

Völkergewohnheitsrecht trotz widersprüchlicher Praxis?

Albert Bleckmann *)

Je tiefer man sich in eine beliebige Materie des Völkerrechts einarbeitet, je mehr Materialien man also in diesem Bereich findet, um so stärker wird man sich bewußt, wie weit die einzelnen Präzedenzfälle des gesuchten Rechtssatzes des Völkergewohnheitsrechts voneinander abweichen. Die Lehrbücher des Völkerrechts¹⁾ lassen diese Unterschiede der Praxis schon wesentlich weniger deutlich erkennen, weil sie in den meisten Bereichen diese Praxis schon »geglättet« haben, sie also nur die Präzedenzfälle zitieren, die für die vertretene Ansicht sprechen. An dieser notwendig stark verkürzten lehrbuchartigen Darstellung des Völkerrechts scheint sich der größte Teil der Literatur zum Völkergewohnheitsrecht²⁾ auszurichten,

*) Prof. Docteur en droit, Dr. iur.

¹⁾ Bei der Abhandlung sind berücksichtigt worden: F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1960); G. Dahm, Völkerrecht, Bd. 1 (1958); Oppenheim/Lauterpacht, International Law (8. Aufl.) Bd. 1 (1955); A. Verdross, Völkerrecht (5. Aufl. 1964); W. Wengler, Völkerrecht (1964) 2 Bde.; P. Reuter, Droit international public (4. Aufl. 1973); Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, 3 Bde.

²⁾ Literatur zum Völkergewohnheitsrecht:

D. Ballereau, La coutume dans la jurisprudence internationale (1941); Cavaglieri, La consuetudine giuridica internazionale (1907); A. D'Amato, La coutume en droit international (1931); Y. Gouet, La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international (1932); H. Günther, Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht (1970); Haemmerle, La coutume en droit des gens d'après la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale (1936); Mateesco, La coutume dans les cycles juridiques internationaux (1947); Sørensen, Les sources du droit international (1946); Thirlway, International Customary Law

wenn sie als Voraussetzung des Völkergewohnheitsrechts eine einheitliche Praxis fordert und schon bei einzelnen Abweichungen der Präzedenzfälle die Bildung von Völkergewohnheitsrecht ausschließt³⁾. Da es fast keinen Völkerrechtssatz gibt, der nicht mindestens einmal bestritten wurde, würde diese Voraussetzung den Kreis der gewöhnlich als Völkergewohnheitsrechtssatz betrachteten Rechtssätze beträchtlich reduzieren. Die Lehrbücher scheinen dagegen stillschweigend von einer wesentlich flexibleren Auffassung des Völkergewohnheitsrechts auszugehen.

Diesen Widerspruch auszuräumen und dem Völkergewohnheitsrecht seinen akzeptierten Status zu sichern, ist das Ziel der folgenden Untersuchung. In einem ersten Teil sollen die Methoden aufgezeigt werden, mit denen die Widersprüche der Praxis reduziert oder ausgeschaltet werden können. Diese Methoden führen häufig zu einheitlichen abstrakten Rechtssätzen. Es stellt sich dann die Frage, inwieweit für die Konkretisierung dieser abstrakten Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts wiederum

and Codification (1972); A. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts (1973); K. Wolfke, Custom in Present International Law (1964).

G. Ballardore Pallieri, La forza obbligatoria della consuetudine internazionale, *Rivista di diritto internazionale* (Riv. DI) 1928, 338; J. A. Barberis, L'opinio iuris comme élément constitutif de la coutume d'après la Cour de la Haye, *Riv. DI* 50 (1967), 563; A. D'Amato, Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law, *AJIL* 64 (1970), 892; Duisberg, Das subjektive Element im Völkergewohnheitsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, *Jahrbuch für internationales Recht* (JiR) 12 (1965), 140; G. Fitzmaurice, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, in: *Symbolae Verzijl* (1958), 143; P. Guggenheim, Les deux éléments de la coutume en droit international, in: *La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelles*, Bd. 1 (1950), 275 ff.; ders.; Lokales Gewohnheitsrecht, (*Österreichische*) *Zeitschrift für öffentliches Recht* (ÖZöR) 11 (1961), 327; M. Hagemann, Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (Schweiz. Jb. Int. R.) 10 (1953), 61; L. Kopelmanas, Customs as a Mean of the Creation of International Law, *British Year Book of International Law* (BYIL) 18 (1937), 127; J. L. Kunz, The Nature of Customary Law, *AJIL* 47 (1953), 662; H. Lauterpacht, Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law, *BYIL* 10 (1929), 65; I. C. MacGibbon, Customary International Law and Acquiescence, *BYIL* 33 (1957), 115; Séfériadès, Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement, *Revue générale de droit international public* (RGDIP) 43 (1936), 129; G. I. Tunkin, On the Juridical Nature of Customary Norms of International Law, *California Law Review*, 49 (1961), 419; A. Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, *ZaöRV* 29 (1969), 635.

³⁾ Siehe unten Teil III.

von Rechtsüberzeugung getragene Praxis erforderlich ist (II). Der dritte Teil der Abhandlung beschäftigt sich mit dem Problem, ob und wie man die widersprüchliche Praxis abwägen kann, um zu einer überwiegenden Meinung zu gelangen. Ist dies nicht möglich, könnte sich immer noch partikuläres regionales und vor allem nicht-regionales Völkerrecht bilden oder das Völkerrecht dem Schuldner die Wahl zwischen verschiedenen in der Praxis vertretenen und deshalb vertretbaren Lösungen lassen (IV).

I. Reduzierung der Widersprüche

Die Völkerrechtspraxis hat eine Anzahl von Methoden entwickelt, mit deren Hilfe Widersprüche der Praxis reduziert werden können, so daß man trotz Festhaltens an der Notwendigkeit einer einheitlichen Praxis zu Völkergewohnheitsrecht gelangt. Die folgende Darstellung kann und will insofern nicht erschöpfend sein:

1. In zahlreichen Materien wurde zunächst versucht, umfassende, sehr abstrakte Rechtssätze aufzustellen. Dabei stellte sich heraus, daß die Praxis für die Aufstellung solcher Rechtssätze zu widersprüchlich ist. Es zeigte sich aber bei näherer Analyse, daß in bestimmten Teilbereichen eine einheitliche Praxis besteht, welche die Herausarbeitung partieller Sätze des Völkergewohnheitsrechts gestattete.

So sind alle Versuche, allgemeine Regeln für die verschiedenen Formen (Fusion, *demembratio*, Gebietsübergang usw.) und Bereiche (multilaterale und bilaterale Verträge, Staatsschulden, Gesetzgebung, Staatsangehörigkeit, wohlervorbene Rechte usw.) herauszuarbeiten (automatischer Übergang der Pflichten und Rechte, Pflicht oder Recht zur Übernahme, *tabula rasa*), gescheitert. Heute besteht die Tendenz, nach den verschiedenen Bereichen und Formen zu unterscheiden und eventuell sogar nur für Teilbereiche (radizierte Verträge, Prinzip der beweglichen Vertragsgrenzen, bezügliche Schulden usw.) Rechtssätze aufzustellen⁴⁾.

Ebenso führte der Versuch, für alle Verträge geltende Regeln über die Wirkung des Krieges auf die Verträge herauszuarbeiten (Weitergeltung, Außerkrafttreten, Suspension), angesichts der widersprüchlichen Praxis zu keinem Ergebnis. Heute unterscheidet man insoweit zwischen den verschiedenen Vertragsarten (Verträge, die gerade für den Krieg gelten sollen,

⁴⁾ Vgl. Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 100 ff.; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 254 ff.

politische Verträge, bi- und multilaterale Verträge usw.), für die sich eine einigermaßen gleichlaufende Praxis finden läßt⁵⁾.

2. Häufig lassen sich Widersprüche der Praxis auch dadurch auflösen, daß man zwischen Hauptgrundsätzen und Ausnahmen von diesen Grundsätzen unterscheidet⁶⁾.

3. In anderen Fällen lösen sich scheinbare Widersprüche, indem man statt von einem von zwei zusammenwirkenden Rechtssätzen des Völkergewohnheitsrechts (etwa: »normales« Völkerrecht und Notrecht in Ausnahmefällen) ausgeht.

4. In wieder anderen Fällen wirken zwei an sich unbestrittene Völkerrechtssätze zusammen und ist nur die Art dieses Zusammenwirkens strittig. Die Art des Zusammenwirkens aber braucht nicht selbst wieder durch die Praxis belegt zu werden, sondern kann aus Vernunftgründen und mit einer Interessenabwägung begründet werden. Beispiele hierfür sind etwa das Zusammenspiel der Personalhoheit des einen Staates mit der Territorialhoheit eines anderen sowie die doppelte Anwendung der Territorialhoheit im Nachbarschaftsrecht, die dem einen Staat gestattet, auf seinem Gebiet alle Handlungen zu setzen, dem Nachbarstaat aber, grenzüberschreitende Wirkungen abzuwehren⁷⁾.

5. In vielen Fällen hilft auch die Reduzierung der widersprüchlichen Praxis auf ein gemeinsames Minimum⁸⁾. So ist z. B. umstritten, ob einzelne Soldaten einer Besatzungsarmee oder gelandete Matrosen allgemeine Immunität genießen oder ob diese Immunität bei Handlungen "not legally connected with the army" wegfällt⁹⁾. Das gemeinsame Minimum ist in diesem Fall die Immunität nur für »mit der Armee verbundenen« Handlungen. Ebenso ist umstritten, ob die Staatenimmunität nur bei Handlungen *iure imperii* oder auch bei Handlungen *iure gestionis* eingreift; das gemeinsame Minimum ist die Immunität bei Handlungen *iure imperii*¹⁰⁾.

6. In zahlreichen Fällen besteht Einigkeit über einen abstrakten Rechts-

⁵⁾ Vgl. Bleckmann, Die Wiederanwendung deutscher Vorkriegsverträge, ZaöRV 33 (1973), 607 ff. und die dort Anm. 2 zitierte Literatur.

⁶⁾ Siehe hierzu unten II 7.

⁷⁾ G. Schwarzenberger, The Inductive Approach to International Law (1965), S. 80, 91 f., zeigt, wie die Staatenimmunität aus den Grundsätzen des *consent* und der Souveränität (staatliche Gerichtsbarkeit) entwickelt werden kann (*balancing of rules*).

⁸⁾ Vgl. hierzu Dahm a. a. O. (oben Anm. 1), S. 33.

⁹⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 233 f.

¹⁰⁾ So ausdrücklich Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 235. Nach Dahm (S. 239, 244) besteht auch ein gemeinsames Minimum dahin, daß die Zwangsvollstreckung in das öffentliche Vermögen und in öffentlichen Zwecken dienende Staatsschiffe unzulässig ist.

satz, jedoch Widerspruch hinsichtlich seiner Konkretisierung. Wie im folgenden zu zeigen sein wird¹¹⁾, reicht die Einigkeit über den abstrakten Rechtssatz zur Weiterentwicklung dieses Rechtssatzes aus. Denkbar ist nun, daß die konkreten Widersprüche durch die Entwicklung eines abstrakten, alle Meinungen deckenden Rechtssatzes selbst dann ausgeräumt werden können, wenn die Praxis diesen abstrakten Rechtssatz selbst nicht enthält, sie sich also auf diesen Rechtssatz nicht beruft. Aus diesem abstrakten Rechtssatz können dann im Wege der »Auslegung« wiederum konkrete Rechtssätze gewonnen werden¹²⁾.

Umgekehrt kann auch die Lage eintreten, daß zwar auf der Ebene des abstrakten Rechtssatzes Widersprüche auftreten, bei der Konkretisierung diese Widersprüche aber fortfallen. Hier kann man auf die Methode des gemeinsamen Minimums oder der Aufstellung von Teilrechtssätzen zurückgreifen.

