

# Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung

*Kay Hailbronner \*)*

## *I. Einleitung*

Die Beschäftigung mit Methodenfragen der Rechtsvergleichung und noch dazu unter dem speziellen Blickwinkel völkerrechtlicher Zielsetzungen wird leicht und nicht nur von Nichtjuristen als exotische Spielerei angesehen. Das ist nicht verwunderlich. Auf der einen Seite scheint ein Blick in die Praxis des Völkerrechts bei internationalen Gerichten und Organisationen die Überflüssigkeit einer derartigen Beschäftigung zu erweisen. Wird doch nur selten zum Nachweis einer völkerrechtlichen Regel auf die Rechtsvergleichung zurückgegriffen und wenn, dann jedenfalls ohne daß irgendwelche Methodenprobleme aufgeworfen würden<sup>1)</sup>. Andererseits hat auch die Literatur an dem Gegenstand kein großes Interesse gezeigt. Methodische Darlegungen beschäftigen sich ganz überwiegend nur mit der Rechtsvergleichung im Zivilrecht<sup>2)</sup>.

---

\*) Dr. iur., LL. M. Montreal, wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; BYIL = British Year Book of International Law; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; MRK = Europäische Menschenrechtskonvention.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu zahlreiche Beispiele bei *Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, unten S. 280 ff. und *passim*.

<sup>2)</sup> Siehe z. B. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 1: Grundlagen (1971), S. 27 ff.; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. 2: Die rechtsvergleichende Methode (1972); *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1974), S. 11 ff.; *Gutteridge*, Comparative Law (2. Aufl. 1949), S. 1 ff. Vgl. auch die Literaturübersicht von *F. Ch. Schroeder* in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 24 (1974) 783 ff.

Am Rande wird auch die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht noch behandelt<sup>3)</sup>. Für die Rechtsvergleichung im Völkerrecht finden sich jedoch Hinweise nur in einigen wenigen Untersuchungen über die Rolle der Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten<sup>4)</sup> und in internationalen Organisationen<sup>5)</sup> oder in Abhandlungen zu den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts<sup>6)</sup>. Einig ist man sich darüber, daß die Rechtsvergleichung insbesondere für die Gewinnung allgemein anerkannter Prinzipien im Völkerrecht eine ausschlaggebende Rolle spielt. In den beiden Kolloquien unseres Instituts über die Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe und über den Gerichtsschutz gegen die Exekutive wurde daher der Versuch unternommen, die aus zahlreichen Länderberichten gewonnenen Ergebnisse der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung für die Klärung der Pflichten der Staaten aus allgemeinem Völkerrecht und aus Verträgen nutzbar zu machen<sup>7)</sup>. Bereits die Auswahl des Themas, der Kreis der heranzuziehenden Länder oder die Gestaltung des Fragebogens für die einzelnen Landesberichtersteller

---

<sup>3)</sup> Vgl. Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV 24 (1964) 431 ff.; J. H. Kaiser, Vergleichung im öffentlichen Recht, *ibid.* 391 ff.; H. Strebel, Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht, *ibid.* 405 ff.; Münch, Einführung in die Verfassungsvergleichung, ZaöRV 33 (1973) 126 ff.; J. M. Mössner, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974) 193 ff., sowie die Einführungen von Mosler zu den in Anm. 7 genannten Publikationen.

<sup>4)</sup> Mosler, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, in: Internationale Festschrift für Verdross zum 80. Geburtstag (1971), S. 381 ff.

<sup>5)</sup> Zemanek, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten, ZaöRV 24 (1964) 453 ff.; Guggenheim, Landesrechtliche Begriffe im Völkerrecht, vor allem im Bereich der internationalen Organisationen, in: Festschrift für H. Wehberg zu seinem 70. Geburtstag (1956), S. 133 ff.

<sup>6)</sup> Seidl-Hohenveldern, Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, in: Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Verdross (1960), S. 253 ff.; Gutteridge, The Meaning and Scope of para. 38 Abs. 1 lit. c of the Statute of the International Court of Justice, in: The Grotius Society Transactions 38 (1952) 125 ff.; McNair, The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, BYIL 33 (1957) 1 ff.; Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (1953).

<sup>7)</sup> Vgl. Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Länderberichte und Rechtsvergleichung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 44) (1967); Gerichtsschutz gegen die Exekutive – Judicial Protection against the Executive – La protection juridictionnelle contre l'exécutif, Bde. 1, 2 (Länderberichte), Bd. 3 (Rechtsvergleichung-Völkerrecht) (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) (1969–1971).

setzten aber zahlreiche methodische Vorüberlegungen im Hinblick auf Art und Umfang einer nutzbringenden Rechtsvergleichung im Völkerrecht voraus. Weitere methodische Fragen ergaben sich nach Abschluß der Kolloquien, wie denn nun die zahlreichen Länderberichte für den völkerrechtlichen Normenbestand auszuwerten seien. Die zahlreichen Schwierigkeiten, die hier auftauchen, werden etwa in den vorsichtigen einleitenden Bemerkungen von Mosler im Kolloquium über die Staatshaftung sichtbar: »Schließlich kann sich, je nach der Fragestellung die Möglichkeit ergeben, aus übereinstimmenden Rechtsanschauungen oder Rechtssätzen in sehr vielen Ländern den Schluß zu ziehen, daß die selbe Rechtsanschauung oder derselbe Rechtsgrundsatz auch im Völkerrecht gilt oder als angemessene Lösung auch für den völkerrechtlichen Verkehr empfehlenswert ist. In diesen Fällen kann die Rechtsvergleichung dem Nachweis oder der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des Statuts des internationalen Gerichtshofs dienen«<sup>8)</sup>.

Eine Beschäftigung mit Methodenfragen kann freilich bei dem Aufzeigen von Möglichkeiten völkerrechtlicher Nutzung der Rechtsvergleichung nicht stehen bleiben, sondern muß Kriterien eines methodischen Vorgehens für die spezifischen Zwecke der jeweiligen völkerrechtlichen Nutzung erarbeiten<sup>9)</sup>. Es müssen etwa Regeln aufgestellt werden, wie zur Feststellung allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder zum Nachweis von Völkergewohnheitsrecht vorgegangen werden muß. Alle diese Fragen können nicht beantwortet werden, ohne daß zuvor die verschiedenen Nutzungen einer Rechtsvergleichung im völkerrechtlichen Bereich materiell-rechtlich geklärt sind, etwa die inhaltlichen Kriterien eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Völkerrecht aufgezeigt sind. Im folgenden soll daher zunächst versucht werden, die allgemeinen methodisch relevanten Besonderheiten einer Rechtsvergleichung im Völkerrecht aufzuzeigen und alsdann an Hand der verschiedenen Nutzungsarten der Rechtsvergleichung die materiell-rechtlichen Voraussetzungen zu klären, um methodische Regeln darauf aufzubauen.

---

<sup>8)</sup> A. a. O., S. IX.

<sup>9)</sup> In den beiden Kolloquien zur Staatshaftung und zum Gerichtsschutz stand die öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung im Vordergrund. Die gleiche Fragestellung wurde aber gleichzeitig unter völkerrechtlichem Aspekt geprüft. Daraus ergab sich die Notwendigkeit, nicht von vornherein im Hinblick auf methodisches Vorgehen allein auf das Völkerrecht abzustellen.

## II. Die Besonderheiten einer völkerrechtlich relevanten Rechtsvergleichung

Es liegt nahe, zur Beantwortung methodischer Grundfragen von den Ergebnissen der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und öffentlichen Recht auszugehen und sie auf das Völkerrecht zu übertragen. Die nähere Prüfung zeigt freilich bald, daß das nur in sehr eingeschränktem Maße möglich ist. Das beruht darauf, daß das methodische Vorgehen in der Rechtsvergleichung entscheidend von deren Zielsetzungen abhängt. Gerade sie unterscheidet sich aber im Völkerrecht nicht unwesentlich von der »gewöhnlichen« Rechtsvergleichung. Dort geht es darum, daß bestimmte Institute, Institutionen oder Problemlösungen in ausländischen Rechtsordnungen herausgearbeitet werden. Der Vergleich dieser Rechtsordnungen dient entweder, wenn er nicht *l'art pour l'art* betrieben wird, dem besseren Verständnis der verglichenen Rechtsordnungen dadurch, daß Verschiedenheiten entdeckt oder aber auch die Übereinstimmung über gewisse Rechtsanschauungen oder Rechtssätze festgestellt wird. Er kann darüber hinaus Anregungen für Problemlösungen im eigenen Recht geben und dadurch zur Verbesserung des eigenen Rechts beitragen<sup>10)</sup>. Schließlich kann die Rechtsvergleichung die Grundlage für eine Rechtsvereinheitlichung abgeben, die entweder durch Einzelgesetzgebungen der beteiligten Staaten oder im Wege einer internationalen Kodifikation erfolgen kann. In allen diesen Fällen geht es also darum, daß ausländische Rechtsregeln im weiteren Sinne herausgearbeitet und im Hinblick auf bestimmte Nutzenwendungen verglichen werden. Sie bleiben aber im Vergleich das, was sie waren, nämlich Rechtssätze und Problemlösungen eingebettet in ihre gesellschaftlichen und rechtlichen Systeme. Anders im Völkerrecht, hier kann die Rechtsvergleichung zugleich eine Erkenntnis über den Inhalt einer ganz anderen, von den nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich verschiedenen rechtlichen Ordnung, nämlich der Völkerrechtsordnung beinhalten. Die Rechtsvergleichung schafft also hier zugleich die Voraussetzungen für die Umsetzung einer nationalen Rechtsregel in eine solche des Völkerrechts. Das ist eine Besonderheit der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, die in der öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Rechtsvergleichung unbekannt ist. Daraus resultieren auch ihre besonderen Schwierigkeiten. Freilich gilt das nicht für die gesamte völkerrechtlich relevante Rechtsvergleichung, sondern nur für

<sup>10)</sup> Allgemein zu Begriff und Methode der Rechtsvergleichung Neuhaus, Rechtsvergleichung, in: Staatslexikon (6. Aufl. 1961), Sp. 731 ff.; Zweigert, Rechtsvergleichung, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3 (1962), S. 79 ff.

einige von mehreren verschiedenen Zielsetzungen der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, im wesentlichen für die Erkenntnis der "general principles of law recognized by civilized nations", die nach Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom Gerichtshof zur Entscheidung der ihm unterbreiteten Streitigkeiten anzuwenden sind. Der Vergleich nationaler Rechte und der ihnen zugrundeliegenden Motive und Mechanismen dient hier dazu, allgemeine Rechtsprinzipien herauszuarbeiten und sie auf ihre Anwendbarkeit für die im Völkerrecht herrschenden Verhältnisse zu überprüfen. Daneben gibt es auch die uns bereits von der »gewöhnlichen« Rechtsvergleichung her bekannten Zielsetzungen im Völkerrecht, so etwa wenn die Rechtsvergleichung dazu benutzt wird, sinnvolle Lösungsvorschläge für den internationalen Gesetzgeber aufzuzeigen. So wird z. B. bei der Regelung des Dienstrechts einer internationalen Organisation in aller Regel ein Vergleich des Dienstrechts der Mitgliedstaaten das Gerüst für die zu bildende internationale Regelung schaffen können. Auch im Bereich der Untersuchung allgemeiner Rechtsgrundsätze kann die Rechtsvergleichung, wenn die Geltung eines Rechtsgrundsatzes im Völkerrecht nicht nachgewiesen werden kann, doch die Angemessenheit einer Lösung für den völkerrechtlichen Verkehr aufweisen.

Dazwischen gibt es eine Fülle von Zielsetzungen, wo die Rechtsvergleichung zwar nicht unmittelbar die Umsetzung nationaler Rechtsätze oder Problemlösungen in das transnationale Recht bewirkt, aber doch im Ergebnis durch den Vergleich nationales Recht auf den Inhalt von Völkerrechtssätzen einwirkt. So werden vertragsrechtlich festgelegte Pflichten häufig nur unter Bezugnahme auf das in den Vertragsstaaten geltende Recht zu ermitteln sein. Ähnliches gilt für das Völkergewohnheitsrecht. Der Vergleich der nationalen Rechtsordnungen und ihrer Anwendung in der völkerrechtlichen Praxis dient hier zur Ermittlung der gegenseitigen Rechte und Pflichten von Staaten im völkerrechtlichen Verkehr. Übereinstimmende nationale Regelungen können etwa ein Hinweis auf das Vorliegen einer Rechtsüberzeugung auch im Völkerrecht sein, auch wenn die Tatsache einer nationalen Regelung noch keinen zwingenden Schluß auf eine völkerrechtliche Bindung dieses Inhalts zuläßt.

Schließlich leistet die Rechtsvergleichung nützliche Dienste, wo es um die Ermittlung des Inhalts allgemeiner Rechtsbegriffe im Völkerrecht geht. Viele der im Völkerrecht verwandten Begriffe sind dem nationalen Recht entnommen und können daher nur in der vergleichenden Rückführung auf die nationalen Grundelemente richtig verstanden werden<sup>11)</sup>.

