

Schriften zum Völkerrecht

Band 11

Zur Entstehung
von Völkergewohnheitsrecht

Von

Dr. Herbert Günther



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HERBERT GÜNTHER

Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht

Schriften zum Völkerrecht

Band 11

Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht

Von

Dr. Herbert Günther



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1970 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, entstanden unter der Betreuung von Herrn Professor Dr. *Gerhard Hoffmann*, wurde im Sommersemester 1969 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg/Lahn als Dissertation angenommen.

Sie versteht sich als Versuch, einmal durch eine möglichst umfassende, wenn auch notwendig kursorische Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Völkerrechtsdoktrinen und der Rechtsprechung vor allem des Internationalen Gerichtshofes einen Überblick über die bis heute entwickelten Theorien auf dem Gebiet des internationalen Gewohnheitsrechts zu geben. Darüber hinaus bemüht sie sich, mit dem methodischen Rüstzeug der „Reinen Rechtslehre“ von einem neuen Ansatz her den Prozeß der Entstehung von Völkergewohnheitsrechtsnormen in anderer Weise zu deuten als dies bisher überwiegend geschehen ist. Ihr besonderes Augenmerk gilt dabei der Lehre von der Notwendigkeit einer „Rechtsüberzeugung“ als Teil des untersuchten Normerzeugungsverfahrens. Für die Freiheit, die Herr Professor *Hoffmann* mir bei der Entwicklung dieser Gedankengänge gelassen hat, bin ich ihm zu besonderem Dank verpflichtet.

Die Arbeit wurde im Juli 1968 abgeschlossen, so daß die seither erschienene Literatur ebensowenig eingearbeitet werden konnte wie die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofes vom 20. Februar 1969 über die Abgrenzung des Nordsee-Kontinentalsockels zwischen den Niederlanden, der Bundesrepublik Deutschland und Dänemark, in der sich das Gericht — ebenso wie die abweichenden Stellungnahmen vor allem der Richter *Koretsky*, *Soerensen* und *Tanaka* — zu vielen der auch hier behandelten Fragen äußert. Im Schrifttum ist insbesondere auf die Festschrift für *Paul Guggenheim*, Genf 1968, zu verweisen, die eine Fülle von Aufsätzen gerade auch über die Lehren von den Quellen des Völkerrechts enthält. Sonstige Neuerscheinungen sind in einem Anhang zum Literaturverzeichnis nachgewiesen.

Dem Marburger Universitätsbund danke ich für seine Unterstützung bei dem Druck der Arbeit.

Marburg/Lahn, Dezember 1969

Herbert Günther

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	-----------

Erster Teil

Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht nach dem Schrifttum und staatlichen Äußerungen

Erster Abschnitt

Das Schrifttum 15

A. Völkerrecht als äußeres Staatsrecht	16
B. Die Selbstverpflichtungslehre	18
C. Die Vertragstheorie	22
D. Die Vereinbarungslehre	27
E. Die Grundnorm „pacta sunt servanda“	32
F. Die neuere Lehre von der Grundnorm	35
G. Die Theorie von der Rechtsüberzeugung	37
H. Die Lehre vom „droit objectif“	49
I. Völkergewohnheitsrecht als „spontanes Recht“	53

Zweiter Abschnitt

Staatliche Definitionen des Völkergewohnheitsrechts 58

A. Art. 38 Abs. I des Statuts des Internationalen Gerichtshofes	58
I. Würdigungen der Gesamtkonzeption	59
II. Zur Interpretation von Art. 38 Abs. I Ziff. b StIGH.....	61
III. Die Anwendung durch den StIG und den IGH	65
B. Andere staatliche Äußerungen	71
C. Zusammenfassung	73

