

Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung

Helmut Strebelt

What the sources of international law are cannot be stated; it can only be discussed.

Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (1965), S. 27

Inhaltsübersicht

- I. Varianten und Komponenten des Begriffs Völkerrechtsquelle
 1. Verschiedenheit der Quellenbegriffe
 2. »Quellen« des Völkerrechts
 3. Die drei Schichten innerhalb der einzelnen Quellenkategorie
 4. Kategorien von Völkerrechtsnormen und ihre Wechselwirkungen
 5. Völkerrecht als Rechtsordnung
 6. Verträge, Rechtsfolgen und Gerichtsentscheide
 7. Gerichtsentscheide als Rechtsquellen?
 8. Indirekte Wirkungen von Verträgen
- II. Die Entstehung gemeinen Völkerrechts – Der kreative Prozeß
 1. Allgemein
 2. Die Frage des Gewohnheitsrechts
- III. Die Komponenten des Kurationsprozesses
- IV. Folgerungen aus den Grundgegebenheiten des Zusammenlebens der Staaten
- V. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

I. Varianten und Komponenten des Begriffs Völkerrechtsquelle

1. Verschiedenheit der Quellenbegriffe

Dem Historiker, der den Strom der Überlieferungen bis zu seinen Quellen zurückverfolgt, die Quellen kritisch bewertet, zu Schlüssen auch auf die Überlieferungen und ihre Fehler-Quellen, auswertet, sind Quellen stets Erkenntnisquellen, Spuren, Zeugnisse, Wirkungen dahinterstehender, dadurch erkennbarer Sachverhalte.

Dem Juristen sind Quellen einen Rechtszustand, Gesamt oder Teil einer Rechtsordnung, schaffende Rechtssätze, die als geschriebene (Texte: Gesetze, Staatsverträge) oder ungeschriebene Rechts-Quellen auftreten, gelten, in Kraft stehen und auf einen durch sie geschaffenen und aufrechterhaltenen Rechtszustand schließen lassen nach denselben Regeln (teils des Rechts, teils allgemeiner Logik und Hermeneutik), nach denen sie ihn bewirken. Daneben gibt es für den Juristen auch Erkenntnisquellen mehr oder weniger konstituierender Art, die ihm Schlüsse auf Bestehen und Inhalt, besonders ungeschriebener Rechtssätze oder auf den genaueren Inhalt des durch die Rechtssätze geschaffenen Rechtszustandes ermöglichen¹⁾.

All dies sind Quellen in einem statischen Sinn: Historiker wie Juristen sehen das Feld ihrer wissenschaftlich analytischen Betätigung zwischen dem (zu ermittelnden und zu bewertenden) Quellenrohstoff und dem daraus durch sachkundige Auswertung zu gewinnenden Bild. Das »Bild« ist für den Juristen ein durch Auslegung einschlägiger, relevanter Texte aufzuzeigender Rechtszustand, für den Historiker Faktenbild im weitesten Sinne.

Der vom Juristen zu ermittelnde Rechtszustand beruht auf einer bestimmten Wirkungskraft seiner Rechtsquellen, die eng zusammenhängt, wenn nicht identisch ist mit der Art des Zustandekommens der Rechtsquellen. Die Rechtsquellen erscheinen hierbei als (statisches) Ergebnis eines so oder so gearteten kreativen Prozesses und seiner aktiven Komponenten. Diese verschiedenerlei Kurationsprozesse und ihre Komponenten sind Quellen im dynamischen Sinn, die qualifiziert sind, Rechtszustände schaffende, »geltende« Texte oder Regeln bestimmter Formgattungen laufend hervorzubringen. Ihre Legitimation hierzu beziehen

¹⁾ Hierher gehört das vom IGH nach Art. 38 Abs. 1 *lit. d* seines Statuts auszuwertende, nur begrenzt konstituierende Material.

sie teils aus außerhalb ihrer selbst, ihnen zugrunde liegenden Regelbeständen (so die Gesetzgebungsverfahren aus Verfassungsbestimmungen, die völkerrechtlichen Vertragsschließungsverfahren aus zugrunde liegendem ungeschriebenem gemeinem Vertragsrecht), teils tragen sie diese Legitimation in sich selbst in Verbindung mit gewissen soziologischen Voraussetzungen und Wirkungen, so die zu ungeschriebenem Völkerrecht führenden Kurationsprozesse.

Während die Texte geschriebenen Rechts von dem ihnen zugrunde liegenden, mehr oder weniger formalisierten Kurationsprozeß klar unterscheidbar sind, dieser wieder von seinem Legitimationsfaktor, verschimmen diese Unterschiede bei ungeschriebenem Recht, das von den Mitgliedern der jeweiligen Rechtsgemeinschaft mehr oder weniger »spontan« und unmittelbar hervorgebracht wird und allenfalls in seiner Anwendung durch die Gerichte der Rechtsgemeinschaft eine letzte Legitimation²⁾ findet, sofern es nicht überhaupt der innerhalb gewisser Freiräume konstanten Praxis dieser Gerichte seine Entstehung verdankt. So vermischt sich im Begriff »Gewohnheitsrecht« Geltungsgrund, Entstehungsweise und Regelbestand einer bestimmten Formgattung ungeschriebenen Rechts, so daß die einzelnen Dimensionen von Fall zu Fall, soweit möglich, isoliert werden müssen. Ein präzise formulierbarer Wortlaut einer Regel ungeschriebenen Rechts ist meist schwer oder überhaupt nicht feststellbar, und die Ermittlung des von ihr getragenen Rechtszustandes wie auch ihres Zustandekommens von der Ermittlung ihres Wortlauts kaum zu trennen. Der Kurationsprozeß besteht aus einer nicht näher festgelegten Vielzahl von Einzelvorgängen, deren Zusammenhang und gemeinsamer, zunächst empirischer Regelkern allmählich bewußt wird und sich bei Hinzutritt entsprechender subjektiver Meinungs- und Willenselemente, die zum Teil unterstellt oder erschlossen werden, zu einer Rechtsregel verdichtet, sich als Rechtsregel durchsetzt und als verbindlich anerkannt wird.

Die nachträgliche, diagnostische Herausarbeitung des Regelkerns geschieht empirisch an Hand als motivierend erkannter oder *ex post* herantretender Leitgedanken, die sich als Rechtsprinzipien des betreffenden Sachbereichs oder allgemeinerer Art formulieren lassen, entweder schon zuvor existieren oder erst an Hand der Einzelregel existent und bewußt

²⁾ Wohl überbewertet durch P. Guggenheim, Was ist positives Völkerrecht? Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 8 (1951), S. 31 ff., 42 f.; hierzu H. Stöbel, in: Bilfinger-Festgabe (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 29) (1954), S. 473 ff.

werden. Auf der geistigen Seite des Entstehungsvorgangs sind induktive (empirische) und deduktive (theoretische) Momente ineinandergreifend wirksam, wobei die eine oder die andere Komponente überwiegen mag.

Verschiedene Abstraktionsgrade ergeben verschiedene Höhenlagen zwischen allgemeinerem Prinzip und konkret gefaßter, unmittelbar anwendbarer Regel, damit verbunden verschiedene Grade von Präzision und inhaltlicher Reichweite.

Für die verschiedenen Abstraktionsgrade gibt es keine vorgegebenen Stufen, Termini nur für Extremwerte: »Rechtsgrundsätze, Rechtsprinzipien« für hohe, »Rechtssätze, -regeln« für niedrige Abstraktionsgrade. Damit verbinden sich auch verschiedene Grade oder Arten von Positivität: Rechtssätze und -regeln sind unmittelbar verbindlich und anwendbar, von unmittelbarer Geltung, Rechtsgrundsätze sind eher Ausdruck oder Inhalt beherrschender, mehr oder weniger allgemein akzeptierter Leitgedanken, deren Folgerungen für tiefer gelegene Abstraktionsebenen (so für Rechtssätze) erst gefunden werden müssen. Mehrere verschieden oder gleichartig motivierte Leitgedanken können um so leichter miteinander kollidieren, je weiter ihre Aussagen gefaßt sind, so daß sich von selbst die Notwendigkeit ihrer Abgrenzung, evtl. Rangordnung ergibt.

Mit dem Wirksamwerden allgemeinerer Rechtsprinzipien bei Entstehung ihnen ent- oder widersprechender Rechtssätze gelangt ein inhaltliches Moment in den zunächst rein formal umschriebenen Kurationsprozeß. Das Exogen-Inhaltliche (im Gegensatz zu Endogen-Inhaltlichem, d. h. Inhalten der bestehenden Völkerrechtsordnung), das zu einem materiellen Quellenbegriff (im Sinne geistiger Herkunft, »Wurzeln«) führen würde, bleibt hier außer Betracht, ebenso die mehr theoretische Begründung des Geltens von Rechtssätzen, schließlich die konkreten Rechtsbeziehungen (Rechte und Pflichten bestimmter gegen bestimmte Rechtsträger) und Rechtslagen, die sich aus Rechtsregeln (unmittelbar oder in Verbindung mit auslösenden Fakten) als ihren »Rechtsgrundlagen« ergeben. Gegenstand unserer Betrachtung ist vielmehr nur das Zustandekommen von Regeln des Völkerrechts aus Völkerrechtsquellen im formellen und dynamischen Sinn, mit Einschluß ihres Ergebnisses, und das daraus erkennbare Wesen der Völkerrechtsquelle.

2. »Quellen« des Völkerrechts

Das Völkerrecht als Rechtsordnung wird aus »Quellen« sehr verschiedener Art gespeist. Nach dem Artikel »Völkerrechtsquellen« von A.

Verdross in der 1. Auflage des Wörterbuchs des Völkerrechts (Bd. 3 [1929]) kommen »folgende Quellen allgemeiner Völkerrechtssätze« in Betracht: »Zunächst die koordinierten Verfahren der Staatsverträge und des Gewohnheitsrechts, sowie als deren Grundlage und zur Lückenausfüllung, die »internationale Gerechtigkeit« als Inbegriff der von den Kulturstaaten – außerhalb von Vertrags- und Gewohnheitsrecht – anerkannten Rechtsregeln«. Im 1. Teil sind Quellen »Verfahren«, im 2. Teil (ergänzend) ein Inbegriff von Regeln, also wohl Verfahrensprodukte.

G. Jaenicke hingegen beginnt seinen gleichnamigen Artikel in der 2. Auflage (Bd. 3 [1962]) des Wörterbuchs: »Gegenstand der Rechtsquellenlehre sind Entstehungsvorgang, Geltungsgrundlage und Rangordnung völkerrechtlicher Rechtsverhältnisse« und unterscheidet »Quellen im formellen Sinne (die verschiedenen Entstehungsformen völkerrechtlicher Normen und sonstiger Rechtsverhältnisse) und Quellen im materiellen Sinne« völkerrechtsgeschichtlicher, inhaltlicher Herkunft der Normen etwa aus römischem Recht, aus privat- oder prozeßrechtlichen Rechtsbegriffen und -grundsätzen, mit Bedeutung u. a. für Auslegung von Vertrags- und Gewohnheitsrecht. Diese »Quellen im materiellen Sinne«, die, soweit es sich um geistige, ideengeschichtliche Herkunft und Ursprünge handelt (d. h. um exogene inhaltliche Einflüsse im oben I 1 am Ende bezeichneten Sinne), m. E. überhaupt außerhalb des geisteswissenschaftlichen Quellenbegriffs liegen, läßt er beiseite und trennt die »formellen« Völkerrechtsquellen als »Entstehungsformen völkerrechtlicher Rechtsverhältnisse« in primäre, »bei denen der Entstehungsvorgang als solcher bereits ein hinreichender Geltungsgrund für die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten ist« (»Verträge, gewohnheitsrechtliche Übung, und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, deren Charakter als selbständige Rechtsquelle aber umstritten ist«) und sekundäre, »bei denen die rechtserzeugende Wirkung des Entstehungsvorgangs auf einer primären Rechtsquelle (Vertrags- oder Gewohnheitsrecht) beruht. Derartige Rechtsquellen sind Entscheidungen internationaler Gerichte sowie Beschlüsse internationaler und supranationaler Organisationen«.

»Als Rechtsquellen werden«, fährt J. fort, »... auch die Hilfsmittel zur Erkenntnis und zum Nachweis bestehenden Rechts bezeichnet: Vertragsammlungen, Zusammenstellungen der Staatspraxis, Entscheidungen internationaler und nationaler Gerichte, Äußerungen der Völkerrechtslehre (unechte Rechtsquellen)«. Als Grund für diese Erweiterung des Quellenbegriffs gibt J. in Parenthese an: »weil zwischen Geltungsgrund und Geltungsnachweis nicht immer klar unterschieden wird«.

Diese Wiedergaben aus zwei ein Menschenalter auseinanderliegenden Wörterbuchartikeln bezwecken nicht, eine Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt einzuleiten oder auch nur die (anderswoher zu ergänzenden) Standpunkte ihrer Autoren zu umschreiben, sondern ein wenigstens vorläufiges Spektrum der in Betracht kommenden Fragestellungen zu entfalten. Quer durch die dort getroffenen Unterscheidungen und herausgestellten Kategorien lassen die Formulierungen noch weitere, nicht weniger wichtige erkennen.

3. Die drei Schichten innerhalb der einzelnen Quellenkategorie

a) Der Begriff der Völkerrechtsquelle im traditionellen Sinn ist mehrschichtig: Die oberste Schicht besteht in Texten oder wie immer zustande gekommenen, unmittelbar anwendbaren Regeln geltenden Völkerrechts. Darunter liegt die Schicht des kreativen Prozesses, z. B. des Vertragsschlußverfahrens, dem jene Texte oder Sätze ihre Entstehung verdanken. Wiederum darunter liegen in einer dritten Schicht die aktiven Elemente und Komponenten des kreativen Prozesses.

b) Ob das Produkt eines Kurationsprozesses eine vertragliche oder nichtvertragliche Regel ist, hängt davon ab, ob sich der Kurationsprozeß in der (durch gemeinsames Vertragsrecht festgelegten) Form eines Vertragsschließungsverfahrens oder in der des Zustandekommens nichtvertraglicher Völkerrechtsregeln abspielt (wenn man absieht von indirekten Wirkungen von Verträgen oder Vertragsschließungsvorgängen auf nichtvertragliches Völkerrecht). Vertragliche und nichtvertragliche Regeln unterscheiden sich auch in der Wirkungsweise, in der Bestimmung des Kreises gebundener Rechts- und Verpflichtungsträger, dann in der Art ihrer Auslegung und Anwendung, ihres Wandels und Erlöschens, man könnte sagen in der Art ihrer Konsistenz: Sie ist bei nichtvertraglichen Regeln weicher, nach Voraussetzungen und Zeitpunkten des In- und Außerkrafttretens und der Veränderung, typischerweise auch inhaltlich weniger scharf konturiert als bei vertraglichen Regeln, was Möglichkeiten konstituierender (präzisierender, modifizierender) Einwirkungen durch (besonders internationalgerichtliche) Anwendung nichtvertraglicher Regeln begünstigt und Präzisierung durch vertragliche Regeln nahe legt.

c) Die tragenden Komponenten können für verschiedene Völkerrechtskategorien identisch sein, zumindest teilweise sich decken: Die für Vertragsschlüsse zuständigen Staatsorgane können durch ständige, über-

einstimmende Praxis, sei es bei Vertragsschlüssen oder anderer Tätigkeit im Völkerrechtsbereich, Gewohnheitsrechtsregeln³⁾ hervorbringen (z. B. allgemeinen Vertragsrechts), da sie vielfach nicht nur für Vertragsschlüsse, sondern auch für sonstige (z. B. einseitige) Völkerrechtsakte zuständig sind. Die verschiedenen Arten der zustande gebrachten Völkerrechtsregeln ergeben sich dann aus den verschiedenen Arten kreativer Prozesse, die von denselben Staatsorganen angewandt werden: Einmal bestehen diese Prozesse in Ausarbeitung und Abschluß von Staatsverträgen, einmal in sonstigen Verhaltensweisen im Völkerrechtsraum, die den Erfordernissen der Gewohnheitsrechtsbildung genügen.

d) Zur Theorie des letzten Geltungsgrundes der so oder so zustande gekommenen Völkerrechtsregeln soll hier nicht Stellung genommen werden, sondern es wird davon ausgegangen, daß die Staaten- oder die internationale Gerichtspraxis diese Regeln als bindend ansieht⁴⁾ und behandelt, sofern sie bestimmten Erfordernissen genügen, ohne Rücksicht darauf, ob die Regeln stets eingehalten werden: Die Berufung (sei sie auch unhaltbar) auf eine Ausnahme, eine Exemption von einer Regel ist stets deren Bestätigung, da es sonst dieser Berufung nicht bedürfte. Der kreative Prozeß ist weitgehend mit dem Geltungsgrund identisch. Das Denkmodell einer auf die Verfassung zurückgehenden Normenhierarchie ist auf das Völkerrecht nicht ohne weiteres übertragbar.