7. Eine nähere Analyse der widersprüchlichen Praxis kann auch zu der Unterscheidung zwischen älterem und neuerem Völkerrecht führen. Manchmal läßt sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine einheitliche Praxis feststellen, die von diesem Zeitpunkt an widersprüchlich wird. So ist etwa heute die früher einheitliche Auffassung umstritten, ob die Enteignung eines Ausländers eine vorherige effektive und angemessene Entschädigung voraussetzt. Hier gilt der Grundsatz, daß ein Rechtssatz des Völkerrechts nur durch einen anderen Rechtssatz des Völkerrechts aufgehoben werden kann. Galt früher unbestritten der Grundsatz der effektiven Entschädigung, ist dieser Grundsatz allein durch die Tatsache, daß er später umstritten wurde, nicht aufgehoben worden. Erforderlich ist für die Aufhebung dieses Grundsatzes vielmehr, daß man von einem bestimmten Zeitpunkt an *einheitlich* von der Nichtgeltung des alten Rechtssatzes ausging und sich so auf Grund der einheitlichen Praxis ein entgegengesetzter Grundsatz des Völkerrechts (Enteignung eines Ausländers ist ohne Entschädigung möglich) gebildet hat. Für die Frage, ob heute ein Völkergewohnheitsrechtssatz des Inhalts besteht, Ausländer könnten nur gegen Entschädigung enteignet werden, ist also nicht die ganze bisherige Praxis *en bloc* zu untersuchen: dabei müßten in der Tat die heutigen Widersprüche der Praxis die Feststellung eines Satzes des Völkergewohnheitsrechts ausschließen. Sofern früher unbestritten ein Völkergewohnheitsrechtssatz bestand, ist die Praxis vielmehr wie gezeigt in einen älteren und in einen neueren Teil aufzuspalten.

¹¹⁾ Siehe unten II.

¹²⁾ Zur Auslegung von Völkergewohnheitsrecht siehe die Einleitung unten zu II.

Ist dagegen die frühere Existenz eines Satzes des Völkergewohnheitsrechts infolge von Widersprüchen in der Praxis oder wegen fehlender Praxis nicht feststellbar, ist grundsätzlich für die Frage, ob heute ein Völkergewohnheitsrechtssatz besteht, die gesamte bisherige Praxis heranzuziehen. Bei der dann notwendigen Abwägung (siehe unten) ist allerdings der jüngeren Praxis das Übergewicht zu geben. War die Praxis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt uneinheitlich, zeigt sich aber von dort an eine einheitliche Linie, kann man heute von der Existenz eines Satzes des Völkergewohnheitsrechts ausgehen. Im Rahmen einer Abwägung dürfte auch ausreichend sein, wenn sich in der widersprüchlichen Praxis heute eine gewisse Tendenz zu einer bestimmten Lösung erkennen läßt.

Sprach bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine einheitliche Praxis für Lösung A, ist heute aber umstritten, ob die Lösung B oder C gilt, ist die neue Praxis insofern einheitlich, als die Lösung A nicht mehr gelten soll. Der alte Rechtssatz ist also durch die neue einheitliche Praxis aufgehoben worden.

8. Die Widersprüche der Praxis können ferner manchmal dadurch aufgelöst werden, daß man zwischen universellem und regionalem Völkerrecht unterscheidet. Dabei kann es sich um regionales Völkerrecht verschiedener Art handeln. Im ersten Fall weicht die Praxis einer Regionalgruppe von der Praxis der universellen Gesellschaft oder anderer Regionalgruppen ab. Im zweiten Fall ist die Praxis in der universellen Gemeinschaft einheitlich, wird aber ein in einer bestimmten Region oder in einem bestimmten Staat auftretender Fall einheitlich anders beurteilt als ein ähnlicher Fall in der übrigen Welt¹³⁾. Zum ersten Fall zählt etwa das amerikanische, das europäische und das sozialistische Sondervölkerrecht, zum zweiten Fall die historischen Buchten und andere allgemein anerkannte Sonderrechtsslagen.

Möglicherweise hat sich so das völkerrechtliche Enteignungsrecht der Staaten regional gespalten: Das sozialistische Völkerrecht kennt andere Regeln als das alte klassische europäische Völkerrecht (Fall 1), für die Entwicklungsstaaten kann auf Grund der besonderen Lage dieser Staaten Sonderrecht eingreifen (Fall 2).

9. In bestimmten Bereichen zeigt sich zwar eine von Staat zu Staat verschiedene, in einzelnen Staaten aber einheitliche Praxis. Diese Widersprüche hat man in bestimmten Fällen, nämlich vor allem dann durch die Annahme gelöst, diese Bereiche würden nicht durch das Völkerrecht, sondern durch das jeweilige Landesrecht geregelt, wenn wegen der spezifischen

¹³⁾ In diesen beiden Fällen siehe unten IV.

innerstaatlichen Bezüge dieser Probleme eine solche Kompetenzverlagerung möglich erscheint. Umgekehrt geht man, wenn bestimmte an sich innerstaatliche Probleme von den Staaten einheitlich gelöst werden, wie etwa beim *ius repraesentationis omnimoda*, davon aus, diese Lösung sei im Völkerrecht verankert.

So sind zwar die Staaten, welche der monistischen Theorie über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht anhängen, der Auffassung, das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht werde durch das Völkerrecht geregelt. Die Praxis ist aber insoweit von Land zu Land so verschieden, daß nur die dualistische Auffassung, nach der diese Frage durch das Landesrecht geregelt ist, zu praktikablen Rechtssätzen gelangt.

In vollem Umfang der Kompetenz des jeweiligen Bundesstaats wird ferner angesichts der Verschiedenheit der nationalen Regelungen auch die Frage zugerechnet, inwieweit die Länder im Bundesstaat Völkerrechtspersönlichkeit und Völkerrechtsfähigkeit genießen¹⁴⁾. Auch hier besteht der gewohnheitsrechtliche Völkerrechtssatz allein darin, diese Kompetenz den Staaten zuzuweisen. Wäre die nationale Regelung in den verschiedenen Bundesstaaten einheitlich, würde man sicherlich entsprechende Völkerrechtssätze entwickelt haben.

Daneben werden auch bestimmte Teile eines Völkerrechtssatzes und nicht wie in den vorhergehenden Beispielen der gesamte Rechtssatz dem Landesrecht unterstellt. So wird etwa bei der Staatenimmunität die unterschiedliche Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht für die Abgrenzung von Akten *iure imperii* und *iure gestionis* dem Landesrecht zugewiesen¹⁵⁾. Soweit die völkerrechtliche Staatenhaftung mit Verdross¹⁶⁾ auf hoheitliches Handeln beschränkt wird, muß auch zur Abgrenzung dieses Begriffs auf Landesrecht zurückgegriffen werden. Nach Berber gibt es für die Staatenimmunität überhaupt nur einen abstrakten Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechtes, der konkret durch die — unterschiedlichen — staatlichen Regelungen ausgefüllt wird¹⁷⁾.

¹⁴⁾ Hierzu neuerdings I. Bernier, *International Law Aspects of Federalism* (1973), S. 13 ff.

¹⁵⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 230 ff.

¹⁶⁾ A. a. O., S. 379, 381.

¹⁷⁾ *Ibid.*, S. 217 f.; vgl. auch Oppenheim/Lauterpacht, a. a. O. (oben Anm. 1) S. 274 f.; zur unterschiedlichen Auffassung, ob die Staatenimmunität auf einem Rechtssatz oder auf Courtoisie beruht, Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 226; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 230 ff.; E. J. Cohn (Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 1, S. 661 »Gerichtbarkeit über fremde Staaten«) führt aus: »Die Folge hiervon ist, daß zwar heute noch über den Grundsatz [der Staatenimmunität] Einigkeit

10. Die obigen Beispiele zeigten schon, daß in bestimmten Fällen wegen der Widersprüchlichkeit der Praxis die Struktur des Völkerrechtssatzes verändert wird, um zu praktikablen Lösungen zu gelangen. Statt eine Frage selbst zu lösen, beschränkt sich dort das Völkerrecht auf die Verweisung auf das nationale Recht. Solche Strukturveränderungen zwecks Auflösung von Widersprüchen sind relativ häufig:

So ist etwa die innere¹⁸⁾ und äußere¹⁹⁾ Grenze des Küstenmeers im allgemeinen und bei Buchten im besonderen²⁰⁾ äußerst umstritten. Das Völkerrecht regelt angesichts dieser Widersprüche in der Praxis diese Fragen nicht mehr wie früher selbst, sondern ermächtigt die Staaten, die betreffenden Grenzen innerhalb eines bestimmten völkerrechtlichen Rahmens selbst zu ziehen. Ähnlich ist angesichts der divergierenden Gesetzgebung der Staaten der Versuch, aus der Personal- und Territorialhoheit völkerrechtliche Sätze für das internationale Privatrecht, das internationale Verwaltungsrecht und das internationale Strafrecht abzuleiten, gescheitert; das Völkerrecht überläßt diese Kompetenzen innerhalb eines gewissen Rahmens den Staaten²¹⁾. Angesichts der unterschiedlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung der Staaten wird auch die Festlegung der Staatsangehörigkeit von natürlichen²²⁾ und juristischen²³⁾ Personen, Schiffen und Luftfahrzeugen innerhalb eines gewissen Rahmens (Rechtsmißbrauch, Einhaltung der bisher vertretenen Modelle) den Staaten überlassen.

besteht, sich aber in bezug auf die Einzeldurchführung erhebliche Unterschiede entwickelt haben. Während der Grundsatz als solcher völkerrechtlichen Charakter trägt, müssen heute die Einzelheiten seiner Ausgestaltung als dem nationalen Recht überlassen gelten«.

¹⁸⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 275.

¹⁹⁾ Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 650 ff.

²⁰⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1) S. 272. H. Held (Baien und Buchten, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 1, S. 138) führt aus: »Nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft darf zunächst wohl als gesicherte Erkenntnis gelten, daß es keine einheitlichen auf Baien und Buchten anwendbaren Regeln des Völkerrechts gibt und geben kann, weil jede Bai oder Bucht eine völkerrechtliche Individualität bildet (Verdross). Deshalb ist die Staatenpraxis nicht einheitlich«; die Baien und Buchten werden deshalb im Rahmen gewisser völkerrechtlicher Grenzen vom Landesrecht geregelt.

²¹⁾ Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 255 ff.; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 318 f.; Makarov, »IPR und Völkerrecht«, in Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 2, S. 129.

²²⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 306.

²³⁾ Guggenheim (oben Anm. 1), S. 290; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 314.

Die betreffende Regelung braucht nicht immer einem Staat, sondern kann auch einem Staatsvertrag überlassen bleiben. So hat die Lehre darauf verzichtet, einheitliche Grundsätze für die Völkerrechtssubjektivität internationaler Organisationen aufzustellen, und diese Frage dem jeweiligen Gründungsvertrag zugewiesen²⁴).

11. Schließlich wird häufig auf die Methode zurückgegriffen, Präzedenzfälle, die von den vorherigen Präzedenzfällen abweichen, deshalb unbeachtet zu lassen, weil es sich hier um einen Verstoß gegen das Völkerrecht handelt. Wann Präzedenzfälle die Bildung eines Völkerrechtssatzes des Gewohnheitsrechts ausschließen oder einen einmal entwickelten Völkerrechtssatz aufheben und wann es sich um für den Rechtssatz unbeachtliche Verstöße gegen das Völkerrecht handelt, ist von der Lehre noch nicht untersucht worden. Meines Erachtens muß man hier unterscheiden: Zunächst ist darauf abzustellen, in welcher Überzeugung der Akt gesetzt wurde und auf welche Reaktion er traf. Nicht interessieren hier Akte, die nach Ansicht ihrer Urheber oder der Staatenmehrheit gegen das Völkerrecht verstoßen; hier wird durch die Abweichung vom Völkerrecht die Regel sogar noch bestätigt, der Völkerrechtsverstoß erscheint evident. Anders liegt es, wenn der Akt nach der Ansicht seiner Urheber und/oder der Völkerrechtsgemeinschaft mit dem Völkerrecht übereinstimmt, aber von den übrigen Präzedenzfällen abweicht. Wurde der Akt zu einem Zeitpunkt gesetzt, in dem es noch zweifelhaft war, ob sich eine entgegengesetzte Regel als Völkerrecht gebildet hatte, kann der mit Rechtsüberzeugung gesetzte Akt die Bildung von Völkergewohnheitsrecht verhindern; es kommt hier alles auf die weiter unten dargestellte Abwägung der Präzedenzfälle an. Wurde der Akt dagegen gesetzt, nachdem sich eine entgegengesetzte Regel des Völkerrechts gebildet hatte, spricht viel dafür, daß der Akt auch dann völkerrechtswidrig ist, wenn der Urheber und/oder die Staatengemeinschaft ihn als rechtmäßig ansehen, wenn nicht dieser Präzedenzfall und ähnliche Fälle so stark sind, daß sich eine neue Völkerrechtsregel gebildet hat, welche die alte Völkerrechtsregel aufgehoben hat.

