

ÜBER RECHTSZOLOGISCHE BETRACHTUNGSWEISE, INSBESONDERE IM VÖLKERRECHT

von Jacob Wackernagel, Basel

I

Im soziologischen Schrifttum wird immer wieder hervorgehoben, daß die rechtssoziologische Forschung nicht die Entfaltung erfahren habe, welche sie mit Rücksicht auf ihre Bedeutung für die Rechtswissenschaft und die Soziologie eigentlich verdiene. Es sei dafür etwa auf RENÉ KÖNIG und GURVITCH verwiesen.¹ Hinsichtlich völkerrechtssoziologischer Untersuchungen im besonderen hebt z.B. STONE in seiner Studie: «Of sociological inquiries concerning international law» die Schwierigkeiten hervor, die einer fruchtbaren rechtssoziologischen Forschung in diesem Rechtsbereiche entgegenstehen.²

Man muß sich dabei immer vor Augen halten, daß eine soziologische Betrachtung des Rechtsstoffes sowohl im Aufgabenbereich der Jurisprudenz wie der Soziologie liegt.³ «Die Rechtssoziologie ist nicht nur Rechtslehre

¹ RENÉ KÖNIG in: Das Fischer-Lexikon, Soziologie (1958) S. 232: «Trotz mancher vielversprechender Ansätze ist die Entwicklung der Rechtssoziologie auf Grund gewisser Einflüsse der allgemeinen Rechtswissenschaft, sowie der Rechtsphilosophie noch nicht zur gleichen Anerkennung gediehen wie die andern Teildisziplinen der Soziologie.» – GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique* (1940) S. 1: «La sociologie juridique ... est encore en pleine voie de formation. Malgré l'intérêt toujours croissant qu'elle a attiré pendant les dernières décennaires, malgré sa brûlante actualité dont nous tacherons de préciser les raisons, la sociologie juridique ne possède pas encore de cadres nettement fixés; ses différents représentants ne sont pas d'accord sur son objet même, ni sur les problèmes qu'il s'agit de résoudre, ni sur ses rapports avec les autres disciplines étudiant le droit.» – Vgl. im ferneren auch GURVITCH, *Sociology of Law* (London 1947). — TIMASHEFF, Wie steht es heute mit der Rechtssoziologie? in *Kölner Zeitschr. f. Soziologie und Sozialpsychologie* 8 (1956) S. 415 ff.

² In Festschrift Spiropoulos (1957) S. 411 ff.

³ Es sei in diesem Zusammenhange auf die Formulierung von R. MICHELS, der die Soziologie allgemein als «Lehre von den Grenzübertritten» bezeichnet, verwiesen, wobei nicht nur an die Rechtssoziologie zu denken ist. Zitiert nach GEIGER in *Hwb. der Soziologie* (1931) S. 571.

sondern als solche zugleich Gesellschaftslehre.»⁴ Allerdings bestehen Unterschiede hinsichtlich der Zielsetzung. Der Jurist bezweckt mit rechtssoziologischer Forschung ausschließlich ein Verstehen des Rechts, allerdings ein Verstehen des Rechts in seinen gesellschaftlichen Beziehungen. Für den Soziologen aber dient die Betrachtung des Rechtsstoffes letztendlich einem Verstehen der allgemeinen gesellschaftlichen Zusammenhänge. Er will nicht das Recht sondern Gesetzmäßigkeiten des gesellschaftlichen Daseins erkennen.

Eine rechtssoziologische Betrachtung ist ferner für ein allseitiges Verstehen der rechtlichen Ordnung unentbehrlich, etwa im Sinne des Ausspruches von MAURICE HAURIOU: «Un peu de sociologie éloigne du droit et beaucoup de sociologie y ramène.»⁵ Ähnlich sagt F. W. JERUSALEM⁶: «Die Soziologie kann dem Juristen zeigen, wie das Recht ein integrierender Bestandteil des sozialen Lebens überhaupt ist, daß er das Wesen der einzelnen Rechtserscheinungen lediglich im Zusammenhang mit allen andern sozialen Lebenserscheinungen verstehen kann.» Dabei ist es ohne weiteres klar, daß der Rechtstheoretiker bei der Betrachtung dieser oder jener rechtlichen Erscheinungen im Zusammenhang mit der dogmatischen Verarbeitung des Stoffes, oft ohne sich dessen bewußt zu werden, rechtssoziologische Überlegungen anstellt, im Sinne etwa von ERIK WOLF,⁷ welcher von der in der modernen Jurisprudenz mit der Dogmatik eng verbundenen Rechtssoziologie spricht.