4. Kategorien von Völkerrechtsnormen und ihre Wechselwirkungen

Zwischen den Arten der Völkerrechtssätze (z. B. vertraglichen und solchen des gemeinen Völkerrechts) bestehen verschiedenerlei Wirkungszusammenhänge. So liegen die Voraussetzungen, die Geltungsgrundlagen vertraglicher Bindung in nichtvertraglichem, »gemeinem«⁵⁾ Völkerrecht,

³⁾ Der vorerst unkritisch verwendete Begriff »Gewohnheitsrecht« wird unter II 2 genauer untersucht.

⁴⁾ Für diese von J. J. Moser 1777 dargelegte empirische Methode entscheidet sich A. Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, ZaöRV Bd. 29 (1969), S. 635 ff., 652 (dort weitere Nachweise).

⁵⁾ Vgl. Max Huber, Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, in: Gesellschaft und Humanität, Gesammelte Aufsätze (Vermischte Schriften, Bd. III) (1948), S. 72 Anm. 9: »Gemeines Recht ist von Rechts wegen gleiches, gemeinschaftliches Recht, während allgemeines Recht nur faktisch gleiches bedeutet. Das allgemeine Recht ist in der Regel der Vorläufer des gemeinen Rechts in der Entwicklung

das unterhalb des vertraglichen liegt und dieses trägt. Das gemeine Völkerrecht kann in Gewohnheitsrecht und andere Kategorien aufgeteilt werden und ist flankiert von den »allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen« (hierzu unten V), auf die es, ebenso wie Art. 38 Abs. 1 *lit. c* des IGH-Statuts, als zusätzliche Rechtsmasse verweist.

Unterhalb des Gewohnheitsrechts lägen die allgemeinen Völkerrechtsprinzipien, unter diesen die grundsätzlichen Folgerungen aus dem unabhängigen Nebeneinanderstehen der Staaten, wie sie z. B. vom StIGH gezogen wurden:

„This rule [Art. 17 of the Covenant of the League of Nations] . . . only accepts and applies a principle which is a fundamental principle of international law, namely, the principle of the independence of States“ (B 5, S. 27; Fontes A I 1, S. 2, 9)

in dem Sinne, daß ein Nichtmitgliedstaat an die Streitbeilegungsregeln des Völkerbündspaktes nur auf Grund freiwilliger Unterwerfung gebunden sein kann, so daß Art. 17 lediglich als ohnehin geltende Folgerung aus dem Prinzip der Unabhängigkeit der Staaten anzusehen, also, so kann hinzugefügt werden, im Lichte dieses Prinzips zu interpretieren ist, neben den sonst für die Interpretation einer Vertragsbestimmung in Betracht kommenden Gesichtspunkten.

Wie immer man diese einander teils überlagernden und in verschiedener Weise durchdringenden Kategorien umschreiben und einander zuordnen mag: Der internationale Richter blickt von oben durch sie und ihre jeweiligen drei Schichten hindurch. Er sieht sie in ihren Zusammenhängen, er sieht z. B. Folgerungen aus dem unabhängigen Nebeneinander der Staaten, die sich in allgemeinen Völkerrechtsprinzipien ausgedrückt, dann zu Gewohnheitsrechtsregeln verdichtet und schließlich vertraglich fixiert haben, wenn auch nur für einen Teil der Staaten bindend, und das ist das gewohnte Bild, das ihm sein Rechtsmaterial bietet. Die einzelnen Kategorien enthalten Unterschiedliches: Wo das Vertragsrecht nichts für die am Konflikt beteiligten Parteien Maßgebendes enthält und auch das Gewohnheitsrecht schweigt, dringt der Blick tiefer, bis er auf eine verwendbare Aussage stößt oder feststellen muß, daß sich für den erhobenen Anspruch, für das von der Gegenpartei geforderte Verhalten keine Grundlage im geltenden Völkerrecht finden läßt.

des internationalen Rechts«. Danach scheint es richtig, jedenfalls die fundamentalen Strukturprinzipien des Völkerrechts, wie sie der Verbindlichkeit von Verträgen zugrunde liegen, gemeines Völkerrecht zu nennen. Hierzu Huber, a. a. O., S. 72: »Jeder einzelne Vertrag hat zur Voraussetzung, daß die Parteien sich als Rechtssubjekte anerkennen, daß sie die verpflichtende Kraft des Vertrages im Verkehr der Staaten bejahen«.

5. Völkerrecht als Rechtsordnung

Dieser zunächst axiomatische Entwurf einer Zusammenschau der verschiedenen Völkerrechtskategorien beruht auf der oben (Ziff. 2 Satz 1) ausgedrückten Vorstellung vom Völkerrecht »als Rechtsordnung«. Damit ist eine Behauptung aufgestellt und eine Eingrenzung gemacht, die sich auch auf den Quellenbegriff auswirkt: Ausgeschieden werden damit Einzelakte, die sich nur auf ein konkretes Rechtsverhältnis beziehen, es schaffen, verändern oder klären, seien es Verträge, einseitige Staatsakte oder Entscheidungen internationaler Gerichte oder Schiedsgerichte. Viktor B r u n s, der diese Zeitschrift mit seiner zweiteiligen Abhandlung »Völkerrecht als Rechtsordnung« eröffnet hat⁶⁾, geht noch weiter:

»In ein System des Völkerrechts, das nur ein System des gemeinen Völkerrechts sein kann, gehören einzelne Verträge überhaupt nicht, sondern nur Rechtsgrundsätze, Rechtsinstitute und Rechtssätze von allgemeiner Geltung« (a.a.O. I, S. 3).

Was hier unter Rechtssätzen von allgemeiner Geltung im Gegensatz zu »einzelnen Verträgen« (die zum Teil praktisch universal gelten!) zu verstehen ist, sei dahingestellt. Sicher ist es notwendig, konkrete Rechtslagen und alle auf sie sich beziehenden Akte (Verträge, sonstige gestaltende Rechtsgeschäfte und Akte) zu unterscheiden von (generellen) Rechtssätzen (ebenfalls Verträge, Gewohnheitsrecht usw.), die allgemein zu bestimmtem Verhalten verpflichten und meist erst beim Zusammentreffen mit Fakten konkrete Rechtslagen, Rechtsbeziehungen, Rechte und Pflichten hervorrufen. Derselbe Vertrag (z. B. ein Friedensvertrag) kann beiderlei Bestimmungen enthalten. Die konkreten Rechtsfolgen, die sich im Einzelfall aus Fakten in Verbindung mit Rechtssätzen gleich welcher Art ergeben, die daraus entstehenden zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen und alles, was auf diese *ad hoc* einwirkt, sind nicht Inhalt, sondern Wirkung von Völkerrechtssätzen. Man kann nicht Rechtssätze (-regeln) identifizieren mit Rechtsverhältnissen, und nur auf Rechtssätze (-regeln), ihre Entstehung und Geltungsgrundlage, bezieht sich die Rechtsquellenlehre. Beides liegt im Rahmen des Subsumtionsansatzes auf verschiedener Ebene. »Verträge« sind (für sich allein) als Klassifikationsmerkmal ungeeignet, da sie beliebige Inhalte und darum, im Rahmen der Völkerrechtsordnung, verschiedene Funktionen haben können, wobei die Übergänge fließend sind.

⁶⁾ Viktor B r u n s, Völkerrecht als Rechtsordnung I, ZaöRV Bd. 1 Teil 1 (1929), S. 1-56; Völkerrecht als Rechtsordnung II, Politische und Rechtsstreitigkeiten, ZaöRV Bd. 3 Teil 1 (1933), S. 445-487.

Was Bruns vielleicht nicht ausscheiden wollte, sind Verträge von grundlegender Bedeutung für die bestehende Völkerrechtsordnung oder Verträge, die universales Gewohnheits- oder sonstiges gemeinsames Völkerrecht mit praktisch universaler Wirkung (z. B. Rotkreuz-Konventionen) kodifizieren, modifizieren, weiterentwickeln und durch Regeln, die nach Art und Inhalt ebenfalls universales Gewohnheitsrecht sein könnten, aber sich (noch) nicht zu solchem entwickelt haben, ergänzen. Jedenfalls sollen solche Verträge hier einbezogen werden, im Bewußtsein der Unschärfe ihrer Umgrenzung: Dieses Umgrenzungsproblem betrifft auch das Gewohnheitsrecht, sofern man auf die Universalität seiner Geltung abstellt.

Diese Abgrenzungsfragen verlieren dann an Bedeutung, wenn man den Vertrag als eine von verschiedenen Möglichkeiten der Hervorbringung von Völkerrecht ansieht, also auf den ihm zugrunde liegenden kreativen Prozeß als die eigentliche »Quelle« von Völkerrecht abstellt. Er wird als eines der konstituierenden Elemente des Völkerrechts als Rechtsordnung nicht ausgeschaltet werden können, und was Bruns ausschalten wollte, sind »einzelne Verträge« als Produkte (beliebigen Inhalts) dieses kreativen Prozesses. Die Frage, welche Verträge als Bestandteile der Völkerrechtsordnung anzusehen seien, welche nicht, führt also am Wesentlichen vorbei.

6. Verträge, Rechtsfolgen und Gerichtsentscheide

Wir haben festgestellt, daß

a) der zu Verträgen führende kreative Prozeß eine der Formen ist, in denen Völkerrecht zustande kommt,

b) aus so (oder anders) entstandenem Völkerrecht in Verbindung mit von ihm als Tatbestand vorgesehenen Fakten konkrete Rechtsfolgen und Rechtsverhältnisse entstehen können,

c) solche Rechtsverhältnisse, die also oberhalb der Völkerrechtsnormen schaffenden Verträge anzusiedeln wären, geschaffen oder verändert werden können durch speziell sie betreffende *ad hoc*-Verträge oder, soweit einem beteiligten Staat oder sonstigen Völkerrechtssubjekt die Befugnis hierzu eingeräumt ist, durch sie betreffenden einseitigen Akt, z. B. denkbar als schuldbefreiende Leistung, als Verzicht, als Ausübung eines Wahlrechts usw.

Die nächste Stufe oberhalb der unter b und c auftretenden bzw. veränderten Rechtsverhältnisse (Rechte und Pflichten bestimmter Subjekte gegenüber bestimmten Subjekten, konkrete Rechtslagen) wäre ein Gerichtsentscheid über solche, streitig gewordene, konkrete Rechtsverhält-

nisse, denn durch den Gerichtsentscheid entsteht eine neue verfahrens-, evtl. auch materiellrechtliche Lage⁷⁾ insofern, als die Parteien nunmehr, auf Grund des Vertrages und Kompromisses, womit sie den Streit der gerichtlichen Entscheidung unterworfen haben, in Verbindung mit der Entscheidung verpflichtet werden, sich dem Inhalt der Entscheidung gemäß zu verhalten. Verfahrensrechtlich entstehen die Folgen der Rechtskraft der Entscheidung. Auch der Entscheidungsvorgang läßt sich in das Schema der drei Schichten einordnen: zuunterst die Parteien mit dem von ihnen (mit-)konstituierten Gericht, darüber das Verfahren als kreativer Prozeß, darüber die Entscheidung als dessen Resultat.

7. Gerichtsentscheide als Rechtsquellen? Rechtsverhältnis und Rechtsregel

Soweit ein internationales Gericht über das Bestehen eines konkreten Anspruchs (z. B. auf Schadensersatz, Herausgabe) zwischen den Streitbeteiligten entscheidet, wird man die Entscheidung, abgesehen von ihrer Bedeutung als Indiz oder kreative Komponente für bestimmte Rechtsregeln, nicht als Völkerrechtsquelle insoweit ansehen können, als sie ein bestimmtes Rechtsverhältnis mit gewissen konstitutiven Wirkungen ordnet.

Hat aber eine Entscheidung generelle, normative Bedeutung, indem sie Rechtssätze allgemeinverbindlich interpretiert oder über ihr Bestehen oder Nichtbestehen (etwa wegen Unvereinbarkeit mit *ius cogens* oder mit späteren Verträgen) allgemeinverbindlich befindet, so kommt ihr normative Kraft zu, also auch der Charakter einer Rechtsquelle. Ob und inwieweit einem internationalen Gericht eine solche Befugnis kollektivvertraglich oder durch Unterwerfungsakte eingeräumt wird oder z. B. dem IGH eingeräumt ist, steht auf einem anderen Blatt. Sie kann jedenfalls nicht eingeräumt werden für und gegen Dritte, die sich einer solchen Jurisdiktion nicht unterworfen haben.

Es ist also ungenau, Entscheidungen internationaler Gerichte allgemein und vorbehaltlos als Völkerrechtsquellen zu bezeichnen, wenn nicht beigefügt wird: soweit sie mit Wirkung über die Streitbeteiligten hinaus über Bestehen und Inhalt genereller Rechtsnormen entscheiden und dazu kraft Völkerrechts befugt sind. Davon zu unterscheiden sind ihre mittelbar normkonstituierenden Wirkungen, wie sie unter II 1 und weiter unten hervortreten und ihre Rolle als Erkenntnisquelle, (« . . . comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », Art. 38 Abs. 1 *lit. d* IGH-Statut).

⁷⁾ Vgl. Strebel, a. a. O. (oben Anm. 2).

8. Indirekte Wirkungen von Verträgen

Eine besondere Rolle spielen in großen Serien auftretende, typisierte, bilaterale, Rechtsregeln enthaltende Verträge⁸⁾ über bestimmte, meist Individuen (oder Individualgeschäfte) betreffende Materien wie Handels-, Freundschafts-, Niederlassungs- und Schifffahrtsverträge, Auslieferungs- und Rechtshilfeverträge. Inhaltlich könnten auf manchen Gebieten die Funktionen dieser Verträge auch durch Kollektivkonventionen erfüllt werden, aber aus sachlichen oder Traditionsgründen werden sie in der Regel bilateral nach einheitlichem Typus abgeschlossen, nachdem ein solcher Vertrag einmal als Muster Schule gemacht hat. Diese Netze bilateraler Verträge erfüllen nicht nur wichtige internationale Regelungsfunktionen, sondern beruhen in mancher Hinsicht auf allgemeingültigen Völkerrechtsprinzipien und können, auch ohne dies im Wortlaut zu enthalten, als deren Ausdruck angesehen werden.

Als Faustregel gilt der Umkehrschluß vom Vertragsinhalt auf eine ohne den Vertrag bestehende Handlungsfreiheit der Staaten, die gerade eine Bindung durch den Vertrag erfordert, z. B. zur Auslieferung von Straftätern. Manche in Verträgen beachteten oder zum Ausdruck kommenden Prinzipien sind aber, wenn auch auf der Voraussetzung der Vertragsbindung beruhende, Bestätigungen allgemeiner Rechtsprinzipien (wie Verbot der Rückwirkung von Strafbestimmungen) oder Völkerrechtsprinzipien (Nichtbelastung von Drittstaaten durch Verträge). Verträge enthalten oft Konkretisierungen von Folgerungen aus dem unabhängigen Nebeneinander der Staaten oder aus anderen Prinzipien und können solche nicht ohne weiteres als geltendes Recht anzusehende Folgerungen derart zum Gemeingut des Rechtsbewußtseins machen, daß sie auch ohne Vertragsbindung in den Regelbestand des gemeinen Völkerrechts eingehen, möglicherweise auch ohne die besonderen Erfordernisse von Gewohnheitsrechtsregeln zu erfüllen. Hier wirkt also nicht der einzelne Vertragsschluß, sondern die Vertragsserie und ihre Praktizierung als kreativer Prozeß zur Entstehung von Regeln, die nicht notwendig als Inhalt eines einzelnen Vertrags feststellbar sind, sondern der Ursache und dem Inhalt nach als Ausstrahlung der Gesamtheit der zugehörigen, über längere Zeiträume hinweg abgeschlossenen und angewandten Verträge. Wie der einzelne Vertrag Konkretisierung eines allgemeinen Prinzips sein kann, so kann sich der in einer Vertragsserie manifestierende kreative Prozeß als Abstraktion aus

⁸⁾ Zum folgenden: C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (1965), S. 41 ff., 45.

den einzelnen Vertragsinhalten, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Leitgedanken und Motive, darstellen.

