

Albert Bleckmann

Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht

Materialien zu einer Allgemeinen
Methoden- und Völkerrechtslehre

von Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bleckmann, Albert:

Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht: Materialien zu e. allg. Methoden- u. Völkerrechtslehre / von Albert Bleckmann. —

Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1981.

ISBN 3-452-18994-5

1981 ISBN 3-452 18994-5

Carl Heymanns Verlag KG, Köln

Gedruckt bei Oberbayerisches Volksblatt, Rosenheim

Printed in Germany

Vorwort

Dieses Buch stellt – wie meine vorangehende Veröffentlichung über die »Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts« einen »Essay«, d. h. also eine lockere Folge von meist vorläufigen, in einem späteren Gesamtwerk über die »Quellen und Methoden des Völkerrechts« zu vertiefenden, vielleicht auch teilweise zu korrigierenden Abhandlungen zu einzelnen Methodenfragen dar. Die Stellungnahmen beruhen auf einer Durchsicht der gesamten Völkerrechtsliteratur, die im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg zur Verfügung steht. Allerdings ist es dem Verfasser noch nicht gelungen, seine bisher schon über 50 Aktenordner umfassenden Auszüge aus Literatur, Rechtsprechung und Praxis für diese Übersicht über einzelne Problemkreise voll auszuwerten, die nach einer weiteren Durchsicht der gesamten Völkerrechtszeitschriften im Winterhalbjahr 1980/81 auf das Doppelte ansteigen wird. Überdies ist die Einbeziehung der nationalen, insbesondere der deutschen und amerikanischen Rechtsphilosophie trotz der umfassenden Arbeit von *Wolfgang Fikentscher*¹ mir bisher nicht gelungen. Ebenso mußten in viel stärkerem Maße auch die geisteswissenschaftliche Literatur, vor allem auch die Ergebnisse und Methoden der Wissenschaft von den internationalen Beziehungen, der Politikwissenschaft, der Soziologie einbezogen werden, die in diesem Buch vorläufig nur recht oberflächlich berücksichtigt werden konnten.

Es ist fraglich, ob eine solche Arbeit überhaupt im knapp bemessenen Leben eines einzelnen Wissenschaftlers erfolgreich zu Ende geführt werden kann. Deshalb und weil ich aus dem Echo auf meine Arbeiten für die Fortführung des Gesamtwerks lernen möchte, weil ferner einzelne Bereiche so umfangreich zu werden drohen, daß Sonderpublikationen geboten sind, schließlich der Verfasser sich über seine bisherigen Erkenntnisse selbst Rechenschaft geben wollte, habe ich beschlossen, jeweils gewisse Einzelaspekte der Gesamtarbeit – wenn auch vorbehaltlich der endgültigen Ergebnisse – vorweg zu publizieren². Ich hoffe, bei der endgültigen Veröffentlichung eine systematisch geschlossene, deshalb und wegen zahlreicher Nachweise aus der Rechtsprechung, Praxis und Literatur

1 *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung; 4 Bände, 1975/76.

2 *A. Bleckmann*, Völkergewohnheitsrecht trotz widersprüchlicher Praxis, ZaöRV 36 1976, S. 374; Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht, ZaöRV 37 1977, S. 504; Die Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts – Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht, 1978; Die Funktion des Gewohnheitsrechts im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1981, S. 101 ff.

überzeugendere Darstellung der Methodenlehre geben zu können, als dies in dem vorangehenden und in diesem Band der Fall sein kann.

Meinen beiden Arbeiten könnte man ferner den Vorwurf machen, sich nur auf die schon etwas ältere Methodendiskussion einzulassen und die moderne Entwicklung auf dem Gebiet der Rechtstheorie, der Sprachphilosophie usw. zu vernachlässigen. Dieser Vorwurf erscheint in der Tat bis zu einem gewissen Grad berechtigt. Die Selbstbeschränkung beruht allerdings auf zwei Gründen: Einmal erscheint mir die Relevanz der modernen Methodendiskussion für das Völkerrecht noch nicht bewiesen zu sein. Zum anderen meine ich auch generell, daß die Methodendiskussion im Völkerrecht zunächst einmal bei den praktisch-dogmatischen Aufgaben des Völkerrechts ansetzen, speziell für das Völkerrecht geeignete Methoden suchen, also gerade von den besonderen Methodenproblemen des Völkerrechts ausgehen muß, bevor man sich auf das Glatteis der allgemeinen rechtstheoretischen Forschungen wagt.

Die mangelnde Relevanz der klassischen und modernen nationalen Methodendiskussion für das Völkerrecht liegt zum Teil in der Tatsache begründet, daß die Völkerrechtsgemeinschaft andere Strukturen aufweist als die nationalen Rechtsordnungen, vor allem aber auch an der Bedeutung des Gesetzes in der nationalen Rechtsquellenlehre und der relativen Bedeutungslosigkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze und des Gewohnheitsrechts, die gerade im Völkerrecht die entscheidende Rolle spielen. Bei dieser Sachlage hat auch die Lehre eine ganz andere Funktion als im nationalen Recht, weshalb auf die Einbeziehung der nationalen Arbeiten über die Funktionen der Lehre verzichtet wurde.