**Die Entstehung des Völkergewohnheitsrechts, entwickelt
aus den individuellen Normerzeugungsverfahren**

Erster Abschnitt

Theoretische Grundlegung	75
A. Vorbemerkungen	75
B. Mögliche Fehlerquellen	77
I. Die Vermischung von Rechtsentstehung und Sollensbegründung ..	77
II. Die Gleichsetzung von Völker- und Landesgewohnheitsrecht	79
III. Präjudizierung des Ergebnisses durch rechtstheoretische Festlegungen	80
1. Der Staatswille als Grund rechtlicher Verbindlichkeit	80
2. Die Unverpflichtbarkeit des Staates	81
3. Das Völkergewohnheitsrecht als notwendig vertraglich entstandenes Recht	81
4. Die Rechtsnorm als Ergebnis eines Willensaktes.....	81
5. Das Sollen als Produkt des Wollens	83
C. Die Voraussetzungen	85
I. Die Rechtsquelleneigenschaft des Völkergewohnheitsrechts	86
1. Die rechtserzeugende Kraft der Gewohnheit	87
2. Die Völkerrechtsetzungssubjektivität der Staaten	89
II. Der Begriff des Rechts	90
1. Einwände gegen das „realistische“ Rechtsverständnis	91
2. Die Lehre vom „spontanen“ Recht	93
III. Der Dualismus von Sein und Sollen	96
IV. Die Notwendigkeit einer Einsetzungsnorm des Völkergewohnheitsrechts	97
1. Der Tatbestand	102
2. Die Methode zur Erkenntnis der Konstitutionsnorm	106

Zweiter Abschnitt

Anerkannte Verfahren zur Erzeugung von Völkergewohnheitsrechtsnormen	112
A. Gewohnheitsrechtsentstehung aus Verträgen	112
I. Die Bildung von Völkergewohnheitsrecht inter partes	116
II. Die Bildung von Völkergewohnheitsrecht zwischen den Parteien und Dritten.....	121
B. Gewohnheitsrechtsentstehung durch Unterlassen.....	123
C. Gewohnheitsrechtsentstehung durch Proteste	127
I. Die Folgen erhobener Proteste	127
II. Die Folgen unterlassener Proteste	132
1. Die Begründung aus dem Estoppel-Prinzip	140
2. Die Lehre von der „acquiescence“	145
III. Zusammenfassung	146

Dritter Abschnitt

Folgerungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrechtsnormen	147
A. Übereinstimmungen der untersuchten Verfahren.....	147
B. Einwände gegen die Lehren von der Rechtsüberzeugung	149
C. Versuch einer Definition des Völkergewohnheitsrechts	155
I. Die Bedeutung des Estoppel	155
II. Auswirkungen auf Einzelprobleme	159
D. Schlußbetrachtung	164
Schrifttumsverzeichnis	166

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AFDI	= Annuaire Français de Droit International
AJASH	= Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae
AJIL	= American Journal of International Law
Annuaire	= Annuaire de l'Institut de Droit International
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AR	= Amerikanische Rundschau
ARSPh	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWPh	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
ASJG	= Acta Scandinavica Juris Gentium
AVR	= Archiv des Völkerrechts
Berichte	= Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGBL	= Bundesgesetzblatt; Jahr, Teil und Seite
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYIL	= British Yearbook of International Law
CLP	= Current Legal Problems
CLQ	= Cornell Law Quarterly
CLR	= California Law Review
Clunet	= Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)
Cranch	= Cranch's United States Supreme Court Reports
CS	= Comunicazioni e Studi
Dallas	= Dallas' Pennsylvania and United States Reports
D. O.	= Dissenting Opinion
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
Ex. D.	= Exchequer Division of the English High Court of Justice
FW	= Die Friedenswarte
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBL. S. 1)
Grünhuts Zt.	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von C. S. Grünhut
GS	= Transactions of the Grotius Society
HILCJ	= Harvard International Law Club Journal
ICJ Pleadings	= International Court of Justice. Pleadings, Oral Arguments, Documents

ICJ Reports	= International Court of Justice. Reports of Advisory Opinions, Judgments and Orders
ICLQ	= International and Comparative Law Quarterly
IGH	= Internationaler Gerichtshof
IJIL	= Indian Journal of International Law
ILM	= International Legal Materials
ILR	= International Law Reports
Iowa LR	= Iowa Law Review
Ind. Op.	= Individual Opinion
IRD	= Internationales Recht und Diplomatie
JAIL	= Japanese Annual of International Law
JBl.	= Juristische Blätter
JiaöR	= Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht
JIR	= Jahrbuch für Internationales Recht
JUS	= JUS. Rivista di scienze giuridiche
JuS	= Juristische Schulung
K. B.	= King's Bench Division of the English High Court of Justice
MCC	= Mixed Claims Commission
Mitteilungen	= Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
MLR	= Michigan Law Review
NTIR	= Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
NYLF	= New York Law Forum
NZIR	= Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
ÖZöR	= Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PCIJ	= Permanent Court of International Justice; Serie und Faszikel
Proceedings	= Proceedings of the American Society of International Law
RC	= Recueil des Cours, Académie de Droit International
RDI	= Revue de Droit International (de Geouffre de La Pradelle)
RDIDC	= Revue de Droit International et de Droit Comparé
RDILC	= Revue de Droit International et de Législation Comparée
RDP	= Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger
Recueil Géný	= Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný
REDI	= Revue Egyptienne de Droit International
Revue	= Revue de Droit International (Paris, aux éditions internationales)
RGBl.	= Reichsgesetzblatt; Jahr, Teil und Seite
RGDIP	= Revue Générale de Droit International Public
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHDI	= Revue Hellénique de Droit International
RIAA	= Reports of International Arbitral Awards

