

ABHANDLUNGEN

Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts

Alfred Verdross

- I. Einleitung
- II. Theorien über die Entstehung der Normen des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts (VGR)
 - a) Die klassische Konsenttheorie
 - b) Die Anerkennungstheorie
 - c) Konsens mit *opinio iuris*
 - d) Das Herkommen
 - e) Übung mit allmählich hinzutretendem Rechtsbewußtsein
 - f) A g o ' s Theorie der spontanen Rechtserzeugung
 - g) S u y ' s neue Konsenttheorie
- III. Verschiedene Arten des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts
 - a) Die normativen Grundlagen des völkerrechtlichen Vertragsrechts
 - b) Spontan entstandene Normen des völkerrechtlichen Verkehrs
 - c) Allmähliche Rezeption außerrechtlicher Normen durch das VGR
 - d) Streitgeborene Normen des VGR
 - e) Durch zwischenstaatlichen Konsens erzeugte Normen des VGR
 - f) Durch die völkerrechtliche Judikatur außer Streit gestellte Normen des VGR
 - g) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung vertraglicher oder durch eine Deklaration der Vereinten Nationen verkündeter Normen
 - h) Gemeinsame Merkmale
- IV. Der Geltungsgrund des VGR

I. Einleitung

Ogleich über die Entstehungsweise des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts (VGR) eine umfangreiche Literatur vorliegt¹⁾, so besteht doch keine

¹⁾ Außer den in den späteren Anmerkungen angeführten Werken und Schriften: C a v a g l i e r i, *La consuetudine internazionale* (1907); O p p e n h e i m, *Zur Lehre vom internationalen Gewohnheitsrecht*, Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht, Bd. 25 (1915), S. 1 ff.; B a l l a d o r e P a l l i e r i, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, Bd. 20 (1928), S. 338 ff.; G i a n n i, *La coutume en droit international* (1932); G o u l e t, *La coutume en droit international* (1932); K e l s e n, *Théorie du droit international coutumier*, *Revue internationale de la théorie du droit* (1939), S. 261 ff.; K o p e l m a n a s, *Custom as a means of creation of*

Übereinstimmung darüber, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um den Bestand einer Norm des VGR feststellen zu können²⁾. Da es aber wahrscheinlich ist, daß in jeder der verschiedenen Theorien ein richtiger Kern steckt, liegt die Vermutung nahe, daß die Annahme einer einheitlichen Entstehungsart aller Normen des VGR der Kritik nicht standhalten kann. Um diese Hypothese verifizieren zu können, wollen wir die Normen des VGR in verschiedene Gruppen gliedern und die Normen jeder dieser Gruppen auf ihre Entstehungsart untersuchen. Vorerst müssen wir aber die verschiedenen über diese Frage bestehenden Theorien darstellen und ihre charakteristischen Merkmale herausarbeiten.

II. Theorien über die Entstehung der Normen des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts (VGR)

a) Die klassische Konsenstheorie

Die älteste Theorie über diese Frage ist die Konsenstheorie, da ihr schon die Begründer der Völkerrechtswissenschaft huldigen. So ist nach Francisco Suárez eine Gewohnheit nur verbindlich, wenn sie die Zustimmung der Machthaber erlangt hat³⁾. Für Hugo Grotius entsteht das ganze positive Völkerrecht (VR) durch zwischenstaatlichen *consensus*, während der *usus* nur als Beweismittel für das Vorhandensein eines Konsenses angesehen wird⁴⁾. Christian Wolff sagt, daß das VGR durch stillschweigenden Konsens zustandekommt⁵⁾. Auch Emer de Vattel betont, daß sich das VGR »auf stillschweigende Zustimmung, oder wenn man will, auf einen stillschweigenden Vertrag derjenigen Nationen, die es unter sich beobachten«

international law, British Yearbook of International Law (1939), S. 127 ff.; Sørensen, Les sources du droit international (1946); Guggenheim, Les deux éléments de la coutume en droit international, in: Etudes en l'honneur de G. Scelle, Bd. 1 (1950), S. 275 ff.; Hagemann, Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht, Bd. 10 (1953), S. 61 ff.; Kunz, The nature of customary law, American Journal of International Law, Bd. 47 (1953), S. 662 ff.; Ziccardi, La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche (1960); Tunkin, Remarks on the juridical nature of customary norms of International Law, California Law Review, Bd. 49 (1961), S. 419 ff.

²⁾ Darauf weist schon Triepel, in »Völkerrecht und Landesrecht« (1899), S. 95 hin.

³⁾ De legibus ac Deo legislatore (1617) VII, cap. 13, 6.

⁴⁾ De iure belli ac pacis (1625) Prolegomena, § 17: «sicut cuiusque civitatis iura utilitatem suae civitatis respiciunt, ita inter civitates aut omnes plerasque ex consensu iura quaedam nasci potuerunt...». Dazu Buch I, cap. 14, 1: «... ius gentium ... quod gentium omnium aut multorum voluntate vim obligandi accepit». Ferner I, cap. 14, 2: «probat ur autem hoc ius gentium ... usu continuo ...» (vom Verf. gesperrt).

⁵⁾ Ius gentium methodo scientifica pertractatum (1764), Prolegomena, § 24: «ius gentium consuetudinarium tacito consensu gentium ... nititur» (vom Verf. gesperrt).

gründet⁶⁾. Durchaus folgerichtig ziehen diese Schriftsteller daraus den Schluß, daß die Normen des VGR nur jene Staaten binden, die sie angenommen haben. Es gibt daher für sie kein universelles, sondern nur partikuläres VGR⁷⁾. Allgemeinverbindlich ist für sie nur das Naturrecht.

Jener Gedanke wird von Heinrich T r i e p e l wieder aufgenommen, der sich von der später zu besprechenden Anerkennungstheorie, die sich im Anschluß an die historische Rechtsschule entwickelt hatte⁸⁾, klar und deutlich distanziert⁹⁾, indem er – ähnlich wie die Klassiker des VR – die Normen des VGR auf eine durch konkludente Handlungen entstandene Vereinbarung zurückführt¹⁰⁾.

Für diese Lehre ist also der so entstandene zwischenstaatliche Konsens ein positives VR erzeugender Akt (*fait normatif, fatto normativo*), da erst durch ihn eine Norm des VGR erzeugt wird.

An der klassischen Theorie hält auch Gregory T u n k i n fest, da er meint, daß die Normen des VGR durch zwischenstaatlichen Konsens zustandekommen und nur jene Staaten verpflichten, die ihnen zugestimmt haben¹¹⁾.

b) Die Anerkennungstheorie

Der Konsenstheorie steht die Anerkennungstheorie gegenüber, welche die Auffassung vertritt, daß der Übung eine präexistente Norm zugrundeliegt, die dann durch die ihr entsprechende Übung zu einer Norm des VGR gestaltet wird. Ihr Hauptvertreter ist Paul H e i l b o r n , der ausführt, daß nicht die Übung als solche verpflichtet,

»auch nicht das in ihr zum Ausdruck gelangte Rechtsbewußtsein, wohl aber die mit diesem Rechtsbewußtsein notwendig verbundene, in der Übung ausgesprochene A n e r k e n n u n g des Satzes als Rechtssatz. Zum Nachweis eines Gewohnheitssatzes gehört also die Darlegung, daß er tatsächlich und in A n e r k e n n u n g einer Rechtspflicht geübt wird. Die Anerkennung gründet sich bei den ersten Übungsfällen allein auf die Rechtsüberzeugung, das heißt auf die Erkenntnis, daß das entsprechende Verhalten ... rechtlich geboten

⁶⁾ Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains (1758), Einleitung § 25.