<sup>11)</sup> Vgl. dazu Guggenheim, a. a. O. (Anm. 5), S. 133 ff.

Die erste, für unser methodisches Vorgehen wichtige Erkenntnis ist also zunächst, daß wir es mit der Rechtsvergleichung im Völkerrecht mit weiterreichenderen Zielsetzungen der Umsetzung von Rechtsregeln zu tun haben. Die zweite Erkenntnis betrifft die Verschiedenheit unserer Ordnung, die bisher vereinfachend als Völkerrechtsordnung bezeichnet worden ist, für die die Rechtsvergleichung fruchtbar gemacht werden soll. Völkerrechtsordnung ist aber nicht nur die universale, für alle Völkerrechtssubjekte in gleicher Weise geltende Ordnung, sondern das sind auch die Ordnungen bestimmter Regionen, etwa innerhalb Europas oder innerhalb der afrikanischen Staaten. Zweifellos gelten hier ganz andere methodische Grundsätze für die Nutzanwendung der Rechtsvergleichung als im universalen Völkerrecht. Aber es ist nicht nur die regionale Aufteilung, die besondere Fragen aufwirft, auch die Spaltung des Völkerrechts in ideologisch geprägte Völkerrechtskreise wirkt sich möglicherweise auf die methodischen Ausgangspunkte aus. So wird von den Staaten des Ostblocks unter Führung der UdSSR die Geltung eines besonderen sozialistischen Völkerrechts unter den sozialistischen Staaten behauptet, das freilich von einem Kernbestand universaler Völkerrechtsprinzipien überlagert wird<sup>12)</sup>. Daneben wird die Geltung des überkommenen klassischen Völkerrechts teilweise in Frage gestellt oder überholt durch das sogenannte neue Völkerrecht der in jüngster Zeit unabhängig gewordenen Staaten. Das Charakteristische dieses neuen, insbesondere in Deklarationen und Resolutionen der Vereinten Nationen niedergelegten Völkerrechts ist nun, daß es weitgehend auf unbestimmten general-klauselartigen Begriffen aufbaut, die von jedem Staat anders verstanden werden können. Die Rechtsvergleichung, die hier zur Ergänzung und Lückenfüllung eingreifen könnte, hat naturgemäß eine ganz andere methodische Basis als etwa in dem Rechtskreis der Verbindlichkeiten und Rechte diplomatischer Gesandter. Dort könnte es etwa darauf ankommen, bei der Ermittlung allgemeiner Prinzipien das wirklich geltende Recht zu ermitteln, während für die Ergänzung von Rechtssätzen mit der Funktion dilatorischer Formelkompromisse die Frage der Rechtsvergleichung nach dem Grade wirklicher Übereinstimmung unter Umständen gerade der Funktion dieses Rechtskreises zuwiderlaufen könnte. Wir kennen dieses Phänomen bereits von der Rechtsvergleichung im öffent-

---

<sup>12)</sup> Vgl. dazu neuestens das an der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaften der DDR herausgegebene Völkerrechtslehrbuch, Teil 1 (1974), S. 37 ff., 44 ff.; vgl. ferner Schweisfurth, Die Völkerrechtswissenschaft in der Sowjetunion, ZaöRV 34 (1974) 37 ff.

lichen Recht. Dort kann man etwa unterscheiden zwischen dem politisch geprägten Verfassungsrecht und dem auf technische Regeln angelegten Verwaltungsrecht, woraus sich ganz verschiedene Methoden der Vergleichung ergeben<sup>13)</sup>. Diese Verschiedenheiten gibt es in noch stärkerem Maße im Völkerrecht. Es folgt daraus die Notwendigkeit, bei der Methodik der Rechtsvergleichung nicht nur zwischen den verschiedenen regionalen Rechtskreisen, sondern auch nach Art und Funktion der rechtlichen Bereiche, für die die Rechtsvergleichung nutzbar gemacht werden soll, zu unterscheiden.

Eine dritte Vorbemerkung ist notwendig, bevor auf die eigentlichen methodischen Fragen näher eingegangen werden soll. Bei der »gewöhnlichen« Rechtsvergleichung bleibt die Nutzanwendung immer im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung, wozu auch im weiteren Sinne die Rechtsvereinheitlichung gehört. Für die Zwecke des Völkerrechts wird dagegen eine nationale Regelung oder eine Problemlösung unmittelbar für eine ganz anders strukturierte Ordnung verwendet. Bei jeder Art von Rechtsvergleichung, mag es sich nun um eine Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze oder die Auslegung von Völkerrechtssätzen handeln, sind die wesentlichen Strukturunterschiede dieser Völkerrechtsordnung zu beachten, denn davon hängen in entscheidendem Maße der Themenkreis und die Quellen einer sinnvollen völkerrechtlich relevanten Rechtsvergleichung ab.

Einmal ist das Völkerrecht im Gegensatz zum nationalen Recht keine umfassende, interindividuelle Rechtsordnung, sondern ein Recht, das im Grundsatz nur zwischen den Staaten und internationalen Organisationen als Völkerrechtssubjekten gilt. Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte auf Individuen findet bisher nur sehr zögernd und in beschränktem Umfang vor allem im Bereich der Menschenrechte statt. Eine Nutzanwendung rechtsvergleichend ermittelter Regeln und Problemlösungen kommt für das Völkerrecht daher nur in Frage, wenn sie nicht den beschränkten Rahmen des Völkerrechts sprengt<sup>14)</sup>. Das soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Das Kolloquium über den gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt stellte die Frage, ob aus der Rechtsvergleichung sich ergebende Grundsätze als *principes généraux de droit* in das

<sup>13)</sup> Vgl. Bernhardt, a. a. O. (Anm. 3), S. 432 ff.

<sup>14)</sup> Vgl. dazu Steinberger, Rechtsvergleich und Gerichtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt: Ein Weg zur Gewinnung von Völkerrecht? in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a. a. O. (Anm. 7), Bd. 3, S. 273 ff.

Völkerrecht rezipiert sind<sup>15)</sup>. Eine Rezeption in das Völkerrecht kommt jedoch unter mehreren Aspekten in Betracht. Einmal unter dem Gesichtspunkt des fremdenrechtlichen Mindeststandards. Nach allgemeinem Völkergewohnheitsrecht muß jeder Staat den Fremden ein bestimmtes Maß an persönlichen Rechten und gerichtlichem Rechtsschutz garantieren. Die rechtsvergleichende Untersuchung über den gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber der Exekutive kann über den Umfang des Mindeststandards Aufschlüsse erbringen. Problematischer ist aber die Rezeption bereits, wenn statt des fremdenrechtlichen Aspekts ein menschenrechtlicher Ausgangspunkt gewählt wird, also gefragt wird, inwieweit die Staaten nach Völkerrecht allgemein verpflichtet sind, allen Gewaltunterworfenen, also auch den eigenen Staatsangehörigen ein effektives Rechtsschutzverfahren gegenüber der Exekutive zur Verfügung zu stellen. Problematischer ist die Frage deshalb, weil nach überkommenem Völkerrecht das Verhältnis des Staates zu seinen eigenen Staatsangehörigen grundsätzlich vom Völkerrecht nicht erfaßt wurde. Seit der Entwicklung der Menschenrechte entfaltet dieser Grundsatz freilich keine unbeschränkte Geltung mehr. Eine oben beschriebene Fragestellung liegt daher im Rahmen einer sinnvollen Rechtsvergleichung. Allerdings kann die Rechtsvergleichung uns nicht sagen, inwieweit das System der Völkerrechtsordnung eine Rezeption rechtsvergleichend ermittelter Grundsätze gestattet. Ein Rückgriff auf das völkerrechtliche Vertrags- und Gewohnheitsrecht ist somit unumgänglich. Jaenicke hat daher in der Würdigung der Ergebnisse des Gerichtsschutzkolloquiums die völkerrechtlichen Normkomplexe, getrennt nach Fremdenrecht und allgemeinen Menschenrechten, daraufhin untersucht, inwieweit allgemeine Standards, die aus der rechtsvergleichenden Betrachtung der nationalen Rechtssysteme erkennbar werden, den Inhalt der Rechtsschutzgarantie bestimmen oder künftig bestimmen können<sup>16)</sup>.

Ein weiteres Strukturmerkmal des Völkerrechts ist das Fehlen besonderer arbeitsteilig funktionierender Organe der Gesetzgebung, der Exekutive und der Judikative mit umfassender Kompetenz. Vielmehr sind die Mitglieder selbst im Regelfall die Schöpfer, Interpreten und Vollzieher des Völkerrechts. Das beschränkt von vornherein den völkerrechtlichen Anwendungsbereich jeder öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung. Vielmehr eignen sich traditionell privatrechtliche Probleme eher, weil sich im Völkerrechtsverkehr ebenso wie im Privatrechtsverkehr

<sup>15)</sup> *Ibid.* Bd. 1, S. XIII ff.

<sup>16)</sup> Jaenicke, Die Grundsätze über den gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegen die Exekutive im System der Völkerrechtsordnung, *ibid.* Bd. 3, S. 285 ff.

in der Regel Parteien auf der Ebene der Gleichordnung treffen. Zwei Faktoren haben diese Situation freilich verändert: Das Völkerrecht ist nicht mehr ausschließlich die Rechtsordnung der Staaten, vielmehr hat eine Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, in beschränktem Maße auch unter Einschluß der Individuen, stattgefunden. Daraus ergeben sich neue völkerrechtliche Anwendungsbereiche der Rechtsvergleichung vor allem im Bereich der Menschenrechte. Zum anderen hat die stärkere internationale Zusammenarbeit in der Form internationaler Organisationen ein völkerrechtliches Organisationsrecht hervorgebracht, das in starkem Maße der Ergänzung durch Rechtsgrundsätze der nationalen Rechtsordnungen bedarf. Die Rechtsvergleichung steht hier vor dem Problem, ob sie Regeln aus dem nationalen Bereich für die Stellung, Funktion und Befugnisse von Staatsorganen für die internationalen Organe nutzbar machen kann. Das wird nur insoweit der Fall sein, als diese Regeln nicht gerade die entwickelte Rechtsordnung voraussetzen. Das soll wieder durch ein Beispiel verdeutlicht werden: Unabhängigkeit der Richter und die Befugnis des internationalen Gerichts, sein Verfahren selbst zu bestimmen, kann aus der Rechtsvergleichung hergeleitet werden, weil ersichtlich der Begriff des Gerichts, wie er sich in den nationalen Rechtsordnungen ausgeprägt hat, im völkerrechtlichen Vertrag oder im Gewohnheitsrecht vorausgesetzt wird und nicht notwendig die entwickelte Rechtsordnung bedingt. Dagegen ist für die Funktion der Verwaltungsorgane die Rechtsvergleichung in der Regel unergiebig, weil hier eben die nationale Ordnung als Zwangsordnung vorausgesetzt ist.

Schließlich ist für das Völkerrecht ähnlich wie für das öffentliche Recht sein politischer Charakter typisch. Im öffentlichen Recht führt das zu Schwierigkeiten der Rechtsvergleichung. In der Regel gilt, daß die Rechtsvergleichung um so problematischer ist, je höher der politische Gehalt einer Institution ist<sup>17)</sup>. Die Schwierigkeit rührt aber nicht eigentlich aus dem politischen Gehalt der Institution her, sondern daraus, daß die Vergleichbarkeit im Rahmen bestimmter ideologisch-politischer Systeme auf dem Hintergrund bestimmter Wertanschauungen erfolgt und deshalb eine Übertragbarkeit auf andere politische Systeme schwer möglich erscheint. Im Völkerrecht haben wir aber kein die Institutionen überlagerndes politisches System vor uns, sondern lediglich einen gewissen Grundbestand von gemeinsamen Normen und Anschauungen. Die universale Völkerrechtsordnung ist also nicht auf ein die Institutionen und Normen überlagerndes »geschlossenes« System gegründet, sondern

<sup>17)</sup> Bernhardt, a. a. O. (Anm. 3), S. 437.

beruht geradezu auf der Freiheit von einem derartigen System. Erst dadurch wird ein funktionierender Kodex gegenseitiger Rechte und Pflichten von Völkerrechtssubjekten überhaupt erst möglich. Es wäre aber falsch, daraus den Schluß zu ziehen, daß sich ideologisch-politisch bestimmte Grundsätze und Institutionen nicht zur Vergleichung für völkerrechtliche Zwecke eignen. Gerade, weil das Völkerrecht nicht auf einer eigenen ideologisch-politischen Basis gründet, erscheint es möglich, auch stark politisch geprägte Rechtsregeln, die freilich auf Grund ihrer Verankerung in bestimmten politischen Systemen in der Verfassungswirklichkeit jeweils einen anderen Inhalt haben, auf das Völkerrecht zu übertragen. Es ist geradezu typisch für weite Teile des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, daß mit vagen Formulierungen sachlich-ideologisch bestimmte Differenzen überdeckt werden.

