

# Gewohnheitsrecht aus Verträgen

*Karl Doebring*

## *1. Problemstellung*

Die folgenden Ausführungen sind der Untersuchung gewidmet, ob und gegebenenfalls inwieweit völkerrechtliche Regeln des ungeschriebenen Gewohnheitsrechts aus völkerrechtlichen Verträgen sich als Resultat der Rechtsentwicklung ergeben können<sup>1)</sup>.

In Literatur und Rechtsprechung findet man immer wieder entsprechende Hinweise, die jedoch selten eine eingehendere Betrachtung dieser Frage enthalten<sup>2)</sup>. Es ist darauf zurückzukommen.

Das Problem sei nochmals wie folgt charakterisiert: Eine größere Zahl von bilateralen Verträgen oder auch Kollektivverträgen könnte als Nachweis dafür angesehen werden, daß bestimmte, in diesen Verträgen niedergelegte Grundsätze zukünftig auch außervertraglich für die Staatengemeinschaft gelten; andererseits könnte geschlossen werden, daß gerade die Tatsache des Vertragsschlusses das Fehlen einer entsprechenden allgemeinen Regel bezeugt und daß daher auch zukünftig die in den Verträgen geregelten Materien jeweils wiederum nur durch Vertragsschluß verbindlich gemacht werden und Geltung nur für die Vertragspartner haben können und sollen<sup>3)</sup>.

---

1) Es kann hier nicht ein umfassender Überblick über den Meinungsstand in der Frage der Entstehung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht gegeben werden; die Zitate sollen daher nur exemplarisch Auffassungen über die hier behandelten Probleme im engeren Sinn nachweisen.

2) Recht eingehend zu den hier behandelten Fragen aber R. R. B a x t e r, *Treaties and Custom*, RdC 1970 I, S. 31 ff.; A. D' A m a t o, *Treaties as a Source of General Rules of International Law*, *Bulletin of the Harvard International Law Club*, Bd. 3 (1962) Nr. 2.

3) Diese Alternative wird klar gezeigt von G. D a h m, *Völkerrecht*, Bd. 1 (1958), S. 21.

Gemeinhin wird davon ausgegangen, daß es der Zweck des Vertragschlusses sei, die Verbindlichkeit eines bestimmten Rechtszustandes und die Verbindlichkeit der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen zu erreichen. Ein gemeinsam vorgestellter Sachverhalt soll *inter partes* bestimmte Rechtsfolgen erzeugen.

Aus dieser Allgemeinsicht wird dann auch geschlossen, daß Verträge unnötig im Rechtsinne seien, wenn der durch sie angestrebte Rechtszustand bereits besteht.

Nun kann es aber auch sein, daß gerade nicht gesichert erscheint, ob auch außervertraglich der Vertragsinhalt oder Teile desselben schon zum geltenden Recht gezählt werden können. Für diesen Fall kann es im Interesse der Vertragspartner liegen, den Rechtszustand klarzustellen oder auch dem bestehenden Rechtszustand einen neuen, klärenden Geltungsgrund hinzuzufügen<sup>4)</sup>. Immerhin ergeben sich unter Umständen verschiedene Rechtsfolgen, je nachdem ob ein Anspruch auf Vertragsverletzung oder auf Verletzung von Gewohnheitsrecht gegründet wird.

Weiter ist die Lage vorstellbar, daß ein im allgemeinen Völkerrecht schon bestehender Rechtszustand für die Vertragsparteien dadurch verändert werden soll, daß nun vertraglich eine Abweichung von diesem Rechtszustand vereinbart wird. Das wäre immer dann zulässig, wenn das zu verändernde Gewohnheitsrecht abdingbaren Charakters ist, es sich also nicht um zwingendes Recht handelt<sup>5)</sup>. Es wäre aber auch erwägenswert, ob nicht auch zwingendes Recht aus Verträgen entstehen kann, so etwa im Hinblick auf die Ausgestaltung von völkerrechtlichen Menschenrechten.

Schließlich ist die Lage denkbar, daß die im Vertrag geregelte Rechtsfrage im Gewohnheitsrecht noch gar nicht geregelt war. Es ist dabei gleichgültig, ob man insofern, d. h. also bis zum Vertragsschluß, von einer sog. Lücke im Recht spricht oder ob man unregelte Situationen doch dadurch auch als »rechtlich« geregelt ansieht, weil — gewollt oder ungewollt — Ansprüche nicht erhoben werden können<sup>6)</sup>.

Bei diesen rechtlichen Konstruktionen tritt der angestrebte Effekt jedenfalls für die Vertragspartner in gewisser Weise gewollt ein. Die

<sup>4)</sup> A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), S. 104.

<sup>5)</sup> Gemäß Art. 64 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK), 23. 5. 1969 (A/CONF. 39/27), *ZaöRV*, Bd. 29 (1969), S. 711 ff., wäre zwingendes Recht auch geeignet, bestehende Verträge als nicht mehr fortgeltend erscheinen zu lassen.

<sup>6)</sup> So m. E. zutreffend G. Hoffmann, *Die Grenzen rechtlicher Streiterledigung im Völkerrecht und in Internationalen Organisationen* (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 9) (1969), S. 29 f.

Problematik der folgenden Betrachtung soll sich aber gerade auf den Eintritt ungewollter Rechtseffekte beziehen, d. h. also auf solche, die zumindest von den Vertragspartnern gar nicht angestrebt wurden. Das Problem besteht also in der Frage, ob und gegebenenfalls wann der Zustand eintritt, daß durch »gewollte« Verträge letztlich doch auch »ungewollt« Gewohnheitsrecht entsteht.

Bei dieser Art von Rechtserzeugung sind wiederum viele verschiedene Situationen unterscheidbar.

Die Tatsache des Vertragsschlusses kann bedeuten, daß die Parteien ihn wünschen, weil auf diesem Gebiet Regeln des Gewohnheitsrechts bisher nicht bestanden; die Vertragsparteien sind sich vielleicht darüber im klaren, daß entsprechendes Gewohnheitsrecht durch derartige Verträge nicht entstehen wird, sondern daß es bei derartigen Sonderregelungen bleiben wird.

Weiter ist vorstellbar, daß entsprechendes Gewohnheitsrecht — wie im eben beschriebenen Fall — nicht besteht und daß die Parteien vertraglich entsprechende Verbindlichkeiten herstellen wollen, niemand aber an die Entstehung von Gewohnheitsrecht durch diese Verträge denkt, letzteres sich aber dann doch auf diesem Wege bildet und von den Mitgliedern der Staatengemeinschaft im Laufe der Entwicklung als verbindlich akzeptiert wird<sup>7)</sup>).

Die Parteien eines Vertrages wollen vielleicht auch bereits bestehendes, dispositives Gewohnheitsrecht für den Einzelfall des Vertrages abbedingen; es entsteht jedoch kein neues Gewohnheitsrecht, das bisheriges Gewohnheitsrecht ändert, sondern die Verträge bleiben im Hinblick auf fortbestehendes Gewohnheitsrecht Sonderregelungen.

