

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Christian J. Tams, Glasgow

Ausgangspunkte

1. Völkergewohnheitsrecht zu identifizieren, stellt eine Herausforderung dar. Zum Einen stellen sich viele der allgemeinen Probleme der Rechtsidentifikation – Offenheit des Rechts; Vielzahl der Rechtsanwender; mangelnde Steuerung des Identifikationsprozesses – in besonderem Maße. Zum Anderen ist das Regime der Rechtsidentifikation (das ‚Identifikationsrecht‘) selbst unklar. Dieser zweiten, spezifischen, Herausforderung widmet sich die UN-Völkerrechtskommission (‚ILC‘) seit 2011 mit ihrer Arbeit zur ‚Identification of Customary International Law‘; (nur) ihr sind die nachfolgenden Überlegungen gewidmet.

Gewohnheitsrechtliches Identifikationsrecht als Richterrecht

2. Das gewohnheitsrechtliche Identifikationsrecht ist bisher nie systematisch ausgestaltet worden. Artikel 38(1)(b) des IGH-Statuts und Artikel 38(2) des StIGH-Statuts dienen seit fast einhundert Jahren als Bezugspunkte, doch „in den interessanten und wichtigen Zweifelsfällen läßt uns das Statut des Weltgerichtshofs weitgehend im Stich“ (R. Bernhardt). Die Völkerrechtsgemeinschaft geht stillschweigend davon aus, dass alles Völkergewohnheitsrecht im Grundsatz nach einheitlichen Regeln festzustellen sein soll. Sie hat aber bisher davon abgesehen, dieses einheitliche Identifikationsrecht (etwa in einem multilateralen Vertrag oder einer deklaratorische Resolution der Generalversammlung) festzuschreiben: Es fehlt für den Bereich des Gewohnheitsrecht an einem Pendant zur Wiener Vertragsrechtskonvention.

3. Den normativen Freiraum haben andere Akteure genutzt. Private Restatements (etwa die *ILA London Principles*) und Schrifttum beeinflussen das Identifikationsrecht stärker als andere Bereiche des Völkerrechts. Die zentralen Impulse zu seiner Ausgestaltung sind jedoch von der Rechtsprechung des (Ständigen) Internationalen Gerichtshofes ((St)IGH) ausgegangen. Aufgrund ihrer begrenzten Zuständigkeit und geringen Nutzung haben sich StIGH und IGH nur relativ selten zu konkreten Normen des Völkergewohnheitsrechts äußern können. Das Identifikationsrecht aber wird bisher durch die Rechtsprechung dominiert und weist typische Merkmale des Richterrechts (Lückenhaftigkeit, Unübersichtlichkeit, Flexibilität, Sprunghaftigkeit) auf.

Inhaltliche Fortentwicklung des Identifikationsrechts

4. Seinem Inhalt nach hat sich das Identifikationsrecht in den vergangenen Jahrzehnten unter Einfluss der internationalen Rechtsprechung erheblich fortentwickelt. Dieser Fortentwicklung liegt ein pragmatisches Verständnis des Völkergewohnheitsrechts zugrunde, das aktuelle Debatten prägt und den Raum für theoretische Alternativentwürfe beschränkt. Drei Entwicklungslinien sind bedeutsam:

5. (i) Operationalisierung: Die Anerkennung der ‚Zwei-Elemente-Lehre‘ – mit einer grundsätzlich getrennten Prüfung von Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung – hat den Prozess der Rechtsidentifikation strukturiert. In der Diskussion über Dichte, Einheitlichkeit und Dauer von Übung und Rechtsüberzeugung hat die Völkerrechtsgemein-

schaft weitgehende Einigkeit über abstrakt formulierte Erfordernisse erzielt („allgemeine“ bzw. „weit verbreitete“ Übung, aber „keine Universalität“; „gewisse Dauerhaftigkeit“, etc.). Auch kontroverse Debatten werden innerhalb eines weitgehend akzeptierten argumentativen Rahmens geführt.

6. (ii) Öffnung: Der Kreis der Beweismittel, auf den der Nachweis des Gewohnheitsrechts gestützt werden kann, wird denkbar weit gefasst. Bemühungen um die Privilegierung (Stichwort: „Taten statt Worte“) oder den Ausschluss bestimmter Formen staatlichen Verhaltens (Vertragspraxis, Verhalten in internationalen Organisationen, Entscheidungen nationaler Gerichte, etc.) sind erfolglos geblieben. Grundsätzlich kann jedes zurechenbare staatliche Verhalten dem Nachweis des Gewohnheitsrechts dienen; die Frage nach dem Beweiswert wird zentral.

7. (iii) Derivatives Völkergewohnheitsrecht: Die entscheidende Veränderung des Identifikationsrechts liegt in der Hinwendung zu Formen „derivativen Völkergewohnheitsrechts“, d.h. der Ableitung des Gewohnheitsrechts aus anderen Prozessen der Rechtsklärung. Hier ersetzt der Hinweis auf die Einschätzung eines kompetenten Gremiums (der ILC, der UN-Generalversammlung, des Sicherheitsrates, einer Vertragskonferenz) die eigenständige Prüfung von Übung und Rechtsüberzeugung. Eine solche Ableitung – aus Verträgen, deklaratorischen Resolutionen oder ILC-Texten – ist nicht zwingend, aber ermöglicht einen stark vereinfachten Nachweis des Gewohnheitsrechts. Prinzipiellen Bedenken begegnet dies kaum noch; Kritik entzündet sich an allzu leichtfertigen, gar automatischen, Ableitungen.

