

Karl-Friedrich Stephan*

Die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes im Verhältnis zur „normativen Kraft des Faktischen“

Abstract

Die Art und Weise, auf die sich *Russland* völkerrechtlicher Begriffe im jüngsten Angriffskrieg gegen die *Ukraine* bedient, scheint jene alten Geister heraufzubeschwören, die schon früh an der Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes nach Art. 2 Nr. 4 VN-Charta zweifelten. Welche Bedeutung für diese Normativität hat die soziale Wirksamkeit des Allgemeinen Gewaltverbotes, unter Berücksichtigung der Bedingungen des Völkerrechtssystems der VN-Charta mit all seinen Defiziten? Wie verhält sich dazu wiederum das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charta, wenn sich auch *Russland* darauf beruft? Unter anderem die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen von *Georg Jellinek* lässt die Grenzen völkerrechtlicher Normativität greifbar werden und zeigt schließlich, wie resilient das Allgemeine Gewaltverbot weiterhin ist.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft im vierten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell). Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2023 im Rahmen des Seminars „Krieg, Eroberung und Besetzung im Europa des 21. Jahrhunderts“ bei Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge) verfassten Seminararbeit.

A. Problemaufriss

Der Präsident der *Russischen Föderation*, *Wladimir Putin*, hatte in den frühen Morgenstunden des 24.2.2022 erklärt: „Ich habe deshalb in Übereinstimmung mit Artikel 51 Absatz 7 der Charta der Vereinten Nationen, mit Zustimmung des Russländischen Föderationsrats und in Erfüllung der von der Föderationsversammlung ratifizierten Freundschafts- und Beistandsverträge mit der Donezker Volksrepublik und der Lugansker Volksrepublik den Beschluss gefasst, einen militärischen Spezialeinsatz durchzuführen.“¹

Wolodymyr Selenskyj, Präsident der *Ukraine*, erklärte am 22.9.2022 vor der VN-Generalversammlung: „Die Ukraine hat auf dem Schlachtfeld Stärke gezeigt und von ihrem Recht auf Selbstverteidigung gemäß Artikel 51 der VN-Charta Gebrauch gemacht.“²

Was mit der Erklärung *Putins* anhub, war nach der Annexion der *Krim* und dem im *Donbass* geförderten Separatismus eine erneute militärische Intervention Russlands in der Ukraine, eine Verletzung der territorialen Integrität und Souveränität eines anderen Staates. Ein Krieg begann. In diesem Krieg – von *Putin* euphemistisch „Spezialoperation“ genannt – stehen sich indes nicht nur diametrale politische Haltungen, sondern auch völkerrechtliche Rechtsbehauptungen gegenüber. Aggressor und Aggressionsopfer berufen sich beide auf den in Art. 51 VN-Charta normierten Ausnahmetatbestand vom Allgemeinen Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta. Unbestreitbar ist dem politischen Beobachter, dass am 24.2.2022 Russland das Allgemeine Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta verletzte³ und *Putins casus belli*⁴ – unmittelbare Bedrohung *Russlands* durch eine vermeintlich nazistisch-bellizistische *Ukraine* – absurd ist. Doch ist die materielle Wahrheit von der rechtlichen Würdigung eines Außenweltgeschehens mit Bindungswirkung zu

¹ *Zeitschrift Osteuropa*, Kriegserklärung. Die Ansprache des russländischen Präsidenten am Morgen des 24.2.2022, 2022, abrufbar unter: <https://zeitschrift-osteuropa.de/blog/vladimir-putin-ansprache-am-fruehen-morgen-des-24.2.2022/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

² *René Wiesenthal*, Die UN-Rede des ukrainischen Präsidenten im Wortlaut, *Die Zeit*, 22.9.2022, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-09/wolodymyr-selenskyj-un-vollversammlung-rede-kriegsende-bedingungen> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

³ *Schmahl*, Völker- und europarechtliche Implikationen des Angriffskriegs auf die Ukraine, *NJW* 2022, 969 (969); bereits der Truppenaufmarsch unmittelbar vor dem Überfall auf die Ukraine war eine Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes, vgl. *Schaller*, Der Angriff auf die Ukraine im Lichte des Völkerrechts, *NJW* 2022, 832 (833).

⁴ „Kriegsgrund“.

trennen. Das Normative ist nämlich ein Zurechnungsakt und Deutungsschema.⁵ Im demokratischen Rechtsstaat geschieht dies durch die ermächtigte Judikative, im Völkerrecht, das keine zentralisierte obligatorische Gerichtsbarkeit kennt,⁶ durch internationale Organisationen für ihre Mitglieder und durch internationale Gerichte für die Streitparteien. Dem zu unterwerfen haben sich als Rechtssubjekte im Fall des innerstaatlichen Rechts die gewaltunterworfenen Bürger, im Fall des Völkerrechts souveräne Staaten. Souverän aber ist, in den Worten von *Emmerich de Vattel*, „*qui se gouverne elle-même, sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d'aucun étranger*“⁷. Hinzu tritt ferner, dass das einzige Organ, das Zwangsmaßnahmen *erga omnes* sanktionieren und durch die angeordnete Verletzungsfolge auch die auslösende Verletzungshandlung bestimmen kann, der Sicherheitsrat ist – ein Organ, zu dessen Ständigen Mitgliedern mit *Russland* eine der Kriegsparteien zählt. „*Auctoritas, non veritas facit legem*“⁸?

Was sich im Fall des Art. 51 VN-Charta offenbart, ist eine Situation, in der dem Aggressionsopfer ein „naturgegeben[s] Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung“ zusteht und eine Inkonsistenz zwischen dem zu ahndenden Rechtsbruch („bewaffnete[r] Angriff [...] gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen“) sowie den Unrechtsfolgen (Maßnahmen des Selbstverteidigungsrechtes und Zwangsmaßnahmen nach Kapitel 7 der VN-Charta) besteht.

Fraglich ist die Normativität des Völkerrechts, das schon von *John Austin* als „*law (improperly so called)*“⁹ gewertet wird, aber zuletzt im *annus mirabilis* 1990 (Ende des Kalten Krieges und militärische Intervention gegen den *Irak*) von einem „konstitutionalischen Optimismus“¹⁰ erfrischt wurde. Dem strafen indes 83

⁵ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Studienausgabe der 2. Auflage 1960 unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966 herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, 1. Aufl. 2017 S. 25.

⁶ *Arnauld*, VölkerR, 4. Aufl. 2019, § 6 Rn. 439.

⁷ „wer sich selbst regiert, in welcher Form dies auch sei, ohne Abhängigkeit von irgendeinem anderen.“ (eigene Übersetzung des Autors); zitiert im Original nach *Emmanuelle Tourmet Jouannet*, La disparation du concept d'Empire, Jus Politicum, 2014, abrufbar unter: <http://juspoliticum.com/article/La-disparition-du-concept-d-Empire-986.html> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸ „Einfluss/Autorität, nicht Wahrheit macht die Gesetze“ (eigene Übersetzung des Autors).

⁹ *Austin*, The Province of Jurisprudence Determined: Being the First Part of a Series of Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law, 2. Aufl. 1861, S. 177.

¹⁰ *Arnauld* (Fn. 6), § 1 Rn. 32.

zwischenstaatliche bewaffnete Konflikte seit 1945 (Stand 2024)¹¹ und darunter der russisch-ukrainische Krieg im pazifizierten Völkerrechtssystem der VN-Charta Lügen.

Neben der naheliegenden Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gewaltverbot und der von einem positiven Rechtsbegriff vorausgesetzten sozialen Wirksamkeit des Völkerrechts insgesamt ist eine phänomenologisch-materielle Frage in diesem Beitrag zu erörtern. Wenn nämlich nicht durch eine rechtsverbindliche *Entscheidung* auch eine materiellrechtliche *Feststellung* getroffen worden ist, könnte sich ein Vakuum des Deziisionistisch-Politischen eröffnen, in dem sich beide Parteien, die eine aber bösgläubig, auf Art. 51 VN-Charta als natürliches Recht berufen, bis dass der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.¹² Doch der Sicherheitsrat erweist sich zu oft als handlungsunfähig und so bestehen beide Rechtsbehauptungen fort. „*Quis iudicabit?*“¹³

Sollte dann nicht angesichts von Kriegen wie dem russisch-ukrainischen an der Rechtsgeltung des Allgemeinen Gewaltverbotes gezweifelt werden? Im Folgenden soll dagegen aus verschiedenen Perspektiven nachgewiesen werden, dass sich die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes trotz allem als äußerst resilient erweist.

Dies setzt voraus, dass zunächst die historischen Ursprünge und völkerrechtlichen Grundlagen des positivierten Allgemeinen Gewaltverbotes der VN-Charta skizziert werden. Zugleich muss geklärt werden, was die Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes für einen positivrechtlichen Normenbegriff und andere mögliche Quellen von Normativität im Völkerrecht bedeutet. Dabei soll zugleich immer auch ein Augenmerk auf der Grundfrage liegen, ob das Völkerrecht und das jetzige Völkerrechtssystem der VN-Charta insgesamt ein effektives Rechtssystem darstellen.

Wie sich der politische Deziisionismus im Verhältnis von Art. 2 Nr. 4 zu Art 51 VN-Charta und die Faktizität der Macht auf das Normative auswirken, kristallisiert sich in dem von *Georg Jellinek* eingeführten und seitdem in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangenen Begriff der „normativen Kraft des

¹¹ *Wikipedia*, List of interstate wars since 1945, 2024, abrufbar unter: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_interstate_wars_since_1945 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹² Dies hat *Kelsen*, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 2. Aufl. 1951, S. 799 f. erkannt.

¹³ „Wer entscheidet?“

Faktischen“. *Jellinek's* Lehre soll daher als Referenzbegriff fruchtbar gemacht werden.

