

Die menschliche Dimension der OSZE und die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht¹

Einführung

Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)² ist, was die Weiterentwicklung der Menschenrechte in der jüngsten Vergangenheit anbelangt, eine der fortschrittlichsten und erfolgreichsten Organisationen überhaupt. Indem sie die Achtung der Menschenrechte in den Teilnehmerstaaten fördert, Menschenrechtsverletzungen verhütet, hohe und detaillierte Menschenrechtsstandards festgesetzt, über diese einen breiten Konsens herbeigeführt und die Teilnehmerstaaten zu ihrer Einhaltung verpflichtet hat, indem sie die Staaten bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen unterstützt, deren Einhaltung überwacht und diese mittels verschiedener Instrumente und Mechanismen auch fördert und durchsetzt, hat die OSZE sich nach dem Ende des Ost-West-Konflikts zum führenden Akteur im Bereich der Menschenrechte im erweiterten Europa entwickelt. Dank der menschlichen Dimension der OSZE³ gehen ihre Möglichkeiten, auf die inneren Angelegenheiten ihrer Mitgliedstaaten einzuwirken, sowohl hinsichtlich der Reichweite⁴ als auch inhaltlich⁵ weit über diejenigen jeder anderen internationalen Organisation hin-

-
- 1 Der Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Ansichten des Autors und nicht diejenigen der OSZE, der Regierung irgendeines ihrer Teilnehmerstaaten oder der PAE Government Services Inc. wieder. Ebenso wenig spiegelt er die Ansichten des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien oder generell der Vereinten Nationen wider.
 - 2 Die Abkürzung OSZE wird im vorliegenden Beitrag sowohl für die OSZE als auch für die KSZE benutzt.
 - 3 Ursprünglich als „dritter Korb“ der Helsinki-Schlussakte bezeichnet, verknüpft die menschliche Dimension der OSZE Menschenrechte mit Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Die Anerkennung der Menschenrechtsstandards bedeutet gleichzeitig die Anerkennung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Grundlage für Frieden und kooperative Sicherheit.
 - 4 Die OSZE-Teilnehmerstaaten haben sich im Moskauer Dokument nachdrücklich dazu bekannt, dass die im Bereich der menschlichen Dimension eingegangenen Verpflichtungen „ein unmittelbares und berechtigtes Anliegen aller Teilnehmerstaaten und eine nicht ausschließlich innere Angelegenheit des betroffenen Staates darstellen“. Konferenz über die Menschliche Dimension der KSZE, Dokument des Moskauer Treffens, Moskau, 3. Oktober 1991, in: Ulrich Fastenrath (Hrsg.), KSZE/OSZE. Dokumente der Konferenz und der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Neuwied/Berlin, Loseb.-Ausg., Kap. H.4, S. 3.
 - 5 So Thomas M. Franck: „Nach Ansicht von Professor Theodor Meron [...] geht ‚der Wortlaut von Kopenhagen weit über den aller anderen Menschenrechtsdokumente hinaus‘. Das Dokument ist in seiner Detailliertheit beispiellos und setzt Maßstäbe, die einer Resolution der VN-Generalversammlung gut zu Gesicht stünden.“ Thomas M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in: *American Journal of International Law* 1/1992, S. 46-91, hier: S. 67 (dieses und alle weiteren Zitate aus fremdsprachigen Quellen sind eigene Übersetzungen). Gemeint ist das Dokument des Kopenhagener Treffens der Konfe-

aus.⁶ Das Rezept, nach dem die OSZE zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der menschlichen Dimension vorgeht, ist sicher nicht perfekt; es ist aber dennoch geeigneter und dementsprechend wirksamer als das anderer europäischer und globaler Organisationen, wenn es darum geht, die Menschenrechte in denjenigen Regionen, in denen sie am häufigsten und am schwersten verletzt werden, zu schützen.

Trotz dieser weitgehend positiven Bilanz nehmen viele Völkerrechtler (darunter auch diejenigen, die sich mit Menschenrechten befassen) die Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE nicht ernst, da sie rechtlich nicht bindend sind. Im vorliegenden Beitrag soll gezeigt werden, dass diese Einstellung ungerechtfertigt ist und man so die Chance verpasst, die Arbeit und den Einsatz internationaler Menschenrechtsanwälte (vorwiegend Lobby- und Advocacy-Arbeit) zu unterstützen. Den Völkerrechtlern werden dabei zwei Möglichkeiten des Zugangs zur OSZE angeboten: *Erstens* wird aufgezeigt, auf welche Weise die im Bereich der menschlichen Dimension eingegangenen und in den einschlägigen OSZE-Dokumenten festgehaltenen Verpflichtungen am Entstehungsprozess eines regionalen Völkergewohnheitsrechts beteiligt sind;⁷ *zweitens* wird gezeigt, dass diese Verpflichtungen, auch wenn einige Staaten ihre Rechtsverbindlichkeit bestreiten, Merkmale und Elemente von Recht aufweisen und somit ihre Bindungswirkung als solche anerkannt werden sollte.

Im ersten Teil des Beitrags werden zunächst der Status und der Charakter der OSZE und ihrer im Rahmen der menschlichen Dimension eingegangenen Verpflichtungen diskutiert,⁸ bevor daran anschließend überprüft wird, ob und inwieweit die Art und Weise, wie OSZE-Verpflichtungen zustande kommen, sowie deren Wirkung mit dem Entstehungsprozess von Völkergewohnheitsrecht übereinstimmen. Der zweite Abschnitt untersucht, wie Völkergewohnheitsrecht entsteht, und weist das Vorhandensein von Staatenpraxis („allgemeine Übung“) und *opinio iuris* (Rechtsüberzeugung, Anerkennung der Übung als Recht) im Kontext der OSZE nach. Nach einer Erörterung der Frage, ob die Absicht der OSZE-Teilnehmerstaaten, sich mit der OSZE eine politische Organisation zu geben, eine Qualifizierung ihrer Dokumente als Ausdruck einer *opinio iuris* ausschließt, und der Frage, ob der Unterschied zwischen politischen und rechtlichen Verpflichtungen wirklich entscheidend

renz über die Menschliche Dimension der KSZE, Kopenhagen, 29. Juni 1990, in: Fastenrath (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), Kap. H.1.

6 Mit Ausnahme der Europäischen Union, die wohl mehr als eine „internationale Organisation“ ist.

7 Zum Völkergewohnheitsrecht als Prozess siehe Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford 1994.

8 Auf eine vollständige Darstellung der OSZE-Dokumente der menschlichen Dimension und einen Vergleich mit anderen Menschenrechtsdokumenten wird hier verzichtet, da dies nicht der eigentliche Schwerpunkt des Beitrags ist. Ebenso ist es nicht Zweck des Beitrags, erschöpfend herauszuarbeiten, welche Einzelbestimmungen aus OSZE-Dokumenten gewohnheitsrechtlicher Natur sind. Es soll vielmehr untersucht werden, ob und wie der *Modus Operandi* der OSZE zur Herausbildung eines regionalen Gewohnheitsrechts beiträgt.

ist, folgt im dritten Abschnitt ein kurzer Exkurs, in dem geklärt werden soll, worin – bezogen auf das Völkerrecht – eigentlich der Unterschied zwischen den Begriffen „politisch“ und „rechtlich“ besteht. Nach einem erfolgversprechenderen Weg der Auseinandersetzung mit dieser Problematik wird schließlich im vierten Abschnitt gesucht, der sich mit der Debatte über „*soft law*“ und „*hard law*“ befasst. Zunächst soll dabei herausgearbeitet werden, woran man eigentlich die „Härte“ von Recht misst; anschließend wird untersucht, ob man OSZE-Verpflichtungen als „hart“ bezeichnen bzw. ob ihnen eine „harte“ Bindungswirkung attestiert werden kann, so dass sie möglicherweise die Kriterien erfüllen, die sie zu dem für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht erforderlichen subjektiven Element der *opinio iuris* machen. Nachdem der Frage nachgegangen wurde, ob es sich bei den OSZE-Verpflichtungen um Völkergewohnheitsrecht *in statu nascendi* handelt, wendet sich der fünfte Abschnitt erneut der anhaltenden Debatte über die Rechtsstellung der OSZE zu. Da der Status der OSZE, ihre Dokumente und die darin enthaltenen Verpflichtungen die traditionellen Verfahren zur Bestimmung der Völkerrechtsquellen und des Charakters von Völkerrecht in Frage stellen, soll abschließend erörtert werden, ob Definition und Funktionsweise des heutigen Völkergewohnheitsrechts für internationale Menschenrechtsnormen geeignet sind oder ob wir uns auf die eine oder andere Art darum bemühen müssen, der Falle des „positivistischen binären Paradigmas“⁹ zu entkommen und neue Instrumente für internationale Menschenrechtsanwälte zu finden, mit denen sie für die Bewältigung der Probleme bei der weltweiten Förderung der Menschenrechte besser gerüstet sind.

Der Status der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa

Die OSZE¹⁰ war in ihren Anfängen in den frühen 1970er Jahren eine Serie von Konferenzen, an denen hohe Regierungsbeamte aus den Ländern beider politischer Blöcke des Kalten Krieges sowie aus neutralen Staaten teilnah-

9 Steven R. Ratner, Does International Law Matter In Preventing Ethnic Conflict?, in: International Law and Politics 3/2000, S. 591-698, hier: S. 612.