Das Problem ist auch hier, daß eigentlich die Erforschung der Grundlagen und Methoden des Rechts die ganze Zeit und Anstrengung eines engagierten Forschers fordert, daß aber auf der anderen Seite dieser Gelehrte den Kontakt mit den praktischen Problemen der Rechtswissenschaft verliert, wenn er nicht ständig auch in dem einen oder anderen der dogmatischen Fächer arbeitet. Die Methodenlehre muß, soll sie für die Wissenschaft fruchtbar sein, gerade aus den konkreten Problemen und für die konkreten Probleme der dogmatischen Fächer entwickelt werden. Für das Völkerrecht ist das Problem insoweit noch komplexer, als einerseits die Entwicklung des Völkerrechts ohne eine vertiefte Erforschung des nationalen Rechts oder besser: mehrerer nationaler Rechtsordnungen nicht auskommt und andererseits die Strukturen und Methoden des Völkerrechts gerade bei einem Vergleich der internationalen mit den nationalen Rechtsordnungen stärker deutlich werden.

Auch die vorläufige Rückstellung der vollen Einbeziehung der »klassischen« Rechtsphilosophie und Methodenlehre, wie sie etwa in dem großen Werk von *Karl Larenz*³ beschrieben wird, beruht auf der Einsicht, daß zunächst die Analyse und Lösung der praktischen Probleme des Völkerrechts im Vordergrund stehen müssen, für welche die allgemeine Methodenlehre wegen der

3 *K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 1979.

besonderen Strukturen des Völkerrechts meistens keine entscheidende Hilfe verspricht.

Das Völkerrecht ist stärker als das nationale Recht durch das Fehlen einer Methodenlehre geprägt. Das bedeutet nicht, daß das Völkerrecht Methodenfragen nicht aufwirft. Ganz im Gegenteil habe ich aufgrund einer langjährigen Untersuchung der völkerrechtlichen Literatur und Rechtsprechung feststellen können, daß insbesondere die Literatur überaus zahlreiche Methoden – vielleicht sogar in größerem Umfang als das nationale Recht – entwickelt hat. Die Frage ist nur, ob es wünschenswert und möglich ist, diese Methoden zu sammeln, zu sichten, auf ihre Legitimität zu überprüfen und in ein System zu bringen. Dem könnte vor allem der Einwand entgegengehalten werden, die notwendige Flexibilität des Völkerrechts verbiete eine genaue Definition der Methoden oder eine Fixierung des rechtlichen Stellenwerts der Methoden, der Autorität von Lehre und nationaler und internationaler Rechtsprechung usw. Dann stünde dem internationalen Richter wie bisher die Möglichkeit offen, diesen Stellenwert ad hoc in Gesamtabwägung aller Umstände frei zu bestimmen. Eine solche Auffassung übersieht aber eine Reihe von wichtigen Faktoren. Einmal scheinen die Praxis und Lehre bestimmte canones auch in diesem Bereich entwickelt zu haben, scheinen sich die entwickelten Methoden somit zu »verrechtlichen«. Das gilt insbesondere für den Stellenwert der Lehre, wie ich anhand zahlreicher Urteile aus der internationalen und nationalen Rechtsprechung nachweisen werde. Es hieße die Augen vor diesem Prozeß der Verrechtlichung zu schließen, wollte man auf eine Bestandsaufnahme in diesem Bereich verzichten. Wenn die entwickelten Methoden und der genaue Stellenwert etwa der Lehre im Völkerrecht nicht festgelegt werden, entsteht zweitens die Gefahr, daß die Praxis und Rechtsprechung die sich entwickelnden canones in diesem Bereich im Einzelfall nicht einhalten: Das System der angesprochenen »faktischen« Autoritäten des Völkerrechts würde beiseitegeschoben. Drittens verlangt m. E. das Postulat der Rechtssicherheit, daß die Entscheidungen der Praxis und Rechtsprechung auch im Völkerrecht in wachsendem Umfang rechtlich eingeschränkt werden. Der Entscheidungsspielraum des Rechtsanwenders wird zwar fast niemals auf Null zu reduzieren sein: doch muß die Dogmatik versuchen, den Punkt, an dem die freie Entscheidung des Rechtsanwenders ansetzt, möglichst weit zurückzuschieben. Und viertens kann eine systematische Darstellung der bisher verwendeten und der möglichen Methode dem Rechtsanwender und der Lehre wichtige Argumente zur Hand, sie kann ihnen Hinweise für eine tragfähige Argumentation geben.

Wenn ein Wissenschaftler über die Funktionen der Lehre schreibt, wird daraus notwendig ein Stück Autobiographie und Rechtfertigung seiner bisherigen und künftigen Arbeit; – eine Biographie, die etwas anderes als die Wissenschaftsauffassung eines engagierten Forschers in den Vordergrund stellen würde, wäre bei einem in einem Dorf zurückgezogen lebenden »Stubengelehrten« ohnehin kaum denkbar. Ich bitte die Leser, diese sehr persönliche Note des

vorliegenden Bandes zu verzeihen, aber auch bei der Lektüre dieser Arbeit mitzubersichtigen, weil sie leicht zu einer gewissen Verzerrung des Standpunktes führen könnte: Der Völkerrechtsberater des Auswärtigen Amtes hätte die Lehre sicherlich in einem etwas anderen Licht als ein Wissenschaftler gesehen.