12. Es ist schließlich möglich, daß die widersprüchliche Praxis nur die Widersprüche einer Rechtslage widerspiegelt. So sind die Beziehungen der Mutterländer zu ihren Kolonien während einer Übergangszeit nicht eindeutig schon dem Völkerrecht oder noch dem Staatsrecht zuzuordnen, auf einer staatsrechtlichen Grundlage entwickeln sich im Organisationsverhältnis völkerrechtliche Elemente, die allmählich die staatsrechtlichen

²⁴) Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV Bd. 22 (1962), S. 1.

Strukturen zurückdrängen, bis im Zeitpunkt der Unabhängigkeit auch die Grundlage der Rechtsbeziehungen vom Staats- in das Völkerrecht überschlagen, wobei allerdings im Organisationsverhältnis weiterhin bestimmte staatsrechtliche Strukturen weiterbestehen können. Ähnlich weisen die Europäischen Gemeinschaften neben völkerrechtlichen Strukturen schon Elemente auf, die als Staatsrecht zu qualifizieren sind. Auch im Prozeß der Sezession der DDR vom Deutschen Reich treten zunehmend neben staatsrechtliche auch völkerrechtliche Strukturen. Bei solchen Gemengelagen sind die Widersprüche der Praxis also nicht dahin aufzuheben, daß man der einen oder anderen Theorie den Vorzug gibt, sondern dadurch zu lösen, daß man mehrere Theorien nebeneinander stellt und jeder dieser Theorien bestimmte Elemente der Gesamtrechtslage zuweist.

II. Widersprüche bei der Konkretisierung abstrakter Rechtssätze

Abweichend von dem Eindruck, den die Literatur zum Völkergewohnheitsrecht erwecken könnte, besteht die von einer Rechtsüberzeugung getragene Praxis nicht in der Behauptung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens. Gegenstand der Praxis sind vielmehr meist mehr oder weniger abstrakte Rechtssätze, die über das konkrete Verhalten der Staaten weit hinausgreifen. So wird in den Notizen der Regierungen, in den Urteilen der internationalen und nationalen Gerichte und Schiedsgerichte, in den Motiven der Gesetzgebung die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens mit bestimmten abstrakten Rechtssätzen begründet. Die von der Rechtsüberzeugung getragene Praxis stützt sich also nicht nur auf das konkrete Verhalten, sondern gerade auch auf die Existenz der abstrakten Rechtssätze.

Die Konkretisierung dieser abstrakten Rechtssätze erfolgt zwar auch, aber nicht immer und nicht einmal überwiegend wiederum durch von Rechtsüberzeugung getragene Praxis²⁵): So hat etwa das Bundesverwaltungsgericht an Hand der Staatenpraxis geprüft, ob der Rechtssatz, nach dem die Staaten zur Unterstützung der diplomatischen Vertretungen fremder Staaten verpflichtet sind, die Bereitstellung von Parkplätzen vor den

²⁵) Zur Stellung des IGH führt Hagemann (oben Anm. 2), S. 71, aus: »Die nächste Bedingung, welche die Praxis des Gerichtshofs zur Diskussion stellt, ist die der Spezifiziertheit der Übung. Die Haltung des Gerichtshofs dieser Bedingung gegenüber ist sehr zwiespältig. In seinem Urteil zum *kolombianisch-peruanischen Asylstreit* deckt der Gerichtshof weitgehend die Auffassung Perus, daß eine Übung sich

Botschaftsgebäuden erfordert²⁶). Soweit eine Konkretisierung abstrakter Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts durch eine auf die speziellen Unterprobleme ausgerichtete Staatenpraxis gefordert wird, müßte der unauflösliche Widerspruch der Staatenpraxis in dem betreffenden Teilbereich zu dem Ergebnis führen, hier gebe es kein Völkergewohnheitsrecht, so daß eine Konkretisierung des abstrakten Rechtssatzes des Völkergewohnheitsrechts für diesen Bereich unmöglich wäre. Eine Analyse der Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage zeigt aber, daß die Konkretisierung abstrakter Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts durch die Staatenpraxis nur eine – und weitaus nicht die überwiegende – Möglichkeit der Konkretisierung darstellt. Literatur und Rechtsprechung versuchen vielmehr, den abstrakten Rechtssatz unabhängig von der Staatenpraxis durch vielfältige, noch nicht näher entwickelte Methoden zu konkretisieren, die einer Auslegung abstrakten Völkergewohnheitsrechts gleichkommen²⁷). Daß eine solche Auslegung möglich sein muß, ergibt sich schon aus der Tatsache,

nicht damit begnügen dürfe, bloß ein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck zu bringen, daß sie vielmehr dieses Prinzip immer auch spezifizieren müsse (*Mémoires*, Aff. du droit d'asile II, S. 122, Rec. 1950, S. 277, 286). Diese Haltung im Asylstreit hindert das Gericht aber nicht, im *englisch-norwegischen Fischereistreit* den gegenteiligen Standpunkt anzunehmen und die Meinung zu vertreten, daß ein Gewohnheitsrechtssatz sich sehr wohl damit begnügen könne, ein allgemeines Rechtsprinzip zu setzen und dessen Spezifizierung dem Ermessen der einzelnen Staaten zu überlassen (Rec. 1951, 132 f.).

²⁶) Vgl. bei Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1971, ZaöRV 32 (1972) Nr. 13, S. 583 ff.; vgl. auch ZaöRV 32 (1972) Nr. 36, S. 108 ff.

²⁷) Nach Dahm, a. a. O. (Anm. 1), S. 237, 379, sind bestimmte Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts »vernünftig und nach Treu und Glauben auszulegen«. Von einer Auslegung des Völkergewohnheitsrechts sprechen auch Anzilotti (*Cours de droit international* [3. Aufl. 1929], S. 112), P. Heilborn (*Les sources du droit international*, RdC [1926 I] 3, 54 f., 63), L. Delbez (*Les principes généraux du contentieux international* [1962], S. 211) und S. Sur (*L'interprétation en droit international public* [1974], S. VII f., 72 ff., 75, 150, 188, 242, 245, 286). Insbesondere Delbez (das zeigt auch seine Verweisung auf L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international* [1958], S. 66 ff.) meint darunter die Frage der Gleichartigkeit der Indizien. Ähnlich bezieht Sur den Begriff der Auslegung auf die Bildung von Völkergewohnheitsrecht. Nach Schwarzenberger, a. a. O. (oben Anm. 7), S. 111, haben internationale Schiedsgerichte häufig abstrakte Sätze des Völkergewohnheitsrechts wie Vertragsrecht »ausgelegt« und dabei auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen. Auch Wengler, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 360, erkennt an, daß die Staaten den internationalen Gerichten die Konkretisierungsmöglichkeit abstrakter Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts in der Form der Auslegung zuerkennen, meint aber, die bessere Lösung wäre die Feststellung konkretisierender Praxis. – Zur Auslegung des innerstaatlichen Gewohnheitsrechts vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), S. 269 ff.

daß der abstrakte Völkergewohnheitsrechtssatz jedenfalls dann einer Auslegung zugänglich wird, wenn er in einem Vertrag kodifiziert wird; umgekehrt muß ein Vertrag der Auslegung zugänglich bleiben, auch wenn sein Inhalt sich zu Völkergewohnheitsrecht verfestigt. Dabei tritt angesichts der Tatsache, daß abstrakte Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts weder in einem bestimmten Wortlaut noch in einem vollständigen System niedergelegt sind, die grammatikalische und die systematische Auslegung hinter der teleologischen Auslegung, hinter der Interessenjurisprudenz und vor allem hinter rational nicht mehr erfaßbaren Versuchen dogmatischer Konjekturen zurück. Diese Methoden haben den Vorteil, die einheitliche Praxis zwar in sich aufzunehmen, widersprüchliche Praxis aber als für die Konkretisierung unbeachtlich zurückweisen zu können. Dabei sollte die Untersuchung von der konkreten zu wachsend abstrakteren Ebenen aufsteigen. Ist etwa die Küstendurchfahrt unfriedlich, wenn sie die »öffentliche Sicherheit und Ordnung« der Küstenstaaten gefährdet, muß man für die Frage, ob auch die Durchfahrt eines Atomreaktorschiffes verboten ist, zunächst nach Fällen der Praxis suchen, die diesem Sonderfall ähnlich sind. Findet sich solche Praxis nicht oder ist sie widersprüchlich, müssen die Begriffe »öffentliche Sicherheit und Ordnung«, die ja ebenfalls gewohnheitsrechtlich in diesen oder anderen Termini verankert sind, ausgelegt werden. Dabei sind zunächst die Fälle, die nach der Praxis unbestritten unter das Verbot fallen, zu verallgemeinern. Ferner können eine Abwägung der beteiligten Interessen und ein Vergleich dieser Begriffe in den nationalen Rechtsordnungen weiterhelfen. Ähnlich ist der Fall des Verbots chemischer Waffen: Für die Frage, ob auch Tränengas verboten ist, ist dieses Gas zunächst mit Waffen ähnlicher Art zu vergleichen, die nach der bisherigen Praxis eindeutig verboten sind. Erst wenn man solche Beispielfälle nicht findet, ist weiter zu fragen, ob das Völkergewohnheitsrecht wirklich chemische Waffen in vollem Umfang — und nicht nur bestimmte bisher bekannte Waffen — verbietet. Dann muß der Begriff der chemischen Waffen — unter Rückgriff auf die bisher eindeutig verbotenen Waffen — definiert werden. Die bisherigen Beispielfälle werden so bis zu einer allgemeinen Definition erweitert, unter die dann neue Fälle subsumiert werden können. Dieses Vorgehen der Literatur und Rechtsprechung soll nun an einzelnen Beispielen verdeutlicht werden:

1. Es gibt zahlreiche abstrakte Rechtssätze des Völkerrechts, die völlig unbestimmt sind und häufig nur Generalklauseln enthalten. Diese Rechtssätze werden in der Regel nicht durch Praxis ausgefüllt. Ihre einzelnen Ausprägungen werden vielmehr meist durch Auslegung aus dem allgemeinen Grundsatz abgeleitet.

Typisch für solche unbestimmten Rechtssätze ist etwa das Gewaltverbot²⁸⁾. Die Praxis, welche das Gewaltverbot konkretisiert, ist mit wenigen, auf den Kern dieses unbestimmten Rechtsbegriffes bezogenen Ausnahmen so widersprüchlich, daß man bei der Forderung einer Konkretisierung abstrakter Rechtssätze durch einheitliche Praxis zu dem Ergebnis gelangen müßte, es gebe das Gewaltverbot überhaupt nicht. Die verschiedenen Versuche einer Konkretisierung des Gewaltverbots durch die Literatur und die UN lassen deshalb diese Praxis fast völlig außer Ansatz und bemühen sich um eine »vernünftige« Abgrenzung.

Beim Interventionsverbot findet sich dieselbe Ausgangslage. Auch hier bemüht sich die Literatur deshalb unter Beiseitlassung der Praxis um an der *ratio* und an der Interessenlage ausgerichtete, vernünftige Lösungen²⁹⁾.

Etwas klarer ist die Lage beim Grundsatz von Treu und Glauben. In der Tat können sich die verschiedenen Ausprägungen dieses Grundsatzes — wie Rechtsmißbrauch³⁰⁾, Verbot des *venire contra factum proprium* (Estoppel), Vertrauensschutz³¹⁾ — zum Teil auf eine einheitliche Praxis, zum Teil auf die übereinstimmenden Auffassungen der nationalen Rechtsordnungen stützen. Aber auch hier besteht die Tendenz, den abstrakten Grundsatz für das Völkerrecht ohne Bezug auf die genannten Hilfsmittel zu konkretisieren.