8. Diese Fortentwicklungen haben das Völkergewohnheitsrecht insgesamt handhabbarer gemacht, zugleich aber seinen Charakter verändert. Gewohnheitsrechtliche Normen beruhen zunehmend auf erklärtem, gefiltertem Verhalten staatlicher Organe, das die „geliebten „Real-Akte““ (K. Zemanek) überlagert. Koordinierte Verfahren der Rechtsklärung schaffen normative Bezugspunkte. Zugleich verliert das Völkergewohnheitsrecht an Autonomie, ist oftmals Produkt eines allgemeinen Diskurses über völkerrechtliche Rechten und Pflichten. Die Foren dieses Diskurses – allen voran internationale Organisationen – gewinnen einen erheblichen indirekten Einfluss auf die Rechtsentstehung.

Offene Fragen

9. Wichtige Aspekte des Identifikationsrechts bleiben ungeklärt. Manche Unklarheit resultiert aus der erfolgreichen Fortentwicklung. So hat das Identifikationsrecht im Zuge seiner Öffnung an Prägekraft verloren. Der argumentative Rahmen, innerhalb dessen diskutiert wird, ist denkbar weit: Alles kann Beweismittel sein; das Beweismaß ist nur vage definiert; und so wird alles zu einer Frage der Beweiswürdigung. Ein derart permissives Identifikationsrecht macht Entscheidungen über Völkergewohnheitsrecht in starkem Maße abhängig von der Beurteilung des Rechtsanwenders. Außerhalb hierarchisch strukturierter Entscheidungsprozesse ist der Inhalt des Rechts nur schwer zu bestimmen.

10. Grundsätzlicher ist die Frage nach dem Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das Gewohnheitsrecht. Im Lichte der bisherigen Entwicklung liegt es, das Verhalten zwischenstaatlicher Organisationen im Bereich übertragener Souveränitätsrechte nicht nur (indirekt) als Erscheinungsform mitgliedstaatlichen Verhaltens heranzuziehen, sondern (direkt) als relevante Praxis und Ausdruck einer möglichen Rechtsüberzeugung.

11. Das Verhalten anderer nicht-staatlicher Akteure hat dagegen kaum je direkten Einfluss auf die Bildung zwischenstaatlichen Gewohnheitsrechts. Es kann die Identifikation des Gewohnheitsrechts allerdings indirekt beeinflussen. In Teilbereichen des Völkerrechts haben Staaten nicht-staatliche Akteure bewusst in Prozesse der Rechtsklärung einbezogen, aus denen Gewohnheitsrecht abgeleitet werden kann. Gleiches gilt für Studien kompetenter nicht-staatlicher Akteure. Diese haben nicht automatisch Gewicht, doch verdeutlichen Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit (IKRK-Studie, *Tallinn Manual*, etc.) den potentiellen indirekten Einfluss nicht-staatlicher Akteure auf das zwischenstaatliche Völkergewohnheitsrecht.

Folgerungen für die Arbeit der ILC

12. Die ILC bemüht sich bisher vor allem um eine Konsolidierung des Identifikationsrechts auf Basis der IGH-Rechtsprechung. Dieser begrenzte Ansatz verspricht begrenzten, aber gewissen Erfolg: Das ‚Tandem ILC-IGH‘ kann immensen Einfluss auf die Ausgestaltung des allgemeinen Völkerrechts nehmen. Ein ILC-Leitfaden, der die oben beschriebenen Fortentwicklungen des Identifikationsrechts bündelt, kann der Vielzahl der Rechtsanwender sinnvolle Orientierung bieten und Debatten über Völkergewohnheitsrecht standardisieren.

13. Es bleibt zu hoffen, dass die ILC das Identifikationsrecht nicht nur konsolidiert, sondern auch fortentwickelt. Eine weitere Öffnung hin zur Praxis internationaler Organisationen schreibe die IGH-Rechtschreibung sinnvoll fort. Klarere Orientierung für Rechtsanwender aber brächten vor allem Aussagen zum Gewicht bestimmter Beweismittel, möglicherweise auch Faustregeln und widerlegbare Vermutungen. Derartige Konkretisierungen würden die (durchaus geschätzte) Flexibilität des Identifikationsrechts mindern und den Beurteilungsspielraum der Rechtsanwender einschränken. So lange die Völkerrechtsgemeinschaft am Prinzip des einheitlichen Identifikationsrechts für das gesamte Völkergewohnheitsrecht festhält, sind ihnen enge Grenzen gesetzt. Jedenfalls nationale Gerichte aber würden von einem ‚verdichteten‘ Identifikationsrecht profitieren.

14. Bei allem Streit – und bei aller Hoffnung auf die Arbeit des ILC – ist der begrenzte Einfluss des Identifikationsrechts auf die Feststellung von Norminhalten zu bedenken. Im Bereich des Vertragsrechts hat die Verständigung auf einheitliche Auslegungsregeln den Spielraum zulässiger Vertragsauslegung nur bedingt verringert. Ebenso gilt: Auch ein ambitionierter ILC-Leitfaden wird die Identifikation des Gewohnheitsrechts nicht zur exakten Wissenschaft machen. Klarheit über den Inhalt konkreter gewohnheitsrechtlicher Normen wird die Völkerrechtsgemeinschaft auch in Zukunft vor allem durch Kodifikation oder schriftliche Fixierung des Gewohnheitsrechts erzielen.