

MARIA PRIETZ

Weiches Recht und normative Härtung

Jus Internationale et Europaeum

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

200



Maria Prietz

Weiches Recht und normative Härtung

Eine Konzeptualisierung am Beispiel des
UN-Migrationspaktes

Mohr Siebeck

Maria Prietz, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen mit Station an der University of Nottingham; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Völker- und Europarecht der Universität Göttingen; Referendariat am Kammergericht Berlin.
orcid.org/0009-0004-6362-5443

ISBN 978-3-16-162138-3 / eISBN 978-3-16-162472-8

DOI 10.1628/978-3-16-162472-8

ISSN 1861-1893 / eISSN 2568-8464 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Dominik

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von Oktober 2018 bis Januar 2022 in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Göttinger Institut für Völkerrecht und Europarecht entstanden. Im Juli 2022 wurde sie von der Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde für die Drucklegung überarbeitet und aktualisiert.

Herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Frank Schorkopf. Die Zeit an seinem Lehrstuhl hat meine juristische Ausbildung und Haltung entscheidend geprägt. Die offene Diskussionskultur dort, die es ermöglichte, in geschütztem Raum eigene Positionen und Ideen zu entwickeln, legte den Grundstein für mein wissenschaftliches Forschungsvorhaben. Ich werde die vielen Gespräche und Diskussionen in Lehrstuhlrunden, bei Mittagessen oder Wanderungen in wacher Erinnerung behalten. Für die Möglichkeit selbstständig und eigenverantwortlich arbeiten zu können und zugleich durch das rege Interesse und die gewinnbringende Kritik durch die Promotionszeit begleitet zu werden, bin ich ihm sehr dankbar.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn PD Dr. Roman Lehner für seine zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in die Reihe *Jus Internationale et Europaeum* und ferner dem Bundesministerium des Inneren für den großzügig gewährten Druckkostenzuschuss.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Völker- und Europarecht danke ich für den gewinnbringenden Austausch und das gegenseitige Interesse an den jeweiligen Forschungsvorhaben. Einen großen Beitrag leisteten Dr. Anna-Lena Poppe und Jonas Tafel, deren freundschaftliche Ermutigungen und Rückhalt mich in weiten Teilen durch die Promotionszeit getragen haben.

Meiner Familie sei für ihre weitreichende Unterstützung während meiner gesamten Ausbildungszeit gedankt. Sie haben großen Anteil an den Höhepunkten und Herausforderungen genommen. Meinen Eltern sei insbesondere für ihre Unterstützung bei der Fertigstellung des Manuskripts gedankt. Sie haben mein Interesse für die Welt des Wissens und der Bücher geweckt und nie gezögert, mich bei meinen Vorhaben zu bestärken und zu ermutigen.

Schließlich möchte ich mich besonders bei meinem Ehemann Dominik bedanken. Sein fachlicher Rat, sein Zutrauen und nicht zuletzt seine große Empathie haben mir ermöglicht dieses Projekt erfolgreich zu beenden. Ihm ist die Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Teil 1: Soft Law als Handlungsform im Völkerrecht	1
§ 1 <i>Die Diskussion um den Migrationspakt</i>	1
§ 2 <i>Warum gibt es Soft Law?</i>	7
§ 3 <i>Der Migrationspakt</i>	57
Teil 2: Die normative Härtung von Soft Law	112
§ 4 <i>Formelle und Materielle Härtung</i>	112
§ 5 <i>Die Anwendung auf den Migrationspakt</i>	198
Teil 3: Verfassungsrechtliche Rezeption von Soft Law	229
§ 6 <i>Die Beteiligung des Bundestages</i>	229
Teil 4: Rückwirkungen auf Soft Law	255
§ 7 <i>Ergebnis</i>	255
Literaturverzeichnis	261
Register	285

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Teil 1: Soft Law als Handlungsform im Völkerrecht	1
§ 1 <i>Die Diskussion um den Migrationspakt</i>	1
A. Begriffe	4
B. Gang der Untersuchung	5
§ 2 <i>Warum gibt es Soft Law?</i>	7
A. Setting the Scene	8
I. Die Heterogenisierung der internationalen Staatengemeinschaft	9
1. Entkolonialisierung	9
2. Reformdruck und Handlungsinstrumente	12
3. Rechtsverbindlichkeit von UN-Resolutionen	15
4. Zwischenergebnis	19
II. Ausdehnung des Völkerrechts	20
B. Elemente des Soft Law Begriffs	22
I. Inhalt und Wirkung	23
1. Soft Law als „weiches“ Recht	24
2. Soft Law als weiches „Recht“	25
3. Vermittelnder Ansatz	27
4. Zwischenergebnis	28
II. Kompetenz	29
1. Staaten	29
2. Internationale Organisationen	29
3. Private	30
a) Nichtregierungsorganisationen	31
b) Internationale Fachorganisationen	34
c) Transnationale Unternehmen	35
4. Zwischenergebnis	38

III. Verfahren und Form	38
IV. Kritik	40
V. Arbeitsdefinition	44
C. Funktionsdimensionen	47
I. Ergänzung und Alternative	48
1. Im Allgemeinen	49
2. Aus Sicht der Staaten	52
3. Aus Sicht nicht staatlicher Akteure	53
II. Antagonismus	54
III. Probleme	55
D. Ergebnis zu §2: Soft Law als Kompensation	57
§ 3 <i>Der Migrationspakt</i>	57
A. Die Flüchtlingskrise als Katalysator für das Migrationsrecht	58
B. Im Einzelnen	62
I. Von New York nach Marrakesch – Aushandlung	62
1. Koordination der Mitgliedstaaten durch die Europäische Union	67
2. Ernüchterndes Ende	69
II. Inhalt des Migrationspaktes	70
1. Ziele für eine sichere, geordnete und reguläre Migration	70
2. Migration als Quelle des Wohlstandes – Narrative und Sprache	74
3. Überwachung und Implementierung	79
4. Rechtscharakter	82
III. Völkerrechtliche und institutionelle Einordnung	83
1. Internationale Migration und Völkerrecht	84
a) Migration als Teil der internationalen Agenda	89
b) Migration und Entwicklung	92
c) Agenda 2030	94
aa) Aushandlung	94
bb) Inhalt	97
cc) Umsetzung und Nachverfolgung	99
dd) Rechtscharakter	99
ee) Zwischenergebnis	100
2. Dichotomien des Migrationsrechts	100
3. Zwischenergebnis	103
C. Der Flüchtlingspakt	104
I. Umfassender Rahmenplan für Flüchtlingsmaßnahmen	106
II. Aktionsprogramm	106
1. Regelungen zur Lasten- und Verantwortungsteilung	107
2. Bereich mit Unterstützungsbedarf	108
III. Flüchtlingsbegriff	109