Mag auch die völkerrechtliche Substanz derartiger Regeln schwer zu ermitteln sein, so kann doch die bloße übereinstimmende Anerkennung bereits ihren Sinn haben.

Ein typisches Beispiel dafür sind wieder die Menschenrechte, die in Theorie und Praxis der verschiedenen Staaten jeweils sehr verschiedene rechtliche Bedeutung haben. Rechtsvergleichung, die sich etwa mit der Anerkennung der Informations- und Meinungsfreiheit befaßt, kann also nicht dabei stehen bleiben, daß eine effektive Meinungsfreiheit nur in wenigen Ländern gewährleistet ist, sondern sie muß entsprechend der Struktur der Völkerrechtsordnung die bloße Tatsache der übereinstimmenden Anerkennung in die Betrachtung einbeziehen. Darauf wird später noch näher einzugehen sein.

### *III. Die Methode der Rechtsvergleichung im Völkerrecht*

Am Beginn jeder Rechtsvergleichung steht auch hier die Frage nach der Arbeitshypothese. Meist wird sie aus einer Lücke oder Unklarheit im geltenden Völkergewohnheitsrecht und Vertragsrecht geboren sein. So etwa, wenn der internationale Richter vor der Frage steht, wie eine Vertragsbestimmung auszulegen ist oder ob allgemeine Regeln bestehen, die zur Entscheidung eines Falles herangezogen werden können. Grundsätzlich gilt auch hier, daß die Vergleichung nationaler Rechtsordnungen im Hinblick auf die Funktion bestimmter Rechtsregeln zur Lösung von Problemen erfolgen muß<sup>18)</sup>. Die Ausgangsfrage ist also nicht etwa, welche

<sup>18)</sup> Für das Funktionalitätsprinzip vgl. Zweigert/Kötz, a. a. O. (Anm. 2), S. 30 ff.

Vorschriften sich über Haftung des Staates in den nationalen Rechtsordnungen finden, sondern in welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen der Staat für fehlerhaftes Handeln seiner Bediensteten einzustehen hat. Dabei können sich durchaus allgemeine Rechtsgrundsätze aus Rechtsbereichen ergeben, die außerhalb des eigentlichen Staatshaftungsrechts angesiedelt sind.

Ebenso gilt, daß man die Fragestellung grundsätzlich frei von der Systematik und Begriffswelt der eigenen Rechtsordnung gestalten muß. Ein praktisches Beispiel dafür bietet die im Kolloquium über den Gerichtsschutz gegen die Exekutive aufgeworfene Frage nach dem Begriff des Gerichts und der daraus folgenden Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen vollziehender und rechtsprechender Funktion. Es erwies sich als unmöglich, der Rechtsvergleichung den formellen Gerichtsbegriff des nationalen Rechts zugrunde zu legen. Man versuchte daher, auf Grund einer Gesamtbetrachtung der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen einen einheitlichen Gerichtsbegriff zugrunde zu legen, der von der Problemstellung ausgehend Gerichte als Organe der Rechtsprechung oder als gerichtsähnliche Organe ohne Rücksicht auf ihre organisatorische Zugehörigkeit, die unabhängig, insbesondere frei von Weisungen in einem gerichtsförmigen Verfahren entscheiden, definierte. Ebenso wurden mit dem Ausdruck Exekutive Regierung und Verwaltung im Gegensatz zu der Gerichtsbarkeit bezeichnet, ohne damit ein bestimmtes Gewaltenteilungsschema zugrunde zu legen<sup>19)</sup>.

Im übrigen lassen sich methodische Aussagen, die allgemein für die völkerrechtlich relevante Rechtsvergleichung gelten, nur schwer machen. Ausgangspunkt jeder Rechtsvergleichung ist auch hier die Frage nach dem geeigneten Gegenstand des Vergleichs, nach der Auswahl der zu vergleichenden Rechte, nach dem Umfang des Vergleichs und nach den Quellen für die Erkenntnis des nationalen Rechts. Es lassen sich hier zahlreiche methodische Regeln aufstellen, wie etwa die, daß der Vergleichler das zu vergleichende Element nach den Quellen, mit den Mitteln, in dem Geist und in der Optik der Rechtsordnung untersucht, zu der es gehört. Die hierzu vorliegenden grundlegenden methodischen Arbeiten, vor allem von *Zweigert/Kötz* und *Constantinesco*, sind auch

---

<sup>19)</sup> Vgl. dazu den systematischen Fragebogen von H. Walter, in: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, a. a. O. (Anm. 7) Bd. 1, S. 1 ff., und ders., *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt im Rechts- und Verfassungssystem*, *ibid.* Bd. 3, S. 15 ff.

für die völkerrechtlich relevante Rechtsvergleichung maßgeblich<sup>20)</sup>.

Zu beachten ist aber, daß es sich dabei nur um ein Arsenal von Hilfsmitteln handelt, aus dem je nach den besonderen Zielen einer völkerrechtlich relevanten Rechtsvergleichung einzelne Regeln besonders herauszugreifen sind und andere vernachlässigt werden können. So gilt z. B. nicht in allen Fällen, daß der Rechtsvergleicher die tatsächliche praktische Anwendung der rechtlichen Regelung feststellen muß<sup>21)</sup>. Wegen der mannigfach verschiedenen Zielsetzungen der Rechtsvergleichung im Völkerrecht muß vielmehr zunächst geklärt werden, wofür die Rechtsvergleichung nutzbar gemacht werden soll. Gilt die Rechtsvergleichung der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des IGH-Statuts, so gelten möglicherweise ganz andere methodische Regeln als für die Ermittlung des Vertragsinhalts eines bilateralen Vertrags oder der Kompetenz internationaler Organe.

In gleicher Weise wird zu unterscheiden sein, ob die Rechtsvergleichung sich mit verhältnismäßig neutralen technischen Fragen, etwa des Dienstrechts der Beamten im Hinblick auf das internationale Dienstrecht befaßt oder in starkem Maße politisch und ideologisch eingebettete Institutionen, wie z. B. das Recht auf Selbstbestimmung untersucht. Rechtsquelle kann auch hier alles sein, was in das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung in Theorie und Praxis einwirkt. Daraus kann aber keinesfalls der Schluß gezogen werden, daß es in jedem Fall auf das »wirkliche, in der Praxis geltende Recht ankäme«, wie das bereits erwähnte Beispiel der Menschenrechte gezeigt hat.

#### *IV. Die einzelnen Zielsetzungen der völkerrechtlich relevanten Rechtsvergleichung*

##### 1. Feststellung von Völkergewohnheitsrecht

Die Rechtsvergleichung erfüllt zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht eine unentbehrliche Funktion. Dabei handelt es sich nicht eigentlich um die Vergleichung nationaler Rechtsordnungen, denn der Nachweis von "international custom as evidence of general practice

<sup>20)</sup> Zweigert/Kötz, a. a. O. (Anm. 2), S. 27 ff.; Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 2: Die rechtsvergleichende Methode (1972), S. 137 ff., 150 ff.; vgl. auch neuestens ders., Les buts et les méthodes du droit comparé, Deutsche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, Sektion I, S. 144 ff.

<sup>21)</sup> Vgl. Constantinesco, Die rechtsvergleichende Methode, a. a. O., S. 201 ff.

accepted as law" setzt die Untersuchung der zwischenstaatlichen Praxis, wie sie sich insbesondere in diplomatischen Notizen und Briefwechseln niederschlägt, voraus. Trotzdem kann die vergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen von wesentlicher Bedeutung sein. In vielen Fällen wird sich nämlich aus der nationalen Rechtsordnung auch die Überzeugung dessen, was völkerrechtlich für geboten gehalten wird, herleiten lassen. Das gilt zunächst nur für solche Fälle, wo die innerstaatliche Rechtsordnung an völkerrechtlich relevante Tatbestände anknüpft, also etwa eine Gesetzgebung über Entschädigungen bei Enteignung ausländischen Vermögens. Negativ läßt sich daraus der Schluß ziehen, daß das Verhalten, wozu eine nationale Rechtsordnung etwa ihre Exekutive ermächtigt, als völkerrechtsgemäß angesehen wird. Im Zweifel wird die nationale Rechtsordnung sich nämlich in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht wissen. Positiv ist freilich der Schluß auf eine bestimmte Regelung als vom Völkerrecht geboten nicht ohne weiteres zu ziehen, weil die innerstaatliche Rechtspraxis nichts darüber aussagt, daß sich der Staat auch zu diesem Verhalten zwischenstaatlich verpflichten will, also beispielsweise die Festsetzung einer bestimmten Enteignungsentschädigung auch kraft Völkerrechts für erforderlich hält. Hinzukommen muß vielmehr eine zwischenstaatliche Anknüpfung, die die innerstaatliche Rechtspraxis in den zwischenstaatlichen Bereich sozusagen einführt. Dazu ein Beispiel: Zahlreiche innerstaatliche Rechtsordnungen sehen vor, daß im Falle eines unerlaubten Eindringens in den nationalen Luftraum ein fremdes Flugzeug zuerst durch Warnschüsse zur Landung anzuhalten und im Falle der Nichtbefolgung dieser Landungsaufforderungen mit Gewalt zur Landung zu zwingen ist<sup>22</sup>). Daraus kann man einmal entnehmen, daß die Gewaltanwendung gegen unerlaubt eindringende Flugzeuge als zulässige Ausübung souveräner Rechte der Lufthoheit angesehen wird. Andererseits kann das Erfordernis der Warnung noch nicht ohne weiteres als völkerrechtlich geboten angesehen werden. Erst wenn man in der zwischenstaatlichen Praxis auf die innerstaatliche Rechtsordnung hinweist, erhält das Erfordernis der Warnung einen völkerrechtlichen Bezug. Die innerstaatliche Rechtsordnung kann also die Grundlage für die inhaltliche Ausgestaltung völkerrechtlicher Souveränitätsrechte im Luftraum sein. Dabei tauchen freilich weitere Probleme auf. Einmal kann die tatsächlich geübte Praxis dem geschriebenen Recht entgegenstehen oder es inhaltlich modifizieren. Um bei

---

<sup>22</sup>) Vgl. dazu Hailbronner, Der Schutz der Luftgrenzen im Frieden (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 58) (1972).

unserem Beispiel zu bleiben: die Praxis kann zeigen, daß Flugzeuge tatsächlich in einigen Ländern ohne jede Warnung abgeschossen werden oder daß weitere Voraussetzungen an die unmittelbare Gewaltanwendung geknüpft werden, wie etwa, daß feindliche Absichten nicht auszuschließen sind. Soll nun der Rechtsvergleicher im ersten Fall resignierend feststellen, daß das tatsächlich geltende Recht die unbedingte Gewaltanwendung gestatte mit der Folge, daß keine einheitliche Rechtsüberzeugung festzustellen ist? Das wäre sicherlich nicht richtig. Entscheidend wäre hier die im zwischenstaatlichen Verkehr zum Ausdruck gekommene Rechtsüberzeugung, die auch inhaltlich in den förmlichen Rechtsvorschriften konkretisiert ist. Das schließt es andererseits im zweiten Fall nicht aus, über das geschriebene Recht hinausgehende staatliche Verhaltenspflichten zu berücksichtigen, die sich in der innerstaatlichen Praxis ausgebildet haben, wenn der betreffende Staat zwischenstaatlich darauf verweist. Dieser Verweis braucht nicht ausdrücklich zu sein, und er braucht auch nicht bei allen Staaten vorzuliegen, die in die Rechtsvergleichung einbezogen werden. Vielmehr wird es, wenn etwa anlässlich eines Zwischenfalls das Vorliegen gewohnheitsrechtlicher Regeln behauptet wird, ausreichen, entsprechende Regeln in zahlreichen innerstaatlichen Rechtsordnungen nachzuweisen. Die Rechtsvergleichung kann also hier den Nachweis der erforderlichen Rechtsüberzeugung erbringen. Das gilt jedenfalls für solche Tatbestände, die einen spezifischen Auslandsbezug aufweisen. Hier wird man viel eher vermuten, daß die Staaten mit der innerstaatlichen Regelung zugleich eine völkerrechtliche Verbindlichkeit erfüllen wollen. Anders verhält es sich mit denjenigen Tatbeständen, die nicht spezifisch irgendwelche Auslandsbezüge aufweisen, sondern für alle gelten, die sich auf dem Territorium des betreffenden Staates aufhalten, also auch für die eigenen Staatsangehörigen. Hier kann man nicht ohne weiteres aus der innerstaatlichen Regelung zugleich auf einen völkerrechtlichen Bindungswillen schließen. Das soll wieder an einem Beispiel erläutert werden: Wenn etwa ein Staat den Fremden auf seinem Staatsgebiet bestimmte Rechte einräumt, etwa Niederlassungsrechte oder bestimmte Verfahrensrechte, so wird man viel eher annehmen können, daß der Staat hier einer spezifisch-völkerrechtlichen Verpflichtung nachkommen will als in dem Fall, daß eine allgemeine für alle geltende Regelung bestimmte materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumt, bei denen Fremde nur mit umfaßt sind.

