

Paul Philipp Stewens*

Billigkeit, Sittlichkeit, Menschlichkeit: Versuch einer Kritik der Generalklauseln im Völkerrecht

Abstract

Normen, die Bezug auf außerrechtliche Wertvorstellungen wie Treu und Glauben oder Sitte nehmen, sind als Generalklauseln vielfach als Einfallstore für Moral und Politik im Recht kritisiert worden. Meist orientieren sich diese Kritikstrategien an der Gewaltenteilung im Rechtsstaat. Generalklauseln sind auch in zahlreichen Gebieten des Völkerrechts verbreitet, etwa als Ausnahmetatbestände im WTO-Recht oder in Gestalt der *bona fides*. Der Aufsatz überträgt die Kritik *Franz Neumanns* aus dem nationalstaatlichen Kontext auf die horizontal strukturierte Völkerrechtsordnung. Während einige Kritikpunkte aufgrund der Unterschiede beider Rechtssysteme nicht übertragbar sind oder einer Modifikation bedürfen, muss auch im Völkerrecht die Politisierung des Rechts durch Generalklauseln kritisiert werden.

General clauses have often been criticised as gateways for morality and politics into law. These criticisms are often oriented towards the separation of powers in the constitutional state. General clauses are also widespread in numerous areas of international law, e. g. as exceptions in WTO law or in the form of *bona fides*. This essay transfers *Franz Neumann's* critique from the nation-state context to the horizontally structured international legal order. While some points of criticism cannot be transferred or require modification due to differences between the two legal systems, the politicisation through general clauses must be criticised in international law, too.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2018/19 Internationale Beziehungen am Zentrum für Internationale Studien der Technischen Universität Dresden und ist am dortigen Institut für Internationales Recht, Geistiges Eigentum und Technikrecht an der Professur für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Dominik Steiger) als studentische Hilfskraft tätig. Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Essay im Seminar „Kritische Theorie(n) des Rechts“ bei *Johannes Haaf, M.A.* aus dem Sommersemester 2020. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. *Ruben Zimmermann*.

A. Generalklauseln als Erbe des römischen Rechts

Genauso wie viele andere moderne Rechtsinstitute stehen auch Generalklauseln in der Tradition des Römischen Rechts. Als „Mutterrecht“¹ zahlreicher europäischer Rechtssysteme ist es noch heute von Bedeutung und enthält viele grundlegende Prinzipien, die als allgemeine Rechtsgrundsätze i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut² Einzug in das Völkerrecht gehalten haben, weil sie „die Grundlage des übereinstimmenden innerstaatlichen [...] Rechts bilden und auf den zwischenstaatlichen Verkehr übertragbar sind“.³ In der Folge finden sich auch im zeitgenössischen nationalen und internationalen Recht Generalklauseln, also Normen, die weit gefasst sind und auf unbestimmte Rechtsbegriffe fußen,⁴ die als „wertausfüllungsbedürftige Begriffe“⁵ Bezug auf Wert- und Moralvorstellungen außerhalb des Rechts nehmen.⁶ Hierzu zählt etwa die Generalklausel des § 242 BGB.

Auf das Vordringen der Generalklauseln und deren Risiken hat 1933 erstmals *Justus Wilhelm Hedemann*⁷ aufmerksam gemacht, allerdings liegt sein Fokus, wie

¹ *Honsell*, Römisches Recht, 8. Aufl. 2015, S. 3.

² Statut des Internationalen Gerichtshofs, 26.6.1945, UNTS 557, 143, von 193 Staaten ratifiziert (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 24.10.1945.

³ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 602.

⁴ *Walkamm*, Generalklauseln – Normen im Spannungsfeld von Flexibilität und Rechtsstaatswidrigkeit, *Rechtstheorie* 39 (2008), 507 (508).

⁵ *Ebd.*

⁶ *Ebd.*, S. 509.

⁷ *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933. Diese Bezugnahme bedarf einer Einordnung. Die Lebenszeit des deutschen Juristen (1878 – 1963) fällt auch in die Zeit des NS-Regimes, dessen Herrschaft er von Beginn an aufgrund seiner deutsch-nationalen Gesinnung etwa als Hauptverantwortlicher für die Schaffung eines nationalsozialistischen „Volksgesetzbuches“ stützte. Obzwar nicht in der NSDAP, war *Hedemann* dennoch ab 1934 förderndes Mitglied der SS – wenn auch nur mit einem monatlichen Beitrag von einer Reichsmark (*Wegerich*, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), 2004, S. 86 f.). Seine Einschätzung von Generalklauseln als „Gefahr für Recht und Staat“ nahm die später kritisierte Rolle der Generalklauseln im Führerstaat (*Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), 542 (585 ff.)) eigentlich vorweg – und doch vollzog *Hedemann* nach der nationalsozialistischen Machtübernahme eine volle Kehrtwende und befürwortete den Einsatz von Generalklauseln im Zuge der nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ (*Wegerich* (Fn. 7), S. 149). Seine Linientreue gegenüber dem NS-Regime macht ihn damit zu keiner unproblematischen Referenz; der Umstand, dass die einschlägige Monografie noch vor der Machtübernahme entstand und im Zuge von *Hedemanns* Anbiederung an den Nationalsozialismus inhaltlich *de facto* widerrufen wurde, lässt eine Bezugnahme im Rahmen dieses Aufsatzes jedoch angemessen erscheinen.

auch bei späteren Arbeiten von *Franz Neumann*⁸ und *Ingeborg Maus*⁹, auf dem nationalen Recht. Versuche einer Übertragung dieser Kritikstrategien aus dem Kontext des nationalen Rechts- und Verfassungsstaates auf das internationale System, das zwar das Völkerrecht, nicht aber eine Gewaltenteilung im klassischen Sinne kennt, fehlen jedoch weitestgehend.¹⁰ Der vorliegende Aufsatz widmet sich daher einer Betrachtung von Generalklauseln im Völkerrecht und überträgt frühere Kritikstrategien, schwerpunktmäßig die von *Neumann*.

B. Völkerrechtliche Bestandsaufnahme

Zunächst werden dafür relevante Unterschiede des Völkerrechts im Verhältnis zum nationalen Recht skizziert, die eine Übertragung der Kritik an nationalen Generalklauseln nicht ohne Weiteres zulassen, um anschließend anhand einiger ausgewählter völkerrechtlicher Generalklauseln deren Verbreitung im Völkerrecht zu illustrieren.