IV. Der Vergleich zum Migrationspakt	110
D. Ergebnis zu § 3: Migrationspakt als typisches Instrument	110
 Teil 2: Die normative Härtung von Soft Law	 112
§ 4 <i>Formelle und Materielle Härtung</i>	112
A. Formelle Härtung	113
I. Erstarken zu Gewohnheitsrecht	113
1. Zwei-Elemente-Lehre	114
a) Staatenpraxis und Praxis internationaler Organisationen	115
b) Rechtsüberzeugung	120
2. Das Verhältnis der Elemente zueinander	124
a) Traditioneller Ansatz	124
b) Moderner Ansatz	126
c) Konsolidierungsversuche	126
d) Alternative Lösung	129
3. Soft Law und der moderne Ansatz	130
a) Soft Law als Beweis einer Rechtsüberzeugung	130
aa) Die Rechtsprechung des IGH	131
bb) Eine neue internationale Gerichtsbarkeit	136
cc) Welche Art von Soft Law eignet sich?	141
b) Die Annahme von Soft Law als Staatenpraxis	146
c) Medium der Kodifizierung	148
4. Kritik	151
5. Zwischenergebnis	153
II. Dynamische Vertragsentwicklung	154
1. Evolutive Auslegung	155
a) Living-Instrument-Doktrin in der Rechtsprechung des EGMR	157
aa) Entwicklung und methodische Begründung	157
bb) Soft Law zur Konkretisierung der EMRK	159
cc) Grenzen	161
dd) Zwischenergebnis	162
b) Empfehlungen und Kommentare von Vertragsorganen	163
aa) Beispiel: Bemühungen des CEDAW-Ausschusses ...	165
bb) Zwischenergebnis	167
2. Inkorporation und Konkretisierung	168
3. Zwischenergebnis	170
III. Zwischenergebnis: Informalisierung der Rechtsquellen	171
IV. Einbeziehung der Rechtsquellen in das GG	172
1. Art. 25 GG – allgemeine Regeln des Völkerrechts	173
a) Anwendungsbereich	174

b) Ausblick	176
2. Art. 59 Abs. 2 GG – völkerrechtlicher Vertrag	177
a) Rang und Anwendung in der nationalen Rechtsordnung	179
b) Sonderfall: Europäische Menschenrechtskonvention ...	181
c) Ausblick	183
3. Ergebnis	184
B. Materielle Härting	185
I. Politische Prägung in transnationalen Gemeinwohldiskursen ...	187
1. Globale Gemeinwohlvorgaben	189
2. Prägung internationaler Debatten	190
3. Moral in der internationalen Politik	191
4. Zwischenergebnis	192
II. Rückwirkung in nationale Kommunikationsräume	192
III. Zwischenergebnis	197
C. Ergebnis zu § 4: Marker einer normativen Verhärtung	197
§ 5 <i>Die Anwendung auf den Migrationspakt</i>	198
A. Formelle Härting	198
I. Erstarken zu Gewohnheitsrecht	198
II. Völkerrechtlicher Vertrag	201
1. Der Migrationspakt in der EGMR-Judikatur	202
a) Die Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK	202
b) Zwischenergebnis	206
2. Der Migrationspakt im Unionsrecht	207
a) Die Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems	207
b) Die Entwicklungspolitik der Union	213
c) Zwischenergebnis	215
B. Materielle Härting	215
I. Konfliktlinien und Diskussionsräume	216
II. „Über Migration reden“ – Prägung des Diskurses	218
III. Umsetzungsfortschritt	222
1. Reformen im Rahmen des Migrationspaketes	223
2. Ratifikationspflichten	225
3. Ausblick	226
IV. Zwischenergebnis	226
C. Ergebnis zu § 5: Trotz Opposition – was bleibt?	227
Teil 3: Verfassungsrechtliche Rezeption von Soft Law	229
§ 6 <i>Die Beteiligung des Bundestages</i>	229
A. Beteiligung des Bundestages bei verbindlichem Völkerrecht	230
I. Beteiligung nach Art. 25 GG	230

II. Beteiligung nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG	232
1. Zustimmungspflicht des Bundestages	232
2. Dynamische Vertragsentwicklung	234
3. Kritische Würdigung	237
III. Beteiligung bei europäischen Angelegenheiten	238
IV. Rückschlüsse	243
B. Reformüberlegung	244
I. Anwendung bestehender Vorschriften	244
1. Erweiterung oder entsprechende Anwendung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG	245
2. Verfassungsrechtliche Unterrichtungspflicht i. S. d. Art. 23 Abs. 2 GG	248
3. Verfahrensrechtliche Antwort	251
4. Zwischenergebnis	253
C. Ergebnis zu § 6: Keine verfassungsrechtliche Beteiligungspflicht	254
Teil 4: Rückwirkungen auf Soft Law	255
§ 7 <i>Ergebnis</i>	255
A. Kritische Bewertung	255
B. Zusammenfassende Schlussbetrachtung in Form von Thesen	257
Literaturverzeichnis	261
Register	285

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft/der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
Adv. Op.	Advisory Opinion
AdV	Archiv des Völkerrechts
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfD	Alternative für Deutschland
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Am. Polit. Sci. Rev.	American Political Science Review
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
an.	angenommen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Art.	Artikel
ASIL Proceedings	Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
ausf.	ausführlich
ausdr.	ausdrücklich
Austr. Yb. Int'l L.	Australian Yearbook of International Law
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofes
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BH VERW	Die Verwaltung, Beiheft
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BT-Plen. Prot.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
BTW	Bundestagswahl
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz

BYIL	British Yearbook of International Law
Cal. W. Int'l L. J.	California Western International Law Journal
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional (Zeitschrift)
CDU	Christliche Demokratische Union
CEDAW	UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau
CESR	Committee of European Securities Regulators
CFC	Common Fund for Commodities
CiLSA	The Comparative and International Law Journal of Southern Africa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CONUN	Gruppe „Vereinte Nationen“ des Rats der EU
CSR	Corporate Social Responsibility
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
ders./dies.	derselbe/dieselbe
d. h.	das heißt
Diss. Op.	Dissenting Opinion
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
Duke Law J.	Duke Law Journal
ebd.	ebenda
ECOSOC	UN-Ausschuss für wirtschaftliche und soziale Rechte
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
ESMFinG	Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EUZBBG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G10	Gremium innerhalb des IWF best. aus den wichtigsten Industrienationen
GA	Generalversammlung der Vereinten Nationen
GA. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law

GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GK	Große Kammer
GO-BT	Geschäftsordnung des Bundestags
GRCh	Grundrechtecharta der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
Gruppe 77	loser Zusammenschluss diverser Staaten, überwiegend Länder des globalen Südens
GSVP	Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv. Int. Law Journal	Harvard International Law Journal
HbStR	Handbuch des Staatsrechts
How. L. J.	Howard Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
HR & ILD	Human Rights and International Legal Discourse
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
IASB	International Accounting Standards Board
IBRD	Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
I.C.J. Rep.	Annual Reports of the International Court of Justice
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
I. CON	International Journal of Constitutional Law
i. d. S.	in diesem Sinne
IFAD	International Fund for Agricultural Development
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJRL	International Journal of Refugee Law
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILO	International Labour Organization
IMO	International Maritime Organization
Ind. J. Global L. Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
insb.	insbesondere
int.	international
Int. Affairs	International Affairs (Zeitschrift)
ICLR	International Community Law Review
Int. J. Law in Context	International Journal of Law in Context