Verträge könnten auch für den Einzelfall bereits bestehendes, dispositives Gewohnheitsrecht abbedingen und jedenfalls zu dem Effekt führen, daß altes, bestehendes Gewohnheitsrecht so aufgehoben wird, dennoch aber kein neues Gewohnheitsrecht auf diese Weise entsteht.

Von schon bestehendem Gewohnheitsrecht könnte im Einzelfall durch Vertragsschluß auch abgewichen werden, wobei dann der Effekt denkbar ist, daß das alte Gewohnheitsrecht auf diese Weise generell verschwindet und sich neues Gewohnheitsrecht bildet, das dem Inhalt der neueren Verträge entspricht<sup>8)</sup>).

7) WVRK Art. 38: "Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such".

8) Ähnlich werden die denkbaren Kombinationen beschrieben von F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1960), S. 59 f.

Auch noch weitere Fragen ergeben sich neben denjenigen, deren mögliche Variationen soeben dargestellt wurden. Es könnte sein, daß Verträge sogar subjektiv und also mit dem Willen der Vertragspartner dahingehend abgeschlossen werden, es solle aus diesen Verträgen kein Gewohnheitsrecht entstehen, sondern die Sonderregelungen sind als Ausnahmen gedacht, und gerade nach dem Wunsch und den Vorstellungen der Vertragsparteien sollte keine weitere Rechtsfolge eintreten<sup>9)</sup>. Die Frage erhebt sich also, ob dieser subjektive Wille der Vertragspartner die Macht hat, die Entstehung von Gewohnheitsrecht auf diesem Gebiet auszuschließen.

Das leitet über zu der Frage, ob den beteiligten Staaten der Einwand des *estoppel* entgegengehalten werden kann, weil trotz vieler gleichartiger Verträge ein Staat daran festhält, daß sein vertragliches Verhalten nur spezielle Verpflichtungen erzeugt hat und ihm nicht in zukünftigen Fällen entgegengehalten werden darf, sei es auch umgemünzt in die Gestalt des Gewohnheitsrechts<sup>10)</sup>.

Gesichert erscheint wohl die Feststellung, daß allein der subjektive Wille der Vertragspartner im Hinblick auf die Allgemeingültigkeit des Inhalts des Vertrages zwar nicht völlig irrelevant ist, aber doch von nur sehr geringer Bedeutung. Wenn also die Partner eines Vertrages den Wunsch hegen, daß aus diesem Vertrag Gewohnheitsrecht entstehen soll, oder auch, daß eine solche Wirkung gerade nicht eintreten soll, ist im Zweifel diese ihre Willensrichtung für andere Staaten bedeutungslos. Würde man von dieser Rechtsvermutung abweichen, wäre der erste Schritt in Richtung auf die Abkehr von dem doch als allgemein gültig angesehenen Rechtsatz getan, wonach Verträge nicht zulasten Dritter im Rechtssinne verstanden werden dürfen<sup>11)</sup>.

Vielleicht könnte bei einem Kollektivvertrag und bei zahlenmäßig großer Beteiligung etwas anderes gefolgert werden. Allein auf den Willen der Vertragspartner jedoch kann es für die aufgezeigten Rechtswirkungen wohl niemals ankommen; immer müßten noch weitere Umstände hinzutreten, worauf noch zurückzukommen ist.

---

<sup>9)</sup> Indus Waters Treaty, Karachi, 19. 9. 1960, Art. XI (2), UNTS Bd. 125, S. 419: "Nothing in this Treaty shall be construed by the Parties as in any way establishing any general principle of law or any precedent".

<sup>10)</sup> Die Frage stellt sich vor allem auch bei ordentlicher Vertragskündigung, die gemäß Art. 43 WVRK von den Regeln des Gewohnheitsrechts nicht dispensieren soll, wobei aber an den Fall der Mitbegründung des in Frage stehenden Gewohnheitsrechts gerade durch den gekündigten Vertrag wohl nicht gedacht ist.

<sup>11)</sup> WVRK Art. 34.

Von gewisser Bedeutung in diesem Zusammenhang mag allerdings auch die Geltendmachung von Vorbehalten anlässlich des Vertragschlusses sein<sup>12)</sup>. Ein solcher Vorbehalt könnte sich nämlich als eine Art Rechtsverwahrung auch in dieser Beziehung darstellen, d. h. ein Staat, der erklärt, er schließe einen Vertrag nur unter Protest und obwohl er die Rechtsfolgen für aufgezwungen halte, wirkt sicher ein im Hinblick auf die Nichtentstehung allgemeiner Regeln auf dem Gebiet des so zustande gekommenen Vertragsinhalts<sup>13)</sup>. Das könnte gerade bei dem Abschluß von Friedensverträgen der Fall sein.

Durchaus aber ist mit diesen Betrachtungen der Kreis der möglichen Probleme noch nicht erschöpft, denn immer noch ergeben sich weitere Gesichtspunkte. So muß man fragen, ob dann, wenn häufige Vertragsschlüsse zur Bildung von Gewohnheitsrecht des gleichen Inhalts führen können, im Rahmen der Bildung des Gewohnheitsrechts hierdurch das Element der Übung oder dasjenige der Rechtsüberzeugung oder aber beides zum Ausdruck gebracht wird.

Bei näherer Betrachtung stellt sich dann die weitere Frage, ob gerade diejenige Übung, die man bisher als ein wesentliches Element der Gewohnheitsrechtsbildung angesehen hat, überhaupt durch Vertragsschlüsse zum Ausdruck kommen kann. Sieht man nämlich schon als Inhalt dieses Begriffs der Übung nur ein solches Verhalten an, das außervertraglich zum Ausdruck kommt, müßte diese Übung jedenfalls sich auf andere Verhaltensweisen der Staaten beziehen, etwa auf einseitige Staatsakte, auf die Staatenpraxis im Rahmen der nationalen Gerichtsbarkeit oder auf faktische Verhaltensweisen im Verkehr der Staaten untereinander<sup>14)</sup>.

Eben die gleiche Frage entsteht auch im Hinblick auf das Element der Rechtsüberzeugung bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht. Es fragt sich nämlich auch hier, ob denn die für das Gewohnheitsrecht notwendige Rechtsüberzeugung überhaupt Verträgen entnommen werden kann. Man könnte immerhin behaupten, daß die für die Bildung von Gewohnheitsrecht notwendige Rechtsüberzeugung eben auch nur der

---

<sup>12)</sup> Baxter, *Treaties and Custom*, a. a. O. (Anm. 2), S. 48 ff.; dazu auch IGH im *Festlandsockel-Fall*, ICJ Rep. 1969, S. 4 ff.; zu beachten auch WVRK Art. 21 ff.

<sup>13)</sup> Zu der gesamten Frage I. C. McGibbon, *Customary International Law and Acquiescence*, *British Year Book of International Law* 1957, S. 115 ff., der in diesem Zusammenhang auch die Rechtswirkung des Protests untersucht.