10 Zur Geschichte der OSZE, zu ihren Institutionen und Mechanismen siehe Organization for Security and Co-operation in Europe, The OSCE Handbook, Wien 2000; Arie Bloed, Two Decades of the CSCE Process: From Confrontation to Co-operation. An Introduction, in: Arie Bloed (Hrsg.), The Conference on Security and Co-operation in Europe. Analysis and Basic Documents, 1972-1993, Dordrecht/Boston/London 1993, S. 1-118; Marcus Wenig, Der völkerrechtliche Status der OSZE – Gegenwärtiger Stand und Perspektiven, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg/IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 1997, Baden-Baden 1997, S. 393-411; Stuart Ford, OSCE National Minority Rights in the United States: The Limits of Conflict Prevention, in: Suffolk Transnational Law Review 1/1999, S. 1-55; Rachel Brett, Human Rights and the OSCE, in: Human Rights Quarterly 3/1996, S. 668-693; Ulrich Fastenrath, Rechtliche Bedeutung der OSZE/OSZE-Dokumente, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg/IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 1996, Baden-Baden 1996, S. 447-464. Siehe auch Abschnitt 5 des vorliegenden Beitrags zu den Implementierungs- und Durchsetzungsmechanismen der OSZE.

men. Der Zweck der Konferenzen bestand im Wesentlichen darin, den Dialog aufrechtzuerhalten und die Zusammenarbeit mit Hilfe eines „unauffälligen diplomatischen Prozesses“¹¹ zu fördern. Der *Modus Operandi* der OSZE war von Beginn an auf die politische Ebene der internationalen Beziehungen ausgerichtet. Auch wenn sich Struktur und Aufgaben der ehemaligen Konferenz und heutigen Organisation seit dem Ende des Kalten Krieges grundlegend verändert haben, hat sie dennoch den Charakter eines Forums für Dialog und Zusammenarbeit „hinter den Kulissen“ bewahrt. Die heutige OSZE besitzt viele Merkmale, die man von einer internationalen Organisation erwarten würde, so z.B. auch die Anerkennung als „regionale Abmachung“ im Sinne von Kapitel VIII der Charta der Vereinten Nationen und einen Beobachterstatus bei der VN-Generalversammlung,¹² obwohl sie noch immer keinen Gründungsvertrag hat und somit wohl auch kein Völkerrechtssubjekt ist.¹³ Wie die VN-Generalversammlung sind auch die Gremien der OSZE derzeit nicht befugt, Beschlüsse zu fassen, die für ihre Teilnehmerstaaten explizit rechtsverbindlich sind. Zwar hat es immer wieder Versuche gegeben, die OSZE zu „verrechtlichen“¹⁴ (innerhalb der OSZE selbst befasst sich nach wie vor eine Arbeitsgruppe mit dieser Frage, worauf in den „Schlussfolgerungen“ noch eingegangen wird); die vorherrschende – und vor allem von den Vereinigten Staaten verfochtene – Meinung läuft jedoch darauf hinaus, ihren Charakter als informelle, wenn auch mit Exekutivbefugnissen ausgestattete, diplomatische Diskussionsrunde beizubehalten. Damit wird offenbar bewusst versucht, die Vorteile einer etablierten Organisationsstruktur zu maximieren und die üblicherweise damit einhergehenden Nachteile auf ein Mindestmaß zu begrenzen. Die OSZE will als eine normale internationale Organisation gesehen werden, die jedoch in ihren Handlungsoptionen ihre „Flexibilität“ bewahrt. Der Wunsch, als *De-facto*-Rechtssubjekt wahrgenommen zu werden, spricht aus folgender Selbstbeschreibung:

„Die OSZE ist ein Sonderfall. Einerseits besitzt sie keine Völkerrechtssubjektivität und ihre Beschlüsse sind lediglich politisch, nicht aber rechtlich bindend. Dennoch weist sie die meisten der üblichen Attribute einer internationalen Organisation auf: ständige Beschlussgremien, einen festen Hauptsitz und ständige Einrichtungen, einen festen Mitarbeiterstab, reguläre Finanzmittel und Büros vor Ort. Die meisten ihrer Dokumente, Beschlüsse und Verpflichtungen sind in juristischer Spra-

11 OSCE Handbook, a.a.O. (Anm. 10), S. VIII.

12 Vgl. Wenig, a.a.O. (Anm. 10), S. 395. Wenig kommt zu dem Schluss, dass „hinsichtlich des Begriffs der ‚regionalen Abmachung‘ eine Vertragsinterpretation durch die politisch relevanten VN-Gremien dahingehend stattgefunden hat, dass im Falle der KSZE/OSZE vom bisherigen Erfordernis eines völkerrechtlichen Gründungsvertrages abgesehen wurde“. Ebenda, S. 405.

13 Vgl. ebenda, S. 398. Siehe hierzu auch Arie Bloed (Hrsg.), *The Conference on Security and Co-operation in Europe: Analysis and Basic Documents, 1993-1995*, Den Haag/London/Boston 1997, S. xix, sowie die Schlussfolgerungen des vorliegenden Beitrags.

14 Vgl. Bloed, a.a.O. (Anm. 10), S. 24, sowie ders., a.a.O. (Anm. 13), S. xix.

che abgefasst, ihre Interpretation erfordert Kenntnisse der Prinzipien des Völkerrechts und der Standardverfahren des Vertragsrechts. Darüber hinaus schmälert die fehlende Rechtsverbindlichkeit der OSZE-Verpflichtungen nicht ihre Wirksamkeit. Jeweils auf höchster politischer Ebene vereinbart, sind sie wohl ebenso zwingend wie völkerrechtliche Vorschriften.¹⁵

Der unklare rechtliche Status hat die OSZE jedoch nicht daran gehindert, rechtsverbindliche Verträge auszuarbeiten, wie z.B. das Übereinkommen über Vergleichs- und Schiedsverfahren innerhalb der OSZE, den Vertrag über Konventionelle Streitkräfte in Europa (KSE-Vertrag) und den Vertrag über den Offenen Himmel.¹⁶

Typisch für ihre streng politisch-diplomatischen Anfänge und entsprechend ihren grundlegenden Konzepten der „kooperativen Sicherheit“, der „Wertegemeinschaft“ und der „Verantwortungsgemeinschaft“ werden Beschlüsse innerhalb der OSZE im Konsens gefasst.¹⁷ Beschlussfassung im Konsens bedeutet, dass die Beschlüsse unverzüglich in Kraft treten und somit auch sofort bindend sind („Universalitätsprinzip“). Das Konsenserfordernis verleiht den Beschlüssen und Dokumenten der OSZE zusätzliches Gewicht mit Blick auf Staatenpraxis und *opinio iuris*, worauf später noch eingegangen wird.

Die OSZE selbst erklärt ihre Dokumente und die darin enthaltenen Verpflichtungen für politisch bindend, was auch allgemein anerkannt ist.¹⁸ Darauf folgt für gewöhnlich der Hinweis, dass die damit geschaffenen Normen und Prinzipien rechtlich nicht bindend sind. Gerade das Fehlen eines Rechtscharakters bzw. des „Recht-Seins“ der Verpflichtungen wird jedoch in Frage gestellt. Viele der Verpflichtungen der menschlichen Dimension ähneln denjenigen, die in eindeutig rechtlich bindenden Dokumenten aufgeführt sind,¹⁹ in normativer Hinsicht wird ihnen sogar bescheinigt, über diese hinauszugehen.²⁰ Während einige Kommentatoren feststellen, dass die OSZE-Verpflichtungen absichtlich nicht rechtsverbindlich gestaltet wurden,²¹ behaupten an-

15 OSCE Handbook, a.a.O. (Anm. 10), S. 3.

16 Anders als OSZE-Dokumente gelten diese Verträge nur für diejenigen Teilnehmerstaaten, die sie ratifiziert haben. Vgl. ebenda, S. 37, 90 und 127-131.

17 Vgl. ODIHR, OSCE Human Dimension Commitments: A Reference Guide, Warschau 2001, S. xv-xvi.

18 Vgl. ebenda, S. xv; vgl. ebenso Arie Bloed/Pieter van Dijk (Hrsg.), Protection of Minority Rights Through Bilateral Treaties, Den Haag 1999, S. 5.

19 Wie z.B. im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und im Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten.

20 „OSZE-Verpflichtungen der menschlichen Dimension gehen in etlichen Fällen weit über das hinaus, was in ‚traditionellen‘, rechtlich bindenden Menschenrechtsdokumenten enthalten ist.“ ODIHR, a.a.O. (Anm. 17), S. xv.

21 So z.B. Ulrich Fastenrath: „Zudem ist den Teilnehmerstaaten von vornherein nicht zu unterstellen, dass sie ihren Registrierungspflichten aus der UN-Charta und der Wiener Vertragsrechtskonvention nicht nachkommen wollten. Eher schon scheuten sie das innerstaatliche Gesetzgebungsverfahren, das zumindest zu beträchtlichen Verzögerungen beim

dere wiederum, dass die Verpflichtungen gar nicht rechtsverbindlich sein können.²² Steven R. Ratner macht es noch komplizierter: „Dass OSZE-Dokumente keinen Vertragscharakter haben, sagt uns nur, was sie nicht sind, nicht aber, was sie sind.“²³ Etwas überraschend verwies schließlich der Internationale Gerichtshof (IGH) im Nicaragua-Fall²⁴ auf die Helsinki-Schlussakte²⁵ als Ausdruck einer *opinio iuris* und eröffnete damit die Möglichkeit, die Schlussakte und vielleicht auch noch andere OSZE-Dokumente als Völkergewohnheitsrecht zu bezeichnen – eine Möglichkeit, die ein Großteil der Literatur über die OSZE noch kaum zu erwähnen gewagt hat. Und auch wenn der eine oder andere Autor sich diese Frage gestellt hat, dann doch nur *en passant* und ohne detailliert auf sie einzugehen.²⁶

Am häufigsten wird zum Status der OSZE-Verpflichtungen die Position vertreten, dass der Unterschied zwischen politischer und rechtlicher Bindung in der Realität nur von geringer Bedeutung ist, da die Verpflichtungen von den Teilnehmerstaaten als bindend empfunden werden, d.h. sie erfüllen die Kriterien der Normativität und der Verbindlichkeit. In der folgenden vielzitierten Passage unterstreichen van Dijk und Bloed die geringe Bedeutung dieser Unterscheidung:

„Die Bindungswirkung der Dokumente wird nicht ernsthaft in Frage gestellt. Van Dijk hält mit Recht fest: ‚Eine Verpflichtung muss nicht rechtlich bindend sein, um Bindungswirkung zu haben; der Unterschied zwischen rechtlicher und außerrechtlicher Bindungswirkung manifestiert sich in den rechtlichen Konsequenzen einer Bindungswirkung‘, nicht aber in der Bindungswirkung an sich. Der Verstoß gegen politisch, nicht aber rechtlich bindende Übereinkünfte ist genauso unzulässig wie der Verstoß gegen Völkerrechtsnormen. In dieser Hinsicht gibt es zwischen politisch und rechtlich bindenden Regeln keinen Unterschied.“²⁷

Inkrafttreten, wenn nicht zum Scheitern der Schlussakte von Helsinki geführt hätte.“ Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 451.

22 Vgl. Brett, a.a.O. (Anm. 10), S. 676.

23 Ratner, a.a.O. (Anm. 9), S. 609; vgl. auch Wenig, a.a.O. (Anm. 10), S. 395.

24 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Urteil des IGH vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986; vgl. auch Christine Chinkin, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, in: *International and Comparative Legal Quarterly* 38/1989, S. 850-866, hier: S. 858.