Völlig umstritten sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *clausula rebus sic stantibus*, die als solche nach einheitlicher Meinung im Völkergewohnheitsrecht begründet ist³²⁾. Fast jedes Urteil und jeder Autor

²⁸⁾ W. Schaumann, Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung (1971), insbesondere Wittig, *ibid.*, S. 33 ff.; zum Gewaltverbot und den Prinzipien der friedlichen Streitbeilegung, der souveränen Gleichheit, der Zusammenarbeit der Staaten, der Selbstbestimmung der Völker und der Pflichterfüllung nach Treu und Glauben vgl. B. Graf zu Dohna, Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten (1973).

²⁹⁾ Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 201 ff., 205 ff.; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 227 ff.; neuerdings: G. Paschos, Die wirtschaftliche Intervention im Völkerrecht der Gegenwart (1974). Nach H. Haedrich, »Intervention«, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 2, S. 144, ist der Begriff der Intervention der ungeklärteste Begriff des Völkerrechts.

³⁰⁾ Hierbei handelt es sich wiederum um einen abstrakten Rechtsgrundsatz, der zahlreiche Anwendungsfälle nach sich zieht: Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 194 ff.; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 131.

³¹⁾ J. P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 56) (1971), S. 5 ff. Hierbei handelt es sich wiederum um einen abstrakten Rechtsgrundsatz, der zahlreiche Anwendungsfälle nach sich zieht. Diese Anwendungsfälle können aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz deduziert werden, ohne daß sie durch eine einheitliche Praxis bestätigt werden.

³²⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 278 ff. und die dort zitierte Literatur.

bietet in Anlehnung an höchstens einen Teil der widersprüchlichen Praxis immer neue Konkretisierungen an, die im wesentlichen Vernunftgründen folgen.

Die Literatur zum — inzwischen unbestreitbar zum Völkergewohnheitsrecht zählenden — *ius cogens* versucht ebenfalls mit immer neuen Definitionen die Konkretisierung dieses Begriffs³³). Eine solche Konkretisierung ist hier nur durch Kasuistik möglich, die jedenfalls am Anfang notwendig weit voneinander abweichen wird. Wenn man in diesem Bereich die Konkretisierung durch einheitliche Praxis fordert, käme dies notwendig einer Verneinung der Rechtsqualität dieses Instituts gleich.

Die Personalhoheit der Staaten ist unbestritten ein Rechtsinstitut des Völkergewohnheitsrechts. Im Gegensatz zur Territorialhoheit, die — wohl weil sie in der Staatenpraxis eine größere Rolle spielt — von Literatur und Rechtsprechung näher konkretisiert wurde, hat sich bisher die Literatur um eine Abgrenzung der Personalhoheit nicht näher bemüht. Sicher ist nur, daß die Personalhoheit den Staaten nicht grenzenlos gestattet, ihren im Ausland weilenden Angehörigen Rechte zu gewähren und Pflichten aufzuerlegen, daß die Personalhoheit vielmehr zumindest durch die Territorialhoheit, wie die Territorialhoheit durch die Personalhoheit begrenzt wird³⁴). Die nähere Abgrenzung der Personalhoheit kann nicht auf die Praxis gestützt werden, weil diese mit wenigen Ausnahmen (insbesondere hinsichtlich der Wehrpflicht) fehlt. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 12. Juli 1972, welche die Paßerteilung auf die Personalhoheit stützt und der Bundesrepublik Deutschland als Territorialstaat die Einziehung solcher Pässe wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Paßhoheit verbietet³⁵), beruht deshalb auf einer Auslegung des Begriffes der Personalhoheit und der Territorialhoheit und nicht auf vorangehender konkretisierender Staatenpraxis.

Der Grundsatz der Effektivität³⁶) durchzieht das gesamte Völkerrecht. Er hat zahlreiche, durch einheitliche Staatenpraxis bestätigte Ausprägungen wie etwa den Grundsatz der effektiven Besetzung als Voraussetzung der Annexion und die notwendige Effektivität einer anzuerkennenden Regierung. Darüber hinaus kann dieser Grundsatz sicher aber auch in Bereichen angezogen werden, in denen die Staatenpraxis entweder fehlt oder widersprüchlich ist.

³³) Verdross, a. a. O. (oben Anm.), S. 171 ff.

³³) Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 171 ff.

³⁵) Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1972, 788.

³⁶) Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 132; Ch. De Visser, *Les effectivités en droit international public* (1967).

Nach unbestrittenem Völkergewohnheitsrecht sind die Staaten verpflichtet, die friedliche Durchfahrt fremder Schiffe durch ihr Küstenmeer zu dulden. Eine Durchfahrt ist friedlich, wenn sie sich den bestehenden völker- und landesrechtlichen Regelungen fügt, die Sicherheit und gute Ordnung des Küstenstaats nicht gefährdet und ohne ungebührlichen Aufenthalt vollzogen wird³⁷⁾. Auch hier finden wir zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch Auslegung und nicht allein durch Rückgriff auf die Praxis auszufüllen sind³⁸⁾.

2. Im Völkergewohnheitsrecht gibt es unbestritten gewisse Rechtsinstitute, die bisher nur teilweise durch einheitliche Staatenpraxis konkretisiert sind. Es handelt sich etwa um die Geschäftsführung ohne Auftrag³⁹⁾, die ungerechtfertigte Bereicherung⁴⁰⁾ und die einzelnen Prinzipien der Wiedergutmachung bei einer Verletzung des Völkerrechts⁴¹⁾. Diese Rechtsinstitute können zum Teil durch Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien näher konkretisiert werden. In vielen Bereichen müssen die Gerichte aber mangels Praxis rechtsschöpferisch tätig werden. Auch hier würde die Auffassung, bei widersprüchlicher Praxis bestehe kein Völkergewohnheitsrecht, im Ergebnis zu einer Negierung dieser Rechtsinstitute selber führen.

3. Einzelne der vorangehenden Beispiele haben schon gezeigt, daß es Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts gibt, die nur auf einer völlig abstrakten Ebene von der einheitlichen Praxis bestätigt werden, während eine konkretisierende Praxis entweder fehlt oder zu widersprüchlich ist, um konkrete Rechtssätze zu tragen. Im Extremfall sind so abstrakte Rechtssätze »ohne Inhalt« denkbar. Ein Beispiel wäre der von Verdross⁴²⁾ vertretene Satz, nach dem einzelne Soldaten einer Besatzungsarmee und gelandete Matrosen Immunitäten genießen, solange die Verbindung zu ihrer Einheit andauert: der Umfang dieser Immunitäten ist im einzelnen so umstritten, daß fast nur der abstrakte Rechtssatz übrig bleibt.

Möglicherweise kann man aber noch einen Schritt weitergehen. Es gibt zahlreiche Materien, in denen Lehre und Rechtsprechung völlig vonein-

³⁷⁾ Berber, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 319.

³⁸⁾ Ein weiteres Beispiel findet sich bei Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 248: Die Staatenimmunität erlischt bei einer Unterwerfung unter die Gerichtshoheit eines fremden Staates. Dieser Rechtssatz bedarf hinsichtlich der Frage, wann eine Unterwerfung vorliegt, der Auslegung.

³⁹⁾ E. Fanara, Gestione di affari e arricchimento senza causa nel diritto internazionale.

⁴⁰⁾ Fanara, a. a. O.

⁴¹⁾ Vgl. hierzu Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 398 ff.

⁴²⁾ A. a. O. (oben Anm. 1), S. 233.

ander abweichende abstrakte Rechtssätze behaupten, im Ergebnis aber darüber einig sind, daß die betreffende Materie durch das Völkerrecht geregelt ist. Beispiele hierfür sind weite Bereiche des Problems der Einwirkung des Krieges auf Verträge⁴³⁾ und der Staatensukzession. Die Ansicht der Staaten, eine bestimmte Materie sei notwendig durch einen Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts geregelt, kann auch aus der Tatsache fließen, daß eine bestimmte Materie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt durch den Rechtssatz A vertreten war, während nunmehr nebeneinander die Rechtssätze B und C vertreten werden. Hier ist der alte Rechtssatz A durch die wenn auch voneinander abweichende neue Praxis aufgehoben worden, ohne daß sich einheitliches neues Völkerrecht gebildet hat. Daneben gibt es Materien, in denen ein Völkerrechtssatz objektiv erforderlich ist, die Praxis aber höchst unterschiedliche Rechtssätze vertreten hat. Beispiele hierfür sind etwa die Grenzen des Luftraums zum Weltraum, die Grenze des Küstenmeers, die Staatsangehörigkeit juristischer Personen, die Existenz der Gefährdungshaftung, die Unzulässigkeit der Widerklage gegen Staaten und Diplomaten. Es fragt sich, ob nicht im Gegensatz zur allgemeinen Notwendigkeit einer *constant and uniform practice*, die in diesen Bereichen zur Leugnung von Völkergewohnheitsrecht führen würde, erleichterte Anforderungen an die Bildung von Völkergewohnheitsrecht gestellt werden müssen, ob nicht aus der widersprüchlichen Auffassung der Praxis und Lehre diejenigen Auffassungen ausgewählt werden können, die einer vernünftigen und den verschiedenen Interessen gerecht werdenden Lösung entsprechen⁴⁴⁾.

Der Gegensatz zu diesen Fällen, in denen die Lehre und Rechtsprechung sich über die Existenz, aber nicht über den Inhalt eines Völkerrechtssatzes einig sind, bilden die Fälle, in denen Lehre und Rechtsprechung einhellig

⁴³⁾ Hierzu Bleckmann, a. a. O. (oben Anm. 5).

⁴⁴⁾ Der Einfluß rationaler Erwägungen auf die Bildung von Völkergewohnheitsrecht, insbesondere die Frage, ob die Praxis nach Vernunftgründen gesichtet und abgewogen werden darf, ist bisher noch nicht Gegenstand einer Abhandlung geworden. Daß Vernunftgründe berücksichtigt werden dürfen, ist die Auffassung von Kopelmanas, a. a. O. (Anm. 2), S. 137, und Wolfke (oben Anm. 2), S. 37. Insbesondere die Grenze des Luftraums zum Weltraum wird nur an Hand von Vernunftgründen gezogen (Verdross, a. a. O. [oben Anm. 1], S. 274 f., 301). Die Monographie von W. K. Geck (Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge, zugleich ein Beitrag zum Vertragsschluß im Verfassungsrecht der Staatenwelt [Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 38] [1963] insbes. S. 411 ff.) versucht bei gleichgewichtiger Praxis und Lehre für verschiedene Lösungen den Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts auf Grund von Vernunftgründen zu finden. Das Lehrbuch von Dahm stützt sich in zahlreichen Fragen des Völkergewohnheitsrechts überwiegend auf Vernunftgründe.

die Existenz eines bestimmten Völkerrechtssatzes ablehnen. Diese Auffassung dürfte *mutatis mutandis* zu einer »Sperr« für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht führen, wenn solche negativen Aussagen möglicherweise auch nicht zu »negativem Völkerrecht« erstarken⁴⁵⁾.

4. Es gibt ferner zahlreiche Bereiche, in denen aus einem Hauptgrundsatz bestimmte Folgesätze abgeleitet werden. Dabei können diese Folgesätze ihrerseits durch die Praxis bestätigt sein. Notwendig ist dies nicht; die Folgesätze setzen sich vielmehr auch ohne Praxis oder trotz widersprüchlicher Praxis durch. Zitieren wir aus dem Werk von Verdross, der diesen Gedanken besonders häufig heranzieht: Aus dem Grundsatz, daß ein Staat nach Völkerrecht ganz allgemein verpflichtet ist, die im Ausland erworbenen Privatrechte der Ausländer zu achten, folgt, daß die auf Grund der Rechtsordnung des Gebietsvorgängers erworbenen Privatrechte bei einem Gebietswechsel keineswegs *ipso iure* erlöschen, sondern grundsätzlich bestehen bleiben⁴⁶⁾. Hier wird der Folgesatz selbst durch einstimmige Praxis bestätigt. Daß dies nicht notwendig ist, folgt aus weiteren Beispielen:

»Es ist bestritten, ob ein Staat, der Schadenersatz zu leisten hat, verpflichtet ist, die geschuldete Geldsumme zu verzinsen. Auch einige Schiedssprüche lehnen eine völkerrechtliche Pflicht zur Bezahlung von Zinsen ab. In den meisten Fällen werden jedoch von der völkerrechtlichen Rechtsprechung Zinsen zuerkannt, ohne allerdings diese Pflicht näher zu begründen. Sie ergibt sich jedoch aus dem leitenden Grundsatz, daß der verletzende Staat den gesamten von ihm verursachten Schaden wiedergutzumachen hat. Zu diesem Verlust gehört aber auch der entgangene Gewinn, den der verletzte Staat dadurch erlitten hat, daß der Schadenersatz nicht sofort nach der Tat geleistet wurde«⁴⁷⁾.