Der Umfang der in die Rechtsvergleichung einbezogenen nationalen Rechtsordnungen läßt sich dabei nicht mathematisch festlegen. Entscheidend hängt dies von den allgemeinen Anforderungen an den

Nachweis völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts ab. Der IGH hat im *Festlandsockel*-Fall verlangt: “. . . State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”<sup>23</sup>). Daraus kann für die Rechtsvergleichung negativ gefolgert werden, daß zum Nachweis der Rechtsüberzeugung nicht verlangt werden kann, daß sich eine behauptete Regel in der Rechtsordnung aller Staaten auffinden läßt. Andererseits ist weder erforderlich noch ausreichend, daß die Streitparteien einer behaupteten Norm des allgemeinen Völkergewohnheitsrechts zugestimmt haben<sup>24</sup>). Vielmehr wird es genügen, wenn die Rechtsordnungen der hauptsächlich betroffenen Staaten in die Untersuchung einbezogen werden. Eine entgegengesetzte nationale Regelung oder Praxis eines oder mehrerer Staaten kann dabei nicht unbeachtet bleiben<sup>25</sup>). Freilich kann hier die Rechtsvergleichung zu dem Ergebnis führen, daß sich in einer Region oder sogar zwischen zwei Staaten partikuläres Völkergewohnheitsrecht entwickelt hat<sup>26</sup>).

Ebenso wie die Rechtsvergleichung positiv zum Nachweis einer gewohnheitsrechtlichen Regelung oder zu deren Inhaltsbestimmung dienen kann, kann sie negativ zu dem Ergebnis führen, daß in bestimmten Bereichen die Staaten ihre Handlungsfreiheit behalten haben. So ist zwar in der Staatenpraxis der Grundsatz der Immunität fremder Staaten einhellig anerkannt. Über die Reichweite des Prinzips bestehen jedoch zahlreiche

<sup>23</sup>) *North Sea Continental Shelf Cases*, ICJ Reports 1969, S. 43; vgl. dazu Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts* (1973), S. 100 ff. mit weiteren Literaturangaben S. 103 Anm. 26.

<sup>24</sup>) Vgl. Verdross, *ibid.*, S. 100, und Kunz, *The Nature of Customary Law*, AJIL 47 (1953) 662 ff.

<sup>25</sup>) Der IGH hat im *norwegischen Fischereistreit* entschieden, daß eine Norm des Völkergewohnheitsrechts jene Staaten nicht bindet, die der sie begründenden Praxis widersprochen haben, *Fisheries Case*, ICJ Reports 1951, S. 131; dazu Verdross, a. a. O. [Anm. 23], S. 103). Dem Fall des Widerspruchs kann freilich eine abweichende nationale Regelung nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden.

<sup>26</sup>) Vgl. dazu die Entscheidung des IGH im Falle des *Durchzugs durch indisches Gebiet*: “The Court sees no reason, why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States”. Vgl. *Right of Passage over Indian Territory*, ICJ Reports 1960, S. 39; vgl. J. P. Müller, *Der Vertrauensschutz im Völkerrecht* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 56) (1971), S. 97 ff., andererseits Guggenheim, *Traité de droit international public*, Bd. 1 (1967), S. 108 ff.

verschiedene Rechtsauffassungen. Die Rechtsvergleichung ergibt nun, daß nahezu alle Rechtsordnungen der Welt fremde Staaten jedenfalls im Bereich der hoheitlichen Betätigung von der örtlichen Jurisdiktion ausnehmen, während auf dem Gebiet des Privatrechts eine absolute Immunität überwiegend nicht akzeptiert ist. Eine völkerrechtliche Immunitätspflicht besteht also insoweit nicht. Die Rechtsvergleichung hat hier das Ergebnis erbracht, daß sich der Umfang der Immunität insoweit nach Landesrecht bestimmt<sup>27)</sup>.

## 2. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Ein weiteres wichtiges Betätigungsfeld der Rechtsvergleichung stellt die Feststellung der "general principles of law recognized by civilised nations" gemäß Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des IGH-Statuts dar. Was diese allgemeinen Rechtsgrundsätze bedeuten und wann ein internationales Gericht auf sie zurückgreifen darf oder muß, ist in der Literatur heftig umstritten. Die sowjetische Völkerrechtstheorie versteht unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen solche, die nicht nur den nationalen Rechtssystemen, sondern zugleich auch dem Völkerrecht eigen sind. Die Parallelität bestimmter rechtlicher Regelungen in den Landesrechten reicht also nicht aus. Es muß hinzukommen, daß der Grundsatz der nationalen Rechtsordnungen mittels Vertrag oder Gewohnheitsrecht in das Völkerrecht übernommen wird<sup>28)</sup>. Anders die westliche Doktrin. Den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird hier meist ein eigenständiger Anwendungsbereich zuerkannt<sup>29)</sup>. Im einzelnen ist freilich auch hier vieles streitig<sup>30)</sup>. Die mehr naturrechtlich orientierte Doktrin sieht in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen diejenigen Grundprinzipien, die für das ordnungsgemäße Funktionieren jeder Rechtsordnung, also auch der Völkerrechtsordnung unabdingbar sind<sup>31)</sup>. Die Rechtsvergleichung ist Erkenntnisquelle, weil die

<sup>27)</sup> Vgl. Dahm, Völkerrecht, Bd. 1 (1958), S. 235.

<sup>28)</sup> Tunkin, Völkerrechtstheorie (1972), S. 236; vgl. auch ders., General Principles of Law in International Law, in: Festschrift für Verdross zum 80. Geburtstag, S. 523 ff.

<sup>29)</sup> In dem Sinne, daß es Rechtsgrundsätze gibt, die nicht ausschließlich durch den Konsens der Staaten konstituiert sind, vgl. Mosler, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, a. a. O. (Anm. 4), S. 404.

<sup>30)</sup> Vgl. dazu Jaenicke, Völkerrechtsquellen, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3 (1962), S. 770 ff.

<sup>31)</sup> So etwa Verdross, Völkerrecht (5. Aufl.), S. 22 ff., und Quadri, der von einer «conscience juridique internationale» spricht (RdC 113 [1964] 351); zustimmend zitiert von Kiss, Droit comparé et droit international public, Revue internationale de droit comparé 24 (1972) 8 ff.

nationalen Rechtsordnungen über eine erheblich ältere und reichere Erfahrung darüber verfügen, was als unabdingbar anzusehen ist. Eine andere Betrachtungsweise sieht die Rechtfertigung für die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze eher in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung durch das Völkerrecht<sup>32)</sup>. Einig ist man sich jedoch darüber, daß zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch diejenigen Grundsätze gehören, die allgemein *in foro domestico* von den innerstaatlichen Rechtsordnungen akzeptiert sind<sup>33)</sup>. Wengler folgend, kann man danach etwa unterscheiden<sup>34)</sup>:

a) Rechtsgrundsätze, die zur Auslegung oder Ergänzung von völkerrechtlichem Vertragsrecht oder Gewohnheitsrecht herangezogen werden. Neben den Grundsätzen, die sich aus der Gesamtheit der Völkerrechtsgrundsätze ermitteln lassen, sind für unser Thema vor allem diejenigen Rechtsgedanken wichtig, die sich in allen nationalen Rechtsordnungen finden und daher etwa zur Auslegung unklarer Vertragsverpflichtungen verwendet werden können.

b) Davon zu trennen sind diejenigen Rechtsgrundsätze, die neue völkerrechtliche Verhaltensnormen begründen, die im Vertrags- oder Gewohnheitsrecht keine Stütze finden. So etwa beim Recht auf Zugang zu staatlichen Exklaven und der entsprechenden Duldungspflicht des Staates, über dessen Gebiet der Zugang führt<sup>35)</sup>. In jedem Fall ist hier sorgfältig zu prüfen, ob die rechtsvergleichende Ermittlung allgemeiner Grundsätze nicht dem Vertragsrecht oder Gewohnheitsrecht widerspricht. Ist z. B. nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ersichtlich, daß ein Vertrag erschöpfend Verhaltenspflichten regelt, so können dahinter stehende »allgemeine Verhaltenspflichten« wohl nicht angenommen werden<sup>36)</sup>. Die Rechtsvergleichung kommt also nur dann zum Zuge, wenn die betreffende Frage noch als offen und regelungsbedürftig durch allgemeine Grundsätze angesehen werden kann.

Bereits aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß zahlreiche Vorüberlegungen vor der Nutzbarmachung der Rechtsvergleichung für die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze erforderlich sind. Die bisherige Praxis der internationalen Gerichte hat denn auch nur selten neue Verhaltenspflichten allein mit Hilfe rechtsvergleichend ermittelter Grundsätze

<sup>32)</sup> Wengler, Völkerrecht, Bd. 1 (1964), S. 363 Anm. 2.

<sup>33)</sup> Verdross, Quellen, a. a. O. (Anm. 23), S. 126; Mosler, a. a. O. (Anm. 4), S. 404.

<sup>34)</sup> Wengler, a. a. O. (Anm. 32), S. 363 ff.

<sup>35)</sup> Vgl. Bernhardt, a. a. O. (Anm. 3), S. 448.

<sup>36)</sup> Vgl. Wengler, a. a. O. (Anm. 32), S. 368.

begründet. Meist hat sie sich auf gewohnheitsrechtliche oder vertragliche Pflichten gestützt und die allgemeinen Grundsätze nur zur Begründung von Nebenpflichten ergänzend herangezogen<sup>37)</sup>.

Aus dem so beschriebenen Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze folgt für die Rechtsvergleichung methodisch, daß es nicht so sehr darauf ankommt, im Sinne eines gemeinsamen Nenners nationale Normen auf ihre Übereinstimmung zu untersuchen. Vielmehr geht es darum, daß in unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen die als *ratio legis* zugrundeliegenden Rechtsprinzipien herauszuarbeiten sind, oder wie Reuter sagt: «La détermination d'un fonds commun à l'ensemble de systèmes juridiques ne peut se faire d'une façon mécanique, mais en recherchant l'esprit des institutions»<sup>38)</sup>. Daraus folgt auch, daß nationale Sonderregelungen und besondere inhaltliche Ausgestaltungen dieser Prinzipien außer Betracht bleiben müssen<sup>39)</sup>. In der Regel wird die Rechtsvergleichung daher nur die Übereinstimmung in Grundsätzen, aber nicht in Einzelheiten herbeiführen.

Die Erkenntnis, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze ihren Geltungsgrund im Völkerrecht selbst haben, ist wichtig für die weitere Frage, welcher Grad von Übereinstimmung vorliegen muß, damit man von einem allgemeinen Grundsatz in diesem Sinne sprechen kann. Danach beurteilt sich auch die methodische Ausgangsfrage, welche Rechtsordnungen in die rechtsvergleichende Untersuchung einzubeziehen sind. Für die Geltung als Grundsatz des universalen Völkerrechts wird man verlangen müssen, daß der Grundsatz in einer beträchtlichen Anzahl von Rechtsordnungen, die insgesamt für die Völkerrechtsgemeinschaft repräsentativ sind, also die wichtigsten Rechtskreise umfassen, anerkannt ist. Daraus folgt, daß die Rechtsvergleichung möglichst viele Länder und Rechtskulturen einbeziehen muß. Das kann freilich nicht bedeuten, daß die nationalen Rechtsordnungen sozusagen statistisch im Hinblick auf einen bestimmten Grundsatz abgefragt werden müssen. Es wird vielmehr genügen, wenn man die

---

<sup>37)</sup> Typische Beispiele etwa die vertraglichen Nebenpflichten aus Treu und Glauben, Verfahrensgrundsätze oder grundlegende Pflichten der Menschlichkeit (vgl. dazu Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* [1953], S. 105 ff., 257 ff., 163 ff.).

<sup>38)</sup> Reuter, *Droit international public* (1968), S. 57.