B. Zur Entstehung des Allgemeinen Gewaltverbotes

I. Die Lehre des *bellum iustum* und des *ius ad bellum* bis zum 20. Jahrhundert

Obgleich schon *Cicero* eine Lehre vom *bellum iustum*, „gerechten Krieg“, entworfen hatte,¹⁴ hat sich v. a. die moraltheologische, christliche Doktrin der Scholastik für das Völkerrecht als wegweisend erwiesen (Ansätze sind schon im Werk des *Augustinus* enthalten)¹⁵. Nach *Thomas von Aquin* ist die Bedingung der Ausübung des *ius ad bellum*¹⁶ ein *bellum iustum*, d. h. eine *iusta causa*¹⁷, die von der Kriegspartei mit der *recta intentio*¹⁸ und einem *mandatum*¹⁹ verfolgt wird.²⁰

Bedeutend für die Genese des völkerrechtlichen Allgemeinen Gewaltverbotes ist an der Lehre des *bellum iustum*, dass, indem sie die Kriegsführung von Voraussetzungen abhängig machte, Krieg als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme vom Frieden verstanden wurde.

Mit dem Aufkommen des von *Jean Bodin* in „*Les six livres de la République*“ formulierten modernen Souveränitätsbegriffes sowie Konfessionalisierung und Säkularisierung wurde die klassische Lehre des *bellum iustum* sukzessive zurückgedrängt. Die Emanzipation von der Glaubenseinheit des christlichen Abendlandes, an die noch eine objektive *iusta causa* gebunden werden konnte, und das Problem der Subjektivierung des Kriegsgrundes führten dazu, dass zusehends das *ius ad bellum* einzig aus der Autorität des Souveräns bzw. des souveränen Staates abgeleitet wurde; der Krieg diente nicht mehr primär einer (Wieder-)Herstellung materieller Gerechtigkeit. Den Schritt dahin vollzog als einer der ersten *Alberico Gentili*, der angesichts des Paradoxes eines *bellum iustum ex utraque parte*²¹ den gerechten Kriegsgrund nunmehr auf die *auctoritas* des fürstlichen Souveräns reduzierte.²² *Francisco Suárez* hat wiederum die Behauptung der *causa iusta* durch die Kriegsparteien nach zivilrechtlichen Muster durch eine

¹⁴ *Cicero*, Über den Staat. Übersetzt von Walter Sontheimer, 1. Aufl. 2011, III, 23, 34 ff.

¹⁵ *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2007, § 13 II 3, III 3; *Kunz*, *Bellum Iustum and Bellum Legale*, AJIL 1951, 528 (530).

¹⁶ „Recht zur Kriegsführung“.

¹⁷ „gerechter Grund“.

¹⁸ „Gerechter Beweggrund“.

¹⁹ „Bevollmächtigung“.

²⁰ *Kastner*, Vom „gerechten Krieg“ zur Ächtung des Krieges, JA 1999, 705 (706).

²¹ „Beiderseits gerechter Krieg“.

²² Vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn. 1032.

neutrale Schiedsstelle entscheiden lassen wollen (dass der Papst die Besetzung dieses Schiedsgerichtes bestimmen sollte, hat indes *Suárez*'s Vorschlag für die protestantischen Potentaten unmöglich gemacht).²³ Bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die Kodifikation des humanitären Völkerrechtes begann, wodurch wenigstens Art und Weise der Kriegsführung (*ius in bello*) beschränkt wurden,²⁴ war zwar kein allgemeines *liberum ius ad bellum* anerkannt.²⁵ Aber es existierte auch kein allgemeines Verbot der Kriegsführung und das rein politische *ius ad bellum* war schlichtweg keine positive Kategorie des Völkerrechts.²⁶ Auch die Drago-Porter-Konvention im II. Haager Abkommen betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden von 1907 vermochte nicht den Krieg als solchen zu ächten, sondern nur in diesem bestimmten Fall die Anwendung militärischer Gewalt generell zu verbieten.²⁷

II. Der Völkerbund

Auch die Satzung des *Völkerbundes* von 1919 kannte kein absolutes Gewalt- bzw. Kriegsführungsverbot.²⁸ Indessen wurde in Teil I. Völkerbundsatzung (VS) die Schaffung des neuen kollektiven Sicherheitssystemes unter das Licht der Sicherung internationalen Friedens und internationaler Sicherheit gestellt. Dem Organ des Völkerbundsrates wurden in diesem Rahmen Befassungsrecht wie Sanktionsbefugnisse zuerkannt. Grundsätzlich wurde jeder Krieg zur „Angelegenheit des gesamten Bundes“ (Art. 11 VS) erklärt und die Kriegsführung eines Bundesmitgliedes ohne Rechtfertigung nach Art. 12, 13, 15 VS im Sinne eines kollektiven Sicherheitssystemes als Angriff gegen alle Völkerbundmitglieder gewertet (Art. 16 VS). Emblematisch indes für das Fortbestehen des Krieges im Völkerrechtssystem der Zwischenkriegszeit ist Art. 12 VS. Dieser bestimmt zwar, dass im Konfliktfall zwischen Völkerbundmitgliedern vorrangig auf Schiedsgerichtsbarkeit, ein gerichtliches Verfahren oder eine Prüfung durch den Völkerbundrat zurückzugreifen ist, was eine verfahrensmäßige Beschränkung der staatlichen Souveränität in Gestalt des

²³ *Kastner* (Fn. 20), S. 707.

²⁴ Zur völkerrechtsgeschichtlichen Bedeutung des *ius in bello Pierlings*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann, Völkerrechtsprechung Ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive, 1. Aufl. 2005, S. 832 f.

²⁵ Dazu ausführlich *Simon*, The Myth of Liberum Ius ad Bellum: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice, EJIL 2018, 113 (113 ff.).

²⁶ *Arnould* (Fn. 6), § 13 Rn. 1040.

²⁷ *Herdegen*, VölkerR, 22. Aufl. 2022, § 34 Rn. 1.

²⁸ *Blum*, Das System der verbotenen und erlaubten Kriege in Völkerbundsatzung, Locarno-Verträgen und Kellog-Pakt, Frankfurter Abhandlungen zum modernen Völkerrecht Heft 31, S. 8

ius ad bellum durch friedliche Streitbeilegung impliziert. Nach Ablauf der dreimonatigen Wartefrist ist indessen neben dem Fall der Kriegsführung als Bundesexekution durch ein Völkerbundmitglied implizit auch der völkerbundsatzungskonforme Einzelkrieg anerkannt. In diesem Fall und unter den Voraussetzungen, dass der Völkerbundsrat nach Art. 15 VII VS nicht einstimmig einen Beschluss fasst bzw. dieser von den Parteien nicht anerkannt oder dessen Erfüllung von einer der Parteien verweigert wird, ist ein Einzelkrieg ohne mögliche Beteiligung der restlichen Völkerbundsmitglieder grundsätzlich erlaubt.²⁹ Vom Völkerbundsrat beschlossene Zwangsmaßnahmen zur Sicherung der Durchführung eines schiedsgerichtlichen Spruches nach Art. 12 VS mussten zudem erst vorgeschlagen werden, was den Mitgliedern des Rates ein gewisses Ermessen gab und sie privilegierte. Statt den Krieg zu verbieten, hat die VS nur die Unterscheidung von erlaubtem und unerlaubtem Krieg, wie sie mit der völkerrechtlichen Doktrin des *bellum iustum* bekannt war, reproduziert.³⁰

III. Der Briand-Kellogg-Pakt

Auch wenn es sich dabei nur um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, der nur unzureichend zur tatsächlichen Kriegsprävention unter den ratifizierenden Staaten beitragen konnte, hat der Briand-Kellogg-Pakt, indem die Signatarstaaten den Krieg als Mittel für die Lösung internationaler Streitfälle verurteilten, eine Rechtsentwicklung eingeleitet, die ihren Abschluss in Art. 2 Nr. 4 VN-Charta finden sollte³¹ und völkerstrafrechtlich beim Internationalen Militärtribunal in Nürnberg herangezogen wurde.³² Gleichwohl hat auch der Briand-Kellogg-Pakt keineswegs ein dem Art. 2 Nr. 4 VN-Charta vergleichbares umfassendes Allgemeines Gewaltverbot, sondern nur ein *Kriegsverbot* statuiert.³³

²⁹ Vgl. *Schücking/Weberg*, Die Satzung des Völkerbundes, 2. Aufl. 1924, S. 512 f.

³⁰ *Ebd.*, S. 94; *Blum* (Fn. 28), macht allein in den Fällen des Art. 10, 12, 13, 15 VS neun Formen des erlaubten Krieges bzw. „Maschenkriege“ aus; vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1. Aufl. 1984, S. 729 f.; s. auch *Rigaux*, EJIL 1998, 325 (335 ff.) zu *Kelsens bellum-iustum*-Lehre und dagegen *Kunz*, AJIL 1951 mit dem Begriff des *bellum legale*.

³¹ Zum Briand-Kellogg-Pakt in der historischen Entwicklung des Allgemeinen Gewaltverbotes *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn 1035 und *Kastner* (Fn. 20), S. 710.

³² *Internationaler Militärgerichtshof*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg. 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, 1. Aufl. 1947, Bd. III, S. 114 f., 120.

³³ Würdigung des Briand-Kellogg-Paktes durch *Kimminich*, Einführung in das VölkerR, 4. Aufl. 1990, S. 90 f.

C. Rechtliche Grundlage des Allgemeinen Gewaltverbotes der VN-Charta

I. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta

Das jüngere Völkerrecht seit der Proklamation der VN-Charta kennt kein *ius ad bellum* mehr. Als *ius contra bellum*³⁴ und „cornerstone of the United Nations Charter“³⁵ kann Art. 2 Nr. 4 VN-Charta verstanden werden. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta untersagt die Androhung und Anwendung von Gewalt in den internationalen Beziehungen der Mitgliedsstaaten der *Vereinten Nationen*. „Gewalt“ meint dabei nach herrschender Meinung physisch-militärische Gewalt.³⁶

Da einerseits zu den Rechtsgütern des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta die territoriale Integrität eines Völkerrechtssubjektes gehört,³⁷ andererseits das Allgemeine Gewaltverbot umfassender als die Ächtung der Aggression ist, muss hier und im Zusammenhang des Ukraine-Krieges nicht auf den Streit um die Ausdehnung des Tatbestandes des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta eingegangen werden. Auch dahinstehen kann die kontrovers v. a. seit der militärischen Operation der *NATO* gegen die serbisch-montenegrinische *Bundesrepublik Jugoslawien* 1999 geführte Debatte um humanitäre Interventionen als Rechtfertigungsgrund des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta.