IntVG	Integrationsverantwortungsgesetz des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union
IOM	International Organization for Migration
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
ISO	International Organization for Standardization
i. V. m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
J.	Judge
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSZE	Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
krit.	kritisch
lit.	littera
LJIL	Leiden Journal of International Law
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Minn. L. Rev	Minnesota Law Review
MPEPIL	Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	Nordatlantisches Verteidigungsbündnis
NGO	Non-governmental Organization
NIEO	New International Economic Order
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLMR	Newsletter Menschenrechte
Nord. J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
No./Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NYU JIL	New York University Journal of International Law and Politics
NZWiST	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer und Unternehmensstrafrecht
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OEEC	Organization for European Economic Co-operation
OPEC	Organization of the Petroleum Exploring Countries
Osteur.	Osteuropa (Zeitschrift)
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
ParlBG	Parlamentsbeteiligungsgesetz
PDS	Partei des demokratischen Sozialismus
PSPP	Public Sector Purchase Programme
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de La Haye
Res.	Resolution

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtsache
RvV	Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge
S.	Seite/Satz
Santa Clara JIL	Santa Clara Journal of International Law
Sc. St. L.	Scandinavian Studies in Law
sog.	sogenannte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
StabMechG	Stabilitätsmechanismusgesetz
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
TWQ	Third World Quarterly
u. a.	unter anderem
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UN	United Nations
UNCIO	United Nations Conference on International Organizations (deut. Konferenz von San Francisco)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDP	United Nations Development Programme
UNEP	United Nations Environment Programme
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNIDO	United Nations Industrial Development Organization
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
Urt.	Urteil
u. w.	und weitere
v.	von
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
W. Eur. Pol.	West European Politics (Zeitschrift)
WHO	World Health Organization
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Wis. Int'l L. J.	Wisconsin International Law Journal
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
Ziff.	Ziffer
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVN	Zeitschrift Vereinte Nationen

Teil I

Soft Law als Handlungsform im Völkerrecht

§ 1 Die Diskussion um den Migrationspakt

Internationales Soft Law fügt sich nicht in ein Konzept von Völkerrecht, welches systematisch, bindend und vorhersehbar sein soll. Diese unverbindliche Handlungsform erscheint oft in ihrer Begrifflichkeit missverständlich, in ihrem Bestand unübersichtlich und in der Anwendung willkürlich. Dabei bieten die Rechtsquellen des Völkerrechts bereits einen Kanon anerkannter und rezeptionsfähiger Instrumente.¹ Völkergewohnheitsrecht und völkerrechtliche Verträge ermöglichen Staaten, ihre Beziehungen zueinander verbindlich und eindeutig zu ordnen. Internationale Gerichte können in diesem Rahmen legitime Entscheidungen treffen und Konflikte dauerhaft schlichten. Staaten und internationale Akteure benutzen dennoch unverbindliche Handlungsformen und entscheiden sich immer öfter dafür, unter der Schwelle formalisierter Rechtsetzung zu verbleiben.² Das schafft einen großen Bestand an internationalem Soft Law, welches in die Völkerrechtsordnung und in andere Rechtsordnungen ausstrahlt: Internationale Gerichte greifen Soft Law zur Herleitung von Gewohnheitsrecht auf, wie der Internationale Gerichtshof, der zur Begründung des Gewaltverbots auf Resolutionen der Generalversammlung zurückgriff.³ Internationale Organisationen wenden Soft Law zur Auslegung und Konkretisierung völkerrechtlicher Verträge an, wie der UN-Menschenrechtsausschuss bei seinen allgemeinen Kommentaren zum Internationalen Zivilpakt.⁴ Staaten schließen unverbindliche Abmachungen, wie jüngst das multilaterale Großprojekt des *Globalen Paktes für geordnete, sichere und reguläre Migration*.⁵

Der Migrationspakt ist ein idealtypisches Beispiel moderner Zusammenarbeit zwischen Staaten und internationalen Akteuren, in deren Zuge sich unverbindlicher Instrumente bedient wird. Als langfristig angelegter Kooperationsrahmen unter der Schirmherrschaft der Vereinten Nationen wird ein globaler Steuerungs-

¹ Art. 38 IGH-Statut.

² *Pauwelyn/Wessell/Wouters*, EJIL 2014, S. 733 (734, 738 f.).

³ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Urt. v. 27.06.1986, I.C.J. Rep. 1986, S. 14 (99 Ziff. 188).

⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights; Keller/Grover*, in: Keller/Ulfstein (Hrsg.), *UN Human Rights Treaty Bodies*, S. 116 ff.

⁵ *Globaler Pakt für sichere, geordnete und reguläre Migration*, A/Res/73/195 v. 19.12.2018; im Folgenden als *der Migrationspakt* bezeichnet.

anspruch erhoben, der auf die Verfestigung von Soft Law durch seine Interaktion mit bestehendem Recht setzt.⁶ Dieser Steuerungsanspruch des Migrationspaktes bedarf der nationalstaatlichen Beteiligung und der Umsetzung, um seine intendierte Wirkung zu entfalten. Die Bundesrepublik Deutschland war bis zum Abschluss des Paktes an den Aushandlungen beteiligt; Bundeskanzlerin *Angela Merkel* nahm als prominente Verfechterin internationaler Zusammenarbeit an der Annahmekonferenz im Dezember 2018 in Marrakesch teil. Verfassungsrechtlich löste seine Annahme keine Beteiligung des Bundestages aus (Art. 59 Abs. 2 GG), sondern er verbleibt als Teil der auswärtigen Gewalt im Kompetenzbereich der Exekutive.⁷

Auf den ersten Blick gehen Staaten mit der Annahme solcher Instrumente nur eine politische Bindung ein, die im Zweifel keine parlamentarische Rückkopplung auslöst. Besonders in Zielländern von Migration formierten sich parlamentarischer und gesellschaftlicher Widerstand. Kurz vor Annahme zog sich eine Reihe von Staaten des globalen Nordens aus dem Migrationspakt zurück. Auch in Deutschland forderten Teile des Bundestages eine konstitutive Beteiligung ein. Zuletzt positionierte sich der Bundestag in einem politischen Beschluss zum Migrationspakt.⁸

Die rechtliche Einordnung und Wirkung von internationalem Soft Law werden bereits seit den 1960er-Jahren durch die Völkerrechtswissenschaft begleitet.⁹ Inzwischen wurde ein breites Theorieangebot entwickelt, welches Soft Law in Bezug zu den Rechtsquellen des Völkerrechts setzt und seinen hybriden Charakter sinnvoll abzubilden versucht. Als wissenschaftlicher Grundkonsens kann dabei gelten, dass sich internationales Soft Law nicht allein auf seine Rechtsunverbindlichkeit reduzieren lässt, sondern unter Umständen rechtliche oder rechtsähnliche Befolgungserwartungen generieren kann.¹⁰ Dieser Prozess lässt sich mit dem Begriff der normativen Härtung (*normative hardening*) beschreiben, der eine Wandlung „weicher“ Handlungsinstrumente in feste Befolgungsansprüche verbildlicht.¹¹ Die meisten Untersuchungen beschränken sich jedoch allein auf das Völkerrecht und versuchen anhand knapper Fallstudien oder mit Blick auf einzelne Akteure, die Wirkweise von Soft Law näher zu beschreiben.¹² Die These

⁶ A/Res/73/195 v. 19.12.2018, Ziff. 7; siehe dazu ausf. § 3 B. Der Migrationspakt – Im Einzelnen.