Die besondere Bedeutung der Vertragsschließungspraxis, aber auch der Eingangs-, Schluß- und Übergangsbestimmungen von Verträgen für das allgemeine Vertragsrecht als Bestandteil des gemeinen Völkerrechts gehört nur am Rande und nur, soweit es sich um Vertragsklauseln allgemeiner Art handelt, in diesen Zusammenhang.

II. Die Entstehung gemeinen Völkerrechts — Der kreative Prozeß

1. Allgemein

a) Versteht man unter Völkerrechtsquellen im dynamischen Sinne die Faktoren und Verfahren, aus denen Völkerrecht hervorgeht, so sind die normativen Entscheidungsgrundlagen völkerrechtlicher Streitfälle Endprodukt der Völkerrechtsquellen, denn internationale Streitentscheidungsorgane haben Streitfälle auf Grund Völkerrechts zu entscheiden.

b) Der Produktionsvorgang, der zur Entstehung allgemeingültiger Völkerrechtsregeln führt, wird meist in Gang gesetzt durch das Auftreten konkreter Probleme zwischenstaatlichen Lebens und hierbei von den entgegengesetzten Seiten eingenommene Verhaltensweisen (Aktionen und Reaktionen), evtl. Rechtsstandpunkte. Es entwickeln sich daraus auf der Suche nach ausgewogenem Ausgleich widerstreitender Interessen Einzelösungen ohne Systemzusammenhang, der sich erst aus intensiver geistiger Durchdringung einer Materie und ihrer immanenten Mechanismen ergibt, dessen Einzelkonsequenzen aber vielfach nicht allen interessierten Staaten genehm sind, so daß sich eine systematische Gesamtregelung größerer Teilbereiche erst nach langwierigen Auseinandersetzungen und auf Grund oft systemwidriger Kompromisse durchsetzt. Die Entwicklung von Einzelregeln hat also zunächst etwas mehr oder weniger inkohärent Aphoristisches oder Empirisches; sie gehört zur Gattung des wissenschaftlichen Aphorismus⁹⁾.

⁹⁾ »Die Ersten Aphorismen wurden früher Hippokrates zugeschrieben, entstammen jedoch der koischen Medizinerschule. Die koischen Mediziner gaben das zusammenhängende Ganze der Tempelmedizin zugunsten empirischer Einzelbeobachtungen auf. So entstand die Form des Aphorismus...« Rainer Nolt en ius in der Einführung (1. Der wissenschaftliche Aphorismus und seine Fortführung) zu: Hofmannsthal/Schröder/Schnitzler, Möglichkeiten und Grenzen des modernen Aphorismus (Stuttgart 1969), S. 2. Es liegt nicht ganz fern, die Naturbeobachtungen mit Einschluß

c) Diese Einzelregeln entstehen mehr oder weniger punktuell aus einer Kontinuität des Staatenverhaltens an diesen oder jenen zwischenstaatlichen Berührungstellen, vorzugsweise aber aus der Entscheidung von Einzelfällen durch internationale Gerichte und Schiedsgerichte, die sich in ihren über den Einzelfall hinausweisenden normativen Aussagen kraft innerer Überzeugungskraft, kraft Autorität der jeweiligen Instanz, aber auch kraft der von ihr als ständiger Einrichtung in der Regel zu erwartenden Gleichmäßigkeit ihrer Praxis durchsetzen. Soweit darin zum Völkerrecht Generelles gesagt wird, überwiegt eher Negatives. Auch fehlt das in der Entwicklung innerstaatlichen Rechts in höherem Maße mögliche und wirksame Element legislativer Gesamtplanung. Miteinander oder mit gewichtigen Staateninteressen in Konflikt geratende völkerrechtliche Einzelregeln modifizieren und harmonisieren sich durch die Praxis, so daß neben der in Fallentscheidungen¹⁰⁾ liegenden Rechtsanwendung ein weiteres Moment der auf die Gestaltung des Rechtszustandes einwirkenden Rechtsanwendung hervortritt.

d) Rechtsanwendung im Völkerrecht hat fast immer zugleich diese rechtsgestaltende Wirkung in einer oder anderer Richtung, zumindest in der, den Bestand, die Achtung und den Inhalt einer Regel mit konstituierender Wirkung erneut zu bestätigen, sei es daß die Anwendung durch internationale Gerichte, durch Staaten oder durch internationale Organisationen erfolgt: Die das Recht anwendenden Staaten sind zugleich die konstituierenden Träger der völkerrechtlichen Ordnung und jeder ihrer Akte ist seiner Autorität nach mitgetragen von der kollektiv und im Wechselspiel Völkerrecht erzeugenden Machtbefugnis der Staaten, was als grundlegender Unterschied zur Rechtsunterworfenheit von Individuen im Staatsverband nicht hoch genug veranschlagt werden kann.

der Funktionsstörungen und für sie gefundener Abhilfen in Parallele zu setzen mit der Beobachtung von Störungen (Konflikten) des internationalen Zusammenlebens und dafür gefundener Lösungen, die sich in wiederholter Bewährung zu Völkerrechtsregeln verdichten. Als typisches Beispiel mag gelten die in punktueller Aufzählung einzelner Institutionen bestehende Definition des Völkerrechts bei Isidor von Sevilla, *Etymologiae* V, 6, mit Übersetzung wiedergegeben bei E. Reibstein, *Völkerrecht, Eine Geschichte seiner Ideen . . .*, Bd. 1 (1958), S. 48 f.; vgl. allgemein W. Preiser/E. Reibstein/H. U. Scupin/U. Scheuner, Artikel »Völkerrechtsgeschichte« I-IV, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3 (1962), S. 680-760, z. B. S. 685 ff., 723 ff., 729 f.

¹⁰⁾ P. Guggenheim, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 52 ff., legt besonderes Gewicht auf eine »die Interessengegensätze überwindende Rechtsprechung« für sachgemäße Inhaltsfixierung nichtvertraglichen Völkerrechts als Vorstufe zur Kodifikation.

e) Diese Völkerrecht erzeugende Machtbefugnis der Staaten ist in ihrer rechtsetzenden Wirkung abhängig von, aufschiebend bedingt durch Hinzutritt zustimmender, hinnehmender, annehmender oder gleichartiger, sie bestätigender Verhaltensweisen anderer Staaten mit oder ohne ausdrücklichen Bezug auf den ersten Akt. Handelt es sich nur um einen konkreten Status und um einen engeren Kreis von einem diesbezüglichen Akt Betroffener, genügt unter Umständen das konsentierende oder schweigend hinnehmende Verhalten weniger Staaten, den auf Statusveränderung (z. B. eines Gebiets) abzielenden Akt zu sanktionieren. Die Etablierung allgemeingültiger Regeln (etwa über Statusveränderungen dieser Art) bedarf einer breiteren Basis einer immer noch überschaubaren Zahl als Individualitäten faßbarer und sich differenzierender Staaten, die durch ihre hierin in der Regel allein maßgebenden Regierungen oder außenpolitischen Organe noch deutlicher profiliert sind.

f) Von da aus ist es nur noch ein Schritt zu der Einsicht, daß zur Etablierung einer allgemeingültigen Regel der Konsens¹¹⁾ von weniger als einem Dutzend Staaten genügen kann, die ihrerseits als für Staatengruppen weltpolitisch wie auch normsetzend repräsentativ gelten können und von den diesen Gruppen zugehörenden wie von außenstehenden Staaten als repräsentativ angesehen werden. Auch kann eine zunächst nur regional etablierte Regel über die Region hinaus ihren Geltungsbereich schrittweise erweitern, was wiederum nicht vom Konsens aller der Region nicht zugehörenden Staaten abhängt.

g) Ausdrücklich negative Stellungnahmen können den Geltungsbereich einer im Vordringen begriffenen Regel begrenzen, sei es nur für den betreffenden Staat¹²⁾, sei es für eine ganze von ihm repräsentierte Gruppe. Entscheidend ist, daß jedem der in Betracht kommenden Akte partiell konsti-

¹¹⁾ Nicht im Sinne einer den Geltungsgrund betreffenden Konsenstheorie, sondern im weitesten Sinne eines parallelen oder, soweit es sich um irgendwie potentiell interessierte oder betroffene Staaten handelt, nicht widersprechenden Verhaltens.

¹²⁾ «... la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne» (CIJ Rec. 1951, S. 131). Im *Festlandsöckel*-Urteil vom 20. 2. 1969 (ICJ Reports 1969, S. 1-56; Text: ZaöRV Bd. 29, S. 476-524) wird eine dem Äquidistanzprinzip entsprechende Gewohnheitsrechtsbildung verneint auf Grund der in Punkt 77 traditionell mit dem subjektiven Erfordernis des Gefühls einer Rechtspflicht ("The States concerned must... feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation") formulierten Kriterien (vgl. Münch., Das Urteil des IGH vom 20. 2. 1969... , ZaöRV Bd. 29, S. 456 ff., 462 ff.). Manche Situation mag als noch nicht zustande gekommene Rechtsbildung oder auch als Exemption einzelner Staaten von einer im übrigen zustande gekommenen gewertet werden können.

tuierende Bedeutung für die Etablierung einer Regel zukommt, mag dies auch oft erst bei rückblickender Betrachtung erkennbar sein.

h) Da die Akte sich in der Zeit verteilen, gibt es Stadien schrittweiser Etablierung¹³⁾. Über das, was quantitativ und qualitativ für die Etablierung einer Regel erforderlich ist, gibt es viele Theorien und wenig gründliche Auswertung des empirischen Materials. Die Erfahrung, wann, auf welcher Grundlage und warum die einzelnen Regeln geschichtlich von Staaten oder Gerichten als von nun an verbindlich angesehen und angewandt wurden, ist dann von Bedeutung, wenn für die Verbindlichkeit einer Regel wiederum entscheidend auf die Auffassung und Praxis der Staaten und der internationalen Gerichte abgestellt wird (so oben I 3 d).

i) Eine wichtige Rolle spielt die erstmalige Anwendung oder Akzeptierung einer Regel durch ein internationales Gericht. Sie wird nur in Ausnahmefällen mit dem Augenblick zusammentreffen, in dem eine Regel sich auf andere Weise etablieren konnte, oft erst später stattfinden, in vielen Fällen aber einer bis dahin noch nicht hinreichend etablierten Regel zum Durchbruch verhelfen. Die besondere Rolle der internationalen Gerichtsbarkeit tritt in zweierlei hervor:

¹³⁾ Auf Möglichkeiten der Bindung schon in diesen Vorstadien auf Grund des Vertrauensschutz- oder des Estoppel-Prinzips oder auf Grund von *acquiescence* hat 1971 J. P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 56), S. 77 ff., hingewiesen; mehr die subjektive, als mitkonstituierend aufgefaßte Seite betrifft die Erwägung von Verdross, a. a. O. (oben Anm. 4), S. 640 vor Anm. 27. Hierbei scheint es mir entscheidend darauf anzukommen, inwieweit die für konkrete »Interaktionen« (Gerichts-, Vertragsschlußverfahren usw.) zwischen konkreten Beteiligten entwickelten Grundsätze über Vertrauensschutz, *estoppel* oder *acquiescence*, wonach Staaten zu Gleichmäßigkeit oder Folgerichtigkeit ihres Verhaltens »verpflichtet« sind (genauer: mit dem ihrem früheren widersprechenden nicht durchdringen), übertragbar sind auf die, primär nicht als »Verfahren« solcher Art qualifizierbare, Entstehung universalen oder regionalen Gewohnheitsrechts. Je konkreter die aus früherem Verhalten ableitbare Regel formuliert wird, desto eher lassen sich auf ihre »Hinnahme« jene Grundsätze anwenden; je höher die Abstraktion, desto problematischer diese Übertragung. Bei rein bilateralen Rechtsbeziehungen bzw. beim Status eines konkreten Objekts (z. B. Transitwegs) handelt es sich meist nicht um Entstehung (genereller!) Völkerrechtsregeln, sondern um gegenseitigem Verhalten entsprungene »Rechtsgrundlagen« gegenseitiger Rechte und Pflichten, über die allein der IGH z. B. im Falle der *portugiesischen Durchgangrechte über indisches Territorium* (ICJ Reports 1960, S. 5 ff.) zu entscheiden hatte. Ein zwei- oder auch mehrseitiges konkretes Regime dieser Art sollte von Entwicklung genereller, wenn auch regionaler, einen Teil der Völkerrechtsordnung bildender Regeln unterschieden werden, mögen auch fließende Übergänge, wie etwa hinsichtlich des Status der Polarbereiche, denkbar sein.

Einmal wird in einem internationalen Streitfall, bei dem es auf das Bestehen einer Regel ankommt, mit besonderer Sorgfalt geprüft, ob die Voraussetzungen des Bestehens als erfüllt angesehen werden können. Hierbei spielt die innere Überzeugungskraft (*reasonableness*) der Regel und ihre Harmonie mit bestehenden Völkerrechts- oder allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, schließlich mit der Gerechtigkeitsidee eine wichtige Rolle und wird geprüft und gewogen¹⁴). Sodann werden die mehr oder weniger pragmatisch vollzogenen staatlichen Akte, die zu einer möglichen Etablierung der Regel beigetragen haben, unter diesem Gesichtspunkt analysiert und damit bisher im Dunkeln gebliebene Sinn- und Kontinuitätszusammenhänge aufgedeckt. So kann die Rechtsfindung eines internationalen Gerichts, die an sich nach bestehendem Recht sucht, den Charakter einer Geburtshilfe gewinnen bei der Entstehung einer neuen Völkerrechtsregel.

k) Bei einer Rechtsordnung, die wie die völkerrechtliche in ihrem Grundbestand ungeschriebenes Recht ist und sich in solchem fortentwickelt, hat die Rechtsprechung (hier: internationaler Gerichte und Schiedsgerichte) im Bereich dieses ungeschriebenen Rechts unausweichlich, wenn auch nur indirekt, konstituierende und gestaltende Wirkung auf den objektiven Rechtsbestand: Dieser findet seine eigentliche Ausgestaltung, mit Hilfe der Forschung auch seine geistige Durchdringung, Klärung, Differenzierung, Präzisierung und Weiterentwicklung, vor allem in der Rechtsprechung. Die Annahme, das fertig etablierte Recht werde von der Rechtsprechung nur auf den Einzelfall angewandt und dann unverändert zurückgelassen, wäre eine aller Rechtserfahrung widerstreitende Fiktion. Streitig werden zwischen Staaten in der Regel neuartige, so vom bestehenden Recht noch nicht »geregelt«, weil noch nicht gesehene Fragen, und da es gerade im nichtvertraglichen¹⁵) Völkerrecht ein *non liquet* nicht geben kann, muß die Entscheidung durch Herausarbeitung

¹⁴) Vgl. M. H a g e m a n n, Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des IGH, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 10, S. 61 ff., 71 ff. Im *Korfu*-Streit-Fall scheint sich das von Großbritannien beanspruchte Recht auf eigenmächtige Minenräumung (im Gegensatz zu *innocent passage*) nicht auf Gewohnheitsrecht, sondern 1. auf eine Notsituation und ein daraus abgeleitetes besonderes Interventionsrecht zu stützen, drohender Beseitigung von Beweismitteln zuvorzukommen, 2. auf Selbsthilfe, also beidemal auf allgemeine Völkerrechtsprinzipien, deren Anwendung auf den konkreten Fall im beanspruchten Sinne vom IGH abgelehnt wurde.

¹⁵) Durch Verträge können freilich unauflösbare Selbstwidersprüche und Aporien geschaffen werden.

(*determination* im Sinne des Art. 38 Abs. 1 *lit. d* IGH-Statut) bisher noch nicht evidenter Dimensionen und Inhalte, nicht zuletzt aber durch oft neuartige Konkretisierungen von Völkerrechtsprinzipien, durch Ableitung neuartiger Regeln¹⁶⁾ aus ihnen oder auch aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen gefunden werden. Aus weit, evtl. unscharf gefaßten Völkerrechtsregeln können bestimmte Folgerungen als notwendig, richtig oder auch nur möglich abgeleitet und dadurch der Inhalt der Regeln in neuer Richtung evident gemacht und zugleich positiviert werden. Dasselbe geschieht bei Ableitung von Regeln aus Prinzipien, die selbst in verschiedenem Grade durch Staatenpraxis positiviert sein, aber nur auf dem Umweg über Ableitung von Regeln auf den Einzelfall anwendbar sein können. Oft wird auch das gegenseitige Verhältnis, die Art des Ineinander-greifens, einander im Einzelfall begegnender oder widerstreitender Prinzipien geklärt, evtl. durch Analyse des Sinngehalts, des eigentlichen Funktionsbereichs, der Wirkungsweise, des zwingenden oder subsidiären Charakters, der Positivierung des einzelnen Prinzips im Verhältnis zum andern, was jeweils zu neuen Erkenntnissen (oder zur Bekräftigung alter) auch im konstituierenden Sinne hinsichtlich des aus Anlaß des Einzelfalls zu prüfenden Rechtszustandes führt. Kein Gerichtsstatut kann an dieser immanenten Gesetzlichkeit etwas ändern.