Neben der territorialen Integrität des betroffenen Staates werden durch das Gewaltverbot auch dessen politische Unabhängigkeit und die Ziele der *Vereinten Nationen* vor der Androhung und Anwendung von Gewalt geschützt. Insofern ist das Verbot militärischer Gewalt ein umfassendes,³⁸ das nur aufgrund eines bestimmten Rechtfertigungsgrundes tatbestandsmäßiges Verhalten zulässt, als, wenn nicht die ersten beiden Alternativen des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta erfüllt sind, die Alternative „sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt“ gegeben sein muss. Diese wird u. a. konkretisiert durch Art. 1 Nr. 1 VN-Charta und insbesondere die Präambel der VN-Charta. Neben Abs. 1 Präambel VN-Charta, der als ersten Zweck der VN und Absicht der Mitgliedsstaaten die Verhinderung von Krieg proklamiert, wird dieser „Zweckdienst“ in Abs. 7 Präambel VN-Charta („Verfahren einzuführen,

³⁴ Erstmals *Kotzsch*, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, 1. Aufl. 1956, S. 96.

³⁵ *IGH*, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Urt. v. 19.12.2005, ICJ Reports 2005, Tz. 148.

³⁶ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar*, 1. Aufl. 1991, Art. 2 Nr. 4 Rn. 15.

³⁷ *Herdegen* (Fn. 27), § 34 Rn. 15.

³⁸ *Herdegen* (Fn. 27), § 34 Rn. 20; v. *Heinegg*, in: *Ipsen, VölkerR*, 7. Aufl. 2018, § 55 Rn. 32.

die gewährleisten, dass Waffengewalt nur noch im gemeinsamen Interesse angewendet wird³⁹) deutlich.

I. Durchbrechung des Allgemeinen Gewaltverbotes

Nach der VN-Charta gibt es nur drei rechtfertigende Ausnahmetatbestände des umfassenden Allgemeinen Gewaltverbotes für die Androhung oder Anwendung von Gewalt. Diese sind die Befugnisse des VN-Sicherheitsrat nach Kapitel VII und VIII VN-Charta (z. B. Art. 39 ff., 42 VN-Charta) und das Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 VN-Charta, wobei der dritte Ausnahmetatbestand, die Feindstaatenklausel (Art. 107 VN-Charta), durch den Beitritt sämtlicher ehemaliger Feindstaaten bis 1973 obsolet geworden³⁹ und die etwaige Gewaltanwendung durch die *Vereinten Nationen* selbst keine rechtfertigungsbedürftige Gewalt i. S. d. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta ist.⁴⁰

Beide Ausnahmen stehen in einem Verhältnis des Vorbehaltes und der Bestätigung zueinander. Denn das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht ist durch die Voraussetzung eines „bewaffneten Angriffes“, der in höherem Maße die Integrität eines Völkerrechtssubjekts verletzt als die grundsätzlich vom Allgemeinen Gewaltverbot betroffene „Anwendung von und Drohung mit Gewalt“ und somit der engere Begriff ist,⁴¹ eingeschränkt. Die Tendenz zur teleologischen Extension des „bewaffneten Angriffes“, um gewaltsame Abwehrmaßnahmen im Rahmen des Selbstverteidigungsrechtes auch bei Terrorismus,⁴² *cyber attacks*⁴³ oder hybrider Kriegsführung⁴⁴ zu ermöglichen, verkennt, dass diese Diskrepanz zwischen dem Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 VN-Charta) und dem individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrecht (Art. 51 VN-Charta) gewollt ist. *Ratio legis* ist zunächst, die unilaterale Gewaltanwendung einzelner Staaten zurückzudrängen. Wie schon in der Satzung des *Völkerbundes* von 1919, wo das unilaterale Selbstverteidigungsrecht nicht ausdrücklich neben der Verhütung des Krieges durch ein kollektives Sicherheitssystem (Art. 11-13 VS) erwähnt wird,⁴⁵ jedoch

³⁹ *Arnault* (Fn. 6), § 13 Rn. 1049; vgl. A/RES/ES-50-52 v. 15.12.1995.

⁴⁰ *Arnault* (Fn. 6), § 13 Rn. 1050.

⁴¹ *Randelzhofer*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 51 Rn. 4.

⁴² Vgl. *Dau*, Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure, 1. Aufl. 2018, S. 106 ff.

⁴³ S. *Krajewski*, *VölkerR*, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 131-136.

⁴⁴ Exemplarisch *Hector*, Hybride Kriegsführung: Eine neue Herausforderung, *ZaöRV* 2016, 513 (513 ff.).

⁴⁵ *Penna*, The Right to Self-Defense in the Post-Cold War Era: The Role of the United Nations, *DJILP* 1991, 41 (42).

völkergewohnheitsrechtlich anerkannt war,⁴⁶ musste bzw. sollte der Verzicht einzelstaatlicher Gewaltanwendung kompensiert werden. Im Fall eines „bewaffneten Angriffes“ sollte der Angegriffene sich auf sein „naturgegebenes Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung“ berufen können, bis dass der Sicherheitsrat einen Verstoß gegen Art. 2 Nr. 4 VN-Charta festgestellt und entsprechende Maßnahmen nach Art. 42 ff. VN-Charta eingeleitet hat. Konsequenz dieser Privilegierung des Handelns im kollektiven Sicherheitssystem ist auch, dass der angegriffene VN-Mitgliedsstaat seine Abwehrmaßnahmen dem Sicherheitsrat sofort anzeigen muss und die Rechtfertigung weiterer Gewaltanwendung wegfällt, sobald die nötigen Maßnahmen zur Wahrung oder Wiederherstellung der internationalen Sicherheit getroffen worden sind. Die Verletzung der Notifikationspflicht ist indes ein formelles, kein materielles Kriterium des Selbstverteidigungsrechtes,⁴⁷ das die Subsidiarität der Ausübung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes wahren und einen Missbrauch des Art. 51 VN-Charta verhindern soll.⁴⁸ Zulässig ist die Ausübung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes nur so lange, wie der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen autorisiert oder mandatiert hat. Insofern ist das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 VN-Charta im Grunde nur subsidiär gegenüber dem Eingreifen des Sicherheitsrates;⁴⁹ zudem provisorisch und temporär.⁵⁰ So lange die Alliierten des Zweiten Weltkrieges, die als damalige Großmächte in institutioneller Tradition des Völkerbundsrates die Ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates bildeten, geeint wären, würde die Friedenserhaltungsfunktion der *Vereinten Nationen* durch den Sicherheitsrat gesichert sein. Doch der geopolitische Antagonismus des Kalten Krieges ließ dieses kollektive Sicherheitssystem, wenngleich die Unwiderstehlichkeit schnellen und wirksamen militärischen Zwangs durch diese Großmächte stärker denn je war,⁵¹ in seiner ursprünglichen Konzeption

⁴⁶ Vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn 1093; die Caroline-Kriterien sind eine Konkretisierung der Anwendung des Selbstverteidigungsrechtes, das aufgrund eines *Argumentum a minori ad maius* notwendig schon zu diesem Zeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich existiert haben muss.

⁴⁷ *Krajewski* (Fn. 43), § 9 Rn. 95; v. *Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 38), § 56 Rn. 39.

⁴⁸ *Oakley*, *Through The Looking Glass: Reimagining Legal and Legitimate Force in the Contemporary Operating Environment*, *SJIL* 2020, 289 (305).

⁴⁹ *Krajewski*, *Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen*, *ARV* 2002, 183 (186); s. auch Art. 24 VN-Charta („die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“) und Art. 25 i. V. m. Art. 103 VN-Charta.

⁵⁰ *Hilpold*, *Die Vereinten Nationen und das Gewaltverbot. Die Reformvorschläge des High-level Panels sind wenig hilfreich*, *Vereinte Nationen* 2005, 81 (81).

⁵¹ Vgl. dazu v. *Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 38), § 57 Rn. 4.

entscheidungsunfähig werden.⁵² Schon die *Frage* nach der Reichweite der Rechtsbindung des Sicherheitsrates nach Art. 24 Abs. 2 S. 1 VN-Charta i. V. m. Art. 1, 2 VN-Charta, dem Ermessensspielraum desselben in seiner Feststellungskompetenz nach Art. 39 VN-Charta und einer Prüfung der Sicherheitsratsresolutionen auf Rechtmäßigkeit ist symptomatisch dafür, dass die ursprüngliche Konzeption des kollektiven Sicherheitssystems nicht mehr wie vorgesehen funktioniert.

Art. 51 VN-Charta ist schließlich darin bemerkenswert, dass es sich bei dieser völkerrechtlichen Norm nicht um eine Sanktion zur Rechtsdurchsetzung handelt, sondern dem Wortlaut und der *ratio legis* nach nur um ein Abwehrmittel gegen einen bewaffneten Angriff. Da das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung also kein üblicher, normlogischer Konditional wie z. B. § 223 Abs. 1 StGB ist, kann sogar die Ansicht vertreten werden, dass der die Rechtsfolge auslösende materielle Tatbestand nicht in der Anwendung festgestellt wird. Es ist sogar zweifelhaft, ob Art. 41, 42 VN-Charta *stricto sensu* Sanktionsnormen bzw. Zwangsakte⁵³ sind, da wegen des faktischen Vetoposition der Ständigen Mitglieder nach Art. 27 Abs. 3 VN-Charta die „Sanktion“ nicht zwangsläufig ist.⁵⁴ Dem Charakter nach handelt es sich überdies eher um polizeiliche Gefahrenabwehr durch den Sicherheitsrat als um Pönalisierung.⁵⁵

Da der Sicherheitsrat in den 78 Jahren seines Bestehens bisher nur in wenigen Fällen militärische Gewaltmaßnahmen autorisierte,⁵⁶ hat sich schließlich die Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes als der Normalfall erwiesen, wobei die Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes völkergewohnheitsrechtlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Anforderungen des humanitären Völkerrechts unterworfen ist.⁵⁷ Der Versuch, die Inhalte von Art. 2 Nr. 4 und Art. 51 VN-Charta zur Deckung zu bringen, kann daher weniger normlogisch, als nur rechtspolitisch im Kontext des Entscheidungsmechanismus des Sicherheitsrates verstanden werden. U. a. die faktische Vetoposition der Ständigen Mitglieder stellt eine politische Prerogative dar, die im

⁵² Zum Verhältnis von geopolitischer Realität und Völkerrechtsordnung im Kalten Krieg *Greve* (Fn. 30), S. 750 ff.