Auf S. 405 ff. entwickelt Verdross ferner einen Hauptgrundsatz des diplomatischen Schutzes, aus dem er Folgesätze ableitet. Ebenso wurzeln nach Verdross⁴⁸⁾ alle im Völkerrecht begründeten Rechte der Ausländer in der Idee, daß die Staaten untereinander verpflichtet sind, in der Person der Ausländer die Menschenwürde zu achten. Hieraus leitet er im folgenden zum Teil ohne Rücksicht auf die Praxis eine Anzahl von Folgesätzen ab.

⁴⁵⁾ Als »negatives« Völkerrecht bezeichnet Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 46, den Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts, der sich bei der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen darauf beschränkt, auf das nationale Recht zu verweisen. Daß es solche Sperren für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht gibt, beweist der Satz von Wolfke, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 92 ff., für eine Regel des Völkergewohnheitsrechts, der bestehendes Völkergewohnheitsrecht ändert, seien stärkere Beweise notwendig als für die Bildung neuen Völkergewohnheitsrechts in einem Raum, in dem es Völkerrecht bisher nicht gegeben habe.

⁴⁶⁾ A. a. O. (oben Anm. 1), S. 662.

⁴⁷⁾ A. a. O. (oben Anm. 1), S. 403.

⁴⁸⁾ A. a. O. (oben Anm. 1), S. 363.

5. Nur hingewiesen werden soll darauf, daß die sowjetische Völkerrechtsliteratur häufig das gesamte Völkerrecht auf bestimmte allgemeine Rechtsprinzipien wie die Souveränität der Staaten und das Selbstbestimmungsrecht aufbaut. Die einzelnen konkreten Völkerrechtssätze können nach dieser Ansicht aus diesen Grundprinzipien abgeleitet werden, gelten also trotz fehlender oder widersprüchlicher oder sogar entgegen einheitlicher abweichender Praxis⁴⁹).

6. Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß der Grad der Abstraktheit, den man einem Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts verleiht, von ganz entscheidender Bedeutung ist. Der Versuch, aus einzelnen oder mehreren konkreten Sätzen des Völkergewohnheitsrechts einen abstrakten Rechtssatz abzuleiten, aus dem dann wieder weitere konkrete Rechtssätze gefolgert werden (Rechtsanalogie), ist deshalb im Völkerrecht fast ebenso häufig wie im Privatrecht⁵⁰). Gegen eine solche Abstrahierung ist insbesondere dann nichts einzuwenden, wenn die von der Staatenpraxis bestätigte oder sich notwendig aufdrängende *ratio* eine solche Abstrahierung gestattet. Das ist etwa beim Immunitätsrecht der Fall. Aus den einzelnen für die

⁴⁹) Vgl. etwa Steiniger, Oktoberrevolution und Völkerrecht (1967). Ein anderes Beispiel für diese Methode bietet neuerdings G. Czerwinski (Das Universalitätsprinzip und die Mitgliedschaft in internationalen universalen Verträgen und Organisationen [1974], S. 46 ff., 49 ff.), der im Anschluß an andere Völkerrechtler untersucht, ob aus den Prinzipien der souveränen Gleichheit, der internationalen Zusammenarbeit, der Selbstbestimmung, der friedlichen Koexistenz — ihr Charakter als Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts einmal unterstellt — das Recht der Teilnahme an universellen internationalen Konferenzen, Verträgen und Organisationen abgeleitet werden kann, obwohl eine dieses Recht selbst bestätigende, von Rechtsüberzeugung getragene Staatenpraxis fehlt.

Schwarzenberger, a. a. O. (oben Anm. 7), S. 74, hat diese Methode folgendermaßen umschrieben: "This technique can be applied on increasingly higher levels of abstraction and generalization. Individual principles can be subsumed under the headings of even more general principles and so on forth until, in the end, all such principles are brought under one or several even wider headings. At any stage, the procedure can be put in reverse and, as if by miracle, every one of the principles and underlying rules can be induced again from the principles formulated on a higher level of abstraction". Darin sieht S. eine verbotene Gesetzgebung durch Gerichte. Richtiger Ansicht nach ist diese Methode zwar verwendbar, aber nur bis zu einem mittleren Abstraktionsgrad, dem *optimal level of abstraction* Schwarzenbergers (S. 84 ff.), soweit das abstrakte Völkergewohnheitsrecht nicht selbst wieder von der Praxis bestätigt wird. Die sieben Grundprinzipien Schwarzenbergers (sovereignty, recognition, consent, good faith, self-defence, international responsibility, freedom of the seas) sind möglicherweise schon zu abstrakt.

⁵⁰) Zur Zulässigkeit der Rechts- und Gesetzesanalogie im Völkerrecht vgl. Dahm, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 47, und insbesondere Siorat, a. a. O. (Anm. 27).

Staaten und ihre Vertreter geltenden Immunitätsregeln kann der allgemeine Grundsatz abstrahiert werden, daß eine staatliche Störung des diplomatischen Verkehrs durch den Aufenthaltsstaat verboten ist. Nicht gestört wird dieser Verkehr allerdings durch eine Grundbuchberichtigungsklage in Bezug auf das diplomatische Grundstück⁵¹⁾. Aus den Regeln über die Privilegien der staatlichen Vertretungen kann der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, daß der Aufnahmestaat diesen Vertretungen alle zumutbaren, notwendigen Erleichterungen für die diplomatischen Geschäfte zu gewähren hat. Hieraus fließt angesichts der heutigen Verkehrsverhältnisse die Pflicht des Aufenthaltsstaats zur Bereitstellung von Parkplätzen in der Nähe der Missionen und Konsulate⁵²⁾.

7. Das gesamte Völkerrecht kann als ein System von Hauptrechtssätzen mit Ausnahmen und Ausnahmen von diesen Ausnahmen dargestellt werden. Läßt sich wegen der Widersprüche der Praxis eine Ausnahme vom Hauptgrundsatz nicht begründen, entsteht wegen dieser widersprüchlichen Praxis noch kein rechtsleerer Raum: vielmehr fordert dann der Hauptgrundsatz seine Anwendung. Läßt sich eine Ausnahme von einer Ausnahme nicht begründen, gilt der letztere Rechtssatz. Es ist also keineswegs immer so, daß das Fehlen eines Rechtssatzes auf Grund der Souveränität der Staaten zu deren völliger Freiheit führen muß: Fehlt ein Rechtssatz, der die Suspension, die Nichtigkeit oder die Kündigung eines Vertrages begründet, gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Fehlt ein Notrecht, das die Lösung von einer Verbindlichkeit gestattet, gilt die Verbindlichkeit weiter.

Nehmen wir wiederum einige Beispiele aus dem Lehrbuch von Verdross:

Nach einem »Hauptgrundsatz« des Völkergewohnheitsrechts dürfen Personen, die im Auftrag eines Staates gehandelt haben, von fremden Staaten nicht bestraft werden⁵³⁾. Hiervon gelten zwei Ausnahmen: Nach Kriegsrecht ist ein Staat befugt, fremde Staatsorgane auch wegen jener völkerrechtswidrigen Handlungen zu verfolgen, die sie in Form eines Staatsakts gesetzt haben. Ferner können alle Personen für die im geheimen Auftrag einer Regierung begangenen Handlungen selbst zur Verantwortung gezogen werden⁵⁴⁾. Stellt der erste Satz wirklich im obigen Sinne einen Hauptgrundsatz dar, ist er auch anzuwenden, wenn die eine oder andere Ausnahme durch die widersprüchliche Praxis nicht bestätigt wird.

⁵¹⁾ BVerfGE 15,25.

⁵²⁾ Bleckmann, ZaöRV 32 (1972), 108 ff.

⁵³⁾ Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 234.

⁵⁴⁾ *Ibid.*, S. 235.

Ferner wird etwa der Grundsatz der ausschließlichen Herrschaft des Flaggenstaats auf seinen Schiffen auf Hoher See durch vier Ausnahmen des allgemeinen Friedensvölkerrechts durchbrochen⁵⁵⁾.

8. Aus den obigen Grundsätzen fließt auch die Zulässigkeit der »Gesetzesanalogie« im Völkerrecht, bei der ein für eine bestimmte Materie geltender Rechtssatz wegen der Ähnlichkeit der Sachlage und damit der Gleichheit der *ratio* auf eine andere Materie angewendet wird⁵⁶⁾. So ist etwa das Recht der Staatensukzession auf die Fälle der Rückübernahme der Staatsgewalt durch den Territorialstaat nach Aufhebung einer fremden militärischen Besetzung seines Gebiets möglich⁵⁷⁾. Die vollstreckbaren Notariatsakte werden hinsichtlich der Aufrechterhaltung erworbener Privatrechte bei der Staatensukzession den auf Grund eines rechtskräftigen Urteils erworbenen Rechten gleichgestellt⁵⁸⁾. Dagegen kann der Grundsatz der staatlichen Souveränität über den Luftraum nicht analog auf den Weltraum angewendet werden, da er nur für den Verkehr mit Flugzeugen aufgestellt wurde und auf den Weltraum nicht paßt⁵⁹⁾. Die Meinungen, ob eine Fluginsel nach Analogie eines Schiffes oder einer Insel zu behandeln ist, gehen auseinander⁶⁰⁾. Der *Trail Smelter*-Fall hat in Analogie zum Recht der Wasserverschmutzung die Luftverschmutzung geregelt⁶¹⁾. *Verdross* will ferner die für die Staatenhaftung entwickelten Regeln analog auf internationale Organisationen anwenden⁶²⁾. Nach *Dahm* sind die Regeln über die Stellung diplomatischer Vertreter in fremden Staaten auf die Amtsträger internationaler Organisationen und auf die staatlichen Vertreter bei internationalen Organisationen analog anzuwenden⁶³⁾. Diese Beispiele zeigen, daß eine analoge Anwendung eines Rechtssatzes auf eine bestimmte Materie auch dann möglich ist, wenn in dieser Materie Praxis fehlt oder zu widersprüchlich ist, um Völkergewohnheitsrecht entstehen zu lassen. Ähnlich steht eine widersprüchliche Praxis im Völkerrechtsraum nicht der Möglichkeit entgegen, aus der Vergleichung der nationalen Rechtsordnungen allgemeine Rechtsprinzipien des Völkerrechts zu entwickeln.

⁵⁵⁾ *Ibid.*, S. 281.

⁵⁶⁾ *Dahm*, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 47.

⁵⁷⁾ *Verdross*, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 252.

⁵⁸⁾ *Ibid.*, S. 264.

⁵⁹⁾ *Ibid.*, S. 274.

⁶⁰⁾ *Ibid.*, S. 283.

⁶¹⁾ *Ibid.*, S. 294.

⁶²⁾ *Ibid.*, S. 397.

⁶³⁾ A. a. O. (oben Anm. 1), S. 47.

9. Bei anderen Rechtssätzen ist neben der Konkretisierung des Rechtssatzes die Subsumtion unter diesen Rechtssatz äußerst schwierig. So wird in Extremfällen wie bei der Bewertung der Rechtslage Deutschlands einerseits eine Weiterentwicklung bisheriger Rechtssätze, andererseits eine besonders schwierige Subsumtion gefordert. Man kann davon ausgehen, daß in einem solchen Fall die Anerkennung partikuläres Völkergewohnheitsrecht schafft. Auch insoweit scheint die widersprüchliche Praxis der westlichen und östlichen Staaten die Bildung von Völkergewohnheitsrecht nicht zu stören.