<sup>39)</sup> Mosler, a. a. O. (Anm. 4), S. 404; ebenso Jaenicke für die Ermittlung gemeinsamer allgemeiner Rechtsgrundsätze gemäß § 215 Abs. 2 des EWG-Vertrages, in: *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, a. a. O. (Anm. 7), S. 864.

wichtigsten Länder der verschiedenen Rechtskreise einbezieht<sup>40)</sup>. Praktisch außerordentlich schwierige Fragen werden dabei durch die erst kürzlich unabhängig gewordenen Staaten im afrikanischen und asiatischen Raum aufgeworfen. In der Regel übernehmen allerdings diese Staaten die Rechtssysteme anderer entwickelter Staaten. Daneben wird aber der Versuch gemacht, eigene Rechtsordnungen, gegründet auf das einheimische Recht, aufzubauen. Dazu verfügt die Rechtsvergleichung meist nur über spärliche Informationen. Die Rechtsvergleichung wird diese einheimischen Rechte bisher noch vernachlässigen können. Zwar ist eine Grenze dort erreicht, wo auch nur in einer Minderheit von Rechtsordnungen ein prinzipieller Gegensatz zu der behaupteten Regel erkennbar sein wird. Auch hier erscheint mir aber dann eine ausnahmsweise Nichtberücksichtigung gerechtfertigt zu sein, wenn es sich nicht um eine entwickelte Rechtsordnung handelt. Hierin liegt vielleicht auch heute noch ein brauchbarer Sinn der Begrenzung auf die *civilized nations*. Freilich ist zuzugeben, daß damit zugleich die Frage nach dem Maßstab einer derartigen Bewertung aufgeworfen wird<sup>41)</sup>. Fest steht zunächst, daß nicht ein bestimmter Staat oder eine Gruppe von Staaten unter Berufung auf das Erfordernis der *civilized nations* aus dem Vergleich ausgeschlossen werden darf. Grundsätzlich sind alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen als Kulturstaaten in diesem Sinne anzuerkennen. Das Völkerrecht macht sich aber die allgemeinen Rechtsgrundsätze der nationalen Rechtsordnungen um des Funktionierens der Völkerrechtsordnung willen zu eigen. Daher kann der Grad der Entwicklung des Teilbereichs der Völkerrechtsordnung, zu dem die allgemeinen Regeln herangezogen werden sollen, einen Maßstab für die Bewertung abgeben. Das soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Als allgemeine Regeln sind zahlreiche Verfahrensgrundsätze, wie z. B. die *Maxime nemo iudex in sua causa, audiatur et altera pars* oder das Prinzip der *res iudicata*, anerkannt. Einer Anerkennung steht es nun nicht entgegen, wenn in einer nationalen Rechtsordnung oder in einer Gruppe von Rechtsordnungen von einem geregelten gerichtlichen Verfahren nicht die Rede sein kann und deshalb auch derartige Prinzipien nicht anerkannt werden. Oder, um ein weiteres Beispiel zu nennen: Der Grundsatz, daß für angemahnte fällige Schulden Verzugszinsen zu zahlen sind, die Grundsätze der Verjährung von Ansprüchen und die Ersitzung von Rechten setzen bereits einen

<sup>40)</sup> Vgl. Drobniç, Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Licht der "International Encyclopedia of Comparative Law", in: *Ius privatum gentium*, Festschrift für Rheinstein, Bd. 1 (1969), S. 221 ff.

<sup>41)</sup> Vgl. Steinberger, a. a. O. (Anm. 14), S. 279.

gewissen Entwicklungsstand schuldrechtlicher Verhältnisse voraus. Rechtsordnungen, die diesem Entwicklungsstand nicht entsprechen, können daher außer Betracht bleiben.

Nicht ohne weiteres in diese Kategorie lassen sich freilich Staaten einordnen, die auf Grund einer politischen Sondersituation, wie sie sich etwa in Bürgerkriegen oder äußerer Bedrohung ausdrückt, von einer allgemeinen Regel abweichen. Die Rechtsordnung kann im übrigen entwickelt sein, aus besonderen Gründen ist aber eine Art Rechtsfeindlichkeit festzustellen, so etwa, wenn bestimmte Bevölkerungsgruppen aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen rechtlos gestellt werden. Dadurch wird die Geltung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht in Frage gestellt, und zwar deshalb, weil auch die Völkerrechtsordnung auf einer – wie auch immer zu definierenden – Normalsituation aufbaut und das im weiteren Sinne bestehende Notrecht nationaler Rechtsordnungen nicht einbezieht. Die allgemeine Anerkennung gewisser Menschenrechte wird also auch dann nicht in Frage gestellt, wenn etwa die in Südafrika geltenden Prinzipien der Apartheid dem entgegenstehen.

Steht eine im oben beschriebenen Sinn entwickelte Rechtsordnung eines Staates oder einer Gruppe von Staaten im Widerspruch zu einer behaupteten allgemeinen Regel des Völkerrechts, so fragt es sich dennoch, ob nicht eine Bindung für jene Staaten besteht, die diese Rechtsgrundsätze anerkennen. Darauf wird in einem späteren Abschnitt noch besonders einzugehen sein.

Die bisherigen Überlegungen haben sich auf den Umfang der zur Vergleichung heranzuziehenden Rechtsordnungen konzentriert. Nicht gelöst ist damit die Frage, wann eine Anerkennung in einer nationalen Rechtsordnung vorliegt. Ist etwa erforderlich, daß die Praxis des Staates davon ausgeht, oder genügt eine förmliche Anerkennung der Gesetzgebung des betreffenden Staates? Muß hier die Rechtsvergleichung die Rechtswirklichkeit einbeziehen, also etwa Gerichtsentscheidungen und Praxisberichte verwerten? Zunächst hat die Rechtsvergleichung bei der Ermittlung allgemeiner Grundsätze zunächst alle Quellen einzubeziehen, die auch der Jurist der ausländischen Rechtsordnung heranziehen würde<sup>42)</sup>. Beizuziehen sind also Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, Gerichtsentscheidungen, wissenschaftliche Literatur oder auch bloße Bräuche. Eine Anerkennung kann sich auch aus der Praxis ergeben, die auf Grund einer bestimmten Rechtsüberzeugung geübt wird. Methodisch schwierige Fragen stellen sich freilich, wenn zu erkennen ist, daß die Rechtspraxis einer ge-

<sup>42)</sup> Zweigert/Kötz, a. a. O. (Anm. 2), S. 31.

setzlichen Norm entgegensteht. Es muß hier wohl unterschieden werden: Einerseits führt die Nichtbeachtung allein nicht zum Wegfall der Geltungsvoraussetzung einer Norm. Andererseits kann eine Rechtsordnung nicht völlig gelöst von ihrer tatsächlichen Durchsetzung gesehen werden. Es gibt Normen, die infolge einer widersprechenden Praxis auch rechtlich als nicht mehr existent angesehen werden müssen. Maßgebend dafür ist die innerstaatliche Rechtsauffassung. Davon zu unterscheiden ist der weitere Fall, daß ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zwar übereinstimmend anerkannt wird, die vertiefte rechtsvergleichende Untersuchung zeigt jedoch, daß der Inhalt und die Ausgestaltung des Rechtsgrundsatzes in den untersuchten Rechtsordnungen erheblich differieren. Ein typisches Beispiel dafür sind etwa die Menschenrechte<sup>43)</sup>. So kann man etwa bei der Untersuchung, ob in den nationalen Rechtsordnungen ein Mindestumfang an Gerichtsschutz des Einzelnen gegen die vollziehende Gewalt gegeben ist, erhebliche Differenzen in der Funktion dieses Gerichtsschutzes zwischen den verschiedenen Ländern feststellen. In den sozialistischen Ländern wird der Gerichtsschutz z. B. nicht unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes gesehen<sup>44)</sup>. Rechtsvergleichung sollte hier nicht zu frühzeitig kapitulieren. Weite Bereiche des Völkerrechts und insbesondere des Völkerrechts der letzten 20 Jahre basieren auf Regeln, die in den nationalen Rechtsordnungen jeweils verschieden ausgelegt werden. Man denke etwa nur an das Selbstbestimmungsrecht oder das Aggressionsverbot. Ähnlich diesen gewohnheitsrechtlichen Normen können sich auch allgemeine Rechtsgrundsätze entwickeln, die erhebliche Unterschiede der betreffenden Rechtsordnungen überdecken. Soweit dem betreffenden Grundsatz ein gewisser Begriffskern zugrundeliegt, steht seiner Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz der jeweils verschiedene Begriffshof nicht im Wege. Damit wird die Rechtsvergleichung vor die schwierige methodische Aufgabe gestellt, an Hand der innerstaatlichen Rechtspraxis den gemeinsamen Kern eines derartigen Grundsatzes herauszuarbeiten. Freilich wird dieses Unternehmen nicht immer sehr sinnvoll und erfolgversprechend sein. Die Rechtsvergleichung kann aber auch in diesen Fällen nützliche Funktionen leisten. Förmliche Anerkennung eines Grundsatzes, auch wenn sich momentan ein konkreter gemeinsamer Inhalt nicht ermitteln läßt, kann eine Vorstufe für die Entwicklung künftigen Gewohnheitsrechts sein, insbesondere dann, wenn der Grundsatz sich auch in internationalen Instrumenten findet und damit über die rein nationale Sphäre erhoben und verselbständigt worden ist.

<sup>43)</sup> Vgl. dazu auch Bernhardt, a. a. O. (Anm. 3), S. 447.

<sup>44)</sup> Steinberger, a. a. O. (Anm. 14), S. 280.

Das eben erwähnte Beispiel der Menschenrechte wirft die weitere Frage auf, welche Institutionen bzw. Rechtsnormen sich überhaupt für eine rechtsvergleichende Betrachtung zum Zweck der Feststellung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes eignen. Es wurde bereits erwähnt, daß die rechtsvergleichende Betrachtung nicht dazu führen darf, die Systematik und Funktion der Völkerrechtsordnung zu sprengen oder, wie Steinberger sagt, die behaupteten Grundsätze müssen ihrem Sinn und ihrer Wirkungsweise nach auf Sachverhalte anwendbar sein, die in die Jurisdiktion des Völkerrechts fallen<sup>45)</sup>. Im Bereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze sind dabei zwei verschiedene Arten von Grundsätzen zu unterscheiden. Einmal der traditionelle Typ von Rechtssätzen, die aus dem Zivilrecht der nationalen Rechtsordnungen in das Völkerrecht rezipiert worden sind. Darunter fallen die meisten allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie etwa der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Regeln über Vertragsauslegung oder Schadenshaftung. Die Übernahme dieser Grundsätze wurde dadurch begünstigt, daß diese Grundsätze die Lösung typischer Interessenkonflikte zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten widerspiegeln und sich somit prinzipiell zur Übertragung auf das Verhältnis ebenfalls gleichgeordneter Völkerrechtssubjekte, d. h. in erster Linie der Staaten, eignen. Ein grundsätzliches Problem der Veränderung des Jurisdiktionsbereichs der Völkerrechtsordnung taucht also hier nicht auf. Dennoch ergibt sich hier eine methodische Frage daraus, daß mit der Übernahme dieser Regeln ein Adressatenwechsel verbunden ist, der zu einer tiefgreifenden inhaltlichen Veränderung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes führen kann. Anders ausgedrückt: was zwischen Privaten in einer nationalen Rechtsordnung gilt, kann, auf das Verhältnis der Staaten übertragen, etwas wesentlich anderes bedeuten. Ein Beispiel dafür ist vielleicht der Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung: In nahezu allen Rechtsordnungen findet sich der Grundgedanke, daß niemand sich auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund bereichern darf. Die Geltung dieses Grundsatzes wird daher auch für das Völkerrecht angenommen<sup>46)</sup>. Das zwischen den Privaten zugrundeliegende Konzept eines rechtfertigenden Grundes läßt sich jedoch nur schwer auf das Völkerrecht übertragen. Für das Völkerrecht wird daher eine Anpassung des Grundsatzes derart vertreten, daß nicht nur formelle Rechtstitel bei der Untersuchung zugrunde zu legen seien, sondern etwa auch die Geschichte der ökonomisch-politischen Beziehungen zwischen den Parteien<sup>47)</sup>. Auf

<sup>45)</sup> Steinberger, a. a. O., S. 276 ff.

<sup>46)</sup> Verdross, a. a. O. (Anm. 23), S. 132 (mit Nachweisen aus Literatur und internationaler Rechtsprechung).

<sup>47)</sup> W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964), S. 206 ff.

die Beziehungen zwischen den ehemaligen Kolonialländern und den unabhängig gewordenen ehemaligen Kolonien angewendet, bedeutet das die Geltendmachung eines Anspruchs auf ungerechtfertigte Bereicherung, die die Kolonialländer durch Ausbeutung des Landes erhalten haben, der gegenüber dem Entschädigungsanspruch aus Enteignung in Anrechnung gebracht werden kann<sup>48)</sup>. Dadurch verändert sich aber der Anspruch seinem Wesen nach ganz erheblich, in dem er zu einer Art generalklauselartigem Schadenersatz führt für alle Wertverschiebungen, die sich infolge von Kriegsereignissen oder Sezessionen vollzogen haben. Das gilt insbesondere dann, wenn man die nähere Ausgestaltung des Anspruchs durch die Begrenzung des Anspruchs auf die vorhandene Bereicherung außer acht läßt.

Die Rechtsvergleichung hat also ihr Augenmerk nicht nur auf die formelle Übereinstimmung der Landesrechte zu richten, sondern zu fragen, ob der behauptete allgemeine Rechtsgrundsatz seinem Wesen nach auf die völkerrechtlichen Beziehungen anwendbar ist. Ein allgemein gültiger Maßstab dafür läßt sich nicht aufstellen. Entscheidend ist, ob die Regel auch für das Verhältnis der Völkerrechtssubjekte untereinander vernünftige Lösungen ermöglicht. Einen Anhaltspunkt dafür wird man oft in der völkerrechtlichen Praxis sehen können. Hier liegt freilich der Kern zahlreicher Differenzen. Das geht bis zu dem Anspruch der Entwicklungsländer, sich über allgemeine Rechtsgrundsätze der *civilized nations* hinwegzusetzen, wenn diese nicht mehr ihren Bedürfnissen und Nöten entsprechen. Gleichzeitig haben diese Staaten, gestützt auf ihre Mehrheit in den Vereinten Nationen die Entwicklung neuer Völkerrechtssätze vorangetrieben, wie sie etwa in den "Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States" zum Ausdruck kommen<sup>49)</sup>. Die Rechtsvergleichung kann daran nicht vorbeigehen, wenn die Frage einer Vereinbarkeit rechtsvergleichend ermittelter Regeln mit System und Struktur des Völkerrechts zur Debatte stehen.