⁵³ Zum Begriff *Kelsen* (Fn. 5), S. 208 f., 554 ff.; s. auch *Jakab*, *Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik*, *ZaöRV* 2004, 1045 (1051 f.).

⁵⁴ Vgl. *Kelsen* (Fn. 12), S. 732-737; dagegen *Arntz*, *Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen*, 1. Aufl. 1975, S. 29-42.

⁵⁵ v. *Heinegg*, in: *Ipsen* (Fn. 38), § 57 Rn. 20.

⁵⁶ S. *Vereinte Nationen*, S/RES/83 v. 27.6.1950 im Koreakrieg, S/RES/678 v. 29.11.1990 im 2. Irakkrieg und S/RES/1441 v. 8.11.2002 nach den Terroranschlägen vom 11.9.2001.

⁵⁷ *Krajenski* (Fn. 43), § 8 Rn. 99.

Abstimmungsverhalten Opportunismus wie jenen *Russlands*, das gegen seine eigene Verurteilung durch den Sicherheitsrat stimmte,⁵⁸ oder allgemein die Tendenz zur Durchsetzung von Partikularinteressen⁵⁹ befördert. Dadurch wird das kollektive Sicherheitssystem, auf dessen Effektivität die Friedenssicherung nach der VN-Charta angewiesen ist, blockiert. Neben der „intensiven“ Dimension des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes – „Welche Intensität muss die Verletzung der Integrität des Völkerrechtssubjekt erreichen?“ – wird auch die restriktive Auslegung des Gewaltverbotes in der extensiven, zeitlichen Dimension – „Ab welchem Zeitpunkt sind gewaltsame Verteidigungsmaßnahmen gerechtfertigt?“ – von demselben Bedürfnis, effektive Reaktionen auf völkerrechtswidriges Verhalten durchzuführen, angetrieben.

Gleichwohl interessant für diesen Beitrag sind dabei zwei mögliche Antworten auf die Frage, die sich für die extensive wie intensive Dimension des Selbstverteidigungsrechtes stellt: Besteht *unabhängig* vom Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 VN-Charta ein *naturrechtliches* oder *völkergewohnheitsrechtliches* Selbstverteidigungsrecht? Im Kontext dieses Beitrags ist die Frage nach der Normativität des bedeutendsten Ausnahmetatbestandes vom Allgemeinen Gewaltverbot besonders geeignet, um *generelle* Erkenntnisse über die Rechtsgeltung völkerrechtlicher Normen aus etwaigen Rechtsquellen zu gewinnen. Zudem lassen sich umgekehrt Schlüsse auf die normative Qualität des Regeltatbestandes des Allgemeinen Gewaltverbotes ziehen.

1. Naturrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht

Vereinzelt wird behauptet, dass Art. 51 VN-Charta ein der positiven Norm vorgelagertes Selbstverteidigungsrecht anerkennt.⁶⁰ Art. 51 VN-Charta hätte nach dieser Auffassung allein deklaratorischen Charakter.⁶¹ Dem Wortlaut nach werde auf ein „*inherent right*“ zur Selbstverteidigung und somit dem Anschein nach auf eine den Staaten z. B. qua Völkerrechtssubjektivität zukommende,⁶² jedenfalls von der VN-Charta vorausgesetzte⁶³ „*individual or collective self-defence*“

⁵⁸ *Vereinte Nationen*, Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wiields Veto, <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024)

⁵⁹ Z. B. das Verhalten Chinas in der Darfur-Krise, vgl. *Bernhard/Lingnau*, Die Vereinten Nationen und die Darfur-Krise. Nationale Interessen stehen einer Lösung im Wege, *Vereinte Nationen* 2004, 167 (171 f.).

⁶⁰ Z. B. *Schachter*, The Right of States to Use Armed Force, *MLR* 1984, 1620 (1634).

⁶¹ *Ebd.*

⁶² Sondervotum *Shahabuddeen*, *IGH*, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, *Advisory Opinion v. 8.7.1996*, *ICJ Reports* 1996, S. 417.

⁶³ *Kelsen* (Fn. 12), S. 791.

verwiesen. So geht der IGH in *Nicaragua II* davon aus, dass Art. 51 VN-Charta, weil er u. a. keine Konkretisierung und Regulierung der Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes bietet, grundsätzlich nicht abschließend sein kann.⁶⁴

Eine a. A.⁶⁵ versteht den Art. 51 VN-Charta als abschließende Regelung über das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht bzw. sieht ein völkergewohnheits- oder naturrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht als inhaltlich deckungsgleich mit der Regelung der VN-Charta und insofern die Frage nach ihrer deklaratorischen oder konstitutiven Normqualität als unerheblich an.⁶⁶ Dafür wird vorgebracht, dass ein naturrechtliches Selbstverteidigungsrecht der *ratio legis* des Art. 51 VN-Charta (weitestgehende Eindämmung einzelstaatlicher Gewalt in den internationalen Beziehungen) widersprechen würde.⁶⁷ Dass Art. 51 VN-Charta von einem „natürlichen Recht“ spricht, wird vielmehr dahingehend historisch verstanden, dass auch Nicht-Mitgliedern der Vereinten Nationen, denen gegenüber die VN-Charta keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten kann, ein individuelles Selbstverteidigungsrecht bzw. VN-Mitgliedern das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung zusteht.⁶⁸

Die Auffassung, nach der Art. 51 VN-Charta abschließend ist, erscheint vorzuzugswürdig. Somit scheidet eine *naturrechtliche* Begründung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes aus.

2. Völkergewohnheitsrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht

Fraglich ist, ob ein mit Art. 51 VN-Charta koexistierendes völkergewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht existiert. Nach der Legaldefinition in Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut besteht

⁶⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 176.

⁶⁵ Z. B. *Kelsen* (Fn. 12), S. 797; *Verdross/Simma*, *Universelles VölkerR*, 3. Aufl. 1984, § 470.

⁶⁶ So z. B. die *USA* in IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 181; *Kelsen* (Fn. 12), S. 792.

⁶⁷ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer*, *VN-Charta-Kommentar* (Fn. 36), Art. 51 Rn. 12; vgl. dazu, dass insbesondere in einer horizontal strukturierten Rechtsordnung wie dem Völkerrecht die Neigung zur Selbsthilfe wahrscheinlich werden kann, *Hilpold* (Fn. 50), S. 82.

⁶⁸ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer*, *VN-Charta-Kommentar* (Fn. 36), Art. 51 Rn. 10 Fn. 25; s. dazu auch Art. 2 Nr. 6 VN-Charta entgegen dem Grundsatz *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Völkergewohnheitsrecht aus einer dauerhaften Übung (*longa consuetudo*) und einer diese Übung tragenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris ac necessitatis*).⁶⁹

Die Frage nach der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Selbstverteidigungsrechtes bzw. des Allgemeinen Gewaltverbotes stellt sich naturgemäß selten seit dem Inkrafttreten positivrechtlicher Regelungen in Gestalt der VN-Charta und der Tatsache, dass mit wenigen Ausnahmen sämtliche Völkerrechtssubjekte Mitglieder der *Vereinten Nationen*, deren Charta für sie verbindlich ist, sind. Eine Möglichkeit zur Beantwortung dieser Frage bot sich aber in der IGH-Leitentscheidung *Nicaragua II*. Da sich die *USA*, von *Nicaragua* wegen ihrer geheimen Unterstützung der antisandinistischen Contra-Rebellen von Honduras aus vor dem IGH angeklagt, auf den Vorbehalt in der sog. Vandenberg-Klausel bezüglich der Unterwerfungserklärung unter die Jurisdiktion des IGH beriefen, hat der IGH i. E. die VN-Charta nicht als Entscheidungsgrundlage verwendet.⁷⁰ Stattdessen wurde u. a. aus der einstimmigen Annahme der – als *soft law* unverbindlichen – Deklaration der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit von Staaten (A/RES/ES-2625 v. 24.10.1970) eine *opinio iuris* über das Gewaltverbot als Rechtssatz des allgemeinen Völkergewohnheitsrechtes abgeleitet.⁷¹

Ferner hat der IGH das Selbstverteidigungsrecht völkergewohnheitsrechtlich hergeleitet, jedoch dieses Mal aus dem Wortlaut des Art. 51 VN-Charta. Wovon Art. 51 VN-Charta als „naturegebenem Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung“ spricht, vermag nach dem IGH nur als Völkergewohnheitsrecht verstanden zu werden.⁷² Allein, weil es *lex specialis* ist, geht das positivrechtliche, vertragsrechtliche Selbstverteidigungsrecht dem nebeneinander und unabhängig davon geltenden Völkergewohnheitsrecht in der Normenhierarchie und Anwendung vor. Dies schließe nicht aus, dass die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der beiden Ausprägungen des

⁶⁹ S. auch *ILA*, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Tz. 41.

⁷⁰ Dazu *Wengler*, Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs im Nicaragua-Fall, NJW 1986, 2994 (2995); *Dederer*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Fn. 24), S. 840

⁷¹ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 188.

⁷² *Ebd.*, Tz. 176; kritisch zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter des kollektiven Selbstverteidigungsrechtes Sondervotum *Oda*, *Ebd.*, Tz. 92-97.

Selbstverteidigungsrechtliches sich voneinander unterscheiden.⁷³ Das völkergewohnheitsrechtliche Gewaltverbot und das Allgemeine Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 VN-Charta bestehen somit unabhängig voneinander mit unterschiedlichem Anwendungsbereich. Eine andere Frage ist es indessen, wie sich der Verstoß gegen die *positivrechtliche* Norm des Art. 51 VN-Charta auswirkt, selbst wenn die Rechtssätze mit unterschiedlichem Geltungsgrund denselben Inhalt haben.