⁷⁾ So ausdrücklich Chr. Wolff, (oben Anm. 5) § 24 und de Vattel (oben Anm. 6).

⁸⁾ Es ist das Verdienst von P. G u g g e n h e i m , diesen Nachweis in seinen Haager Vorlesungen «Contributions à l'histoire des sources du droit des gens», Rec. d. C., Bd. 94 (1958 II), S. 5 ff., erbracht zu haben.

⁹⁾ T r i e p e l (oben Anm. 2), S. 30.

¹⁰⁾ So im ersten Band des Rec. d. C. der Haager Akademie: «... il se peut aussi que les Etats ... donnent à entendre par des actes concluants qu'ils veulent être liés par une certaine règle ...» (vom Verf. gesperrt).

¹¹⁾ T u n k i n (oben Anm. 1).

sei. Weil die Handlungsweise selbstverständlich erschien, forschte man dem Verpflichtungsgrund nicht weiter nach. Aber zur Erkenntnis mußte die rechtlich relevante Erklärung, die *Anerkennung*¹²⁾ hinzukommen. Im Gegensatz zur Vereinbarung fehlt also bei der Übung der Schöpfungswille. Darum reicht andererseits die Anerkennung . . . allein nicht hin zur Begründung der Verpflichtung, sondern mit ihr muß die Rechtsüberzeugung . . . verbunden sein¹³⁾.

Der Sinn dieser gewundenen Darstellung ist es also, daß zur Entstehung einer Norm des VGR das Bewußtsein einer Rechtspflicht, also das Bewußtsein durch eine Norm gebunden zu sein, sowie die Anerkennung dieser Verpflichtung durch die Übung erforderlich sei.

c) *Konsens mit opinio iuris*

Der berühmte italienische Völkerrechtslehrer Dionisio Anzilotti stimmt mit der erstgenannten Theorie darin überein, daß zur Entstehung einer Norm des VGR ein zwischenstaatlicher Konsens erforderlich sei. Er fügt aber folgendes hinzu: »Im VR spricht man von Gewohnheitsrecht, eher als von einfacher Übung, dann, wenn die Staaten sich mit der *opinio necessitatis* tatsächlich auf eine bestimmte Weise verhalten«. Sie handeln also in der Überzeugung, »daß eine Rechtsnorm beobachtet wird«. Durch diese Handlungen entstehe ein stillschweigender Vertrag (*tacitum pactum*), so daß »die bindende Kraft der Rechtsübung, ebenso wie die der Verträge aus der völkerrechtlichen Grundnorm *pacta sunt servanda*« stamme¹⁴⁾.

Diese eigenartige Verbindung der Konsenstheorie mit der Anerkennungstheorie vermag nicht zu überzeugen. Denn entweder besteht zunächst eine Rechtsnorm, die durch die Übung bestätigt wird, oder die Rechtsnorm kommt erst durch zwischenstaatlichen Konsens zustande. Im zweiten Falle können aber die Staaten nicht die Überzeugung haben, eine Rechtsnorm zu beobachten, da sie ja erst durch einen stillschweigenden Vertrag gebildet werden soll. Vielleicht meint aber Anzilotti nur, daß die Staaten bei der Bildung einer solchen Norm das Bewußtsein haben müssen, eine für den internationalen Verkehr notwendige Norm zu setzen, da er von einem Verhalten *opinio necessitatis* spricht.

¹²⁾ Vom Verf. gesperrt.

¹³⁾ Grundbegriffe des Völkerrechts (1912), S. 38. Siehe auch seine Haager Vorlesungen in Rec. d. C., Bd. 68, S. 324-414.

¹⁴⁾ Lehrbuch des Völkerrechts (1929), S. 53. Diese Lehre wird noch in der 4., nach dem Tode des Verfassers erschienenen Auflage des «Corso di diritto internazionale» (1953), S. 71 ff., aufrechterhalten.

d) Das Herkommen

Der erste Schriftsteller, der die Gewohnheiten als Erzeugungstatbestand des VGR betrachtet, war Johann Jakob Moser¹⁵⁾, der neben den Verträgen »das Herkommen oder die Gewohnheiten unter mehreren europäischen Staaten« als zweite Quelle des VR anerkennt¹⁶⁾. Dieses Herkommen binde nicht nur jene Staaten, die sich an der Übung beteiligt haben, sondern (mit einer im IV. Abschnitt dieser Abhandlung zu besprechenden Einschränkung) alle europäischen Staaten (deren Verhalten allein von Moser untersucht wird). Das wird von ihm nicht nur behauptet, sondern auch begründet, indem er sich erstmals die Frage vorlegt, wie ein Staat unabhängig sein und zugleich sich »nach dem richten müsse, was nicht einmal unter allen, sondern auch wohl nur unter mehreren anderen europäischen Staaten üblich ist«. Darauf antwortet Moser, daß sich die Staaten »selbst freywillig dazu bekennen; wer kann es dann mit Bestand in Zweifel ziehen!«. Dieser Beweis wird erbracht »aus denen eigener Staatsschriften« der europäischen Mächte, aus denen sich ergibt, »daß besagte Souveraines 1. sich freiwillig auf ein VR berufen, 2. unter selbigem eigentlich nichts anderes verstehen, als was unter denen unabhängigen europäischen Staaten Herkommens ist, und 3. daß sie selber diesem Herkommen eine wahre und wirkliche Verbindlichkeit beylegen«¹⁷⁾. Sie anerkennen also, daß die Norm *consuetudo est servanda* in Geltung steht.

Eine Erneuerung dieser Lehre finden wir bei Hans Kelsen und Paul Guggenheim¹⁸⁾, welche diese Auffassung aber später revidiert haben, wie wir gleich sehen werden.

e) Übung mit allmählich hinzutretendem Rechtsbewußtsein

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre anerkennen nun Kelsen und Guggenheim, daß zur Übung die *opinio iuris* hinzutreten muß, um eine Norm des VGR zu erzeugen¹⁹⁾. Kelsen meint aber, daß die Staaten nicht gerade das Bewußtsein haben müssen, eine rechtliche Norm zu beobachten²⁰⁾.

¹⁵⁾ Darüber auch die Ausführungen im Text unter IV.

¹⁶⁾ Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens- und Kriegszeiten, Bd. 1 (1777). Vorläufige Abhandlung: Von den Normen, darnach sich die europäischen Souveraines in ihren Staatshandlungen zu richten pflegen. § 5 Herkommen.

¹⁷⁾ *Ibid.* Abs. 2, 3 und 4.

¹⁸⁾ In den oben Anm. 1 angeführten Schriften dieser Autoren. Vgl. auch Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (5. Aufl. 1968), S. 130 f.

¹⁹⁾ Kelsen, *Principles of International Law* (in der 2. von Tucker hrsg. Aufl. 1966), S. 440 ff.; Guggenheim, *Traité de droit international public*, Bd. 1 (1967), S. 93 ff.