Aber diese Völkerrechtsberater schreiben eben über ihre Erfahrungen mit dem Völkerrecht nicht. Es ist die Crux gerade des Völkerrechts, daß im Gegensatz etwa zum Verfassungsrecht, das ohne tiefgreifende Insider-Kenntnis der Praxis der Verfassungsorgane erforscht und entwickelt werden kann, einerseits nur die »Insider«-Erfahrung volle Kenntnis des praktischen Funktionierens dieser Rechtsordnung schafft, die betreffenden »Insider« und die unabhängigen Professoren, die in diesen inneren Willensbildungsprozeß einbezogen sind, aber aus verständlichen Gründen ihre Erfahrungen in der Regel kaum mitteilen können. Auch das wird sich mit der fortschreitenden Kodifikation des Völkergewohnheitsrechts ändern, weil diese Verträge stärker aus sich selbst heraus ausgelegt werden können, der Rückgriff auf die Praxis also nicht mehr in demselben Maße erforderlich ist wie bisher. So muß dieses Buch zum Teil auf Spekulationen beruhen, die nur durch gewisse Wahrscheinlichkeiten einer institutionellen Forschung untermauert werden. Ich meine, auch für solche Wahrscheinlichkeiten gewisse, allerdings noch punktuell beschränkte Methoden entwickelt zu haben. Im übrigen müßten diese Ansätze zu einer Wissenschaftstheorie gerade des Völkerrechts weiter entwickelt werden. Schließlich ist aber zu unterstreichen, daß etwa auch der Völkerrechtsberater eben in aller Regel von innen nur die Praxis seines eigenen Staates, die Praxis der Verhandlungsführung und einzelner internationaler Organisationen und Konferenzen kennt: Der Ausschnitt der Gesamtpraxis aller Staaten der Welt, der aus dieser Sicht beleuchtet werden könnte, ist deshalb ebenfalls relativ begrenzt. Dabei besteht eine gewisse Vermutung, daß etwa der innere und äußere Rechtsbildungsprozeß in den Vereinigten Staaten von Amerika völlig anders verläuft als in einem Entwicklungsstaat, und daß auch zwischen Staaten mit ähnlichen Strukturen insoweit noch große Unterschiede bestehen. Aus der relativ beschränkten Kenntnis eines Teilbereichs der internationalen Beziehungen kann also nicht auf das Funktionieren der Gesamtheit geschlossen werden. Auch der Praktiker wäre also, wenn er ein Buch über das vorliegende Problem schreiben wollte, weithin auf Spekulationen und Wahrscheinlichkeiten angewiesen.

Die Folge ist leider, daß wir über das faktische Funktionieren der Völkerrechtsordnung nichts Genaues wissen. Der Grund dafür ist, daß die Völkerrechtswissenschaft und die Wissenschaft von den internationalen Beziehungen aus unterschiedlichen Gründen sich gegenseitig wenig schätzen und deshalb auch keinen Kontakt zueinander gefunden haben. Die Wissenschaft von den internationalen Beziehungen konzentriert sich auf soziologische Forschungen und übersieht, daß auch in der internationalen Staatengemeinschaft die meisten Fragen durch eine effektive Völkerrechtsordnung bestimmt werden, daß die

Völkerrechtsordnung die Strukturen der Völkerrechtsgemeinschaft prägt. Die Völkerrechtswissenschaft konzentriert sich dagegen zu stark auf ihre dogmatischen Aufgaben und zieht die soziologischen Untersuchungen der Völkerrechtsgemeinschaft in ihre Arbeiten häufig nicht ein.

Ich bitte den Leser auch um Nachsicht, daß diese Arbeit nicht nur die Funktionen der Lehre und diese Funktionen nicht geschlossen behandelt, sondern die Darstellung durch die Behandlung der verschiedensten Rechtsquellen- und Methodenprobleme unterbricht. Das war – aus der Gesamtsicht der Arbeit heraus – notwendig, weil diese Methodenfragen die Funktionen der Lehre im weiten Sinne erst eigentlich einsichtig machen, und ich mich ferner verpflichtet fühlte, meine die herrschende Meinung in einigen Punkten verlassende Ansicht zu verdeutlichen. Sicherlich wird mir dies den Vorwurf eintragen, daß sich die herrschende Lehre selbst nicht so wichtig nehme, wie ich dies in meiner Arbeit zu begründen versuche. Aber im Endergebnis folge ich in diesem Werk der herrschenden Lehre durchaus, wenn auch in einem anderen Sinne, als das normalerweise verstanden wird. Ich werde nämlich versuchen, die ausdrücklichen Stellungnahmen der Lehre zum Stellenwert der Literatur im Völkerrecht dadurch zu widerlegen, daß ich die Position der Lehre aufzeige, wie sie in der Praxis, Lehre und Rechtsprechung bei der Behandlung konkreter Probleme tatsächlich gesehen wird. Es handelt sich also darum, das recht schablonenhafte Bild der Interaktion der verschiedenen Rechtsquellen des Völkerrechts in der Rechtsquellenlehre durch den Rückgriff auf die dem tatsächlichen System zugrunde liegenden Gedankengänge zu ersetzen. Faßt man das tatsächliche Interaktionsgefüge der Rechtsquellen als eine Institution auf, handelt es sich hier also um eine institutionelle Methode.