25 Die Helsinki-Schlussakte ist das „Gründungsdokument“ und die wichtigste Leitlinie der OSZE.

26 So z.B. Bloed, a.a.O. (Anm. 10), S. 23; Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 458-459. Soweit dem Autor bekannt ist, hat nur Stuart Ford ernsthaft untersucht, ob OSZE-Dokumente zu Völkergewohnheitsrecht werden können, siehe Ford, a.a.O. (Anm. 10), S. 26-38. Er weist nach, dass die OSZE-Dokumente eine gewisse Gewohnheit begründen, geht aber nicht über die „künstliche Trennung“ von politischer und rechtlicher Bindung hinaus. Der vorliegende Beitrag versucht in den Abschnitten 3 und 4, in dieser Argumentation einen Schritt weiterzugehen.

27 Bloed, a.a.O. (Anm. 10), S. 22.

OSZE-Dokumente haben somit zwar nicht die Form von Verträgen, auch wenn sie in vielen Fällen ähnliche Merkmale aufweisen.²⁸ Heißt das aber, dass die Dokumente und die darin enthaltenen Verpflichtungen für das Völkerrecht irrelevant sind? Wenn die Verpflichtungen für die OSZE-Teilnehmerstaaten ohnehin bindend sind, ist es dann überhaupt wichtig, ob sie den engen Definitionen des Völkerrechts entsprechen?

Da diese Frage noch offen ist, möchte ich die Juristen unter uns ein wenig versöhnlich stimmen, indem ich die OSZE-Verpflichtungen nach den üblichen Kriterien des Völkergewohnheitsrechts abklopfe. Ich werde dabei nicht untersuchen, ob einzelne Bestimmungen der im Bereich der menschlichen Dimension der OSZE eingegangenen Verpflichtungen Gewohnheitsrecht geworden sind, sondern vielmehr ob der OSZE-„Prozess“²⁹ mit dem „Prozess“³⁰ der Herausbildung eines regionalen Völkergewohnheitsrechts vergleichbar ist.

Sind die Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE Gewohnheitsrecht?

Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, die beschwerliche Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts und seine vielen verschiedenen und z.T. widersprüchlichen Theorien erschöpfend darzustellen.³¹ Ich werde mich

28 Ausführlicher zu Vertragsformen und OSZE-Dokumenten: Ford, a.a.O. (Anm. 10), S. 27-30, sowie Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 449-453.

29 Zur Bezeichnung der OSZE als „Prozess“ siehe den Abschnitt The OSCE “process”, in: ODIHR, a.a.O. (Anm. 17), S. xiv-xv.

30 Vgl. Higgins, a.a.O. (Anm. 7), vgl. ebenso Michael Byers, Custom, Power, and the Power Of Rules. Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective, in: Michigan Journal of International Law 17/1995, S. 109-180, hier: S. 113.

31 Die „offizielle“ Definition von Völkergewohnheitsrecht „als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ findet sich in Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe b des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH); zu den Ursprüngen, der verwirrenden Terminologie, früheren Frustrationen und inkonsequenten Gerichtsurteilen siehe Karol Wolfke, Custom in Present International Law, Dordrecht 1993, S. 2-10; zu den jeweiligen zeitgemäßen Anpassungen der Definition von Völkergewohnheitsrecht siehe Dinah Shelton, Law, Non-Law and the Problem of “Soft Law”, in: Dinah Shelton (Hrsg.), Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, Oxford 2000, S. 1-13, hier: S. 7; zum Erfordernis der Staatenpraxis vgl. The Case of the S.S. Lotus (*France v. Turkey*), Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 7. September 1927, Permanent Court of International Justice Series A, Nr. 10 (1927); zum Erfordernis sowohl der Staatenpraxis als auch der *opinio iuris* siehe North Sea Continental Shelf Cases (*Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. Netherlands*), Urteil des IGH vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969; zum Völkergewohnheitsrecht als soziale Institution siehe Byers, a.a.O. (Anm. 30), S. 137; zu Völkergewohnheitsrecht und Menschenrechten siehe Theodor Meron, Human Rights And Humanitarian Norms As Customary Law, Oxford 1991; zur Unsicherheit bzw. Flexibilität einzelner Komponenten des Völkergewohnheitsrechts siehe Jonathan I. Charney, Universal International Law, in: The American Journal of International Law 2/1993, S. 529-551, hier: S. 546; zur Bedeutungslosigkeit und zum nichtempirischen Charakter des Völkergewohnheitsrechts siehe J. Patrick Kelly, The Twilight of Customary International Law, in: Virginia Journal of International Law 2/2000, S. 449-543, hier: S. 452-455; zum Ausschluss

daher auf diejenigen Aspekte des Völkergewohnheitsrechts konzentrieren, die für die Diskussion über den Status der OSZE-Verpflichtungen notwendig sind. Nach einer kurzen Darstellung der diesem Beitrag zugrunde liegenden Konzeption des Völkergewohnheitsrechts werde ich anhand der Aktivitäten und der Praxis der OSZE das Vorhandensein von Staatenpraxis und *opinio iuris* nachweisen, um deutlich zu machen, dass es durchaus möglich ist, die OSZE-Verpflichtungen nach den erforderlichen Kriterien als regionales Völkergewohnheitsrecht zu bezeichnen.

Elizabeth Roberts unterscheidet traditionelle und moderne Theorien zum Völkergewohnheitsrecht.³² Während traditionelle Ansätze die Staatenpraxis stärker betonen, berufen sich die Vertreter moderner Ansätze zur Förderung ihrer politischen und moralischen Ziele eher auf *opinio iuris*. „Die Dynamo-Perspektive konzentriert sich auf das moderne Völkergewohnheitsrecht und bezieht es als fortschrittliche Rechtsquelle mit ein, mit der auf moralische Fragen und globale Herausforderungen reagiert werden kann.“³³ Der Versuch einer Unterscheidung zwischen diesen beiden Elementen, die gleichermaßen für die Konstituierung von Völkergewohnheitsrecht notwendig sind, erweist sich oftmals als schwierig. Der IGH und mit ihm viele Rechtswissenschaftler machen hin und wieder geltend, dass eine bestimmte Form der Meinungsäußerung einer internationalen Organisation, z.B. eine Erklärung, Ausdruck einer Staatenpraxis oder einer *opinio iuris* oder sogar beider Elemente sein kann.³⁴ Auch ist das subjektive Element der *opinio iuris* aufgrund psychologischer und epistemologischer Probleme, aber auch infolge der Unklarheit darüber, was „als Recht (anerkannt)“ bedeutet,³⁵ schwer zu bestimmen. Trotz der allgemeinen Verwirrung über die Definition, Klassifizierung und Funktion von Völkergewohnheitsrecht selbst unter denjenigen, die in diesem Bereich arbeiten, verwende ich in der nun folgenden Diskussion das grundlegende Zwei-Komponenten-Schema, ohne jedoch im Vorhinein seine Problematik zu verleugnen.

Da sich der Beitrag auf Vorgänge und Aktivitäten in der OSZE-Region beschränkt, wird keinerlei Anspruch darauf erhoben, internationales, d.h. globales Gewohnheitsrecht zu etablieren. Die Möglichkeit eines *regionalen* Völkergewohnheitsrechts wurde indirekt vom IGH im Asylstreit zwischen Kolumbien und Peru über den peruanischen Oppositionsführer Haya de la

nichtstaatlicher Akteure im traditionellen Völkergewohnheitsrecht wie z.B. des IKRK siehe Anthea Elizabeth Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, in: The American Journal of International Law 4/2002, S. 757-779, hier: S. 775; vgl. ebenso Higgins, a.a.O. (Anm. 7), S. 19-38; Paul H. Brietzke, Insurgents in the “New” International Law, in: Wisconsin International Law Journal 1/1994.

32 Vgl. Roberts, a.a.O. (Anm. 31), S. 758.

33 Ebenda, S. 759 („Dynamo-Perspektive“ ist ein bei David Fidler entlehnter Begriff zur Beschreibung moderner Ansätze im Vergleich zu traditionellen Auffassungen, die Fidler als „Dinosaurier-Ansatz“ bezeichnet); zur Reaktion des „Establishments“ auf das moderne Völkergewohnheitsrecht siehe Brietzke, a.a.O. (Anm. 31).

34 Vgl. Wolfke, a.a.O. (Anm. 31), S. 45.

35 Vgl. ebenda, S. 7-9 und S. 19-25; Byers, a.a.O. (Anm. 30), S. 136.

Torre³⁶ geschaffen, auch wenn der Gerichtshof in diesem besonderen Fall keinen Nachweis dafür sehen konnte.

Nachweis der Staatenpraxis

Will man in Bezug auf die Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE hinreichende Belege für das Vorhandensein einer Staatenpraxis finden, sollte man sich mindestens drei Bereiche genauer ansehen: den Prozess der Ausarbeitung von OSZE-Dokumenten, die Dokumente selbst sowie multi- und bilaterale Verträge über Minderheitenrechte in der OSZE-Region, in die OSZE-Verpflichtungen eingeflossen sind.

Der IGH stellte u.a. in seinem Namibia-Gutachten aus dem Jahr 1971 sowie im Fischereistreit zwischen Großbritannien bzw. Deutschland und Island 1974 fest, dass bereits die *Teilnahme an Konferenzen zur Kodifizierung von Völkerrecht* ein Beleg für Staatenpraxis sein kann: „Aus dem grundsätzlichen *Konsens*, der sich auf der Konferenz gezeigt hat, haben sich in den letzten Jahren zwei Auffassungen als Völkergewohnheitsrecht herauskristallisiert.“³⁷ Der in der OSZE übliche Prozess, Verpflichtungen der menschlichen Dimension in politischen Gremien nach dem Konsensprinzip zu beschließen, veranschaulicht diese Variante der Staatenpraxis.³⁸ Obwohl teilweise noch umstritten, ist die Akzeptanz von *Beschlüssen internationaler Organisationen* als Ausdruck von Staatenpraxis heute alltäglich.³⁹ Verkompliziert wird die Lage allerdings dadurch, dass Erklärungen gelegentlich auch als Ausdruck einer *opinio iuris* behandelt werden, wie z.B. in dem bereits erwähnten berüchtigten Nicaragua-Fall. In den meisten Fällen wird zwar auf Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen Bezug genommen, jedoch gelten auch OSZE-Dokumente als Beleg für Staatenpraxis. Sie erfüllen die Kriterien⁴⁰ der Sprachform und des notwendigen Umfangs an Unterstützung für einen Beschluss insofern, als OSZE-Dokumente in der Regel in einer verbindlichen Terminologie verfasst sind, Verpflichtungen zum Ausdruck bringen und einstimmig verabschiedet werden. Hinzu kommt, dass es zwar in Gestalt der Helsinki-Schlussakte nun schon seit drei Jahrzehnten OSZE-Verpflichtungen gibt; die mit den Urteilen zum Nordsee-Festlandssockel eingeführte Verkürzung der Zeitspanne, die notwendig ist, um eine konsequente

36 Asylum Case (*Colombia v. Peru*), Urteil des IGH vom 20. November 1950, ICJ Reports 1950. Vgl. auch Ford, a.a.O. (Anm. 10), S. 30, sowie Wolfke, a.a.O. (Anm. 31), S. 9.