<sup>14)</sup> Diese Frage wird berührt von M. Sørensen, *Les sources du droit international* (1946), S. 97, der selbst keinen rechtlich relevanten Unterschied darin sieht, ob die Staatenpraxis durch Verträge oder durch einseitige Staatsakte nachgewiesen wird.

außervertraglichen Staatenpraxis entnommen werden kann und darf.

Wie gezeigt, ist das Bild der möglichen Konstruktionen, Konstellationen der Rechtselemente und wertenden Betrachtungen in seiner Vielfalt verwirrend. Es sollte hier auch zunächst nur gezeigt werden, wie schwer oder gar unmöglich es ist, für alle genannten Fälle und Rechtskonstellationen eine einheitliche Antwort zu geben. Hierin mag auch der Grund liegen, warum eine klare Systematisierung dieser verwirrenden und sich sowohl gegenseitig ausschließenden als auch gerade ergänzenden Rechtslagen und Argumente bisher kaum erfolgt ist. Auch die hier dargebotene Untersuchung kann und will nur Teilaspekte zutage fördern, allerdings mit dem Ziel, gerade wesentliche Gesichtspunkte für das genannte Problem zu beleuchten.

## 2. Meinungsstand

Die bisherigen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung zu dem aufgezeigten Problemkreis können relativ kurz dargestellt werden. Man hat sich im Vergleich zu anderen Problemen der Rechtsquellenforschung mit den hier interessierenden Fragen durchaus nicht sehr häufig befaßt; der größte Teil der Äußerungen beschränkt sich auf Andeutungen, die zwar in sachdienlicher Weise das Problem treffen, jedoch auch meist bei dieser Feststellung stehen bleiben. Wie nicht anders zu erwarten, wiederholen sich diese Ausführungen, woran sich aber vor allem auch die Relevanz der Fragestellungen erweist<sup>15)</sup>.

Niemand eigentlich schließt aus, daß der Abschluß völkerrechtlicher Verträge mittelbar auch zur Bildung neuen Gewohnheitsrechts oder auch zur Vernichtung bestehenden Gewohnheitsrechts führen kann. Immer auch wird wohl richtig gesehen, daß die Tatsache der Vertragsschlüsse auch bedeuten kann, auf diesem Gebiet könne nach Auffassung der Vertragspartner und der Staatengemeinschaft nur der Vertragsschluß neues Recht schaffen<sup>16)</sup>.

<sup>15)</sup> Kurze Hinweise gibt es z. B. bei W. Wengler, *Völkerrecht*, Bd. 1 (1964), S. 182; Ch. Hyde, *International Law* (1951), S. 10; A. Verdross, *Die Quellen des universellen Gewohnheitsrechts* (1973), S. 115; auch schon bei G. Gianni, *La coutume en droit international* (1931), S. 137 f.

<sup>16)</sup> Baxter, *Treaties and Custom*, a. a. O. (Anm. 2), S. 81; L. Kopelmanas, *Custom as a Means of the Creation of International Law*, *British Year Book of International Law*, Bd. 18 (1937), S. 136 f.

Recht selten wird die Frage behandelt, ob die Tatsache des häufigen oder unter großer Beteiligung vorgenommenen Vertragsschlusses nun geeignet ist, gerade die Übung oder gerade die Rechtsüberzeugung als Entstehungselement des Gewohnheitsrechts nachzuweisen, oder ob gar insoweit ein Unterschied nicht gemacht werden könne<sup>17)</sup>.

Verbreitet scheint die Auffassung, daß schlechthin schon der Nachweis eines Konsenses, beruhend auf Vertragsschlüssen, der ausschlaggebende und zu allgemeiner Rechtserzeugung führende Vorgang sei<sup>18)</sup>. Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, daß das Gewohnheitsrecht und das Vertragsrecht in ihrem Geltungsgrund gar nicht so unterschiedlich seien<sup>19)</sup>. Wie immer man einzelne Elemente der Geltungsgründe auch beurteile, feststehe doch, daß beide Rechtsquellen auf dem Begriff der Einigung im weitesten Sinne beruhen. Das Gewohnheitsrecht bedürfe der Einigung der Teilnehmer an der Rechtsordnung zu seiner Geltung; bei dem Vertragsrecht sei dieses Grundelement in vollem Umfang evident.

Es sei schon hier bemerkt, daß nach dieser Auffassung der Begriff der Übung auch durchaus bei der Gewohnheitsrechtsbildung in starkem Maße zurücktreten könnte<sup>20)</sup>. Diese Auffassung kann in moderner Zeit durchaus eine Stütze erfahren durch die Feststellung, daß in mancher Hinsicht in der modernen Welt und gerade unter dem Gesichtspunkt der schnellen technischen Entwicklung für eine Übung gar keine Gelegenheit mehr sein könnte, will man den dringendsten Gegebenheiten Rechnung tragen.

<sup>17)</sup> Von G. Jaenicke, Völkerrechtsquellen, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3 (1962), S. 770, wird ein entsprechender Unterschied nicht festgestellt, denn zunächst ist von der Bestätigung einer Rechtsüberzeugung die Rede, dann von dem Beweis der Gewohnheit; nur auf die Frage der Rechtsüberzeugung ist hingewiesen bei Dahm, a. a. O. (Anm. 3), S. 21.

<sup>18)</sup> Kelsen/Tucker, Principles of International Law (1967), S. 444: "... some modern writers ... maintain that customary international law is created by the common consent of the States ..."; vgl. auch die kurze aber besonders aufschlußreiche Darstellung von sog. Konsenttheorie und Unterwerfungstheorie bei Verdross/Verosta/Zemanek, Völkerrecht (5. Aufl. 1964), S. 138 f.

<sup>19)</sup> M. Hagemann, Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 10 (1953), S. 79, legt dar, daß der Gerichtshof geneigt sei, den Gewohnheitsrechtssatz als »das Produkt eines stillschweigenden Vertrages« anzusehen, womit die *opinio iuris* »in der Gestalt des Vertragswillens zum eigentlichen Promotor des Gewohnheitsrechts« werde.

<sup>20)</sup> IGH, *Festlandsockel-Fall*, ICJ Rep. 1969, S. 43, wo ausgeführt ist, daß der Zeitablauf der »Übung« nicht entscheidend sein müsse; vgl. vor allem auch M. Lachs, ICJ Rep. 1969, S. 231.

Häufig wird gesagt, Vertragsklauseln könnten durch vielfache Verwendung zwar zur Bildung von Gewohnheitsrecht entsprechenden Inhalts führen, jedoch sei ein solcher Vorgang nur dann anzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Klauseln der Generalisierung fähig seien<sup>21)</sup>. Wann Vertragsklauseln diesem Erfordernis genügen, wird zwar an Beispielen erläutert, jedoch fehlt dann der Versuch, auf dieser Rechtsgrundlage zu systematisieren. Auch sind die für diese Ansicht gegebenen Beispiele durchaus nicht immer überzeugend. Es muß auch bemerkt werden, daß schon der Begriff der Generalisierungsfähigkeit eigentlich selbst noch näher erläutert werden müßte.