1) Für den dabei notwendigen geistigen Prozeß hat die Rechtsforschung wichtige Hilfsdienste zu leisten, was in Art. 38 Abs. 1 *lit. d* ausdrücklich anerkannt ist. Dem würde es entsprechen, nicht nur den jeweiligen geistigen Prozeß als solchen, sondern auch die dem Statut entsprechende Verwendung von Forschungsergebnissen in den Entscheidungsgründen sichtbar zu machen, mag auch die Formel "the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations" von überholten professoralen Vorstellungen ausgehen und kollektive Forschung¹⁷⁾ oder wissenschaftlich fundierte Materialerschließung unzureichend berücksichtigen.

¹⁶⁾ Aus der vielfach chaotischen Vermischung und Vertauschung der Begriffe allgemeine Rechtsgrundsätze, Grundsätze des Völkerrechts und Völkerrechtsregeln die Eliminierung des Begriffs »Grundsätze« (oder »Prinzipien«) zu folgern (vgl. K. Marek, Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du nord, Revue belge de droit international, Bd. 6 [1970], S. 44 ff., 72), scheint mir zu weit zu gehen. Für die vielerlei Zwischenstufen ließen sich im Gegenteil noch weitere Termini verwenden. Bei »Prinzipien« muß es sich stets um Rechtsprinzipien handeln.

¹⁷⁾ Etwa im Rahmen der International Law Commission, des Institut de Droit international, anderer Fachorganisationen oder bedeutender Forschungsinstitute. Die Formel "most highly qualified" in Verbindung mit "of the various nations" scheint auf ein etabliertes internationales Prestige einzelner Autoren, evtl. eine Art

m) Die konstituierende indirekte Wirkung der internationalen Gerichtspraxis findet ihren Niederschlag in Art. 38 Abs. 1 *lit. d* IGH-Statut in "judicial decisions", die ebensowenig wie die "teachings . . ." im wörtlichen Sinne »anzuwenden« (*apply*), immerhin aber schon um der notwendigen Kontinuität willen zu berücksichtigen, d. h. derart in Bezug zu nehmen sind, daß die Gleichartigkeit oder Ungleichheit der Fälle und damit die Art des Kontinuitätszusammenhangs oder auch die Gründe eines Kontinuitätsbruchs, eines Abgehens von Rechtsauffassungen früherer Entscheidungen, hervortreten. Art. 59 schließt nur formale Bindung durch vorausgegangene Entscheidungen aus, und nur so weit reicht der in Art. 38 Abs 1 *lit. d* gemachte Vorbehalt.

n) Aber auch in anderem Sinne ist das Wort *apply* nicht mechanistisch wörtlich, sondern im Sinne der Zulässigkeit und Notwendigkeit des oben (*lit. k*) skizzierten geistigen Prozesses zu verstehen, der seinen eigenen Kunstregeln, eben der Rechtserkenntnis und -anwendung mit ihren unvermeidbar fortbildenden Auswirkungen, unterliegt.

o) In dem neuen Relativsatz zu Beginn des Art. 38 Abs. 1 ("whose function is to decide in accordance with international law . . .") ist nun, wenn auch nur klarstellend, der Gesamtbestand des Völkerrechts mit allen seinen konstituierenden Komponenten und evtl. erst, und bis zu einem gewissen Grade kreativ, zu ermittelnden Inhalten und Zusammenhängen zur Basis der Entscheidung erklärt, unabhängig von der Vollständigkeit oder Unvollständigkeit der unter a–d aufgezählten Kategorien und Erkenntnismittel. Diese notwendig nur summarische Aufzählung verweist zur näheren Spezifikation auf das, was nach dem jeweiligen Stand des Völkerrechts für die rechtliche Würdigung des Einzelfalles als normatives Material vom IGH mit Hilfe der Völkerrechtsforschung in Betracht zu ziehen ist.

p) Die Formel "in accordance with" («conformément au . . .») gibt dem Gedanken Raum, die Entscheidung ergebe sich nicht automatisch zwingend aus dem Völkerrecht, sondern sei »im Einklang« mit ihm zu finden, was den notwendigen Spielraum für den dabei zu vollziehenden geistigen Prozeß und zugleich für die konstituierende Komponente und Auswirkung der Entscheidung offenließe. Daß verschiedene Entscheidungen "in accordance with", daß zumindest verschiedene, fundierte

wissenschaftlicher Repräsentation der einzelnen Nationen, anzuspielen; demgegenüber muß betont werden, daß es auf die Qualität der Argumente und Forschungsleistung, nicht zuletzt auch auf ein Minimum an Zeitnähe ankommt für die Verwendbarkeit einer wissenschaftlichen Aussage im Rahmen des Art. 38 Abs. 1 *lit. d* des IGH-Statuts. Hierüber entscheidet der IGH in eigener Verantwortung.

Meinungen darüber, in Betracht kommen können, findet in Art. 57 des IGH-Statuts (*opinions individuelles*) Ausdruck. Was aber im Rahmen des Art. 38 Abs. 1 *lit. d* in erster Linie zu berücksichtigen bleibt, ist der Inhalt der Mehrheitsentscheidung¹⁸⁾.

2. Die Frage des Gewohnheitsrechts

Der aus dem innerstaatlichen Recht übertragene, dort von ganz anderen Voraussetzungen ausgehende, von daher durch überhöhte Erfordernisse belastete Begriff des Gewohnheitsrechts wurde im letzten Abschnitt bewußt vermieden.

Gewohnheitsrecht unterliegt sehr verschiedenen Entstehungsbedingungen und daraus resultierenden Erfordernissen. Diese Erfordernisse aus rechtstheoretischen Erwägungen einheitlich formulieren zu wollen¹⁹⁾, erscheint im Ansatz fragwürdig.

Wo geschriebenes Recht fehlt oder nur in Rudimenten vorliegt, wie in der Frühzeit jeder Rechtsentwicklung, hat ungeschriebenes Recht freie Bahn, wird von einem Vakuum gefordert und unterliegt keinen vorgegebenen Erfordernissen: Es entsteht, indem es sich durchsetzt, von potentiell betroffenen Rechtsgenossen und von Rechtspflege-Instanzen aus Überzeugung anerkannt und angewandt wird. Entscheidend ist letztlich das Verhalten der Gerichte und ihre doppelte Bereitschaft, einmal, bestehende Rechtsübung (welcher Art immer) als Recht anzuerkennen und anzuwenden, zum andern, in ihrer Praxis im Rahmen mehr oder weniger breiter Freiräume Kontinuität mit normativer Wirkung zu entwickeln.

¹⁸⁾ Schon in den Vorarbeiten zum StIGH-Statut spielte der Gedanke an Gerichtspraxis als rechtsgestaltenden Faktor eine Rolle: «Il [= l'amendement du Gouvernement argentin] aurait pour effet d'exclure toute possibilité de considérer les jugements comme des précédents établissant une jurisprudence» (B. Schenk Graf von Stauffenberg, Statut et règlement de la Cour permanente de Justice internationale, *Éléments d'interprétation* [1934], S. 279).

¹⁹⁾ So etwa Paul Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts* (1912), S. 37: »Der Begriff des Gewohnheitsrechts ist der allgemeinen Rechtslehre zu entnehmen...«. G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd. 1 (1958), S. 29: »Der Begriff des Gewohnheitsrechts ist im VR nicht anders als auf anderen Gebieten des Rechts«. W. Wengler, *Völkerrecht*, Bd. 1 (1964), S. 174: »Die Erfordernisse, die erfüllt sein müssen, damit ein Rechtsnorminhalt als geltendes Völkergewohnheitsrecht angesprochen werden kann, sind keine anderen als sie allgemein für die Bildung von Gewohnheitsrecht bestehen«.

Letzteres war Grundlage und Verfahrensweise der Hochentwicklung des römischen Privatrechts²⁰⁾ bis zur Kodifikation, *mutatis mutandis* auch der angelsächsischen Rechtsentwicklung, wobei Grade der Bindung an Vorentscheidungen ebenfalls in fließenden Übergängen empirisch entwickelt werden und sich wandeln.

Spontane, teils irrational, teils rational motivierte Rechtsübung konnte sich nördlich der Alpen bis zur »Rezeption« relativ frei entfalten, schlug sich in »Rechtaltertümern«, dann in privaten Aufzeichnungen (Sachsen- usw. Spiegel) nieder, ohne hinreichende logische und systematische Durchdringung, Vereinheitlichung, Positivierung oder gar Kodifikation. Unter dem Druck der »Rezeption«²¹⁾, die im wesentlichen durch einen in Oberitalien und Südfrankreich im *ius civile* geschulden, zunächst die Bereiche öffentlicher Exekutivgewalt, dann die Rechtspflege allmählich beeinflussenden bzw. beherrschenden Juristenstand von oben her, wenn auch nicht durch Gesetzgebung, vollzogen wurde, wurden die Erfordernisse an den Nachweis und damit an die Anerkennung autochthoner Rechtsübung als Recht verschärft und der Begriff (gültigen) Gewohnheitsrechts verengt, dann wieder gestärkt und erweitert durch Gegenströmungen der Romantik und der historischen Schule, auch hinsichtlich der anpassenden Weiterentwicklung des Gemeinen Rechts, die sich nun wieder freier, d. h. unter weniger strengen Anforderungen an Gewohnheitsrechtsbildung entfalten konnte.

Diese Anforderungen wurden wieder verschärft durch die im 19. Jh. einsetzenden Kodifikationen vor allem des Zivilrechts, verbunden mit der Tendenz, alle auftretenden Fragen zunächst durch interpretierende Anwendung der Kodifikationen zu lösen. Soweit sich, besonders privatvertraglich, neue Rechtsfiguren entwickelten, blieb und bleibt die Gerichtspraxis für ihre Aufnahme und Ausgestaltung zu geltendem Recht entscheidend. Hinzu kommen unterschiedliche Entfaltungsmöglichkeiten für Gewohnheitsrecht und damit unterschiedliche Anforderungen an seine Entstehung von Materie zu Materie, von Land zu Land, von Epoche zu Epoche²²⁾.

²⁰⁾ Vgl. z. B. P. Collinet, Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique, in: Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Géný, Bd. 1 (1934), S. 23–31.

²¹⁾ Vgl. zum folgenden besonders F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), S. 101 ff., 124–151.

²²⁾ «A l'époque de l'accélération générale de l'histoire, qui est la nôtre, il faut bien admettre une accélération analogue du processus de formation de la coutume», Marek, Le problème, a. a. O. (oben Anm. 16), S. 59.

Wenn es schon problematisch ist, alle die skizzierten Vorgänge und die ihnen jeweils zugrunde liegenden Kurationsprozesse, besonders soweit sie überwiegend von der Rechtspflege getragen wurden, unter einen einheitlichen Begriff »Gewohnheitsrecht« zu bringen, so ist es noch problematischer, diesem Begriff auf Grund rechtstheoretischer Erwägungen einheitliche Erfordernisse an den Rechtsentstehungsvorgang entnehmen und unbesehen aufs Völkerrecht übertragen zu wollen.

Auch in kontinentaleuropäischen Staaten, wo die Auffassung herrscht, gesetztes Recht sei der Normal-, spontan sich entwickelndes der, restriktiv zuzulassende und zu interpretierende, Ausnahmefall, ist dieses spontan sich entwickelnde ein unentbehrliches Ferment, vor allem auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, angefangen von den Beziehungen zwischen den Verfassungsorganen: In solch überschaubaren Verhältnissen unterliegt die spontane Rechtsentstehung, zeitlich und sonst, geringeren Anforderungen als in der diffusen Gesamtheit der am Privatrechtsverkehr Beteiligten, sofern nur Lücken gefüllt werden und keine Disharmonien oder Widersprüche mit geschriebenem Verfassungs- und Gesetzesrecht drohen. Es ließen sich lange Listen von Komponenten aufstellen, die spontane Rechtsbildung begünstigen bzw. behindern. Von allgemeingültigen, in allen Bereichen einheitlichen Erfordernissen zu sprechen, widerstreitet aller Rechtserfahrung. Schrifttum und Urteilspraxis helfen sich aus diesem durch das Dogma von der Allgemeingültigkeit des Gewohnheitsrechtsbegriffs und, andererseits, die unverkennbare Unterschiedlichkeit der Entstehungsbedingungen und Erfordernisse von Gewohnheitsrecht geschaffenen Dilemma mit vagen Formulierungen²³⁾. Als weitere Erschwerung kommt hinzu, daß für alle außerhalb des formalisierten, regulären Rechtsetzungsverfahrens »spontan« stattfindende Rechtsbildung nur die Kategorie »Gewohnheitsrecht« bereitgehalten und daß schließlich für das dem IGH zur Verfügung stehende normative Material die in Art. 38 Abs. 1 enthaltene Aufzählung noch vielfach als begrenzend, alle anderen Elemente und Kurationsprozesse abschließend angesehen wird.

Im Völkerrecht, wo trotz vieler Restriktionen jeder Einzelfall eine vergleichsweise viel größere Publizität findet und größeres Gewicht hat

²³⁾ Vgl. u. a. die Formulierungen des StIGH bei K. Marek, *Les sources du droit international (Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrites et orales de la CPJI et de la CIJ, série I: CPJI 1922-1945, Bd. 2 [1967])*, S. 22 bei Anm. 1-6.

als im Privatrechtsleben, zeigen sich u. a. folgende Besonderheiten²⁴⁾:

a) Das Völkerrecht ist eine für einen sehr kleinen, überschaubaren Kreis einander individuell genau bekannter, einander anerkennender Staaten (und von ihnen geschaffener Organisationen) geltende, von ihnen kollektiv hervorgebrachte und getragene Rechtsordnung.

b) Diese Rechtsordnung entwickelt sich, besonders in neu auftretenden Fragen, spontan aus dem Zusammenleben und Verkehr der Staaten heraus, ohne Mitwirkung einer über ihnen stehenden Instanz mit Rechtsetzungsgewalt.

c) Da neue Staaten auf der Grundlage und in der Erwartung²⁵⁾ anerkannt und in die Gemeinschaft aufgenommen werden, daß sie das bestehende, d. h. das bisher entwickelte Völkerrecht im Prinzip anzuerkennen und zu befolgen dauerhaft bereit und in der Lage sind (wozu ein Mindestmaß an Stabilität gehört), kann ihrem Staatshandeln bis zum Beweis des Gegenteils der Einklang mit dem Völkerrecht und seinen leitenden Prinzipien, zumindest der Wille zu diesem Einklang, das heißt der Rechtswille, unterstellt²⁶⁾ werden, gerade auch soweit die Rechtslage in Ermange-

²⁴⁾ Die von Verdross, ZaöRV Bd. 29, S. 642 ff., getroffene, durch Beispiele belegte Unterscheidung verschiedener Arten völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts stellt auf Entstehungsformen ab und kann trotz Feststellung gemeinsamer Merkmale (S. 649) und Beibehaltung des Terminus »Gewohnheitsrecht« als Loslösung vom theoretisch verallgemeinernden Schema zugunsten empirischer Betrachtungsweise verstanden werden. Damit kann die Erforschung dieses Phänomens eigentlich erst beginnen.

²⁵⁾ Eine solche Erwartung künftigen Wohlverhaltens im Sinne der Völkerrechtsordnung wird bei der Anerkennung aus naheliegenden Gründen im allgemeinen nicht ausgesprochen, mögen auch konkrete Bedingungen vorkommen, wie die der Einhaltung der Bestimmungen des Versailler Vertrags über das Schiffsverkehrsregime auf der Memel bei der Anerkennung Litauens durch die Mächte der Botschafterkonferenz mit Kollektivnote vom 13. 7. 1922 (ZaöRV Bd. 1 Teil 2, S. 257 ff.); ebenso wenig ist eine entsprechende Zusicherung seitens des Anzuerkennenden üblich. Die grundsätzliche Bereitschaft zum Rechtswillen im Sinne des Völkerrechts muß aber schon deshalb als stillschweigende Voraussetzung der Anerkennung als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft angesehen werden, weil die Staaten »die zur Verwirklichung der Rechtsidee notwendigen Träger der Rechtsfähigkeit sind« (H. Mosler, Artikel »Völkerrechtsfähigkeit«, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch Bd. 3, S. 666) und weil die Anerkennung nur auf Grund der für alle Beteiligten verbindlichen und als verbindlich akzeptierten Völkerrechtsordnung wirksam werden kann.