3. Zwischenergebnis

Das Ergebnis der vorangehenden Überlegungen ist, dass das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht mangels einer nicht-positiven Normbegründung jedenfalls mit der Normgeltung des Art. 51 VN-Charta oder des entsprechenden Völkergewohnheitsrechtes steht und fällt.

D. Positivistische Geltung des Völkerrechts im Allgemeinen und des Allgemeinen Gewaltverbotes im Besonderen

Nachfolgend ist zu ermitteln, wie sich die Verletzung einer *positivrechtlichen* Völkerrechtsnorm wie Art. 51 VN-Charta auf deren Geltung auswirkt. Dies stellt, wie dargelegt, eine mögliche Begründung des Allgemeinen Gewaltverbotes dar.

I. Positivistischer Rechtsbegriff

Positivismus ist eine rechtsphilosophische Richtung, deren Vertreter die Geltung von Rechtsnormen ausschließlich vom Kriterium der sozialen Wirksamkeit und der ordnungsgemäßen Gesetztheit durch eine hierzu ermächtigte Instanz abhängig machen.⁷⁴ Geltung meint dabei die „spezifische Existenz einer Norm“,⁷⁵ d. h. ein Norminhalt wird gesollt und wird zu einem objektiven, intersubjektiv verbindlichen Sollen, wenn die Norm als solche existiert. Systematisch kann bei einem positivistischen Rechtsbegriff ferner zwischen einem primär wirksamkeitsorientierten Begriff, der entweder auf den äußeren Aspekt der Befolgung einer Norm und die Sanktionierung ihrer Nichtbefolgung oder den inneren Aspekt der Motivation zur Normbefolgung abstellt, und einem primär setzungsorientierten Begriff differenziert werden. Anders als im Fall eines

⁷³ So ist die Notifikationspflicht des Art. 51 VN-Charta vertragsrechtlich und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Selbstverteidigungsmaßnahmen völkergewohnheitsrechtlichen Ursprunges, s. etwa *IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, Tz. 40 f.*

⁷⁴ *Alexy, Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe, 1. Aufl. 2020, S. 29.*

⁷⁵ *Kelsen (Fn. 5), S. 35.*

naturrechtlich-nichtpositivistischen Rechtsbegriffes, der die Kassation positiven Rechts aufgrund inhaltlicher Unrichtigkeit als möglich anerkennt, sind für den Rechtspositivismus nur diese zwei, freilich unterschiedlich stark gewichteten, Elemente konstitutiv für eine Rechtsnorm bzw. ein Rechtssystem. Folglich kann der Rechtscharakter, die juristische Geltung einer Sollensnorm⁷⁶ durch Hinwegfallen eines dieser Elemente verloren gehen. Für das jeweilige normative Element der Rechtsnorm kann dies durch *desuetudo*, also Obsolet-Werden, hinsichtlich der sozialen Wirksamkeit⁷⁷ oder Derogation hinsichtlich der autoritativen Gesetztheit⁷⁸ geschehen. Während erstere von der Normsetzungsinstanz ausgeht, wird letztere in der Rechtsanwendung individualisierter Normen z. B. durch Gerichte⁷⁹ bzw. in der Rechtsbefolgung⁸⁰ ausgelöst.

1. Primär setzungsorientierte Geltung

Mit Blick auf völkerrechtliche Normen lässt sich bezüglich ihrer normativen Geltung die Besonderheit konstatieren, dass es eine Normsetzungsinstanz, wie sie für einen rechtspositivistischen Etatismus notwendig ist, in den internationalen Beziehungen der Völkerrechtssubjekte so nicht gibt; ebenfalls gibt es keine obligatorische Gerichtsbarkeit, die durch Rechtsfortbildung verbindlich Recht setzen und zur Identifikation des geltenden Rechts herangezogen werden könnte.

Im Fall des Allgemeinen Gewaltverbotes und seiner positivrechtlichen Ausgestaltung in Art. 2 Nr. 4 VN-Charta würde einem Verlust der Rechtsgeltung auf der Ebene der autoritativen Setzung eine (formelle) Derogation gleichkommen. Dem entspräche am ehesten eine Änderung der VN-Charta nach Art. 108 VN-Charta.⁸¹ Grundsätzlich können multilaterale völkerrechtliche Verträge nur durch Zustimmung aller Vertragsparteien geändert werden, sofern im Vertrag nicht eine abweichende Bestimmung vorgesehen ist (vgl. Art. 39 f. Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)). Art. 108 VN-Charta abbedingt dieses dispositive Recht und sieht eine formelle Satzungsänderung durch Annahme mit Zweidrittelmehrheit der Mitglieder der Generalversammlung

⁷⁶ Zu einem möglichen Normbegriff bspw. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 4 Rn. 120.

⁷⁷ *Kelsen* (Fn. 5), S. 385.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 114.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 386.

⁸⁰ *Ebd.*, S. 385.

⁸¹ Wegen der Übereinstimmung der materiellen Voraussetzungen kann hier darauf verzichtet werden, das außerordentliche Änderungsverfahren (Revision) nach Art. 109 VN-Charta einzeln zu behandeln.

sowie durch Ratifikation durch eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder der Generalversammlung und sämtliche Ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates vor. Bisher gab es nur fünf Anwendungsfälle des Art. 108 VN-Charta, die sich materiell darin erschöpften, die Organe der *Vereinten Nationen* und die Abstimmungserfordernisse an die Zunahme der VN-Mitgliederzahl infolge der Dekolonisierung anzupassen.⁸² Dies rührt daher, dass eine faktische Sperrminorität der Staaten des sog. Globalen Südens in der Generalversammlung besteht und jedes Ständige Mitglied des Sicherheitsrates ein sog. Vetorecht innehat.⁸³ Im Kontext des russischen Angriffskrieges werden dergleichen Satzungsänderungen aber derzeit nicht einmal diskutiert.

Da es sich bei der VN-Charta um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, ist sie grundsätzlich derogierendem Völkergewohnheitsrecht ausgesetzt. Es bedürfte also einer von einer Rechtsüberzeugung getragenen abweichenden Praxis der Vertragsparteien. Einzelfälle wie die russische Invasion können noch keine Staatenpraxis darstellen. Allerdings kann der Mangel an *consuetudo* durch eine umso stärkere *opinio iuris* ausgeglichen werden, insofern sich diese konstitutiven Elemente von Völkergewohnheitsrecht auf einer „*sliding scale*“⁸⁴ befinden. Daher haben die Reaktionen der internationalen Gemeinschaft auf Verletzungen völkerrechtlicher Normen eine erhöhte Relevanz für gegenläufige Rechtsentwicklungen. Wenn diese Reaktionen auf das russische Verhalten überwältigend positiv gewesen wären, hätte dies als *opinio iuris* neuen Völkergewohnheitsrechtes entsprechende Auswirkungen auf die Normativität des jetzigen Allgemeinen Gewaltverbotes gehabt.⁸⁵ Bei der Beurteilung des aktuellen Standes des Allgemeinen Gewaltverbotes und seiner Ausnahmetatbestände ist daher der Blick auf die Reaktionen anderer Völkerrechtssubjekte zu werfen.

Im Fall des russisch-ukrainischen Krieges waren die internationalen Reaktionen weitgehend einmütig. So reichten sie in den ersten Tagen des Krieges von der unmissverständlichen Verurteilung der russischen Invasion als

⁸² *Müttzelburg/Karl*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 108 Rn. 44 ff; Art. 109 VN-Charta fand trotz des Bestehens eines Committee on Arrangements for a Conference for the Purpose of Rewriting the Charter zwischen 1955 und 1967 bislang keine Anwendung.

⁸³ Dazu *Müttzelburg/Karl*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 108 Rn. 35.

⁸⁴ Vgl. *Kirgis*, Custom on a Sliding Scale, AJIL 1987, 146 (149 ff.).

⁸⁵ Vgl. ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, 2018, S. 139.

völkerrechtswidrig z. B. durch die Präsidentin der *EU-Kommission*⁸⁶ und den Präsidenten der *USA*⁸⁷ bis hin zur bloßen Missbilligung durch den Vorsitzenden der *Afrikanischen Union*,⁸⁸ die Außenminister der *ASEAN*-Mitglieder⁸⁹ oder auch die Sprecherin des chinesischen Außenministeriums.⁹⁰ Auch wenn die Staaten des Globalen Südens zumeist verbal zurückhaltender waren als der Westen in der Positionierung zum russisch-ukrainischen Krieg, wird doch selbst von diesen für einen Waffenstillstand bzw. eine Friedenslösung plädiert und so die positive Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes affirmiert.

Das Verhalten jener Staaten, die den russischen Angriffskrieg als Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes mehr oder weniger missbilligen, gibt mithin eine eindeutige *opinio iuris* hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der russischen Aggression und der Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes wider. Da das Allgemeine Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta als universelles *ius cogens*, also zwingendes Recht, angesehen wird,⁹¹ sind die Anforderungen an eine Derogation nochmals erhöht. Nach Art. 53 WVK, der als eine Positivierung von Völkergewohnheitsrecht betrachtet werden kann, vermag eine Norm mit Geltung als *ius cogens* nur durch eine davon abweichende *ius-cogens*-Norm derogiert zu werden,⁹² was, da es verglichen mit der Derogation einfachen Völkergewohnheitsrechtes erschwert ist, in der Staatenpraxis faktisch unmöglich erscheint. Da die internationale Gemeinschaft in der Auseinandersetzung mit

⁸⁶ *Europäische Kommission*, Presseerklärung von Präsidentin von der Leyen zu Russlands Aggressionen gegenüber der Ukraine, 2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_22_1322 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁷ *Weißes Haus*, Remarks by President Biden on Russia's Unprovoked and Unjustified Attack on Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/02/24/remarks-by-president-biden-on-russias-unprovoked-and-unjustified-attack-on-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁸ *Afrikanische Union*, Statement from Chair of the African Union, H. E. President Macky Sall and Chairperson of the AU Commission H. E. Moussa Faki Mahamat, on the situation in Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://au.int/en/pressreleases/20220224/african-union-statement-situation-ukraine> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁹ *ASEAN*, ASEAN Foreign Minister's Statement on The Situation in Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://asean.org/asean-foreign-ministers-statement-on-the-situation-in-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁹⁰ *Außenministerium der Volksrepublik China*, Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Regular Press Conference on February 24, 2022, 2022, abrufbar unter: https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/202202/t2022024_10645282.html (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁹¹ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 190 f.; *Herdegen* (Fn 27), § 16 Rn. 25; *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1. Aufl. 1992, S. 30.