Endlich wird auch — meist ohne nähere Erklärung — zum Nachweis des Entstehens von Gewohnheitsrecht schlechthin auf die Tatsache vielfachen Vertragsschlusses verwiesen<sup>22)</sup>.

Die knappe Beschreibung dieses Meinungsstandes sollte nicht etwa dazu dienen, die wissenschaftlichen Ausführungen, die zu diesem Thema bisher gemacht worden sind, als untauglich zu kritisieren. Im Gegenteil, eine Übersicht über die entsprechenden bisherigen Äußerungen zeigt, daß die wissenschaftliche Untersuchung dieses Problem immer richtig erkannt hat und seine Bedeutung nicht unterbewertete.

### 3. Systematisierungsversuch

Vorab sei festgestellt — falls das noch nicht genügend erläutert sein sollte —, daß es sich bei der aufgeworfenen Frage durchaus nicht um ein rein akademisches Gedankenspiel handelt, sondern daß die Lösung des Problems von aktuellem und fast täglichem Interesse ist.

Es kann nämlich bei der Auseinandersetzung über eine Streitfrage des Völkerrechts gerade für die Lösung der konkreten Rechtsbeziehungen von der einen Seite behauptet werden, der andere Teil habe sich rechtswidrig verhalten, weil er gegen bestehendes Gewohnheitsrecht verstoßen habe, dessen Inhalt an Hand zahlreicher Vertragsschlüsse nachweisbar sei<sup>23)</sup>. Die Akzeptierung oder Zurückweisung einer solchen Behauptung

<sup>21)</sup> D'Amato, *The Concept*, a. a. O. (Anm. 4), S. 105.

<sup>22)</sup> IGH, *Festlandsockel-Fall*, a. a. O., S. 41.

<sup>23)</sup> Ein besonders illustratives Beispiel findet sich in einem Memorandum des US-Staatssekretärs vom 1. 12. 1916 (*Foreign Relations*, 1916, Suppl., S. 668 ff.), wo ausgeführt ist, die von der britischen Regierung geäußerte Auffassung, wonach bestimmte Verträge geeignet seien, auch den Bestand von Gewohnheitsrecht nachzuweisen, sei falsch, denn diese Verträge seien gerade als eine Abweichung vom bestehenden Gewohnheitsrecht gemeint.

wäre geeignet, den konkreten Rechtsstreit zu erledigen<sup>24</sup>).

Will man aber der Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragen näher kommen, liegt es nahe, zunächst — da es doch vor allem um die Geeignetheit oder Ungeeignetheit bestimmter Verträge geht — zu prüfen, ob bilaterale Verträge oder Kollektivverträge unterschiedlich zu bewerten sind. Man könnte daran denken, daß Kollektivverträge geeigneter zur allgemeinen Rechtserzeugung sind, da sie schon von der Partnerzahl her eine bestimmte Gewichtigkeit aufweisen.

Soweit solche Verträge allerdings ein gemeinsames Regime errichten, wird ihr Inhalt für den genannten Effekt weitgehend ungeeignet sein, denn hier vereinbaren Staaten vor allem ein organisatorisches Verhalten, das der Abstraktion kaum fähig ist. Organisationen mit Kompetenzverteilungen könnten in vielfältiger Art vorgenommen werden. Die Strukturen internationaler Organisationen weisen allerdings durchgehend sehr ähnliche Merkmale auf, so daß selbst hier eine gewisse Generalisierungsfähigkeit — mit allem Vorbehalt gesagt — zu bestehen scheint.

Es ist auch nicht auszuschließen, daß sog. *law-making-treaties* auch Klauseln allgemeiner Art enthalten. Ist das der Fall, dann ist wohl ein Unterschied zu bilateralen Verträgen insoweit nicht gegeben und ebenso nicht zu solchen multilateralen Verträgen, die kein organisatorisches Regime errichten. Es kommt dann wieder auf die einzelne zu beachtende und zu betrachtende Vertragsklausel an.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hingewiesen worden, daß reine Austauschverträge zur Erzeugung von Drittwirkung der genannten Art nicht geeignet seien<sup>25</sup>). Auch das ist aber nicht schlechthin einzusehen. So könnten völkerrechtliche Kaufverträge doch durchaus Regeln für ein auch außervertraglich oder vorvertraglich zu erwartendes Verhalten begründen. Würde in vielen Kaufverträgen z. B. ein bestimmter Anspruch im Hinblick auf die Rechtsfolgen nichtrechtzeitiger Leistung vereinbart, könnte das auch gelten für Verzugsfolgen bei außervertraglich zu gewährenden Leistungsansprüchen.

Ebensowenig wie die Unterscheidung zwischen bilateralen und multilateralen Verträgen oder diejenige zwischen gegenseitigen Verträgen und Kollektivverträgen, ist die schon erwähnte Feststellung mancher Autoren aufschlußreich, wonach nur Vertragsklauseln in Betracht kommen, die

<sup>24</sup>) Sørensen, a. a. O. (Anm. 14), S. 95–98, zeigt, daß der Rechtsprechung internationaler Gerichte nicht zu entnehmen ist, wann man Verträge als Gewohnheitsrecht begründend qualifizieren kann; vielmehr scheine insoweit ein recht freies Ermessen ausgeübt zu werden.

<sup>25</sup>) D'Amato, *Treaties as a Source of International Law*, a. a. O. (Anm. 2), S. 15.

der Generalisierung fähig sind. Es ist nämlich umgekehrt die Frage zu stellen, welche Klausel — theoretisch — eigentlich nicht der Generalisierung fähig wäre. Nahezu jedes versprochene Verhalten könnte gegebenenfalls auch als allgemein versprochen und außervertraglich beanspruchbar konstruiert werden. Warum das dennoch nicht immer geschieht oder gar in vieler Hinsicht eine seltene Ausnahme darstellt, muß wohl auf anderen Gründen als dem Mangel an Generalisierungsfähigkeit beruhen.

Eine starke Evidenz hingegen hat die Feststellung für sich, daß eine allgemeine Bindung an in Verträgen niedergelegte Grundsätze im Sinne von Gewohnheitsrecht nicht vermutet werden kann, sondern, im Gegenteil, besonderen Nachweises bedarf<sup>26)</sup>.

Viele und grundsätzliche Rechtsauffassungen im Völkerrecht stützen diese Feststellung. So wird die freiwillige Einschränkung der staatlichen Souveränität im Völkerrecht wohl niemals vermutet, sondern das Gegenteil ist der Fall; darin gerade liegt doch die hiervon abweichende Bedeutung des sog. supranationalen Rechts<sup>27)</sup>. Der Wille zur Aufrechterhaltung der Souveränität wird präsumiert. Das gleiche zeigt sich bei der Auslegung von Verträgen, die, mangels besonderer Anzeichen, restriktiv im Sinne der Souveränitätsbewahrung vorzunehmen ist<sup>28)</sup>. Im hier behandelten Zusammenhang bedeutet das, daß jedenfalls im Zweifel häufiger Vertragschluß kein Gewohnheitsrecht erzeugt, obwohl das durchaus bestritten ist.

