



Hermann Mosler und das „Ius Cogens im Völkerrecht“

Felix Herbert



Hermann Mosler eröffnet das Kolloquium Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart 1961¹

„Mir scheint, daß alle philosophischen und auch alle emotionalen Höhepunkte der Diskussion über Ius Cogens schon erreicht sind.“ – Mit dieser Einschätzung aus dem Jahre 1969 sollte Hermann Mosler sich gründlich geirrt haben. So haben zahlreiche Staaten die Arbeiten der UN-Völkerrechtskommission von 2014 bis 2022 zum Ius Cogens ausführlich kommentiert und kritisiert. In der Völkerrechtskommission selbst wurde das Ius Cogens ebenso kontrovers verhandelt. In der Frage etwa, [welche Wirkungen das Ius Cogens auf Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zeitigt](#), warnte ein Kommissionsmitglied gar vor der Zerstörung des kollektiven Sicherheitssystems der UN und vor der Gefahr eines dritten Weltkriegs. Emotionaler kann eine Diskussion in der Völkerrechtskommission kaum ablaufen. Auch die Frage nach der philosophischen Grundlage des Ius Cogens ist mitnichten geklärt. Das „Ius Cogens im Völkerrecht“ bleibt damit entgegen Moslers Einschätzung auch über 50 Jahre später äußerst umstritten. Moslers Aufsatz, erschienen im 25. Schweizerischen Jahrbuch für

¹ Foto: MPIL.





internationales Recht (S. 9-40), kann aber dennoch nicht ohne Weiteres als überholt und veraltet abgetan werden. Neu gelesen wirft er ein Schlaglicht auf die weiterhin bestehenden konzeptionellen Unklarheiten des Ius Cogens. Zugleich zeigt Moslers Aufsatz, wie anders als heute die deutsche Völkerrechtswissenschaft sich damals einem universellen Phänomen genähert hat: unverhohlen von einem deutschen (und europäischen) Vorverständnis ausgehend.

1. Was ist, und warum beschäftigte sich Mosler mit Ius Cogens im Völkerrecht?

Ius Cogens meint im Völkerrecht universell geltende Normen, die mit besonderen Wirkungen ausgestattet sind. Zu diesen Wirkungen zählt insbesondere, dass vom Ius Cogens abweichende Verträge unwirksam sind. Einzelne Staaten können daher keinen Vertrag schließen, der vom Ius Cogens abweicht. Zu den Völkerrechtsnormen mit Ius-Cogens-Charakter werden gemeinhin so wichtige Regeln wie das Verbot des Angriffskrieges, das Völkermordverbot und das Sklavereiverbot gezählt. Bei einigen Normen ist aber umstritten, ob und inwieweit sie zum Ius Cogens gehören, da noch nicht in allen Einzelheiten geklärt ist, wie eine Norm den Ius-Cogens-Charakter erlangt. Auch bleibt umstritten, welche weiteren besonderen Wirkungen Ius Cogens (etwa auf Resolutionen des UN-Sicherheitsrates) zeitigt. Weithin anerkannte Wirkung des Ius Cogens ist jedenfalls die Unwirksamkeit abweichender Verträge. Daher werden die Ius-Cogens-Normen auch als zwingende Normen bezeichnet, als Gegenstück zu dispositiven oder abdingbaren Normen. Diese Unabdingbarkeit widerspricht auf den ersten Blick der traditionellen Grundannahme des Völkerrechts, dass Staaten die Normen des Völkerrechts schaffen und daher auch mehr oder minder frei abschaffen oder ändern können. Wie schon Mosler resümierte: „Das Ius Cogens-Problem rührt also an die Grundlagen des Völkerrechts“ (10).

Zwei Umstände dürften Mosler zur Hinwendung zum Ius Cogens veranlasst haben. Den äußeren Anlass bildet die zeitgleich verhandelte und verabschiedete Wiener Vertragsrechtskonvention. In Artikel 53 dieses Vertrags heißt es: „Ein Vertrag ist nichtig, wenn er [...] im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht. [...] Eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts [ist] eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.“ In dieser Formulierung deutet sich auch an, aus welchem inneren Anlass das Ius Cogens Moslers Interesse geweckt haben dürfte: Der Bezug zur internationalen Staatengemeinschaft, ein Motiv, das auch in weiteren seiner Publikationen zentral sein sollte (siehe insbesondere der Beitrag „*The international society as a legal community*“, Moslers 1974 gehaltener [General Course an der Haager Akademie](#)).