I. Partikuläre Rechtsnatur des Völkerrechts

Das Völkerrecht unterscheidet sich verschiedentlich vom nationalstaatlichen Recht. Neben einigen für die vorliegende Betrachtung nebensächlichen Distinktionsmerkmale wie der Mediatisierung des Individuums (natürliche Personen besitzen klassischerweise keine unmittelbaren Rechte und Pflichten aus dem Völkerrecht¹¹) oder seiner vielfachen Ergänzungsbedürftigkeit durch nationales Recht (Normen des Völkerrechts müssen typischerweise durch staatliche Organe vollzogen werden)¹² ist vor allem sein genossenschaftlicher/koordinativer Charakter von Bedeutung. Das Völkerrecht fußt auf dem Prinzip der souveränen Gleichheit aller Staaten, aus dem ein striktes Konsensprinzip bei der Rechtsetzung¹³ sowie bei der Unterwerfung unter die internationale Gerichtsbarkeit¹⁴ folgt. Weiterhin kennt das Völkerrecht keine Gewaltenteilung und ist stattdessen von einer „Identität von Rechtsschöpfern

⁸ *Neumann* (Fn. 7).

⁹ *Maus*, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, 1986.

¹⁰ Siehe aber *Bueckling*, *Der Fluch der Generalklauseln*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 16 (1983), 190.

¹¹ Während das für das Gros der Völkerrechtsgebiete auch heute noch zutrifft, sind in Gestalt des internationalen Menschenrechtsschutzes sowie des Völkerstrafrechts bedeutende Ausnahmen entstanden.

¹² *Verdross/Simma* (Fn. 3), §§ 45 ff.

¹³ *Vitzthum*, in: *ders./Proelß*, *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, Rn. 45; selbst in Situationen, in denen mit Mehrheit entschieden wird, ist eine vorherige Unterwerfung der souveränen Staaten unter diesen Modus der Beschlussfassung erforderlich.

¹⁴ *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 103.

und Rechtsunterworfenen¹⁵ geprägt. Dass den Staaten überdies eine Schlüsselrolle in der Durchsetzung von Völkerrecht zukommt, verstärkt ihre vielgestaltige Beziehung zum Recht noch zusätzlich.

Ferner prägt die Absenz dessen, was als „Weltstaat“ bezeichnet würde, das internationale System. Oberhalb der Staaten existiert keine Struktur, zu der diese in einem subordinationsrechtlichen Verhältnis stehen; auch internationale Organisationen mit vereinzelt supranationalen oder Zwangsbefugnissen (z. B. der Sicherheitsrat als Organ der Vereinten Nationen mit Gewaltlegitimierungsmonopol nach Kapitel VII der UN-Charta¹⁶), bedürfen für deren Ausübung gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung einer expliziten Übertragung dieser Kompetenzen durch die souveränen Staaten.¹⁷ Das Fehlen eines Weltstaates korrespondiert mit einem Grad an Institutionalisierung des Völkerrechts, der zwar seit 1945 stetig zugenommen hat,¹⁸ sich aber nach wie vor auf einem ungleich niedrigeren Niveau befindet als auf nationaler Ebene. Das internationale System kennt kein Pendant zum Rechts- und Verfassungsstaat, einzelnen Tendenzen der Konstitutionalisierung¹⁹ zum Trotz.

Die skizzierten Unterschiede zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, in dessen Kontext Generalklauseln bisher zumeist evaluiert wurden, legen nahe, dass die Kritikstrategien nicht ohne Weiteres Anwendung auf das Völkerrecht finden können, sondern mit Rücksicht auf diese Unterschiede zu übertragen sind. Das setzt freilich das Vorhandensein von Generalklauseln im Völkerrecht voraus – eine Frage, der sich der folgende Abschnitt widmet.²⁰

II. Ausgewählte Generalklauseln im Völkerrecht

1. Sittlichkeit und öffentliche Ordnung

Es lassen sich als Beispiele zunächst Ausnahmetatbestände in den Völkerrechtsgebieten anführen, die wirtschaftliche Transaktionen betreffen. So werden im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verschiedene

¹⁵ *Vitzthum* (Fn. 13), Rn. 56.

¹⁶ Charta der Vereinten Nationen, 26.6.1945, BGBl. 1973 II S. 431, Yearbook of the United Nations 1969, S. 953, ratifiziert durch 193 Staaten (Stand: 2.12.2020), in Kraft getreten am 24.10.1945.

¹⁷ *Ruffert/Walter* (Fn. 14), Rn. 197.

¹⁸ *Ebd.*, Rn. 61.

¹⁹ *Ebd.*, Rn. 61 ff.

²⁰ Geltungsbereich und Bindungswirkung der genannten Beispiele variieren dabei, sollen aber insofern nicht näher diskutiert werden, als dass die angeführten Rechtsbegriffe lediglich die breite Durchdringung des Völkerrechts mit Generalklauseln illustrieren sollen.

Ausnahmeregelungen hinsichtlich der Grundfreiheiten unter Verweis auf außerrechtliche Größen zugelassen. Art. 36 S. 1 AEUV erlaubt Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit“; Art. 52 Abs. 1 AEUV zufolge können Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit mit „Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ gerechtfertigt werden. Das Recht der Welthandelsorganisation (WTO) lässt Ausnahmen zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit („necessary to protect public morals“, Art. XX lit. a GATT²¹) beziehungsweise solche, die erforderlich sind, um die öffentliche Moral oder die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten („necessary to protect public morals or to maintain public order“, Art. XIV lit. a GATS²²), zu.

2. Menschlichkeit und Zivilisiertheit

Als Generalklausel kann zudem der Verweis auf Humanität und öffentliches Gewissen im humanitären Völkerrecht gelten. Dieses als *Martens'sche Klausel* bekannte Prinzip findet sich in Art. 1 Abs. 2 ZP I²³ sowie in der Präambel des IV. Haager Abkommens von 1907²⁴ und wurde auch vom *IGH* verschiedentlich bestätigt.²⁵ Vereinzelt wird gar auf die fraglos außerrechtliche Kategorie der Zivilisiertheit verwiesen; das wohl prominenteste Normbeispiel ist Art. 38 Abs. 3 lit. c IGH-Statut, die in der authentischen englischen Fassung „the general principles of law recognized by civilized nations“ als Quelle des Völkerrechts anerkannt werden. Das Erfordernis der Zivilisiertheit im genannten Artikel besitzt heute jedoch keine praktische Relevanz mehr, es herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass es jegliche Bedeutung verloren hat: Alle Staaten müssen als zivilisiert gelten – eine Auffassung, die sich mitunter bereits

²¹ General Agreement on Tariffs and Trade, 15.4.1994, UNTS 1867, 154, ratifiziert von 164 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 1.1.1995.