Der Nachweis einer Besonderheit scheint nur — und hier sei das Ergebnis der Überlegungen stichwortartig vorweggenommen — im Sinne einer erkennbaren Interessenlage der Staatengemeinschaft geführt werden zu können<sup>29)</sup>.

<sup>26)</sup> Hagemann, a. a. O. (Anm. 19), S. 66: »Man darf daher wohl schließen, daß der Gerichtshof völkerrechtliche Verträge nur ungern Ansätze einer entsprechenden zwischenstaatlichen Übung sein läßt«. Es wird dann darauf hingewiesen, daß der StIGH in dieser Hinsicht wohl großzügiger gewesen sei. Aufschlußreich auch die Entscheidung *West Rand Gold Mining Co. v. R.* (1905) 2 K. B. 391 (407), wo es heißt, eine Regel des Gewohnheitsrechts sei nur vorhanden, wenn sie "... is of such nature, and has been so widely and generally accepted, that it can hardly be supposed that any civilized State would repudiate it".

<sup>27)</sup> Über die »dynamische« Auslegung supranationalen Rechts H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 131.

<sup>28)</sup> Rechtsgutachten des StIGH vom 21. 11. 1925, PCIJ, Series B No. 12, S. 25: "Between several admissible interpretations, the one which involves the minimum of obligations for the Parties should be adopted".

<sup>29)</sup> Doch sei auch hier schon darauf hingewiesen, daß damit etwas anderes gemeint ist als die von McDougal (*The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea*, AJIL, Bd. 49 [1955], S. 361) angeführte *reasonableness*, von der McGibbon, a. a. O. (Anm. 13), S. 135, richtig sagt, daß sie nur die Entstehungsursache der Rechtsregel erkläre, nicht aber ihren Geltungsgrund.

Es handelt sich dabei nicht um einen neuen Gesichtspunkt, doch aber um die Frage der Akzentuierung von Merkmalen im geltenden Recht. Bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht ist das Merkmal der Rechtsüberzeugung nämlich nicht eindeutig.

Nicht die alte Frage, ob eine solche überhaupt notwendig ist, unterstellt werden kann oder gar immer fingiert wird, sondern der Grad ihrer Intensität scheint hier ausschlaggebend.

Die *necessitas* muß nicht immer gleich stark empfunden werden<sup>30</sup>). Im hier behandelten Zusammenhang bedeutet das: Die Rechtsüberzeugung, daß eine in vielen Verträgen enthaltene Klausel nun auch außervertraglich Geltung beanspruchen könne, kann darauf gegründet sein, daß ein solcher Effekt als nützlich angesehen wird, als vorteilhaft für das Zusammenleben der Staatengemeinschaft, als begrüßenswert, als notwendig zur Vermeidung ernster Konflikte – oder auch als unerlässlich für die zukünftigen Rechtsbeziehungen, als schlechthin unvermeidlich oder auch als ein Effekt, ohne den ein Zusammenleben weder faktisch möglich noch rechtlich weiterhin erträglich erscheint.

Die Intensität der Interessenlage und damit der Wünschbarkeit einer rechtlichen Regelung kann also mehr oder weniger stark sein. Mit anderen Worten: Es ist ein Unterschied, ob die sog. Rechtsüberzeugung bedeutet, eine Regelung sollte stattfinden, oder ob sie bedeutet, diese Regelung muß stattfinden.

Es scheint, als sei hier ein Ansatzpunkt zumindest für die Aufklärung des aufgezeigten Problems zu finden. Es könnte sein, daß der Inhalt völkerrechtlicher Verträge als Gewohnheitsrecht begründend dann angesehen wird, wenn ein besonderes intensives Interesse an dem entsprechenden Rechtszustand im beschriebenen Sinne besteht – abzuwägen, und das sei betont, gegen das schon genannte Hemmnis der nicht zu vermutenden Souveränitätsaufgabe. Die Feststellung, inwieweit das eine oder das andere Moment überwiegt, könnte ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage sein, ob eine außervertragliche Rechtserzeugung aus der Vertragspraxis abzuleiten ist, oder auch für die Frage, ob bestehendes Gewohnheitsrecht durch Vertragspraxis vernichtet wurde.

Es sollen nun Beispiele erläutern, was hier gemeint ist. Das Recht zum Angriffskrieg war – in gewisser Weise als Mittel der Souveränitätsausübung – einst anerkannt. Das Eroberungsrecht war einst nicht suspekt<sup>31</sup>).

---

<sup>30</sup>) J. G. Starke, *An Introduction to International Law* (6. Aufl. 1967), S. 37.

<sup>31</sup>) A. Tobler, *Eroberung*, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch*, Bd. 1 (1960), S. 438 ff.

Das Gewaltverbot entstand dann auf vertraglicher Grundlage mit seinen ersten ernsthaften Ansätzen im Rahmen der Satzung des Völkerbundes. Niemand kann exakt sagen, wann das Gewaltverbot, was heute doch überwiegend angenommen wird, zu einem auch außervertraglich geltenden Rechtssatz wurde. Befördert durch die Erkenntnis, daß die moderne Waffentechnik zur Vernichtung der Staaten führen kann, und befördert durch die Erkenntnis, daß die Menschenrechte in der Weltbevölkerung, auf deren Akklamation auch die Staatsregierungen angewiesen sind, recht strikte Forderungen aufstellen, steigerte sich das Rechtsinteresse an dem Verbot der Gewalt in intensivster Weise.

Der formale Verzicht etwa auf militärische Ausnutzung des Welt-raums war dann schon fast ein deklaratorischer Vorgang<sup>32)</sup>. Das Interesse an der Aufrechterhaltung der staatlichen Souveränität, die durch jede Rechtsbindung umfänglich eingeschränkt wird, trat zurück.

Ganz ähnliche Erwägungen bestätigen die Entwicklung im humanitären Kriegerrecht. Zahlreiche Verträge seit Beginn des 20. Jahrhunderts führten wegen der Interessensteigerung und gegen die Souveränitätsbewahrung zu dem Ergebnis, daß Grundregeln des Rechtes im Kriege zu außervertraglichem und also Gewohnheitsrecht wurden<sup>33)</sup>.

Die Entwicklung allgemeiner Grundsätze über den Bestand von völkerrechtlichen Menschenrechten zeigt insoweit ein gleichartiges Bild. Als Beispiel sei das Verbot des Sklavenhandels genannt<sup>34)</sup>. Es bildete sich kein gewohnheitsrechtlicher Satz, daß dieser Handel verboten sei, sondern Verträge stehen am Anfang dieser — wenn man so will — Souveränitätsbeschränkung<sup>35)</sup>; doch war das Interesse an einem Verbot so stark, daß heute ein Zweifel an einer außervertraglichen Geltung ernstlich nicht erhoben werden würde.