37 Fisheries Jurisdiction Cases (*Federal Republic of Germany v. Iceland, United Kingdom v. Iceland*), Urteile des IGH vom 25. Juli 1974, ICJ Reports 1974, Absatz 52 (Großbritannien) und Absatz 44 (Deutschland); vgl. auch das Namibia-Gutachten des IGH vom 21. Juni 1971, ICJ Reports 1971; Hervorhebung durch den Autor.

38 So Shelton, a.a.O. (Anm. 31), S. 1: „Der Prozess der Erarbeitung nichtbindender normativer Dokumente und der anschließenden Abstimmung über sie kann ebenfalls als eine Form der Staatenpraxis betrachtet werden.“

39 Siehe z.B. North Sea Continental Shelf Cases, a.a.O. (Anm. 31); Higgins, a.a.O. (Anm. 7), S. 22-25.

40 Vgl. Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, London 1987, S. 26-27.

Staatenpraxis unter Beweis zu stellen, bedeutet jedoch, dass viele der fortschrittlichsten Verpflichtungen erst nach dem Ende des Ost-West-Konflikts entwickelt wurden. Stuart Ford ist daher zuzustimmen, wenn er feststellt: „Da sich solche Erklärungen über einen Zeitraum von nahezu zehn Jahren erstrecken, sind sie der Beleg für eine allgemeine Staatenpraxis im Einklang mit den Prinzipien der OSZE.“⁴¹

Den unmittelbarsten Einfluss haben OSZE-Verpflichtungen immer dann, wenn sie als Grundlage *multi- und bilateraler Verträge zum Schutz von Minderheitenrechten* verwendet (oder manchmal sogar im Wortlaut übernommen) werden, so geschehen in den Abkommen, die in den 1990er Jahren zwischen einigen der OSZE-Teilnehmerstaaten geschlossen wurden.⁴² Die Übernahme von und Bezugnahme auf Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE⁴³ in diesen Verträgen hat „politisch bindende“ Verpflichtungen in rechtlich bindende verwandelt.⁴⁴ Die Verwendung von OSZE-Verpflichtungen in diesen Verträgen kann auch als Nachweis einer regionalen Staatenpraxis betrachtet werden.⁴⁵

Opinio iuris sive necessitates

Die zweite Komponente, die für die Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderlich ist, ist das subjektive Element der Anerkennung „als Recht“, wie es das Statut des IGH formuliert. Zu dem objektiven Element der Staatenpraxis tritt also ein subjektives hinzu: Die fragliche Praxis muss Ausdruck der Überzeugung sein oder in der Überzeugung ausgeführt werden, dass sie entweder eine rechtliche Verpflichtung darstellt bzw. rechtlich geboten ist oder dass man im Einklang mit bereits geltendem Recht handelt.⁴⁶ Die Gefahr von Irritationen liegt nahe. Sogar die Urheber des Statuts waren sich der genauen Bedeutung von Gewohnheitsrecht nicht ganz sicher und selbst in den Beschlüssen des IGH geraten die Begriffe, mit denen eine *opinio iuris* angezeigt

41 Ford, a.a.O. (Anm. 10), S. 32.

42 Zu den OSZE-Verpflichtungen zum Schutz von Minderheitenrechten und den entsprechenden Verträgen siehe ausführlicher Bloed/van Dijk, a.a.O. (Anm. 18); Jane Wright, *The Protection of Minority Rights in Europe: From Conference to Implementation*, in: *International Journal of Human Rights* 1/1998, S. 1-31; Hartmut Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, *European Journal of International Law* 3/1999, S. 499-515.

43 Größtenteils derjenigen aus dem Kopenhagener Dokument.

44 So auch Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 453: „[...] einzelne völkerrechtliche Verträge [nehmen] Bezug auf Dokumente der KSZE/OSZE [...] und beziehen] darin enthaltene politische Verpflichtungen in den rechtlich verbindlichen Vertrag ein [...] Einige dieser Verträge [...] inkorporieren zudem speziell die Verpflichtungen zum Schutz von nationalen Minderheiten in KSZE-Dokumenten, insbesondere des Kopenhagener Dokuments [...] Mit solchen Bezugnahmen werden die politischen Verpflichtungen in völkerrechtliche transformiert [...]“

45 Vgl. Chinkin, a.a.O. (Anm. 24), S. 856-857; sowie IGH, *Continental Shelf Case (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), S. 29-30.

46 Vgl. *North Sea Continental Shelf Cases*, a.a.O. (Anm. 31), S. 43-44.

werden soll, manchmal durcheinander.⁴⁷ *Opinio iuris* erfordert im Wesentlichen, dass Staaten eine bestimmte Übung ausführen, weil sie der Auffassung sind, dass sie dazu verpflichtet sind. Wie bereits erwähnt, heben jüngere Entwicklungen im Völkergewohnheitsrecht gegenüber der Staatenpraxis die *opinio iuris* stärker hervor, insbesondere wenn es um Menschenrechtsfragen geht; die traditionellen Kriterien sind daher im Begriff sich zu wandeln.⁴⁸ „Niedrige Standards im Bereich der Praxis sind im Falle von Gewohnheitsrechtsnormen mit vorwiegend moralischen Inhalten tolerierbar, da mit Verstößen gegen ideale Standards zu rechnen ist.“⁴⁹ Noch einmal: Resolutionen, Beschlüsse und Erklärungen internationaler Organisationen, die die Formulierung enthalten, dass sie von ihren Mitgliedstaaten als Rechtsvorschrift bzw. als (rechtlich) bindende Verpflichtungen zu betrachten sind,⁵⁰ können Ausdruck einer *opinio iuris* sein. In dem vielfach diskutierten Nicaragua-Fall stellte der IGH fest, dass die Haltung der Staaten u.a. gegenüber der Helsinki-Schlussakte sowie die „Wirkung der Zustimmung zu dem Text“ Ausdruck einer *opinio iuris*, wenn auch „mit aller gebotenen Vorsicht“⁵¹ sei. Die Helsinki-Schlussakte und andere OSZE-Dokumente erfüllen also sowohl das Kriterium der Staatenpraxis als auch das Kriterium der Anerkennung als Recht: Als Beschlüsse einer internationalen Organisation sowie als Ergebnis eines gemeinsamen Prozesses sind sie Beleg einer Staatenpraxis; gleichzeitig sind sie Ausdruck der *opinio iuris* der Teilnehmerstaaten, die die Dokumente und die darin enthaltenen Verpflichtungen unterschrieben und angenommen haben. Der OSZE-Prozess setzt also zum einen Standards, zum anderen verpflichtet er die Teilnehmerstaaten zu deren Einhaltung und erfüllt damit offensichtlich die Anforderungen, die an die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht geknüpft sind. „Die KSZE/OSZE-Dokumente bringen eine Rechtsüberzeugung zum Ausdruck, die in Verbindung mit nachfolgender Praxis Ausgangspunkt für neues regionales Völkergewohnheitsrecht werden kann.“⁵²

Eine Frage ist jedoch noch offen: Meint *opinio iuris* ausschließlich „Recht“ im engsten Sinne? Oder reicht nicht vielmehr ein gemeinsames Verständnis der rechtlichen Relevanz des Kontextes, in dem die Übung stattfindet, wie

47 So heißt es z.B. „as law“ oder „by law“, ist von „legal conviction“, „consent“, „acquiescence“ oder „will of state“ die Rede. Vgl. hierzu auch Wolfke, a.a.O. (Anm. 31), S. 1-25, 44-51 und 152-153.

48 Ausführlicher zu den Auswirkungen des Anstiegs von Menschenrechtsnormen auf die *opinio iuris* siehe Meron, a.a.O. (Anm. 31).

49 Roberts, a.a.O. (Anm. 31), S. 790.

50 Dazu Franck, a.a.O. (Anm. 5), S. 67, über die OSZE-Charta von Paris für ein neues Europa vom November 1990: „Obwohl die Charta kein Vertrag ist, wird ihrer Sprache mit der Terminologie der *opinio iuris* Gewicht verliehen. Sie schafft bewusst Normen.“

51 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, a.a.O. (Anm. 24), Absatz 99f; vgl. hierzu auch Chinkin, a.a.O. (Anm. 24), S. 858; Alan Boyle, Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law, in: The International and Comparative Law Quarterly 4/1999, S. 901-913, hier: S. 906.

52 Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 459-460.

Byers meint⁵³ Wenn Sitten und Gebräuche („Gewohnheiten“) ursprünglich eine soziale Institution waren, sollte dann der Entstehungsprozess von Völkergewohnheitsrecht dies nicht auch widerspiegeln? Oder sollte er im Sinne der künstlichen positivistische Trennung zwischen Recht und Politik nach wie vor ganz eng gesehen werden?

Damit sind wir wieder bei der Frage, welche Zielsetzung hinter den OSZE-Dokumenten steckt. Wie bereits erwähnt spricht vieles dafür, dass sowohl die Verfasser der Helsinki-Schlussakte als auch die Reformer in den 1990er Jahren sich bewusst dafür entschieden haben, der OSZE und ihren Dokumenten lediglich politische Verbindlichkeit zu verleihen. So stellen die Helsinki-Schlussakte und spätere OSZE-Dokumente ausdrücklich fest, dass das jeweilige Dokument zwar dem Generalsekretär der Vereinten Nationen übermittelt werden soll, jedoch „nicht registrierbar nach Artikel 102 der Charta der Vereinten Nationen“⁵⁴ ist. Außerdem stellen die Teilnehmerstaaten in der Schlussakte fest, dass sie zwar „die vorstehenden Prinzipien gebührend berücksichtigen“ werden, „die vorliegende Erklärung [ihre völkerrechtlichen] Rechte und Verpflichtungen“ jedoch nicht berühre. Wurden diese Bestimmungen also eingefügt, um definitiv jeglichen Rechtsstatus für die Dokumente auszuschließen? Oder wurden sie lediglich hinzugefügt, um zu vermeiden, den Dokumenten die Form eines Vertrages mit all seinem Drum und Dran zu geben? Man könnte aus diesen Bestimmungen schließen, dass die OSZE – wie bereits im zweiten Abschnitt angedeutet – zwar alle Vorteile einer internationalen Organisation, einschließlich der Bindungswirkung für ihre Teilnehmerstaaten, genießen will, ohne jedoch die Nachteile in Kauf nehmen zu müssen.⁵⁵ Wenn diese Absprachen zur Umgehung bestimmter rechtlicher Aspekte vertraglicher Formulierungen hätten zeigen sollen, dass die Teilnehmerstaaten ihre Verpflichtungen nicht ernst nehmen und diese daher als unverbindlich anzusehen seien – warum ist dann stets und ständig von dem „festen Bekenntnis [der Teilnehmerstaaten] zur uneingeschränkten Durchfüh-

53 Vgl. Byers, a.a.O. (Anm. 30), S. 139-142; auf S. 140 heißt es dazu: „*Opinio iuris* in dem Sinne, dass Staaten glauben, im Einklang mit bereits existierenden oder sich gleichzeitig entwickelnden Rechtsvorschriften zu handeln, ist weder als praktisches Instrument zur Feststellung der Existenz gewohnheitsrechtlicher Normen noch als Erklärung für die Entstehung solcher Normen besonders hilfreich.“

54 Eine Folge der Nichtregistrierung ist, dass Staaten kein Verfahren wegen der Verletzung von OSZE-Verpflichtungen beim IGH einleiten können; vgl. Ratner, a.a.O. (Anm. 9), S. 611; Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 448.