²² General Agreement on Trade in Services, 15.4.1994, UNTS 1869, 183, ratifiziert von 164 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 1.1.1995.

²³ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), 8.6.1977, UNTS 1125, 3, ratifiziert von 174 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 7.12.1978.

²⁴ Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen), 18.10.1907, RGBl. 1910 S. 107, in Kraft getreten am 26.1.1910.

²⁵ Vgl. Verweis auf „elementary considerations of humanity“ in *IGH*, *Corfu Channel Case (Großbritannien v. Albanien)*, Urt. v. 9.4.1949, ICJ-Reports 1949, 4 (22), und *IGH*, *Reservations to the Convention on Genocide*, Gutachten v. 28.5.1951, ICJ-Reports 1951, 15 (23).

in den *travaux préparatoires* zum Statut des *Ständigen Internationalen Gerichtshofs* findet.²⁶

3. Billigkeit

Weiterhin kennt auch das Völkerrecht den Urteilsmaßstab der Billigkeit (*equity*), der in beinahe allen nationalen Rechtsordnungen zu finden ist und als Mittel dienen soll, Gerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Einzelfallumstände zu verwirklichen.²⁷ Hierbei sind Billigkeit *contra legem* und Billigkeit *intra legem* zu unterscheiden.

Die normimmanente Billigkeit „kann dazu dienen, durch die Heranziehung weicherer Kriterien besondere Härten des geltenden Rechts zu mildern, oder auch dazu, fehlende oder unzureichende rechtliche Vorgaben der anwendbaren Norm durch Erwägungen der Angemessenheit etc. zu ergänzen.“²⁸ Sie ist besonders im internationalen Investitionsschutzrecht von Bedeutung, wo das Erfordernis eines *fair and equitable treatment* ausländischer Investitionen als eine der tragenden Säulen gilt.²⁹ Abseits dessen wird auf Billigkeit auch im Kontext der Rechte Indigener,³⁰ bei der Nutzung geteilter natürlicher Ressourcen im Umweltvölkerrecht³¹ sowie bei der Nutzung des Weltraums³² Bezug genommen.

Billigkeit *contra legem* dagegen umfasst die Möglichkeit von Streitparteien, sich darauf zu verständigen, dass der Gerichtshof *ex aequo et bono* entscheidet (Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut; für den *Internationalen Seegerichtshof* Art. 293 SRÜ³³). Während Billigkeit *intra legem* ein Bestandteil des Rechts ist und dem Gerichtshof Flexibilität bei dessen Anwendung einräumt, befreit eine Autorisierung des

²⁶ Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams/Oellers-Frahm/Tomuschat, The Statute of the International Court of Justice, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 262.

²⁷ Villiger, Die Billigkeit im Völkerrecht, AVR 25 (1987), 174 (174).

²⁸ Dörr, in: Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 20, Rn. 10.

²⁹ Herdogen, Principles of International Economic Law, 2. Aufl. 2016, S. 455.

³⁰ Art. 28 Abs. 1 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Annex zu UN, GV Resolution 61/295, 2.10.2007).

³¹ Vgl. etwa IGH, Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Ungarn v. Slowakei*), Urt. v. 25.9.1997, ICJ-Reports 1997, 7 (54) und *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Schiedsspruch v. 16.11.1954, RIAA XII, 281 (291).

³² UN, GV Resolution 51/122, 13.12.1966 („Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking Into Particular Account the Needs of Developing Countries“).

³³ Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, 10.12.1982, UNTS 1833, 3, ratifiziert durch 168 Staaten (Stand: 21.12.2021), in Kraft getreten am 16.11.1994. Bisher ist allerdings von keinem der beiden Gerichtshöfe eine Entscheidung *ex aequo et bono* ergangen: Kotzur, Ex Aequo et Bono, in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 7 f.

Gerichtshofs durch die Streitparteien diesen von der Pflicht, im Rahmen des Rechts zu entscheiden. Der nun mit einer *pouvoir discrétionnaire* ausgestattete Gerichtshof kann außerhalb von Rechtsvorschriften nach einer Lösung für den Disput suchen, wenn er vermutet, dass eine strikte Rechtsanwendung eine ungerechte Lösung hervorbrächte (*summum ius, summa iniuria*) – wobei eine solche Ermessensentscheidung nicht willkürlich sein darf.³⁴ Sie orientiert sich „ausschließlich an den Besonderheiten des konkreten Streitfalls, der Situation und den Interessen der Parteien sowie einer übergreifenden, rechtlich nicht weiter strukturierten Vorstellung von Angemessenheit und Gerechtigkeit“³⁵ – und schafft damit ein potentiell sehr dehnbares Verhältnis zwischen Richtenden und Völkerrecht. Zudem beziehen sich diese Normen auf den ersten der drei Elementarbegriffe der Generalklauseln, die Hedemann in der Einleitung seines Werkes identifiziert, nämlich das (*ius*) *aequum et bonum*.³⁶ Auch die ebenda genannte *exceptio doli*³⁷ oder Arglistenrede, die einen prozessrechtlichen Schutz vor Rechtsmissbrauch durch arglistiges oder treuwidriges Handeln bietet und so eine Berücksichtigung außerrechtlicher, moralischer Faktoren (wie der *bona fides*) zulässt,³⁸ kennt das Völkerrecht: Sie ist in Art. 62 Abs. 2 lit. b WVK³⁹ enthalten.⁴⁰

4. Treu und Glauben

Der dritte Hedemann'sche Elementarbegriff ist zugleich die wohl bedeutendste Generalklausel des Völkerrechts: *bona fides*, die Verpflichtung auf Treu und Glauben. Sie besitzt den Status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut⁴¹ und ist von zentraler Bedeutung für das Völkerrecht,⁴² ohne den es für Verdross und Simma gänzlich zusammenbräche.⁴³ Als elementare Voraussetzung von Völkergewohnheits- und -vertragsrecht wird

³⁴ Pellet/Müller (Fn. 26), Rn. 157 ff.

³⁵ Dörr, in: Ipsen, Völkerrecht, § 23, Rn. 9.

³⁶ Hedemann (Fn. 7), S. 1.

³⁷ Ebd., S. 2.

³⁸ Faraci/Lonardo, Abuse of Right in International Law: A Roman Law Analogy, in Baade et al., Cynical International Law?, 2021, S. 283 (289 ff.).

³⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 23.5.1969, UNTS 1155, 331, ratifiziert durch 116 Staaten (Stand: 2.12.2020), in Kraft getreten am 27.1.1980.