Die Entwicklung der Menschenrechte zeigt auch, daß das hier als Merkmal hervorgehobene gesteigerte Interesse der Staatengemeinschaft nicht nur auf Machtfragen im profanen Sinne beschränkt ist, sondern

<sup>32)</sup> Vertrag über die Grundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nutzung des Weltraums einschließlich des Mondes und anderer Himmelskörper, Art. IV, BGBl. 1969 II, S. 1969; UNTS Bd. 610, S. 205.

<sup>33)</sup> H. Strebel, Kriegsgefangene, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 2 (1961), S. 346, bejaht das mit Recht jedenfalls für einen Teil des Inhalts der Genfer Konventionen vom 12. 8. 1949.

<sup>34)</sup> Dazu H. Bülcck, Sklavenhandel, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3 (1962), S. 275 ff.

<sup>35)</sup> Supreme Court, USA, *The Antelope*, 10 Weat. (1825) 66, S. 122, wo ausgeführt ist, daß es einem souveränen Staat freistehe, ob seinen Staatsangehörigen der Sklavenhandel verboten werde.

auch auf – wenn man so sagen will – moralische Macht sich zu stützen vermag. Das gilt, um ein weiteres Beispiel zu nennen, auch für das zunächst vertraglich initiierte Selbstbestimmungsrecht, wie es z. B. im vertraglichen Minderheitenschutz seinen Anfang nahm und das jenseits aller bestehenden Verträge heute wohl als Gewohnheitsrecht gelten muß<sup>36)</sup>.

Aufschlußreich für die hier aufgeworfene Frage ist vor allem auch das völkerrechtliche Fremdenrecht in weitestem Sinne. Warum eigentlich hat sich angesichts fast unzähliger Auslieferungsverträge ein Satz des Gewohnheitsrechts, wonach Straftäter dem verfolgenden Staat zu übergeben sind, nicht gebildet<sup>37)</sup>? Der Grund mag darin liegen, daß der souveräne Staat, wenn er es für notwendig hält, die sog. stellvertretende Strafrechtspflege für Auslandsstraftaten durchaus durchführen kann, daß also das Interesse an Kooperation nicht so groß ist wie dasjenige, die Souveränität in dieser Beziehung zu wahren.

Andererseits zeigt sich das Interesse an der gemeinsamen Verfolgung von sog. Weltrechtsdelikten.

Das Auslieferungsrecht gibt noch zu weiteren Erwägungen Anlaß. Die Vertragsklausel, wonach politische Täter nicht ausgeliefert werden müssen, wird so zahlreich verwendet, daß man die Schlußfolgerung ziehen könnte, sie gelte auch, wenn sie in einen Auslieferungsvertrag nicht aufgenommen wurde, also in gewisser Weise auch außervertraglich. Hier war und ist aber offenbar das Interesse der Staaten, die Besonderheit politischer Straftaten zu berücksichtigen, doch nicht so stark, daß die entsprechende Klausel zum Gewohnheitsrecht wurde<sup>38)</sup>.

Das Recht der Staaten, Asyl für politisch Verfolgte zu gewähren, ist außervertraglich anerkannt worden. Immer wieder werden Versuche gemacht, es vertraglich zu regeln, was nur einen Sinn hätte, wenn man aus dem Recht eine Pflicht machen würde<sup>39)</sup>. Aber auch dann, wenn es zu entsprechenden Verträgen käme, bestünde wohl bei Betrachtung der überschaubaren Möglichkeiten der Rechtsentwicklung keine Aussicht, daß die Pflicht zur Asylgewährung zu einem Gewohnheitsrechtssatz würde.

<sup>36)</sup> K. Doehring, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker als Grundsatz des Völkerrechts (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 14) (1974), S. 14.

<sup>37)</sup> Vgl. dazu auch Baxter, *Treaties and Custom*, a. a. O. (Anm. 2), S. 84.

<sup>38)</sup> Während bei Oppenheim/Lauterpacht (*International Law*, Bd. 1 [8. Aufl.], S. 706 f.) ein allgemeiner Rechtssatz bestätigt zu werden scheint, wird eine andere Auffassung vertreten von Dahm, a. a. O. (Anm. 3), S. 283, und Berber, a. a. O. (Anm. 8), S. 392, die beide aber doch bei drohender unmenschlicher Behandlung ein Abweichen vom Verträge zuzugestehen scheinen.

<sup>39)</sup> Dazu K. Doehring, Der Konventionentwurf der International Law Association über die Gewährung territorialen Asyls, *ZaöRV* Bd. 33 (1973), S. 56 ff.

Dem Interesse der Staaten — hier sei eine Prognose erlaubt — würde aus Gründen der Bewahrung der Staatssicherheit eine Asylgewährungspflicht gerade nicht entsprechen.

Zahlreiche Handels-, Freundschafts- und Niederlassungsverträge enthalten die Zusicherung der sog. Inländergleichbehandlung<sup>40</sup>). Dennoch würde wohl niemand behaupten, daß dieser Grundsatz nun auch zu einem Bestandteil des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts gemacht wäre. Daran hat auch das vertragliche Diskriminierungsverbot in Kollektivverträgen — z. B. EWG-Vertrag — nichts geändert. Es fehlt das gesteigerte Staateninteresse, und es wird keine gesteigerte *necessitas* empfunden; im Gegenteil, die Staaten werden — und können — ihre Souveränität insoweit wahren.

Was für den außervertraglich nicht geltenden Grundsatz der Inländergleichbehandlung gilt, kann in ganz gleicher Weise für die zahlreich verwendete Meistbegünstigungsklausel angenommen werden; auch sie wird trotz häufiger vertraglicher Verbürgung nicht schon als Gewohnheitsrecht qualifiziert werden können.

Ebenso hat die häufige Vereinbarung von Schiedsklauseln kein außervertragliches Recht geschaffen<sup>41</sup>). Bisher ist ein solches Streitbeilegungsverfahren nicht als so notwendig empfunden worden, daß die staatliche Freiheit insoweit als generell eingeschränkt beurteilt wurde. Das kann sich durchaus einmal ändern. Ebenso wie man bei der Beurteilung der Tragweite der Einwendung der *clausula rebus sic stantibus* heute eine Pflicht zur Anpassung annimmt<sup>42</sup>), könnte eines Tages die Pflicht zur Schiedsvereinbarung entstehen; nur ist es aus den dargelegten Interessenabwägungen noch nicht dazu gekommen.

Während man eine solche allgemeine Pflicht zur Akzeptierung von Schiedsverfahren auch der Vertragspraxis nicht entnehmen kann, hat sich andererseits ergeben, daß ein Minimum an Gerichtsschutz für Fremde als gewohnheitsrechtliche Pflicht anzusehen ist, deren Nichterfüllung als Delikt des *déni de justice* in weiterem Sinne beurteilt wird<sup>43</sup>). Der Gerichts-

<sup>40</sup>) Z. B. Freundschafts-, Handels- und Schiffsfahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. 10. 1954, UNTS, Bd. 273, S. 3.