III. Gewichtung der Praxis

Lassen sich die Widersprüche nicht nach den unter I besprochenen Methoden reduzieren und sind sie nach den unter II dargelegten Prinzipien nicht unbeachtlich, weil es nicht um die Auslegung abstrakter Rechtssätze, sondern um die Aufstellung dieser abstrakten Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts selbst geht, bleibt als erster Schritt der Versuch, die Praxis zu gewichten und der ganz überwiegenden Praxis den Ausschlag geben zu lassen. Hierbei muß man allerdings wohl eine beständige abweichende Praxis eines Staates dessen Protest gegen die Gewohnheitsrechtsnorm gleichstellen, so daß er mit der Rechtsprechung des IGH an diese Norm nicht gebunden ist.

Dabei bestehen aber zunächst theoretische Schwierigkeiten. In der Tat verlangt der IGH⁶⁴⁾ eine "constant and uniform practice" als Voraussetzung des Völkergewohnheitsrechts. Demnach würden zwar vielleicht nicht schon ein, sicher aber mehrere Indizien in anderer Richtung die Annahme von Völkergewohnheitsrecht ausschließen⁶⁵⁾. Ob die Rechtsprechung

⁶⁴⁾ *Columbian-Peruvian Asylum Case*, ICJ Rep. 1950, 276; *Nationals of the United States in Morocco*, Rep. 1952, 200; *Free Passage Case*, Rep. 1960, 40; *Constant practice: Norwegian Fisheries Case*, Rep. 151, 139; *consistent practice: Certain Expenses of the United Nations*, Rep. 1962, 160 f.

⁶⁵⁾ Hagemann, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 69, führt zur Forderung des IGH nach Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Praxis aus: »Das Gewicht, das dieser Bedingung zukommt, ist erheblich. Denn da der Gerichtshof offenbar nur ungenügende Widersprüche in einer Übung dadurch behebt, daß er die verschiedenen sich widersprechenden Ansätze ihrer Qualität nach gegenüber abwägt, um dann die eine oder andere Strömung als unbeachtlich auszuschalten, wirkt das Erfordernis der Einheitlichkeit unter Umständen geradezu prohibitiv«. Nach Hagemann ist diese Praxis zu eng. Ähnlich wollen auch D'Amato (oben Anm. 2), S. 58, und Wolfke (oben Anm. 2), S. 68 f., das Erfordernis der Einheitlichkeit aufgeben, während Hudson (bei Wolfke, S. 43 ff.) und Sørensen (a. a. O. oben Anm. 2, S. 102) an diesem Erfordernis voll festzuhalten scheinen.

des StIGH und des IGH wirklich so gemeint ist, könnte nur durch eine Analyse der Praxis geklärt werden, vor der sich der StIGH und der IGH in den einzelnen Fällen befanden, als sie bestimmte Völkergewohnheitsrechtssätze entweder annahmen oder ablehnten. Daß die abstrakten Voraussetzungen nicht ganz so ernst zu nehmen sind, wie sie auf den ersten Blick aussehen, zeigt aber schon die Tatsache, daß der StIGH selbst in einem Fall die vorhandene nationale Rechtsprechung nicht in die Entscheidungsgrundlagen mit aufnahm, weil sie zu widersprüchlich war⁶⁶). Das zeigt, daß es in Abweichung von den abstrakt aufgestellten Voraussetzungen bei widersprüchlicher Praxis durchaus darauf ankommen kann, welche Praxis überwiegt. Auch die Literatur scheint sich — zwar nicht bei der Aufstellung der abstrakten Regeln über die Bildung von Völkergewohnheitsrecht, aber in den Fällen, wo sie die Existenz einzelner Völkerrechtssätze prüft — auf das Überwiegen der Praxis zu berufen⁶⁷). So hat sie erkannt, daß der Praxis bedeutender Staaten möglicherweise ein größeres Gewicht zukommt als der Praxis von Kleinstaaten⁶⁸). Entscheidend ist schließlich der Gesichtspunkt, daß wenn bei widersprüchlicher Praxis Völkergewohnheitsrecht nicht entstehen könnte, diese Rechtsquelle fast völlig ausgeschaltet würde, weil es keine Materie gibt, in denen Rechtsätze nicht umstritten sind⁶⁹).

1. Der erste Gesichtspunkt für die Gewichtung widersprüchlicher Praxis ist sicherlich die Anzahl der Indizien, die für die eine oder andere Lösung sprechen. Hierbei darf, wie die Literatur erkannt hat⁷⁰), die Analyse aber nicht stehen bleiben. Es ist wahrscheinlich, daß bestimmte Indizien ihrer Natur nach ein größeres Gewicht haben als andere.

⁶⁶) Und zwar im *Lotus*-Fall (Publ. Sér. A Nr. 10, S. 28). Weiter kann etwa gefragt werden, wie der IGH im Falle der Genocid-Konvention zu einheitlichen Regeln über den Vorbehalt, im Fall *Tempel of Preah Vibear*, ICJ Reports 1962, 6, zur Anerkennung der Rechtsfolgen eines Irrtums kommt, obwohl die Praxis und Lehre äußerst verschiedene Vorbehaltslösungen entwickelt hat und die Relevanz des Irrtums bei Völkerrechtsverträgen umstritten war.

⁶⁷) Ob eine bestimmte Praxis überwiegt, untersucht z. B. D a h m in seinem Lehrbuch auf den Seiten 226, 246 ff.; ähnlich D' A m a t o (oben Anm. 2), S. 91 ff. Generell zur Gewichtung der Praxis auch Wolfke, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 154 f., und Schwarzenberger, a. a. O. (oben Anm. 7), S. 22 ff.

⁶⁸) Siehe unten Anm. 74.

⁶⁹) Daß es fast keine für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht herangezogene Praxis ohne *interruption* gibt, betonen z. B. D' A m a t o, a. a. O. (oben Anm. 2), und T u n k i n, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 420.

⁷⁰) Vgl. die vorhergehenden und die folgenden Anm.

2. Neben der Anzahl der Indizien spielen die Zahl⁷¹⁾, das politische Gewicht⁷²⁾ und die unmittelbare Betroffenheit⁷³⁾ der Staaten, welche eine bestimmte Lösung vertreten haben, eine wichtige Rolle. Darüber hinaus ist nach der Art der einzelnen Indizien zu unterscheiden:

3. Eine erste Möglichkeit wäre, nur der gegenüber fremden Staaten gesetzten Praxis der für die auswärtige Vertretung zuständigen nationalen Organe und der Praxis der internationalen Organe⁷⁴⁾ das volle Gewicht der für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht notwendigen Praxis zu geben und die innerstaatliche Praxis entweder ganz auszuschalten oder nur zur Bekräftigung von bereits durch andere Indizien bewiesenem Völkergewohnheitsrecht zuzulassen⁷⁵⁾. In der Tat hatte die Vertragstheorie⁷⁶⁾ des Völkergewohnheitsrechts nur die Praxis berücksichtigt, die von den für den Vertragsschluß zuständigen Staatsor-

⁷¹⁾ Die Zahl der Staaten, welche die *consuetudo* tragen, wird zwar gewöhnlich nur für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht herangezogen, spielt aber sicherlich auch bei der Gewichtung eine Rolle. Dasselbe gilt für andere Voraussetzungen der Bildung von Völkergewohnheitsrecht, etwa für die Zahl der Präzedenzfälle, die Zahl der Staaten, die der Praxis zugestimmt haben.

⁷²⁾ Gegen diesen Gesichtspunkt wendet sich etwa Tomuschat (ZaöRV 28 [1968] 57) mit der Begründung, der Grundsatz der Staatengleichheit verlange die gleiche Bewertung der Staatenpraxis kleiner und großer Staaten. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß die Praxis von Großmächten nicht nur umfangreicher, sondern auch für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht bedeutender ist als die Praxis von Kleinstaaten, weil einerseits die Kleinstaaten geneigt sein werden, der Praxis von Großmächten zu folgen (Wolfke, a. a. O. [oben Anm. 2], S. 81), andererseits Staaten wie etwa Großbritannien dafür bekannt sind, daß sie sich dem Völkerrecht gemäß verhalten (D'Amato, a. a. O. [oben Anm. 2], S. 96 f.; vgl. auch Kunz, a. a. O. [oben Anm. 2], S. 666, und Bishop, RdC 115 [1965], 151, 227). Den dritten Gesichtspunkt umreißt Schwarzenberger, a. a. O. (oben Anm. 7), S. 29, folgendermaßen: "Taking for granted the same degree of law-abidingness, world powers have to take into account a multitude of factors which make them inclined to view any topic more comprehensively than it is likely to be viewed by a small state. If the interests of world powers are connected with more than one continent, and the outlook of such powers is not limited to that of land or sea powers, the wide scope of these responsibilities leads to a remarkable balance in their views".

⁷³⁾ Vgl. das *Festlandsockel*-Urteil des IGH, ZaöRV 29 (1969) 476 ff.

⁷⁴⁾ Nach Schwarzenberger ist die Rechtsprechung der internationalen Gerichte die Praxis *par excellence*.

⁷⁵⁾ So Ballereau, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 188, 197 ff., und der Richter Moore im *Lotus*-Fall (Sér. A, Nr. 9, S. 74).

⁷⁶⁾ Die von Grotius, Bynkershoek und Vattel begründete Vertragstheorie des Völkergewohnheitsrechts war bis zum 19. Jh. vorherrschend, wird aber heute nur noch im Ostblock (vgl. Tunkin, a. a. O. [oben Anm. 2]) vertreten.

ganen ausging⁷⁷). Mit der weitgehenden Ablehnung der Vertragstheorie im 20. Jh. fiel dieser theoretische Ausschlußgrund fort. Auch die Auffassung, die nationalen Gerichte wendeten nicht Völkerrecht, sondern immer nur in nationales Recht transformiertes Völkerrecht an, so daß sie für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht nichts beitragen könnten^{78/79}), kann nicht aufrechterhalten werden, weil einerseits in zahlreichen Staaten die nationalen Gerichte der Theorie nach (Monismus, Vollzugstheorie) unmittelbar Völkerrecht anwenden und andererseits auch in Staaten, die der Transformationstheorie folgen, die Gerichte ein Recht anwenden, das wenn nicht formell, so doch inhaltlich mit dem Völkerrecht übereinstimmt. Die allgemeine Behauptung⁷⁹), die nationalen Gerichte seien mit dem Völkerrecht nicht so vertraut, daß ihren Entscheidungen genügend Bedeutung zukomme, ist in dieser Allgemeinheit einfach falsch. Dementsprechend lassen die heutige Literatur und Rechtsprechung denn auch die innerstaatliche Praxis für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht ausreichen⁸⁰). Fraglich bleibt nur, welches Gewicht dieser Praxis zukommt. Wenn auch die nationale Rechtsprechung in mehreren Bereichen des Völkerrechts eine ausschlaggebende Rolle gespielt hat⁸¹), kommt doch der innerstaatlichen Praxis generell kaum die überragende Bedeutung zu, die etwa Lauterpacht⁸²) der nationalen Rechtsprechung verleihen will. Auf der anderen Seite wird man nicht generell sagen können, daß die Praxis der für die außenpolitischen Entscheidungen zuständigen Stellen so stark von den jeweils im Spiel stehenden politischen Interessen des Staates geprägt wird, daß ihr weniger Beweiskraft als der innerstaatlichen Praxis zukommt⁸³). Den innerstaatlichen Akten kommt auch nicht deshalb ein geringeres Gewicht zu, weil sie im Innenraum verbleiben und so den anderen Staaten nicht so stark Veranlassung zu Zustimmung oder Protest geben wie an andere Regierungen gerichtete Akte. Denn die Staaten pflegen heute die Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung fremder Staaten zu beobachten, soweit es um ihre Interessen geht. Weniger bedeut-

⁷⁷) Strupp (RdC [1934 I], 301).

^{78/79}) Vgl. hierzu Sørensen (a. a. O. oben Anm. 2, S. 86) und Lauterpacht, a. a. O. (oben Anm. 2).

⁸⁰) Ballereau, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 176 ff.; Sørensen, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 88 ff.; Wolfke, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 368 ff.

⁸¹) Dies gilt insbesondere von der Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte zum Verhältnis zwischen den *States*, vgl. Bernier, a. a. O. (oben Anm. 14), S. 246 ff.

⁸²) A. a. O. (oben Anm. 2).