⁴⁰ Heintschel v. Heinegg, Treaties, Fundamental Change of Circumstances, in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 32.

⁴¹ Dörr (Fn. 28), Rn. 6.

⁴² So hat etwa der IGH festgestellt, dass es sich bei der *bona fides* um „[o]ne of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations“ handelt: IGH, Nuclear Tests (Australia v. France), Urt. v. 20.12.1974, ICJ-Reports 1974, 253 (268).

⁴³ Verdross/Simma (Fn. 3), § 60; anders Kotzur, Good Faith (Bona Fide), in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 22.

die *bona fides* bisweilen sogar als zwingende Norm des Völkerrechts angesehen.⁴⁴ Sie manifestiert sich in allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) und vertragsrechtlichen Normen wie dem Gebot, Verträge einzuhalten (*pacta sunt servanda*).

5. Zwischenfazit

Diese Auswahl an völkerrechtlichen Generalklauseln erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, belegt aber das Vorhandensein von Generalklauseln in verschiedenen Bereichen des Völkerrechts trotz seiner vom nationalen Recht verschiedenen Rechtsnatur.

C. Kritik an der Aushöhlung der Rechtsform durch Generalklauseln im Völkerrecht

Zur Beurteilung der von Generalklauseln ausgehenden Risiken für das Völkerrecht werden die Ausführungen von *Franz Neumann* zugrunde gelegt. *Neumann* gehörte der Frankfurter Schule an und steht in der Tradition marxistischer Rechtskritik, die den Rechtsformalismus und die Rolle der sich verselbstständigenden Rechtsform für die bürgerlich-kapitalistische Gesellschaft ins Visier nimmt.⁴⁵

I. Das allgemeine Gesetz bei *Franz Neumann*

Für die Übertragung der Kritik auf das Völkerrecht ist vorab eine begriffliche Dissonanz auszuräumen. *Neumanns* Ausführungen sind dem „Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft“⁴⁶ gewidmet – und in Ermangelung eines gesetzgebenden Souveräns können die Normen des Völkerrechts nicht als Gesetze gelten. Das Gesetz stellt für *Neumann* zwar lediglich die Form dar, in der Rechtsnormen typischerweise erscheinen, er definiert letztere allerdings als „hypothetisches Urteil des Staates über ein künftiges Verhalten der Untertanen“.⁴⁷ Damit die Kritik auf das Völkerrecht übertragen werden kann, muss diese Konzeption auch genereller im Verhältnis zwischen Rechtserzeugenden und Rechtsunterworfenen und damit abgelöst vom Rechtsstaat tragen.

Die wesentliche Schwierigkeit bereitet der Definitionsbestandteil des „Urteils des Staates“, denn das internationale System kennt weder einen Weltstaat noch eine

⁴⁴ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 645.

⁴⁵ *Möller*, Rechtskritik und Systemtheorie, in: Scherr, Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik, 2015, S. 186 (188).

⁴⁶ *Neumann* (Fn. 7), S. 542 (Hervorhebung des Autors).

⁴⁷ *Ebd.*, S. 549.

obligatorische Gerichtsbarkeit. In einer weniger institutionell fokussierten Lesart ließe sich „Urteil des Staates“ allerdings in eine „Beurteilung durch den Rechtssetzer“ wandeln – die modifizierte Definition der Rechtsnorm lautete dann: „die hypothetische Beurteilung des künftigen Verhaltens der Rechtsunterworfenen durch den Rechtssetzer“. Dieses Begriffsverständnis behält den Fokus auf die Orientierung an zukünftigem Verhalten bei und harmonisiert gleichzeitig mit der Rechtsetzungslogik des Völkerrechts, wo Völkerrechtssubjekte darin übereinkommen, welches Handeln (oder Unterlassen) sie in der Zukunft als rechtmäßig ansehen wollen.

Der Ursprung der Kritik im Kontext des souveränen Rechtsstaates⁴⁸ steht einer Übertragung auf das Völkerrecht also nicht entgegen; und dort, wo bei *Neumann* von den Eigenschaften und Funktionen des allgemeinen Gesetzes die Rede ist, kann in diesem Zuge somit von allgemeinen Normen gesprochen werden.

1. Politisches und rationales Gesetz

Neumann unterscheidet zunächst zwei Gesetzesbegriffe: den politischen und den rationalen. „Im politischen Sinn ist Gesetz jede Massnahme der souveränen Gewalt ohne Rücksicht auf deren Inhalt“⁴⁹; diese Auffassung kann also einer positivistischen Perspektive zugeordnet werden. In ihm drückt sich allein *voluntas*, der Wille des Souveräns, aus. Demgegenüber steht der naturrechtsnahe rationale Gesetzesbegriff, der von der Vernunft durchdringbare Normen mit ethischen Postulaten bezeichnet. Das Gesetz ist damit ganz *ratio*, obschon es zugleich Ausdruck der *voluntas* des Souveräns sein kann.⁵⁰ Das Völkerrecht kennt beide Arten von Normen. Abkommen über Grenzverläufe, die Proklamation einer ausschließlichen Wirtschaftszone oder der Abschluss bilateraler Investitionsschutzverträge sind sämtlich Ausdruck des souveränen Rechtsbindungswillens der Staaten und damit politische Normen. Solche, die ein ethisches Postulat enthalten, finden sich beispielsweise im Völkerstrafrecht⁵¹ mit seinem Verbot schwerster Verbrechen wie Völkermord oder Verbrechen gegen die

⁴⁸ Anzuerkennen ist zudem, dass *Neumanns* Kritik unter dem Eindruck des Übergangs von der Weimarer Republik in den nationalsozialistischen Führerstaat entstanden ist. Dass sowohl frühere als auch spätere Kritiken von Generalklauseln (siehe unten **C. III.**) vielfach in sehr ähnliche Kerben schlagen, deutet darauf hin, dass sich *Neumanns* Kritik zwar am Beispiel des NS-Regimes deutlich illustrieren lässt, sich ihre Gültigkeit aber nicht auf diesen Kontext beschränkt.

⁴⁹ *Neumann* (Fn. 7), S. 546.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 546 f.

⁵¹ Siehe hierzu etwa das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, 17.7.1998, UNTS 2187, 3, ratifiziert von 123 Staaten (Stand: 2112.2021), in Kraft getreten am 1.7.2002.

Menschlichkeit oder auch in Gestalt der Grundnorm des Völkerrechts, der souveränen Gleichheit der Staaten.