Das eigentliche Problem ist dabei offensichtlich, daß die Lehre von ihren Funktionen kein völlig einheitliches Bild besitzt. Um zu einer einheitlichen Konzeption der Stellung der Lehre im Völkerrecht vorzustoßen, mußten diese Funktionen deshalb unter Rückgriff auf – gleichzeitig zu entwickelnde – Grundgedanken des Völkerrechts verdeutlicht werden.

Diese Arbeit enthält ferner zahlreiche neue theoretische Ansätze, die sich vielleicht eines Tages zu einer Völkerrechtstheorie zusammenfügen lassen. Solche Theorien treten bei ihrer Geburt niemals schon vollständig in die Welt, sondern müssen sich langsam entwickeln. Ich bitte deshalb um die Nachsicht des Lesers, daß die Darstellung dieser Theorien noch nicht so geschlossen und widerspruchsfrei ausfällt, wie ich dies gerne gewünscht hätte, und daß sich auch einige Widersprüche – etwa hinsichtlich der Konsentstheorie – zu meinem vorherigen Bändchen ergeben. Auf der anderen Seite müssen diese theoretischen Ansätze entwickelt werden, bevor die in der Literatur verwendeten Methoden in einem breiteren Umfang dargestellt werden können, weil es dann darauf ankommt, diesen Methoden einen genauen Platz in einer allgemeinen Rechtsquellenlehre anzuweisen.

Die bei *Kelsen* und *Verdross* als letzte Ausläufer der Diskussion des 19. Jh.

noch wache, seitdem in den Kapiteln der Lehrbücher über die Verbindlichkeit und die Grundnormen des Völkerrechts in scholastischer Begrifflichkeit erstarrte Völkerrechtstheorie, oder – wie es im Untertitel dieser Arbeit in bewußter Anlehnung an die Allgemeine Staatslehre heißt – die »Allgemeine Völkerrechtslehre« muß zu neuem Leben erweckt werden. Eine wichtige Methode dieser Völkerrechtstheorie scheint mir dabei, die durch die Praxis, Rechtsprechung und Lehre scheinbar ausgesöhnten und überbrückten unterschiedlichen Ansätze und Methoden voll aufzudecken und in antithetische Konzeptionen des Völkerrechts zu typisieren, um die Wahlmöglichkeiten und denkbaren Verbindungen zwischen den verschiedenen Konzeptionen aufzuzeigen. Dabei gebe ich gerne zu, daß es sich bei dieser Arbeit eher noch um tastende Versuche als um eine voll entwickelte Theorie handelt. Immerhin scheint es mir heute nicht mehr möglich zu sein, die Argumentationsmuster zu benutzen, denen etwa noch *Kelsen* vor allem in den »Hauptproblemen der Staatsrechtslehre« und in »Das Problem der Souveränität« gefolgt ist.

Ich möchte an dieser Stelle meiner Bewunderung für die großen Leistungen von *Kelsen* und *Verdross* Ausdruck verleihen. Allerdings scheint mir insbesondere die Kelsensche Sicht der Rechtsordnung, bedingt durch sein sehr enges Verständnis des Rechts und der rechtlichen Methoden, auch eine gewisse Gefahr für die internationalen Beziehungen darzustellen: Beschränkt man die Lehre auf das objektiv Feststellbare und schaltet man die Berücksichtigung von Werten aus der Rechtswissenschaft ganz aus, werden die Gefahren jedes positivistischen Ansatzes, jede Entscheidung der politischen Instanzen als verbindlich anzusehen, besonders deutlich. Ich habe in diesem Buch deshalb bewußt die Gegenposition bezogen; dabei meine ich, durch die Theorie der *volonté générale* der Staatengemeinschaft die sicher von *Kelsen* befürchtete umgekehrte Gefahr einer utopischen Denkweise vermieden zu haben. Wie *Kelsen* im übrigen völlig richtig gesehen hat, wird aber bei einer solchen Methode die Rechtswissenschaft fast auf alle geisteswissenschaftlichen Disziplinen erstreckt. Da ein Einzelforscher diese Disziplinen nicht alle beherrschen kann, müssen dabei die Ansätze dieses Buches in vielen Punkten noch recht dilettantisch erscheinen.