²⁶⁾ Daß jeder Staat Anspruch auf grundsätzliche Unterstellung seiner subjektiven Gutgläubigkeit in die Völkerrechtsgemäßheit seines Verhaltens hat, ergibt sich schon aus der Sorgfalt, mit der es auch in schärfsten diplomatischen Auseinandersetzungen vermieden wird, diese subjektive Gutgläubigkeit anzuzweifeln, im Sinne des Rechts oder zumindest zulässiger Rechtsschöpfung zu handeln; man braucht sich nur die

lung für sie hinreichend entwickelter Regeln zweifelhaft ist. Diese grundsätzliche Vermutung ist in ihrer Stärke abhängig davon, wie weit sich der betreffende Staat in der Respektierung, Befolgung und fruchtbaren Fortentwicklung des Völkerrechts bewährt hat; sie erlischt bei grundsätzlicher Lossagung eines Staates vom Völkerrecht, von eingegangenen Vertragsbindungen oder vom Recht überhaupt.

Für die Kreativität der Praxis in Richtung auf Hervorbringung neuer Völkerrechtsregeln kommt es aber nicht allein, auch nicht in erster Linie auf die durch Verhalten eines Staates ausgedrückte Rechtsmeinung, sondern auf die der mehr oder weniger unmittelbar betroffenen übrigen Staaten an: Nehmen sie, soweit sie direkt oder indirekt betroffen²⁷⁾ sind, das Verhalten des ersten Staates als ordnungsmäßig unbeanstandet hin oder reagieren sie gar zustimmend, ohne sachfremdem Zwang zu unterliegen, so liegt darin ein ebenso wichtiges kreatives Element wie im Verhalten des ersten Staates. Die Bedeutung von Reaktion und Nichtreaktion ist derart an die einzelne generelle Frage oder gar den konkreten Fall gebunden, daß erst unter dessen Aspekt Folgerungen daraus gezogen werden können.

d) Sind verschiedene Staaten bei Lösung gleichartiger Interessenkonflikte ohne Vertragsschluß zu gleichartigen, in Rechtssatzform faßbaren Verhaltensweisen gelangt und hat sich diese Lösung in mehreren Fällen derart bewährt, daß ihre Einhaltung auch in künftigen Fällen dieser Art erwartet werden kann, so kann ein so formulierbarer Rechtssatz besonders dann als etabliert, als verbindlich geworden gelten, wenn er sich als Folgerung aus einschlägigen Völkerrechts- oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt oder zumindest mit ihnen harmoniert²⁸⁾ und soweit nicht

Reaktion auf eine offene Anzweiflung vorzustellen. Dem entspricht es, daß ein auf die Völkerrechtswidrigkeit als solche bezogenes Bewußtsein (die auf die Fakten, die Verminung des Kanals bezogene Kenntnis Albaniens wurde im *Korfu-Streit*-Fall vom IGH durch Beweiserhebung eingehend untersucht, vgl. ICJ Reports 1949, S. 18–22) bei Feststellung eines völkerrechtlichen Delikts grundsätzlich außer Betracht bleibt. Das zwingt aber nicht zu dem Schluß, für die Entstehung neuer Völkerrechtsregeln sei ein auf sie bezogener, wenn auch nur unterstellter, Rechtswille ohne Belang.

²⁷⁾ Hier ist zu unterscheiden zwischen Betroffensein durch den mit der angeblichen Regel begründeten oder begründbaren Akt und Betroffensein durch die Regel, das je nach deren Inhalt jedem Staat widerfahren könnte. Auch sind die Grenzen der diplomatischen Möglichkeit zu berücksichtigen, zu einer zwischen fremden Staaten sich abspielenden Auseinandersetzung und dabei etwa behaupteten oder befürworteten Völkerrechtsregeln Stellung zu nehmen.

²⁸⁾ Hier tritt eine endogene Inhaltswirkung aus Einklang mit bestehendem Völkerrecht hervor. Nach dem unter V Gesagten würden die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 *lit. c* hierzu streng genommen nicht gehören, doch steht außer Frage, daß sie sich fördernd oder hemmend auf Entstehung neuen

von potentiell durch die Regel betroffenen Staaten in angemessener Zeit widersprochen wird.

e) Es ist also keine allgemeine, über längere Dauer sich erstreckende Übung aller oder der großen Mehrheit oder auch nur einer beträchtlichen Minderheit von Staaten im traditionellen Sinn des Gewohnheitsrechts erforderlich, sondern es kann, je nach Gewicht der Frage und möglichen Implikationen schon eine begrenzte Zahl von Einzelfällen, an denen weniger als zehn Staaten beteiligt sein können, zur Etablierung einer Völkerrechtsregel genügen²⁹⁾.

f) Der Universalität der Regel kommt es jedenfalls zugute, wenn die beteiligten Staaten verschiedenen Rechtskreisen, Mächtigkeitsgruppen und Interessenbereichen angehören und innerhalb ihrer Gruppen führend sind oder eine gewisse Maßgeblichkeit haben.

g) Der Augenblick, in dem eine Regel zu positiver Geltung gelangt ist, läßt sich im allgemeinen nicht oder oft erst bedeutend später rückblickend feststellen. Wendet ein internationales Gericht eine in Entwicklung befindliche Regel erstmals an und erklärt sie für bindend, so kann das der entscheidende Augenblick der Positivierung sein³⁰⁾.

h) Entschließungen der UN-Generalversammlung oder des UN-Sicherheitsrats zu bestimmten Prinzipien oder Regeln können diese nicht schaffen, aber eine Entwicklung zu ihrer Etablierung in Gang setzen oder einer bereits im Gang befindlichen Entwicklung zu entscheidendem Durchbruch verhelfen³¹⁾.

Rechts auswirken können. Da gemeinsames Völkerrecht ihre subsidiäre Berücksichtigung gebietet, stehen sie dem geltenden Völkerrecht bedeutend näher als metarechtliche Zeitströmungen oder nur in einzelnen Staaten bestehende Rechtsgrundsätze, und gerade darin zeigt sich eine weitere Besonderheit der Lage im Völkerrecht, daß es sich stärker als nationale Rechtsordnungen an beherrschenden Leitgedanken auch in seiner Weiterentwicklung orientiert.

²⁹⁾ Vgl. Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), S. 42.

³⁰⁾ Für das Ingeltungtreten einer neuen Regel aus zwischenstaatlicher Interaktion lassen sich drei Phasen unterscheiden: 1. Präzedenzfall (einleitender Akt), 2. Reaktion der betroffenen Staaten, Nachahmungen, 3. *acceptation as law*. Praxis internationaler Gerichte oder Organisationen können in jeder Phase auftreten oder beteiligt sein. Worin die Phase 3 bestehen kann und muß und inwieweit sie konstitutiv wirkt, ist nicht generell zu entscheiden.

³¹⁾ Hierzu Bin Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?* *Indian Journal of International Law*, Bd. 5 (1965), S. 23 ff., 35 ff., der entscheidend auf die in solchen Entschließungen hervortretende *opinio iuris* abstellt, die er als das einzige konstitutive Element des Völkergewohnheitsrechts ansieht.

i) Stellt man fest, daß in den oben skizzierten Formen entwickelte Regeln von Staaten und internationalen Gerichten als bestehend und bindend behandelt werden, so bleibt es sich gleich, ob man das mit einem entsprechend veränderten, niedrigere Anforderungen aufweisenden, im Völkerrecht von den Staaten und Gerichten praktizierten Begriff des Gewohnheitsrechts (*custom, coutume*) erklärt oder ob man hier eine neben dem Gewohnheitsrecht stehende, selbständige Völkerrechtsquelle sieht, soweit die in der allgemeinen Rechtstheorie und -terminologie *per definitionem* mit »Gewohnheitsrecht« verbundenen Merkmale (Erfordernisse) noch nicht vorliegen. (In der Regel werden diese Merkmale später hinzukommen und die Geltungsgrundlage verstärken).

k) Die erste, den Gewohnheitsrechtsbegriff fürs Völkerrecht erweiternde Lösung könnte sich durch die Schwierigkeiten wechselseitiger Abgrenzung beider Bereiche und dadurch empfehlen, daß »Gewohnheitsrecht« in Art. 38 des StIGH- und des IGH-Statuts und in davon abgeleiteten oder darauf verweisenden Statuten anderer internationaler Gerichtsinstanzen sowie in der Terminologie der internationalen Spruch- und Staatenpraxis etabliert ist und neuerdings zunehmend in dem skizzierten erweiterten Sinn verstanden wird, der niedrigere Anforderungen stellt an Dauer, Häufigkeit und Universalität einer »Übung« sowie an die subjektive Seite der »Rechtsüberzeugung«, die hier vorläufig nur als zu unterstellender »Rechtswille« einbezogen wurde (oben c).

l) Die zweite Lösung, die eine neben dem Gewohnheitsrecht bestehende, an dessen traditionelle Anforderungen nicht gebundene Völkerrechtsquelle annimmt, würde sich methodisch von allen im Begriff »Gewohnheitsrecht« liegenden deduktiven Elementen befreien, könnte empirisch vorgehen und das (bisher noch nicht betrachtete) Phänomen des *instant law* ohne besondere Schwierigkeit einbeziehen. Diese Lösung geht davon aus, daß die Aufzählung des normativen Materials durch Art. 38 IGH-Statut ohnehin nicht erschöpfend und der Ergänzung durch weitere Kategorien offen ist und bedarf, wobei vor allem darauf abgestellt wird, was Staaten und internationale Gerichte als bindende Regel und als deren Grundlage ansehen.

m) *Desuetudo* bereits etablierter oder vertraglicher Regeln unterliegt höheren Anforderungen als erstmalige Entwicklung von Rechtsregeln auf einem Sachgebiet. Sie unterliegt der endogenen Hemmwirkung des Inhalts bestehenden Völkerrechts.

n) *Desuetudo* bedeutet in den sie begründenden Praxisvorgängen vielfach, wenn nicht immer, insofern keinen Bruch des bis dahin geltenden Rechts, als sie sich auf der Grundlage veränderter Voraussetzungen und

Gegebenheiten, also Tatbestandselemente, entwickelt, mögen auch diese veränderten Elemente oder ihr früheres Fehlen nicht als konstituierend bewußt gewesen sein. Insofern gelten nicht nur Verträge, sondern auch andere Völkerrechtsregeln *rebus sic stantibus*, auch ohne eine dahingehende *clausula*. Dazu gehören auch gewisse herrschende und sich verändernde Grundauffassungen etwa über den Status »herrenloser« (bzw. im Gemeineigentum stehender) Gebiete, Sachen und Räume und deren Nutzbarkeiten, über Umwelt- und Arterhaltung, über Kolonialismus, über Gemeingefahren und -schädlichkeiten jeder Art, über sittliche Anstößigkeit oder Hinnehmbarkeit von Sklaverei, Kolonialismus, Erotik in Bildern und Texten, von Begrenzungen der Selbstbestimmung, souveräne Verfügung über Gebietsteile, Bevölkerungen, Privatvermögen, Anwendung wirtschaftlichen und sonstigen Drucks, Methoden der Informationspolitik und Diffamierung, Ungleichbehandlung, Geheimdienstwesen, Unterwanderung, irreguläre Kriegführung, Unterstützung von Kriegs- oder Bürgerkriegsparteien mit Kriegs- und sonstigem Material, Duldung von Terror und Terroristenstützpunkten. Die Staatenpraxis kann von solchen Wandlungen der Weltmeinung nicht unberührt bleiben, so auch nicht das durch sie kreierte Recht³²⁾.

o) Die Veränderungen der Voraussetzungen wirken aber (ähnlich wie bei Verträgen) nicht automatisch, sondern erst dadurch, daß die Staatenpraxis hieraus Konsequenzen zieht und sich von Regeln löst, die, wie sich dadurch herausstellt, an eine alte, so nicht mehr vorhandene Tatbestandslage gebunden und auf sie beschränkt waren. Ob die internationale öffentliche Meinung als Teil der Tatbestandslage oder, sofern Regierungen ihre Mitträger sind, als Wertung anzusehen ist, mag dahinstehen. Oft kann sich beides mischen. Es kann aber auch eine bisherige Regel neuen rechtlichen Bewertungen weichen, auch einer neuen Bewertung der Interessenlage, die von anderen Staaten geteilt wird. Eine Regel kann sich als zu weit gefaßt erweisen durch das Auftreten bisher nicht in Rechnung genommener Tatbestandselemente, auf die ihr Leitgedanke nicht mehr zutrifft, was zu engerer Fassung der Regel führt. Bei allem kommt es darauf an, was »sich durchsetzt«.

p) Damit ist ein Begriff eingeführt, der sich gegen Gewohnheitsrecht und seinen Komplementärbegriff *desuetudo* abhebt, jedenfalls nicht an deren Erfordernisse gebunden scheint, stärker auf den kreativen Ent-

³²⁾ Die »Weltmeinung« wird dadurch, daß Staaten sie sich in ihrem Verhalten zu eigen machen und sie damit als Rechtsmeinung ausdrücken, Teil des kreativen Prozesses.

stehungsprozeß einer Regel abstellt und so schon in einem früheren Stadium die Feststellung erlaubt, eine Regel habe »sich durchgesetzt« oder, was noch wichtiger ist: sei im Begriff, sich durchzusetzen. Das eröffnet die Möglichkeit für Staaten und Gerichte, einer sich durchsetzenden Regel zu folgen³³), damit zugleich den Durchsetzungsprozeß zu fördern — auf die Gefahr hin, daß sich mehr oder weniger starker Widerstand geltend macht, der die Durchsetzung einer Regelveränderung auf einen engeren Geltungs- oder Sachbereich beschränken oder ganz zum Erliegen bringen kann.

r) Insgesamt ermöglicht dies eine von den hohen Erfordernissen der Gewohnheitsrechtbildung bzw. *desuetudo* gelöste, leichtere und raschere Anpassung des Regelbestandes an den Wandel der Zeitverhältnisse und Anschauungen, labilisiert aber zugleich diesen Regelbestand. Es wird aber dadurch nichts Neues eingeführt, sondern lediglich beschrieben, was bereits stattfindet und mit den überkommenen Begriffen Gewohnheitsrecht und *desuetudo* nicht zureichend erfaßt und bezeichnet wird, die die fraglichen Phänomene im internationalen Bereich nicht ganz decken, allenfalls für ruhigere Zeiten passen³⁴).

s) Wenn eine Regel »sich durchsetzt«, geschieht das im Spiel freier Entscheidungen. Etwas anderes ist es, wenn eine »Regel« durch Übermacht bis zur Waffengewalt schwächeren Staaten aufgezwungen, wenn sie nicht sich durchsetzt, sondern unter Zwang durchgesetzt wird. Dieser Zwang kann über kürzere oder längere Zeit hinweg den Erfolg haben, daß die aufgezwungene Regel tatsächlich befolgt wird.

Hierher gehört vor allem der Fall, daß eine Übermacht einem engeren Kreis von ihr beherrscher, durch ihre Herrschaft zusammengeschlossener Staaten bestimmte, nach gemeinem oder partikulärem Völkerrecht an sich nicht geschuldete Verhaltensregeln aufzwingt und bei Nichteinhaltung dieser als »Regionalrecht« proklamierten Regeln mit Gewaltverbot und anderen unabdingbaren (zwingenden) Prinzipien und Regeln des gemeinen Völkerrechts unvereinbare militärische Gewaltakte (bewaffnete Intervention) anwendet, zugleich für künftige Fälle dieser Art (konkludent oder offen) androht und ebenfalls kraft eines von ihr diktierten »Regionalrechts«, das dem gemeinen Völkerrecht im Innen-

³³) Vgl. oben Anm. 13.

³⁴) Verdross, ZaöRV Bd. 29, S. 649, stellt ab auf das in Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut enthaltene Element *accepted as law* als quasi gemeinsamen Endpunkt der verschiedenen Erzeugungsarten nichtvertraglichen Völkerrechts, die er aber sämtlich dem Begriff »Gewohnheitsrecht« einordnet.

verhältnis des beherrschten Staatenkreises vorgehe³⁵⁾, für zulässig, ja kraft dieses Regionalrechts geboten erklärt.