⁷ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07.12.2018 – 2 BvQ 105/18 –, Rn. 16.

⁸ BT-Drs. 19/6056.

⁹ Der Begriff soll auf *McNair* zurückgehen, vgl. *Dupuy*, Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to „Soft Law“, in: FS Röling, 1977, S. 252; für einen guten Überblick *Baxter*, ICLQ, S. 549 ff.; *Chinkin*, ICLQ, S. 850 ff.

¹⁰ *Chinkin/Boyle*, The Making of Int. Law, S. 229; ausf. § 2 C. Funktionsdimensionen.

¹¹ *Schorkopf*, ZAR 2019, S. 90 (92).

¹² Bspw. *Barrelli*, ICLQ, S. 957 ff.; die Beiträge in *Bradlow/Hunter* (Hrsg.), *Advocating Social Change*, 2020 oder in *Lagoutte/Gammelhoft-Hanen/Cerone* (Hrsg.), *Tracing Soft Law*, 2016; *Schweisfurth*, ZaöRV 1976, S. 681 ff.; eine Ausnahme bildet dazu das Werk von *Knauff*,

dieser Arbeit ist hingegen, dass die normativen Implikationen von Soft Law erst dann ihre volle Wirksamkeit entfalten können, wenn überstaatliches Recht innerstaatlich rezipiert wird, wenn sich der Staat grundsätzlich zu internationaler Kooperation hin öffnet. Die Interaktion von Soft Law mit verbindlichem Völkerrecht und die Übersetzung in den nationalstaatlichen Rechtsraum erweitern den Begriff der normativen Härtung.

Der zunächst rein völkerrechtliche Begriff wird so um eine verfassungsrechtliche, dann um eine materielle Dimension erweitert. Dahinter steht die Annahme, dass die normative Signifikanz,¹³ die Soft Law entwickeln kann, nicht allein durch die Interaktion mit den Rechtsquellen des Völkerrechts erreicht wird, sondern auch in der Eigenschaft der Handlungsform begründet liegt, durch seine progressive Ausrichtung politische Prozesse inhaltlich zu gestalten. In dieser Weise vorgeprägte überstaatliche Diskurse wirken in die nationalen Kommunikationsräume hinein, indem sie den Gestaltungsspielraum nationaler Akteure festlegen und als rechtsverbindliche Handlungsoptionen übersetzt werden können. Der Bundestag als institutionalisierter Diskursraum zeigt sich dabei offen für internationale Gemeinwohlvorgaben und rezipiert diese, auch ohne an sie gebunden zu sein. Die umfassenden Auswirkungen normativer Härtungsprozesse auf das Handeln des Gesetzgebers legen auf den ersten Blick nahe, Beteiligungserfordernisse, wie sie in anderen völkerrechtlichen Bereichen (Art. 59 Abs. 2 GG; Art. 23 Abs. 1 GG) vorgesehen sind, auch auf internationales Soft Law auszuweiten.¹⁴ Jedoch wird in dieser Arbeit die Auffassung vertreten, dass der Bundestag aus Sicht der Verfassung adäquate parlamentarische Instrumente besitzt, um die Prozesse normativer Härtung mitzugestalten. Als zu großen Teilen internationalisiertes Parlament trägt der Bundestag willentlich informelle Prozesse und Vorhaben internationaler Kooperation mit, selbst wenn sie zulasten eigener Kompetenzen gehen mögen.

Die gesellschaftliche Polarisierung und latente Relevanz des Politikfeldes Migration auf internationaler und nationaler Ebene legen den Migrationspakt als Fallbeispiel der zu entwickelnden Konzeptualisierung besonders nahe. Die seine Annahme begleitende Kontroverse lässt die beteiligten internationalen und nationalen Akteure in ihrem Beitrag besser erkennen. Zugleich beweist die Einführung völkerrechtswissenschaftlicher Rechtsetzungsdebatten in die Realpolitik deren Bedeutung auch für den nationalen Rechtsraum. Der Migrationspakt könnte demnach ein erstes Beispiel einer neuen internationalen und verfassungsrechtlichen Behandlung internationalem Soft Laws sein.¹⁵

der sich umfassend mit verschiedenen Regelungsformen im Mehrebenensystem beschäftigt, vgl. *ders.*, Der Regelungsverbund, 2010 und eine Fallstudie von *Huck/Kurkin* zur horizontalen und vertikalen Wirkung der Agenda 2030, vgl. *dies.*, ZaöRV 2018, S. 376 ff.

¹³ *Chinkin/Boyle*, The Making of Int. Law, S. 214.

¹⁴ *Schorkopf*, ZAR 2019, S. 90 (94).

¹⁵ So etwa in der Schweiz, wo der Rückzug einen Dialog zwischen Parlament und Regierung zur besseren Beteiligung auslöste, *Cicéron Bühler*, Soft Law: How to Improve its De-

Die Arbeit widmet sich der Untersuchung der Wirkweisen internationalen Soft Laws. Darunter fällt solches, welches auf Staatenebene oder durch internationale Organisationen angenommen wird. Nicht behandelt wird der inzwischen große und wichtige Bestand von unioalem Soft Law.¹⁶ Trotz seines Ursprunges im Völkerrecht hat sich das Recht der Europäischen Union inzwischen als selbstständiges Rechtsregime ausdifferenziert. Das spiegelt auch die verfassungsrechtliche Ebene wider, in der die Beteiligung des Bundestages bei Angelegenheiten der Europäischen Union seit dem Vertrag von Maastricht unter den gegenüber Art. 59 Abs. 2 GG spezielleren Art. 23 Abs. 1 GG fällt.