Diese Feststellungen legen es nahe, aus rechtswissenschaftlicher Sicht über die Problemstellungen der Rechtssoziologie einige Gedanken zu äußern.⁸ Zutreffend hebt KRAFT⁹ hervor: «Die Schwelle der Rechtssoziologie (wie einer jeden Wissenschaft) bildet aber ihre Problemstellung überhaupt. Und in der Tat herrscht über diese Problemstellung alles andere als Einigkeit.» Dabei wird man sich mit Rücksicht auf die verschiedene Zielsetzung darüber klar sein müssen, daß die rechtssoziologischen Fragestellungen des Rechtstheoretikers sich nicht immer zu decken brauchen mit den Fragestellungen, von denen der Soziologe bei rechtssoziologischen Untersuchungen ausgeht.

⁴ HORVÁTH, Rechtssoziologie (1934) S. 91 ff. – Vgl. ferner RUMPF, Was ist Rechtssoziologie, Arch. f. ziv. Praxis, 122 S. 39.

⁵ Zitiert nach GURVITCH, a.a.O. S. 3. – Vgl. auch GURVITCH, S. 22: «Nous avons vu, en effet, que pour ne pas devenir stérile, la science du droit a besoin de la sociologie juridique avec une intensité plus grande encore que la sociologie juridique n'a besoin de la science du droit.»

⁶ Völkerrecht und Soziologie (1921) S. 3 f.

⁷ Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft (1952) S. 21.

⁸ Es versteht sich dabei von selbst, daß im beschränkten Rahmen dieser Abhandlung auf Erwähnung und Erörterung der umfangreichen einschlägigen Doktrin im Wesentlichen verzichtet werden mußte.

⁹ in: Vorfragen der Rechtssoziologie, Zs. f. vergl. Rechtswissenschaft, 45 S. 10.

Naheliegenderweise wären zunächst Untersuchungen in den Vordergrund zu stellen, ob und gegebenen Falles in welcher Weise bestimmte gesellschaftliche Zustände auf die Gestaltung der Rechtsordnung der betr. Rechtsgemeinschaft einzuwirken vermögen. Diese Einwirkung kann eine solche auf den Gesetzgeber selbst sein. Es darf z.B. gefragt werden: Aus welchen im sozialen Bereich liegenden Gründen sah dieser sich veranlaßt, gewisse Gestaltungen des Eherechts, des Erbrechts oder des Schuldrechts gesetzlich festzulegen, welche z.B. von den entsprechenden Regelungen anderer Rechtsgemeinschaften abweichen.¹⁰

Oder: Aus welchen gesellschaftlichen Sitten oder Wertvorstellungen läßt es sich verstehen, daß in der einen Rechtsgemeinschaft diese oder jene Handlungen durch das Strafgesetz als Delikte unter Strafe gestellt werden, während in andern Rechtsgemeinschaften die gleichen Handlungen nicht als Verbrechen gelten oder doch nur mit sehr viel geringerer Strafe bedroht sind.

Namentlich auch im öffentlichen Recht kann eine solche rechtssoziologische Fragestellung ein über das Formalbegriffliche hinausgehendes wirkliches Verstehen einer bestimmten staatsrechtlichen Ordnung in erheblichem Maße fördern.¹¹

Nicht nur die Rechtssetzung steht in vielgestaltiger Abhängigkeit von Anschauungen und Tendenzen der gesellschaftlichen Wirklichkeit, auf welche sie bezogen ist. Das gleiche ist von der Rechtsanwendung zu sagen. Auch die Gerichtspraxis bzw. die Verwaltungspraxis eines Landes kann – manchmal unbewußt – von gesellschaftlichen Anschauungen und Wertungen nach ganz bestimmten Richtungen gelenkt werden und zu Entscheidungen führen, die nach dem Wortlaut des anzuwendenden Gesetzes zwar noch vertretbar sind aber seinem ursprünglichen Sinn nicht mehr entsprechen. Der allmähliche Wandel der Bedeutung und des Zwecks einer rechtlichen Ordnung, ohne daß diese selbst in ihrem Wortlaut eine Änderung erfährt, ist eine im Rechtsleben bekannte Erscheinung.