Dies ungefähr ist der Sinn der im Anschluß an den bewaffneten Einmarsch in die Tschechoslowakei am 21. August 1968 in wechselnden, ideologisch verbrämten Formen aus dem Bereich der UdSSR offiziell und offiziös proklamierten »Breschnew-Doktrin«, einer *ad hoc* verschärften Weiterentwicklung des »proletarischen« bzw. »sozialistischen Internationalismus«³⁶⁾.

Hier geht es nur um die Frage, ob ein solcher Vorgang als Kurationsprozess für regionales Völkerrecht und insoweit als Völkerrechtsquelle angesehen werden kann. Seine bisherige Analyse konzentriert sich im wesentlichen auf die Fragen seiner Vereinbarkeit mit unabdingbarem Völkerrecht (z. B. Gewaltverbot) und den allgemeinen Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung, besonders der Einheitlichkeit einer dem engeren Staatenkreise gemeinsamen *opinio iuris*. Wichtiger erscheint mir die Komponente der Unfreiheit, besonders auch was die Beteiligung anderer von der Übermacht beherrschter Staaten an der Invasion und ihre Bereitschaft angeht, gegebenenfalls auch ihrerseits solche »brüderliche Hilfe« ungebeten zu empfangen, die sie bei Nichtbeteiligung zu befürchten haben.

Die seitens der Übermacht auf verschiedenen Wegen³⁷⁾ auf die Leitungsfunktionäre der von ihren Einheitsparteien beherrschten Satellitenstaaten möglichen oder ausgeübten Zwänge schließen die für spontane Völkerrechtsbildung erforderliche Freiheit des Konsenses praktisch aus. Insofern zeigt dieses Beispiel den freiheitlichen, von Unabhängigkeit der

³⁵⁾ Daß eine »regionale Wirkungssperre« gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht (vgl. Th. Schweisfurth, Die Völkerrechtswissenschaft in der Sowjetunion, ZaöRV Bd. 34, S. 41) hierdurch nicht rechtswirksam errichtet werden konnte, bedarf keiner näheren Ausführung.

³⁶⁾ Vgl. hierzu zuletzt B. Meisner, Die sowjetische Konzeption des »proletarisch-sozialistischen Internationalismus« und das »sozialistische Völkerrecht«, Recht in Ost und West, Jg. 19 (1975), S. 1 ff.; Th. Schweisfurth, Breschnew-Doktrin als Norm des Völkerrechts?, Außenpolitik, Jg. 21 (1970), S. 523 ff.; weitere Nachweise dort und bei Schweisfurth, ZaöRV Bd. 34, S. 1 ff., 40 Anm. 128.

³⁷⁾ Beispielsweise über wirtschaftliche Abhängigkeit durch »internationale Arbeitsteilung«, dann über gelegentlich hervortretende Einflüsse auf die Besetzung von Schlüsselpositionen (vgl. hierzu B. Meisner, Die interparteilichen Beziehungen im Ostblock und das Prinzip des »proletarisch-sozialistischen Internationalismus«, Internationales Recht und Diplomatie 1961, S. 147 ff., 151 f.: »In sämtlichen bilateralen Parteierklärungen wurde der Führungsanspruch der KPdSU auf der Grundlage des proletarischen Internationalismus besonders betont«), schließlich über die permanente Drohung mit Waffengewalt für den Fall der Nichtanpassung, nach außen abgegrenzt durch »Interessensphären-Abgrenzung« mit USA.

beteiligten Staaten ausgehenden Charakter des modernen Völkerrechts, speziell der Völkerrechtsquellen.

Auf anderem Felde liegen die Möglichkeiten mehr oder minder sanften diplomatischen Drucks zur Durchsetzung eines, etwa in der Linie aufgeklärter Menschlichkeit liegenden Prinzips, wie er z. B. von Großbritannien zur Abschaffung des Sklavenhandels, dann der Sklaverei seit Anfang des 19. Jh. erfolgreich ausgeübt wurde (vgl. oben S. 177 ff.). Ein solcher Druck ist anderer Art als der soeben erwähnte existenzbedrohende Zwang. Er zielte zudem ab auf vertragliche Regelung, mag auch deren Inhalt sich seit Ende des 19. Jh. aus freier Rechtsüberzeugung als nichtvertragliches Recht allgemein durchgesetzt haben. Von Zwang wird in keinem Stadium die Rede sein können, und die Möglichkeit der Anzweiflung von Verträgen wegen Unfreiheit des Abschlusses ist gewiß enger als die der Anzweiflung innerhalb einer Imperialherrschaft oktroyierten »regionalen Völkergewohnheitsrechts« wegen Unfreiheit des dafür erforderlichen Rechtswillens.

t) Als moderne Variante spontaner Völkerrechtsbildung, die nur noch gewaltsam als »Gewohnheitsrecht« gefaßt werden könnte, soll das *instant law* hier erwähnt werden: Es entsteht als eine Art gemeinsamer Schnell-Reaktion der Staaten auf plötzlich auftretende Existenzfragen oder Bedrohungen der *conditio humana* besonders durch neue technische Wirkungsmöglichkeiten: Kernspaltung, Weltraumerschließung, Umweltzerstörung, Vernichtung biologischer Gattungen. Der Erkenntnis der Gemeingefahr folgt rasch eine informelle, d. h. nicht an Vertragsform gebundene Willensbildung in Richtung auf gemeinsames, gleichartiges Abwehrverhalten der Staaten unter Verzicht auf einen Wettlauf um Sonderinteressen. Hierbei können quasi einstimmige Entschließungen der UN-Generalversammlung oder einer sachlich zuständigen internationalen Organisation über die ihnen sonst formell zukommende Bindungswirkung hinaus einen außerhalb ihrer selbst liegenden Kristallisationseffekt erzielen, worin sich ein gemeinsamer Rechtswille als Völkerrechtsregel oder -prinzip oder als internationaler *ordre public* rasch und mit universal bindender Wirkung durchsetzt.

Auch gegen plötzlich auftretende, weltweit gemeingefährliche Mißbräuche oder Bedrohungen lebenswichtiger (Versorgungs-, Verkehrs- usw.) Einrichtungen kann sich rasch ein wie immer zum Ausdruck kommender Gemeinwille der Staaten wenden, der eine völkerrechtliche Verhütungspflicht hervorbringen kann, noch ehe die optimalen Schutz- und Abwehrmittel vertraglich fixiert sind. Was sich hierin als Verfahrensweise durchsetzt und mit welchen völkerrechtsbildenden Wirkungen, kann bei diesem

noch relativ neuen Phänomen nur durch weitere Beobachtungen des Staatenverhaltens, weniger durch theoretische Argumentation, geklärt werden. Die Entbehrlichkeit einer länger dauernden Übung für diese Art Völkerrechterzeugung scheint bereits so gut wie sicher. Das Produkt wird der IGH ohne Rücksicht auf die ohnehin mißglückte Umschreibung des Art. 38 Abs. 1 *lit. b* seines Statuts in den Völkerrechtsnormenbestand einzubeziehen haben, denn er hat "in accordance with international law" zu entscheiden. Es kann auch in bloßer »Verdammung«, »Ächtung« usw. bestehen.

Seltener sind positive Schnellreaktionen, bestehend in rascher Hervorbringung ungeschriebenen Völkerrechts: Die Entdeckung des »Festlandsockels« und seiner wirtschaftlichen Ausbeutbarkeit führte nach dem ersten Schritt der USA verhältnismäßig rasch zur Durchsetzung des Prinzips der geologischen und einer wenn auch vorerst nur vag umschriebenen rechtlichen Zuordnung eines Teils des ans Küstengewässer angrenzenden Meeresuntergrundes zum Küstenstaat und zu entsprechender Aussonderung aus der vertikalen Reichweite des Regimes der hohen See. Hier verlief die Entwicklung umgekehrt zu der im Weltraum, die zu vertikaler Souveränitätsbegrenzung und Okkupationssperren im Weltraum führte.

u) Soweit die vorstehend beschriebenen, spontanen Rechtsbildungsprozesse den in Art. 38 Abs. 1 *lit. b* formulierten Erfordernissen nicht genügen und dennoch das Völkerrecht verändert haben, können und müssen sie, ohne Widerspruch mit *lit. b*, nach den Eingangsworten des Art. 38 Abs. 1 als Inhalt des Völkerrechts Berücksichtigung finden. Die in *lit. b* umschriebenen Erfordernisse können später hinzukommen und die Geltungskraft einer zunächst ohne ihre Erfüllung zustande gekommenen Regel und damit die Erfordernisse ihrer Beseitigung oder Änderung verstärken.

v) die Existenz verschiedener Grade von Geltungskraft muß ebenfalls zu den Besonderheiten des Völkerrechts gerechnet werden: Wie der Rechtsentstehungsprozeß auch in den Vorstadien vor Erreichung der Geltungsschwelle in seiner Präcedenzwirkung relevant ist, so setzt er sich danach in weiterer Konsolidierung und Verfestigung, möglicherweise bis zur Unabdingbarkeit (*ius cogens*) fort, die als besonders hohe Stufe der Geltungskraft angesehen werden kann. Insoweit ist der freie Rechtsbildungsprozeß in der Lage, seine eigene Reversibilität zu beschränkungen oder zu erschweren und damit Geltungsstufen zu entwickeln, was gelegentlich auch in kollektivvertraglichen Unabdingbarkeitsklauseln

hervortritt³⁸⁾. Zugleich zeigt sich hier, daß erhöhte Geltungskraft (z. B. Unabdingbarkeit) unabhängig ist von inhaltlichem Bezug auf die Struktur der Völkerrechtsgemeinschaft, mag sie sich auch aus diesem Bezug ergeben können (hierzu unten IV).

III. Die Komponenten des Kurationsprozesses

1. Die Staatenpraxis stellt sich in erster Linie dar als in der Regel überlegte und motivierte Verhaltensweise von Organen der Außenpolitik, weitgehend der selben, die auch für Vertragsschlüsse zuständig sind. Bei ihnen ist die Bezogenheit ihres Verhaltens auf Völkerrecht offenkundig. Zahlreiche völkerrechtsrelevante Staatsakte können aber auch von anderen Organen gesetzt (oder unterlassen) werden, so Akte der Gesetzgebung und sonstiger Rechtsetzung, Akte der Justiz, der inneren und sonstigen Verwaltung, der Polizei, der Streitkräfte. Sie kommen beispielsweise in Betracht im Bereich der Gerichtsimmunität fremder Staaten, der diplomatischen und konsularischen Immunität, des Fremdenrechts, der internationalen Abgrenzung der Gerichtsbarkeit, der Besteuerung bei ausländischen Anknüpfungselementen. Vielfach fehlt, trotz Auslandsbezugs, die völkerrechtliche Relevanz, und wo sie objektiv vorliegt, ist ein auf Völkerrecht bezogener Rechtswille³⁹⁾ schwerer feststellbar oder nicht vorhanden. Die beratende oder verbindliche Beteiligung der Organe der Außenpolitik an solchen außerhalb ihrer direkten Zuständigkeit liegenden Vorgängen ist von Staat zu Staat und von Sachbereich zu Sachbereich verschieden. Tritt sie offen hervor, so ist die Lage wie bei Akten der Außenorgane selbst, jedenfalls soweit ihre Direktiven befolgt werden.

2. Die Praxis nationaler Gerichte in völkerrechtsrelevanten Fragen (internationale Abgrenzung der Gerichtshoheit) und ihre Stellungnahme zu

³⁸⁾ So die Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der I., II. und III. Genfer Rotkreuzkonventionen und Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der IV. Konvention vom 12. 8. 1949; für den Fall der Beschränkung der Verhandlungsfreiheit werden Sondervereinbarungen über die Schutzmacht ausgeschlossen durch Art. 10 Abs. 5 bzw. 11 Abs. 5 der Konventionen I-III bzw. IV.

³⁹⁾ Vgl. H. Alexy, Der Einfluß der Exekutive und innerstaatlicher Rechtsgrundsätze auf die amerikanische Rechtsprechung zur Immunität fremder Staaten, ZaöRV Bd. 22, S. 661-696, besonders hinsichtlich des Wandels der Auffassung von der gerichtlichen Immunität fremder Staaten als *principle of public* [nicht: *international*] *law* (1812), dann als *public comity and convenience* (1822), dann hinsichtlich der Bedeutung der *suggestions* der Exekutive an Gerichte (S. 663 ff., 684 ff.).

völkerrechtlichen Vorfragen hat insofern besondere Bedeutung, als sie in der Regel eine Stellungnahme zur Völkerrechtsfrage ausdrücklich formuliert und begründet. Soweit sie hierbei in der Konkretisierung allgemeiner Prinzipien in Richtung auf Regeln neue Wege beschreitet oder zu neuen Aussagen zum Völkerrecht gelangt, liegt ihre Bedeutung in der Nähe des Beitrags der Völkerrechtswissenschaft zur Evidentmachung der Bedeutung von Regeln und zur Konkretisierung von Prinzipien, mit dem Unterschied, daß sich die Gerichtspraxis zugleich als Staatsverhalten im Völkerrechtsraum darstellen kann, besonders soweit die außenpolitische Exekutive daran beteiligt ist und deren Völkerrechtsmeinung darin zum Ausdruck kommt.

3. Darüber hinaus kann die völkerrechtliche analytische Argumentation der Wissenschaft sich in entsprechender nationaler Gerichtspraxis verursachend niederschlagen oder diese nachträglich in bestimmter Richtung deuten, artikulieren und damit zu erhöhter Relevanz als völkerrechtliche Staatspraxis bringen. Die Völkerrechtswissenschaft gewinnt konstituierende Bedeutung erst dadurch, daß sie in die Praxis der Staaten oder internationaler Gerichte eingeht. Der IGH kann "the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations" (Art. 38 Abs. 1 *lit. d* des IGH-Statuts) nicht wie Verträge oder Gewohnheitsrecht anwenden (*apply*), sondern er kann sich ihre Argumente zu eigen machen, indem er sich von ihrer Schlüssigkeit und Richtigkeit überzeugt. Die von der Wissenschaft erbrachte geistige Leistung wird dann durch ihren Einfluß auf die IGH- oder nationale Staaten- oder Gerichtspraxis in verschiedener Weise kreativ. Im übrigen spielt sie, auch soweit sie Staatenpraxis nachweist und analysiert, die Rolle einer Erkenntnisquelle.

4. Voraussetzung des Zusammenwirkens der Staaten in der Schaffung einer sie verbindenden Völkerrechtsordnung und damit eine weitere Komponente des Kurationsprozesses ist eine Gemeinsamkeit des völkerrechtlichen Grundkonzepts und Weltbildes, wobei Freiheit und Bindung der unabhängig zusammenlebenden Staaten verschieden nuanciert, einzelne Prinzipien oder Regeln verschieden gedeutet oder ausgewertet sein mögen, zum andern das, was man mit A. Verdross (siehe unten V 4, 5) »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft« nennen könnte. Diese Gemeinsamkeit des Grundkonzepts ist, wie die Entstehung einer Völkerrechtsgemeinschaft und das Völkerrecht überhaupt, Ergebnis einer spezifisch europäischen⁴⁰⁾, in der Antike wurzelnden und durch das Christen-

⁴⁰⁾ Vgl. A. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, Eine Einführung (1973), S. 17; J. L. Kunz, Artikel »Völkerrecht, allgemein«, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3 (1962), S. 611 ff.

tum geprägten Entwicklung, die durch eine aus den verschiedensten Ursachen und Bereichen hervorgehende, zunehmend antieuropäische Weltströmung bedroht ist und durch den Gegensatz in ihren Konturen verdeutlicht wird.

Ihre moderne Form entsprang dem gegen Napoleon I. geeinigten Europäischen Konzert, das unter den Impulsen der französischen und der amerikanischen Revolutionen, der Aufklärung und des Christentums trotz manchen Gegenkräften auf Abbau aller Arten von Unfreiheit (Absolutismus, Sklaverei, Kolonialismus) und Ungleichheit hintendierte. Im Wandel vom British Empire zum British Commonwealth of Nations wurden die beteiligten Länder und Völker planmäßig der Selbständigkeit und der Entwicklung demokratisch-rechtsstaatlicher Prinzipien und Formen, schließlich der Souveränität zugeführt, so daß die Empire- bzw. Commonwealth-internen Beziehungen allmählich völkerrechtlichen Charakter annahmen und in die der Völkerrechtsgemeinschaft einmündeten, womit sich die Basis der Weiterführung europäischer Völkerrechtstraditionen entsprechend verbreiterte, Hand in Hand mit Einbeziehung außerhalb der spezifisch europäischen Tradition liegender souveräner Staaten Lateinamerikas, Vorderasiens und des Fernen Ostens.