A. *Begriffe*

Bei einem politisch umstrittenen Thema wie der Migration, die mit unterschiedlichen, bisweilen stark polarisierenden Assoziationen überladen ist,¹⁷ sind die verwendeten Begriffe, ist die verwendete Sprache umkämpft.¹⁸ Die Annahme der realitäts- und wissensbildenden Funktion von Sprache legt nahe, dass es in einem gesellschaftlichen Gebiet, in dem es um die Aushandlung von „richtigen“ oder der jeweiligen Problemstellung angemessenen Überzeugungen und Handlungen geht, entscheidend ist, mit welchen Bezeichnungen, Begriffen und mit welchen Bedeutungen dieser Begriffe auf die Welt Bezug genommen wird.¹⁹

Um den dem Migrationsthema innewohnenden Spannungen zu begegnen, wird in der Arbeit versucht, die politisch Beteiligten, besonders das politische Gegenüber, funktionsbezogen zu bezeichnen. Dazu gehört, dass die Begriffe im Kontext der jeweiligen zeitlichen und historischen Umstände verwendet werden. Die in hohem Maße politisierte und polarisierende Migration zwischen Ländern des globalen Südens und des globalen Nordens berührt viele im Hintergrund liegende Themen, wobei die Entkolonialisierung und der Kampf um wirtschaftliche Gleichberechtigung näher behandelt werden. Der funktionsbezogenen Bezeichnung folgend wird daher zunächst die Gegenüberstellung zwischen entkolonialisierten Staaten und den Kolonialmächten gewählt. Mit Blick auf die geopolitischen Bedingungen des Kalten Krieges kommt als weitere Bezeichnung die der Bewegung blockfreier Staaten hinzu, die sich als Gegensatz zu den Vereinig-

mocratic Legitimacy While Ensuring Effective Governmental Action in Foreign Affairs, *Opinio Juris* v. 02.09.2021, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2021/09/02/soft-law-how-to-improve-its-democratic-legitimacy-while-ensuring-effective-governmental-action-in-foreign-affairs/> (letzter Zugriff am 20.03.2023).

¹⁶ Welches nur teilweise durch Art. 288 AEUV abgebildet wird, *Haltern*, *Europarecht*, Bd. I, § 4 Rn. 905; vgl. dazu ausf. *EilantoniolKorkea-aholStefan* (Hrsg.), *EU Soft Law in the Member States*, 2021.

¹⁷ *Collier*, *Exodus*, S. 17.

¹⁸ *Wengler*, *Schlagwörter, politische Leitvokabeln und der Streit um Worte*, in: Kersten Sven Roth/ders./Alexander Ziem (Hrsg.), *Handbuch Sprache in Politik und Gesellschaft*, S. 29.

¹⁹ *Ebd.*; *Thym*, *ZAR* 2018, S. 193 (198).

ten Staaten und den mit ihnen assoziierten Staaten sowie der UdSSR konstituierten. Auf die Verwendung des Begriffs Dritte Welt wird in der Arbeit verzichtet. Als vereinfachender Sammelbegriff für von Armut geprägte und wirtschaftlich wenig entwickelte Länder erscheint er angesichts der Komplexität und Vielfältigkeit des bezeichneten Gegenstandes nicht adäquat.²⁰ Bei der Diskussion um eine Neue Weltwirtschaftsordnung wechselt die Bezeichnung der Konfliktparteien auf die Begriffe Entwicklungsländer und Industriestaaten. Die Bezeichnung Entwicklungsland wird durch das aufkommende Entwicklungsvölkerrecht zum privilegierten Rechtsstatus und als solcher in völkerrechtlichen Abkommen verwendet.²¹ In den Abschnitten, die sich thematisch mit dem Migrationsvölkerrecht beschäftigen, wird auf die Begriffspaare Ziel- und Herkunftsländer sowie Entsende-, Transit- und Aufnahmeländer von Migranten zurückgegriffen. Zuletzt wird die Bezeichnung des globalen Südens und Nordens gewählt. Vorteil dieser Bezeichnung ist, dass damit relativ wertungsfrei und hierarchielos zwei geopolitische und geografische Räume beschrieben werden können.

B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil wird Soft Law als Handlungskategorie im Völkerrecht vorgestellt. Dazu werden seine historischen Entstehungsbedingungen näher in den Blick genommen (§ 2 A. Setting the Scene). Es folgt eine Auseinandersetzung mit dem Begriff „Soft Law“, unter Bezugnahme auf dafür gängige Definitionselemente. Bevor der Abschnitt in die Erarbeitung einer eigenständigen Arbeitsdefinition mündet, wird die methodische und theoretische Kritik an Soft Law dargestellt und bewertet (§ 2 B. Elemente des Soft Law-Begriffs). Der Abschnitt schließt mit der Erkenntnis, dass sich Soft Law als Handlungsform zur Kompensation der geänderten Bedingungen für Rechtsetzung im Völkerrecht herausgebildet hat.

An diese allgemeinen Vorarbeiten schließt ein Abschnitt an, der das Soft Law-Instrument einführt, welches als Beispiel der zu entwickelnden Konzeptualisierung dient (§ 3 Der Migrationspakt). Auch hier wird mit einer kurzen zeitlichen Einordnung des Entstehungskontextes begonnen (§ 3 A. Flüchtlingskrise als Katalysator), bevor der Migrationspakt im Hinblick auf den Prozess der Aushandlung und seinen Inhalt beschrieben wird (§ 3 B. Im Einzelnen). Danach wird der

²⁰ Obwohl er selbstbewusst zur Bezeichnung einer kritischen Rechtsströmung von afrikanischen und asiatischen Wissenschaftlern verwendet wird, die die Legitimität westlich geprägten Völkerrechts ganz grundsätzlich infrage stellen, sog. *Third World Approaches to International Law*, siehe dazu *Chimni*, ICLR 2006, S. 3 ff.; *Mutua*, ASIL Proc. 2000, S. 31 ff.; die im Abschnitt zur Entkolonialisierung viel zitierten Autoren *Abi-Saab*, *Ananad*, *Bedjaoui* oder *Elias* lassen sich als erste Generation dieser Denkschule beschreiben, *Chimni*, Int. Law and World Order, S. 15; vgl. auch die Bezeichnung der Zeitschrift *Third World Quarterly*.

²¹ General Agreement on Tariffs and Trade, am 01.01.1948 vorläufig in Kraft getreten, Abschnitt IV trat am 27.06.1966 in Kraft.

Migrationspakt ins internationale Migrationsrecht eingeordnet, wobei ein besonderer Fokus auf das Verhältnis zwischen den Konzepten der nachhaltigen Entwicklung und der Migrationssteuerung gelegt wird (§ 3 B. III. Internationale Migration und Völkerrecht). Zuletzt wird ein Seitenblick auf den zeitgleich ausgehandelten und angenommenen Globalen Flüchtlingspakt geworfen und schließlich beide Instrumente miteinander verglichen (§ 3 C. Der Flüchtlingspakt). Der Abschnitt kommt zu dem Ergebnis, dass der Migrationspakt ein idealtypisches Handlungsinstrument im modernen Migrationsvölkerrecht ist.

Im zweiten Teil der Arbeit wird das für die Arbeit zentrale Konzept normativer Härtung eingeführt sowie weiterentwickelt (§ 4 Formelle und Materielle Härtung) und auf den Migrationspakt angewandt (§ 5 Die Anwendung auf den Migrationspakt). Normative Härtung lässt sich in die Ebenen der formellen (§ 4 A. Formelle Härtung) und materiellen Härtung (§ 4 B. Materielle Härtung) weiter ausdifferenzieren. Erstere umfasst die Interaktion von Soft Law mit den Rechtsquellen des Völkerrechts und deren Rezeption auf verfassungsrechtlicher Ebene durch die Offenheit des Grundgesetzes für überstaatliches Recht (§ 4 A. IV. Einbeziehung der Rechtsquellen ins Grundgesetz). Materielle Härtung beschreibt hingegen den Umstand, dass unverbindliche Instrumente das Potenzial besitzen, Diskurse politisch vorzuprägen und Handlungsoptionen im Völkerrecht und im nationalen Recht vorzubestimmen. Auch hier wird die Untersuchung im Völkerrecht von transnationalen Gemeinwohldiskursen (§ 4 B. I. Politische Prägung in transnationalen Gemeinwohldiskursen) durch einen Blick auf die innerstaatlichen Kommunikationsräume und ihrer Aufnahme solcher Diskurse vervollständigt (§ 4 B. II. Rückwirkung in nationale Kommunikationsräume). Der Abschnitt endet mit dem Zusammentragen einer Reihe von Markern, die für den Prozess normativer Härtung unverbindlicher Instrumente entscheidend sind (§ 4 Marker einer normativen Härtung).