Auch Balladore Pallieri²¹⁾, Dahm²²⁾, Berber²³⁾, Sørensen²⁴⁾, Kunz²⁵⁾ und verschiedene andere Schriftsteller vertreten die Auffassung, daß nur eine von der Rechtsüberzeugung begleitete Übung Normen des VGR hervorbringen könne. Die meisten dieser Schriftsteller kämpfen aber mit der Schwierigkeit, die Rechtsüberzeugung in ein richtiges Verhältnis zur Übung zu bringen. Denn bei den ersten Übungsfällen kann sie noch nicht vorhanden sein, wenn angenommen wird, daß die Normen des VGR erst durch die allgemeine Übung geschaffen werden. Also muß zuerst die so erzeugte Norm vorliegen, bevor die Überzeugung entstehen kann, eine Rechtspflicht zu erfüllen²⁶⁾. Es ist aber durchaus möglich, daß zu einer Übung allmählich die Überzeugung hinzutritt, eine im Werden befindliche Norm zu beobachten, wodurch schließlich durch ihre wiederholte Anwendung das Bewußtsein entsteht, zu einem solchen Verhalten verpflichtet zu sein, da es nun von den anderen Staaten erwartet wird²⁷⁾. Das scheint mir der einzige Ausweg zu sein, um aus der gerade erwähnten Sackgasse herauszukommen, in die sich die herrschende Lehre verirrt hat. Ob diese Erklärung aber für alle Normen des VGR zutrifft, wird später zu untersuchen sein.

f) Ago's Theorie der spontanen Rechtserzeugung

Von einer spontanen Erzeugung des VGR sprechen schon Anzilotti²⁸⁾ und Balladore Pallieri²⁹⁾. Sie verstehen aber darunter nur, daß diese Normen nicht bewußt gesetzt werden. Hingegen meint Roberto Ago, daß alle Normen des VGR im Gewissen der Rechtsgenossen (*dans la conscience des associés*) spontan entstehen, während die Übung nur ein Mittel sei, um die Geltung dieser Normen zu beweisen³⁰⁾. Er wendet sich dabei gegen die herrschende Lehre, nach der alle Normen des VR in einem be-

²⁰⁾ Kelsen (oben Anm. 19), S. 440: "They must believe that they apply a norm, but they need not believe that it is a legal norm which they apply".

²¹⁾ Diritto internazionale pubblico (8. Aufl. 1962).

²²⁾ Völkerrecht, Bd. 1 (1958), S. 29.

²³⁾ Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1 (1960), S. 43 ff.

²⁴⁾ Oben Anm. 1 und in Rec. d. C., Bd. 101 (1960 III), S. 35 ff.

²⁵⁾ Oben Anm. 1.

²⁶⁾ Quadri (oben Anm. 18), S. 130: «L'opinio iuris, presuppone la norma, non la costituisce».

²⁷⁾ So Balladore Pallieri (oben Anm. 21), S. 75; auch Sereni, Diritto internazionale, Bd. 1 (1956), S. 126.

²⁸⁾ Corso (oben Anm. 14), S. 73: «Gli accordi taciti – essendo manifestazioni spontanee, quasi incoscienti...».

²⁹⁾ Oben Anm. 21, S. 74: «le consuetudini... si formano spontaneamente nelle società».

³⁰⁾ Scienza giuridica e diritto internazionale (1950) und Science juridique et droit international, Rec. d. C., Bd. 90 (1956 II), S. 857 ff., 932 ff.

stimmten, vorher geregelten Verfahren »gesetzt« werden, indem er zwischen den spontanen, im Rechtsbewußtsein der Staaten geborenen Normen und den auf ihrer Grundlage durch bestimmte Willensakte ins Leben gerufenen Normen unterscheidet.

Ago bekämpft sogar jene Lehre, die anerkennt, daß einzelne originäre Normen spontan entstehen, nämlich jene, welche die Verfassung der Staatengemeinschaft bilden und daher sowohl dem Vertragsrecht wie dem VGR zugrunde liegen³¹⁾, da er behauptet, daß das ganze VGR – wie Pallas Athene aus dem Haupte des Zeus – fertig aus dem Rechtsgewissen der Staaten hervorgehe³²⁾.

Gleichwohl meint Ago, es sei absurd anzunehmen, daß zur universellen Geltung einer Norm des VGR der Beweis erbracht werden müsse, daß diese im Gewissen aller Staaten nachweisbar sei³³⁾. Da nun aber Ago nur einzelne Gewissen verschiedener Staaten kennt, kann er die Bindung jener Staaten nicht erklären, in deren Gewissen eine bestimmte Norm nicht vorhanden ist. Wenn man daher mit Ago die Normen des VGR dem Gewissen entspringen läßt, so könnte man die Verpflichtung, eine bestimmte Norm zu beobachten, für jene Staaten, in deren Gewissen sie nicht zu finden ist, nur begründen, wenn man entweder ein Weltgewissen oder eine Grundnorm anerkennen würde, die allen Staaten vorschreibt, den im Gewissen der meisten Staaten entstandenen Normen zu entsprechen. Ago lehnt aber beides ab. Ein universelles Weltgewissen, das die einzelnen Staaten überspannt, kann er nicht annehmen, da er die Staatengemeinschaft als eine *comunità paritaria* betrachtet. Auch die Idee der Grundnorm wird von ihm mit aller Entschiedenheit verworfen³⁴⁾.

Aus diesen kritischen Bemerkungen darf aber nicht der falsche Schluß gezogen werden, daß ich – gleich Sereni³⁵⁾ und Kunz³⁶⁾ – die Lehre der spontanen Rechtserzeugung überhaupt ablehne. Ich bin nur der Meinung, daß sie über das Ziel schießt, wie noch näher darzulegen sein wird.

g) Suy's neue Konsensstheorie

Während die klassische Konsensstheorie das VGR durch einen stillschweigenden Vertrag entstehen läßt, meint Eric Suy, daß die Normen des VGR

³¹⁾ In der in der vorigen Anm. angeführten Haager Vorlesung, S. 935.

³²⁾ *Ibid.*

³³⁾ *Ibid.*, S. 934.

³⁴⁾ *Ibid.*, S. 947: «la nécessité d'abandonner complètement ... toute idée d'une prétendue norme de base».

³⁵⁾ Dottrine italiane di diritto internazionale, in: Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi, Bd. 2 (1957), S. 285 ff.

³⁶⁾ R. Ago's theory of "spontaneous" International Law, in: Kunz, The changing law of nations (1968), S. 396 ff.

in einem anderen Verfahren als in dem der völkerrechtlichen Verträge erzeugt werden, obgleich in beiden Fällen die Bindung durch zwischenstaatlichen Konsens zustandekomme.