Ich bitte den Leser auch um Nachsicht, daß dieses Buch wegen seiner zahlreichen Exkurse nur sehr schwer zu lesen ist. Der sicherlich unzureichende systematische Aufbau der Arbeit erklärt sich aus der Tatsache, daß dieses Buch ursprünglich aus einem kurzen Vortrag entstanden ist, in den ich mit wachsender Durchdringung der Materie immer mehr Einschübe einarbeiten mußte; das Gesamtwerk bei einer zweiten Überarbeitung zu systematisieren, stellte sich als unmöglich heraus, weil das Buch, seinem Doppeltitel entsprechend, zwei Themen gleichzeitig behandeln mußte: Die Stellung der Lehre einerseits, die schon wegen der notwendigen Behandlung des Interaktionsgefüges aller Rechtsquellen nicht systematisch geschlossen behandelt werden konnte, die an *Rousseau* und die Allgemeine Staatslehre anknüpfende Allgemeine Völkerrechtslehre andererseits, deren Darlegung und Verständnis den Schlüssel für die Stellung der Lehre

im Völkerrecht bildet und deshalb in die Darstellung der Lehrposition »eingewoben« werden mußte. Um das Werk nicht ganz unleserlich zu machen, habe ich die Fußnoten stark beschränkt: Da die Arbeit sich vor allem an den Völkerrechtsexperten wendet, schien es mir nicht notwendig, altbekannte Literatur zu zitieren.

Ich gebe mich nicht der Täuschung hin, mit diesem Buch auch nur die deutschen Völkerrechtler in allen Punkten zu überzeugen. Dafür ist die Darstellung der betreffenden Probleme und ihrer Lösungen noch zu oberflächlich und durch die Praxis, Rechtsprechung und Literatur zu wenig nachgewiesen. Der eigentliche Sinn dieses Buches ist vielmehr ein Plädoyer für die Aufnahme der Methodendiskussion auch im Völkerrecht. Dabei kam es mir darauf an, zu zeigen, daß auch im Völkerrecht – wie etwa im Verfassungsrecht – die Rechtsordnung nicht nur rein positivrechtlich, sondern auch im Sinne einer spekulativen, Theorien entwickelnden Vernunft entwickelt werden kann. Insoweit kann ich an die großen Vorbilder der Wiener Schule, insbesondere an *Verdross* und *Kelsen* anknüpfen, wenn ich auch stärker als etwa *Kelsen* versuche, die Theorien vom positiven Völkerrecht an allgemeinen Werten der Völkerrechtsordnung auszurichten. Allerdings vermute ich, daß diese stark spekulativ-theoretische Note auf einen recht geschlossenen Widerstand der meist sehr pragmatisch-positivistisch ausgerichteten Völkerrechtler stoßen wird. Dieser Widerstand wird um so stärker sein, als ich mich einerseits bei meinen theoretischen Erörterungen nicht auf große philosophische und juristische Leitbilder stützen kann, andererseits eine Feststellung der Funktionen der Lehre notwendig auch ein Eingehen auf die Aufgaben der Lehre und damit eine gewisse Kritik gegen bestimmte Mängel der Völkerrechtswissenschaft beinhalten muß. Dabei meine ich nun, daß die Lehre sich nicht bewußt ist, in wie starkem Maße sie *allgemein* spekulativ verfährt. Schon die allgemeine Rechtsquellenlehre, also die das gesamte Völkerrechtsgebäude tragenden Grundlagen, ist mangels einschlägiger Praxis – es gibt insoweit nur einige Hinweise in der Rechtsprechung des IGH und Art. 38 des IGH-Statuts verwendet sehr unbestimmte und deshalb stark auslegungsbedürftige Begriffe – fast ausschließlich von der *Lehre* entwickelt worden; und doch nimmt die Literatur geschlossen an, daß die Staatenpraxis auf dieser Rechtsquellenlehre beruht: Offensichtlich ein rein spekulativer Schluß, der aus der Praxis kaum zu beweisen ist. Im übrigen geht die Lehre nach – häufig allerdings nur ad hoc entwickelten – wissenschaftlichen Methoden vor, verfährt also so, als ob das einzige Ziel der Völkerrechtswissenschaft – wie das der anderen Wissenschaften – die *Erkenntnis der Wahrheit* ist. Da aber die Lehre nur darauf ausgerichtet ist, der Praxis verwertbare Theorien zu liefern, geht man auch hier offensichtlich davon aus, daß auch die Praxis das Völkerrecht als wissenschaftliches Recht ansieht, in dem nur wissenschaftliche Methoden gelten – ebenfalls ein rein spekulativer Schluß, der durch die Praxis kaum bewiesen werden kann.

Es ist möglich, daß dieses Werk – meiner Herkunft aus der deutschen

Rechtsordnung entsprechend – sehr stark im Lichte der Rolle der Lehre im deutschen Recht geschrieben wurde. Es wäre in der Tat einmal verlockend, das Verhältnis der Lehre zur Rechtsprechung in den einzelnen Staaten nachzuprüfen und zu untersuchen, wie sich dieses Verhältnis auf die Konzeption der Rechtswissenschaft auswirkt. So ist im anglo-amerikanischen, aber seltsamerweise auch im französischen Recht und vor allem im französischen Verwaltungsrecht die Führungsrolle der Gerichte unbestritten: Die Lehre beschränkt sich darauf, die Entwicklung der Rechtsprechung nachzuzeichnen und – so in Frankreich – in Theorien zu generalisieren. In Italien scheinen die Rechtsprechung, die eher richterlichen Präjudizien folgt, und die Lehre, die sehr stark dogmatisch ausgerichtet ist, getrennte Wege zu gehen; die gegenseitige Einwirkung von Rechtsprechung und Lehre scheint sehr gering zu sein. In der Bundesrepublik Deutschland beansprucht dagegen die Lehre mit weitgehendem Erfolg eine gewisse Führungsrolle; die Folge ist eine sehr starke Dogmatisierung des Rechts, die auch die Gerichtsentscheidungen beeinflusst.