55 Zu den Nachteilen des Abschlusses formaler Verträge gehören z.B. ausgedehnte Beratungen auf Vertragskonferenzen, die Verwässerung von Bestimmungen bis hinunter auf den kleinsten gemeinsamen Nenner, die Aufnahme von Vorbehalten in den Text, übermäßig lange Ratifizierungsverfahren, die Berücksichtigung der nationalen Gesetzgebung und lange Verzögerungen bis zum Inkrafttreten des Vertrags (siehe z.B. die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen). Vorteile der Bewahrung einer gewissen „Flexibilität“ sind z.B.: Die Organisationsstrukturen sind dynamisch, so dass es einfacher ist, sich neuen Gegebenheiten anzupassen; Dokumente und Verpflichtungen können aufeinander aufbauen, ohne frühere Verträge annullieren oder genau festlegen zu müssen, wie sie sich zueinander verhalten; nicht zuletzt wird der ganze Prozess den Juristen aus der Hand genommen. Vgl. ODIHR, a.a.O. (Anm. 17), S. xvi; vgl. ebenso Wright, a.a.O. (Anm. 42), und Wenig, a.a.O. (Anm. 10), S. 399-400.

rung aller [OSZE]-Prinzipien und -Bestimmungen“ und der „hohen politischen Bedeutung“, die sie den Verpflichtungen beimessen, die Rede?⁵⁶

Daraus folgt, dass die OSZE-Dokumente nicht in dieser Form abgefasst sind, um ihnen Bindungswirkung abzusprechen, sondern vielmehr, um die Erschwernisse zu umgehen, die mit der Schaffung konventionellen Rechts einhergehen. Das wiederum lässt die Möglichkeit zur Entstehung einer *opinio iuris*, die zur Herausbildung eines Völkergewohnheitsrechts führt, offen, wenn sich nachweisen lässt, dass die Teilnehmerstaaten nicht grundsätzlich dagegen sind, dass die Verpflichtungen in irgendeiner Form als Recht im nichtkonventionellen Sinne betrachtet werden, z.B. im Sinne eines Gewohnheitsrechts oder allgemeiner Grundsätze.⁵⁷

Hier geht es jedoch um etwas Grundsätzlicheres: Worin besteht insbesondere im Völkerrecht der Unterschied zwischen „politisch bindend“ und „rechtlich bindend“, zwischen einer politischen und einer rechtlichen Verpflichtung?

„Bei der Entscheidung für eine nichtvertragliche Form einer Übereinkunft mag auch die Tatsache eine Rolle spielen, dass der Unterschied zwischen einem Vertrag und der bindenden ‚politischen‘ Wirkung nichtvertraglicher Vereinbarungen realistisch betrachtet für einen Politiker gar nicht so groß ist, wie häufig angenommen wird. Auch Verträge sind, wenn sie nicht nur auf dem Papier stehen, von der kontinuierlichen Zusammenarbeit zwischen Staaten abhängig. Nimmt die Bereitschaft zur Zusammenarbeit ab, sind Versuche, ihnen vor Gericht oder durch Sanktionen Geltung zu verschaffen, aufgrund der zu erwartenden Kosten und politischen Konsequenzen eher unwahrscheinlich, auch wenn die Möglichkeit dazu aus rechtlicher Sicht durchaus besteht.“⁵⁸

Politische versus rechtliche Verpflichtungen

Nun könnte man behaupten, der Unterschied zwischen einer rechtlichen und einer politischen Verpflichtung bestehe darin, dass die Verletzung Ersterer einen Rechtsbruch bedeute, einen „Politikbruch“ hingegen gäbe es nicht. Die Unterscheidung zwischen „politisch“ und „rechtlich“ ist auf der Ebene des Völkerrechts allerdings ein wenig absurd, da hier das Recht völlig von der Politik durchdrungen ist.⁵⁹ Das Völkerrecht selbst ist das Ergebnis politischer

56 Charta von Paris für ein neues Europa, Paris, 21. November 1990, in: Fastenrath, a.a.O. (Anm. 4), Kap. A.2, S. 7 und 18.

57 Vgl. Ford, a.a.O. (Anm. 10, S. 37-38. Siehe auch die Schlussfolgerungen des vorliegenden Beitrags.

58 Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 5.

59 Dazu Shelton, a.a.O. (Anm. 31), S. 11: „Einige Rechtswissenschaftler unterscheiden zwischen ‚hard law‘ und ‚soft law‘, indem sie feststellen, dass ein Rechtsbruch rechtliche Konsequenzen nach sich zieht, während der Bruch einer politischen Norm politische Folgen hat. Eine solche Unterscheidung ist nicht immer leicht zu treffen. Normativität anhand

Prozesse: politischer Verhandlungen, eines Staatenkonsenses, politisch beeinflusster Gerichtsentscheidungen etc.⁶⁰ Völkergewohnheitsrecht wird durch politische Praxis geschaffen, und eine politisch beeinflusste *opinio iuris* bedarf laut Guggenheim der Akzeptanz seitens der Führungsmächte.⁶¹ Nach Byers gehen Rechtswissenschaftler „in unterschiedlichem Maße grundsätzlich davon aus, dass Völkerrecht durch Prozesse geschaffen wird, die, zumindest was die Verfahren angeht, objektiv und in diesem Sinne apolitisch sind [...] Leider übersehen viele Völkerrechtler die Auswirkungen von Machtbeziehungen auf die Entstehung gewohnheitsrechtlicher Regeln oder versuchen vergeblich, diese Auswirkungen wegzudiskutieren.“⁶²

Eine Unterscheidung mag auf den jeweils bevorzugten Ansatz (kooperativ oder konfrontativ) und die bevorzugte Form der Entscheidungsfindung (politischer Konsens oder Gerichtsverfahren) sowie auf die damit verbundenen Mittel zurückzuführen sein. Rechtliche Mittel wie der Zugang zu Gerichtsverfahren,⁶³ die Individualbeschwerde⁶⁴ und Schadensersatz/Wiedergutmachung über den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und den Europäischen Gerichtshof stehen innerhalb der OSZE nicht zur Verfügung,⁶⁵ obwohl es zu den Überwachungs- und Überprüfungsmechanismen des VN-Menschenrechtsausschusses durchaus Parallelen in der OSZE gibt. Das Fehlen solcher Mittel mindert jedoch nicht die Verbindlichkeit der OSZE-Verpflichtungen für die Teilnehmerstaaten, sondern reduziert lediglich die Instrumente, auf die zurückgegriffen werden kann.⁶⁶ Aber selbst wenn es diese Rechtsinstrumente gibt, ist die Entscheidung darüber, ob und wie sie einzusetzen sind, wie bereits erwähnt, politischer Natur. Außerdem sind derartige Instrumente wirksamer in Fällen vereinzelter oder „minderschwerer“ Menschenrechtsverletzungen in Staaten, in denen die Kultur der Einhaltung der Menschenrechte bereits ziemlich weit fortgeschritten ist (z.B. in Westeuropa).⁶⁷ Alston und Weiler weisen darauf hin, dass man sich in der EU viel zu

von Konsequenzen zu überprüfen, kann zur Verwirrung führen, da Rechtsbrüche politisch motivierte Folgen haben können.“

60 Ausführlicher zur grundlegenden Rolle des Politischen im Völkerrecht: Byers, a.a.O. (Anm. 30), sowie Kelly, a.a.O. (Anm. 31).

61 Vgl. Paul Guggenheim, zitiert in: Wolfke, a.a.O. (Anm. 31), S. 49.

62 Byers, a.a.O. (Anm. 30), S. 116 und 133.

63 Ausführlicher zum Vergleichs- und Schiedsgerichtshof der OSZE Bloed, a.a.O. (Anm. 13), S. xix; OSCE Handbook, a.a.O. (Anm. 10), S. 37.

64 Dazu ODIHR, a.a.O. (Anm. 17), S. xvii: „Wichtig ist auch, dass das Fehlen eines Individualbeschwerdeverfahrens nicht ausschließt, dass den politischen Gremien der OSZE Einzelfälle zur Kenntnis gebracht werden können.“

65 Vgl. ebenda. Bei der Reorganisation der OSZE wurde bewusst auf die Schaffung solcher Mechanismen verzichtet, um bereits existierende Instrumente nicht zu duplizieren.

66 Dazu Ratner, a.a.O. (Anm. 9), S. 610: „Abgesehen davon, dass Staaten bei Verletzungen von OSZE-Verpflichtungen vor internationalen Gerichten keine Regressansprüche geltend machen können, sind die OSZE-Verpflichtungen für die Staaten ebenso bindend – und haben auch dieselbe normative Bedeutung – wie Verträge.“

67 Vgl. David Wippman, *The Evolution and Implementation of Minority Rights*, in: *Fordham Law Review* 66/1997, S. 597-626, hier: S. 625.

sehr auf die „Kraft von Verboten und ihre gerichtliche Durchsetzung“⁶⁸ verlasse und ihnen viel zu sehr vertraue, solche Instrumente allein aber für ein wirksames Menschenrechtsregime nicht ausreichen, da dieses auch politische Maßnahmen verlange. Konfrontative Gerichtsverfahren sind vielleicht nicht der wirksamste Weg für den Umgang mit schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen. Ethnische Konflikte, Minderheitenfragen, der weitverbreitete Missbrauch der Staatsgewalt und ähnliche Szenarien erfordern Prävention, Mediation und Kapazitätsaufbau, nicht Wiedergutmachung. Die dafür in Frage kommenden Mittel scheinen daher tatsächlich den entscheidenden Unterschied zwischen den „politisch bindenden“ Dokumenten der OSZE und anderen, „rechtlich bindenden“ Menschenrechtsdokumenten auszumachen. Im Umgang mit dem heiklen und brisanten Problem schwerer Menschenrechtsverletzungen sind die kooperativen Methoden der OSZE vielleicht eher eine Stärke als eine Schwäche.