Während aber beim Vertragsrecht die Rechtserzeugung erst mit dem Abschluß eines Vertrages zwischen zwei oder mehreren Staaten vorliege, beginne die Rechtserzeugung des VGR mit der *e i n s e i t i g e n* Setzung einer Norm durch einen oder mehrere Staaten, die dann durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der anderen Staaten zu einer Norm des VGR ausgestaltet werden kann. Daher könne – so fährt S u y fort – der ein solches Verfahren einleitende Staat niemals das Bewußtsein haben, durch eine bereits geltende Norm gebunden zu sein. Er könne nur das Bewußtsein haben, eine *n e u e* Norm zu setzen, obgleich er weiß, daß sich diese erst durch ihre Annahme durch die anderen Staaten zu einer Norm des VGR entfalten kann. Ein solcher Konsens könne aber nicht nur ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, sondern auch durch die bloße Hinnahme eines bestimmten Verhaltens (*acquiescence*) zustandekommen³⁷⁾. Auf diese Weise kann aber die *u n i v e r s e l l e* Geltung einer Norm kaum erklärt werden, da das Schweigen nur jener Staaten als Zustimmung gewertet werden kann, in deren Rechte oder Interessen durch die einseitige Normsetzung eingegriffen wurde.

Die universelle Geltung *a l l e r* Normen des VGR wird daher auf diesem Wege nur schwer nachweisbar sein. Insbesondere kann diese neue Konsens-theorie die Bindung der neuen Staaten an das schon vor ihrer Entstehung geltende VGR nicht begründen. Gleichwohl ist nur diese Theorie imstande, einzelne Entstehungsweisen des VGR zu erklären, wie wir noch sehen werden.

III. Verschiedene Arten des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts

a) Die normativen Grundlagen des völkerrechtlichen Vertragsrechts

Verschiedene angesehene Schriftsteller betrachten die dem völkerrechtlichen Vertragsrecht zugrundeliegende Norm *pacta sunt servanda* als eine Norm des VGR³⁸⁾. Wie ist das möglich, da das VGR über den Abschluß von solchen Verträgen doch erst in der sich darüber entwickelnden Staatenpraxis entstehen konnte? Da aber schon der erste solche Vertrag vom Grundsatz

³⁷⁾ Les actes juridiques unilatéraux en droit international public (1962), S. 249 f., 260 ff.

³⁸⁾ So Morelli, Rec. d. C., Bd. 89 (1956 I), S. 459; Kelsen (oben Anm. 19), S. 289; Guggenheim (oben Anm. 19), S. 40; Kunz (oben Anm. 1).

pacta sunt servanda beherrscht war, kann er nicht durch die Übung erzeugt worden sein. Diese kann ihn nur bestätigt, aber nicht geschaffen haben.

Dagegen wende man nicht ein, daß im Altertum die Verbindlichkeit der Staatsverträge nicht in einer überstaatlichen Norm, sondern im Sakralrecht der einzelnen Vertragsteile fundiert wurde, während die v ö l k e r r e c h t l i c h e Norm *pacta sunt servanda* erst mit der Herausbildung der modernen Staatengemeinschaft als Grundlage der Staatsverträge angesehen wurde³⁹⁾. Denn das ändert nichts an der Tatsache, daß gleichzeitig mit der Entstehung dieser Gemeinschaft *uno actu* der Grundsatz *pacta sunt servanda* anerkannt wurde, noch bevor sich darüber eine Übung entwickeln konnte.

In einer unlöslichen Verbindung mit dieser Norm steht jene, welche die souveränen Mächte⁴⁰⁾ als originäre Völkerrechtssubjekte anerkennt. Auch diese Norm kann nicht erst durch die Übung erzeugt worden sein, da sowohl die zwischenstaatliche Übung wie die völkerrechtlichen Verträge den Bestand von souveränen Völkerrechtssubjekten zur Voraussetzung haben⁴¹⁾.

Die in Rede stehende Doppelnorm bestimmt aber nicht nur, daß die Normen des VR auch im Vertragswege erzeugt werden können, wie Kunz meint⁴²⁾, sondern überdies, daß die so entstandenen Normen auch befolgt werden sollen⁴³⁾.

Im Sinnzusammenhang mit der Norm *pacta sunt servanda* stehen jene Normen, die ihre immanente(n) Grenzen abstecken, da sie sich aus der das ganze Vertragsrecht durchdringenden *bona fides* ergeben⁴⁴⁾. Ohne auf diese Frage hier näher eingehen zu können, gehört dazu jedenfalls der Grundsatz *inadimplendi non est inadimplendum*⁴⁵⁾ sowie der Grundsatz *rebus sic stantibus*, so fern man darunter mit Grotius bloß versteht,

³⁹⁾ So richtig Guggenheim (oben Anm. 19), S. 115 f.; ebenso meine Abhandlung »Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtslehre«, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 18 (1924), S. 413–431, neu abgedruckt in Kleczky/Marcic/Schambeck, Die Wiener rechtstheoretische Schule (1968) Bd. 1, S. 2079 ff., 2082 f.

⁴⁰⁾ Den Ausdruck souveraine oder unabhängige »Machten« findet man schon bei Moser (oben Anm. 16) § 1.

⁴¹⁾ Ballardore Pallieri (oben Anm. 21), S. 24; Sereni (oben Anm. 27), Bd. 1 (1956), S. 112 f. (*principi costituzionali*); Ziccardi, La costituzione dell'ordinamento internazionale (1942).

⁴²⁾ Oben Anm. 1.

⁴³⁾ So auch der offizielle Kommentar der ILC zu Art. 59 des Vertragsentwurfes über das völkerrechtliche Vertragsrecht, Reports of the International Law Commission, 1966, G.A., official records: Twenty-first session, suppl. no. 9 (A/6309/Rev. 1).

⁴⁴⁾ Auch Guggenheim (oben Anm. 19), S. 116.

⁴⁵⁾ Anzilotti in seinem Sondervotum im belgisch-niederländischen Streitfall über die Wasserentnahme aus der Mosel, Serie A/B, no. 70.

daß die Geltung eines Vertrages von seiner Geschäftsgrundlage abhängig ist⁴⁶⁾. Wie weit das aber der Fall ist, »muß aus dem Gegenstande, den Worten und Umständen entnommen werden«⁴⁷⁾.

In diesem Sinne sagt auch der offizielle Kommentar zu Art. 23 des von der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen ausgearbeiteten Vertragsentwurfes über das völkerrechtliche Vertragsrecht, daß die Norm *pacta sunt servanda* das *fundamental principle* dieses Vertragsrechts bildet. Dieser Grundsatz war aber von allem Anfang an mit der *bona fides* verknüpft, da jeder Vertrag *bona fide* (*in good faith, de bonne foi*) auszulegen⁴⁸⁾ und auch *bona fide* zu erfüllen ist⁴⁹⁾.

Bildet aber dieser so bestimmte Grundsatz die Voraussetzung des ganzen völkerrechtlichen Vertragsrechts, so kann er unmöglich erst in der Übung über die Anwendung dieser Verträge entstanden sein. Das VGR kann ihn nur bestätigen und näher entfalten.

b) Spontan entstandene Normen des völkerrechtlichen Verkehrs

Zugleich mit dem Beginn des zwischenstaatlichen Verkehrs sind jene Normen entstanden, ohne welche ein solcher Verkehr unmöglich wäre. Sie ergeben sich aus dem Ziele des von den Staaten gewollten Verkehrs, da jeder, der ein bestimmtes Ziel will, *implicite* jene Mittel anerkennt, die zur Erreichung dieses Zieles notwendig sind. So schreibt schon J. J. Moser, der als erster die ganze europäische Staatenpraxis analysiert hat, daß die diplomatischen Vertreter »von allen Zeiten her das Recht gehabt haben unverletzlich zu sein«⁵⁰⁾. Die Staaten sind zwar nicht verpflichtet, einen diplomatischen Verkehr zu pflegen, wenn sie ihn aber wollen, müssen sie jene Minimalnormen anerkennen, die zur Erfüllung der Aufgaben der diplomatischen Missionen unerlässlich sind.