2. Moslers unklare Begriffsklärung – ein Schlaglicht auf die Unklarheit des Ius Cogens selbst

Was trägt Moslers Aufsatz nun in der Rückschau zum Verständnis des Ius Cogens bei? Mosler identifiziert zwei Wurzeln des Ius Cogens: Einerseits gebe es einen „traditionellen Begriff des Ius Cogens im innerstaatlichen Recht“ (9), mit dem eine Beschränkung der freien Gestaltung von Vertragsverhältnissen gemeint sei, andererseits werde Ius Cogens mit der „*ordre public*“ gleichgestellt. Diese Unterscheidung Moslers gilt es zu nachzuzeichnen und zu bewerten.

Ius Cogens als Gegenbegriff zum Ius Dispositivum

Das traditionelle Ius Cogens im innerstaatlichen Sinne charakterisiert Mosler als diejenigen Normen, von denen der Gesetzgeber im Interesse der Gesamtheit oder besonders Schutzbedürftiger bestimmt, dass die Rechtsunterworfenen nicht durch Vertrag über sie verfügen dürfen. Damit stehe das Ius Cogens dem Ius Dispositivum gegenüber, also denjenigen Normen, von denen Private durch Vertrag abweichen dürften. Diese Unterscheidung setze ein hierarchisches Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und den Rechtsunterworfenen voraus (15). Die Ius-Cogens-Normen müssten aber den anderen Normen nicht hierarchisch übergeordnet sein; dieselbe Rechtsquelle könne zwingende wie nachgiebige Normen enthalten. Dieses Konzept sei trotz aller strukturellen Unterschiede zum innerstaatlichen Recht auch in das Völkerrecht übertragbar (16-22), denn das Völkerrecht sei mehr als ein Bündel bi- und multilateraler Beziehungen. Die Staatengesellschaft habe stets ein Mindestmaß an Homogenität und Gemeinschaftscharakter aufgewiesen (16-17).

Was die an dieser Stelle in Bezug genommene Völkerrechtsgemeinschaft nun für Moslers Verständnis des völkerrechtlichen Ius Cogens bedeutet, bleibt in seinen weiteren Ausführungen aber unklar. Zunächst betont Mosler, dass die Staaten, wenn man sie als Gesetzgeber des Völkerrechts verstehen will, in dieser Rolle folgerichtig festlegen könnten, welche Normen sie mit welcher Wirkung ausstatten, eben manche Normen als zwingend, andere als abdingbar ausgestalten. Mit diesem Verständnis kann es erstens auch regionales Ius Cogens geben: Eine Gruppe von Staaten kann durch Vertrag oder regionales Gewohnheitsrecht eine regionale Norm setzen und dieser in ihren Beziehungen Ius Cogens-Wirkungen verleihen. Das stellt Mosler so ausdrücklich nicht fest, setzt es aber voraus, wenn er Beschränkungen der Vertragsfreiheit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften als Beispiel des Ius Cogens anführt (20-21). In einem späteren Abschnitt über die Entstehung von Ius Cogens (37-39) hingegen nimmt Mosler allein auf Normen des *allgemeinen* (also für alle Staaten geltenden) Völkerrechts Bezug, wie auch der zitierte Artikel 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention es tut. Dies schliesse regionales Ius Cogens aus. Moslers Sicht auf die Universalität des Ius Cogens bleibt letztlich ungeklärt. Zweitens kann es mit diesem Verständnis auch völlig triviales Ius Cogens geben. Wenn es im Belieben der Staaten steht, einer von ihnen geschaffenen Norm Ius-Cogens-Status zu verleihen, ist das Ius Cogens inhaltlich offen. Es bleibt aber unklar, wie





dieses Verständnis in Einklang zu bringen ist mit dem Zusammenhang des Ius Cogens zum Gemeinschaftscharakter der Völkerrechtsordnung, den Mosler zunächst betont hat.

Schließlich gebe es aber auch noch „aus rational erkennbaren Notwendigkeiten des Zusammenlebens“ (18) entstehendes Ius Cogens. Demnach könnten manche Ius-Cogens-Normen von den Staaten geschaffen werden, andere wäre den Staaten vorausgesetzt. Aus heutiger Sicht erstaunt Moslers Offenheit für verschiedene Arten des Ius Cogens und regt zugleich zum Nachdenken an. Das gegenwärtige Schrifttum streitet nach wie vor darüber, ob Normen ihren Ius-Cogens-Charakter durch staatliche Setzung erlangen oder aus einer der Rechtsetzung der Staaten entzogenen Quelle fließen, die als Natur- oder Vernunftrecht beschrieben werden kann. Diese beiden Begründungsansätze der Entstehung von Ius Cogens betrachtet die heutige Völkerrechtswissenschaft dabei als einander ausschließend – ganz im Gegensatz zu Mosler, der offenbar verschiedene Entstehungsgründe für verschiedene Ius-Cogens-Normen akzeptiert. Insgesamt jedenfalls befürwortet Mosler, das völkerrechtliche Ius Cogens in Entsprechung des innerstaatlichen Ius Cogens als Gegenstück zum Ius Dispositivum zu verstehen.