Natürlich ist, wie weiter oben bereits erörtert, die Unterscheidung zwischen „politisch“ und „rechtlich“ – auch was die Mittel anbelangt – in der Regel unscharf und wird daher oftmals als relativ unwichtig angesehen:

„Man kann davon ausgehen, dass die Partner eines nichtvertraglichen Übereinkommens sich dessen bewusst sind, dass sie, wenn sie keinen Vertrag schließen, auch bestimmte rechtliche Konsequenzen eines Vertrages ausschließen. Das betrifft in erster Linie Konsequenzen im Zusammenhang mit der Nichterfüllung, namentlich Schadensersatzansprüche und die Möglichkeit der Vollstreckung durch Streitbeilegungsverfahren und Sanktionen. Ob die Vorstellungen der Parteien weit darüber hinausgehen, darf oftmals bezweifelt werden. Im Mittelpunkt der Verhandlungen steht normalerweise das, was die beiden Parteien wollen, und nicht solche Nebensächlichkeiten wie Gültigkeitsregelungen, Auslegung, Durchführung, Konsequenzen bei Nichterfüllung oder Bedingungen für die Beendigung der Übereinkunft.“⁶⁹

Da man also die Unterscheidung zwischen „politisch bindend“ und „rechtlich bindend“ getrost als unangemessen, unpräzise und eher künstlich betrachten kann, ist es vielleicht hilfreicher, den Status des OSZE-Prozesses und der daraus resultierender Verpflichtungen unter dem Gesichtspunkt „*soft law*“ versus „*hard law*“ zu betrachten.

68 Philip Alston/Joseph H.H. Weiler, An “ever closer Union” in need of a human rights policy: the European Union and Human Rights, in: Philip Alston (Hrsg.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, S. 12-13.

69 Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 12.

Der Terminus „soft law“ entstand im Zusammenhang mit Dekolonisierung und Selbstbestimmungsrecht, wirtschaftlicher Zusammenarbeit und dem Recht auf Entwicklung, in jüngerer Zeit auch in Verbindung mit Umweltabkommen. Dass die Zahl der *Soft-law*-Abkommen kurz nach der Verabschiedung der Wiener Vertragsrechtskonvention offenbar sprunghaft anstieg,⁷⁰ zeigt, dass die Staaten nach alternativen Wegen zur Regelung ihrer Beziehungen außerhalb der strengen Formalität des konventionellen Völkerrechts, d.h. des „hard law“, suchten. Wie weiter oben gezeigt, bedeutet der Verzicht auf die Vertragsform nicht, dass ein internationales Abkommen keine rechtliche Bedeutung erlangt oder seine Verbindlichkeit bestritten wird.⁷¹ Der Zweck von *Soft-law*-Dokumenten besteht im Allgemeinen darin, die Auslegung von Verträgen zu erleichtern, einzelne Bestimmungen darauf zu testen, ob und wie weit sie durchsetzbar und funktionsfähig sind, und konventionellen Verträgen den Weg zu bereiten (wie z.B. das Kopenhagener Dokument der OSZE der Rahmenkonvention des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten). *Soft-law*-Abkommen können ihrerseits „normengenerierende, normenregulierende und normenlegitimierende bzw. -delegitimierende Funktionen“⁷² haben.

Während also *Soft-law*-Vereinbarungen durchaus einen bestimmten Rechtscharakter haben können, haben sie doch auch viele praktische und politische Vorteile gegenüber traditionellen Verträgen, von denen einige bereits genannt wurden. Hartmut Hillgenberg zählt einige Gründe für den Verzicht auf eine konventionelle Vertragsform auf, die auch auf die OSZE zutreffen könnten:

- die grundsätzliche Notwendigkeit gegenseitiger Vertrauensbildung,
- die Beschleunigung noch nicht abgeschlossener Entwicklungen,
- die Schaffung vorläufiger, noch flexibler Regelungen, die gegebenenfalls schrittweise ausgebaut werden können,
- den Anstoß zur Harmonisierung nationaler Gesetzgebungen,

70 Vgl. Chinkin, a.a.O. (Anm. 24), S. 860. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, UNTS 1155, S. 331 (1969); BGBl. 1985 II, S. 927; Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a definiert „Vertrag“ als „eine in Schriftform geschlossene und vom Völkerrecht bestimmte internationale Übereinkunft zwischen Staaten“. Die Formulierung „vom Völkerrecht bestimmte“ dient der Unterscheidung von Verträgen, die nach nationalem Recht geschlossen werden. Vgl. auch Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 7.

71 Dazu Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 7: „Das bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass alle nichtvertraglichen Übereinkommen lediglich ‚politischen‘ oder ‚moralischen‘ Regeln folgen. Es gibt im Völkerrecht keine Bestimmung, die solche Übereinkommen als Rechtsquellen verbietet, außer – was auf der Hand liegt – wenn sie gegen das *ius cogens* verstoßen.“ Siehe auch Boyle, a.a.O. (Anm. 51), S. 903: „Nicht bindende Dokumente können auch dann hilfreich sein, wenn sie zur Entstehung einer weitverbreiteten und konsequenten Staatenpraxis beitragen bzw. wenn sie Ausdruck einer *opinio iuris* in Unterstützung einer gewohnheitsrechtlichen Regel sind.“

72 Fastenrath, a.a.O. (Anm. 10), S. 455; vgl. ebenso Shelton, a.a.O. (Anm. 31), S. 10; Boyle, a.a.O. (Anm. 51), S. 902-903; zu OSZE-Dokumenten, die diese Funktionen erfüllen, siehe Blood/van Dijk, a.a.O. (Anm. 18), S. 6.

- die Angst vor einer zu starken Belastung der internationalen Beziehungen durch „harte“ Verträge bis hin zu dem Risiko, dass diese scheitern oder die Beziehungen sich verschlechtern,
- einfachere Verfahren, durch die gleichzeitig der Abschluss von Übereinkünften beschleunigt wird (z.B. Konsens statt Vertragskonferenz),
- die Vermeidung schwerfälliger nationaler Ratifizierungsverfahren bei Änderungen oder Ergänzungen.⁷³

Wie aber werden Abkommen als „*soft law*“ oder „*hard law*“ klassifiziert? Wie misst man die „Härte“ von Recht jenseits der Vertragskategorie?

Reisman identifiziert drei Elemente in der Rechtsetzung, die eine graduelle Bindungswirkung von Recht implizieren: den Inhalt, die Autorität des Rechtsetzenden und „die Fähigkeit der Normsetzenden zur Durchsetzung einer Vorschrift, also sicherzustellen, dass Staaten sie einhalten“⁷⁴, d.h. Implementierungs- und Durchsetzungsmechanismen. Die „Härte“ des Inhalts ist abhängig von der Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der Sprache, der Detailliertheit und der Substanz des Textes: Nichtvertragliche Dokumente sind sprachlich und terminologisch oft stärker verpflichtend, häufig präziser und gehen, was ihren normativen Gehalt anbelangt, weiter als viele „rechtliche“ Verträge.⁷⁵ Viele Dokumente der menschlichen Dimension der OSZE sind sprachlich sehr verbindlich. Das Kopenhagener Dokument enthält beispielsweise Formulierungen wie „die volle Übereinstimmung mit den [...] Verpflichtungen gewährleisten“, „gewährleisten, dass ihre Gesetze [...] mit ihren [...] Verpflichtungen übereinstimmen“ und „bekräftigen daher ihre Verpflichtung [...] vollständig durchzuführen“. Inhaltlich, d.h. in seinen Einzelbestimmungen, gilt das Kopenhagener Dokument als „härter“ als andere Menschenrechtsdokumente. Zur Rahmenkonvention des Europarats heißt es bei Bloed und van Dijk: „Die Konvention zielt zwar auf die Verrechtlichung politisch bindender OSZE-Verpflichtungen ab, bleibt jedoch tatsächlich unterhalb des von der OSZE erreichten Niveaus.“⁷⁶ Was die Autorität der normsetzenden Instanz angeht, weist die Tatsache, dass OSZE-Dokumente der menschlichen Dimension einstimmig und im Konsens verabschiedet werden und ihnen „hohe politische Bedeutung“ beigemessen wird, auf eine „harte“ Bindungswirkung hin.

73 Vgl. Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 4. Ausführlicher zu den relativen Vorteilen von *soft law* gegenüber konventionellem Recht: Chinkin, a.a.O. (Anm. 24), S. 861, 863; Brett, a.a.O. (Anm. 10), S. 684; Wenig, a.a.O. (Anm. 10), S. 410-411.

74 W. Michael Reisman, The Concept and Functions of Soft Law in International Politics, in: Emmanuel G. Bello/Bola A. Ajibola (Hrsg.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Band 1, Dordrecht 1992, S. 135-136.

75 „Die betreffende Bestimmung sollte – jedenfalls potenziell – grundsätzlich normbildend sein.“ North Sea Continental Shelf Cases, a.a.O. (Anm. 31), Absatz 72; dazu auch Shelton, a.a.O. (Anm. 31), S. 4: „Der normative Gehalt einiger *Soft-law*-Dokumente ist oft ‚härter‘ als die ‚weichen‘ Verpflichtungen in Verträgen.“

76 Bloed/van Dijk, a.a.O. (Anm. 18), S. 1. Vergleiche der unterschiedlichen Minderheitenrechtsregime der OSZE, des Europarats und der VN finden sich bei Wright, a.a.O. (Anm. 42), und Ratner, a.a.O. (Anm. 9).

Einige Verträge (definitionsgemäß „*hard law*“) können in Wirklichkeit „weich“ sein, was ihre Wirkung anbelangt. Ebenso gibt es nichtvertragliche Übereinkünfte (formal also „*soft law*“), die in ihrer Wirkung „hart“ sind.⁷⁷ Mit dem in seiner Wirkung „harten“, formal aber „weichen“ Kopenhagener Dokument und der in ihrer Wirkung „weichen“, formal aber „harten“ Rahmenkonvention im Hinterkopf wenden wir uns nun den letzten Komponenten im Rechtsetzungsprozess zu: Implementierung, Durchsetzung und Einhaltung.