So kann namentlich die praktische Anwendung einer bestimmten Verfassungsnorm auf Grund sich ändernder politischer oder wirtschaftlicher Orientierungen in eine Verfassungswirklichkeit umgebogen werden, die wenig mehr zu tun hat mit dem Geist, aus dem die betreffende Bestimmung

¹⁰ Hinsichtlich der rechtssoziologischen Betrachtungsweise im Gebiete der Rechtsvergleichung ist auf die einleuchtenden Ausführungen von DROBNIG, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, in Zs. für ausländisches und internationales Privatrecht, 18, S. 301 ff zu verweisen.

¹¹ In diesem Sinne war es durchaus richtig, daß z.B. FRITZ FLEINER seiner Darstellung des schweizerischen Bundesstaatsrechts in § 2 Ausführungen über die «politischen Grundanschauungen des schweizerischen öffentlichen Rechts» voranstellte.

seiner Zeit geschaffen worden ist. Dabei mag diese Verfassungswirklichkeit formal-logisch sehr wohl noch aus der bisherigen Verfassungsvorschrift ableitbar sein.

In den gleichen Zusammenhang gehören Untersuchungen darüber, aus welchen im gesellschaftlichen Bereich liegenden Gründen die einzelnen Rechtsgenossen im Rahmen der freien Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen immer wieder zu bestimmten typischen Regelungen greifen.

Bei solchen Fragestellungen nach dem Bedingtsein der rechtlichen Ordnung und ihrer Anwendung durch die sozialen Verhältnisse ist gleichzeitig aber die gelegentlich vertretene Auffassung abzulehnen, daß die Rechtsordnung restlos als Produkt der einmal gegebenen sozialen Kräfteverhältnisse oder der Anschauungen und Wertungen im betreffenden gesellschaftlichen Milieu verstanden werden dürfe. D. SCHINDLER¹² sagt durchaus zutreffend: «... le droit ne peut pas être considéré exclusivement comme un produit de facteurs sociologiques.» Es darf nicht verkannt werden, daß in untrennbarer Verbindung mit diesen «facteurs sociologiques» die «Lex aeterna» in vielfacher Weise auf die Rechtsbildung einwirkt. Und diese ist kein Produkt der Gesellschaft sondern liegt im metaphysischen Bereich.

Im Zusammenhang mit einer Betrachtung des Bedingtseins der Rechtsordnung durch die gesellschaftlichen Verhältnisse müßte vor allem auch die Erörterung der Frage nach der Entstehung des Gewohnheitsrechts einen breiteren Raum einnehmen. Denn bei den Regeln des Gewohnheitsrechts handelt es sich um Rechtsnormen, die im Gegensatz zum Gesetzesrecht in unmittelbarer Weise, d.h. ohne ein Dazwischentreten des Gesetzgebers aus dem sozialen Unterbau hervorgewachsen sind. Darauf soll noch unten eingegangen werden.

Ein weiterer rechtssoziologischer Fragenkomplex ist der folgende: Jede rechtliche Ordnung strebt eine bestimmte Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse an. Sie wirkt also ihrerseits auf die Gesellschaft ein.¹³ Aber, wie sie nun auf die Gesellschaft einwirkt, ob z.B. die beabsichtigte Wirkung tatsächlich eintritt, oder ob die betr. Ordnung nicht ganz andere Auswirkungen auf das Leben zeitigt, als die, welche hätten eintreten sollen, und aus welchen rechtlichen oder allgemein gesellschaftlichen Gründen das nun der Fall ist, das ist wiederum eine rechtssoziologische Frage. Vor allem auch eine

¹² Recueil des Cours, 1933, IV, S. 239.