Dasselbe gilt für die Parlamentäre im Kriege, da ohne Anerkennung ihrer

⁴⁶⁾ Grotius (oben Anm. 4), II cap. VI/2: «si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter nullam eiusque esse vim, quia omnino promissor non consentit in promissum, nisi sub quadam conditione quae re ipsa non extitit».

⁴⁷⁾ *Ibid.*: «Quando autem lex in tali praesumptione sit fundate, ex legis materia, verbis et circumstantis colligendum».

⁴⁸⁾ Art. 27/1 des oben Anm. 43 angeführten Vertragsentwurfes: "A treaty shall be interpreted in good faith...". Ebenso Art. 31/1 der Wiener Konvention über das Vertragsrecht.

⁴⁹⁾ Art. 23 desselben Vertragsentwurfes: "Every treaty... must be performed... in good faith". Ebenso Art. 26 der in der vorigen Anm. angeführten Konvention.

⁵⁰⁾ Moser (oben Anm. 16) 4. Buch, § 1.

grundsätzlichen Unverletzlichkeit Verhandlungen zwischen den Kriegsteilen unmöglich sind.

Zu dieser Gruppe gehören auch die Normen über die gegenseitige Achtung der Staaten als Völkerrechtssubjekte⁵¹⁾, da auch diese Normen spontan mit dem völkerrechtlichen Verkehr entstehen.

c) Allmähliche Rezeption außerrechtlicher Normen durch das VGR

Andere Normen des VGR entstehen in der Weise, daß zunächst ein bestimmtes Verhalten ohne *opinio iuris*, aus bloßer Courtoisie oder aus Billigkeit beobachtet wird, zu dem dann später das Bewußtsein hinzutritt, daß ein solches Verhalten geboten ist. So haben z. B. die Staaten seit langem den bei ihnen beglaubigten, diplomatischen Vertretern verschiedene fiskalische Vorrechte aus Courtoisie gewährt⁵²⁾. Erst allmählich ist in ihnen das Bewußtsein erwacht, daß diese Privilegien für den diplomatischen Verkehr notwendig sind⁵³⁾.

Ebenso haben verschiedene Staaten in Kriegszeiten die der Küstenfischerei dienenden kleinen Fischerboote zunächst aus Gründen der Billigkeit vom Seebeuterecht ausgenommen. Seit dem 16. Jahrhundert wurde dann diese Befreiung in einzelne Edikte und Verträge aufgenommen. Erst allmählich ist aber der Gedanke ins allgemeine Bewußtsein getreten, daß ein solches Verhalten aus Gründen der Menschlichkeit geboten ist, da solche Fischer in der Regel ihr Leben notdürftig vom Fischfang fristen⁵⁴⁾. So hat der Supreme Court der USA in den Fällen der beiden Fischerboote *The Paquete Habana* und *Lola* im Erkenntnis vom 8. Jänner 1900 die Urteile des District Court of Southern District of Florida, welche diese Schiffe als Prise verurteilt hatten, mit der Begründung aufgehoben, daß sich die alte Übung, Fischerboote vom Prisenrecht auszunehmen, allmählich (*gradually*) zu einer Norm des VGR entwickelt hat⁵⁵⁾, die dann durch Art. 3 des XI. Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 über gewisse Beschränkungen in der Ausübung des Beuterechtes im Seekrieg kodifiziert wurde.

Andere Beispiele der Umwandlung humanitärer Normen in Normen des

⁵¹⁾ Oppenheim-Lauterpacht, *International Law* (5. Aufl. 1937), S. 218 f.

⁵²⁾ Dahm (oben Anm. 22), S. 136.

⁵³⁾ Wie wir aus Art. 36 der Wiener Konvention vom 18. 4. 1961 über die diplomatischen Beziehungen ersehen.

⁵⁴⁾ Böhmert, *Fischerboote*, in Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch* Bd. 2, S. 525.

⁵⁵⁾ Scott/Jaeger, *Cases of International Law* (1937), S. 21 f. Richtig bemerkt der IGH im Falle *South West Africa*, *Recueil* 1966, S. 34: «La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante».

VGR liefert uns das humanitäre Kriegsrecht, insbesondere das Kriegsgefangenenrecht. Auch diese humanitären Normen sind zunächst teilweise in das VGR eingegangen und dann kodifiziert worden, was durch die Präambel der Haager Landkriegsordnung bestätigt wird.

Auf diese und andere, in ähnlicher Weise entstandene Normen paßt daher jene Theorie, welche annimmt, daß beim VGR zu einer tatsächlichen Übung die Rechtsüberzeugung allmählich hinzutritt.

d) Streitgeborene Normen des VGR

Verschiedene Normen des VGR haben ihren Ursprung in der Tatsache, daß verschiedene Staaten einander widersprechende Ansprüche erheben. In diesem dialektischen Prozesse können dann entweder bestimmte Ansprüche allgemein anerkannt werden oder es kann ein Ausgleich zwischen den einander widerstrebenden Interessen zustandekommen.

Ein Beispiel der ersten Art liefert uns der Grundsatz der Meeresfreiheit, der sich gegen den Anspruch einzelner Seemächte auf Beherrschung bestimmter Meeresteile im VGR siegreich durchgesetzt hat⁵⁶⁾ und schließlich durch das Genfer Abkommen vom 29. April 1958 über die hohe See auch vertraglich anerkannt wurde.

Hingegen entstanden die Normen des VGR über das Seebeuterecht durch einen Ausgleich zwischen den Ansprüchen der Kriegführenden auf Unterbindung des neutralen Handels mit ihren Feinden und den Ansprüchen der neutralen Staaten auf freien Handelsverkehr⁵⁷⁾. Da nur einzelne dieser Normen kodifiziert wurden⁵⁸⁾, beruhen sie im wesentlichen noch auf VGR.

e) Durch zwischenstaatlichen Konsens erzeugte Normen des VGR

Ein älteres Beispiel dieser Normengruppe bildet der Beschluß des französischen Staatsrates vom 20. November 1806 betreffend die Ausübung der Staatsgewalt des Uferstaates über die durch sein Küstenmeer durchfahrenden fremden Handelsschiffe, der durch die bewußte Übernahme durch andere Seemächte ins VGR eingegangen ist und schließlich durch Art. 19 und 20 des Genfer Abkommens vom 29. April 1958 über das Küstenmeer und die Anschließzone vertraglich verankert wurde. Der genannte Beschluß beruhte also zunächst nur auf innerstaatlichem Recht⁵⁹⁾. Da er aber die Strafgewalt über

⁵⁶⁾ Oppenheim-Lauterpacht (oben Anm. 51), S. 461 ff.

⁵⁷⁾ *Ibid.*, Bd. 2 (6. Aufl. 1944), S. 353 ff.