Das Problem einer Inhaltsveränderung durch Adressatenwechsel tritt in der zweiten Gruppe von allgemeinen Regeln nicht auf. Es handelt sich hierbei um solche Regeln, die im nationalen Recht das Verhältnis des Individuums zum Staat regeln. Die Übertragung in das Völkerrecht ändert grundsätzlich an dieser Beziehung nur insofern etwas, als die bisher kraft

---

<sup>48)</sup> Friedmann, a. a. O.; vgl. dazu Green, *Comparative Law as a Source of International Law*, *Tulane Law Review* 42 (1967/68) 62 ff.

<sup>49)</sup> Siehe Report of the Special Committee, UN Doc. A/5746 (1964), S. 157; dazu Green, a. a. O., S. 64 ff.

innerstaatlichen Rechts geschuldeten staatlichen Pflichten nunmehr kraft Völkerrechts im Verhältnis der Völkerrechtssubjekte untereinander geschuldet werden. Das ist keine neue Erscheinung im Völkerrecht. Schon früher wurden in völkerrechtlichen Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsverträgen Rechte und Pflichten des Einzelnen gegenüber dem Vertragsstaat geregelt. Dabei handelte es sich allerdings ausschließlich um die Regelung der Rechtsstellung des Fremden zum Aufenthaltsstaat. Die inneren Verhältnisse des Staates und sein Verhältnis zu den eigenen Staatsbürgern wurde dagegen grundsätzlich als *domaine réservé* des Staates, also als nicht zum Völkerrecht gehörig angesehen. Im Prinzip hat diese Auffassung heute noch Geltung und wird gerade in der neuesten Entwicklung im Völkerrecht, die den Grundsatz der staatlichen Souveränität und der Nichteinmischung stark hervorhebt, bestätigt.

Dennoch ist ein Einbruch des Völkerrechts in die innere Verfassung der Staaten bereits durch das Völkergewohnheitsrecht, insbesondere durch das völkerrechtliche Fremdenrecht erfolgt. Ein bestimmtes Mindestmaß an menschlicher Behandlung wird durch das Völkerrecht den Staaten auch gegenüber ihren eigenen Angehörigen vorgeschrieben<sup>50)</sup>. Die in den nationalen Rechtsordnungen vorgeschriebenen Rechte gehen aber erheblich darüber hinaus. Die Übertragung dieser Rechte als allgemeine Grundsätze des Völkerrechts wirft nun grundsätzliche Fragen auf. Geht man etwa von den politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten und Garantien aus, wie sie in den zwei noch nicht in Kraft getretenen UN Covenants on Civil and Political Rights<sup>51)</sup> und on Economic, Social and Cultural Rights<sup>52)</sup> und zahlreichen Deklarationen, Konventionen und Konventionentwürfen der Vereinten Nationen und regionaler Organisationen in Europa und Lateinamerika niedergelegt sind, so stellt sich die Frage, ob nicht mit der Übernahme dieser Rechte als allgemeine Rechtsgrundsätze das bisherige System der Völkerrechtsordnung aus seinen Angeln gehoben wird. Mit Recht sagt Steinberger, das Völkerrecht stelle hier die Gretchenfrage nach der inneren politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verfassung der Staaten, die Frage nach Freiheit und Demo-

<sup>50)</sup> Zum Unterschied zwischen fremdenrechtlichem Standard und Menschenrechten siehe Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 39) (1963), S. 70 ff.

<sup>51)</sup> BGBl. 1973 II, 1533, ZaöRV 30 (1970) 349 ff.

<sup>52)</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hat der Konvention durch Gesetz vom 23. 11. 1973 zugestimmt (BGBl. 1973 II, 1569, ZaöRV 30 [1970] 365 ff.); vgl. dazu Zuleeg, Der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Recht der Arbeit 1974, S. 321 ff.

kratie, nach Rechtsstaat und sozialer Wohlfahrt<sup>53</sup>). Gerade das Beispiel der Menschenrechte zeigt mit aller Deutlichkeit auf, daß man bei der Übernahme von Regeln, die das Verhältnis Individuum-Staat betreffen, äußerste Vorsicht walten lassen muß. Ergibt die Rechtsvergleichung, daß eine sehr große Zahl von Rechtsordnungen ihren Bürgern bestimmte politische Rechte, wie etwa das Recht auf freie, gleiche und geheime Wahlen einräumen, so kann daraus ein allgemeiner Rechtsgrundsatz noch nicht ohne weiteres hergeleitet werden. Die Annahme einer völkerrechtlichen Pflicht bringt — wie ohne weiteres ersichtlich ist — in diese Rechte eine ganz andere Dimension. Da aber die Übernahme der allgemeinen Rechtsgrundsätze in das Völkerrecht auf der Erwägung beruht, daß diese Grundsätze der Struktur der Völkerrechtsordnung angemessen und zu seiner Ergänzung unentbehrlich sind, wäre der Nachweis erforderlich, daß die Völkerrechtsordnung auf gewissen menschenrechtlichen Garantien der nationalen Rechtsordnungen beruht. Das läßt sich aber allenfalls für grundlegende, aus der Würde des Menschen abgeleitete staatliche Verhaltenspflichten sagen, nicht aber für die Summe der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte. Die Abgrenzung dessen, was als unerläßliche Bedingungen der menschlichen Existenz in jeder Rechtsordnung auch kraft Völkerrechts als gesichert angesehen werden muß, kann aber letztlich wieder nur aus dem Völkerrecht, d. h. aus dem völkerrechtlichen Bindungswillen der Staaten hergeleitet werden. Im Ergebnis reduziert das die Frage des Umfangs dieser Rechte auf das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht. Methodisch folgt daraus für die Rechtsvergleichung, daß die Übernahme allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht im Gegensatz zu dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht stehen darf. Ergeben sich z. B. aus dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht bestimmte Regeln über die den einzelnen Staaten vorbehaltenen Bereiche, wie z. B. die innere politische Ordnung, so darf dieses Ergebnis nicht über die Einführung allgemeiner Rechtsgrundsätze verfälscht werden. Für die Frage der Menschenrechte ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer Untersuchung, inwieweit diese bereits als völkerrechtlich bindend von den Staaten angesehen werden. Im Kolloquium über gerichtlichen Rechtsschutz wurde denn auch konsequent bei der Auswertung des Ergebnisses gefragt, ob das allgemeine Völkerrecht und das völkerrechtliche Vertragsrecht innerstaatlichen Rechtsschutz gegen die Exekutive fordern<sup>54</sup>). Die bisherigen Erfahrungen in dieser Rich-

<sup>53</sup>) Steinberger, a. a. O. (Anm. 14), S. 277.

<sup>54</sup>) Vgl. dazu die Berichte von Doehring, Fordert das allgemeine Völkerrecht innerstaatlichen Gerichtsschutz gegen die Exekutive?, und Golsong, Völkerrechtliche Vertragsbestimmungen über den innerstaatlichen gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a. a. O. (Anm. 7), Bd. 3, S. 227 ff. und 251 ff.

tung zeigen eher eine deutliche Zurückhaltung der Staaten auf, sich völkerrechtlichen Bindungen zu unterwerfen<sup>55)</sup>. Gerade auch die zögernde Ratifikation der entsprechenden UN-Konventionen zeigt mit aller Deutlichkeit, daß von völkerrechtlichen Bindungen bisher nur bei entsprechenden vertraglichen Abmachungen die Rede sein kann. Diese Überlegungen beziehen sich auf die Übernahme allgemeiner Grundsätze aus dem Verhältnis Individuum — Staat auf das universale Völkerrecht. Anders verhält es sich möglicherweise dort, wo die Übernahme derartiger Grundsätze auf regionale Völkerrechtsordnungen, wie sie etwa zwischen europäischen oder lateinamerikanischen Staaten bestehen, in Frage steht. Darauf ist im nächsten Abschnitt näher einzugehen.

### 3. Übernahme allgemeiner Rechtsgrundsätze ins regionale Völkerrecht

Kommt man aus den oben erörterten Gründen zu dem Schluß, daß ein allgemein anerkannter Grundsatz im Sinne des Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des IGH-Statuts nicht vorliegt, so stellt sich dennoch die Frage, ob wenigstens außervertraglich eine Bindungswirkung für jene Staaten zu bejahen ist, die den behaupteten Grundsatz anerkannt haben. Zu denken ist hier in erster Linie an Staaten, die regional durch eine bestimmte gemeinsame Rechtskultur oder eine bestimmte Organisation abgegrenzt werden können. So vertritt Verdross die Ansicht, daß in einem Streitfall zwischen Staaten, deren Rechtssysteme auf dem römischen und gemeinen Recht aufgebaut sind, nur die von ihnen anerkannten Rechtsgrundsätze herangezogen werden können<sup>56)</sup>.

Eine Grundvoraussetzung für die Heranziehung dieser allgemeinen Grundsätze ist freilich, daß man die Möglichkeit eines derart regional abgegrenzten Völkerrechts mit der Folge einer verschiedenen Bindung von Staaten an außervertragliche völkerrechtliche Normen bejaht. Das wirft zahlreiche rechtstheoretische und rechtspolitische Fragen auf. Die völkerrechtliche Praxis geht jedenfalls von der Existenz derartiger regionaler Völkerrechtskreise aus. Damit ist aber die oben aufgeworfene Frage noch nicht endgültig beantwortet. Zu fragen ist auch hier, ob die Einbeziehung

---

<sup>55)</sup> Vgl. dazu auch die Schlußfolgerungen von Jaenicke, Die Grundsätze über den gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegen die Exekutive im System der Völkerrechtsordnung, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Bd. 3, S. 310 ff.

<sup>56)</sup> Verdross, Die Quellen, a. a. O. (Anm. 23), S. 128.

der von diesen Staaten allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze mit der Funktion dieses Völkerrechtskreises in Einklang steht. Das erfordert wiederum eine Unterscheidung zwischen jenen Regeln, die als innerstaatliche Grundsätze auf die Beziehungen der Staaten untereinander angewendet werden, und solchen Regeln, die das innerstaatliche Verhältnis Staat – Individuum für völkerrechtlich verbindlich erklären. Im ersten Fall handelt es sich also um jene Regeln, die an sich auf das zwischenstaatliche Verhältnis übertragen werden können, etwa zur Bestimmung von Art und Höhe von Schadenersatzpflichten oder zur Auslegung vertraglicher Verpflichtungen, die aber nur deswegen keine universelle Bindungswirkungen entfalten, weil sie nicht allgemeine Anerkennung gefunden haben. Die Annahme einer regionalen Bindungswirkung rechtfertigt sich hier daraus, daß mit der Existenz des regionalen Völkerrechtskreises auch entsprechend diejenigen allgemeinen Rechtsgrundsätze zugrunde zu legen sind, die für das Funktionieren dieser Ordnung erforderlich sind. Problematischer ist dagegen auch hier die Einbeziehung allgemeiner Grundsätze über das Verhältnis Individuum-Staat. Es kommt entscheidend auf die Charakterisierung der regionalen Völkerrechtsordnung an. Eine Übernahme in die regionale Völkerrechtsordnung etwa von Grundrechten kommt bei Fehlen ausdrücklicher vertraglicher Grundlagen nur dann in Betracht, wenn damit der grundsätzliche Einwirkungsbereich dieser regionalen Völkerrechtsordnung nicht unzulässig erweitert wird. Ist etwa, wie bei den Europäischen Gemeinschaften, im Rahmen weitgehender vertraglicher Abmachungen ein Teil der innerstaatlichen Kompetenzen auf Gesetzgebungsorgane der regionalen Völkerrechtsordnung übergegangen, so ist damit auch eine Übernahme der allgemeinen Grundsätze über das Verhältnis des Individuums zum Staat in jenen Bereichen verbunden, für die die Gemeinschaftsorgane an die Stelle der einzelnen Staaten getreten sind. Das bedeutet zunächst eine Bindung der Gemeinschaftsorgane an diese Grundsätze. In diesem Sinne hat der EuGH Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts, etwa über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten rechtsvergleichend ermittelt und ins Gemeinschaftsrecht übernommen<sup>57</sup>). Problematischer ist dagegen, inwieweit auch eine Einwirkung des regionalen Völkerrechts in die innerstaatlichen Verhältnisse gerechtfertigt und geboten ist. Der EuGH hat bisher die Geltung allgemeiner

---

<sup>57</sup>) Vgl. Bleckmann, Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, Deutsche Landesberichte, a. a. O. (Anm. 20), S. 106, 111 ff. (mit Nachweisen aus der Rechtsprechung), und Lecheler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze (1971).