Das rationale Gesetz erhalte im Liberalismus die Form des allgemeinen Gesetzes, dessen Herrschaft als Gegengewicht zum politischen Gesetz drei Funktionen erfülle, nämlich „Verhüllung der Herrschaft des Bürgertums zu sein, das ökonomische System berechenbar zu machen und ein Minimum an Freiheit und Gleichheit zu garantieren“⁵². Indem scheinbar das Recht herrsche, werde verschleiert, dass hinter dieser Herrschaft tatsächliche Personen stünden, und indem dem Entscheidungsspielraum der Richtenden durch die Gesetzesherrschaft enge Grenzen gesetzt werden, könnten die Rahmenbedingungen des ökonomischen Wettbewerbs ebenso wie Freiheit und Gleichheit der Menschen zumindest auf fundamentaler Ebene sichergestellt werden – unter gleichzeitiger Wahrung der Gewaltenteilung.⁵³ All diese Funktionen müssten im Verbund gedacht werden, um im Extremfall der „Beseitigung der freien Konkurrenz und ihrer Ersetzung durch den organisierten Staatskapitalismus [...] das allgemeine Gesetz, die Unabhängigkeit der Richter und die Gewaltenunterscheidung“⁵⁴ zu bewahren.

2. Wahrhafte Bestimmtheit als Bedingung der Allgemeinheit des Gesetzes

Neumann formuliert drei Bedingungen, die ein Gesetz zugleich erfüllen muss, um als allgemein gelten zu können – nur dann könne es auch als Recht bezeichnet werden. Das erste Kriterium entnimmt er dem Denken *Jean-Jacques Rousseaus*: Die Satzbildung müsse allgemein sein, das Gesetz dürfe sich also nie auf ein spezifisches Individuum oder eine konkrete Einzelhandlung beziehen. Zweitens müsse das Gesetz in seiner Allgemeinheit wahrhaft bestimmt sein⁵⁵ – ein Prinzip aus der Rechtsphilosophie *Georg Wilhelm Friedrich Hegels*.⁵⁶ Drittens dürfe das allgemeine Gesetz keine rückwirkende Wirkung entfalten.⁵⁷ Im Kontext der Generalklauseln ist das zweite Erfordernis relevant. Für *Neumann* sei diese „wahrhafte Bestimmtheit“ gegeben, solange die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Norm bestimmt seien und darin nicht auf

⁵² *Neumann* (Fn. 7), S. 565 f.

⁵³ *Ebd.*, S. 561 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 566.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 549.

⁵⁶ Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 211.

⁵⁷ *Neumann* (Fn. 7), S. 550.

außerrechtliche Moralvorstellungen verwiesen werde, bezüglich derer kein Konsens zu finden sei.⁵⁸

Diese Bestimmtheit werde durch Generalklauseln mit ihrer Verankerung in ebensolchen Moralordnungen zerstört und mit ihr das rationale Gesetz, gar die Rationalität des Rechtes insgesamt.⁵⁹ Dessen Gefahr sieht *Neumann* in der Entfesselung des politischen Gesetzes und dem Raum, der für die Ausübung von Macht im Recht entstehe – etwa im totalitären Staat, wo „die Generalklausel ein Mittel [sein könne], um den politischen Befehl der Führung reibungslos gegenüber widersprechendem positivem Recht durchzusetzen.“⁶⁰ In der Folge büße das allgemeine Gesetz auch seine oben dargestellten Funktionen ein.

Eine Übertragung der *Neumann*'schen Kritik an Generalklauseln auf das Völkerrecht muss sich folglich zwei Fragen widmen: Erfüllen sie dort überhaupt dieselben Funktionen wie im nationalen Recht, und schaffen sie zusätzlichen Raum für Macht im Völkerrecht?

II. Funktionen der allgemeinen Norm im Völkerrecht

1. Verschleierung von Herrschaft

Zunächst müsste die allgemeine Norm im Völkerrecht der Verschleierung der Herrschaft einer bestimmten Gruppe dienen. *Neumann* zufolge werde vorgeschützt, das Gesetz herrsche, obwohl tatsächlich „Menschen herrschen, wenn sie auch im Rahmen von Gesetzen regieren“⁶¹ – nämlich das Bürgertum mit seinem erheblichen Einfluss auf die Entstehung der Gesetze. Schwinde dessen Einfluss, „so treten im selben Augenblick neue naturrechtliche Doktrinen auf, die dazu bestimmt sind, die Vorherrschaft eines Parlamentes, in dem auch Vertreter der Arbeiterschaft Einfluss haben, zu reduzieren.“⁶²

Die horizontale Natur des Völkerrechts verunmöglicht, von Regierung im engeren Sinne zu sprechen; vielmehr ist zu fragen nach einer privilegierten Gruppe von Völkerrechtssubjekten mit besonderem Einfluss auf die Völkerrechtserzeugung, deren Herrschaft durch die Allgemeinheit der Rechtsnormen verschleiert wird. Hierfür kommen mit einem Blick auf die historische Entwicklung des Weltsystems die Staaten des Globalen Nordens in Betracht, deren Jahrhunderte andauernde Herrschaft über weite Teile der Welt

⁵⁸ *Neumann* (Fn. 7), S. 549 f.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 583.

⁶⁰ *Ebd.*, S. 586.

⁶¹ *Ebd.*, S. 562.

⁶² *Ebd.*

im Rahmen von Kolonialismus und Imperialismus eng mit der Entstehung des Völkerrechts verknüpft ist.⁶³ Die Ursprünge des modernen Völkerrechts können daher schwerlich als universell bezeichnet werden: „[C]lassical international law thus consisted of a set of rules with a geographical bias (it was a European law), a religious-ethical aspiration (it was a Christian law), an economic motivation (it was a mercantilist law), and political aims (it was an imperialist law).“⁶⁴ Es lässt sich daher im Rahmen der *Neumann'schen* Theorie eine gewisse Parallele zwischen der Rolle des Bürgertums im nationalen Recht und ehemaligen Kolonialmächten im Völkerrecht herstellen: Beide wirkten als Machtfaktoren aus einer privilegierten Stellung heraus an der Entstehung der jeweiligen Rechtsordnung mit. Dieser Umstand drückt sich auch darin aus, dass neu entstehende Staaten (etwa im Kontext der Dekolonialisierung) „nach ganz herrschender Praxis und Doktrin an das zum Zeitpunkt ihrer Entstehung geltende Völkergewohnheitsrecht gebunden sind“⁶⁵ und damit einer früheren Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung unterworfen werden, an der sie nicht beteiligt gewesen sind. Dass trotz dieser vielfachen privilegierten Einflussnahme der Staaten des Globalen Nordens auf die Entstehung des Völkerrechts dieses dennoch weithin als universell⁶⁶ betrachtet wird, deutet darauf hin, dass die *Neumann'sche* Allgemeinheit des Gesetzes auch im internationalen System der Verschleierung tatsächlicher Machtasymmetrien dient.

