

Zusammenfassung
Habilitationsschrift

Dr. Paulina Starski, LL.B.

**„Der Staat, der ‚nicht willens oder nicht in der Lage‘ ist, als Herausforderung für das
Völkerrecht“**

Im Rahmen des zwischenstaatlichen Diskurses zu militärischen Operationen der *Global Coalition against ISIL* in Syrien haben intervenierende Staaten argumentiert, ihr Vorgehen sei vermöge des zwischenstaatlichen Selbstverteidigungsrechts gerechtfertigt. So sei eine Berufung auf Art. 51 UN-Charta im Falle bewaffneter Angriffe nicht-staatlicher Akteure gestattet, so denn der Staat, innerhalb dessen territorialer Sphäre letztere sich befinden, „nicht willens oder nicht in der Lage ist“ („unwilling or unable“), ihren Aktivitäten Einhalt zu gebieten. Dieses Verständnis bricht mit der etablierten bipolaren Lesart des Art. 51 UN-Charta als eines Rechtes, welches allein im Verhältnis zwischen angegriffenem Staat und angreifendem Staat zur Anwendung kommt. Art. 51 UN-Charta erhält ein tripolares Gepräge, das die Rechtsverhältnisse zwischen Territorialstaat, angegriffenem Staat und nicht-staatlichem Akteur regle. Es stellt sich das Problem normativer Dynamik im Völkerrecht und einer möglichen Modifikation des Art. 51 UN-Charta.

Angesichts der dem Selbstverteidigungsrecht durch die Formel „nicht willens oder nicht in der Lage“ zugesprochenen Tripolarität drängen sich folgende, miteinander verwobene Fragen auf: Erstens, ist der Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ normativ etabliert? Zweitens, was ist die normative Substanz des Standards, und, drittens, wie wird er auf internationaler Ebene angewandt? Diese Fragen bilden den Ausgangspunkt der Habilitationsschrift, deren Fokus jedoch grundlegender Natur ist und deren analytischer Blickwinkel über Fragen des zwischenstaatlichen Selbstverteidigungsrechts hinausgeht.

So ist festzustellen, dass sich der Begriff „nicht willens oder nicht in der Lage“ (und sein Gegenstück „willens und in der Lage“) in unterschiedlichen normativen Kontexten auf internationaler Ebene identifizieren lässt. Er ist z.B. integraler Bestandteil des Modells der Komplementarität, welches die Ausübung der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs regelt, durchzieht den Diskurs zur sogenannten „internationalen Schutzverantwortung“ der internationalen Gemeinschaft („Responsibility to Protect“) und ist ebenfalls ein Moment, das dem Regime des internationalen Flüchtlingsschutzes sein Gepräge verleiht. „Nicht willens oder nicht in der Lage“ manifestiert sich dabei in unterschiedlicher Gestalt: zum einen als Element völkerrechtlicher Normen (*de lege lata* und *de lege ferenda*), die eine Konditionalstruktur aufweisen, als Element nicht verbindlicher Standards oder als dogmatisches Konzept, das gewisse normative Strukturen zu systematisieren sucht. Ausgehend von der Prävalenz des Begriffs „nicht willens oder nicht in der Lage“ innerhalb unterschiedlicher normativer Kontexte untersucht die Habilitationsschrift diesen auf einer Mikro-, Makro- sowie Meta-Ebene, wobei die betreffenden Analyseebenen im Rahmen des methodischen Grundansatzes, den die Arbeit entfaltet, organisch miteinander verknüpft sind.

So bildet das methodische Fundament der Arbeit die Einsicht, dass sich die Emergenz, Modifikation und Reinterpretation von Normen im Völkerrecht allein dialektisch feststellen lässt. Eine dialektische Betrachtung sucht dabei „konstitutionelle Momente“ der Völkerrechtsordnung mit der normativen Kraft des Faktischen, die das Völkerrecht kennzeichnet, zu verknüpfen. Prozesse normativer Dynamik sind dabei sowohl einem induktiven Ansatz folgend – ausgehend von der Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung der Staaten – als auch deduktiv – ausgehend von dem bestehenden normativen Gefüge – zu bewerten. Sowohl Staatenpraxis als auch Rechtsüberzeugung – beides zentrale Momente sowohl im Hinblick auf die Emergenz von Völkergewohnheitsrecht als auch im Hinblick auf eine Modifikation von Vertragsnormen im Rahmen einer Reinterpretation der Vertragsparteien – bedürfen ihrerseits der Interpretation. Jene hat unter Berücksichtigung bestehender völkerrechtlicher Regeln und Prinzipien zu erfolgen („interpretatorische Theorie völkerrechtlicher Dynamik und jurisgenerativer Staatenpraxis“).