¹³ In diesem Sinne spricht DROBNIG, a.a.O. S. 300 von den «gesellschaftlichen Wirkungen des Rechts». – Vgl. auch SCHINDLER, a.a.O. S. 237: «Au point de vue sociologique, il y a lieu d'examiner quelle est l'influence du droit sur le reste de la réalité sociale et comment celle-ci, à son tour, influence le droit.»

Frage, welche nicht nur die Rechtstheorie sondern auch die Gesetzgebung angeht.

Ein anderes rechtssoziologisches Problem liegt in der Tatsache, daß die Rechtsnormen, wie RENÉ KÖNIG sagt,¹⁴ «sich einbauen in einen viel weiteren Kosmos sozialer Normen, von denen die ersteren ein zwar wichtiger Bestandteil, aber eben doch nur ein Teil unter vielen andern sind». FECHNER¹⁵ spricht vom «Recht als Teilordnung im sozialen Bereich und in der Gesamtordnung». Und zwar ist es nun wiederum so, daß diese verschiedenen Ordnungen, die unser gesellschaftliches Dasein regeln, nicht unabhängig nebeneinander wirken, sondern daß sie miteinander in einem sinnvollen Wirkungszusammenhang stehen. So ist die rechtliche Ordnung z.B. in vielfältiger Weise auf ein Mitwirken von Regeln der gesellschaftlichen Sitte angewiesen, wie umgekehrt gewisse Regeln der Sitte durch entsprechende rechtliche Anordnungen eine Stützung erfahren. Man muß im Auge behalten, «daß kein einziges Rechtsinstitut allein kraft rechtlicher Normen in der sozialen Wirklichkeit bestehen kann; sie bedürfen alle einer Ergänzung und Erweiterung durch außerrechtliche Normen».¹⁶ In ähnlichem Sinne bezeichnet übrigens SCHINDLER die Rechtsordnung als eine «komplementäre Ordnung, weil sie mit der Wirkung anderer außerrechtlicher Kräfte rechnet, welche erst mit dem Recht zusammen den für die Gemeinschaft angemessenen Zustand herbeiführen sollen».¹⁷

Wenn man sich diese Vorstellung der Rechtsordnung als bloßer Teilordnung im sozialen Ordnungsgefüge zu eigen macht, dann wird ein weiteres der Rechtssoziologie, aber gleichzeitig auch der gesetzgeberischen Praxis aufgegebenes Problem darin bestehen, wie die rechtliche Ordnung in richtiger Weise in die Gesamtheit der vorhandenen sozialen Ordnungen einzufügen ist. Wie weit soll die rechtliche Ordnung einen bestimmten Lebensbereich überhaupt ergreifen und inwieweit ist es richtiger, seine Ordnung einer außerrechtlichen gesellschaftlichen Normierung zu überlassen? Oder: Inwieweit ist es erwünscht, eine bestehende außerrechtliche Ordnung durch eine rechtliche Ordnung der betr. Lebensverhältnisse zu verdrängen und welches ist die Technik, nach welcher dies am besten geschieht bzw. überhaupt mit Erfolg unternommen werden kann?

Mit dem eben Gesagten steht die vielfach erörterte Frage in Zusammenhang nach den spezifisch gesellschaftlichen Kräften, welche die Geltung des Rechts

¹⁴ R. KÖNIG, a.a.O. S. 236. – HORVÁTH, Oestr. Zs. f. öff. Recht, n.F. 3, S. 348, sagt: «daß die Ordnung der Gesellschaft aufgespalten ist in ihre unbewußte natürliche Ordnung und in ihre bewußte, aber zerstückelte Rechtsordnung.»

¹⁵ F. FECHNER, Rechtsphilosophie (1956), S. 196.

¹⁶ R. KÖNIG, a.a.O. S. 238.