Auch an dieser Stelle möchte ich einer Reihe von Personen meinen Dank abstaten: Zunächst dem Direktor des Max-Planck-Instituts in Heidelberg, Herrn Professor Dr. *Rudolf Bernhardt*, der meine Arbeit im Max-Planck-Institut durch vielfältige Hilfen gefördert hat, dann den Mitarbeitern der Bibliothek dieses Instituts, die mich bei der Literatursuche und bei den Auszügen trotz meiner großen Unordentlichkeit stets freundlich und tatkräftig unterstützt haben, auch Herrn *Völker* für die rastlose Bedienung der Kopier-Maschine, ferner auch meiner Sekretärin, Frau *Helga Butze*, für die schnelle und sorgfältige Anfertigung auch dieses Manuskripts, vor allem meinen Freunden *Georg Ress*, *Peter Rill* und *Eckart Klein* für manche interessante und weiterführende Diskussion, und schließlich meinen Assistenten Richter Dr. *Franz-Josef Jasper*, Rechtsanwalt *Klaus Grünewald* und Rechtsanwalt *Manfred Obst* für die wertvollen Hilfen bei den Vorarbeiten und der Korrektur. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich für die Finanzierung meiner langen Aufenthalte in Heidelberg zu danken. Meine Frau meint allerdings: »Du fährst zu oft nach Heidelberg!«, ihr wäre das »Treffen in Telgte« (nahe bei Münster) lieber.

Münster/Heidelberg, im März 1980

Inhalt

Vorwort	V
1. Kapitel Zum Diskussionsstand über die Position der Lehre im Völkerrecht	1
I. Zum Stand der Lehre	1
II. Zum Stand der Praxis	10
III. Zum Stand der Rechtsprechung	11
2. Kapitel Zum tatsächlichen Stellenwert der Lehre	21
3. Kapitel Die Legitimation der öffentlichen Funktion der Lehre	79
I. Die Wissenschaftlichkeit des Völkerrechts	80
II. Das Völkerrecht als objektives und gerechtes Recht	86
III. Die Öffentlichkeit im Völkerrecht	123
IV. Die Effektivität des Völkerrechts	155
V. Bedenken gegen die Funktion der Lehre	163
VI. Die wissenschaftliche Aufgabe der Lehre	166
VII. Die Autorität der Lehre und die öffentliche Meinung	173
4. Kapitel Schlüsse auf den juristischen Stellenwert der Lehre	271
I. Vermutungen für die Richtigkeit des Rechts	272
II. Die Lehre als Autorität	276
1. Übernahme der Lehre durch die Praxis	277
2. Anerkennung der wissenschaftlichen Methoden	282
3. Das Völkerrecht als Verfahren	295
4. Der subsidiäre Rechtsquellencharakter der Lehre	299
III. Die Überwindung des »Kästchendenkens« in der völker- rechtlichen Rechtsquellenlehre	309
5. Kapitel Ausklang	341

1. Kapitel Zum Diskussionsstand über die Position der Lehre im Völkerrecht

I. Zum Stand der Lehre

Nach Art. 38 des IGH-Statuts wendet dieses Gericht als Völkerrecht neben dem Vertragsrecht, dem Gewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die richterlichen Entscheidungen und die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Völker als Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen an¹.

Im Gegensatz zum 19. Jh., in dem das Völkerrecht weitgehend als »Gelehrtenrecht« und die Lehre deshalb als echte Rechtsquelle verstanden wurden², neigt heute die Literatur dazu, der Lehre nur einen sehr geringen, mit der Zeit sogar noch weiter abnehmenden Einfluß auf die Völkerrechtsentwicklung zuzugestehen. Der beste Beweis für eine solche, den Begriff »Hilfsmittel für die Erkenntnis des Rechts« negativ verstehende Auffassung ist die Tatsache, daß zahlreiche Lehrbücher bei der Abhandlung der Rechtsquellen die Lehre überhaupt nicht erwähnen³ und daß es eine umfassende monographische Behandlung dieses Themas – im Gegensatz zu den zahlreichen Werken über die Verträge, das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze – bisher nicht gibt⁴.