Auf diesem methodischen Grundansatz aufbauend untersucht die Habilitationsschrift zunächst auf der Mikro-Ebene die normative Kompatibilität des Standards „nicht willens oder nicht in der Lage“ mit den Voraussetzungen, die Art. 51 UN-Charta an eine Ausübung des Selbstverteidigungsrechts knüpft. Die Arbeit identifiziert und systematisiert unterschiedliche, in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung vorgeschlagene Kompatibilitätsmodelle und unterzieht diese einer ersten dogmatischen Analyse. Zudem werden die Substanz der Formel „nicht willens oder nicht in der Lage“, die ihr im Diskurs gegeben wird, herausgearbeitet, ihre Reflexion in der Staatenpraxis untersucht sowie verbleibende Unbestimmtheiten identifiziert. Dabei kristallisiert die Arbeit Strukturmerkmale des Standards „nicht willens oder nicht in der Lage“, so denn er zu einer normativen Determinante des Selbstverteidigungsrechts erstarkt, sowie die hinter diesem stehenden Grundideen heraus: Dies sind „Substitution“ und „Funktionsreallokation“, eine normative Insensitivität im Hinblick auf staatliches Unvermögen sowie Subsidiarität. Staatliches Versagen (Nichtverhindern von Angriffen staatlicher Akteure) verlagert eine bestimmte, dem Staat zugesprochene Funktion auf eine andere Entität (den das Selbstverteidigungsrecht ausübenden Staat) – Grundgedanke der Substitution und Funktionsreallokation. Bestimmte faktisch sanktionierende, normative Konsequenzen knüpfen an Staatshandeln, für welches der Staat völkerrechtlich nicht verantwortlich ist, an („insensitivity to incapacity“). Insofern führt der Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ indirekt resultatsorientierte, völkerrechtliche Obliegenheiten ein („imperfect obligations of result“) und ist von einer Pflichtenasymmetrie gekennzeichnet („obligation asymmetry“). Er zeitigt potentiell regulative Effekte im Hinblick auf staatliches Handeln. Substitution erfolgt nur – und dies ist das dritte Strukturmerkmal –, wenn der Staat, welchem primär eine bestimmte Funktion zuordnet ist, bei ihrer Erfüllung versagt. Sie ist insofern nachrangig zu einer Funktionserfüllung seitens des Staates (Subsidiarität).

Auf Basis der Feststellung, dass wir uns an dem neuralgischen Punkt einer möglichen Modifikation des Art. 51 UN-Charta befinden, die Staatenpraxis sich jedoch noch nicht als hinreichend und konsistent erweist, um von seiner normativen Konsolidierung auszugehen, wendet sich die Arbeit der analytischen Makro-Ebene zu.

Auf dieser Untersuchungsebene werden der Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ sowie sein Komplementär „willens und nicht in der Lage“ in verschiedenen normativen Kontexten nachgewiesen und ihre Umsetzung und Wirkungsweise darin nachgezeichnet. Besonderes Augenmerk wird dabei feststellbaren Konvergenzen der Diskurse zum zwischenstaatlichen

Selbstverteidigungsrecht sowie zur internationalen Schutzverantwortung gewidmet. Neben völkerrechtlichen werden auch nationale und supranationale normative Kontexte in die Betrachtung einbezogen. Folgende Erwägungen rechtfertigen dabei eine derartig extensive Betrachtung: Zum einen ist der Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ von essentieller Unbestimmtheit geprägt und – so denn er im Rahmen des Art. 51 UN-Charta Wirkungen entfaltet – mit Missbrauchsgefahren verbunden. Institutionelle sowie verfahrensrechtliche Strategien, die derartige Gefahren in anderen normativen Kontexten, in denen dieser Standard anzutreffen ist, eindämmen und diesen zu disziplinieren suchen, könnten gegebenenfalls als Inspirationsquelle für dessen Einhegung auch innerhalb des normativen Rahmens des Art. 51 UN-Charta dienen. Wenn sich, zum anderen, die hinter dem Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ liegenden Ideen als allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 I lit. c IGH-Statut oder als Strukturprinzipien des Völkerrechts auffassen ließen, so könnte dies gegebenenfalls der interpretatorischen Theorie völkerrechtlicher Dynamik folgend den Prozess einer normativen Konsolidierung des Standards befördern. Die Suche nach möglichen allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Identifikation nach der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre gerade auch im Wege einer rechtsvergleichenden Betrachtung nationalen Rechts erfolgt, rechtfertigt den Blick in die nationale (und hier sowohl in die Sphäre des öffentlichen sowie des Privatrechts) sowie supranationale Rechtsordnungen.