Ius Cogens als *ordre public* des Völkerrechts



Eindrücke aus dem Institutsleben: Teilnehmende des Kolloquiums Staatshaftung 1964²

² Foto: MPIL.





Der zweiten von ihm identifizierten konzeptionellen Wurzel des Ius Cogens begegnet Mosler hingegen mit Skepsis, dem Ius Cogens konzipiert als völkerrechtlicher *ordre public*. Unter *ordre public* versteht Mosler „Normen, deren Respektierung zur Erhaltung der Völkerrechtsgemeinschaft notwendig ist“ (24). Sie schützen „Rechtswerte, die dem Zweck der Rechtsgemeinschaft dienen“. Damit sei ein Ius Cogens im Sinne eines *ordre public* wesentlich weiter als im vorher beschriebenen Sinne. Über eine Beschränkung der Vertragsfreiheit hinaus würde das Ius Cogens dann nämlich auch rein tatsächliche Handlungen der Staaten verbieten (25-26). Mosler zieht das Beispiel des Gewaltverbots als Ius-Cogens-Norm heran um dies zu illustrieren: Neben die Unwirksamkeit von Verträgen, die von dem Gewaltverbot abweichen, trete dann ein Verbot der einzelnen Gewalthandlungen. Diese Ausweitung des Ius Cogens lehnt Mosler schließlich mit dem Argument ab, es bestehe kein Anlass, dem innerstaatlich klaren Begriff des Ius Cogens im Völkerrecht einen anderen Inhalt zu geben.

Sodann argumentiert Mosler aber doch für eine Ausweitung des völkerrechtlichen Ius Cogens über das Konzept des innerstaatlichen Ius Cogens hinaus. Ius Cogens könne auch Staaten binden, die „Außenseiter der Rechtserzeugung“ (26) sind, sich also an der Entstehung der betreffenden Norm nicht beteiligt haben oder diese gar ablehnen. Dies spielt beim innerstaatlichen Ius Cogens keine Rolle, da die Rechtsunterworfenen ohnehin alle an das Recht gebunden sind, unabhängig von ihrem Willen oder ihrer Beteiligung an der Rechtserzeugung. Diese Auffassung Moslers hat sich durchgesetzt: Auch ein ständig dagegen protestierender Staat (sogenannter *persistent objector*) ist ungeachtet seines Protests an die völkerrechtlichen Ius-Cogens-Normen gebunden.

Nicht überzeugen hingegen kann dabei Moslers Begründung dieser Wirkung des Ius Cogens mit dem Nordseefestlandssockelfall des Internationalen Gerichtshofs (IGH). Der IGH habe angenommen, Deutschland könne unter Umständen gegen seinen Willen an eine Völkerrechtsnorm gebunden sein, auf die Dänemark und die Niederlande sich beriefen. Diese Annahme, so Mosler, sei nur sinnvoll, wenn man von einem Ius Cogens ausgeht, dass eine solche Bindung gegen den Willen des betreffenden Staates bewirken könnte (28). Moslers Begründung ist allerdings nicht zuzustimmen, da die Annahme des IGH auch ohne Rückgriff auf Ius Cogens sinnvoll ist und auf den Regeln über Entstehung und Wirkung des Völkergewohnheitsrecht beruht. Ein entgegenstehender Wille allein verhindert die Bindung an Völkergewohnheitsrecht nämlich gerade nicht, vielmehr muss nach der *Persistent-objector*-Regel dieser Wille auch rechtzeitig, deutlich und beharrlich geäußert werden. Nur wenn der IGH festgestellt hätte, dass erstens die streitige Norm gewohnheitsrechtlich entstanden war, und dass zweitens Deutschland die Voraussetzungen des *persistent objector* erfüllte, wäre es auf die Frage angekommen, ob Deutschland trotz Protests kraft Ius Cogens an die streitige Norm gebunden wäre. Der Nordseefestlandssockelfall spielt denn auch in späteren Debatten zum Ius Cogens keine Rolle. Vielleicht rührte Moslers Bezugnahme auf den Fall schlicht daher, dass er das Urteil des IGH als *Ad-hoc*-Richter





mitverhandelt hatte. Mosler gelingt es in seinem Aufsatz insgesamt nicht, eine stringente Konzeption des völkerrechtlichen Ius Cogens vorzulegen.