⁵⁸⁾ In der Pariser Seerechtsdeklaration von 1856. Die Londoner Seerechtsdeklaration von 1909 wurde nicht ratifiziert.

⁵⁹⁾ Richtig Guggenheim (oben Anm. 19), S. 110.

fremde Schiffe zum Gegenstand hatte, bildet er zugleich den ersten Akt der Erzeugung einer Norm des VGR über diesen Gegenstand, der dann durch die bewußte Übernahme dieser Regelung durch andere Staaten zur Bildung einer Norm des VGR und später auch des völkerrechtlichen Vertragsrechts geführt hat.

Ein aktuelles Beispiel der durch zwischenstaatlichen Konsens erzeugten Normen des VGR liefert uns der Grundsatz der souveränen Rechte der Uferstaaten über den sich an ihre Küste anschließenden, über das Küstenmeer hinausragenden Festlandssockel (Schelf), der zuerst vom Präsidenten der USA einseitig am 28. September 1945 proklamiert, dann aber von anderen Seemächten für ihren Festlandssockel rezipiert und schließlich durch das Genfer Abkommen vom 29. April 1958 über den Festlandssockel kodifiziert wurde⁶⁰).

Diese Beispiele beweisen uns, daß tatsächlich verschiedene Normen des VGR in der Weise erzeugt werden, wie es die früher vorgeführte Theorie Eric Suy's geschildert hat, da in diesen Fällen weder von einer Rezeption außerrechtlicher Normen durch das VGR, noch von einer unbewußten Rechtserzeugung und einem Mangel des Schöpfungswillens die Rede sein kann.

f) Durch die völkerrechtliche Judikatur
außer Streit gestellte Normen des VGR

Paul Guggenheim weist richtig darauf hin, daß die Geltung verschiedener Normen des VGR durch die völkerrechtliche Judikatur anerkannt wurde, obgleich der schiedsrichterliche oder richterliche Spruch nur *in concreto* zwischen den Parteien Recht schafft⁶¹). So kommt es häufig vor, daß sich die Staaten zur Begründung ihrer Ansprüche auf völkerrechtliche Judikate, die in Streitfällen zwischen anderen Staaten gefällt wurden, berufen. Dadurch anerkennen sie, daß zweifelhafte Normen durch die völkerrechtliche Judikatur außer Streit gestellt werden können.

So hat z. B. erst das Erkenntnis des IGH vom 9. April 1949 über die Durchfahrt durch die Meerenge von Korfu den Grundsatz sichergestellt, daß auch fremden Kriegsschiffen die Durchfahrt durch Meerengen, die für den internationalen Schiffsverkehr von Bedeutung sind, ohne Erlaubnis des oder der Uferstaaten gestattet ist⁶²).

⁶⁰) Vgl. dazu das Erkenntnis des IGH vom 20. 2. 1969 über den Festlandssockel in der Nordsee, *Recueil des arrêts* 1969, S. 1 ff., wo aber richtig gesagt wird, daß das in Art. 6 Abs. 2 des oben angeführten Abkommens enthaltene Abgrenzungsprinzip keine Norm des VGR geworden ist (S. 43 ff.). Dazu Anm. 68.

⁶¹) G u g g e n h e i m (oben Anm. 19), S. 112.

⁶²) *Recueil* 1949, S. 28.

Ebenso sind verschiedene Normen des VGR über Inhalt und Umfang der Wiedergutmachungspflichten⁶³⁾ sowie über die Notwendigkeit der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges vor einer diplomatischen Reklamation⁶⁴⁾ erst durch die völkerrechtliche Judikatur klar herausgearbeitet und abgegrenzt worden.

g) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung vertraglicher oder durch eine Deklaration der Vereinten Nationen verkündeter Normen

Obgleich die völkerrechtlichen Verträge nur für die Vertragsteile rechtsverbindlich sind, so können doch die durch sie vereinbarten Normen über den Kreis der Vertragsteile hinaus gewohnheitsrechtlich anerkannt werden. So sind z. B. die auf dem Wiener Kongreß von 1815 vereinbarten Normen über die diplomatische Rangordnung durch das VGR anerkannt und schließlich durch die Wiener Konvention vom 18. April 1961 über die diplomatischen Beziehungen bestätigt worden. Auch die Normen der Haager Landkriegsordnung sind, soweit sie nicht schon früher dem VGR angehört haben, in das VGR eingegangen, was u. a. der Interalliierte Militärgerichtshof von Nürnberg am 1. Oktober 1946 hervorgehoben hat⁶⁵⁾.

Eine solche Ausweitungsmöglichkeit des persönlichen Geltungsbereichs von Vertragsnormen anerkennt ebenfalls Art. 34 des von der Internationalen Rechtskommission der Vereinten Nationen ausgearbeiteten Vertragsentwurfes über die völkerrechtlichen Verträge sowie Art. 38 der Wiener Konvention über das Vertragsrecht.

Von einer solchen Ausweitung ist der umgekehrte Fall zu unterscheiden, daß eine Norm des VGR vertraglich kodifiziert wird. So waren z. B. die meisten Normen der Landkriegsordnung sowie der gerade erwähnten Wiener Konvention schon vorher Normen des VGR, während die durch jene Verträge neu geschaffenen Normen entweder vom VGR aufgenommen wurden oder eine solche Rezeption erwarten lassen⁶⁶⁾.

Natürlich können auch die in einer Deklaration der Generalversammlung der Vereinten Nationen oder einer anderen internationalen Organisation verkündeten Normen in die Staatenpraxis eingehen und so zu Normen des VGR werden^{66a)}.

⁶³⁾ Verdross, *Völkerrecht* (5. Aufl. 1964), S. 372 ff.

⁶⁴⁾ Zuletzt ausführlich Amerasinghe, *State responsibility for injuries to aliens* (1967), S. 238–269.

⁶⁵⁾ *American Journal of International Law*, Bd. 41 (1947), S. 248.

⁶⁶⁾ So erklärt es sich, daß das in der vorigen Anm. bezogene Judikat beide Momente verbindet, indem es ausführt: "The rules of land warfare expressed in the Convention . . . were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war".

h) Gemeinsame Merkmale

Trotz der verschiedenen Erzeugungsart der besprochenen Normengruppen des VGR haben sich doch das eine Merkmal gemeinsam, daß ihre Normen von der allgemeinen Staatenpraxis als Recht anerkannt werden, wie es in Art. 38 Abs. 1 b) des IGH-Statuts ausgesprochen wird⁶⁷⁾.

Diese Formel (*accepted as law, acceptée comme étant le droit*) entscheidet die doktrinaire Streitfrage, ob zum Verhalten der Staaten das psychologische Merkmal der Rechtsüberzeugung hinzutreten muß, um eine Norm des VGR zu erzeugen. Denn die Anerkennung einer Norm als Recht kann immer nur aus einem in der Außenwelt zum Ausdruck gelangten Verhalten der Staaten, also aus einer Handlung, einer Unterlassung oder einer Duldung erschlossen werden.

Eine solche Anerkennung als Recht kann aber in verschiedener Weise erfolgen. Es kann eine schon bestehende außerrechtliche Norm, eine Vertragsnorm, eine durch ein Judikat festgestellte Norm oder eine nur empfohlene Norm durch die allgemeine Übung als Norm des VGR anerkannt werden. Es kann aber auch umgekehrt eine tatsächliche Übung durch ihre Anerkennung als Recht zu einer Norm erhoben werden.