⁹² *Arnould* (Fn. 6), § 3 Rn. 290.

dem russisch-ukrainischen Krieg bisher selbst das Allgemeine Gewaltverbot als einfaches Völkergewohnheitsrecht nicht in Frage stellt,⁹³ zeichnet sich erst recht kein derogierendes *ius cogens* ab.

Auch ein Außerkrafttreten der Bestimmungen des Allgemeinen Gewaltverbotes in der VN-Charta durch *desuetudo*, d. h. fehlende Übung, ohne dass eine abweichende gewohnheitsrechtliche Norm als Ersatz entstanden ist, ist im Kontext des russisch-ukrainischen Krieges erst recht nicht ersichtlich.⁹⁴

2. Primär wirksamkeitsorientierte Geltung

Zweifelhaft ist, ob die zahlreichen Verletzungen des Allgemeinen Gewaltverbotes seit dessen Positivierung einen Verlust der Rechtsgeltung aufgrund fehlender sozialer Wirksamkeit nahelegen. Mangels einer zugleich legitimierten⁹⁵ und effektiven Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsinstanz zur Anwendung von Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen kommen der sozialen Wirksamkeit und allgemein rechtssoziologischen Erwägungen bei Fragen der völkerrechtlichen Normativität besonderes Gewicht zu.

Prinzipiell erscheint es aber methodologisch fragwürdig, die Normgeltung aus einzelnen Akten der Normverletzung abzuleiten, da die Motivation für normverletzende Handlungen nicht immer dieselbe ist, sondern auch gutgläubig-normstabilisierend sein kann,⁹⁶ und bei diesem Ansatz das Unterlassen von Normverletzungen gleichsam ausgeblendet wird.⁹⁷ Es ist überdies eine allzu simple Vorstellung, dass Normen ab einer gewissen Häufigkeit von Normverletzungen mit einem gewissen Schweregrad *irgendwann* ihre Geltung verlieren. Dass sich das Allgemeine Gewaltverbot im kollektiven Sicherheitssystem der VN-Charta z. B. angesichts des 2. Irak-Krieges 1990 bewährt hat, obgleich *Franck* schon 1970 den „Tod“ des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta

⁹³ So wurde A/RES/ES-11/1 v. 2.3.2022, die den Verstoß der Russischen Föderation gegen Art. 2 Nr. 4 VN-Charta missbilligt, mit einer Stimmenmehrheit von 141 Delegierten gegen 12 Delegierte, darunter Russland selbst, angenommen.

⁹⁴ Dagegen allgemein für das Allgemeine Gewaltverbot *Glennon*, How International Rules Die, GLJ 2005, 939 (958 ff.); s. auch zur Kombination von Völkergewohnheits- und Vertragsrecht als gleichzeitige Träger des *ius cogens* *Kadelbach* (Fn. 91), S. 186.

⁹⁵ Infolge des Allgemeinen Gewaltverbotes ist die zwischen Staaten angewandte Repressalie als traditionelle Form der völkerrechtlichen Sanktion ausgeschlossen worden; dagegen sieht *Kelsen* (Fn. 5), S. 557 f. u. a. durch den Krieg, den er als *bellum iustum* immer noch in der VN-Charta lokalisiert, den Sanktionscharakter des Völkerrechts gewahrt.

⁹⁶ Bspw. die humanitäre Intervention im Kosovo 1999.

⁹⁷ S. auch *Henkin*, The Reports of the Death of Article 2 (4) Are Greatly Exaggerated, AJIL 1971, 544.

verkündete,⁹⁸ lässt eine derartige These voreilig erscheinen. Vielmehr wird die *consuetudo* der Staatenpraxis durch eine *wertende* Einschätzung⁹⁹, statt durch eine quasimathematische erfasst.

Bedeutsam ist auch die Tatsache, dass sich militärische Aggressoren fast immer der Konstruktion völkerrechtlicher Argumente bedienen, um ihre Handlungen, auch wenn bösgläubig, zu rechtfertigen. Einerseits könnte darin, jenseits des positiven Völkervertragsrechtes, ein Relikt des *bellum iustum* gesehen werden, insofern die Friedensordnung als Normalzustand, von dem man rechtfertigungsbedürftig abweichen kann, anerkannt wird, andererseits spricht dies für die Effektivität des Allgemeinen Gewaltverbotes, da real die Handlungen von Völkerrechtssubjekten, auch wenn in noch so geringer Weise, beeinflusst werden.¹⁰⁰ Selbst wenn verschiedenste Faktoren, zu einem gewissen Grad ununterscheidbar in ihrem eigenständigen Effekt, multikausal die Staatenpraxis beeinflussen, kann in der abnehmenden Zahl von bewaffneten Angriffen seit der Proklamation der VN-Charta durchaus eine kausale Determiniertheit durch das Allgemeine Gewaltverbot gesehen werden; jedenfalls impliziert die kausale Ununterscheidbarkeit *nicht zwingend* eine mangelhafte Effektivität der Völkerrechtsnorm. Im Vergleich zwischen dem Völkerrechtssystem der Zwischenkriegszeit, das keine dem Art. 2 Nr. 4 VN-Charta gleichkommende positivierte Norm kannte, und jenem der VN-Charta kann beispielhaft darauf verwiesen werden, dass das *Deutsche Reich* (1933), *Japan* (1935) und *Italien* (1937) aus dem *Völkerbund* austraten, bevor sie ihre jeweiligen Angriffskriege begannen, während Indonesien, dessen Präsident *Sukarno* entschlossen von der „Zerschmetterung Malaysias“ sprach,¹⁰¹ 1965 aus Protest gegen *Malysias* Sitz im Sicherheitsrat und der Furcht davor, vor diesem Organ als Aggressor zu erscheinen, zwar aus den *Vereinten Nationen* austrat,¹⁰² aber schließlich von einem Krieg absah. Bezeichnend ist auch, dass in der Staatenpraxis nach dem Ersten Weltkrieg, aber noch vor der Proklamation der VN-Charta mit ihrem Allgemeinen Gewaltverbot und dem natürlichen Recht auf Selbstverteidigung zumeist auf Kriegserklärungen verzichtet worden ist, wozu politische¹⁰³ oder

⁹⁸ *Franck*, Who Killed Article 2 (4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States, *AJIL* 1970, 809.

⁹⁹ *Dörr*, in: *Ipsen* (Fn. 38), § 19 Rn. 12.

¹⁰⁰ Vgl. *Wippman*, The Nine Lives of Article 2 (4), *MJIL* 2007, 387 (390, 400).

¹⁰¹ *Der SPIEGEL*, Strick und Krise, 12.1.1965, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/strick-und-kris-a-cfb93fd8-0002-0001-0000-000046169037> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁰² *Ebd.*

¹⁰³ Zur politischen Funktion des Kriegsgrundes der Selbstverteidigung *Wolff*, Kriegserklärung und Kriegszustand nach Klassischem Völkerrecht, 1. Aufl. 1990, S. 28 f.

auch völkerrechtliche Gründe wie die *opinio iuris* motiviert haben könnten. Ausnahmen wie die Kriegserklärung des *Deutschen Reiches* an die *USA* vom 11. Dezember 1941, in der die Reichsregierung feststellt, sich „während des ganzen gegenwärtigen Krieges streng an die Regeln des Völkerrechts gehalten“ zu haben,¹⁰⁴ bestätigen die Regel der Rechtfertigungsbedürftigkeit.

Allerdings könnte aus dieser Tatsache auch gegenteilig der Schluss gezogen werden, dass das Allgemeine Gewaltverbot nicht als eine völkerrechtlich bindende, sondern einzig als eine soziale Norm auf das Verhalten der Völkerrechtssubjekte einwirkt,¹⁰⁵ wobei Effektivität i. S. d. Normbefolgung bzw. -verletzung als Kriterium dafür fungiert, um welche Normkategorie es sich handle. Da unabweisbar das Allgemeine Gewaltverbot in der Staatenpraxis häufig verletzt wurde, könne es sich mangels Effektivität der Norm nur um eine soziale handeln. Diese Betrachtungsweise ist aber, so wie der Normbegriff selbst, nicht epistemisch zwingend, sodass, dem Völkerrechtssystem der VN-Charta mit seiner handlungsunfähigen Gewaltmonopolisierung und dezentraler Sanktionierung durch die Staatengemeinschaft angemessener, statt der Effektivität als Element der Normgeltung die *opinio iuris* stärker betont werden kann.

Dass durch einzelne Normverletzungen die Geltung einer Norm als objektives Sollen nicht in Frage gestellt wird, wird beispielhaft auch vom *IGH* in *Nicaragua II* festgestellt: Derjenige, der seine Normverletzung aufgrund von dieser positiven Norm immanenten Ausnahmetatbeständen rechtfertigt, hat gleichwohl *opinio iuris* bzgl. der Rechtsgeltung der verletzten völkergewohnheitsrechtlichen Norm.¹⁰⁶ Nach den vorhergehenden Überlegungen erscheint es nicht mehr allzu bemerkenswert, dass der *IGH* in diesem Fall von Völkergewohnheitsrecht v. a. an die Entwicklung der *opinio iuris* der internationalen Gemeinschaft statt an eine einheitliche Staatenpraxis, die wegen der unveränderten Anwendung militärischer Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen durchaus bezweifelt werden könnte, anknüpft.

Der Soziologe *Niklas Luhmann* hat diese Normstabilität auch auf Fälle bezogen, in denen die Normverletzung nicht vom Rekurs auf eine der Norm immanente Rechtfertigung begleitet war, stattdessen aber eine kontrafaktische Stabilisierung

¹⁰⁴ *Thomas Vogel*, *Weltkrieg*, BPB, 30.4.2015, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/nationalsozialismus-zweiter-weltkrieg/der-zweite-weltkrieg/199399/weltkrieg/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁰⁵ *Glennon* (Fn. 94), S. 963.