Die Anwendung auf den Migrationspakt folgt dem entwickelten Schema (§ 5 Die Anwendung auf den Migrationspakt); besondere Bedeutung kommt dem Abschnitt über die Integration des Migrationspaktes im Unionsrecht zu, liegt hier doch das größte Potenzial der formellen Härtung seiner einzelnen Verpflichtungen (§ 5 A. II. 2. Der Migrationspakt im Unionsrecht). Im Abschnitt über die materielle Härtung wird die Diskussion um den Migrationspakt zunächst anhand der Unterscheidung verschiedener Diskussionsforen aufgearbeitet (§ 5 B. I. Konfliktlinien und Diskussionsräume), bevor die Debatte im Bundestag näher betrachtet wird (§ 5 B. II. Über Migration reden – Prägung des Diskurses). Zuletzt wird untersucht, welche Gewährleistungsgehalte des Migrationspaktes innerstaatlich Reformen auslösen könnten und in welchem Ausmaß dem politischen Handlungsauftrag bereits nachgekommen wurde (§ 5 B. III. Umsetzungsfortschritt). Der Abschnitt endet mit einer ambivalenten Einschätzung: Mögliche Normativierungspotenziale des Migrationspaktes wurden durch die deutliche Opposition zunächst gehemmt, wobei dies in Zukunft nicht notwendigerweise so bleiben muss (§ 5 C. Trotz Opposition – was bleibt?).

Der vorletzte Teil blickt auf die verfassungsrechtliche Rezeption von Soft Law. Anlässlich der Potenziale normativer Härtung stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber vergleichbar zu anderen Vorschriften des Grundgesetzes beteiligt werden müsste (§ 6 A. Beteiligung des Bundestages bei verbindlichem Völkerrecht). Obwohl eine verfassungsrechtliche Beteiligungspflicht nicht begründet werden kann (§ 6 A. IV. Rückschlüsse), werden mögliche Reformüberlegungen entwickelt und bewertet (§ 6 B. Reformüberlegungen). Es folgt eine kritische Kontrollüberlegung, was eine verfassungsrechtliche Reform für Soft Law als Handlungsform im Völkerrecht und für seine Wirkdimensionen im innerstaatlichen Recht bedeuten würde. Der Abschnitt endet mit der Erkenntnis, dass keine verfassungsrechtliche Reformpflicht besteht und es wegen seiner Eigenschaften auch nicht sinnvollerweise im Sinne der klassischen Beteiligungsrechte des Grundgesetzes eingeordnet werden kann (§ 6 C. Ergebnis).

Die Arbeit schließt in ihrem vierten Teil mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung der wichtigsten Erkenntnisse in Form von Thesen (§ 7 Zusammenfassende Schlussbetrachtung in Thesen).

§ 2 Warum gibt es Soft Law?

Durch zwischenstaatliche Interaktionen hat sich eine Vielzahl völkerrechtlicher Handlungsformen herausgebildet. Einige der gängigsten Handlungsformen – die völkerrechtlichen Verträge, das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze – wurden zunächst durch das Statut des im Jahr 1920 gegründeten Ständigen Internationalen Gerichtshofes und später durch dessen Nachfolger, den Internationalen Gerichtshof, als Entscheidungsgrundlage aufgegriffen (Art. 38 IGH-Statut). Sie gelten als Rechtsquellen des Völkerrechts und beanspruchen Rechtsverbindlichkeit.

Sie decken jedoch nur einen Teil völkerrechtlicher Interaktionen ab. Staaten nehmen zur Gestaltung ihrer zwischenstaatlichen Beziehungen seit jeher Rückgriff auf informelle und unverbindliche Instrumente, wie persönliche Absprachen und Zusicherungen. Ein Teil dieser politisch bindenden, aber rechtlich unverbindlichen Handlungsformen haben sich in der Folge unter dem Begriff Soft Law²² zu einer eigenen Kategorie verfestigt. Dieser Sammelbegriff hat sich trotz oder gerade wegen seiner Ambivalenz zwischen Unverbindlichkeit und Rechtsbindung durchgesetzt und beschreibt Normen, deren Inhalt und Reichweite unklar sind.²³ Soft Law bewegt sich im Graubereich zwischen Recht und Nichtrecht, wobei durch die Verwendung des Wortes „Law“ der Begriff eine Stoßrichtung erhält, die Verbindlichkeit nahelegt. Seine hybride Gestalt fordert die traditio-

²² Der Begriff soll auf *McNair* zurückgehen, vgl. *Dupuy*, Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to „Soft Law“, in: FS Rölöng, 1977, S. 252.

²³ Ebd.

nelle Rechtsquellenlehre heraus, die trotz der vehementen Kritik das Verständnis von Völkerrecht als binäre Ordnung aufrechterhalten konnte. Um die Frage zu beantworten, warum sich eine solche Sammelkategorie verfestigt hat, soll, beginnend mit der Nachkriegszeit, der historische Kontext, in dem sich Soft Law entwickelte, dargestellt werden. Im Folgenden wird der in der Arbeit verwendete Soft Law-Begriff herausgearbeitet und hinsichtlich seiner materiellen Dimensionen dargestellt. Das Kapitel schließt mit der Feststellung, dass der Rückgriff auf Soft Law als neuen globalen Regulierungsmechanismus durch die geänderten Rechtsetzungsbedingungen in einer heterogenen Staatengemeinschaft und durch die Ausdifferenzierung des Völkerrechts bedingt wurde.

A. *Setting the Scene*

Die Gründung der Vereinten Nationen (UN) als dem Frieden verpflichtete internationale Organisation im Jahr 1945 bedeutete die Geburtsstunde der Völkerrechtsordnung, wie sie noch heute besteht. Die Friedensphase im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg dauerte nicht lange an; bereits vorher bestehende unterschwellige Konflikte, strukturelle Herausforderungen und geopolitische Veränderungen beschäftigten die neu geordnete Staatengemeinschaft. Das Völkerrecht wurde in dieser Zeit entscheidend durch den Kalten Krieg geprägt. Der ideologische Kampf zwischen dem kapitalistischen und dem kommunistischen System und die damit verbundene Aufrüstung beider Seiten wurden auch im Völkerrecht ausgetragen. So stellte die sowjetische Völkerrechtswissenschaft Teile des klassischen Völkerrechts grundsätzlich infrage; mehrere Jahrzehnte war der UN-Sicherheitsrat durch die Vetomöglichkeit beider Großmächte blockiert. Als weitere wichtige Entwicklung ist die Entkolonialisierung zu nennen,²⁴ welche zur Bildung einer Vielzahl junger, wirtschaftlich schwacher Staaten führte. Die entkolonialisierten Staaten erhoben ebenfalls den Anspruch, das vormals europäisch geprägte Völkerrecht in ihrem Interesse mitzugestalten.