<sup>41</sup>) Auch die WVRK sieht in Art. 66 (a) die gerichtliche Streitbeilegung nur vor, wenn es sich um einen Streit über den Bestand zwingenden Rechts handelt, wobei wohl davon ausgegangen werden kann, daß gerade diese Vertragsbestimmung nicht deklaratorischer Natur sein sollte.

<sup>42</sup>) WVRK Art. 65 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 62.

<sup>43</sup>) K. Doehring, Fordert das allgemeine Völkerrecht innerstaatlichen Gerichtsschutz gegen die Exekutive? in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) Bd. 3 (1971), S. 240 ff.

schutz für Fremde ist in vielen Verträgen versprochen, und das Interesse an seiner Gewährung beruht auf der staatlichen Schutzpflicht für die eigenen Staatsangehörigen.

Die Respektierung des Privateigentums von Fremden hat zwar in der Völkerrechtsentwicklung durchaus nicht immer stattgefunden; dennoch hat man eine völkerrechtliche Eigentumsgarantie als Inhalt des Gewohnheitsrechts angesehen<sup>44)</sup>. Nun haben die Staaten, insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg, in vielen Friedensverträgen und anderen Verträgen vereinbart, daß auf Auslandsvermögen der Staatsangehörigen verzichtet werden kann<sup>45)</sup>, wobei die Frage der Entschädigung der so enteigneten Privatpersonen dem jeweiligen innerstaatlichen Recht zur Lösung überlassen bleibt. Man hatte offenbar das Empfinden, daß anders Friedensordnungen nach katastrophenartigen Ereignissen nicht wieder errichtet werden können. Die Frage erhebt sich nun, ob diese zahlreichen Vertragsschlüsse nicht auch die ursprüngliche außervertragliche Eigentumsgarantie modifiziert haben. Vielleicht würde einem Staat, der die Respektierung des Privateigentums seiner Staatsangehörigen einschränkungslos fordert, entgegengehalten, die Vertragspraxis zeige doch, daß ein Verzicht auf diese Garantie in besonderen Lagen als notwendig sich erwiesen habe<sup>46)</sup>, und so könne ein solcher Verzicht auch außervertraglich gefordert oder gar vorausgesetzt werden, wenn die gleiche Lage, insbesondere die gleiche Interessenlage, gegeben sei. Obwohl eine solche Schlußfolgerung zumindest verfrüht erscheint, wäre ihr doch auch nicht mehr ganz leicht mit Argumenten zu begegnen.

Noch ein letztes Beispiel sei vorgeführt. Zahlreiche Verträge, die im Rahmen des Fremdenrechts die Ausweisung einschränken, enthalten doch die Klausel, daß diese Einschränkung dann nicht gelten soll, wenn vitale Interessen des Aufenthaltstaates eine Ausweisung unbedingt notwendig erscheinen lassen<sup>47)</sup>. Sollte ein zukünftiger Vertrag diese *escape*-Klausel

---

<sup>44)</sup> M. Domke, Enteignung, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1960), S. 428 ff.

<sup>45)</sup> Z. B. Deutschlandvertrag, Überleitungsvertrag vom 26. 5. 1952 (23. 10. 1954), Teil 6 Art. 3 (1); Friedensvertrag mit Italien vom 10. 2. 1947, Art. 79, UNTS Bd. 49, S. 3 ff.

<sup>46)</sup> Der Bundesfinanzhof (10. 5. 1963, BFHE 77, 267) geht offenbar mit Selbstverständlichkeit davon aus, daß jeder Verzicht des Heimatstaates auf Privateigentum seiner Staatsbürger im Ausland vertraglich zulässig sei; ebenso Bundesgerichtshof vom 26. 2. 1963, RzW 1963, S. 525.

<sup>47)</sup> Z. B. Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955, Art. 3 und 28, BGBl. 1959 II, S. 998.

nicht enthalten, und sollte der Vertragspartner gegen Ausweisungen seiner Staatsangehörigen protestieren, wäre doch denkbar, daß dieser Protest unter Hinweis auf vielfache Vertragspraxis zurückgewiesen werden könnte. Es wäre dabei gleichgültig, ob man sich auf den Standpunkt stellt, es handele sich dabei um Vertragsauslegung und also nicht um die Bildung von Gewohnheitsrecht; denn jedenfalls hätte sich der in Frage stehende Rechtssatz doch derart gebildet, daß er zukünftige und noch gar nicht geschlossene Verträge in ihrer Ausgestaltung präjudiziert.

Für das rein außervertragliche Recht wäre aber auch ein Einfluß denkbar. Zwar ist jeder Staat frei, Fremde auszuweisen, jedoch wäre wohl auch hier eine Ermessensgrenze anzunehmen — wie z. B. bei der Massenausweisung<sup>48)</sup> —, und es wäre ein Rechtsmißbrauch des Aufenthaltsstaates nicht auszuschließen. Beides aber — Ermessensgrenze und Rechtsmißbrauch — könnte durch die genannte Vertragspraxis in einem anderen Licht erscheinen. Wenn man bedenkt, daß eine Resolution des Institut de droit international um die Jahrhundertwende noch feststellte, der Mangel an Arbeitsplätzen soll die Ausweisung nicht rechtfertigen<sup>49)</sup>, und ein derartiger Grund stelle einen Ermessensmißbrauch dar<sup>50)</sup>, könnte eine spätere Vertragspraxis im aufgezeigten Sinne doch von Bedeutung sein.

Das Ergebnis dieser Überlegungen stellt sich wie folgt dar. Die Behauptung allein, auf einem bestimmten Rechtsgebiet bestehe schon eine ausgedehnte Vertragspraxis, kann einen nicht durch derartige Verträge unmittelbar gebundenen, dritten Staat noch nicht zu einem entsprechenden Verhalten verpflichten. Weder die Zahl der Verträge, noch ihre Teilnehmerzahl oder Teilnehmerqualität allein können diesen Effekt herbeiführen<sup>51)</sup>. Immer müßte hinzukommen, daß festgestellt werden kann, die angeführte Vertragspraxis bestätige ein unabwendbares, intensives und

<sup>48)</sup> K. Doehring, Ausweisung, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1960), S. 132 (Massenausweisung).

<sup>49)</sup> Resolution vom 8. 9. 1888, Lausanne, Tableau général des résolutions, hrsg. von H. Wehberg (1957), S. 49 f., und Resolution vom 9. 9. 1892, Genf, Tableau général, S. 51 f.

<sup>50)</sup> Vgl. aber dazu z. B. die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin (14. 12. 1964, Gewerbearchiv Bd. 11, S. 143), wonach wirtschaftliche Belange für die Entscheidung über das Aufenthaltsrecht von Fremden in vollem Umfang beachtet werden dürfen.

<sup>51)</sup> H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht (1899), S. 53: »Es entbehrt jeder Begründung, eine sich inhaltlich in gleichmäßigen Bahnen bewegende Vertragsschließung lediglich wegen ihrer gleichförmigen Wiederkehr als Mittel einer Gewohnheitsrechtsbildung aufzufassen«.

als lebensnotwendig-empfundenes Interesse der Staatengemeinschaft oder auch ein solches Interesse, dem dasjenige an der Aufrechterhaltung der staatlichen Souveränität nicht in besonderem Maße entgegengesetzt werden kann<sup>52</sup>).