RITD	=	Revue Internationale de la Théorie du Droit
Riv.	=	Rivista di diritto internazionale
SchwJIR	=	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
Sep. Op.	=	Separate Opinion
StIG	=	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StIGH	=	Statut des Internationalen Gerichtshofes bzw. des Ständigen Internationalen Gerichtshofes
Suppl.	=	Supplement
UN	=	United Nations
UNCIO	=	United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945; United Nations, New York, 1945 ff.
US(A)	=	United States (of America)
v.	=	versus
Wheaton	=	Wheaton, United States Supreme Court Reports
WVD	=	Strupp, Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie
WVR	=	Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts
YILC	=	Yearbook of the International Law Commission
Yale LJ	=	Yale Law Journal
ZaöRV	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZgS	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZöR	=	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZNUW	=	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego
ZVR	=	Zeitschrift für Völkerrecht

Einleitung

Normanwendung ist zum mindesten zweifache Subsumtion. Sie fragt, ob ein Sachverhalt vom Tatbestand einer Norm erfaßt ist, und weiter, ob diese denjenigen Erfordernissen entspricht, von denen ihre Verbindlichkeit abhängig gemacht ist, womit zugleich auf Grund erneuter, implizierter Subsumtion die Frage nach der Verbindlichkeit gerade dieser Voraussetzungen beantwortet wird.

Dieser Vorgang findet notwendig bei der Anwendung aller Sollenssätze statt, auch derer, die in Rechtsqualität auftreten wie die Sätze eines als Normenordnung begriffenen Völkerrechts. Für den Bereich des Völkergewohnheitsrechts¹ wird diese Notwendigkeit verschleiert, nicht aber beseitigt durch den Umstand, daß hier keine in ihrem Inhalt eindeutig nachweisbare Norm zur Verfügung steht, um dessen Konstitutionsbedingungen zu bestimmen, wie dies im innerstaatlichen Recht etwa für das Gesetz mit dem Rückgriff auf die Verfassung möglich ist².

Erfordert die Anwendung von Völkergewohnheitsrechtsnormen das Herausarbeiten ihrer Verbindlichkeitsbedingungen und ihres Inhalts, so wird diese Aufgabe noch erschwert durch die jeder gewohnheitsrechtlich entstandenen Norm eigentümliche Vermengung von Norminhalts- und Normvoraussetzungserkenntnis³. Vor dem Blick des Betrachters scheint die Entstehung von Inhalt und Verbindlichkeit der Norm in eins zu verschmelzen, sich nicht in jenen klaren Vorgang eingliedern zu lassen, in dem ein allgemeines, vorgegebenes Schema zur Normerzeugung benutzt wird⁴.

Da weiter jede Instanz fehlt, die kompetent wäre, den Inhalt einer Völkergewohnheitsrechtsnorm verbindlich zu formulieren⁵, und da sich auch der Rückgriff auf „authentische“ Interpretationen durch einzelne

¹ Vgl. hierzu D. O. Nyholm, PCIJ A 10 S. 59.

² Deutlich Roxburgh S. 78, und allgemein Bobbio S. 16 f., Fenwick, MLR 1918, S. 395 f., und die u. S. 47 Anm. 95 gegebenen Belege.

³ Darauf weisen Larenz S. 269 und Somló S. 373 hin.