¹⁷ SCHINDLER, Werdende Rechte, in Festgabe Fleiner (1927) S. 401.

gewährleisten.¹⁸ Auch sie ist ein Problem, das im Bereich der Rechtssoziologie liegt. Daß der formale Rechtszwang, auch im innerstaatlichen Recht, nur in beschränktem Maße die Rechtsgeltung zu gewährleisten vermag, ist längst ein Gemeinplatz geworden. «Der bloße Zwang der Bajonette ist ein soziologischer Grenzfall.»¹⁹ Welcher Rechtszwang – so mag gefragt werden, – ist gegenüber den obersten Trägern der Staatsgewalt möglich, damit auch diese sich dem Recht unterwerfen?

Es muß, neben andern Faktoren, eine im gesellschaftlichen Bereich erwachsene Gehorsamsbereitschaft der Rechtsgenossen bereits vorhanden sein, damit eine Rechtsordnung sich durchsetzt. In diesem Zusammenhang sei auf den Ausspruch SPINOZAS «Oboedientia facit imperantem» hingewiesen.²⁰ Wesentliche Antriebe zur Befolgung der rechtlichen Ordnung ergeben sich z.B. daraus, daß diese in der Regel eine vom Staat gesetzte Ordnung ist. Die Bereitwilligkeit des Einzelnen, die Rechtsordnung zu befolgen, gewinnt aber daraus eine maßgebliche Stärkung. Denn für den einzelnen Rechtsunterworfenen ist ja der Staat in der Regel ein Gebilde, dem er sich innerlich zugehörig und verbunden weiß. M.a.W.: Diese als Staatsgesinnung zu bezeichnende Haltung ist zweifellos eine der maßgeblichen Antriebskräfte, welche den Einzelnen zur Befolgung der staatlichen Rechtsordnung veranlassen.²¹

Neben den vielfachen zur freiwilligen Rechtsbefolgung beitragenden gesellschaftlichen Faktoren, mit welchen der Gesetzgeber rechnen kann, müssen aber auch diejenigen sozialen Kräfte, welche unter Umständen der Geltung der Rechtsnormen entgegenwirken, richtig erkannt und abgeschätzt werden. Sie müssen umgangen oder unschädlich gemacht werden.

Es kann aber auch da wieder Fälle geben, bei denen aus rechtspolitischen Erwägungen auf eine rechtliche Ordnung bestimmter Lebensverhältnisse verzichtet wird, obwohl eine solche angezeigt wäre. Und dies aus der Überlegung, daß das Recht sich gegen allzustarke soziale Gegenkräfte doch nicht durchsetzen lasse. Infolgedessen sei es hier richtiger, auf den Erlaß von Rechtsvorschriften ganz zu verzichten, die doch nur toter Buchstabe bleiben und dadurch gleichzeitig die Autorität der Rechtsordnung allgemein herabmindern würden.

¹⁸ Daß sie nicht die einzigen die Rechtsgeltung sichernden Kräfte sind, soll hier unberücksichtigt bleiben.

¹⁹ HEINZ O. ZIEGLER, *Die moderne Nation*, S. 13.

²⁰ Vgl. dazu RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1950) S. 177 f. – RANKE, *Reformationsgeschichte*, Werke I, 3 II «Darin besteht auch das Geheimnis der Macht: sie wird erst dann zum Gebrauch ihrer gesamten Hilfsquellen gelangen, wenn alle Kräfte dem Gebote freiwillig Folge leisten.»

²¹ Vgl. dazu WACKERNAGEL, *Der Wert des Staates, Untersuchungen über das Wesen der Staatsgesinnung* (1934) S. 82 ff.

II

Es ist schon mehrfach hervorgehoben worden, daß gerade im Bereich des Völkerrechts eine solche rechtssoziologische Betrachtungsweise besondere Bedeutung hat. Erwähnt sei etwa die Feststellung von MAX HUBER,²² daß von allen Rechtsgebieten sich das Völkerrecht «am engsten an seinen sozialen Unterbau anschließt und anschließen muß», was die besondere Wünschbarkeit einer rechtssoziologischen Betrachtungsweise nahelegt. Auch F. W. JERUSALEM hebt in seiner oben erwähnten Schrift, «Völkerrecht und Soziologie», den gleichen Gedanken nachdrücklich hervor.