⁸³) Kopelmanas, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 134; Guggenheim, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 49.

sam sind unter diesem Aspekt nur Akte, die — weil sie nicht veröffentlicht werden — den anderen Staaten zunächst unbekannt bleiben. Das ist etwa bei inneramtlichen Stellungnahmen einzelner Ministerien der Fall. Beiden Arten der Praxis wird man also generell ungefähr gleiches Gewicht zukommen lassen müssen⁸⁴).

4. Möglicherweise haben »Realakte« ein größeres Gewicht als reine Erklärungen⁸⁵). Allerdings muß man sich darüber im klaren sein, daß bestimmte Erklärungen in diesem Sinne Realakte sind und ihnen sogar bei der Bildung von Völkergewohnheitsrecht größte Bedeutung zukommt, weil sie den Völkerrechtssatz klar umreißen und die notwendige *opinio iuris* klar erkennen lassen: Es handelt sich um die immer notwendig in Worte ausgedrückten Rechtsakte, wie Verträge, Gesetze und Urteile. Die reinen Erklärungen reduzieren sich dann auf die Reden von Politikern auf innerstaatlichen und internationalen Veranstaltungen, bei denen wegen der angezielten Wirkung die Feststellung einer ernstgemeinten *opinio iuris* schwierig sein könnte⁸⁶), insbesondere wenn das tatsächliche Verhalten der betreffenden Staaten diesen Erklärungen nicht entspricht. Besser als eine solche *en bloc*-Abwertung reiner Erklärungen ist aber wohl die Prüfung im Einzelfall. Auf der anderen Seite dürfte bei von Erklärungen nicht begleiteten reinen Realakten die notwendige Feststellung des Inhalts des Völkerrechtssatzes und der *opinio iuris* häufig schwierig sein, so daß ihr Gewicht geringer veranschlagt werden müßte.

5. Akte, mit denen die Staaten sich selbst einer Beschränkung unterwerfen, dürften schwerer wiegen als Akte, die fremden Staaten eine solche Beschränkung zumuten. Im übrigen dürfte es auf das Gewicht der Akte ankommen. Je einschneidender eine Maßnahme ist, um so schwerer wird der Staat sie auf sich nehmen. Tut er es dennoch oder äußert er gegen einen entsprechenden Akt eines anderen Staates keinen Protest, so liegt ein sicheres Indiz für Völkergewohnheitsrecht vor.

6. Jede Regelung trifft bestimmte Staaten schwerer als andere. Stimmen nur die anderen Staaten dieser Regelung zu, ist das Indiz für Völkergewohnheitsrecht weniger schwerwiegend, als wenn diese Zustimmung von den besonders betroffenen Staaten ausgeht⁸⁷).

⁸⁴) Hagemann, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 63; Wolfke, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 73. Nach Ballereau, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 187, ist dagegen der Praxis der Außenämter das Übergewicht zuzusprechen.

⁸⁵) Fitzmaurice, BYIL 30 (1953), 1, 67 f.; Hagemann, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 62.

⁸⁶) Vgl. Kopelmanas, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 135.

⁸⁷) Vgl. das *Festlandsockel*-Urteil des IGH, ZaöRV 29, 476 ff.

7. Man könnte auch daran denken, die Begründung der Akte zur Beurteilung ihrer Tragweite mit heranzuziehen. Dann hätten Urteile, Memoranden, Gesetzesbegründungen, Noten usw. um so größeres Gewicht, je umfassender und besser sie die bisherige Praxis im jeweiligen Bereich analysieren, je überzeugender sie eine Interessenabwägung durchführen und das Urteil sonst rational begründen. Diese Art der Gewichtung würde in das Völkergewohnheitsrecht ein Minimum an Rationalität einfließen lassen⁸⁸⁾.

8. Fraglich ist, ob man dem neueren Indiz eine größere Bedeutung zuschreiben muß als einem älteren Indiz⁸⁹⁾. Dafür spräche, daß es im Ergebnis auf die Praxis zur Zeit der Entscheidung ankommt. Dagegen spräche, daß die Dauer der Praxis ein gewichtiges Indiz für das Völkergewohnheitsrecht darstellt.

9. Richtig dürfte es sein, wenn Schwarzenberger⁹⁰⁾ den Entscheidungen der internationalen Gerichte ein größeres Gewicht als der Praxis der Außenämter, den nationalen Gerichtsentscheidungen und den Völkerrechtsautoren zubilligt. Die Außenämter haben meist nur wenig Zeit, jeden Fall im Detail zu prüfen; ihre Entscheidung ist häufig an nationalen Interessen ausgerichtet. Die nationalen Gerichte pflegen — etwa bei der Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze — ihrem nationalen Recht ein zu großes Gewicht einzuräumen. Dagegen sind die internationalen Gerichte und Schiedsgerichte aus Angehörigen verschiedener Kulturkreise zusammengesetzt. Das Vorbringen der Staaten und eine intensive Beratung garantieren in Verbindung mit der großen Verantwortung der Richter, daß das Recht nach allen Seiten gründlich erforscht wird.

IV. Partikuläres nichtregionales Völkerrecht?

Im Gegensatz zur Literatur, bei der meist bestimmte Rechtsauffassungen quer über nationale Grenzen hinweg vertreten werden, ist die Praxis der einzelnen Staaten, insbesondere die Stellungnahmen der Außenämter und die Entscheidungen der nationalen Gerichte, hinsichtlich bestimmter Völkerrechtsfragen weitgehend einheitlich⁹¹⁾, aber in vielen Bereichen

⁸⁸⁾ Zur Einwirkung rationaler Erwägungen auf die Auswahl der Praxis und bei der Bildung von Völkergewohnheitsrecht siehe oben Anm. 44.

⁸⁹⁾ So D'Amato, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 97.

⁹⁰⁾ A. a. O. (oben Anm. 7).

⁹¹⁾ So wird etwa die Beschränkung der Staatenimmunität auf Akte *iure imperii* von Italien, Belgien, Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland vertreten (Dahm, a. a. O. [oben Anm. 1], S. 232).

von Staat zu Staat verschieden. Meistens lassen sich dabei Gruppen von Staaten bilden, welche derselben Auffassung folgen. Im Ergebnis fehlt aber mangels ausreichender Einheitlichkeit der Praxis ein universeller Rechtsatz des Völkergewohnheitsrechts. Überdies liegen die Staaten, welche derselben Auffassung folgen, nicht immer in einer bestimmten, geographisch geschlossenen Region. Die Frage ist nun, ob und inwieweit sich in diesen verschiedenen Fällen partikuläres Völkerrecht bilden kann.

1. Die Existenz regionalen Völkergewohnheitsrechts ist heute unbestritten. Dabei handelt es sich einmal um den hier nicht weiter interessierenden Fall, daß alle Staaten der Welt einen in einem bestimmten Staat liegenden Sachverhalt (Buchten) geschlossen anders beurteilen als Sachverhalte derselben Art in anderen Staaten oder Regionen⁹²). Hier interessiert nur der Fall, daß zwei oder mehr räumlich verbundene Staaten in ihrer gegenseitigen Praxis eine andere als die universell anerkannte Regel befolgen⁹³).

Von dieser Lage ist der Fall zu unterscheiden, daß in jeder Region unterschiedliche Regeln befolgt werden, es aber mangels einheitlicher Praxis einen universellen Völkerrechtssatz nicht gibt. Hier gibt es also in demselben Bereich mehrere unterschiedliche regionale, aber keinen universellen Rechtssatz. Obwohl damit zweifelhaft wird, welche Rechtssätze auf das Verhältnis zwischen Staaten verschiedener Regionen anzuwenden sind, dürfte die Häufung solcher regionaler Rechtssätze möglich sein.

Bisher sind wir davon ausgegangen, daß die Region geographisch genau begrenzt werden kann und die Staaten der Region den regionalen Rechtsatz im Verhältnis zueinander, nicht aber im Verhältnis zu den Staaten einer anderen Region befolgen. Beide Voraussetzungen sind nun wohl für die Bildung regionalen Völkerrechts nicht unbedingt erforderlich. Zunächst gibt es keine eindeutige, willkürfreie Abgrenzung der Regionen, wenn man nicht — was aber auch nicht ohne Willkür wäre — auf die Kontinente zurückgreift. »Westeuropa« ist vielmehr genauso eine Region wie »Amerika«. Das zeigt schon, daß nur die räumliche Nähe eine Rolle spielen kann, die Abgrenzung der einzelnen Staaten aber gerade danach erfolgt, daß sie einer bestimmten Praxis folgen. Es ist aber nicht einzusehen, warum

⁹²) Für historische Buchten vgl. Guggenheim, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 355; zu anderen Sachverhalten D'Amato, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 234 f.

⁹³) Jurisdiction of the *European Commission of the Danube between Galatz and Braila* (CPJI Sér. B Nr. 14, S. 17); *Free City of Danzig* (CPJI Sér. B Nr. 18, S. 12); *Columbian-Peruvian-Asylum-Fall* (ICJ Rep. 1950, 276); *Nationals of the United States in Morocco* (ICJ Rep. 1952, 200); *Free Passage-Fall* (ICJ Rep. 1960, 39 f.); vgl. auch die in Anm. 2 genannten Monographien.

die räumliche Nähe der Staaten, die einer bestimmten Praxis folgen, für die Bildung partikulären Völkergewohnheitsrechts entscheidend sein soll. Diese Überlegung öffnet den Weg für partikuläres nichtregionales Völkergewohnheitsrecht. Auf der anderen Seite erscheint es möglich, die Bildung regionalen Völkerrechts auch dann anzunehmen, wenn die Staaten der Region eine bestimmte Praxis nicht nur gegenüber den anderen Staaten der Region, sondern gegenüber allen Staaten der Welt befolgen. Auf Grund dieser beiden Erwägungen könnte die Tatsache, daß bestimmte, geographisch getrennte Staaten der Welt eine von der Praxis der anderen Staaten abweichende Praxis befolgen, dazu führen, daß im Verhältnis dieser Staaten zueinander, die dieselbe Praxis befolgen, partikuläres nichtregionales Völkerrecht entsteht⁹⁴).

Ganz abgesehen davon, daß die Vertragstheorie des Völkergewohnheitsrechts heute nicht mehr generell anerkannt wird, die Vertrauensschutztheorie⁹⁵) auf der anderen Seite heute noch nicht generell akzeptiert wird, stellen uns beide Theorien bei der Beantwortung der Frage, ob es partikuläres nichtregionales Völkergewohnheitsrecht gibt, vor Schwierigkeiten. Zwar könnte man der Auffassung sein, Verträge seien zwischen Staaten verschiedener Region möglich, so daß es nach der Vertragstheorie auch partikuläres nichtregionales Völkergewohnheitsrecht geben kann. Nimmt man die Vertragstheorie ernst, könnte dann allerdings nur die Praxis berücksichtigt werden, die im Verhältnis zwischen den Staaten, die den »Vertrag« schließen, gesetzt worden wäre. Befolgen zwei Staaten verschiedener Region dieselben Völkerrechtssätze, wird deren Praxis aber nur in seltenen Fällen sich auf den anderen Staat beziehen, so daß die Bildung partikulären nichtregionalen Völkerrechts selten wäre. So eng hat sich die

⁹⁴) Die Völkerrechtsliteratur spricht häufig von partikulärem Völkergewohnheitsrecht, meint damit in der Regel aber nur das regionale Völkerrecht, vgl. etwa Guggenheim, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 48; Oppenheim/Lauterpacht, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 5; Verdross, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 130. Wengler, a. a. O. (oben Anm. 1), S. 178, weist dagegen auf das christliche und kommunistische Völkerrecht hin.

⁹⁵) Zur neueren amerikanischen Literatur, welche die Bindung des Völkergewohnheitsrechts auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes zurückführt, vgl. Müller, a. a. O. (oben Anm. 31), S. 77 ff. Danach muß »das Verhalten der beteiligten Staaten, d. h. ihre aktive Betätigung oder ihr Stillschweigen gegenüber fremden Staaten in rechtlich relevanten Bereichen . . . so ausgedehnt sein, daß bei objektiver Deutung nach dem Maßstab eines redlichen Rechtsverkehrs der Schluß von der Annahme der Übung als Recht gerechtfertigt erscheint«; es ist zu untersuchen, »ob sich in der bisherigen Praxis ein gleichförmiges Verhalten gegenüber identischen Fällen zeigte und ob dieses gleichartige Verhalten Erwartungen bezüglich einer Verbindlichkeit für zukünftiges Verhalten schuf«.