⁴ Vgl. Guggenheim, Traité I S. 45 f.; hieran knüpft sich die häufig wiederholte Kennzeichnung der Entstehung dieser Normen als eines unbewußten Vorgangs, so bei Kelsen, Principles S. 441; Theory S. 114; RC 1953 III S. 123; Scheuner, RC 1939 II S. 168 — eine Behauptung, die aber nicht wenig umstritten ist, vgl. Cavaglieri, Corso S. 55; Martens S. 189; s. auch u. S. 26 Anm. 28 und 29.

⁵ Vgl. Wright, Enforcement S. 14.

an der Normschaffung Beteiligte wegen der nie auszuschaltenden Möglichkeit parteilicher Aussagen verbietet, ist der Erkenntnis der Entstehungserfordernisse der Völkergewohnheitsrechtsnormen ganz besondere Bedeutung beizumessen — dies um so mehr, als diese unter dem Gesichtspunkt des normlogischen Zusammenhanges als primäre Völkerrechtsquellen betrachtet werden, aus denen Verträge und allgemeine Rechtsgrundsätze ihre Verbindlichkeit herleiten. Die Subsumtion des historischen Entstehungsvorganges einer behaupteten Gewohnheitsrechtsnorm unter die allgemeinen Verbindlichkeitsvoraussetzungen ließe sich überdies durch praktische Kriterien wie dasjenige allgemeiner Anerkennung nur dann ersetzen, wenn die Norm ihre Verbindlichkeit aus dieser Anerkennung erhalte. Anderenfalls wäre damit nur beschrieben, daß sie tatsächlich unbestritten ist, nicht, daß sie nicht bestritten werden darf, also verbindlich ist⁶.

⁶ Dies verkennen diejenigen, die es wie *Liszt-Fleischmann* S. 11 genügen lassen, daß die Normen „als verpflichtend gemeint sind von denen, die sie aufstellen, und daß sie als verpflichtend anerkannt und empfunden werden von denen, an die sie sich richten“.

ERSTER TEIL

Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht nach dem Schrifttum und staatlichen Äußerungen

Erster Abschnitt

Das Schrifttum

Die Entwicklung der Lehren vom Völkergewohnheitsrecht¹, wie sie im folgenden mit möglichst allen gegen sie erhobenen Einwänden und weitgehend ohne eigene Stellungnahme geschildert werden, zeigt den ständig wiederholten Versuch, die Entstehung von Völkergewohnheitsrechtsnormen so darzustellen, daß ihre Verbindlichkeit sich zwangsläufig aus dem Entstehungstatbestand ergibt; doch macht gerade die Entwicklung der Konzeptionen staatlicher Bindung an das Völkerrecht die Grenzen dieses Systems deutlich. Zugrunde liegt ihr die zunehmende Einschränkung der als vorgegeben betrachteten Freiheit zur Lösung internationaler Verpflichtungen, mit dem Ziel, die Staaten umfassend in die internationalen Beziehungen zu integrieren.

Zwar lassen sich nicht alle Meinungen als Glieder eines dialektischen Entwicklungsprozesses verstehen² und Diskrepanzen zwischen theoretischer Einheit³ und tatsächlichem Zerfall⁴ im Völkerrecht nicht übersehen. Einzelne Autoren werden nicht immer nur einer einzigen Lehre zuzuordnen sein, Unklarheiten und Widersprüche, Meinungsänderungen und sich wandelnde Konzeptionen⁵ sind nicht selten, werden aber im folgenden nicht ausdrücklich vermerkt, wie überhaupt im Vordergrund die Lehren, nicht ihre Vertreter stehen. Scheinbare Willkürlichkeiten in Auswahl und Aufbau können dabei nicht vermieden werden, da man

¹ s. hierzu statt aller *Guggenheim*, RC 1958 II S. 36 ff.

² So ist z. B. schon bei *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena §§ 1, 17, *Vattel*, *Préliminaires* §§ 25, 27, und *Christian Wolff*, Prolegomena § 24, die bis heute vertretene vertragliche Konstruktion des Völkergewohnheitsrechts angedeutet.

³ s. etwa *Hoffmann*, *Bedeutung*, *passim*.

⁴ Statt aller: *Mahnke* S. 31 ff.; *Schuster* S. 226 ff.

⁵ Hier ist auf Autoren wie *Anzilotti*, *Guggenheim*, *Georg Jellinek*, *Kelsen* und *Verdross* hinzuweisen.