1 Vgl. A. Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 68

2 R. Blühndorn, Einführung in das angewandte Völkerrecht, 1934, S. 159.

3 P. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, 1948;

C. C. Hyde, International Law, 2. Aufl., Bd. I, 1947;

Charles Rousseau, Droit international public, Bd. I, Introduction et sources, 1970;

G. Schwarzenberger, A Manual of International Law, 6. Aufl., 1976;

W. Wengler, Völkerrecht, Bd. I, 1964.

4 Die Arbeiten von

H. Bülck, Die Dogmatik im Völkerrecht, in: B. Meissner (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Laun zum 90. Geburtstag, 1972, S. 29 ff.;

François, L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international, in: Mélanges Gidel, 1962, S. 275;

F. Münch, Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht, in: Mélanges Guggenheim, 1968, S. 49 ff.;

A. Schüle, Methoden der Völkerrechtswissenschaft, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 3, 1959, S. 1;

G. Schwarzenberger, The Province of the Doctrine of International Law, Current Legal Problems, Bd. 9, 1956, S. 235,

behandeln im wesentlichen nur die historische Entwicklung der Lehre; eine systematische Abhandlung über die Funktionen der Lehre im Völkerrecht bieten sie nicht.

1. Beschäftigen wir uns zunächst mit den Autoren, welche der Lehre nur eine untergeordnete Rolle zuschreiben:

a) *L. Oppenheim*⁵ schreibt etwa:

»The Statute of the International Court of Justice enumerates as a subsidiary source of International Law the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations. It is indicative of the present potentialities of that particular source that the Court has so far found no occasion to rely on it. In pleadings before international tribunals the disputants still fortify their arguments by reference to writings of international jurists, but with the growth of international judicial activity and of the practice of States evidenced by widely accessible records and reports, it is naturally that reliance on the authority of writers as evidence of International law should tend to diminish. For it is as evidence of the law and not as a law-creating factor that the usefulness of teachings of writers has been occasionally admitted in judicial pronouncement. But inasmuch as a source of law is conceived as a factor of influencing the judge in rendering his decision, the work of writers may continue to play a part in proportion to its intrinsic scientific value, its impartiality and its determination to scrutinise critically the practice of States by reference to legal principle.«

b) Auch *D. P. O'Connell*⁶ sieht die Funktion der Lehre recht negativ: Da dieser Autor eine Reihe von für unsere Arbeit bedeutsamen Feststellungen trifft, soll auch diese Passage hier wörtlich zitiert werden:

»Before there was a substantial body of judicial authority the writings on international law constituted the only real body of juristic reflection for rendering diplomatic practice intelligible. As the judge has taken over this vital function, so has the writer lost to a great extent his former status, until today his role has been circumscribed and contained within its proper dimensions. It is a curious commentary on the contemporary situation that the value placed on writings is in inverse ratio to the number of writers and to their devotion to a narrow field of exhaustive investigation. A hundred years ago a few writers who discussed international law with the minimum of knowledge of, and reference to diplomatic practice enjoyed a status now possessed by no one, no matter how expert he may be. This is not to say that the writer is no longer cited as a witness to what the law is, or accepted as stating the correct synthesis of results of detailed research, but only to point out that there are now alternative avenues of speculation which may be resorted to . . . «

⁵ *L. Oppenheim*, International Law, Bd. I, 1974, S. 33.

⁶ *D. P. O'Connell*, International Law, Bd. I, 1970, S. 35 ff.

O'Connell zitiert dann als Beispiel eine Passage des Supreme Court of the United States (*The Paquet Habana*, 175 U.S. 677, 1898):

»Where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilised nations, and, as evidence of these, to the works of jurists and commentators who by years of labor, research and experience, have made themselves particularly well acquainted with the subject of which they treat. Such works are resorted to by judicial tribunals, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is.«

O'Connell fährt dann fort:

»It is clear, therefore, that the publicist is resorted to for two different purposes. The first is to show the prevailing view in a given country in order to interpret the practice of that country, and the second is to indicate the cogency of the argument that an alleged rule is one of international law. The value of the author will depend very much upon what his work is expected to yield. Concerning the furnishing of evidence of practice, there is today a pardonable cynicism concerning the publicist, resulting from the discovery that he has tended to repeat what his brethren have said, use the materials which they have selected and reveal subjectivity in the selection of his own . . . No writer's opinion is a greater value than the facts on which he bases it . . .

This scepticism concerning the ability of the writer to express accurately the positive law on a point must not however, be exaggerated. The research worker is ordinarily objective, and his acquaintance with a vast and not readily assimilable mass of historical material endows him with some authority which courts must respect. It is, however, with respect to his speculative rather more than his pragmatic role as an analyst that the jurist has a fundamental role to play in the formation of international law, one which today, is under-estimated. We have had occasion to point out that State practice is not something discoverable but something postulated: a mass of historical evidence is inarticulate until it is organised, and the process of organisation is speculative, not pragmatic. documents are made intelligible only in the context of theory and hypothesis construction hence it is intellectual rather more than observation and recording of what are assumed to be the facts, that gives method and vitality to the growth of rules: It is the »end« in the mind of the jurist that determines the value and relevance of fact, and ends are fixed by philosophy.

Since international law is at a creative stage it follows that philosophy determines its content to a much greater extent than it does the content of municipal law. Much of the controversy concerning the rules of interna-

tional law is at bottom a philosophical one. The natural lawyers, the Hegelians, the Kantians, the Austinians have all put forward their constructions for our examination, and the content of the law is dependent to a remarkable extent upon critical evaluation of the several systems. The positivist imagines he can sidestep this issue by resort to practice alone, but it is now increasingly evident that the practice he relies upon is geographically restricted and philosophically conditioned for him.