Dieses Angeschlossensein des Völkerrechts an seinen sozialen Unterbau ist vor allem deswegen vorhanden, weil das Völkerrecht in seinen hauptsächlichsten Bestandteilen Gewohnheitsrecht darstellt, das unmittelbar aus diesem sozialen Unterbau herausgewachsen ist. Dabei ist vor allem in Betracht zu ziehen, daß einerseits die wichtigsten zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen gewohnheitsrechtlich geregelt sind und daß andererseits das internationale Vertragsrecht letztendlich seine Grundlage im Gewohnheitsrecht hat.²³

Das umfangreiche Völkervertragsrecht wäre ohne die festen gewohnheitsrechtlichen Normen über die Völkerrechtssubjekte, welche das Völkervertragsrecht als mögliche Vertragsparteien notwendig voraussetzt, wäre ohne die vielen sonstigen gewohnheitsrechtlichen Regeln über den völkerrechtlichen Vertrag gar nicht denkbar. Gewiß, dem äußeren Umfange nach, überwiegt das Völkervertragsrecht das internationale Gewohnheitsrecht in weitem Maße. Jedoch sind im letzteren die Voraussetzungen für das Bestehen eines Völkervertragsrechts enthalten. Es steht also insofern auf einer höheren Stufe als dieses.²⁴ Das bietet Veranlassung, im Rahmen dieser Untersuchung auf die oft erörterte Frage, wie Gewohnheitsrecht entsteht und in Geltung erhalten wird, erneut einzugehen.

Bekanntlich bestehen darüber zur Hauptsache zwei Lehrmeinungen:

Nach allgemeiner Auffassung wird das Bestehen eines Gewohnheitsrechtsatzes dann angenommen, wenn in einer Rechtsgemeinschaft eine bestimmte Verhaltensregel in der Überzeugung, sie sei rechtlich verbindlich, längere

²² Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts (1928) S. 9.

²³ Vgl. über die Bedeutung des gewohnheitlichen Völkerrechts, vor allem auch GOUET, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international* (1932) S. 2 ff. – Über die Gewohnheitsrechtskonzeption des Internationalen Gerichtshofes orientiert die inhaltsreiche Abhandlung von HAGEMANN, *Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes* in: Schweiz. Jahrbuch für internat. Recht, 10, 61 ff.

²⁴ Vgl. dazu auch VALLINDAS, in Festschrift Spiropoulos, 1957, S. 426.

Zeit hindurch gleichmäßig befolgt wird. Es muß m.a.W. mit Bezug auf diese Regel eine von einer *opinio juris sive necessitatis* getragene *consuetudo* vorliegen. Jedoch gibt es bezüglich der Bedeutung dieses Satzes zwei Meinungen. Die eine sieht in dieser von Rechtsüberzeugung getragenen Übung den eigentlichen Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts. Sie ist die wohl herrschende im gemeinen Recht begründete Auffassung.^{25, 26}

Dieser in verschiedenen Abwandlungen und gelegentlich mit autoritärem Dogmatismus vertretenen Lehre wurde bekanntlich die andere Auffassung gegenübergestellt, daß die von *opinio juris* getragene *consuetudo* lediglich die Feststellung oder den Beweis eines schon bestehenden Rechtssatzes darstelle. Die Gewohnheit mache das Recht nicht, sie lasse es nur erkennen. Die Gewohnheit sei zwar die unzertrennliche Begleiterin des Gewohnheitsrechts, aber sie besitze keine irgendwie geartete rechtsschöpfende Bedeutung.²⁷

Zur Überwindung dieses immer noch nicht beigelegten alten Schulstreites können vielleicht die folgenden Überlegungen beitragen²⁸:

Die Theorie, daß auf Grund einer von Rechtsüberzeugung getragenen Übung eine Verhaltensregel als Rechtsnorm zur Entstehung gelange, ist – wie schon verschiedentlich hervorgehoben wurde – in sich widerspruchsvoll. Denn diese Übung setzt voraus, daß sich im sozialen Unterbau bereits eine bestimmte Verhaltensregel gebildet haben muß. Die *consuetudo* kann nicht eine Verhaltensregel mit dem und dem Inhalt selber schaffen und gleichzeitig zur Anwendung bringen, sondern die Verhaltensregel muß ihrem Inhalte nach schon vorher da sein und zwar in einer Qualität, daß sie gleich-

²⁵ Vgl. dazu etwa BRIE, die Lehre vom Gewohnheitsrecht (1899).