Rechtsgrundsätze nur im Verhältnis der europäischen Organe zum Marktbürger, nicht dagegen im Verhältnis der EWG-Staaten untereinander angenommen<sup>58)</sup>. Das ist sicherlich richtig, wenn man den jetzigen Charakter der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Wirtschafts- und Währungsunion betrachtet. Es ist aber doch die Frage aufzuwerfen, ob nicht mit der Fortentwicklung der EWG zu einer politischen Union auch eine Bindung der Staaten untereinander an allgemeine Rechtsgrundsätze bejaht werden muß. Das ist in dem Moment gerechtfertigt, wo auch eine gewisse Homogenität der nationalen Rechtsordnungen untereinander als Vorbedingung für die Erreichung weiterer Ziele der Europäischen Gemeinschaften angesehen werden muß. Konkret bedeutet das: Mit der definitiven Entscheidung über den weiteren Ausbau der EWG zu einer politischen Gemeinschaft sind auch die allgemeinen Grundsätze über das Verhältnis Individuum – Staat im Verhältnis der EWG-Staaten untereinander völkerrechtlich bindend.

Zurück von diesem Ausflug in die Zukunft zu den Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Hier eröffnet sich der Rechtsvergleichung ein ungleich fruchtbareres Anwendungsfeld als im Bereich des universalen Völkerrechts. Insbesondere ergeben sich auf dem Gebiet der Menschenrechte zahlreiche Möglichkeiten der Vergleichung der Verfassungen der Mitgliedstaaten, die für die Herausarbeitung eines Grundrechtsstandards des »Gemeinschaftsbürgers« unentbehrlich sind<sup>59)</sup>. Zwar beruht die Bindungswirkung an übereinstimmende soziale und kulturelle Rechte der Marktbürger letztlich auf dem vertraglich vereinbarten Einwirkungsbereich der regionalen Völkerrechtsordnung auf den innerstaatlichen Bereich und bildet dafür den Rahmen. Im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist es die soziale und wirtschaftliche Ordnung, die diesen Rechtskreis entscheidend prägt, während die politische Ordnung noch weitgehend dem rein innerstaatlichen Bereich vorbehalten ist und sich deshalb nur bedingt für eine Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze eignet.

Die im wirtschaftlichen und sozialen Bereich auftretenden Probleme der Tangierung von Grundrechten durch Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane konnten durch die Rechtsprechung des EuGH über die allgemeinen Rechtsgrundsätze weithin zufriedenstellend gelöst werden. Der Rechtsver-

---

<sup>58)</sup> Bleckmann, a. a. O., S. 115.

<sup>59)</sup> Vgl. dazu Pescatore, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, Cahiers de droit européen 1968, S. 629 ff. (mit einem Überblick über die Grundrechte der Mitgliedstaaten).

gleichung kommt dabei zur Vorbereitung der Entscheidungen des Gerichts nicht nur negative Funktion zu, Lösungen zu vermeiden, die für ein Mitglied inakzeptabel wären, sondern zugleich eine positive Funktion, indem durch vergleichende Grundrechtsuntersuchungen die Grundlagen für einen weiteren Grundrechtsschutz als Bestandteil der Gemeinschaftsverfassung gelegt werden. Nur auf diese Weise läßt sich auch die Zurückhaltung abbauen, die gelegentlich in den Entscheidungen nationaler Gerichte gegenüber den Europäischen Gemeinschaften zum Ausdruck kommt<sup>60)</sup>. Die Rechtsvergleichung hat also hier auch eine wichtige Zukunftsaufgabe, die in Angriff genommen werden muß, wenn es den Mitgliedstaaten mit der Weiterentwicklung von einer wirtschaftlichen zu einer politischen Ordnung ernst ist. Von der besonderen Struktur der Europäischen Gemeinschaften ausgehend, sind auch die methodischen Fragen nach Umfang und Quellen der Rechtsvergleichung zu beantworten. Alle Rechtsordnungen des betreffenden Rechtskreises sind zu untersuchen. Dabei kommt es auch hier nicht auf die formelle Übereinstimmung an, sondern darauf, welche Grundprinzipien allen beteiligten Rechtsordnungen zugrunde liegen<sup>61)</sup>. Internationale Verträge, die zwischen diesen Staaten in Geltung sind, wie z. B. die MRK, können dazu unterstützend herangezogen werden. Die Rechtsvergleichung wird dabei ihr Augenmerk stärker als bei den universell geltenden Grundsätzen auf die Verfassungswirklichkeit zu richten haben und daher auch etwa die Schrankenziehung von Grundrechten in der Praxis der Gerichte berücksichtigen müssen. Das folgt aus der Natur dieser Grundsätze, die eben nicht wie im universellen Völkerrecht die rechtliche Insel in einer entscheidend von Machtgesichtspunkten geprägten Ordnung darstellen, sondern in einer stärker verrechtlichten Ordnung konkrete Maßstäbe für das Verhalten der supranationalen Organe einer weitgehend politisch-homogenen Gemeinschaft abgeben sollen. Die Forderung, daß grundsätzlich alle Rechtsordnungen der Vertragsstaaten heranzuziehen sind, birgt freilich zahlreiche methodische Probleme in sich. Soll die Untersuchung den Zweck verfolgen, die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten sozusagen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, oder kommt es auf den Grad der Übereinstimmung nicht entscheidend an? Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, was wir als allgemeinen Rechtsgrundsatz ansehen wollen. Die einzige in den europäischen Verträgen enthaltene Verweisung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art.215 Abs.2

<sup>60)</sup> Vgl. Benda/Klein, Das Spannungsverhältnis von Grundrechten und übernationalem Recht, DVBl. 1974, S. 389 ff.

<sup>61)</sup> Bleckmann, a. a. O. (Anm. 57), S. 110; Jaenicke, a. a. O. (Anm. 39), S. 864.

EWG-Vertrag und Art.188 Abs.2 Euratomvertrag deutet darauf hin, daß nur bei einer Übereinstimmung in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten ein allgemeiner Rechtsgrundsatz vorliegt. Dem gegenüber ist von verschiedenen Autoren, u. a. von *Zweigert*, betont worden, daß allgemeiner Rechtsgrundsatz das sei, was sich bei einer kritischen Analyse der Lösungen, die sich nach einer rechtsvergleichenden Umschau ergäbe, als die beste Lösung darstelle. Wo verschiedene, aber gleichwertige Lösungen in den Mitgliedstaaten angetroffen würden, sei derjenigen Lösung der Vorzug zu geben, welche den Zielen der Gemeinschaft am besten entspreche. Nur wo verschiedene gleich gute Lösungen sich dem Gemeinschaftsrecht gleichermaßen einfügten, könne der EuGH frei wählen<sup>62)</sup>. Diese zunächst bestechend erscheinende Lösung setzt sich dem Einwand aus, dem Gerichtshof eine nahezu schrankenlose Rechts schöpfungsbefugnis zu gewähren. Mangels eines nachprüfbaren Kriteriums, was als die beste Lösung anzusehen ist, bleibt es allein dem Gerichtshof überlassen, eine von mehreren nationalen Regelungen herauszusuchen und sie als die beste Lösung zu bezeichnen<sup>63)</sup>. Ob die Verträge dem Gerichtshof wirklich so weitgehende Vollmachten zubilligen wollten, muß bezweifelt werden. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs selbst ist hier nicht eindeutig. Wiederholt wird zwar von den in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehenden Fundamentalrechten gesprochen, in der Sache aber orientiert sich der Gerichtshof häufig stark an der Lösung eines der Mitgliedstaaten<sup>64)</sup>. Ein Beispiel dafür ist die unlängst entschiedene Rechtssache *Nold gegen die Kommission*, wo zunächst davon gesprochen wird, daß die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die der Gerichtshof zu wahren hat, und daß er bei der Gewährleistung dieser Rechte von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen hat. Tatsächlich wird aber die in der deutschen

---

<sup>62)</sup> *Zweigert*, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 28 (1964), 611 ff.

<sup>63)</sup> So auch *Lecheler*, a. a. O. (Anm. 57), S. 189 ff.

<sup>64)</sup> EuGH Slg. IV, S. 304 ff., 363 ff.; XV, S. 419; vgl. dazu auch den Bericht von *Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, unten S. 280 ff. Der tatsächliche Umfang der Rechtsvergleichung, der den Entscheidungen des EuGH zugrundeliegt, wird allerdings nur selten aus der Entscheidung selbst deutlich. *Pescatore* hat in der Diskussion vom 26.–28. 2. 1975 in Heidelberg darauf hingewiesen, daß vor jeder Entscheidung der Dokumentationsdienst der Gemeinschaften eine ausführliche rechtsvergleichende Untersuchung erarbeitet, die die Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten berücksichtigt.

Doktrin entwickelte Abgrenzung zwischen Eigentum und Sozialbindung des Eigentums zugrunde gelegt<sup>65)</sup>.

Daraus kann aber doch wohl nicht der Schluß gezogen werden, der Gerichtshof wähle nach seinem Ermessen die beste Regelung unter den nationalen Rechtsordnungen. Vielmehr hat der Gerichtshof sich sehr stark an dem deutschen Modell orientiert, weil dieses die auch in den übrigen Mitgliedstaaten bestehende Problematik der Sozialbindung des Eigentums am differenziertesten behandelt. Die dabei erarbeiteten Grundsätze sind aber auch den Rechtsordnungen der übrigen Mitgliedstaaten immanent, mögen sie auch in der Doktrin und der Rechtsprechung noch nicht voll entwickelt sein. Der Gerichtshof hat also nicht der besten Lösung den Vorzug zu geben, sondern – falls sich ein Rechtsgrundsatz noch nicht in allen Mitgliedstaaten nachweisen läßt – derjenigen nationalen Regelung, die sozusagen das vorwegnimmt, was auch in den Rechtsordnungen der übrigen Staaten angelegt ist. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz kann daher eine allgemeine Regelung dann nicht angesehen werden, wenn sie mit der Rechtsordnung eines der Mitgliedstaaten in Widerspruch steht. Im Hinblick auf die Erarbeitung allgemeiner Grundsätze, die die Gemeinschaftsrechtsordnung ergänzen, besteht der Auftrag der Rechtsvergleichung also auch darin, die nationalen Rechtsordnungen daraufhin zu befragen, wie ein bestimmtes Problem zu lösen wäre, auch wenn gesetzliche Vorschriften nicht vorhanden sind und Rechtsprechung und Doktrin noch nicht hinreichend entwickelt sind. In diesem Fall kann die Lösung einer der nationalen Rechtsordnungen bereits als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden, wenn sie der Systematik der übrigen Rechtsordnungen entspricht und eine sinnvolle Ergänzung des Gemeinschaftsrechts darstellt.

Die Rechtsvergleichung steht weiterhin vor der Frage, in welcher Weise neu eingetretene Staaten in die Untersuchung einzubeziehen sind oder wie sich eine Änderung der innerstaatlichen Rechtsordnung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze auswirkt. Die erste Frage kann man wohl nicht einfach damit beantworten, daß neu in die Gemeinschaft eintretende Staaten die von der Gemeinschaft geschaffene Rechtsordnung und damit auch die bisher bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze übernehmen und es daher auf die Rechtsordnung neu eintretender Staaten nicht ankomme<sup>66)</sup>. Vielmehr sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze das in steter Fortentwicklung befindliche Rechtsfundament, auf dem die Gesamt-

<sup>65)</sup> EuGH Slg. XX, S. 507 ff.

<sup>66)</sup> Vgl. aber Bothe, a. a. O.

heit der Gemeinschaft und ihres Funktionierens beruht. Der Eintritt neuer Staaten kann ein Umstand sein, der sich auf den Charakter der Gemeinschaft und damit deren Rechtsordnung auswirkt. Das bedeutet andererseits nicht, daß allgemeine Rechtsgrundsätze, die in der bisherigen Gemeinschaft anerkannt waren, nun ihre Wirksamkeit verlieren, wenn sie sich in den Rechtsordnungen der neu eingetretenen Staaten nicht oder nur teilweise nachweisen lassen. Auch im Bereich der Europäischen Gemeinschaften handelt es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eben nicht um die mathematische Feststellung eines gemeinsamen Nenners, sondern um die Ermittlung der Gemeinschaftsrechtsordnung. Die entscheidende Frage ist also, inwieweit sich durch die Rechtsordnung der neu hinzugekommenen Staaten das Rechtsfundament der Gemeinschaft geändert hat. Bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird man das nur insoweit annehmen können, als die Rechtsordnung der neuen Staaten in einem ausgesprochenen Gegensatz zu den bisher geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht. Bei lediglich »neutralem Verhalten« der neu hinzugekommenen Rechtsordnungen wird dagegen der errungene Standard in seiner Geltung nicht beeinträchtigt. Dasselbe gilt für die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Fragen können dann auftauchen, wenn das Vertragsrecht in bestimmten Bereichen von nationalen Rechtsordnungen besonders geprägt ist, wie man das vielleicht für das Verwaltungsrecht im Hinblick auf das französische Recht sagen kann. Das Recht der neu eingetretenen Staaten kann hier nicht unberücksichtigt bleiben, wenn sich ein prinzipieller Gegensatz zu den Rechtsordnungen der bisherigen Mitgliedstaaten zeigt<sup>67)</sup>. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Staat seine Gesetzgebung ändert. Gilt ein allgemeiner Rechtsgrundsatz als Norm der Gemeinschaftsrechtsordnung, so ist er in seinem Bestand grundsätzlich von den einzelnen Rechtsordnungen unabhängig. Das gilt aber wieder nur insoweit, als die Änderung nicht die Gemeinschaftsrechtsordnung selbst mittelbar berührt, indem etwa die Voraussetzung für die gleichmäßige Anwendung des Gemeinschaftsrechts entfällt. Für die Rechtsvergleichung folgt daraus die Notwendigkeit, sowohl die neu hinzugekommenen Rechtsordnungen in die Betrachtung einzubeziehen wie auch den jeweils neuesten Stand der Rechtsüberzeugung in den nationalen Rechtsordnungen zu berücksichtigen.

