Mittelalter verstärkt genutzt, um autonome Rechts- und Herrschaftsräume zu begründen. Zum anderen diente es dazu, diese zunehmend souveränen Rechtsräume in ein (zunächst katholisches) Mehrebenensystem zwingenden Rechts einzugliedern, aus dem im Anschluss das völkerrechtliche *ius cogens* entwickelt wurde.

Es wird dabei deutlich, dass neuzeitliche Theoretiker der Staatensouveränität wie *Jean Bodin* und *Thomas Hobbes* kein gänzlich neues Staats- oder Rechtsverständnis entwickelten, sondern auf dem tradierten Gerüst des ciceronisch-aristotelisch geprägten *ius publicum* aufbauen. Das in den „Sechs Büchern über den Staat“ von dem französischen Juristen *Jean Bodin* entwickelte Verständnis des souveränen Staates und seines öffentlichen Rechts hat daher nach vorliegender Auffassung weit mehr mit den „Sechs Büchern über den Staat“ des römischen Juristen *Marcus Tullius Cicero* gemein als den bloßen Werktitel.

Gleiches gilt – nach hier vertretener Ansicht – auch für Arbeiten zum völkerrechtlich zwingenden Recht. Wie im Folgenden dargelegt wird, bauen frühe kanonische Ansätze zur Begründung zwingender, universaler Normen ebenso auf die antiken Grundsätze des *ius publicum* auf wie modernere Arbeiten im 19. und 20. Jahrhundert. Auch die Selbstverpflichtungslehre *Jellineks* und modernere Ansätze zur Begründung von *ius cogens* stehen damit, so die These der vorliegenden Arbeit, in der Tradition zum römischen *ius publicum*. Diese Zusammenhänge in ihren Umrissen aufzuzeigen, ist ein Ziel dieser Arbeit.

### **bb) Der rechtshistorische Erkenntnisgewinn**

Es mag auf den ersten Blick verwundern, dass ideen- und rechtsgeschichtlich sowohl das Streben nach staatlicher Souveränität als auch das nach völkerrechtlicher Bindung durch Rückgriff auf das gleiche Grundkonzept begründet wurden. Jedoch ist zu beachten, dass sich sowohl die Theoretiker der Staatensouveränität als auch die des *ius cogens* mit demselben Grundproblem beschäftigen: dem Problem der Konstitutionalisierung von Rechtsräumen.

Autoren, die wie *Marcus Tullius Cicero*, *Marsilius von Padua*, *Johannes von Paris/Jean de Paris*, *Thomas Hobbes* oder *Jean Bodin* über die Bindung des Einzelnen

im nationalen Rechtsraum des Staates<sup>67</sup> nachdachten, mussten klären, wie das zwingende, gemeinschaftliche Recht des Staates für den Einzelnen konstruiert und in seiner Verbindlichkeit begründet werden konnte. Damit sahen sie sich einer ähnlichen Konstellation ausgesetzt wie Autoren, die sich wie *Aegidius Romanus*, *Francisco de Vitoria*, *Immanuel Kant* oder später *Georg Jellinek* und *Hans Kelsen* mit der Frage beschäftigten, wie das zwingende Völkerrecht gegenüber dem einzelnen Staat gesetzt und begründet werden kann. Der gemeinsame Rückgriff auf die antiken Arbeiten zum *ius publicum* überrascht daher nicht. Unabhängig davon, ob es um den Mensch im staatlichen Rechtsraum oder um den staatlichen Akteur im zwischenstaatlichen (Rechts-)Raum ging, stellte sich für alle genannten Autoren die Frage, wie die zwingenden Rechtsnormen einer Gemeinschaft gesetzt und gegenüber dem einzelnen Akteur begründet werden konnten. Hinter den historischen Souveränitätstheorien verbergen sich damit im Ergebnis genau wie hinter den Konzeptionen des *ius cogens* Ansätze zur Setzung und Begründung „öffentlichen“ Gemeinschaftsrechts.

Abgesehen von der berechtigten Frage, inwieweit die historisch oft gezogene Analogie vom Menschen auf den Staat konzeptionell zu überzeugen vermag,<sup>68</sup> eröffnet die Untersuchung dieser rechtshistorischen Entwicklungsmuster<sup>69</sup> nach hier vertretener Auffassung den Zugang zu einem funktionalen Verständnis<sup>70</sup> des Souveränitätsdogmas und des völkerrechtlichen *ius cogens*. Dieses Verständnis geht davon aus, dass die Idee der Souveränität keine Frage von „allem oder nichts“<sup>71</sup> impliziert, sondern ein graduell nach dem jeweiligen Adressatenkreis geordnetes, subsidiäres System. Rechtliche Autonomie (absolute Souveränität) und völkerrechtliche oder

---

<sup>67</sup> In Westeuropa lassen sich – zumindest – ab dem Investiturstreit (1076 – 1122) politische Bewegungen verzeichnen, die sich als Völker gemeinsamer Abstammung (*natio*; abgeleitet von lat. *nasci* – geboren werden) und damit als Nationen verstehen. Dazu Kapitel 5 m. W. Nw. Der rechtlich und politisch von der jeweiligen Nation verfasste Zustand wurde dabei zunehmend mit „Staat“ (Zustand) bezeichnet (lat. *status*; franz. *estat*; engl. *state*; mittelhochdeutsch *stat*; mittelniederdeutsch *stāt*; im 18. Jahrhundert verbreitet „Staate“). Rechtshistorisch und im Sinne dieser Arbeit meint Staat damit grundsätzlich den rechtlich verfassten Zustand einer Nation bzw. ihre Rechtsordnung (oder eben Zustands- /Staatsordnung) im weiteren Sinne. Im Laufe des 19. Jahrhundert wandelte sich dieser Begriff hin zu einer empirischen Betrachtung des gesellschaftlichen Zustands. Nation und Staat sollten zusammenfallen (Nationalismus), um der Nation ihre vermeintlich natürliche Autonomie zurückzugeben. Die Menschen „gleicher Abstammung“, die Nationen, sollten ihren eigenen rechtlichen Zustand (Staat) souverän bestimmen. Der Weg zum völkischen Gedankengut des späten 19./frühen 20. Jahrhundert war damit nicht mehr weit. Gleichwohl sind auch Nationalismus und Demokratie ideengeschichtlich eng verzahnt. Siehe dazu Kapitel 4. Zum Staat im 19. Jahrhundert siehe Kap. 6 m. W. Nw.

<sup>68</sup> Zu dieser umstrittenen Frage siehe Kapitel 6 und 9.

<sup>69</sup> Die Entwicklung der Idee (völkerrechtlichen) *ius cogens* und die Idee nationaler Souveränität wird in ihrem historisch bedeutsamen Wechselspiel insbesondere in den Kapiteln 4, bis 7 beleuchtet.

<sup>70</sup> Siehe dazu Kapitel 7 unter 5 c).

<sup>71</sup> Ähnlich dem hier auf ideengeschichtlicher Basis entwickelten Verständnis versteht auch der US-amerikanische Philosoph *Michael Sandel* die Souveränitätsidee funktional. Ihm zufolge ist das Konzept der Staatensouveränität ebenfalls keine „*all or nothing affair*“. Siehe *Sandel M.J.*, *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, 2005, 32.