Ab den 1970er Jahren machten kommunikationstechnische Fortschritte eine immer weiter steigende wirtschaftliche Interaktion der Staaten möglich. Dies führte zu dichteren politischen und rechtlichen Verflechtungen der Staatengemeinschaft insgesamt.²⁵ Zugleich brachten technische Innovationen wie die Entwicklung der Raumfahrt oder des Meeresbodenbergbaus neue Politik- und Rechtsfelder im Völkerrecht hervor. Beides bedingte die materielle Ausdehnung des materiellen Völkerrechts und eine Zunahme an internationalen Organisationen.

²⁴ Als Entkolonialisierung, oder gleichbedeutend als Dekolonisation, bezeichnet man den Zeitraum nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges, in welchem Kolonien, Treuhandgebiete und Hoheitsgebiete ohne Selbstregierung ihre staatliche Selbstständigkeit erlangten. Siehe dazu *Khan*, *Decolonization*, in: Wolfrum, *MPEPIL*, online-Ausgabe (Mai 2011).

²⁵ *Friedmann*, *Va.L. Rev.* 1964, S. 1333 (1339).

I. Die Heterogenisierung der internationalen Staatengemeinschaft

Die Heterogenisierung der internationalen Staatengemeinschaft nahm ihren Anfang im Prozess der Entkolonialisierung, der Ende der 1960er Jahre politisch weitestgehend abgeschlossen war. Auf die politische Befreiung folgten Forderungen der jungen Staaten nach einer wirtschafts- und marktpolitischen Neuausrichtung, die sie mithilfe von UN-Resolutionen durchzusetzen versuchten. In der Völkerrechtswissenschaft wurden diese Vorstöße aufgegriffen und zum Anlass genommen, das Verhältnis alternativer Handlungsinstrumente zu den traditionellen Rechtsquellen aufzuarbeiten.

1. Entkolonialisierung

Den ehemaligen Kolonien stand unter der Bedingung der Friedliebigkeit (Art. 4 Abs. 2 UN-Charta) die Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen offen. Unter den 51 Gründungsmitgliedern der UN waren zunächst nur dreizehn asiatische oder afrikanische Staaten. Ein Teil der später entstehenden Staaten stand zu jenem Zeitpunkt noch unter dem Treuhandsystem der UN. Dieses folgte der Mandatsverwaltung des Völkerbunds und fand darüber hinaus Anwendung auf Territorien, die durch den Zweiten Weltkrieg von den sogenannten Feindstaaten, also den Verlierern des Zweiten Weltkrieges, abgetrennt worden waren.²⁶ Es umfasste elf Gebiete, die jeweils von einer als „Verwaltungsmacht“ bezeichneten Obrigkeit beaufsichtigt wurden. In der Regel war dies die ehemalige Kolonialmacht oder der ehemalige Besatzer.²⁷ Im Unterschied zum Völkerbund, der dies nur für einen Teil der Mandate vorsah (A-Mandat),²⁸ war das formelle Ziel des Treuhandsystems, die fortschreitende Entwicklung zur Selbstregulierung oder Unabhängigkeit der Treuhandgebiete zu fördern. Überwacht wurde das System durch den Treuhandrat. Kontinuierlich erlangten die in diesem System verwalteten Gebiete und Kolonien ihre Unabhängigkeit, sodass im Jahr 1965 die afrikanischen und asiatischen Staaten bereits die Mehrheit in der UN ausmachten.²⁹

²⁶ Art. 77 Abs. 1 UN-Charta.

²⁷ Diese Funktion konnte auch von einem Staat, einer Staatengruppe oder von der UN selbst übernommen werden, Art. 81 UN-Charta; *Südwesafrika* (später Namibia) wurde 1966 formell der UN unterstellt, nachdem sich Südafrika weigerte das Gebiet ins Treuhandsystem zu überführen, zur Völkerrechtsmäßigkeit des Vorgehens der UN siehe IGH, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, Adv. Op. v. 21.06.1971, I.C.J. Rep. 1971, S. 16; *Wilde*, in: Weiss/Daws (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the UN*, S. 182.

²⁸ Art. 22 Satzung des Völkerbundes.

²⁹ Ab den 1950er Jahren traten ehemalige Kolonien bei, einzeln wie etwa Indonesien 1950 oder in größeren Beitrittsrunden wie im Jahr 1955 mit dem Beitritt von bspw. Jordanien, Kambodscha, Laos, Nepal, Sri Lanka. Im Jahr 1960 folgte eine weitere große Beitrittsrunde mit vornehmlich afrikanischen Staaten wie Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Dem. Republik Kongo, Gabun, Kamerun, Kongo, Madagaskar, Mali, Niger, Nigeria u.w. Die Mitgliederzahl erweitert sich seitdem kontinuierlich. Der letzte Beitritt erfolgte im Jahr 2011 durch den neu gegründeten Staat Südsudan, das 193. Mitglied.

Die neue Mehrheit unterschied sich hinsichtlich ihrer Bevölkerungsgröße sowie ihrer wirtschaftlichen und politischen Kraft deutlich von den Gründungsmitgliedern und stellte den bis dahin vorherrschenden amerikanischen Einfluss infrage.³⁰ Die Vorherrschaft in der Organisation, auch im Verhältnis zu der Sowjetunion, gründete sich darauf, dass die Vereinigten Staaten im Sicherheitsrat (9 zu 1 Stimme) und in der Generalversammlung eine deutliche Mehrheit besaßen.³¹ Von den Gründungsmitgliedern waren nur fünf Staaten politisch und wirtschaftlich kommunistisch ausgerichtet.³² Neben diesen strukturellen Vorteilen genossen die Vereinigten Staaten eine wirtschaftliche und politische Vormachtstellung gegenüber der Sowjetunion, die es ihnen ermöglichte, sich in den Vereinten Nationen mit ihren Positionen durchzusetzen.³³ Die Sowjetunion nutzte zwar gerade in den Anfangsjahren ihre Vetomacht, um die Aufnahme neuer nicht kommunistischer Staaten zu verhindern,³⁴ jedoch war sie dann mit dem Dilemma konfrontiert, dass die Aufnahme kommunistischer Staaten, die die Machtposition der Sowjetunion im Organisationsgefüge der UN hätte verbessern können, durch die Vetomacht der Gegenseite blockiert wurde. Zeitweilig zog sich die Sowjetunion deswegen von der Organisation vollständig zurück.³⁵ Die gegenseitige Blockadehaltung konnte erst durch eine sogenannte Paketlösung im Jahr 1955 aufgelöst werden, die zeitgleich die Aufnahme von zwölf nicht kommunistischen und vier kommunistischen Staaten vorsah. Dass die Sowjetunion in den Anfangsjahren der UN so häufig auf ihr Vetorecht zurückgriff, zeigt, wie schwach ihre Verhandlungsposition in der Organisation war, da sie zu Beginn für ihre Positionen keine konstruktiven Mehrheiten mobilisieren konnte.³⁶