Geht diese Funktion nun verloren, wenn Generalklauseln die Allgemeinheit der Normen zerstören? Zunächst liegt in der historischen Entwicklung des Völkerrechts die von *Neumann* beschriebene Situation des schwindenden Einflusses der privilegierten Gruppe vor, da mit der aus der Sicht der Kolonialmächte zumeist unfreiwilligen Dekolonisierung im Globalen Süden zahlreiche neue Staaten entstanden, die nun auch souverän an der Völkerrechtserzeugung mitwirken konnten. Entsprechend *Neumanns* Hypothese müssten deshalb naturrechtliche Doktrinen (zu denen auch Generalklauseln gerechnet werden können) auf dem Vormarsch sein – und tatsächlich haben Generalklauseln in beinahe alle Völkerrechtsgebiete Einzug gehalten. Vielfach vollzog sich das im Rahmen der seit 1945 zunehmenden Positivierung des Völkerrechts, die sich dadurch auszeichnet, dass sich der Schwerpunkt der Völkerrechtserzeugung vom Völkergewohnheitsrecht zum Vertragsrecht

⁶³ Vgl. *Anghie*, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, 2005.

⁶⁴ *Bedjaoui*, in: *Mutua*, *What Is TWAII?*, *Proceedings of the Annual Meeting (ASIL)* 94 (2000), 31 (33).

⁶⁵ *Dörr*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § 19, Rn. 31 f.

⁶⁶ *Verdross/Simma* (Fn. 3).

verschoben hat.⁶⁷ Dass die Mehrheit der völkerrechtlichen Normen nun also mit verbindlichem Wortlaut festgehalten wurde, bot noch mehr als zuvor die Gelegenheit, im Rahmen von Generalklauseln politische Entscheidungen im gedehnten Rahmen des Rechts durchzusetzen. Diese Form der Machtausübung ist kritisch zu beurteilen,⁶⁸ illustriert aber, dass die Funktion der Verschleierung der Hegemonie des Globalen Nordens im und durch das Völkerrecht durch „zusätzliche Möglichkeiten, dem souveränen, d. h. dem politischen Willen der Staaten Geltung zu verschaffen“⁶⁹, verloren geht. Wo aufgrund des schwindenden Einflusses nicht mehr auf die Herrschaft allgemeiner Normen verwiesen werden kann, tritt das Politische in rechtlichen Entscheidungen wieder deutlicher zu Tage.

Neumann enthält sich dabei einer expliziten Wertung der Verschleierungsfunktion. Im Kontext der eminent politischen Völkerrechtsordnung scheint eine Sichtbarmachung der privilegierten Position der Staaten des Globalen Nordens auch im für universell gehaltenen Völkerrecht wie ein günstiger Nebeneffekt der an und für sich zu kritisierenden geöffneten Interpretations- und Machtspielräume. Die hinzugewonnene Sensibilität kann hierbei etwa einen Ansatzpunkt bieten für die Arbeit an einem reformierten Völkerrecht, einem „international law that is responsive to the needs of variously disadvantaged peoples“⁷⁰.

2. Herstellung ökonomischer Rechtssicherheit

Die zweite Funktion allgemeiner Normen nach *Neumann*, nämlich die Herstellung ökonomischer Rechtssicherheit in einer bürgerlich-kapitalistischen Rechtsordnung, scheinen sie auch im Völkerrecht zu erfüllen. Zunächst finden sich die Hauptmerkmale einer solchen Rechtsordnung (laut *Neumann* „Freiheit des Warenmarktes, Freiheit des Arbeitsmarktes, freie Selektion innerhalb der Unternehmerschicht, Vertragsfreiheit und vor allem Berechenbarkeit der Justiz“⁷¹) auch in verschiedenen Spezialmaterien des Völkerrechts wie dem WTO-Recht oder in Gestalt der Grundfreiheiten im Binnenmarkt der Europäischen Union wieder.⁷² Diese Beobachtung lässt sich auch auf einer

⁶⁷ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 533.

⁶⁸ Vgl. dazu unten **C. III**.

⁶⁹ *Bueckling* (Fn. 10), S. 192.

⁷⁰ *Anghe* (Fn. 63), S. 8.

⁷¹ *Neumann* (Fn. 7), S. 563.

⁷² Das Ziel der Berechenbarkeit der Justiz kann vor dem Hintergrund des Fehlens einer obligatorischen Gerichtsbarkeit im internationalen System freilich nur eingeschränkt übertragen werden.

generelleren Ebene machen. Nicht nur verfolgen zahlreiche bilaterale Abkommen (sei es in Gestalt von bilateralen Investitionsabkommen oder auch lediglich von Freundschaftsverträgen) eine ökonomische Zielsetzung, marxistische Arbeiten zur Völkerrechtstheorie haben vielfach umfangreich auf den Beitrag des Völkerrechts zur Ausbreitung und Stabilisierung des globalen Kapitalismus hingewiesen.⁷³

Letztendlich deutet *Neumann* in seiner Bemerkung, es sei die vorrangige Aufgabe des Staates, eine Rechtsordnung zu schaffen, in der Verträge eingehalten würden,⁷⁴ sogar auf das völkerrechtliche Grundprinzip *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK) hin. Die Verträge, deren Einhaltung sichergestellt werden soll, können dabei der ökonomischen wie der politischen Sphäre zugehörig sein – anders als im nationalen Recht, wo ausschließlich privatrechtliche Verträge von dieser Funktion der allgemeinen Norm berührt sind. Letztere dient im Völkerrecht also ebenfalls der Rechtssicherheit im zwischenstaatlichen Verkehr⁷⁵ und einer Berechenbarmachung der ökonomischen und politischen Verhältnisse.