---

<sup>67)</sup> Wie der Beitritt Großbritanniens gezeigt hat, ergeben sich dabei Probleme nicht so sehr aus inhaltlichen Verschiedenheiten, als aus einer anderen Auffassung von der Rolle des Richters gegenüber dem Gesetz, aus einem verschiedenen Gesetzestil und verschiedenen Auslegungsmethoden.

#### 4. Rechtsvergleichung und völkerrechtliches Vertragsrecht

Das Völkerrecht verfügt nicht wie die nationalen Rechtsordnungen über ein voll entwickeltes System von Begriffen und Rechtsinstituten. In völkerrechtlichen Verträgen werden daher oft Begriffe verwendet, die dem nationalen Recht entlehnt sind oder sich jedenfalls aus dem Völkerrecht allein nicht eindeutig ermitteln lassen<sup>68</sup>). Für die Auslegung derartiger Verträge kann die Rechtsvergleichung wichtige Anhaltspunkte liefern. Die Leitlinie der Rechtsvergleichung ist dabei in jedem Fall die Herausarbeitung des Willens der Vertragsparteien. Die methodische Grundfrage, die sich dabei zunächst stellt, ist die nach der Auswahl der zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen. Zunächst liegt nahe, daß nur die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten zu vergleichen sind, da zu vermuten ist, daß die Vertragsstaaten ihre übereinstimmenden rechtlichen Konzeptionen auch auf der völkerrechtlichen Ebene zugrundelegen wollen<sup>69</sup>). Bei näherer Betrachtung ist freilich dieser Grundsatz in seiner Allgemeinheit nicht richtig. Vielmehr ist denkbar, daß die Vertragsparteien mit der Verwendung eines Begriffes auf die in anderen völkerrechtlichen Abkommen gebräuchliche Terminologie und deren Bedeutung zurückgreifen wollen, die von der nationalen Rechtspraxis abweicht<sup>70</sup>). Oder der völkerrechtliche Vertrag verweist auf bestimmte typusmäßig ausgebildete Institutionen. So enthält die Europäische Menschenrechtskonvention z. B. an mehreren Stellen eine Verweisung auf die *principles of a democratic society*<sup>71</sup>). Nur solche Einschränkungen von Grundrechten, die in einer demokratischen Gesellschaft für notwendig gehalten werden, ermöglichen auch die Beschränkung der in der MRK vorgesehenen Rechte. Es kann

<sup>68</sup>) Vgl. dazu Guggenheim, a. a. O. (Anm. 5), S. 141 ff.; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927) (reprint 1970).

<sup>69</sup>) Vgl. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 40) (1963), S. 156 ff.

<sup>70</sup>) So wurde z. B. der Begriff »zu karitativen Zwecken« im deutsch-österreichischen Vermögensvertrag vom 15. 6. 1957 vom Schiedsgericht in Übereinstimmung mit dem Staatsvertrag vom 15. 5. 1955 interpretiert, vgl. dazu Seidl-Hohenveldern, *The Austrian German Arbitral Tribunal* (1972), S. 87.

<sup>71</sup>) Ähnliche Probleme ergeben sich bei Art. 15 MRK, der eine Außerkraftsetzung von MRK-Vorschriften unter Berufung auf »Notstand« erlaubt; gemeint ist hier wohl nicht eine bloße Verweisung auf das nationale Recht, andererseits gibt es keinen eigenständigen völkerrechtlichen Notstandsbegriff; abzustellen ist dabei auf einen Notstandsbegriff der Konvention, der mit Hilfe der Rechtsvergleichung ermittelt werden muß (unter welchen Umständen lassen demokratische Staaten eine Außerkraftsetzung von Grundrechten zu?).

nun der Fall eintreten, daß bestimmte Beschränkungen in einer demokratischen Gesellschaft für möglich gehalten werden, obwohl sie in einem oder mehreren Vertragsstaaten der MRK unbekannt sind. Ist die Rechtsvergleichung hier auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten der MRK beschränkt? Man wird das wohl im Hinblick darauf ablehnen, daß eben ein über die Mitgliedstaaten hinausgehender Typ des demokratischen Staatswesens zugrundegelegt wird<sup>72</sup>). Hält sich ein Mitgliedstaat in diesem Rahmen, so handelt er nicht konventionswidrig. Die Grenze der Heranziehung der Rechtsordnungen von Nichtvertragsstaaten scheint mir aber dort erreicht, wo sich unter den Vertragsstaaten ein einheitlicher Standard herausgebildet hat. Hier hat der Typus durch die übereinstimmende Praxis der Vertragsstaaten bereits eine solche Verfestigung erhalten, daß abweichende Rechtsordnungen, mögen sie auch als demokratische Staatswesen zu bezeichnen sein, vom Vergleich ausgeschlossen werden müssen.

Methodisch bleibt festzuhalten, daß der Rahmen der zur Rechtsvergleichung heranzuziehenden Rechtsordnungen von Art, Inhalt und Zweck des Vertrages bestimmt wird. Bei Verträgen mit nur wenigen Vertragspartnern wird man am ehesten annehmen können, daß ein im Vertrag verwandter bestimmter Begriff durch den Vergleich der Rechtsordnungen der einzelnen Vertragsstaaten zu ermitteln ist. Im Fall einer übereinstimmenden Praxis bereitet dies keine Schwierigkeiten. Man wird ohne weitere besondere Anhaltspunkte annehmen können, daß ein in allen Rechtsordnungen übereinstimmend verwandter Begriff auch in dieser Bedeutung dem Vertrag zugrunde zu legen ist. Ergibt die Rechtsvergleichung keine Übereinstimmung, so ist auf andere Auslegungsprinzipien zurückzugreifen, wie etwa den Grundsatz, daß ein Vertragsstaat sich im Zweifel möglichst geringen Beschränkungen seiner Souveränität unterwerfen will. Bei Verträgen, die auf eine universelle Mitgliedschaft angelegt sind, wird man in der Regel zur Auslegung von Begriffen nicht allein auf den Vergleich der Rechtsordnungen der augenblicklichen Vertragsstaaten zurückgreifen dürfen, sondern alle Rechtsordnungen in den Vergleich einbeziehen. Das rechtfertigt sich aus dem Zweck des Vertrages, der ja eine inhaltliche Basis nicht nur für die augenblickliche Zahl von Vertragsstaaten abzugeben hat, sondern für einen weiteren Kreis potentieller Mitglieder.

Sonderprobleme werden schließlich durch die Nutzbarmachung der Rechtsvergleichung für die internationalen Organisationen aufgeworfen. Einige wenige Bemerkungen mögen genügen, da das Thema in einem

<sup>72</sup>) Mosler, a. a. O. (Anm. 4), S. 392 ff.

gesonderten Beitrag behandelt wird<sup>73)</sup>. Die Rechtsvergleichung des öffentlichen Rechts hat hier ihren Kristallisationspunkt und ist mit Entstehen stärker werdender öffentlich-rechtlicher Beziehungen in der internationalen Gemeinschaft ständig im Vordringen. Zwei Nutzenwendungen für die Rechtsvergleichung sind zu unterscheiden: einmal für die Auslegung der Gründungsverträge dieser Organisationen, die sehr häufig mit Begriffen arbeiten, die aus den nationalen Rechtsordnungen entlehnt sind, wie z. B. Gesetz, Verordnung, Verwaltungsorgan usw. Bei der Ermittlung des Begriffsinhalts hat die Rechtsvergleichung freilich im Auge zu behalten, daß wir es bei den internationalen Organisationen mit einer Gemeinschaft von Staaten zu tun haben, während der Begriff in der nationalen Rechtsordnung in einer Gemeinschaft von Individuen seine Funktion entfaltet. Erforderlich ist daher zusätzlich eine Klärung, ob der Begriff sich zur Übertragung auf das Recht der internationalen Gemeinschaft eignet. Das ist nur möglich, wenn die Rechtsvergleichung nicht nur die formale Übereinstimmung eines Begriffsinhaltes festgestellt, sondern zugleich die rechtliche Funktion und gesellschaftliche Bedeutung des Begriffs erarbeitet hat<sup>74)</sup>. Zu Recht hat es daher Generalanwalt Römer abgelehnt, Vergleiche zum Landesrecht zur Unterscheidung von Rechtsverordnungen (*rèlements*) und Verwaltungsakten (*actes individuel et collectif*) nach dem Montanunionsvertrag heranzuziehen<sup>75)</sup>.

Anders verhält es sich mit der zweiten Nutzenwendung der Rechtsvergleichung für das Recht der internationalen Organisation. Geht es um das interne Organisationsrecht der internationalen Organisation, so liegt eine Übertragung der durch Rechtsvergleichung ermittelten Grundsätze viel näher, da staatliche Organisation und die Organisation der internationalen Gemeinschaft keine grundsätzlichen Verschiedenheiten in sich bergen. Das gilt insbesondere für das Dienstrecht der internationalen Beamten. Zu Recht haben daher die internationalen Gerichte hier weitgehend auf Grundsätze der nationalen Rechtsordnungen zurückgegriffen, wenn auch systematische rechtsvergleichende Untersuchungen

<sup>73)</sup> Vgl. R e s s, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, unten S. 227 ff., und Z e m a n e k, a. a. O. (Anm. 5), S. 453 ff.

<sup>74)</sup> Zur Forderung nach Einbeziehung rechtssoziologischer Überlegungen vgl. L a n g r o d, Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique, *Revue internationale de droit comparé*, 9 (1957), 368 ff., und D r o b n i g, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 18 (1953), 295 ff.

<sup>75)</sup> EuGH Slg. II, S. 122 ff.; vgl. Z e m a n e k, a. a. O. (Anm. 5), S. 459.

meist nicht vorgenommen wurden<sup>76</sup>). In allen Fällen ist aber zu beachten, daß die Rechtsvergleichung hier ihre Legitimation aus dem Willen der vertragschließenden Parteien bezieht. Letztlich geht es um die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens.

### Summary

## Relevant International Law Questions Methodically Applied within Comparative Law

1. The selection of a subject, the raising of issues and the source of comparative law depend upon specific goals. Therefore it must be observed, that the comparatively determined legal rule or institution be transmitted into the international order. First, however, it must be determined, if it is possible and to what extent the structure of the applicable legal sphere, for which sake the comparative study is undertaken, allows itself to be transmitted – actually to what extent the content of the rule or institution is changed.

2. a) Within the general legal maxim the comparative law must be combined with an examination of international customary law. The international law system may not be distorted through the introduction of a general legal maxim. The general legal maxim must in substance be applicable to the relations of the international subjects of law, thereby enabling a reasonable solution.

b) Comparative law has to extract the basic principles in the different national legal systems. Special national arrangements and particular elaboration with respect to content are not to be considered.

c) The selection of the legal order takes place according to the principle of representation. Divergent legal orders shall not be considered, where they do not meet the standard of development required by the particular international law branch for which application of the general legal maxims are designed. Likewise, legal orders based upon special circumstances (Emergency law in the farthest sense) shall not be considered.

3. In case of regional international law orders specific, methodical rules apply according to their standard of development.

a) Within the European Common Market area the comparative law examination does not have to be mathematically accurate; on the other hand the “best solution” cannot be determined merely on the basis of a simple survey. Rather the legal orders are to be examined on how an expected solution to a certain problem will be solved when the statutory regulations and court decisions are insufficient.

b) Legal orders of newly admitted States are to be considered since through their admission a change in the communities “legal foundation” occurred.

<sup>76</sup>) Dazu Zemanek, a. a. O., S. 466 ff.

4. In case of international treaty law, the type, content and purpose of the treaty determines the methodical approach. It is feasible that the treaty members' use of a concept was intended for indicating a uniform legal use by the present treaty members or for certain similarly developed institutions. The pertinent legal orders must be determined accordingly. In case of treaties, which were opened to universal membership, all legal orders considered during the course of a comparative law study are to be in accordance with the principle of representation.