Die neuen Mitgliedstaaten organisierten sich trotz ihrer Heterogenität bereits 1955 bei einer Konferenz in Bandung, Indonesien.³⁷ Über ein weiteres Treffen in Belgrad im Jahr 1961, bei dem sich die Bewegung blockfreier Staaten (*Non-Aligned Movement*) konstituierte, sowie über die Organisation eines losen Zusammenschlusses, der sogenannten Gruppe der 77,³⁸ welche sich im Jahr 1964 bei der

³⁰ *Anand*, New States and Int. Law, in: Wolfrum, MPEPIL, online-Ausgabe (Januar 2007), Rn. 21; *Brinkmann*, Majoritätsprinzip und Einstimmigkeit, S. 141; *Müller*, A Good Example of Peaceful Coexistence?, S. 216; *Tomuschat*, UN, General Assembly, in: Wolfrum, MPEPIL, online Ausgabe (April 2019), Rn. 31.

³¹ China wurde als Gründungsmitglied der UN bis 1971 durch die Republik China (Taiwan) repräsentiert. Erst im Jahr 1971 verlor Taiwan mit der Resolution Nr. 2758 der Generalversammlung diesen Status gegenüber der Volksrepublik China, die seitdem als alleiniger Repräsentant Chinas (Ein-China-Politik) in der UN vertreten ist.

³² *Luard*, A History of the UN, Vol. 1, S. 94; *O'Brien*, ZVN 1963, S. 17 (19).

³³ *Luard*, A History of the UN, Vol. 1, S. 93; *O'Brien*, in: Rabel (Hrsg.), *The American Century?*, S. 123.

³⁴ Übersicht der Vetos im Sicherheitsrat bei *Skupnik*, ZVN 1970, S. 13 ff.; ebd., S. 55 ff. mit pro-sowjetischer Einschätzung.

³⁵ *Luard*, A History of the UN, Vol. 1, S. 95.

³⁶ *O'Brien*, ZVN 1963, S. 17 (19).

³⁷ Ausf. *Kahin*, *The Asian-African Conference*, S. 1 ff.

³⁸ Zur Gruppe 77 *Anand*, *Development of Modern Int. Law*, S. 118 ff.

Register

- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 142 ff.
- Allgemeine Rechtsgrundsätze 129 f.
- Ansatz, moderner 126, 134, 147 f., 151 ff.
- Ansatz, traditioneller 135
- Bewegung blockfreier Staaten 10 f., 96, 103
- Deutscher Corporate Governance Kodex 34 f.
- EMRK *siehe* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
- Entwicklungsvölkerrecht 21 ff., 92
- Erklärung über die Rechte indigener Völker 144 ff.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 137 ff., 157 ff., 181 ff., 202 ff.
- Festlandsockelentscheidung 120 f., 132 f.
- Flüchtlingskrise 58 ff., 77, 207, 216 f., 218 ff.
- Forum Shopping 54, 57
- Frauenrechtskonvention 165 ff.
- Gemeinsames Europäisches Asylsystem 207 ff., 216
- Genfer Flüchtlingskonvention 65 f., 88, 109
- Gentlemen's Agreement 39, 45 f.
- Gerichtshof der Europäischen Union 138 ff., 204 f.
- Gesamtregierungsansatz 60 f., 71, 74, 97, 100, 189, 210, 212
- Gruppe 77 *siehe* Bewegung blockfreier Staaten
- Gutachten zum Verbot nuklearer Waffen 133 ff., 150
- Inklusion 76, 211 ff., 221, *siehe auch* Integration
- Integration 76, 211 ff., 221, *siehe auch* Inklusion
- Integrationsverantwortung 236 f., 240 ff., 248 ff.
- International Organization for Migration 79 ff., 98
- International Migration Review Forum 81 f.
- Internationale Zivilgesellschaft 33, 187 f.
- Internationaler Gerichtshof 131 ff., 136 f., 156
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 18 f.
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 18 f.
- Kodifizierung 49 f. 148 ff.
- Leitbild offener Staatlichkeit 172 f.
- Lieferkettengesetz 36 f., 194
- Migration (Begriff) 85 ff.
- Migration, legal/illegal *siehe* Migration, regulär/irregulär
- Migration, regulär/irregulär 100 ff., 221
- Nachhaltige Entwicklung 94, 95 f., 213 ff., 225
- New International Economic Order 12, 14, 19, 74
- New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten 60, 81, 92

- Nicaragua-Entscheidung 124, 131 ff., 134
- Nichtregierungsorganisationen 31 ff., 53, 152, 163, 187, 191
- Non-Refoulement-Prinzip 65 f., 88, 205
- Normenverifikationsverfahren 175 ff., 231 f., 253
- Persistent Objector 13, 132, 146
- Politische Verträge (Art. 59 Abs. 2 GG) 179, 232 f., 247
- Prinzip der geteilten Verantwortung 105 f., 107, 200
- Rechtsquellenarchitektur 23 ff.
- Seerechtsübereinkommen 122, 168 f.
- Sliding Scale 124, 126 f.
- Soft Instrumentum 24 f., 41 ff.
- Soft Law
- Soft Instrumentum 24 f., 41 ff.
 - Soft Negotium 24 f., 41 f.
- Soft Negotium 24 f., 41 ff.
- UN-Deklarationen *siehe* Vereinte Nationen, Resolutionen
- UN-Generalversammlung 11 ff., 116, 131
- UN-Resolutionen 15 f., 131, 134, 141 ff.
- UN-Sicherheitsrat 8 ff., 190 f.
- UN-Treuhandsystem 9
- UN-Wanderarbeiterkonvention 51, 88 f.
- Vereinte Nationen
- Generalversammlung 11 ff., 116, 131
 - Resolutionen 15 f., 131, 134, 141 ff.
 - Sicherheitsrat 8 ff., 190 f.
 - Treuhandsystem 9
- Völkercourtoisie 46 f.
- Völkergewohnheitsrecht
- Ansatz, moderner 126, 134, 147 f., 151 ff.
 - Ansatz, traditioneller 135
 - Festlandsockelentscheidung 120 f., 132 f.
 - Gutachten zum Verbot nuklearer Waffen 133 ff., 150
 - Nicaragua-Entscheidung 124, 131 ff., 134
 - Persistent Objector 13, 132, 146
 - Sliding Scale 124, 126 f.
 - Zwei-Elemente-Lehre 114 ff., 121 f., 147
- Völkerrechtsfreundlichkeit 173, 180, 231
- Völkerrechtskommission 148 ff.
- Völkerrechtssubjektivität 29 ff., 35 f., 38 f.
- Voluntarismus 40 f., 124 f.,
- Wanderungsbewegung, gemischte 61, 102, 109 f.
- Zwei-Elemente-Lehre 114 ff., 121 f., 147