IV. Der Geltungsgrund des VGR

Es ist unmöglich, alle ungeschriebenen Normen des VR auf denselben Geltungsgrund zurückzuführen. So bildet die früher entfaltete Norm *pacta sunt servanda* zusammen mit der Norm über die originäre Völkerrechtssubjektivität der souveränen Mächte den Geltungsgrund des völkerrechtlichen Vertragsrechts. Da diese Doppelnorm keine Norm des VGR ist – wie früher gezeigt wurde – kann sie auf keine höhere Norm zurückgeführt werden, wenn wir von ihrer naturrechtlichen Grundlegung absehen. Diese originäre Norm bildet daher einen Bestandteil der Verfassung der Staatengemeinschaft.

Hingegen können jene Normen, die durch die allgemeine Übung als Recht anerkannt werden, nicht in jener Grundnorm verankert werden, da sie grundsätzlich auch für jene Staaten verbindlich sind, die sie weder ausdrücklich noch durch konkludente Handlungen anerkannt haben. Das ergibt

^{66a)} Verdross, Kann die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Völkerrecht weiterbilden? ZaöRV Bd. 26 (1966), S. 690 ff. (und die dort angeführten Schriften).

⁶⁷⁾ Obgleich der Sinn dieser Bestimmung klar ist, so ist doch ihre Formulierung (*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*) insofern mißglückt, als das VGR nicht einen Beweis für eine als Recht angenommene Übung bildet, sondern umgekehrt eine solche Praxis die Entstehung einer Norm des VGR bezeugt. So schon Schwarzenberger, *International Law*, Bd. 1 (1957), S. 39, und Dahm (oben Anm. 22), S. 29.

sich schon daraus, daß sich die Staaten zur Begründung ihrer Ansprüche oft auf die zwischen den meisten Staaten geübten Normen berufen. Ebenso hat die völkerrechtliche Judikatur, die eine Norm des VGR anzuwenden hatte, niemals geprüft, ob diese Norm gerade von den Streitparteien geübt oder sonstwie anerkannt wurde, sondern immer nur, ob darüber eine *allgemeine*, als Recht anerkannte Übung vorliegt⁶⁸⁾ oder ob über die konkrete Frage eine ständige Judikatur⁶⁹⁾ nachweisbar ist. Auch der bereits herangezogene Art. 38 Abs. 1 b) des IGH-Statuts verlangt nicht eine universelle, sondern bloß eine »allgemeine« Übung (*general practice, une pratique générale*), während der Gerichtshof gemäß Art. 38 Abs. 1 a) nur jene Vertragsnormen anwenden darf, die von den Streitparteien ausdrücklich angenommen wurden (*expressly recognized by the contesting states*).

Eine »allgemein« als Recht anerkannte Übung liegt aber nur vor, wenn eine bestimmte Norm von allen jenen Staaten geübt wurde, die in die Lage kamen, diese Norm anzuwenden⁷⁰⁾.

Daher kann der Geltungsgrund der über den Kreis der sie erzeugenden Staaten hinaus geltenden Normen nur in der Grundnorm *consuetudo, sicut ius accepta, servanda est* gefunden werden. Das gilt auch für die durch zwischenstaatlichen Konsens gebildeten Normen des VGR sowie für die spontan entstandenen Normen, da auch sie eine universelle Geltung erst erlangen, wenn sie durch eine allgemeine, als Recht anerkannte Übung bestätigt werden.

Eine »allgemeine« Übung bindet aber jene Staaten nicht, die schon zur Zeit der Herausbildung einer Norm ihr ausdrücklich widersprochen haben⁷¹⁾. So weist der StIGH im Falle *Lotus* auf die Rechtserheblichkeit des Protestes gegen die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit über Ausländer bei

⁶⁸⁾ So beruft sich z. B. der (frühere) StIGH im Falle der *deutschen Ansiedler in Polen* auf eine »quasi-universelle« Praxis, Série B 6, S. 36; im Falle *Lotus* spricht er von »usages acceptées généralement comme consacrant des principes de droit«, Série A 10, S. 18.

⁶⁹⁾ Z. B. im Falle *Chorzów*, Série A 17, S. 56 f.: »il rentrerait . . . dans la catégorie des dommages possibles, mais éventuels et indéfinis, dont conformément à la jurisprudence arbitrale, il n'y a pas lieu de tenir compte« (vom Verf. gesperrt).

⁷⁰⁾ Verdross, *Völkerrecht* (5. Aufl.), S. 140. Diese von mir stets vertretene Auffassung wird durch die in der Anm. 60 angeführte Entscheidung des IGH bestätigt, die zur Begründung einer universellen Norm des VGR nur eine solche Praxis als »suffisante« erklärt, die auch jene Staaten einschließt, die »particulièrement intéressés« sind, wenngleich diese Entscheidung nur »une règle purement conventionnelle à l'origine« im Auge hat. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann von einer Praxis »pratiquement uniforme« die Rede sein, durch die eine »reconnaissance générale« begründet wird (Recueil 1969, S. 43).

⁷¹⁾ Verdross (oben Anm. 63), S. 141. Ebenso Sørensen, in dem in Anm. 24 angeführten Recueil, S. 35 ff., 44 (*au stade de la formation de la coutume*).

einem Schiffszusammenstoß auf hoher See hin⁷²⁾). Auch der IGH anerkennt im Falle des *diplomatischen Asyls* die Relevanz des Widerspruchs gegen eine behauptete Norm⁷³⁾. Von besonderer Bedeutung in dieser Hinsicht ist das Erkenntnis desselben Gerichtshofs im *britisch-norwegischen Fischerei-Streit*, in dem zunächst ausgeführt wird, daß die behauptete Norm über die Territorialität jener Buchten, deren Öffnung zehn Seemeilen nicht überschreitet, keine Norm des VGR geworden ist, da sie von verschiedenen Staaten nicht anerkannt wurde. Selbst wenn aber eine solche Norm bestünde – so fährt der Gerichtshof fort – könnte sie Norwegen nicht entgegengehalten werden, da sich dieser Staat ständig gegen sie ausgesprochen hat⁷⁴⁾.

Natürlich kann eine solche Norm für die anderen Staaten als gemeinsames oder partikuläres VGR gelten, es bleibt ihr aber versagt, eine Norm des universellen VR zu werden, wenn ihr noch vor ihrer allgemeinen Durchsetzung von einzelnen Staaten ausdrücklich widersprochen wurde, sofern dieser Widerspruch nicht später aufgehoben wurde.

Eine allgemein anerkannte Norm des VGR bindet grundsätzlich auch die neuen Staaten. Soweit sie Mitglieder der Vereinten Nationen werden, ergibt sich dies auch aus der Präambel der Satzung⁷⁵⁾. Zu der Frage, ob neue Staaten einzelne Regeln des VGR von der Verbindlichkeit für sie ausnehmen können, soll hier nicht Stellung genommen werden.