Dabei wird sich der dem Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ immanenten Insensitivität im Hinblick auf staatliches Unvermögen auch von der entgegengesetzten Richtung kommend genähert und untersucht, wo, wann und inwiefern das Völkerrecht auf staatliches Nichtkönnen reagiert. In diesem Zusammenhang werden unterschiedliche Responsivmechanismen identifiziert und systematisiert. Einerseits wird untersucht, welche normativen Konsequenzen die Unfähigkeit eines Staates, bestimmte Pflichten oder Funktionen zu erfüllen, für diesen selbst nach sich zieht, und wie diese dogmatisch zu verorten sind, andererseits wird analysiert, welche rechtlichen Konsequenzen staatliches Unvermögen für andere Völkerrechtssubjekte zeitigt. Insofern will die Untersuchung – in dem beschränkten Rahmen, in dem dies möglich ist – die Wechselbeziehungen zwischen normativem „Sollen“ und faktischem „Können“ auf völkerrechtlicher Ebene – auch unter Berücksichtigung philosophischer Erwägungen, die rechtliche Argumente zu kontextualisieren helfen – nachzeichnen. Das Völkerrecht ist hier von antagonistischen Tendenzen geprägt.

Den Schlusspunkt der Makroanalyse bildet eine Reflexion über die Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragung bestimmter Strategien zur Einhegung des Standards „nicht willens oder nicht in der Lage“, die in anderen Kontexten angetroffen werden konnten, auf dessen Implementierung im Rahmen des Art. 51 UN-Charta *de lege ferenda*.

Die dritte Analyseebene betrachtet den Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ aus einer Meta-Perspektive. Zum einen wird die Idee staatlichen Nichtwollens und Nichtkönnens in den Blick genommen und innerhalb des Diskurses zur Rechtspersönlichkeit des Staates aus der Perspektive der Staatsrechtslehre sowie der Völkerrechtstheorie verortet. Zum anderen wird untersucht, wie staatliches Unvermögen aufgefasst (Nichtkönnen) und inwiefern dem Staat eine Intention zugesprochen werden kann (Nichtwollen). Des Weiteren wird nachgewiesen, dass sich sämtliche im Völkerrechtsdiskurs anzutreffenden, potentiell stigmatisierenden Kategorisierungen von Staaten in das Schema „nicht willens“ oder „nicht in der Lage“ einordnen lassen. Dem „turn

to history“ folgend werden sodann Kontinuitäten zwischen dem Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ sowie der Kolonialvölkerrechtslehre nachgezeichnet, welche das Nichtkönnen und Nichtwollen von Staaten zum Scharnier einer In- und Exklusion machte.

Die Kernthese dieser Untersuchungsebene ist, dass der Standard „nicht willens oder nicht in der Lage“ in der Art und Weise, wie er auf völkerrechtlicher Ebene umgesetzt wird und Wirkungen entfaltet, den normativen Fokus des Völkerrechts in Richtung einer funktionalistischen Betrachtung des Staates verlagert. Diesen Funktionalismus kennzeichnet, dass der Schutz staatlicher Rechtspositionen und Statusrechte unmittelbar an die effektive Erfüllung bestimmter Funktionen geknüpft wird. Dies kulminiert in dem Konstrukt „kontingenter Souveränität“, das sich gerade auch in der Debatte zu expansiven Interpretationen des Selbstverteidigungsrechts erhöhter Popularität erfreut. So wird argumentiert, dass der Staat, welcher es nicht vermag, terroristischen Aktivitäten nicht-staatlicher Akteure Einhalt zu gebieten, des durch das Souveränitätsprinzip vermittelten Schutzes verlustig werde, was es rechtfertige, Gewalt gegen ihn und innerhalb seines Territoriums zu üben. Das Konzept „kontingenter Souveränität“ sowie die ihm im Diskurs mitunter zugesprochenen Implikationen für das zwischenstaatliche Gewaltverbot werden einer dogmatischen – mit einem *de lege lata*-Fokus – sowie konzeptionellen Kritik – mit einem Fokus *de lege ferenda* – unterzogen. Dabei wird analysiert, inwiefern sich die Idee „kontingenter Souveränität“ prinzipientheoretisch begründen lässt. Die Untersuchung schließt mit einer kritischen Beleuchtung der Hierarchisierung des *ius ad bellum*, welche durch Konzepte wie das der „kontingenten Souveränität“ befördert wird.