Today there are over one hundred States in the world. The practice which is relied upon to establish a rule for them all is that of, sometimes two, at most a dozen States. It is not practice, then, regionally and temporally limited as it is, which makes the law so much as speculation which justifies the universality of the principles . . .«

c) Auch *Friedrich Berber*⁷ wertet die Lehre stark ab:

»Die Wissenschaft kann noch weniger als die Judikatur als Quelle angesprochen werden; sie ist ein geistiges, oft sogar, als Nachschlagewerk, ein mehr technisches Hilfsmittel zur Auffindung des geltenden Völkerrechts. Die These *Blühdorns*, das Völkerrecht sei vorwiegend ein Gelehrtenrecht, ist daher abwegig. Es ist vielmehr symptomatisch für die gegenwärtige Bedeutung der Völkerrechtswissenschaft in diesem Zusammenhang, daß der StIGH in keinem seiner Urteile oder Gutachten sich auf einen Völkerrechtler berufen hat.«

Berber führt dieses Absinken der Rolle der Völkerrechtswissenschaft auf die Vernachlässigung des Völkerrechts in den Lehrplänen der Universitäten und auf die sehr geringe materielle Ausstattung der Universitätsbibliotheken zurück, ist also offensichtlich der Meinung, die Qualität der Völkerrechtler habe aus diesem Grunde nachgelassen:

d) *Georg Schwarzenberger*⁸ führt aus:

»In any case, the most subsidiary of all the law-determining agencies has considerably decreased in significance. This is due to the growing volume of international and national case law and the increasing flood of relevant State papers in easily accessible form. To the extent that the views of writers have been expressly adopted by States or Courts, as is the case with *Grotius* and *Vattel*, their place is assured by such a process of recognition. For the rest, their significance has tended to be overrated. During the naturalist period, they often laid down unconsciously the law which they thought they were merely expounding. Until it became possible to cross-

7 *F. Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1975, S. 79.

8 *G. Schwarzenberger*, *A Manual of International Law*, a.a.O. (Anm. 3), S. 32.

check their views with judicial dicta and those expressed in State practice, they enjoyed a monopoly which, in our time, has rapidly vanished.«

2. Es gibt aber auch positivere Stimmen in der Lehre:

a) Angesichts der starken Unterstreichung der staatlichen Souveränität, die eigentlich dazu führen müßte, daß nur die Staatenpraxis als Rechtsquelle anerkannt wird, ist es erstaunlich, daß gerade die sowjetische Völkerrechtsdoktrin der Lehre im Völkerrecht eine wichtige Rolle zuschreibt. Als repräsentativ für diese Richtung soll *Gregory I. Tunkin*⁹ zitiert werden:

»Im 19. Jh. und selbst zu Beginn des 20. Jh. betrachteten viele Juristen das Völkerrecht weitgehend als doktrinäres Recht, als Gelehrtenrecht. Sie schrieben der Völkerrechtswissenschaft nicht nur die Rolle eines Normenfeststellers, sondern auch die Rolle eines Normschöpfers zu. *Bluntschli* z. B. bezeichnete Rechtsbücher, in denen die geltenden Rechtssätze von rechtskundigen Privatpersonen aufgezeichnet und dargestellt wurden, als »Surrogat der Gesetzgebung«. Die Lehre als Quelle des Völkerrechts hat früher zweifellos eine weitaus größere Rolle gespielt als gegenwärtig.«

Es folgt das bekannte Zitat aus Art. 38 des IGH-Status:

»Bei den oft erheblichen Schwierigkeiten der Feststellung des Bestehens oder der Auslegung von Völkerrechtsnormen, insbesondere von Gewohnheitsnormen, besitzt die Völkerrechtslehre häufig einen bedeutsamen Dienst. Andererseits dürfte sie in dem Maße, wie die Praxis der Staaten und die Vielfalt der diplomatischen und staatlichen Dokumente sowie der Beschlüsse internationaler Organisationen und internationaler Gerichtshöfe immer mehr zugänglich werden, die Rolle der Feststellung des Bestehens von Völkerrechtsnormen und ihrer Auslegung mehr und mehr einbüßen.

Wissenschaftliche Forschungen der Völkerrechtler bilden keinen Teil des Prozesses der Völkerrechtsschöpfung, obwohl sie einen gewissen Einfluß darauf ausüben. In der sowjetischen Rechtslehre besteht in dieser Frage eigentlich volle Übereinstimmung. Die überwiegende Mehrheit der bürgerlichen Völkerrechtler vertritt gegenwärtig ebenfalls die Auffassung, daß die Völkerrechtslehre kein Mittel zur Setzung von Rechtsnormen ist, sondern lediglich die in Art. 38 des IGH-Status festgelegte Hilfsrolle spielt. Es ist bezeichnend, daß sich sogar der IGH, wie *Waldock* bemerkt, in seinen Beschlüssen niemals auf die Völkerrechtslehre berufen hat. Allerdings bedeutet dies nicht, wie er mit Recht annimmt, daß die Lehre keinen Einfluß auf die Beschlüsse hat.«

⁹ G. I. Tunkin, Völkerrechtstheorie, 1972, S. 219.