¹⁰⁶ Deutlich *IGH*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 186.

einsetzte. *Luhmanns* soziologisch-systemtheoretische These ist, dass Normen enttäuschungsfeste, stabilisierte Verhaltenserwartungen sind, deren Geltung sich kontrafaktisch (*contra factum*) auch gegen ihre faktische Nichterfüllung behaupten kann.¹⁰⁷ Die einzelne Nichterfüllung der Norm und Normerwartung wird vom Subjekt, das seine Verhaltenserwartung an der Norm orientiert, als Abweichung registriert.¹⁰⁸ Erst wenn sich die Nichterfüllung der Norm verstetigt, wird das Subjekt seine Verhaltenserwartung nicht mehr an der geltenden Norm orientieren, da nun deren Befolgung einen von der normativen Erwartung abweichenden Charakter hat.¹⁰⁹ Verglichen mit der Überlegung des *IGH* in *Nicaragua II* kann nach *Luhmanns* faktischer Geltungslehre eine Norm sogar ihre „systemwidrige“ Verletzung tolerieren.

Für die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes würde dies bedeuten, dass die seit der Annexion der *Krim* 2014 mit der militärischen Intervention in der gesamten *Ukraine* wiederholte Verletzung des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta durch *Russland* noch lange nicht die Normgeltung zu erschüttern vermag. Das Echo von Entrüstung in der internationalen Staatengemeinschaft ob der militärischen Aggression *Russlands* und die Tatsache, dass *Russland* und seine Sympathisanten immer noch den Krieg durch Ausnahmetatbestände vom Allgemeinen Gewaltverbot zu rechtfertigen versuchen (humanitäre Intervention, Rettung eigener Staatsangehöriger, Intervention auf Einladung der separatistischen „Volksrepubliken“, kollektive Selbstverteidigung der „Volksrepubliken“, präventive individuelle Selbstverteidigung),¹¹⁰ verletzen selbst nach der Anschauung des *IGH* und zumal nach *Luhmanns* These der kontrafaktischen Stabilisierung die grundsätzliche Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes nicht.

E. Eine „normative Kraft des Faktischen“?

Den primär wirksamkeitsorientierten positivistischen Geltungslehren ist auch die von *Georg Jellinek* vertretene Akzeptanztheorie¹¹¹ mit ihrer berühmten Wortprägung der „normativen Kraft des Faktischen“ zuzurechnen. Weil *Jellinek*s These die Interdependenz der Sphäre der politischen Faktizität und der Normativität des Rechts wiedergibt und im Gegensatz zu den obigen

¹⁰⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1. Aufl. 1995, S. 219

¹⁰⁸ *Neves*, Grenzen der Autonomie des Rechts in einer asymmetrischen Weltgesellschaft: Von Luhmann zu Kelsen, ARSP 2007, 363 (373).

¹⁰⁹ *Ebd.*

¹¹⁰ Zusammenstellend *Schmahl* (Fn. 3), S. 969 (passim).

¹¹¹ Effektivitätstheorien hingegen bestimmen die Geltung einer Rechtsnorm aufgrund ihrer faktischen, empirischen Geltung und damit Effektivität; Zwangstheorien aufgrund der zwangsweisen Durchsetzung des Norminhaltes.

Geltungslehren eine einfachere Möglichkeit der Normerzeugung sieht, soll sie im Folgenden Berücksichtigung finden.

I. Die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen

Jellineks Allgemeine Staatslehre changiert zwischen empirisch-deskriptiver Rechtssoziologie und positivistischer Rechtstheorie. Der Staatsbegriff *Jellineks* und damit auch die von einer Entität Staat als Garantie abhängige Rechtsnorm ist im Verständnis *Jellineks* weniger eine Substanz, als eine Funktion sozialer Beziehungen zwischen Menschen.¹¹² *Jellinek* geht sodann von dem Befund aus, dass die faktischen Verhältnisse den Normen, die aus diesen entstehen, vorausgehen.¹¹³ Das Faktische wiederum ist ein soziales Faktum, das durch Übung entsteht. Insofern hat Gewohnheitsrecht denselben Geltungsgrund wie z. B. das Zeremonielle oder Mode, deren Entstehung *Jellinek* aus der „allgemeinen psychischen Eigenschaft“, das „sich stets wiederholende Faktische als das Normative“ anzusehen, ableitet.¹¹⁴ Auch nach ihrer Entstehung wirken diese faktischen Machtverhältnisse unmittelbar auf die (Rechts-)Normen ein.¹¹⁵ Recht ist laut *Jellinek* zunächst nur eine faktische Übung, sodass sich bei Veränderung der faktischen Übung notwendig auch das Recht, dessen Objekt es ist, verändern würde. Durch fortdauernde Übung entstünde sodann die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung. Die „Norm“ wird zur Rechtsnorm, wie *Jellinek* pointiert;¹¹⁶ wovon *Jellinek* als „normativer Kraft des Faktischen“ spricht, ist das Verhältnis von Normalität und Normativität als dem Geltungsgrund des Rechtes. *Jellinek* lässt jedoch die faktische Übung nicht als Grund der Rechtsgeltung genügen, wenn die Gewaltunterworfenen nicht auch die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit der Rechtsordnung haben. „Wo diese Überzeugung ausbleibt, da kann die faktische Ordnung nur durch äußere Machtmittel aufrechterhalten werden, was auf die Dauer unmöglich ist; entweder tritt schließlich doch Gewöhnung an sie ein, oder die rein äußerliche Ordnung selbst bricht in Stücke.“¹¹⁷ Entstehung wie Untergang des Rechtes und seiner Elemente findet außerhalb der Rechtsordnung, also empirisch statt.

Während die normative Kraft des Faktischen ein konservatives Element darstellt, gibt es laut *Jellinek* in der Sphäre des Rechts auch ein rationales, evolutionäres

¹¹² *Breuer*, Von der sozialen Staatslehre zur Staatssoziologie: Georg Jellinek und Max Weber, 2. Aufl. 2020, S. 98

¹¹³ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, S. 356.

¹¹⁴ Vgl. *ebd.*, S. 339.

¹¹⁵ Vgl. *ebd.*, S. 342.

¹¹⁶ Vgl. *ebd.*, S. 339.

¹¹⁷ *Ebd.*, S. 342

Element, das Recht derogieren kann und den bestehenden Rechtszustand ändert. Wenn sich aufgrund einer „psychologischen Tendenz“ die Vorstellung entwickelt hat, dass das, was ist, auch sein soll, kann immer noch die Rechtsgeltung des bestehenden sozialen Zustands bzw. positiven Rechts erschüttert werden. Wie dargelegt, geschieht dies durch Veränderung der sozialen Verhältnisse, die auch den Wert, „der den in Kraft befindlichen Normen zugeschrieben wird“¹¹⁸, determinieren. Was dabei die bestehenden sozialen Verhältnisse zu verdrängen versucht, ist ein anderes Recht „mit dem Anspruch auf höhere Geltung“.¹¹⁹ Im Rekurs auf ein überpositives Recht wird das neue Recht um Anerkennung mit dem sozial geltenden Recht konkurrieren.

II. Anwendung auf das Allgemeine Gewaltverbot

Explizit spricht *Jellinek* von einer normativen Kraft des Faktischen im Völkerrecht nur im Kontext der Anerkennung von Regierungen durch andere, insofern dabei eine „vollendete [...] Tatsache [...]“ geschaffen wird;¹²⁰ implizit mit seiner Feststellung, dass das gesamte Recht, also auch das Völkerrecht, gegenüber den „rechtsändernden historischen Mächten“ hilflos ist. Die *Jellinek*'sche Lehre von der normativen Kraft des Faktischen vermag jedoch nicht strikt auf eine vom Nationalstaat sanktionierte Rechtsordnung beschränkt zu werden. Vielmehr determinieren in der völkerrechtlichen Ordnung grundsätzlich dieselben Kausalgesetze die Akzeptanz der *faits sociaux*, sozialer Tatsachen. Von einem nationalstaatlichen Referenzsystem unterscheidet sich das völkerrechtliche sodann nur darin, dass die völkerrechtlichen Gewaltunterworfenen¹²¹ eine Doppelstellung haben, indem sie sogar durch zwei soziale Systeme determiniert sind: jenes der internationalen Beziehungen zwischen Staaten und jenes der Individuen in der einzelstaatlichen Ordnung, die personell Vertreter der Staaten sind und im Fall von demokratisch-repräsentativ verfassten Staaten durch innerstaatliche Entwicklung mittelbar die Staatenpraxis beeinflussen. Für *Jellinek* wiederum sind diese „internationalen Gesellschaftsverhältnisse“ der „wesentliche[...] Inhalt des internationalen Rechtes“.¹²² *Jellinek* folgt der Ansicht, dass der freie Bindungswille der Staaten der formelle Existenzgrund des Völkerrechtes ist,¹²³ wobei dessen Rechtsgeltung nicht notwendig durch das

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 344.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 345.

¹²⁰ *Ebd.*, S. 340.

¹²¹ Grundsätzlich sind die Gewaltunterworfenen des Völkerrechts die Staaten als Inhaber von Völkerrechtssubjektivität, wobei die traditionelle Mediatisierung des Individuums in den meisten Bereichen noch fortbesteht, vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 2 Rn. 66 ff.

¹²² *Jellinek* (Fn. 113), S. 379.

¹²³ *Ebd.*, S. 376.