Dabei handelt es sich um mehr als den üblicherweise für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zu führenden Nachweis der *opinio iuris*. Es soll hier nicht nochmals darauf eingegangen werden, daß zum Teil diese *opinio iuris* für die Entstehung von Gewohnheitsrecht sehr gering bewertet wird, so daß man sie mit der Übung als gleichzeitig nachgewiesen betrachtet<sup>53</sup>). Eine solche Erwägung kann hier nicht helfen, denn gerade die Übung ist hier das Problem, d. h. die spezielle Übung durch Vertragspraxis.

Auch die Gegenposition, die lautet, Gewohnheitsrecht gerade als außervertraglich entstandenes Recht bilde sich nur unter der Annahme strikter Notwendigkeit als Merkmal der *opinio iuris*<sup>54</sup>), hilft hier nicht weiter, denn es gilt doch gerade, die Vertragspraxis als grundsätzlich vom Gewohnheitsrecht zu trennende Rechtsquelle auf ihre Tauglichkeit zu außervertraglicher Bindung zu prüfen; die Vertragspraxis muß also Besonderheiten gegenüber der sozusagen normalen Entstehung von Gewohnheitsrecht aufweisen.

Der richtige Test in dieser Lage scheint also nicht auf der Fragestellung zu beruhen, ob es viele entsprechende Verträge gebe und deshalb — wie immer man den Begriff der *opinio iuris* auslegt — Gewohnheitsrecht entstanden sei; sondern die richtige Fragestellung lautet wohl: würde — negativ ausgedrückt — die Nichtausdehnung von allgemein üblichen Vertragsklauseln auf das Gewohnheitsrecht der Interessenlage der Mitglieder der Staatengemeinschaft unerträglich widersprechen und also eine unerträgliche Lücke lassen? Wenn das Rechtsinteresse an der Befolgung einer solchen zunächst vertraglich entstandenen Lösung so intensiv ist, daß die Nichtbefolgung als deliktisches Verhalten empfunden wird, scheint der Kreis der Rechtserzeugung im beschriebenen Sinne geschlossen.

Das, was hier gesteigertes Interesse der Staatengemeinschaft genannt wird, bezieht sich wohl in erster Linie auf den Rechtswunsch zur Herstellung zwingenden Rechts.

Man könnte auch den Standpunkt vertreten, daß sog. *precedents* — entstanden auch aus Verträgen — neben den genannten Regeln des Art. 38 (1) c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs eine besondere, zusätz-

<sup>52</sup>) Hagemann, a. a. O. (Anm. 19), S. 79, zeigt, wie stark der IGH die Bedeutung der *opinio iuris* als wohl wichtigste Grundlage des Gewohnheitsrechts betont.

<sup>53</sup>) Baxter, *Treaties and Custom*, a. a. O. (Anm. 2), S. 68 f.

<sup>54</sup>) So Hagemann, a. a. O., S. 73 ff., über die Praxis des IGH.

liche Rechtsquelle bilden. Es ist aber unnötig, diese Frage hier zu entscheiden, denn hier kommt es nur darauf an festzustellen, ob eine außervertragliche Bindung der *precedents* aus Verträgen im konkreten Falle angenommen werden kann. Wenn und soweit das der Fall ist, liegt eine Staatenpraxis im Sinne des Gewohnheitsrechts als Übung und mit Rechtsüberzeugung vor.

Viele weitere Fragen müssen hier offen bleiben; es sollte nur der Start zur Lösung der beschriebenen Problematik erleichtert werden. So müßten nun Kriterien dafür gefunden werden, wie die aufgezeigte Interessenlage festgestellt und wie ihre Feststellung verbindlich gemacht werden kann. Ein internationales Gericht stünde dabei vor allem vor der Frage, ob es bei seiner Entscheidung ein sich erst anbahnendes, zukünftig zu erwartendes Rechtsinteresse der Staaten schon einbeziehen darf. Das sind Fragen, die sich auch im Rahmen der klassischen Interessenjurisprudenz gestellt haben, auf die aber hier nicht näher eingegangen werden soll.

Gerade weil aber das Völkerrecht keinen Gesetzgeber kennt, scheinen Grundgedanken der sog. Interessenjurisprudenz im Völkerrecht durchaus anwendbar. Wenn Heck sagt, man müsse die realen Interessen, welche das Gesetz verursacht haben, historisch richtig erkennen und die erkannten Interessen in der Fallentscheidung berücksichtigen<sup>55)</sup>, dann kann jedenfalls dieser Teilaspekt der Interessenjurisprudenz für die Frage nach der Normerzeugung im Völkerrecht aufschlußreich sein.

Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Rechtsordnung die Aufgabe hat, gerade auch Interessen zu bändigen und zu kanalisieren; das hindert aber nicht die Feststellung, daß der Rechtserzeugung bestimmte Interessen bereits zugrundeliegen.

Die besondere Problematik der hier dargebotenen Untersuchung einer Rechtsquelle liegt in der Untrennbarkeit von Faktenerkenntnis und Faktenwertung, denn auf diesem Gebiet werden Erkenntnis und Faktensammlung schon *per definitionem* zu Wertungen.

Meinen Ausführungen könnte entgegengehalten werden, dieses System stimme immer, denn wenn man eine Rechtsregel nicht feststellen kann, ist es leicht zu behaupten, das Interesse der Rechtserzeuger habe eben gefehlt. Es ist aber daran zu erinnern, daß diese Replik, wenn auch in anderer Art, bei jeder Fehlanzeige über den Bestand von Gewohnheitsrecht und gerade im Hinblick auf die *opinio iuris* erhoben werden kann.

---

<sup>55)</sup> Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, ArchZivPr. 112, S. 17, 60.

## Summary

## Customary Law as a Result of Treaties

The problem: Would it be admissible to conclude that the practice of treaty law may generate customary law. If the answer is in principle in the affirmative, under what conditions may this occur?

There is strong evidence in legal writing and court practice that courts are prepared to accept such a possibility. A clear cut answer, however, has not yet been given with respect to the conditions under which treaty law generates customary law.

All attempts to systematize conditions (*i.e.* generalization of treaty clauses, differentiation between multilateral treaties, bilateral treaties, conventions, other types of treaties, reservations) apparently failed to discuss the problem in an adequate manner.

It seems that a particular difficulty to develop such a system can be seen in the fact that *opinio iuris* and State practice, both of which are elements of traditional customary international law, cannot be clearly separated.

It is hard to achieve a common starting point for the qualification of treaty practice as generating customary law. Some argue that the pure consensus may form the basis of customary law and that the practice may be of less importance; other commentators find that the practice itself can be seen as evidence of consensus.

A differentiating and careful approach to solve this question may be found in a test of the real interests as demonstrated in State practice. The interest of State to generate legal rules binding for the community of nations of course must always be balanced with the interest of States to preserve their sovereignty. There are many examples to verify this test.