²⁶ Eine Frage, welche hier jedoch nicht näher behandelt werden soll, ist die, ob hinsichtlich des zwischenstaatlichen Gewohnheitsrechts auf das mit der *consuetudo* verbundene Kriterium der *opinio juris sive necessitatis* verzichtet werden kann, wofür GUGGENHEIM S. 46 f unter Hinweis auf die internationale Praxis eintritt. Es dürfte demgegenüber folgender Einwand erhoben werden: Wenn dieses Kriterium der *opinio juris* aufgegeben wird, dann unterscheidet sich das internationale Gewohnheitsrecht nicht mehr von den Regeln der *comitas gentium*, der internationalen Sitte, eines für das zwischenstaatliche Dasein maßgeblichen Komplexes von Verhaltensregeln, dem aber die Anerkennung als rechtliche Ordnung fehlt. Darauf verweist auch GOUET, a.a.O. S. 42, unten und SØRENSEN, Les sources du droit international (1946) S. 105 sowie VERDROSS a.a.O. S. 119. Es ist zu bedenken, daß das Völkerrecht nur eine Teilordnung im internationalen Ordnungsgefüge darstellt und zwar nun eben die Teilordnung, welche im Bewußtsein ihrer rechtlichen Verbindlichkeit befolgt wird.

²⁷ PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht II (1837) 151 ff.

²⁸ Auf die von HUGO GROTIUS vertretene, in sich widerspruchsvolle, sog. Willentheorie, welche das Gewohnheitsrecht auf ein *pactum tacitum* zwischen den Staaten zurückführen will, soll hier nicht näher eingegangen werden. – Sie schließt an die Lehre römischer Juristen an, welche das Gewohnheitsrecht als *tacitus consensus populi* bezeichneten, den sie dem *suffragium*, dem ausdrücklich erklärten Volkswillen zur Seite stellten. Vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht I S. 162. – VERDROSS, a.a.O. S. 119.

zeitig die Rechtsüberzeugung, auf der ihre Befolgung ruht, herbeizuführen vermag.

Wenn demgegenüber anzunehmen ist, daß der Ursprung des Gewohnheitsrechts, wie ja auch anderer außerrechtlicher Verhaltensregeln im Sinne der heutigen rechtssoziologischen Erkenntnis in der Gesellschaft selbst²⁹ zu suchen sei, so bedeutet das noch keineswegs, daß damit auch das Gewohnheitsrecht schon fertig da sei. Vielmehr ist dazu notwendig, daß es in der Rechtswirklichkeit konkretisiert und zum Ausdruck gebracht wird.³⁰ Und das geschieht nun in erster Linie durch die von der Rechtsüberzeugung getragene Übung. Diese gewinnt damit auch ein Stück rechtsschöpferischer Funktion. Sie ist nicht nur «Beweis» oder «Feststellung» eines unabhängig davon schon bestehenden Rechtssatzes, sondern die Übung wirkt in dieser Weise an der Herstellung des Rechtssatzes mit. Die folgende Analogie wäre zulässig: Gleich wie ein Gedanke nur durch das Wort, durch die sprachliche Formulierung, gefaßt, konsolidiert und für unser Denken erst verwendbar gemacht wird, bedarf der Gewohnheitsrechtssatz einer solchen Perfektionierung in der Rechtswirklichkeit. Diese wird ihm dadurch zuteil, daß er aus Rechtsüberzeugung dauernd befolgt wird. Über die verschiedenen Formen, wie diese dauernde Befolgung vor sich geht, sei hinsichtlich des internationalen Rechts vor allem auf KOPELMANAS verwiesen.³¹

Gleichzeitig aber darf die Meinung vertreten werden, daß neben dieser Übung auch andere Formen einer solchen Konkretisierung von Gewohnheitsrecht denkbar sind. So etwa die Form einer internationalen Deklaration, wie z.B. die Londoner Seerechtsdeklaration vom 26. Februar 1909 mit der bezeichnenden Präambel: «Les puissances signataires sont d'accord pour constater que les règles contenues dans les chapitres suivants répondent en substance aux principes généralement reconnus du droit international.»³²

Es kann auch nicht geleugnet werden, daß einzelne Bestimmungen von

²⁹ Dabei darf man keineswegs an den mystischen Volksgeist im Sinne von PUCHTA oder SAVIGNY denken.