Fehlen eines rechtlich geordneten Zwanges negiert wird. Umso bedeutender seien aber als Garantien des Völkerrechts internationale Rechtshilfe, -pflege und -verwaltung sowie die Machtverhältnisse der Staaten und die öffentliche Meinung.¹²⁴ Konsequenz der Staatswillenstheorie *Jellineks* ist, dass der Geltungsgrund des Völkerrechts im Konflikt mit demjenigen des Nationalstaates zurückgedrängt werden kann, denn das Völkerrecht sei um der Staaten, und nicht die Staaten um des Völkerrechtes willen da.¹²⁵ Da das lückenhafte Völkerrechtssystem der Geschlossenheit entbehrt und stattdessen auf den Kompromissen gegenläufiger Interessen beruht, seien die Außenpolitik der Staaten und die Bildung von Rechtssätzen vor allem durch faktische Macht beeinflusst.¹²⁶ Diese Lückenhaftigkeit des „anarchische[n] Recht[es]“ Völkerrecht erscheint *Jellinek* sogar erwünscht, um Fortschritt im Völkerrecht zu ermöglichen, und nicht nur den *Status quo* der Staatenwelt zu konservieren.¹²⁷

Der russisch-ukrainische Krieg ist eine Faktizität, die grundsätzlich dazu fähig ist, als faktisches Verhältnis normative Geltung zu gewinnen. Bis dahin üben diese faktischen Verhältnisse zunächst auch eine konkurrierende Geltungskraft auf die geltenden Normen aus, sich dem Faktischen anzugleichen. Nicht nur die Ausnahmetatbestände des Allgemeinen Gewaltverbotes, wie eine humanitäre Intervention oder die Ausübung des präventiven Selbstverteidigungsrechtes, sind der Faktizität ausgesetzt. Vielmehr könnte indirekt das Allgemeine Gewaltverbot selbst mit einer normativen Kraft konfrontiert sein, denn eine extensive Ausdehnung von Ausnahmetatbeständen, ohne dass eine materielle Feststellung des bewaffneten Angriffes und eine effektive Sanktionierung des Normbruches stattfindet, müssten zwar nicht zu einer *desuetudo* des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta führen. Ein Allgemeines Gewaltverbot, dessen Anwendungsbereich rein tatsächlich durch Ausnahmetatbestände ausgehöhlt wird, läuft indes Gefahr, „künftige Geschlechter“ nicht mehr „vor der Geißel des Krieges zu bewahren“. In der Tatsache, dass der russisch-ukrainische Krieg ein bewaffneter Angriff im Völkerrechtssystem der VN-Charta ist, sich die Invasion *Russlands* in der *Ukraine* an den durch russische Militärhandlungen geförderten Separatismus in *Südossetien* und *Abchasien* (2008), auf der *Krim* und im *Donbass* (2014) anschließt oder in der Fortdauer der Kriegshandlungen trotz internationalen Protestes und Rechtswidrigkeit könnte eine fortdauernde Übung solcher Ausnahmetatbestände gesehen werden. Die territoriale Souveränität und politische Unabhängigkeit eines Staates wie der *Ukraine* zwecks Machtpolitik oder eines der vorgebrachten

¹²⁴ *Ebd.*, S. 377.

¹²⁵ *Ebd.*

¹²⁶ *Ebd.*, S. 378.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 378.

casus belli zu verletzen, müsste aber auch seitens der Gewaltunterworfenen, d. h. der Völkerrechtssubjekte, von einer Vorstellung des Normmäßigen begleitet werden. Dies ist jedoch, wie dargelegt,¹²⁸ eher zu verneinen. Das Faktische der russischen Invasion könnte gleichwohl eine normative Kraft entfalten, wenn Gewöhnung einsetzt oder die faktische Ordnung schließlich nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Darauf könnte man schließen, sobald entweder die russischen Annexionen international anerkannt worden sind bzw. die Sanktionierung *Russlands* endet oder der *Status quo ante* vor der militärischen Intervention *Russlands* restituiert worden ist. Hier kann zwar nicht eines der beiden Szenarien eindeutig prognostiziert werden, jedoch scheint das Ende der russischen Okkupation und somit der Zusammenbruch der faktischen Verhältnisse wahrscheinlicher.

Ob neben dem konservativen Element der normativen Kraft des Faktischen im Fall der russischen Annexionen auch das evolutionäre, überpositive zu bejahen ist, kann daher dahingestellt bleiben, auch wenn eine solche in der Extension der Ausnahmetatbestände des Allgemeinen Gewaltverbotes erblickt werden könnte.

F. Ausblick

Wie sich schon bei der Anwendung des primär geltungsorientierten positivistischen Rechtsbegriffes auf das Allgemeine Gewaltverbot ergab, ist die normative Qualität völkerrechtlicher Normen zumeist dadurch gesichert, dass die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Handelns innerhalb des geltenden positiven Völkerrechts, d. h. Art. 51 i. V. m. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta, geschieht. Dass sich allein aus den Annexionen *Russlands* im Krieg gegen die *Ukraine* eine mit dem völkerrechtlichen *Status quo* konkurrierende Auflösung des Allgemeinen Gewaltverbotes entwickelt, erscheint höchst unwahrscheinlich, selbst wenn auf die neuen Rechtsentwicklungen aufgeschlossene Lehre von der normativen Kraft des Faktischen rekurriert wird.

Allerdings darf auch nicht vergessen werden, dass sich in der Zusammenschau mit Art. 51 VN-Charta Lücken des Allgemeinen Gewaltverbotes im Hinblick auf die materielle autoritative Feststellung von Rechtsbrüchen ergeben. Es könnte nämlich auch die These vertreten werden, dass ohne die tatsächliche materielle Feststellung durch den Sicherheitsrat darüber, welche Rechtsbehauptung der Ausübung des kollektiven und individuellen Selbstverteidigungsrechtes

¹²⁸ Siehe oben **D. I. 1., 2.**

rechtmäßig und wahr ist,¹²⁹ in der Abwesenheit des *ius ad bellum* gleichwohl ein aus der Souveränität der Völkerrechtssubjekte und umgekehrt sogar folgendes *ius ad defensionem sui* besteht.

Zu sehr ist ferner das positiv kodifizierte Völkerrechtssystem der VN-Charta in seiner Effektivität von politischem Devisionismus abhängig und zu schnell muss die Delegitimierung von Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen quasigewohnheitsrechtlich – mittels der *opinio iuris* – bestätigt werden. Langfristig wird indes weniger der russisch-ukrainische Krieg, als das Aufkommen von revisionistischen Akteuren, die zum einen mit ökonomischer und politischer Macht die Staatenpraxis und -*überzeugung* zu ihren Gunsten beeinflussen können und zum anderen sich nicht mehr auf die fundamentalen Kategorien des jetzigen Völkerrechtssystems berufen, eine ernsthafte Gefahr für die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes sein.

Die Friedenssicherungsfunktion der durch die VN-Charta geschaffenen positiven Völkerrechtsordnung ist im Grunde konservativ und primitiv, indem sie innerhalb der Antinomie der Rechtswerte Sicherheit und Gerechtigkeit erstere konserviert, ohne dass letztere hergestellt wird.¹³⁰ Durch das eigentlich subsidiäre Selbstverteidigungsrecht, das in die Lücke des entscheidungsunfähigen Sicherheitsrates stößt, wird wiederum eine Aporie des jetzigen Völkerrechtssystems eskamotiert, die sich schon in dem Versuch der tatbestandsmäßigen Extension des Art. 51 VN-Charta manifestiert: Ohne effektive Feststellungs- und Sanktionskompetenz ist das *protectio et oboedientia*¹³¹, auf dem auch die zu konsitutionalisierende VN-Charta und das Gewaltmonopol des Sicherheitsrates in den zwischenstaatlichen Beziehungen basiert, bis zu einem gewissen Grad in Frage gestellt;¹³² ein Rest politischer Voluntarismus verbleibt, wo der „diskriminierende“ Kriegsbegriff der VN-Charta keine folgerichtige Juridifizierung der Rechtsdurchsetzung erfährt.¹³³ Vor diesem Hintergrund und jenem der hier behandelten virulenten Probleme, nämlich der materiellen Rechtsbruchfeststellung und des Geltungsgrundes des Allgemeinen Gewaltverbotes, wird hier die Meinung vertreten, dass die Generalversammlung

¹²⁹ Die autoritative materielle Feststellung durch den Sicherheitsrat würde der Funktion des Völkerbundesrates als ein monopolisiertes „Legalisierungssystem“ entsprechen, vgl. *Schmitt*, Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff, 1. Aufl. 1938, S. 2.

¹³⁰ *Kunz*, AJIL 1951, 528 (533 f.).

¹³¹ „Schutz und Gehorsam“.

¹³² Vgl. *Tönnies*, Im Hintergrund der Debatte: Die Aporie des modernen Völkerrechts, Die Friedens-Warte 2006, 67 (72).

¹³³ Vgl. in sehr kritischer Richtung die trotzdem zutreffende Beschreibung der Konsequenzen eines diskriminierenden Gewaltbegriffes *Schmitt* (Fn. 129), S. 42 f.

die Kompetenz erhalten sollte, mit einer qualifizierten Mehrheit die Verletzung von Art. 2 Nr. 4 VN-Charta mit Wirkung für die internationale Gemeinschaft materiell festzustellen, sodass auch die *opinio iuris* nicht erst z. B. durch die – den politischen Abwägungsprozessen ausgesetzte – reziproke Sanktionierung normwidrigen Verhaltens wiedergegeben wird. Die *Uniting-for-Peace-Resolution* der Generalversammlung vom 3.11.1950 könnte dafür ein Vorbild sein. So lange die *opinio iuris* der internationalen Gemeinschaft die Rechtsgeltung des Allgemeinen Gewaltverbotes affirmiert, bleibt dies wünschenswert. Nicht weniger revolutionär wäre eine Konstitutionalisierung der *Vereinten Nationen* durch die Schaffung eines judikativen Organs bzw. Ermächtigung eines bestehenden, das wenigstens die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 39, 51 VN-Charta durch den Sicherheitsrat kontrolliert oder die Maßnahmen nach Art. 39, 41 f. VN-Charta zu *Sanktionen* im Sinne *Kelsens* juridifiziert. Ferner sollte eine Verletzung des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta automatisch verhältnismäßige Sanktionen auslösen oder es sollte in der Staatenpraxis zumindest darauf hingewirkt werden, dass sich völkergewohnheitsrechtlich die *erga-omnes*-Verpflichtung, auf schwerwiegende Normverletzungen sanktionierend zu reagieren, etabliert.