Doch können sich die Vorbehalte niemals auf »die sich aus der Satzung ergebenden Verpflichtungen« erstrecken, da Staaten, die solche Vorbehalte erheben, die Aufnahme in diese Organisation gemäß Art. 4 Abs. 1 der Satzung verweigert werden müßte⁷⁶⁾.

Der erste Schriftsteller, der auf die Rechtserheblichkeit des Widerspruchs bei der Herausbildung einer Norm des VGR hingewiesen hat, war Johann Jakob Moser. Er bemerkt nämlich, daß sich ein »Herkommen« nur entwickeln kann, wenn die Staaten »entweder ihren ausdrücklichen Beyfall oder Einwilligung darzugegeben, oder denselben (Begebenheiten) doch nicht widersprochen haben, ob ihnen gleich die Sache wissens geworden ist und sie Gelegenheit gehabt hätten, allenfalls, sich dagegen zu äußern«⁷⁷⁾.

Noch viel wichtiger ist die Einsicht Mosers, daß die das VGR tra-

⁷²⁾ Série A 10, S. 29.

⁷³⁾ Recueil 1950, S. 277.

⁷⁴⁾ Recueil 1951, S. 131. A. M. Tanaka in seiner *opinion dissidente* zum Erkenntnis des IGH vom 18. 7. 1966 im Falle *South West Africa*, Recueil 1966, S. 291.

⁷⁵⁾ Diese fordert »die Achtung vor den Verpflichtungen aus Verträgen und anderen Quellen des VR« (vom Verf. gesperrt).

⁷⁶⁾ Darunter fallen offenbar nur die in der Satzung direkt ausgesprochenen, nicht aber auch die sich aus anderen Quellen des VR ergebenden Verpflichtungen, auf die die Satzung in der Präambel nur verweist.

⁷⁷⁾ Moser (oben Anm. 16) § 5.

gende Norm *consuetudo est servanda* keine bloße, von der Völkerrechtslehre eingeführte Hypothese oder Fiktion bildet, um das VGR begründen zu können, sondern eine in der Staatengemeinschaft positiv-rechtlich geltende Norm ist, was sich daraus ergibt, daß sich die Staaten zur Verbindlichkeit des Herkommens »freywillig bekennen«⁷⁸⁾. Das bedeutet, daß sie selbst anerkennen, durch die im Wege des Herkommens erzeugten Normen gebunden zu sein.

Mosser geht also nicht von einer aprioristischen Quellenlehre aus, sondern er legt sich zunächst die Frage vor, welche Arten von Normen die souveränen Mächte in ihren gegenseitigen Beziehungen zu beobachten pflegen⁷⁹⁾. Erst auf Grund dieser empirischen Analyse der Staatenpraxis gelangt er zum Ergebnis, daß die Staaten nicht nur die »ausdrücklichen und schriftlichen Verträge«, sondern auch das Herkommen als rechtsverbindlich betrachten.

Nur durch diese empirische Methode kann man außerdem zur Erkenntnis gelangen, daß die Staaten schon lange vor dem Statut des (früheren) StIGH die in Art. 38 Abs. 1 c) angeführten »allgemeinen Rechtsgrundsätze« als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt haben⁸⁰⁾.

Die das Vertragsrecht und das VGR grundlegenden Normen bilden zusammen mit der die allgemeinen Rechtsgrundsätze begründenden Norm jenes Normengefüge, welches das Kernstück der Verfassung der universellen Staatengemeinschaft darstellt, da diese die Staaten verpflichtet, die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu beobachten, soweit ihnen nicht durch Normen des völkerrechtlichen Vertragsrechts oder des VGR derogiert wird. Jene Grundsätze treten daher mit der Entwicklung dieser Rechtsquellen immer mehr in den Hintergrund⁸¹⁾.

⁷⁸⁾ *Ibid.*

⁷⁹⁾ Verdross, J. J. Mosers Programm einer Völkerrechtswissenschaft der Erfahrung, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 3 (1922/23), S. 36 ff.

⁸⁰⁾ Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (1926), S. 57 ff., und zuletzt in der Festschrift En hommage à Paul Guggenheim (1968), S. 521 ff.

⁸¹⁾ In meiner »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft«, S. 59, habe ich noch die Auffassung vertreten, daß die völkerrechtliche Geltung dieser Grundsätze im VGR verankert sei. Versteht man darunter das durch die als Recht anerkannte Übung erzeugte Recht, so kann diese Auffassung nicht aufrechterhalten werden, da die Staaten zugleich mit der Herausbildung der Staatengemeinschaft auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen anerkannt haben und anerkennen mußten, da sich erst in dieser Gemeinschaft das VGR und das völkerrechtliche Vertragsrecht entwickeln konnten. Ein solcher Rechtsgrundsatz ist auch die Norm *pacta sunt servanda*, die sich aber mit der Norm über die Völkerrechtssubjektivität der souveränen Mächte rasch zu einer neuen völkerrechtlichen Norm verschmolzen hat (siehe Abschnitt III a) und daher als »allgemeiner Rechtsgrundsatz« aus dem Bereich des VR ausscheidet. Die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, ebenso wie des Vertragsrechts und des VGR beruht also auf originärem ungeschriebenen Recht, nicht auf VGR. Dieses hat die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur zum Teil schrittweise rezipiert, wie in den in der vorigen Anm. angeführten Schriften nachgewiesen wurde.

Hingegen beruht die Geltung der Verfassungen der Vereinten Nationen und der anderen internationalen Organisationen auf der Verfassung der universellen Staatengemeinschaft, da sie in einem von ihr geregelten Verfahren erzeugt wurden und auch in dem in ihr verankerten Verfahren des VGR weitergebildet werden können, obgleich die Verfassungen dieser Organisationen ein anderes eigenes Verfahren für ihre Änderung vorsehen. Dadurch kommt der Vorrang der Verfassung der universellen Staatengemeinschaft zum klaren Ausdruck.

S u m m a r y

Formation and Basis of Validity of Universal International Customary Law

A survey of the hitherto developed theories on the formation of the rules of customary international law includes: the classical consent theory, the recognition theory, the theory of consent with *opinio iuris*, the custom theory as for the first time evolved by Johann Jakob Moser, the theory of usage gradually accompanied by the opinion that the conduct concerned is obligatory, Ago's theory of spontaneous law-creation and finally Suy's new consent theory. This survey clearly shows that none of these theories provide a completely satisfactory explanation of the universally binding character of all norms of customary international law. The examination, namely of the different kinds of customary international law rules, reveals the existence of norms which do not fit into the system of the various theories quoted above. These norms, however, are nonetheless accepted as law. It is this formula (accepted as law, *acceptée comme étant le droit*) which brings to an end the controversy about whether the conduct of states must be accompanied by the psychological attribute of the opinion that this conduct is obligatory in order to establish a norm of customary international law or not. For the recognition of a norm as law can only be concluded from the behaviour of the states, *i. e.* from statements, actions, acts of omission or permission. Such a rule is binding upon all states if it was generally accepted.

Consequently the basis of obligation of the rules of customary law can only be found in the basic norm *consuetudo sicut ius accepta, servanda est*.

A "general" practice, however, cannot be considered as constituting an obligation for those states that objected to the norm at the time of its formation.

The basis of validity of all sources of International Law is the unwritten constitution of the universal international community. It is also the basis of validity of the Charter of the United Nations.