Mit diesem letzten der drei von Reisman untersuchten Elemente kommt auch die Politik wieder ins Spiel, denn nun gilt es, sich einmal die verschiedenen Instrumente anzusehen, die den Organisationen dazu zur Verfügung stehen, die Einhaltung ihrer „weichen“ Normen sicherzustellen. Sind die im strengen Sinne rechtlichen Dokumente und die in ihrem Rahmen eingesetzten Mechanismen tatsächlich die wirkungsvollsten Mittel, das erklärte Ziel zu erreichen, nämlich den Schutz der Menschenrechte? Oder wird die Einhaltung von Normen durch ganz andere Dokumente wirksamer gefördert, was deren Status mit Blick auf Verpflichtung und Verbindlichkeit wiederum anheben würde?⁷⁸ Die wichtigsten vertraglich verankerten Rechtsmechanismen zur Gewährleistung der Einhaltung wurden im Zuge der Erörterung rechtlicher Mittel bereits kurz angesprochen. Ihre Grenzen bei der Behandlung von Menschenrechtsverletzungen, ethnischen Spannungen und Minderheitenfragen wurden bereits ausführlich diskutiert.

Die wirksamste Form des Menschenrechtsschutzes ist Prävention. Mechanismen, die eine Zuspitzung kritischer Situationen verhindern sollen, und langfristige Programme zum Kapazitätsaufbau, die darauf angelegt sind, Menschenrechtsverletzungen vorzubeugen und zur Implementierung von Menschenrechtsverpflichtungen beizutragen, gewährleisten die Einhaltung der Verpflichtungen effektiver als Mechanismen, die erst nach begangener Tat eingreifen, in der Hoffnung, dass sich die Menschenrechtsverletzungen nicht wiederholen.⁷⁹ Auch Präventionsmechanismen können Rechtselemente enthalten, wie am Beispiel des Hohen Kommissars der OSZE für nationale Minderheiten (HKNM) deutlich wird:

„Mit seiner oftmals bahnbrechenden Anwendung bereits existierender Standards zum Zwecke der Konfliktverhütung (und eigentlich auch als vorausdenkender Implementierungsmechanismus) ist der HKNM zu einer Quelle ‚weicher Rechtsprechung‘ geworden; er baut seine Argu-

77 Vgl. Boyle, a.a.O. (Anm. 51), S. 906-907; Chinkin, a.a.O. (Anm. 24), Fußnote 5.

78 Ich will damit keineswegs sagen, dass Macht Recht schafft, aber welche rechtliche Bedeutung (vor allem im Völkerrecht) kann schon ein Papiertiger erlangen?

79 Vgl. Boyle, a.a.O. (Anm. 51), S. 912.

mentation auf Dokumenten, gängiger Lehrmeinung und Staatenpraxis auf, um zu einer spezifischen Empfehlung zu gelangen.⁸⁰

Die OSZE ist dort am leistungsfähigsten und weist die beste Bilanz bei der Implementierung und Durchsetzung von Menschenrechtsverpflichtungen auf, wo es am wichtigsten ist: in Regionen mit großen Spannungen und Regionen, die sich in der Wiederaufbauphase nach einem Konflikt befinden. Zu ihren diesbezüglichen Mechanismen gehören:⁸¹ politische Foren zur Normensetzung in der menschlichen Dimension und zur Diskussion über die Implementierung und Einhaltung der Normen, die Implementierungstreffen der menschlichen Dimension zur Beobachtung und Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungen, das Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte zur Hilfestellung bei der Umsetzung der Verpflichtungen in den Teilnehmerstaaten selbst durch Beobachtung und Programme zum Kapazitätsaufbau, Wahlbeobachtung zur Gewährleistung freier und fairer Wahlen, Langzeitmissionen, die im ständigen Kontakt mit der Bevölkerung und den Behörden vor Ort bei Fragen der Implementierung und Einhaltung beratend tätig sind, der bislang noch nicht in Anspruch genommene Vergleichs- und Schiedsgerichtshof der OSZE und natürlich der HKNM.⁸² Der OSZE-Prozess, die OSZE-Dokumente und die OSZE-Verpflichtungen können somit als „hart“ im Sinne der drei Elemente der Rechtsetzung angesehen werden und haben dementsprechend auch eine „harte“ Bindungswirkung.

Insgesamt vermeidet die OSZE also die Nachteile, die sich aus Verträgen ergeben; und die – ihr ja fehlenden – rechtlichen Möglichkeiten, die ein funktionierendes Gerichtswesen bieten würde, wären für ihre Art der Tätigkeit auch nicht unbedingt geeignet. Gleichzeitig genießt sie die Vorteile des *soft law*: Sie ist flexibel genug, um bei der Festlegung von Standards neue Wege gehen und schnell auf neue Situationen reagieren zu können; sie verfügt über eine stattliche Anzahl von Mechanismen, die notwendig sind, um die Einhaltung ihrer Verpflichtungen zu gewährleisten; und ihre Verpflichtungen haben die Verbindlichkeit, die erforderlich ist, wenn man international ernst genommen werden will.

80 John Packer, Making International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict: A Practitioner's Perspective, in: New York University Journal of International Law and Politics 3/2000, S. 715-724, hier: S. 717.

81 Ausführlich zu den verschiedenen Institutionen und Instrumenten: OSCE Handbook, a.a.O. (Anm. 10).

82 Die Arbeit des HKNM wurde bereits vielfach und intensiv beschrieben. Tiefere Einblicke gewähren z.B. Bloed, a.a.O. (Anm. 13), Bloed/van Dijk, a.a.O. (Anm. 18), Ratner, a.a.O. (Anm. 9), Packer, a.a.O. (Anm. 80). Siehe auch Max van der Stoep, Gedanken zur Rolle des Hohen Kommissars für nationale Minderheiten als Instrument zur Konfliktverhütung, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg/IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 1999, Baden-Baden 1999, S. 429-441, sowie ders., Prinzipien und Pragmatismus – 25 Jahre Erfahrung im Helsinki-Prozess, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg/IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 2000, Baden-Baden 2000, S. 27-38, insbesondere S. 31-37.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die OSZE zwar formal insofern „weich“ ist, als sie kein konventionelles Recht erzeugt, dass sie eigentlich aber ziemlich „hart“ ist, was ihre rechtliche Verbindlichkeit angeht. Trifft das zu, sollten einige Definitionen und Klassifikationen im Völkerrecht vielleicht doch noch einmal überprüft werden.

„Erwarten Staaten, dass in *Soft-law*-Dokumenten enthaltene Regeln und Prinzipien ebenso eingehalten werden wie Normen, die in Verträgen und im Gewohnheitsrecht enthalten sind, und halten sie diese auch ebenso ein, dann muss der Völkerrechtsbegriff – oder die Liste der Rechtsquellen von Völkerrecht – vielleicht erweitert werden. Oder aber man muss sich eingestehen, dass rechtliche Verpflichtungen kein solch entscheidender Faktor für das Verhalten von Staaten sind, wie mancher vermutet.“⁸³

Wie steht es nun um die *opinio iuris*? Das kommt darauf an, wie man „als Recht anerkannt“ versteht. Kann man, wenn man den engen positivistischen Standpunkt verlässt, das harte „*soft law*“ der OSZE als *opinio iuris* bezeichnen? Und wäre es, da ja die Staatenpraxis bereits nachgewiesen ist, möglich, die Verpflichtungen der menschlichen Dimension als regionales Völkergewohnheitsrecht zu betrachten?

Die menschliche Dimension der OSZE (Dokumente, Verpflichtungen, Instrumente) ist *de facto* ein Vertragsregime,⁸⁴ da sie auf dem Grundsatz *pacta sunt servanda*⁸⁵ – auf Treu und Glauben der Teilnehmerstaaten⁸⁶ – beruht. Es handelt sich insofern um einen Vertrag, als die Staaten die legitime Erwartungshaltung haben,⁸⁷ dass jeder Staat nach Treu und Glauben handelt. Diese *de facto* vertragliche Vereinbarung gilt jedoch nicht nur für ein einzelnes Dokument, sondern vielmehr für den OSZE-Prozess als Ganzes. Die Absicht, nach Treu und Glauben und im Rahmen einer *de facto* vertraglichen Übereinkunft zu handeln, kann (kombiniert mit deren „harten“ Verpflichtungen und ihrer Bindungswirkung) letztendlich als Ausdruck einer *opinio iuris* verstanden werden.

83 Shelton, a.a.O. (Anm. 31), S. 11.

84 So Hillgenberg, a.a.O. (Anm. 42), S. 26: „Letztendlich ist es unbedeutend, ob man solchen in sich geschlossenen Regimen begrenzte Rechtsqualität zuschreibt oder nicht. Auf jeden Fall ähnelt ihre politische Funktion derjenigen von Verträgen: Auch nichtvertragliche Vereinbarungen geben den Parteien einer internationalen Übereinkunft die Macht ‚zu begründen und zu überzeugen‘.“

85 Vgl. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, a.a.O. (Anm. 70), Artikel 26.

86 Vgl. Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Europäische Sicherheitscharta, Istanbul, November 1999, in: Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg/IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 2000, Baden-Baden 2000, S. 455-476, hier: S. 458, sowie Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Budapester Dokument 1994 – Der Weg zu echter Partnerschaft in einem neuen Zeitalter, Budapest, 6. Dezember 1994, in: Fastenrath, a.a.O. (Anm. 4), Kap. B.5, darin: Gipfelerklärung von Budapest, S. 1-6, Absatz 19.

87 Vgl. Byers, a.a.O. (Anm. 30), S. 166.

Wenn wir schon die Positivisten beschwichtigen und ihre inkohärenten Kriterien und Definitionen von Völkergewohnheitsrecht anwenden müssen, so kann der Prozess der menschlichen Dimension der OSZE also tatsächlich als regionales Völkergewohnheitsrecht bezeichnet werden.