Daß alle nicht miteinander im Krieg befindlichen Staaten sich gegenseitig als befreundet ansehen, bedeutet vor allem, daß sie sich als Mitglieder einer universalen Völkerrechtsgemeinschaft betrachten, verbunden durch zunehmende Gemeinsamkeiten sich auf allen Gebieten anreichernden gemeinen Völkerrechts, dessen Wachstumsvoraussetzungen durch ein Netzwerk von Vertragsbeziehungen begünstigt wird, und bereit, neue, durch gute Praxis anderer Staaten entwickelte Völkerrechtsregeln auch für sich als verbindlich zu akzeptieren. Die Bewertung als »gute« Praxis erfolgt durch die übrigen Staaten am Maßstab der Sachgerechtigkeit, der generellen Anwendbarkeit durch gerechten Ausgleich widerstrebender Interessen und der Harmonie mit bestehenden Grundsätzen und dem Gesamtsystem des Völkerrechts.

IV. Folgerungen aus den Grundgegebenheiten des Zusammenlebens der Staaten

1. In der untersten Schicht des als anzuwendendes Völkerrecht in Betracht kommenden normativen Materials liegen die Grundgegebenheiten des Zusammenlebens der Staaten: ihre souveräne Gleichheit und gegenseitige Unabhängigkeit mit den Folgerungen z. B., daß jeder Staat frei ist

in der Gestaltung seiner »inneren Angelegenheiten«, frei ist von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten, daß kein Staat seine Hoheit auf dem räumlichen oder sachlichen Hoheitsgebiet eines fremden Staates ausüben darf und auf eigenem Gebiet Hoheitsakte fremder Staaten nicht zu dulden braucht.

2. Das spätestens im Lauf des 17. Jh. ins internationale politische Bewußtsein aufgenommene Prinzip der Gleichberechtigung und gegenseitigen Unabhängigkeit der souveränen Staaten und die aus ihm unmittelbar und zwingend hervorgehenden Völkerrechtsgrundsätze entstanden »uno actu mit der Herausbildung der souveränen Staaten«⁴¹⁾, also nicht im Wege eines der Kurationsprozesse (Vertrag, konstituierende Staatenpraxis, Völkergewohnheitsrecht), wie sie zum Wesen der Völkerrechtsquelle im formellen Sinn gehören, sondern als Prämissen des Völkerrechts überhaupt. Das Prinzip (samt den daraus unmittelbar folgenden Völkerrechtsgrundsätzen) gehört zu dem normativen Material, das ein »auf Grund Völkerrechts« entscheidendes Gericht, so der IGH, anzuwenden hat, auch ohne ausdrückliche Erwähnung in dem neuen Zusatz zum Vorspruch von Art. 38 Abs. 1 seines Statuts, ist aber in keiner der dort *lit. a-d* aufgeführten Kategorien enthalten. Immerhin ließe sich die Meinung vertreten, auch die erste historische Bewußtwerdung und Betätigung des Prinzips sei nicht nur als Prämisse, sondern als konstituierender Vorgang zu bewerten, der sich als dessen Rechtsquelle darstelle. Je weiter aber die Folgerungen aus dem Prinzip von diesem durch eine Mehrzahl logischer Schritte entfernt sind und in gleichem Maß die Merkmale unmittelbarer und zwingender Folgerungen verlieren, um so wichtiger sind die ihre positive Geltung begründenden konstituierenden Vorgänge, ihre Bekräftigung durch Staatenpraxis, evtl. auch Verträge.

3. Soweit aus dem Prinzip der Gleichberechtigung und gegenseitigen Unabhängigkeit abgeleitete Völkerrechtsgrundsätze durch Ableitung vom Prinzip inhaltlich bestimmt sind, mischt sich in ihre Geltung ein materielles Element, das wir an sich aus unserem Quellenbegriff ausgeschieden hatten, das aber in gleichem Maße geltungsbegründend ist, als die sonst geltungsbegründenden, konstituierenden Vorgänge fehlen und entbehrlich sind. Hier liegt zugleich das Kriterium, das solche Völkerrechtsgrundsätze unterscheidet von anderen, aus dem Prinzip der Gleichberechtigung und gegenseitigen Unabhängigkeit nicht oder nur sehr entfernt ableitbaren, die sich aus anderen Leitgedanken heraus (z. B. Friedenserhaltung, Humanität) durchgesetzt haben (z. B. Gewalt-, Piraterie-, Sklavereiverbote) im

⁴¹⁾ Verdross, Quellen, S. 20 und dort Anm. 40.

normalen, dem Wesen der Völkerrechtsquelle immanenten, kreativen Verfahren, ebenso wie die daraus entwickelten konkreteren Völkerrechtsregeln. Die von beiderlei Völkerrechtsgrundsätzen klar zu unterscheidenden *general principles of law* (Art. 38 Abs. 1 *lit. c* IGH-Statut) werden unter V gesondert betrachtet.

4. Der von A. Verdross eingeführte Begriff der »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft«⁴²⁾ umfaßt mit Sicherheit das Prinzip der Gleichberechtigung und gegenseitigen Unabhängigkeit und die daraus unmittelbar zwingend folgenden Völkerrechtsgrundsätze, zuvorderst die »unentbehrlichen Verfassungsgrundsätze« darüber, wer Erzeuger und Adressat von Völkerrechtsregeln sein kann, wie diese zustande kommen und welche inhaltlichen Grenzen ihnen gezogen sind (Verdross, Quellen, S. 21); ob auch das gesamte *ius cogens* (a.a.O., S. 25 ff.), ist insofern zu bezweifeln, als es sich inhaltlich nicht notwendig und durchweg auf die Struktur der Völkerrechtsgemeinschaft bezieht.

5. Es gehört zu den unter II 2 behandelten Besonderheiten der Lage im Völkerrecht, daß das, was man unter »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft« verstehen könnte, zwar existiert und als Komponente der Völkerrechtserzeugung wirksam ist, sich aber auch, in Ermangelung einer als *Constituante* normierenden, rechtsetzenden Gewalt, der verbindlichen Formulierung in Verträgen oder in anderen Formen bisher entzogen hat und weiterhin entzieht und nur in einigen rudimentären Prinzipien erfaßbar ist. Andererseits liefert jede Entstehung einer die Völkerrechtsordnung ergänzenden oder partiell verändernden Einzelregel zugleich Hinweise auf jene die Völkerrechtsentstehung beherrschenden Grund- oder »Verfassungs«-prinzipien, zu denen das primär freie und unabhängige, aber auf wechselseitige Rücksichten, Beziehungen und Kooperationen angewiesene Zusammenleben der Staaten gehört. Versuche, diese Verfassungsprinzipien der Völkerrechtsgemeinschaft zu kodifizieren, können politisch nützlich, aber kaum in der Lage sein, die gegebene Grundstruktur irgendwie zu verändern. Solche Veränderungen werden auch aus wie immer gearteter Staatenpraxis kaum herausgelesen werden können.

6. Veränderungen der »Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft« können sich aber entwickeln aus tiefgreifenden Wandlungen der soziologischen Struktur der Staatenwelt, so aus der Bildung von Weltorganisationen wie Völkerbund und UN, andererseits aus einer gegen die Verfassungsprinzipien der (auf europäischer Tradition beruhenden) Völkerrechtsge-

⁴²⁾ Außer seinem gleichnamigen, grundlegenden Werk (1926) vgl. dessen »Quellen«, a. a. O. (oben Anm. 40), S. 13 ff.

meinschaft gerichteten Blockbildung, die jede Art von Recht, so auch das Völkerrecht, als Instrument zur Aufrechterhaltung der Herrschaft einer besitzenden über eine unterdrückte Klasse ursprünglich abwertete⁴³), dann relativierte und nun mit Hilfe emotionalisierter Entwicklungsländer darauf ausgeht, die bisherige freie Völkerrechtsgemeinschaft zu ersetzen durch ein unter den Zwängen des Ostblocks stehendes sozialistisches Weltsystem, das für Fortbestand und Entwicklung eines aus freiem Zusammenleben organisch wachsenden Völkerrechts kaum noch Voraussetzungen bietet.

7. Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die Fundiertheit der generellen Vermutung, daß das staatliche Handeln, besonders das international relevante, vom Willen zur Rechtmäßigkeit, sei es nach Maßgabe einschlägiger Völkerrechtsregeln oder, in deren Ermangelung, das zwischenstaatliche Leben beherrschender Grundprinzipien des Völkerrechts oder allgemein anerkannter Rechtsanschauungen getragen sei und sich in diesem Rahmen halten wolle, auch wo diese Grundprinzipien auf Grund neuer Gegebenheiten neuer Konkretisierungen bedürften (oben II 2 *lit. c*). Eine solche Vermutung subjektiven Rechtlichkeitswillens verliert aber insoweit ihre Voraussetzungen, als ein Staat oder eine ihn beherrschende Einheitspartei sich von diesen Grundprinzipien offen lossagt oder soweit eine große Gruppe neuer Staaten sich an das vorgefundene Völkerrecht und seine allgemeinen Prinzipien als nicht gebunden erklärt. Eine *opinio iuris* im Sinne des Willens zum Einklang mit bestehenden Prinzipien und Regeln gemeinen Völkerrechts kann bei solchen Staaten nicht generell vermutet werden. Dadurch wird jedenfalls die Möglichkeit erschwert, in ihrem außerhalb bestehender Regeln und Grundsätze liegenden Staatshandeln einen kreativen Faktor zur Weiterentwicklung bestehenden Völkerrechts zu sehen, auch soweit sie sich exakter Einhaltung von ihnen geschlossener Staatsverträge befleißigen. Mit der Einstellung zum Völkerrecht als Rechtsordnung hat das Verhalten zu einzelnen Verträgen so wenig zu tun wie die Verträge selbst mit dem Völkerrecht als Rechtsordnung.

8. Völkerbundssatzung oder UN-Charta insgesamt als Verfassungs-urkunden der Völkerrechtsgemeinschaft anzusehen⁴⁴), scheint mir, abgesehen von einigen Grundsätzen wie *sovereign equality* (Art. 2 Ziff. 2), Gewalt- und Interventionsverbot (Art. 2 Ziff. 4, 7) bei aller fundamentalen Bedeutung für die politische Ordnung der Völkerrechtsgemeinschaft und

⁴³) Vgl. Schweisfurth, ZaöRV Bd. 34, S. 5 ff.

⁴⁴) So Verdross, Quellen, a. a. O. (oben Anm. 40), S. 21.

die gegenseitigen Beziehungen der Staaten, doch nicht ganz unproblematisch. Den ständigen Mitgliedern des Sicherheitsrates wäre dadurch eine Art kollektiver Hegemonie wenn nicht Oligarchie im Staatenverband eingeräumt, die sich nicht unbedingt deckt mit den tatsächlichen Verhältnissen. Außerdem würden Nichtmitglieder formell außerhalb der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft stehen, soweit der Inhalt jener Urkunden nicht als gemeinsames Völkerrecht angesehen werden kann. Auch soweit jene Urkunden Verfassungsprinzipien der Völkerrechtsgemeinschaft zutreffend wiedergeben, sind sie darin nicht vollständig und nicht unbedingt authentisch, vielmehr lassen sie diese hinter ihnen stehenden Verfassungsprinzipien durchschimmern, ohne dadurch ihren eigentlichen Charakter als Organisationsstatut aufzugeben. Nicht einmal die »unentbehrlichen Verfassungsgrundsätze«, wer Erzeuger und Adressat von Völkerrechtsregeln sein kann, wie diese zustande kommen und welche inhaltlichen Grenzen ihnen gezogen sind (Verdross, a.a.O.), sind der UN-Charta klar genug zu entnehmen; dort wäre ihre *sedes materiae*, nicht im IGH-Statut, das insoweit (in Art. 38) im Grunde nur Blankettnormen enthält, die auf nicht in der UN-Charta stehende, ungeschriebene Verfassungsnormen über das Zustandekommen von Völkerrecht verweisen (oben II 1 o).

V. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

1. Die Offenheit für die Einbeziehung außerhalb des eigentlichen Völkerrechtsbereichs entwickelten normativen Materials in die Grundlagen der Entscheidung internationaler Streitfälle manifestiert sich in Art. 38 Abs. 1 *lit. c* IGH-Statut: "the general principles of law recognized by civilized nations". Das als nicht mehr zeitgemäß geltende Kriterium *civilized nations* wäre allenfalls ersetzbar durch den Kreis der die moderne Völkerrechtsordnung grundsätzlich bejahenden und tragenden Staaten mit wenigstens annähernd rechtsstaatlicher Ordnung. Dadurch würde die negative Bedeutung der Staaten, die zum Recht überhaupt und zum bestehenden Völkerrecht im besonderen ein (noch) problematisches Verhältnis haben, hinsichtlich der Anerkennung der allgemeinen Rechtsgrundsätze vorläufig gemindert. Andererseits sind als Anerkennung bestimmter Rechtsgrundsätze auch Verfassungsnormen anzusehen, die in den betreffenden Staaten keinerlei Realisierungsaussicht haben, aber offiziell verabschiedet und verkündet sind. In einem engeren Staatenkreis anerkannte allgemeine Rechtsprinzipien können auf das gegenseitige Verhältnis der Staaten dieses Kreises angewandt werden.

Hingegen kann Stimmabgabe in der UN-Generalversammlung nicht ohne weiteres als »Anerkennung« eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne des Art. 38 Abs. 1 *lit. c* IGH-Statut gewertet werden, da es sich hier um Rechtsgrundsätze handelt, die in innerstaatlichem Recht ihren Ausdruck gefunden haben, und für einen Befund dieser Art können die zur UN-Generalversammlung entsandten Delegationen, die auch über Rechtsgrundsatzfragen oft unter spezieller, politischer Interessenperspektive votieren, nicht als kompetent angesehen werden. Hier kann ein wissenschaftlich erarbeiteter Befund eher Maßgeblichkeit beanspruchen. Die hier in Rede stehenden *general principles of law* sind gerade hierin zu unterscheiden von allgemeinen Völkerrechtsprinzipien, zu denen sich für den eigenen Staat verbindlich zu bekennen eine UN-Delegation eher als befugt gelten kann, mag auch ein Mehrheits- oder einstimmiger UN-GV-Beschluß für sich allein ein Völkerrechtsprinzip nicht bindend für alle Staaten festlegen können.

2. Die durch vergleichende und geschichtliche, analytische Rechtsforschung abstrahierend gewonnenen und nach Übertragbarkeit auf völkerrechtliche Verhältnisse ausgewählten allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, soweit sie nicht ohnehin als auch dem Völkerrecht immanente Grundsätze angesehen werden können, größtenteils, sei es aus Anlaß ihrer Anwendung auf konkrete Fälle oder Fragen, sei es auf anderem Wege, bereits ins Völkerrecht rezipiert als Völkerrechtsgrundsätze oder in Gestalt einzelner Völkerrechtsregeln⁴⁵⁾. Insoweit haben sie das Völkerrecht inhaltlich, materiell beeinflußt und sind nicht Völkerrechtsquellen, jedenfalls nicht in dem hier allein behandelten formellen Sinn.

3. Aber auch soweit sie nicht vom Völkerrecht rezipiert sind, sind die anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht als Völkerrechtsquellen anzusehen⁴⁶⁾, obwohl sie nach IGH-Statut und Völkergewohnheitsrecht als normative Entscheidungsgrundlage heranzuziehen sind: Sie stehen außerhalb des Völkerrechts und entwickeln sich nach ihren

⁴⁵⁾ Verdross, Quellen, a. a. O. (oben Anm. 40), S. 128 f.