Die immens weiten Auslegungsspielräume, die Generalklauseln mit ihren außerrechtlichen Moralatbeständen eröffnen, erodieren die Berechenbarkeit im internationalen System und zerstören, mit *Neumann* gesprochen, die Rationalität der allgemeinen völkerrechtlichen Norm. Auf die von Generalklauseln ausgehende Gefahr der zunehmenden „Unsicherheit des gesamten Rechtslebens“ hat auch *Hedemann* hingewiesen.⁷⁶

3. Sicherung eines Mindestmaßes an Freiheit und Gleichheit

Bezüglich der ethischen Funktion des allgemeinen Gesetzes, das ein Mindestmaß an Freiheit und Gleichheit sicherstellen soll, nimmt *Neumann* hier eine öffentlich-/verwaltungsrechtliche Eingriffsperspektive ein,⁷⁷ wo der Vorbehalt des (allgemeinen) Gesetzes gilt und sich Einschränkungen individueller Rechte durch den Staat auf eine gesetzliche Grundlage stützen müssen.⁷⁸ Das scheint zunächst eine nach den Völkerrechtssubjekten differenzierende Betrachtung notwendig zu machen, denn ein vertikales Verhältnis wie bei *Neumann* findet sich im

⁷³ Siehe bspw. *Chimni*, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, *Economic and Political Weekly* 34 (1999), 337 (337 ff.).

⁷⁴ *Neumann* (Fn. 7), S. 563.

⁷⁵ Vgl. *Ipsen*, in: *ders.*, *Völkerrecht*, § 3, Rn. 6 ff.

⁷⁶ *Hedemann* (Fn. 7), S. 67 ff.

⁷⁷ Er betrachtet das allgemeine Gesetz als „die Basis für Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Deshalb ist der Charakter des Gesetzes, auf das alle Eingriffe reduziert werden müssen, von entscheidender Bedeutung“: *Neumann* (Fn. 7), S. 565.

⁷⁸ Siehe etwa *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 91. EL 2020, Art. 20 Rn.75 ff.

horizontalen Verhältnis der souveränen Staaten nicht. Im Bereich der Menschenrechte aber, wo Individuen partiell Völkerrechtssubjektivität und Rechtspositionen gegenüber den Staaten besitzen⁷⁹, liegt ein solches Verhältnis durchaus vor. Tatsächlich spielt die Eingriffsrichtung für die Übertragung der Kritik aber eine untergeordnete Rolle, denn Eingriffe in völkerrechtliche Rechtspositionen sind in beiden Konstellationen möglich: horizontal (wie durch einen militärischen Angriff eines Staates auf einen anderen) und vertikal (etwa durch staatliche Foltereinrichtungen). Ob allgemeine Normen auch im Völkerrecht der Sicherstellung von Freiheit und Gleichheit dienen, hängt damit davon ab, ob die Konzeption des nationalstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes auf das Völkerrecht übertragen werden kann.

Dem Völkerrecht ist ein Prinzip, demzufolge ein Staat nur in die Rechtsposition eines anderen Staates oder eines Individuums eingreifen kann, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage für diesen Eingriff besteht, jedoch fremd. Bereits 1927 hat der *Ständige Internationale Gerichtshof* festgestellt, dass die souveränen Staaten befugt sind, alles zu tun, was nicht verboten ist (Lotus-Prinzip) – anstatt umgekehrt nur das, was erlaubt ist; sie besitzen demnach „wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rule“.⁸⁰ Folglich dürfen Staaten beim Eingriff in die Rechte anderer Völkerrechtssubjekte nicht gegen Völkerrecht verstoßen (zu beachten wären hier Rechtfertigungstatbestände wie Notstand oder *force majeure*⁸¹), das Erfordernis einer gesetzlichen/normierten Eingriffsgrundlage besteht allerdings nicht.⁸² In den Begriffen des nationalen Rechts kann also ein Vorrang des „Gesetzes“ im Völkerrecht bejaht werden, ein Vorbehalt des „Gesetzes“ und damit der Mechanismus zur Sicherstellung von Freiheit und Gleichheit, den *Neumann* identifiziert, allerdings nicht.

Dass nun also die allgemeine Norm im Völkerrecht anders als im Kontext des nationalen Rechtsstaates nicht ein Minimum an Freiheit und Gleichheit (weder für Staaten noch für Individuen) sicherstellen soll, beraubt in dieser Hinsicht auch den Kritikpunkt einer Zerstörung der Rationalität des Rechts durch Generalklauseln seiner Grundlage: Wenn die Funktion von Anfang an nicht

⁷⁹ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 47 f.

⁸⁰ *SIIGH*, The Case of the S.S. „Lotus“ (*France v. Turkey*), Urt. v. 7.9.1927, PCIJ Series A, No. 10 (19).

⁸¹ *ILC*, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 31, Art. 20 – 25.

⁸² Als Ausnahme wäre das strafrechtlichen Prinzip *nulla poena sine lege* zu nennen, das Bestrafungen ohne gesetzliche Grundlage verbietet und in Art. 23 Römisches Statut verankert ist.

vorgelegen hat, muss auch ihr Verlust durch das Vordringen von Generalklauseln nicht befürchtet werden. Auch die Sicherstellung der Unabhängigkeit der Justiz durch das allgemeine Gesetz scheint in Ermangelung einer echten globalen Gewaltenteilung kaum auf das Völkerrecht übertragbar.

III. Generalklauseln als Einfallstor für Macht im Recht

Die Gefahr des politischen Missbrauchs von Generalklauseln ist auch von anderen Autor:innen verschiedentlich erkannt worden. Bereits *Hedemann* stellt fest, dass sich die Subjekte einer von Generalklauseln weit durchdrungenen Rechtsordnung „im Lande blanker Willkür“⁸³ befänden und illustriert dies anhand des sowjetrussischen Rechtssystems, das allen den Rechtsschutz versage, deren Verhalten im Widerspruch zu den Systemgrundsätzen steht.⁸⁴ *Wallkamm* zeigt, wie Generalklauseln eine Steuerung der Justiz durch die SED-Diktatur ermöglichen,⁸⁵ und *Maus* illustriert, wie die Justiz dazu ermächtigt wird, gesellschaftspolitische Entscheidungen zu treffen, und wie sich die Handlungsspielräume der öffentlichen Verwaltung ausweiten.⁸⁶

Bezüglich des Völkerrechts teilen sich diese Ansätze das Übertragungshindernis einer Perspektive, die zuvörderst die Gewaltenteilung im modernen Verfassungsstaat anvisiert und einen Verlust der Unabhängigkeit der Justiz (bei *Hedemann*, *Neumann* und *Wallkamm*) sowie einer Ermächtigung der Verwaltung im Verhältnis zu Justiz (bei *Maus*) beklagt. Nun kann von einer zwingenden Weltjudikative keinesfalls die Rede sein, solange das Prinzip der souveränen Gleichheit eine freiwillige Unterwerfung der Staaten erforderlich macht.⁸⁷ Um also den Befall des Völkerrechts mit dem „Parasiten Politik“⁸⁸ kritisieren zu können, muss die Justizfixierung der Kritikstrategien aus dem nationalen Recht hintangestellt werden.