Erneut zur Diskussion gestellt: Die Rechtsstellung OSZE

Wie bereits erwähnt, gab es in den vergangenen Jahren mehrere Versuche, den rechtlichen Status der OSZE zu verändern, mit dem Ziel, ihr Völkerrechtssubjektivität zu verleihen. Eine Arbeitsgruppe untersucht derzeit die Möglichkeiten, der OSZE Rechtspersönlichkeit, ausgestattet mit Rechtsfähigkeit sowie Vorrechten und Immunitäten, zuzuerkennen; ein Entwurf für ein entsprechendes Übereinkommen liegt bereits vor. Laut einem Bericht des Ständigen Rates⁸⁸ hat sich die überwältigende Mehrheit der Teilnehmerstaaten für ein solches Übereinkommen ausgesprochen, einige wenige plädieren stattdessen für ein bilaterales Modellabkommen. Ein solches Übereinkommen würde der OSZE den Status einer juristischen Person verleihen, wozu auch die Rechtsfähigkeit zur Teilnahme an Gerichtsverfahren gehören würde. Ein beigefügter Bericht des Sekretariats zur derzeitigen Rechtsstellung der OSZE,⁸⁹ der (entsprechend der Lehrmeinung) die Kriterien der Absichtsbindung der Staaten (*opinio iuris*), der Kontinuität (Staatenpraxis) und der damit verbundenen Machtbefugnisse anwendet, kommt zu dem Schluss, dass die OSZE *de facto* zu einem Völkerrechtssubjekt geworden ist, das von sich aus handlungsfähig ist. Der Bericht geht zwar auf die „Überprüfung der Einhaltung [...] von] OSZE-Verpflichtungen“ und „die Festsetzung von Normen und Verhaltensregeln in Bereichen, mit denen sich die OSZE befasst“, ein, diskutiert aber die Bindungswirkung, die diese für die Teilnehmerstaaten haben, nicht explizit. Man gewinnt dennoch den Eindruck, dass die Überprüfung und der Status der Normen selbst nicht in Frage gestellt werden. Die Problematik der Rechtsstellung der Organisation berührt weder die Autorität noch den Status der menschlichen Dimension. Auf jeden Fall ist zu erkennen, dass die OSZE sich ernsthaft darum bemüht, die Frage der Rechtsstellung zu klären, was zweifellos auch Folgen für den Status der Verpflichtungen im Bereich der menschlichen Dimension der OSZE haben wird.⁹⁰

-
- 88 Rechtsfähigkeit sowie Vorrechte und Immunitäten der OSZE. Bericht des Ständigen Rates an den Ministerrat, in: Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Ständiger Rat, Beschluss Nr. 383, Bericht an den Ministerrat über die Rechtsfähigkeit der OSZE und über Vorrechte und Immunitäten, PC.DEC/383, 26. November 2000, Anhang.
- 89 Rechtsfähigkeit sowie Vorrechte und Immunitäten der OSZE, SEC.GAL/20/00, 6. März 2000, in: ebenda, Beilage I zum Anhang.
- 90 Erst kürzlich stellte der Weisenrat zur Stärkung der Wirksamkeit der OSZE fest, dass die Organisation erhebliche Vorteile davon hätte, wenn ihr Rechtspersönlichkeit zuerkannt würde. Der Weisenrat räumt zwar ein, dass die Erarbeitung einer Gründungscharta (wie bereits erläutert) ein zeitraubender Prozess wäre, erwähnt aber gleichzeitig den bereits vorhandenen Entwurf eines Übereinkommens. Das größte Hindernis ist natürlich nach wie vor der politische Konsens; siehe: Common Purpose – Towards a More Effective OSCE.

Schlussfolgerungen: Wie entkommt man der Falle des positivistischen binären Paradigmas?

Traditionelles Völkergewohnheitsrecht ist die Verfestigung von Tradition, d.h., es ist konservativ, was nun durch den konservativen Charakter des Positivismus noch zusätzlich verstärkt wird. Angesichts dessen, was heute in der Welt geschieht, sind internationale Menschenrechtsnormen notwendigerweise normativ, präskriptiv und aktivistisch. Um es in leicht abgewandelter Form mit Marx zu sagen: Es kommt darauf an, das Recht nicht länger nur zu interpretieren, sondern es zu ändern. Durch die internationalen Menschenrechtsnormen hat sich das Erscheinungsbild des Völkerrechts bereits drastisch gewandelt. Heute stellt die menschliche Dimension der OSZE die größte Herausforderung für die traditionellen Konzeptionen sowohl des Völkergewohnheitsrechts als auch des konventionellen Völkerrechts dar. Allein die Tatsache, dass es sie gibt, erfordert eine erneute Überprüfung der gängigen Lehrmeinungen des Völkergewohnheitsrechts und der künstlichen positivistischen Trennung des Rechtlichen vom Politischen.

„Zweifellos können [multilaterale, E.M.] Foren wesentlich dazu beitragen, dass Beschlüsse den Status völkerrechtlicher Normen erlangen. Beschlüsse, die zudem von der internationalen Gemeinschaft insofern positiv aufgenommen werden, als sie in Staatenpraxis umgesetzt oder auf andere Weise unterstützt werden, werden relativ schnell in das Völkerrecht eingehen. Dabei ist der formale Rechtsstatus, den sie bei ihrem Zustandekommen in dem jeweiligen multilateralen Forum hatten, unerheblich. Auch wenn das von der herkömmlichen Art der Schaffung von Völkergewohnheitsrecht abweicht, schließt das Völkerrecht eine derartige Weiterentwicklung bei der Entstehung von Völkerrecht nicht grundsätzlich aus. Die internationale Gemeinschaft selbst hat es in der Hand, diesen Prozess zu verändern.“⁹¹

Traditionelle Völkerrechtsinstrumente und Denkweisen haben sich darüber hinaus für den Umgang mit gravierenden Menschenrechtsproblemen als unzureichend erwiesen. Auch wenn in den letzten 50 Jahren große Fortschritte gemacht wurden, sind die „rechtlichen“ Menschenrechtsmechanismen noch immer wirkungslos und ändern gerade dort, wo es am nötigsten ist, nur wenig an der Menschenrechtslage.

Viele Menschenrechtsanwälte, Rechtswissenschaftler und Richter sind heute zu Aktivisten geworden und versuchen, die internationalen Menschenrechtsnormen für ihre im Grunde „politische“ Mission, die Förderung der Achtung

Final Report and Recommendations of the Panel of Eminent Persons on Strengthening the Effectiveness of the OSCE, CIO.GAL/100/05, 27. Juni 2005, abgedruckt im vorliegenden Band, S. 395-415; zur Frage eines Statuts oder einer Charta siehe insbesondere S. 405.

91 Charney, a.a.O. (Anm. 31), S. 545.

und Einhaltung internationaler Menschenrechtsstandards, einzusetzen. Dass Recht geradezu „heilig“ ist, nutzen Anwälte und Politiker in einigen Regionen, um massiven Verstößen gegen die Prinzipien, die der Westen für die Grundlagen seiner Zivilisation hält, grundsätzliche politische und moralische „Wahrheiten“ entgegenzusetzen.

Der Versuch einiger dieser modernen Aktivisten, am positivistischen Recht als Ausgangspunkt ihres Handelns festzuhalten, hat sie jedoch dazu verleitet, die Leistungsfähigkeit der Instrumente für die Ausübung ihres heiligen Auftrags zu überschätzen – wie soll man den Glauben an einen ohnmächtigen Priester bewahren?

„Völkerrechtler [...] sind mitunter so naiv zu erwarten, dass Rechtsnormen und rechtliche Prozesse Abläufe in den internationalen Beziehungen und deren Resultate entscheidend beeinflussen [...] Solange jedoch der Aufbau eines internationalen Rechtssystems nicht abgeschlossen ist, sollten die Juristen von internationalen Standards auch nicht mehr erwarten, als diese zu leisten imstande sind; gleichzeitig aber sollten sie kreativ sein und das Größtmögliche aus dem herausholen, was heute erreicht werden kann.“⁹²

Viele Menschenrechtsanwälte unterschätzen, wie wichtig und wertvoll die Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE für ihre Arbeit sind. In diesem Beitrag habe ich versucht, diesen Anwälten bewusst zu machen, warum es ein Fehler ist, diese Verpflichtungen zu ignorieren. Wie weiter oben gezeigt, können die in der menschlichen Dimension der OSZE eingegangenen Verpflichtungen als regionales Gewohnheitsrecht betrachtet werden, womit sie wiederum die rechtsverbindliche Grundlage erhalten, die ihnen kontinuierlich abgesprochen wird. Da OSZE-Verpflichtungen „härter“ als diejenigen der meisten rechtlichen Mechanismen sind, wäre es außerdem überlegenswert, die Kriterien zur Bestimmung des Stellenwerts und des Gewichts von Völkerrechtsquellen noch einmal zu überdenken. Diplomaten haben die Bindungswirkung der Verpflichtungen der menschlichen Dimension bereits erkannt und nutzen sie für politische Zwecke. Internationale Anwälte sollten die Verpflichtungen für rechtliche Zwecke zur Förderung der Menschenrechte nutzen. Ebenso sollte die OSZE im Jahr des 30-jährigen Bestehens der Helsinki-Schlussakte mehr Zutrauen zu ihrer eigenen Rolle in Europa und ihrer Stellung innerhalb der internationalen Organisationen haben. Mit ihren Verpflichtungen in der menschlichen Dimension hat sie nicht nur Menschenrechtsstandards entwickelt, die zu den fortschrittlichsten in der ganzen Welt gehören, sondern auch wirksame Mechanismen geschaffen, sie in ihren Teilnehmerstaaten zu fördern. Das ist die Erfolgsgeschichte der OSZE, das ist ihr Wert – und das sollte in diesem Jubiläumjahr gefeiert werden.

92 Packer, a.a.O. (Anm. 80), S. 724.

Für Diplomaten und Praktiker ist das Völkerrecht nur eines von vielen Instrumenten in ihrem Werkzeugkasten. Beschränken sich Juristen auf allein dieses Instrument – oder eigentlich nur auf eine sehr begrenzte Variante davon –, verarmen sie professionell und verringern ihr Handlungspotenzial ebenso wie ihre Wirksamkeit. Ob die Verpflichtungen der menschlichen Dimension der OSZE nun als regionales Völkergewohnheitsrecht *in statu nascenti* anerkannt werden oder nicht – internationale Menschenrechtsanwälte würden auf jeden Fall davon profitieren, die Verpflichtungen für ihre Arbeit zu nutzen.

Das Beharren einiger Juristen auf dem Verbleib in der heiligen Sphäre des positivistischen Rechts verstellt ihnen den Blick und reduziert ihre Fähigkeit, sich mit der Realität außerhalb dieser Sphäre auseinander zu setzen. Sie sehen zwar die Macht und das Privileg, die der Aufrechterhaltung ihres geheiligten Status innewohnen, müssen aber Wege finden, sich in wirksamer Weise in der Welt zu engagieren, um sie zu retten. Wenn sie der Sache der Menschenrechte wirklich und ehrlich dienen wollen, müssen sie so kreativ sein ihre Lehrmeinung zu ändern, um neue Methoden des Einflusses und der Inspiration zuzulassen, die ihren Zielen förderlich sind.