⁴⁶⁾ Anders Verdross, Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public, in: Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim (1968), S. 521 ff., und Quellen, S. 125 f. Dort S. 128 nach Anm. 31: »Daher entsteht erst durch eine Anwendung jener Grundsätze auf zwischenstaatliche Verhältnisse eine konkrete Norm des VR«. Dem würde ich insoweit zustimmen können, als die Anwendung zu einer über den konkreten Streitfall und dessen Parteien hinaus wirksamen Durchsetzung, Kreierung eines bei Anwendung der Grundsätze (innerstaatlichen Rechts) etwa formulierten Regelsatzes geführt hat, was aber von Fall zu Fall zu prüfen wäre.

eigenen Gesetzen, vor allem nach den sich wandelnden innerstaatlichen Rechtszuständen und -auffassungen und den hieraus im Wege der vergleichenden Analyse zu gewinnenden Ergebnissen. Kraft Verweisungsnorm des Völkerrechts sind sie mit ihrem jeweiligen Inhalt als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen. Ihre Heranziehung mag zu bestimmten Formulierungen führen können, die sich inhaltlich zu Völkerrechtsregeln eignen und insofern zur Rezeption anbieten. Oft werden die sich so ergebenden Regeln hinfort als völkerrechtliche angewandt und damit rezipiert.

Es handelt sich hier um die Qualifikation der in Art. 38 Abs. 1 *lit. c* angewandten rechtstechnischen Methode. Der Zusatz im Vorspruch "(The Court), whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, (shall apply:)" zwingt nicht dazu, alles unter a-d Aufgeführte als »anzuwendendes Völkerrecht« zu qualifizieren, was für *lit. d* niemand behauptet. Der Gerichtshof entscheidet auch dann "in accordance with international law", wenn er gemäß einer im Statut (*lit. c*) oder im gemeinen Völkerrecht, das in vieler Hinsicht auch auf nationales Recht des einzelnen Staates verweist, enthaltenen Verweisungsnorm die in dieser bezeichnete außervölkerrechtliche Rechtsmasse anwendet. So entscheidet ein nationales Gericht getreu dem am Forum geltenden Recht, wenn es dessen Kollisionsnormen gemäß, soweit deren Tatbestände erfüllt sind, ausländisches Recht anwendet. Nun liegt der Fall bei Art. 38 Abs. 1 *lit. c* insofern anders, als der darin enthaltene Befehl, die von den Staaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze anzuwenden, nicht an bestimmte Tatbestände (etwa das Vorliegen außervölkerrechtlicher Tatbestandselemente, um bei der kollisionsrechtlichen Parallele zu bleiben) gebunden ist, sondern er dient der Anreicherung der dem IGH zur Verfügung stehenden Rechtsmasse durch außerhalb des Völkerrechts feststellbare und anerkannte Rechtsgrundsätze allgemeiner Art, wie sie durch vergleichend-abstrahierende, analysierende, vor allem auf die Leitgedanken von Landesrecht zurückgreifende Destillation wissenschaftlich gewonnen werden müssen, soweit sie nicht *expressis verbis* in Verfassungen usw. proklamiert sind.

4. Die so gewonnenen Grundsätze innerstaatlichen Rechts sind nun nicht ohne weiteres auch solche des Völkerrechts. Wenn die Staatsverfassungen übereinstimmend dem Individuum (nicht nur dem Staatsbürger) gewisse Grundfreiheiten garantieren, so kann darin nicht die Bereitschaft der Staaten gesehen werden, zur Respektierung dieser Grundfreiheiten, vor allem gegenüber eigenen Staatsbürgern, auch völkerrechtlich ver-

pflichtet zu sein und sich in dieser Hinsicht vor einem internationalen Forum zu verantworten. Überhaupt ist das, was innerstaatlich im hierarchischen Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger gemeinhin rechtens ist, auf völkerrechtliche Verhältnisse nur in sehr engem Rahmen übertragbar.

Es handelt sich vielmehr in erster Linie um Rechtsgrundsätze, die die nationalen Rechte für die Beziehungen zwischen Gleichgeordneten, für ihre Reziprozitätsverhältnisse vor allem privatrechtlicher Art entwickelt haben und worin die nationalen Rechte dem Völkerrecht kraft ihres zeitlichen Vorsprungs und ihrer entsprechenden Höherentwicklung voraus sind⁴⁷⁾. Der internationale Richter soll ermächtigt und angewiesen werden, sich solcher innerstaatlich entwickelter (aus einer Vielzahl innerstaatlicher Rechte destillierbarer) allgemeiner Rechtsgrundsätze insoweit zu bedienen, als sie sich ihrer Art und ihrem Inhalt nach zur Anwendung auf zwischenstaatliche Verhältnisse eignen. Damit wird ein Kommunikationsweg zwischen Landesrecht und Völkerrecht eröffnet, der aber die im Landesrecht entwickelten Rechtsgrundsätze nicht unmittelbar ins Völkerrecht einströmen und zu dessen integrierendem Bestandteil werden läßt. Nur dann, wenn die völkerrechtliche Verweisungsnorm im Sinne einer permanenten automatischen Rezeption allgemeiner (Landes-) Rechtsgrundsätze ins Völkerrecht zu verstehen wäre, könnte man in diesen eine selbständige Völkerrechtsquelle sehen.

Dem steht aber noch folgende Erwägung entgegen: Allgemeine (Landes-) Rechtsgrundsätze sind nur sehr zum Teil und meist nur mit bestimmten Modifikationen und Anpassungen zur Anwendung im Völkerrechtsraum geeignet. Nach ihrer Herausdestillierung aus den Landesrechten ist also, um sie im Völkerrechtsraum »anwenden« zu können, ein weiterer geistiger Prozeß erforderlich zur Klärung der Folgerungen, die aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz für das konkrete zwischenstaatliche Verhältnis und für zwischenstaatliche Verhältnisse überhaupt abgeleitet werden können. In letzterer Hinsicht können sich Formulierungen in Gestalt von (nicht existierenden, denn sonst wäre die ganze Prozedur überflüssig) Völkerrechtsregeln ergeben, die die konkrete Entscheidung als Folgerungen aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz beeinflussen können, aber erst durch einen davon unabhängigen, vielleicht dadurch in Gang gesetzten oder auch abgeschlossenen

⁴⁷⁾ Vgl. Strebels, Einwirkungen nationalen Rechts auf das Völkerrecht, oben S. 168 ff.

Rezeptionsvorgang⁴⁸⁾ Bestandteil des gemeinen Völkerrechts werden.

Wie geschieht die in Art. 38 Abs. 1 *lit. c* vorausgesetzte »Anerkennung« allgemeiner Rechtsgrundsätze (*“recognized” by civilized nations*)? Verdross stellt zutreffend fest: « . . . l'article 38 ne stipule pas que ces principes doivent être reconnus par le droit interne des nations » und fährt fort: « . . . aucune disposition de la Charte [des Nations Unies] n'empêche les Etats de reconnaître pendant une session de l'Assemblée Générale ou en dehors d'elle, des principes de droit proclamés par une déclaration de l'Assemblée des Nations Unies »⁴⁹⁾.

Abgesehen von dem oben über die Kompetenz von Delegationen zur UN-Generalversammlung Gesagten wäre einzuwenden, daß die UN-Generalversammlung nicht zuständig ist zur Proklamierung innerstaatlicher Rechtsgrundsätze, mag auch der Wortlaut mancher Resolutionen so verstanden werden können. Es handelt sich stets um Rechtsgrundsätze, zu denen die Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander sich verpflichten (oder verpflichtet sein) sollen, also um völkerrechtliche, sei es auch mit Folgerungen für oder bezogen auf innerstaatliches Recht. Stellungnahmen und Stimmabgaben der Delegationen sind also in diesem völkerrechtlichen Sinn zu verstehen und können im Rahmen der Entstehung nicht vertraglichen Völkerrechts das Erfordernis *accepted as law* nach Art. 38 Abs. 1 *lit. b* IGH-Statut erfüllen.

Ob das Recht eines bestimmten Landes einen Landesrechtsgrundsatz, der nicht zugleich als Völkerrechtsgrundsatz oder als jeder Art von Recht immanent angesehen werden kann, »anerkennt«, unterliegt nicht der Verfügung außenpolitischer Organe, auch nicht der Regierung dieses Landes und ihren authentischen Erklärungen. Solche Erklärungen wären stets als Bekenntnisse zu einem parallelen Völkerrechtsgrundsatz zu werten mit außerhalb der *lit. c* des Art. 38 Abs. 1 liegenden, evtl. kreativen Wirkungen im Völkerrechtsbereich.

⁴⁸⁾ Wieackers (a. a. O., oben Anm. 21, S. 126 ff.) eingehende Analyse des allgemeinen Begriffs »Rezeption« macht deutlich, daß die rezipierende Rechtsordnung nicht so sehr fremde Rechtselemente (wie einen stofflichen Gegenstand) übernimmt, vielmehr ihren eigenen Wandlungsgesetzen und Anpassungsmöglichkeiten entsprechend sich jenen fremden Elementen partiell angleicht (Assimilation). Damit wird noch klarer, daß es sich um einen anderen Vorgang handelt als den einer kraft Verweisung im Einzelfall stattfindenden Anwendung allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze nationalen Rechts. Das Ergebnis der dadurch möglicherweise ausgelösten Anverwandlung des gemeinen Völkerrechts an den angewandten allgemeinen Rechtsgrundsatz wird sich mit dessen Inhalt selten genau decken, aber dessen Anwendung im Rahmen des Art. 38 Abs. 1 *lit. c* in Zukunft ausschließen.

⁴⁹⁾ Festschrift für Paul Guggenheim (1968), S. 525 f.

Es sollte hier kein Begriff »Völkerrechtsquelle« geklärt oder definiert werden, wozu wenigstens ein diesen Begriff verwendender Kontext in Gestalt eines offiziellen Dokumentes erforderlich wäre, vielmehr sollte angedeutet werden, was hinter diesem Ausdruck als vielgestaltige, dynamische, auch politische Realität sich verbirgt und als Entstehungsvorgang durch ein exaktes, einheitliches Kriterienschema kaum zu erfassen, als Produkt »Völkerrecht als Rechtsordnung« nicht präzise zu umgrenzen ist. Es sollte damit versucht werden, von einem überkommenen, an zum Teil sachwidrige Kriterien gebundenen begrifflichen Schematismus wegzuführen, der gerade die Erfassung moderner Phänomene, wenn nicht die Völkerrechtsbildung selbst, erschwert. Daß durch Abbau siebender Kriterien der Weg nicht nur für Rechtsneubildung, sondern auch für Mißbrauch und Entartung des Rechts erweitert werden kann, versteht sich. Auch in dieser Hinsicht brauchbare Kriterien können aber auch nur durch unbefangene Erfassung und Analyse des empirischen Materials im Angesicht der die sachgemäßen Rechtsfortbildungsprozesse bedrohenden Gegenkräfte gewonnen werden.

Summary

Sources of International Law as a Legal Order

I. Variants and elements of the concept "sources of international law"

1. The term "source of international law" is a metaphor for a creative process (b), its creative factors (a) and its product (c) as the three layers of the phenomenon. The term can mean the kind of creative process and the ground of validity of a rule as well as the result of the creative process, the rule itself.

2. The term does not mean the intellectual derivation, the roots of the contents of a rule, what sometimes is called "source in a material sense". It does not mean the legal basis, the cause, of concrete legal situations and interrelations, but only principles or rules of international law and/or the manner of their creation. Hypothesis: A binding rule is a rule which is held and applied as being binding by States and international courts. The various kinds of international law (treaties, general international law) correspond to various kinds of its creation and to various foundations of its validity.

3. The creative factors can be the same for various kinds of production and their corresponding international law categories.

4. The binding force of treaties relies upon general international law.

5. Only a few (multilateral) treaties and only single clauses of some of them belong to the international legal order, not the great bulk of treaties and contracts which concern only special matters and whose content is without importance for the international legal order. But the treaty making process as such is one of the kinds of creating principles and rules which constitute this order.

6. Decisions of international courts generally concern, as do contractual dispositions, concrete legal situations and relations only which can arise or change also by facts coinciding with rules of international law. But they create new duties of complying with their contents. They too come to existence by active factors which create the decision by a creative process.

7. Decisions of international courts are sources of international law in so far only as they decide upon the existence and content of general international law rules with a binding force not limited on the contesting parties nor on the concrete subjects and in so far as the courts are exceptionally empowered by international law to do so. Besides, they have a strong indirect effect as factors in the creation of general international law.

8. Standardized bilateral treaties as a series can enforce principles of general international law and can consolidate consequences of such principles with binding force beyond the contracting States.

II. The emergence of general international law — the creative process

1. Rules of general international law arise due to parallel State practice and more or less under the influence of principles of international law. They are developed separately, without any systematic order. By later systematization, the original contents of rules may be modified. An international court, through its evaluation of the State practice, may create and apply simultaneously a rule.

2. The notion of custom as developed in municipal law is not very suitable for transfer into the realms of the international legal order whose relatively few partners are first the constituent collective creators of this order and then only its addressees.

Each act of State relevant in the sphere of international law affirms for its part the authority of States to create international law collectively. Relatively few parallel acts of different States, acting in their generally supposed intention either to comply with law or to create law, may create a rule of general international law without fulfilling the conditions of custom (an extensive duration of time and a general consistency of practice).

The requirements for the creation of a rule vary. They depend upon the content and importance of the rule, and among other things upon the number of States eventually concerned. The prevailing opinion of the affected States determines whether or not a rule has become a binding rule of international law. The decision of an international court can (to a certain point) constitutively confirm this binding force or it can with constituent effect decline the opinion of the

parties of a multilateral convention, that the content of this convention arose to general international law.

Desuetude has to fulfill higher requirements. It usually develops due to the fact that the rule's underlying conditions have changed. These conditions can also consist in universal opinions and evaluations, and insofar no breach of law is implied. The *clausula rebus sic stantibus* may be applied also on rules of general international law.

Only under the condition that the State practice is free, can it contribute to the creation of a general international law rule. "Rules" which a super power imposes by threat of force to a number of States dominated by it cannot constitute rules of regional international law and cannot encroach the working of general international law within the "region".

General international law can also arise as a spontaneous reaction of States to new, extremely threatening possibilities of human or environmental destruction caused by States or individuals. Thus, through a mere collective demonstration of will by a majority of States, general international law can in the case of the above mentioned circumstances be created instantly ("instant law") — without any State practice.

III. The essential components of the creating process

1. Organs of States, competent for foreign policy and other organs.
2. National courts' practice as an articulated conduct of a State. Research as an accompanying interpretation of the State practice.
3. The conclusions of publicists (art. 38, 1 d ICJ Statute), especially in the deduction of (new) rules from established principles of international law or from general principles of law (art. 38, 1 c ICJ Statute) or in ascertaining rules accepted as law by (or without) general practice, may have a constituent effect through their acceptance by an international court in its judgment.
4. European traditions as a basis of international law.

IV. The consequences of fundamental conditions of coexistence of States

1. The principle of mutual independence, implying legal equality, of sovereign States is an inevitable consequence of free coexistence.
2. This fundamental and quasi constitutional principle can be considered either as a general premise of international law or as the result of a constituent act.
3. Those principles of international law which are derived from the above principle owe their binding force in part, due to the fact that they are a logical consequence of the substantive content of the above principle. This element of content distinguishes these principles from those which are created in the normal way.

4. The so-called "Constitution of the international law community" according to A. Verdross.
5. The "Constitution" cannot be codified nor can it be modified in the normal law creating ways.
6. Possible destructive effects upon the "Constitution".
7. The validity of the general presumption that States intend to comply with international law or to contribute, through their actions, to an acceptable development of it, is one of the bases of the "Constitution" as well as the basis of the law creating effect of State actions.
8. The "Constitution" of the international law community as a part of un-written law is a basis of the Covenant of the League of Nations and of the UN Charter, but not identical with them.

V. The general principles of law

1. By whom must they be recognized and in what a way?
2. The general principles of law are those common leading ideas of municipal legal orders which are not implied in international law, but which can, with possible adaptations, be transferred to the realm of international law.
3. The general principles of law, as such, are not sources of international law having to be "applied" by the ICJ according to the reference rule of art. 38, 1 c of its Statute. The ICJ applies by virtue of this rule a category of norms which do not belong to nor are created and developed as international law and the Court can formulate consequences of them which could be the content of international law rules and whose reception by international law is inaugurated but not necessarily completed hereby.
4. General principles of municipal law do not automatically become a part of international law by the rule ordering their application. The modification of their content in their application to situations of international law implicates a transforming process to be effectuated by the ICJ or by the experts in international law.
5. UN Organs cannot proclaim general principles of municipal law. If they do so, they recommend obligations under international law to adopt such principles or certain consequences from them in the municipal realm or they recommend their adoption in international law. When such a principle is in this way adopted by States to be or to become a principle of international law, it is applied as such, but not by virtue of art. 38, 1 c of the ICJ Statute.
6. General principles of municipal law can be recognized by a State's municipal law only, but not by declaration of its government or of its foreign policy organs.