Die zweite Perspektive von *Maus* bietet die richtige Intuition: eine Eröffnung politischer Spielräume nicht nur in der Rechtsanwendung, sondern auch bei dessen Durchsetzung im Kontext der Verwaltung bzw. der Exekutive im Allgemeinen. In Ermangelung einer zentralen Durchsetzungsinstanz im Weltsystem erfolgt die Rechtsdurchsetzung dort dezentral durch die einzelnen Völkerrechtssubjekte und dabei vorrangig in Form von Repressalien, also durch

⁸³ *Hedemann* (Fn. 7), S. 72.

⁸⁴ *Ebd.*, S. 72 f.

⁸⁵ *Wallkamm* (Fn. 4).

⁸⁶ *Maus* (Fn. 9), S. 282 f.

⁸⁷ Siehe oben unter **B. I.**

⁸⁸ *Wallkamm* (Fn. 4), S. 518.

„die bewusste Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Rechtspflicht als Antwort auf erlittenes Unrecht, die zwar eigentlich selbst völkerrechtswidrig ist, als angemessene Reaktion auf die vorangegangene Verletzung aber gerechtfertigt sein kann.“⁸⁹ In diesem Kontext schaffen Generalklauseln zusätzlichen Raum für das Politische im Recht: Je weiter der Interpretationsspielraum, desto mehr Handlungen und Tatsachen können Staaten einerseits bereits als mit Völkerrecht unvereinbar einstufen (etwa in Gestalt einer vermeintlich unbilligen Aufteilung geteilter natürlicher Ressourcen) und damit umfassend Rechtfertigungsgrundlagen für eigene – an sich völkerrechtswidrige – Repressalien schaffen, andererseits aber auch für noch mit dem Völkerrecht vereinbar befindende (etwa mit einem Verweis auf kulturelle Unterschiede zwischen Staaten, die unterschiedliche Moralvorstellungen und damit abweichende Beurteilungsmaßstäbe bezüglich der Moraltatbestände von Generalklauseln nach sich ziehen können). Letztere Ausprägung spielt eine besondere Rolle im Kontext der wirtschaftsnahen Völkerrechtsgebiete, wo etwa zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen Abstand genommen werden darf.⁹⁰ Zu dem weiten Spielraum, der Staaten beim Schutz von öffentlicher Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung im Kontext des Rechts der WTO zukommt, hat sich etwa ein Panel des *Dispute Settlement Body* folgendermaßen geäußert: „[T]he content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values. Further, the Appellate Body has stated on several occasions that Members [...] have the right to determine the level of protection that they consider appropriate.“⁹¹ Wie der vergrößerte Einschätzungsspielraum der Staaten durch internationale rechtsprechende Organe bestätigt und mitunter sogar erst geschaffen wird, illustriert ferner die *Margin of Appreciation*-Doktrin des *EGMR*. Dieser in der Rechtsprechung⁹² entwickelte Grundsatz räumt den Staaten bezüglich der Rechts- und Sachlage bei der Durchsetzung der EMRK einen der gerichtlichen Überprüfung durch den *EGMR* entzogenen Beurteilungsspielraum ein – wiederum unter Rekurs auf die unterschiedlichen kulturellen Traditionen der Mitgliedsstaaten.⁹³

⁸⁹ Dörr, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 30, Rn. 41.

⁹⁰ Siehe oben unter **B. II. 1.**

⁹¹ *WTO Dispute Settlement Body*, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report v. 20.4.2005, WT/DS285/R, Rn. 6.461.

⁹² Vgl. exemplarisch *EMGR*, *Handyside v. Großbritannien*, Urt. v. 7.12.1976, Rs. 5493/72, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=01-57499&filename=001-> (zuletzt abgerufen am 21.12.2021), Rn. 48 f.

⁹³ *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl. 2019, Rn. 3.84 f.

Generalklauseln weiten durch die vergrößerten Interpretationsspielräume der Staaten also auch deren politische Spielräume und erodieren somit die Rechtsform des Völkerrechts; Generalklauseln „ermöglichen es, dass sich durch sie Ströme subjektiver (politischer) Willensinhalte in das mit ihrer Hilfe geschaffene System einer minimalen [Völker]rechtsordnung ergießen.“⁹⁴ In dieser angepassten Form lassen sich die Kritikstrategien aus dem nationalen Recht auch auf die Ebene des Völkerrechts weitertragen.

D. Begrenzte Übertragbarkeit

Die vom nationalen Recht verschiedene Natur des Völkerrechts verhindert, dass die Kritik an der Ausbreitung von Generalklauseln dort übertragen werden kann, wo sie eine demokratietheoretische Stoßrichtung besitzt und Fragen der Gewaltenteilung problematisiert. Da das internationale System keine Judikative im engeren Sinne kennt, ist deren Unabhängigkeit nicht von Generalklauseln bedroht; wo das Lotus-Prinzip dem Vorbehalt des Gesetzes entgegensteht, können dessen Funktionen nicht verloren gehen.

Kritikstrategien aus dem nationalen Recht bezüglich des Völkerrechts deshalb sämtlich zu verwerfen wäre jedoch voreilig. Teils lassen sie sich ablösen vom Kontext des demokratischen Rechtsstaates, und das vor allem dort, wo sie Raum für Machtausübung, für das Politische im Recht schaffen und damit die Rechtsform des Völkerrechts unterlaufen. Verglichen mit nationalem Recht nimmt das Politische im Völkerrecht naturgemäß sicherlich eine gewichtigere Rolle ein – diese jedoch durch Generalklauseln stetig auszuweiten, stellt grundsätzlich eine Bedrohung für die Völkerrechtsordnung dar, das legt eine Übertragung der *Neumann'schen* Rechtskritik nahe. Fokussiert man sich darin auf die wachsenden Handlungsspielräume der Staaten, in denen sich die Rollen der Rechtserzeugenden, Rechtsverpflichteten, Rechtstragenden und Rechtsdurchsetzenden vereinigen, kann eine Kritik der das Völkerrecht aushöhlenden Generalklauseln gelingen. Entsprechende unterschiedssensible Übertragungsanstrengungen wären auch in Bezug auf andere Strömungen kritischer Rechtstheorie zu unternehmen. Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Betrachtung käme etwa die Kritik an der Entpolitisierung durch Recht⁹⁵ infrage, die der hier untersuchten Kritiklinie diametral entgegensteht.

⁹⁴ *Bueckling* (Fn. 10), S. 192.

⁹⁵ Vgl. etwa *Kirchheimer*, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, *Zeitschrift für Politik* 17 (1928), 593 (593 ff.).