3. Moslers Methode: Beispiele aus Deutschland und Europa.

Neben diese inhaltlichen treten auch methodische Schwächen. Die zweischrittige Argumentation Moslers beim Ius Cogens als Gegenbegriff zum Ius Dispositivum (erstens: Ius Cogens als Prinzip im innerstaatlichen Recht; zweitens: Übertragung des Prinzips ins Völkerrecht) erinnert an eine anerkannte Methode zur Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völkerrechts. Dabei erstaunt, wie freimütig Mosler sich im Abschnitt zum Ius Cogens im innerstaatlichen Recht (14-16) damit begnügt, einen Blick allein in die deutsche Rechtsordnung zu werfen, um die so ermittelte Bedeutung des Ius Cogens dann seiner weiteren Abhandlung zugrunde zu legen. Nach schon damals einhelligem Verständnis des Artikel 38 des IGH-Statuts kommt es nämlich für die allgemeinen Rechtsgrundsätze darauf an, dass diese in den nationalen Rechtsordnungen vieler und verschiedenster Staaten anerkannt sind. Mosler zitiert das deutsche BGB (15) und wendet seinen Blick keiner anderen nationalen Rechtsordnung zu. Auch in anderen Abschnitten dominieren Beispiele aus dem deutschen Recht, sei es der Grundsatz der Bundestreue aus dem Grundgesetz (31), die Figur des Ermessensspielraums aus dem Verwaltungsrecht (32), oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verfassungswidrigem Verfassungsrecht (38).

Immerhin ist aber auch der europäische Geist Moslers (der ab 1959 als Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte diente) erkennbar. So nimmt Mosler Bezug auf die Rechtsprechung dieses Gerichts (32) und führt, wie schon erwähnt, die Europäischen Gemeinschaften als Organisationen an, deren Mitgliedsstaaten in eine Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit eingewilligt haben (20-21). Dennoch: nationale oder regionale Beispiele jenseits des deutschen oder europäischen Rechtskreises fehlen. Das erstaunt umso mehr, wenn man bedenkt, dass Mosler zur selben Zeit Direktor eines Instituts war, zu dessen Aufgaben es zählte, Rechtsvergleichung auch mit Rechtsordnungen außerhalb der Grenzen Europas zu betreiben. Auch der Umstand, dass Mosler seinen (später überarbeiteten) Aufsatz zunächst als Vortrag vor der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht hielt, kann hier kaum als Erklärung dienen, da Mosler auf das Schweizer Recht ebenfalls in keiner Weise eingeht.

Es drängt sich daher der Eindruck auf, dass Mosler Denken über das Ius Cogens im Völkerrecht auf ein deutsches und europäisches Vorverständnis beschränkt blieb. Die heutige Völkerrechtswissenschaft würde es zutreffend als Eurozentrismus und epistemischen Nationalismus kritisieren, universelles Völkerrecht durch eine solche Brille zu lesen. Ein Merkmal des [epistemischen Nationalismus](#) ist nach dem von Anne Peters geprägten Begriff, dass Zugänge zum Völkerrecht von Vorverständnissen aus dem nationalen Recht verfärbt sind





und dadurch ihren universellen Anspruch nicht erfüllen können. Genau dieser Gefahr setzt Mosler sich mit seiner Beschränkung auf überwiegend deutsche Beispiele aus.

4. Ausblick ins Ungewisse

Trotz dieser methodischen Schwäche und trotz der Unklarheiten, die Moslers Ausführungen zum Konzept des Ius Cogens nicht beseitigen konnten, ist seine Unterscheidung der zwei konzeptionellen Wurzeln des Ius Cogens im Völkerrecht erhellend. Sie mag nämlich eine Erklärung bieten für die bleibende konzeptionelle Unschärfe des Ius Cogens im Völkerrecht. Einerseits wird das Ius Cogens auch heute noch als Grenze der Rechtsetzungsmacht der Staaten gesehen, ähnlich einem Ius Cogens als Gegenbegriff zum Ius Dispositivum. Dann handelt es sich um eine bloße Regelungstechnik, die für beliebige Inhalte und regionales Ius Cogens offen wäre. Andererseits wird das Ius Cogens heute ganz überwiegend mit den grundlegenden Werten der Völkerrechtsgemeinschaft verknüpft, wie es der Ordre-public-Konzeption innewohnt und wie zuletzt in den Schlussfolgerungen der Völkerrechtskommission betont. Das konzeptionelle Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Wurzeln des Ius Cogens vermag die bleibende Unschärfe des Ius Cogens im Völkerrecht zu erklären. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Ius Cogens im Völkerrecht und in der Völkerrechtswissenschaft weiterentwickeln wird. Entgegen Moslers eingangs zitierter Einschätzung von 1969 scheint mir heute, dass eine abschließende Beurteilung der philosophischen und auch emotionalen Höhepunkte der Diskussion über Ius Cogens ebenso unangemessen wäre wie die damit verbundene Prognose weiterer Völkerrechtsentwicklungen.