Vertragstheorie aber wohl nie verstanden. Der »Vertrag« kommt vielmehr auch durch gleichlaufende Praxis zweier Staaten zustande, welche ihre Praxis gegenüber dritten Staaten gesetzt haben. Dann gäbe es also in weiten Bereichen partikuläres nichtregionales Völkerrecht. Etwas schwieriger ist die Lage nach der Vertrauensschutztheorie. Hier ist in der Tat fraglich, ob das Vertrauen schon dann schutzwürdig ist, wenn es sich allgemein an der Praxis eines bestimmten Staates ausrichtet, oder ob die Praxis gerade gegenüber dem Staat, der sich auf den Vertrauensschutz beruft, möglicherweise gerade in dem betreffenden Streitfall gesetzt worden sein muß. Geht man von einem engeren Verständnis des Vertrauensschutzes aus, entsteht mangels Praxis gerade gegenüber dem Staat, der sich auf sie beruft, kein Völkergewohnheitsrecht. Die Vertrauensschutztheorie scheint allerdings einer weiteren Auffassung zu folgen. Dann entstünde Völkergewohnheitsrecht schon dann, wenn ein bestimmter Staat eine bestimmte Praxis befolgt⁹⁶⁾, ganz gleich ob die anderen Staaten und gerade der Staat, der sich auf sein Vertrauen beruft, dieser Praxis folgen. Diese Auffassung ist zumindest insoweit zu korrigieren, als die notwendige Reziprozität⁹⁷⁾ verlangt, daß auch der Staat, welcher sich auf sein Vertrauen beruft, dieser Praxis gegenüber anderen Staaten folgen muß. Auch nach der Vertrauensschutztheorie ist also partikuläres nichtregionales Völkerrecht denkbar.

Nun wird die Vertragstheorie kaum noch, die Vertrauensschutztheorie noch nicht einheitlich akzeptiert. Die Beantwortung der Frage, ob es partikuläres nichtregionales Völkerrecht gibt, kann also nur aus der Analogie zum regionalen Völkergewohnheitsrecht abgeleitet werden. Einige dieser

⁹⁶⁾ Lauterpacht (oben Anm. 2, S. 90 f.) führt aus: "In the case of a dispute as to the existence . . . of a rule of international law the fact that the rule in question has been recognized and acted upon by the courts of a state will be regarded as proving prima facie the existence of that rule as far as that state is concerned. In regard to that state the rule will be looked upon as having the effect of a customary rule of particular international law. And there is at least one case in which it is even doubtful whether that state would be free to prove contrary international law. In all cases in which a foreign state has relied upon the existence of a legal rule adopted by the court of the neighbour, and, in particular, if, as a result, it has altered its situation for the worse, justice requires that that foreign state should be prevented from advocating an entirely different rule. This, for instance, if a foreign state has been induced by the constant practice of the courts of another country to adopt a restrictive interpretation of its own rights or to accord a specially favorable treatment to the subjects of that country, the latter will be estopped from going back upon the rule thus adopted".

⁹⁷⁾ Vgl. insbesondere B. Simma, *Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts* (1970); ferner: ders., *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge* (1972).

Gesichtspunkte haben wir oben schon entwickelt. Diese Gedanken müssen nunmehr vertieft werden:

Der erste Gesichtspunkt, der gegen die Übertragung des Regionalmodells spricht, wäre die Tatsache, daß zwischen den Staaten einer Region eine größere Homogenität als zwischen Staaten verschiedener Regionen besteht. Dann muß es aber auch zwischen Staaten verschiedener Regionen partikuläres Völkergewohnheitsrecht geben können, wenn eine solche Homogenität festzustellen ist. So kann sich ein »sozialistisches« Völkerrecht zwischen sozialistischen Staaten verschiedener geographischer Regionen entwickeln, ebenso wie es ein »christliches« Völkerrecht zwischen Staaten verschiedener Regionen hätte geben können und sich ein »europäisches« Völkerrecht etwa zwischen den westeuropäischen Staaten, den USA, Kanada, Australien entwickeln kann bzw. ebenso wie sich das klassische europäische Völkerrecht zu einem Sonderrecht zwischen diesen Staaten zurückbilden kann. Der Gedanke der Homogenität beruht auf der Vorstellung eines einigermaßen einheitlichen innerstaatlichen Rechts- und damit Wertsystems, das zur Ausbildung eines völkerrechtlichen Subsystems führen kann. Dabei ist aber gerade fraglich, ob die Bildung regionalen Völkergewohnheitsrechts voraussetzt, daß ein solches einheitliches innerstaatliches Rechts- und Wertsystem besteht. Sicher ist für die Anerkennung regionalen Völkergewohnheitsrechts nicht Voraussetzung, daß sich schon ein ganzes Subsystem regionaler Völkerrechtssätze entwickelt hat. Auch der erste regionale Völkergewohnheitsrechtssatz ist vielmehr schon geltendes Recht. Daß sich auf Grund des einheitlichen Rechts- und Wertsystems weitere regionale Völkerrechtssätze bilden könnten, ist ebenfalls nicht notwendig vorausgesetzt. Es kann vielmehr auch bei einem einzigen Völkerrechtssatz bleiben. Dann ist aber nicht ersichtlich, warum sich partikuläres Völkergewohnheitsrecht nur zwischen Staaten gleichen Rechts- und Wertsystems bilden können soll. Die Homogenität kann mit anderen Worten gerade in der Tatsache liegen, daß zwei Staaten einer bestimmten völkerrechtlichen Auffassung folgen. An der Voraussetzung des einheitlichen innerstaatlichen Rechts- und Wertsystems kann überdies schon deshalb nicht festgehalten werden, weil diese Einheit immer nur sehr relativ ist.

Ein zweiter Gedanke, welcher der Eliminierung des Regionalgedankens aus dem partikulären Völkergewohnheitsrecht entgegenstehen könnte, beruht in der Tatsache, daß zwischen den Staaten einer Region meist erheblich engere völkerrechtliche Beziehungen bestehen als zwischen Staaten verschiedener Regionen. Will man damit nicht erneut auf die aktuelle oder zukünftige Entwicklung eines völkerrechtlichen Subsystems ab-

stellen, könnte es nur darauf ankommen, daß beim partikulären nicht-regionalen Völkerrecht häufiger als beim regionalen Völkerrecht Beziehungen zu Staaten auftreten, im Verhältnis zu denen ein Völkerrechtssatz fehlt. Aber auch das kann nicht dazu führen, die Bildung partikulären nicht-regionalen Völkerrechts und damit die Möglichkeit abzulehnen, zumindest für einen Teil der Völkerrechtsbeziehungen einen Völkerrechtssatz zu entwickeln.

Allerdings gelten für die Bildung nichtregionalen partikulären Völkergewohnheitsrechts zum Teil andere Regeln als für die Entwicklung regionalen Völkergewohnheitsrechts. Beim regionalen Völkergewohnheitsrecht wird eine gewisse Homogenität des Subsystems gegeben sein. Es reicht deshalb für die Entwicklung eines solchen Völkergewohnheitsrechts, für die Bindung aller Staaten der Region an diesen Völkerrechtssatz aus, wenn einige repräsentative Staaten den Rechtssatz in ihrer Praxis befolgen, selbst wenn andere Staaten den Völkerrechtssatz nur einmal oder überhaupt nicht befolgt haben. Wie beim universellen Völkergewohnheitsrecht kommt es also auf das Gesamtbild der Praxis der Staaten an. Beim partikulären nichtregionalen Völkerrecht kann diese Homogenität nur durch die Völkerrechtspraxis der verschiedenen Staaten selbst nachgewiesen werden, wenn es sich nicht um ideologisch verbundene Staaten handelt. Nur die Staaten sind also an einen partikulären nichtregionalen Rechtssatz gebunden, die ihn in ständiger Praxis – wenn auch nicht gerade gegenüber den anderen Staaten, die diesen Rechtssatz akzeptieren – befolgen.

2. Für die Beziehungen zwischen Staaten verschiedener regionaler oder nichtregionaler Gruppen und für die Beziehungen zwischen Einzelstaaten mit ständiger, aber unterschiedlicher Rechtsauffassung könnte noch auf einen zweiten Gedanken zurückgegriffen werden. In all diesen Fällen gibt es einerseits die allgemeine Überzeugung, daß die betreffende Rechtsfrage durch einen Satz des Völkergewohnheitsrechts geregelt wird, andererseits auf der universellen Ebene eine beschränkte Zahl unterschiedlicher Lösungen. Man könnte deshalb annehmen, daß das Völkergewohnheitsrecht keine einheitliche, sondern eine beschränkte Zahl vertretbarer Lösungen bereitstellt, zwischen denen der verpflichtete Staat wählen kann⁹⁸⁾. Hält er sich an eine der in ständiger Praxis vertretenen

⁹⁸⁾ Hier liegt also eine ähnliche »Strukturumwandlung« von Völkerrechtssätzen wie in den Fällen vor, in denen der einheitliche Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts wegen der unterschiedlichen Praxis durch eine Verweisung auf das nationale Recht ersetzt wird: siehe oben I 9 und 10.

Lösungen, ist sein Handeln nicht rechtswidrig. Auch internationale Gerichte dürften dann nicht mehr dem Postulat der einheitlich-richtigen Lösung folgen, sondern müßten eine bestimmte Variationsbreite der Lösungen zulassen. So sind die Staaten vor Überraschungen durch die internationale Rechtsprechung sicher. Der Gerichtshof könnte sich darauf beschränken, einheitliche Regeln für die Zukunft auszuarbeiten. Wegen der bisherigen Variationsbreite der Lösungen wäre das Verhalten des betreffenden Staates in der Vergangenheit zwar noch nicht rechtswidrig, würde es aber, wenn er in Zukunft die Richtlinie des Gerichts nicht einhält⁹⁹). Auf jeden Fall ist aber eine Schadensersatzpflicht des Staates, der sich an eine der vertretenen, wenn vom Gericht auch als falsch angesehenen Lösungen hält, ausgeschlossen, weil dieser Staat sich zu recht auf unverschuldeten Rechtsirrtum berufen könnte, so daß die für die Begründung der Schadensersatzpflicht notwendige Schuld fehlt.

Summary

International Customary Law in spite of a Contradictory Practice?

Both the doctrine and the administration of justice are of the opinion that, where contradictory practice exists, international customary law cannot arise. If one were to accept this point of view, in light of the fact that no complete uniformity of practice exists in any area of law, then international customary law could practically never arise.

It is the purpose of this article to refute this point of view.

This article begins by showing that doctrine and administration of justice have developed numerous methods of eliminating contradictory practices. For example:

- a) through the working out of partial laws;
- b) by reducing contradictory practices to a common denominator;
- c) by distinguishing between older and new international law;
- d) by referring the subject matter to the jurisdiction of municipal law.

⁹⁹) Das erinnert an die Rechtsprechung des BVerfG, nach der etwa der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Vorbehalts des Gesetzes für die zurückliegende Zeit nicht auf das Verhältnis der Strafgefangenen zur Anstaltsleitung angewendet werden kann, weil die Lehre überwiegend davon ausging, in solchen besonderen Gewaltverhältnissen finde der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit keine Anwendung und der Gesetzgeber sich auf diese h. L. verlassen dürfte (BVerfGE 33, 1).

In case the contradictions cannot be eliminated the solution then depends upon the level on which the contradictions exist. At this point, the following questions then arise: Is it possible on the basis of uniform practice to develop an abstract law? Can this customary law serve as a basis for its own construction? In answering this last question, one need not necessarily refer to the details of the contradictory practices. If at first an abstract law cannot be extracted due to contradictory practice, then the practice must be evaluated in its own right in order to attain a uniform abstract law. In the course of such evaluation it is the quality, not the quantity of the judicial precedents that is important.

This article attempts, in so far as it is possible, to develop criterias for the evaluation of such practices. In some cases it is not possible to reach, through the above described manner, a uniform abstract law. Then the question arises whether the consistant practice of States in individually, separate, geographical areas can create particular, universal international law, or whether within the international area several acceptable solutions exist.