³⁰ In ähnlichem Sinne hält z.B. GIERKE, Deutsches Privatrecht, I, S. 164 PUCHTA entgegen, er übersehe, «daß eine Rechtsüberzeugung kein Rechtssatz sein kann, bevor sie in die äußere Erscheinung getreten ist». — Vgl. auch REGELSDORFER, Pandekten, I, S. 93.

³¹ Custom and creation of international law, in British Yearbook of International Law, 1937, S. 129 ff.

³² Vgl. dazu HOLD VON FERNECK, Die Reform des Seekriegsrechts durch die Londoner Konferenz 1908/09 in Hdb. des Völkerrechts IV. 6 S. 35, f. — WACKERNAGEL, Beiträge zur Lehre von der Feststellung des Gewohnheitsrechts, in Festschrift Karl Haff (1950) S. 366 ff. — Verwaltungsentscheide der (schweizerischen) Bundesbehörden, Heft 5 (1931) S. 54 ff, wo ein Rechtsgutachten des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements über die Bedeutung der völkerrechtlichen Deklaration in diesem spezifischen Sinne abgedruckt ist. — DE VISSCHER, Recueil des Cours, 1925, I S. 371 hebt hervor, daß entgegen der Präambel keineswegs alle

Kollektivverträgen, an denen eine große Zahl von Staaten beteiligt sind, und die nun von den Vertragsstaaten fortdauernd befolgt werden, mit der Zeit über ihre bloß vertragliche Geltung gewissermaßen hinauswachsen und daß es auch auf diese Weise zu einer Konkretisierung von Gewohnheitsrecht kommen kann, das auch für Nichtvertragsstaaten Geltung gewinnt. GOUET³³ sagt: « ...qu'un traité puisse avoir, non comme tel, mais comme mode indirect de constatation d'une coutume, une valeur positive vis-à-vis d'Etats autres que les signataires. »

Im weiteren betont KOPELMANAS,³⁴ daß die immer wieder erfolgende Aufnahme der gleichen Bestimmung in einer gewissen Zahl von Verträgen ebenfalls dazu führen könne, daß diese Regel schließlich als Gewohnheitsrechtssatz allgemeine Geltung gewinnt. Diese Feststellung gehört in den gleichen Zusammenhang.

III

Was hat man sich nun aber speziell für das Völkerrecht als sozialen Unterbau vorzustellen, in dem die Wurzeln des internationalen Gewohnheitsrechts zu finden sind? Welches sind die sozialen Kräfte, die zu seiner Bildung und Erhaltung im völkerrechtlichen Zusammenleben der Staaten beitragen? Man wird zur Beantwortung dieser Frage namentlich auch an gewisse Wertvorstellungen und Willenshaltungen der einzelnen Staatsangehörigen bzw. der diese repräsentierenden Personenkreise zu denken haben.³⁵ Denn der Staat ist ja auch als Völkerrechtssubjekt « keine von den Menschen abzulösende Realität ». ³⁶ Das soll an einem Beispiel noch kurz erläutert werden.

Unter den gewohnheitsrechtlichen Regeln des Völkerrechts tritt eine Gruppe in den Vordergrund, welche in besonderem Maße zu einer solchen rechtssoziologischen Untersuchung Anlaß bieten dürfte. Das ist der Komplex der sogenannten Grundrechte der Staaten.

in der Londoner Deklaration enthaltenen Sätze als bereits bestehendes Gewohnheitsrecht hätten betrachtet werden könnten.

Es soll auch nicht verkannt werden, daß, jedenfalls bei der gegenwärtigen internationalen Lage, ein Kollektivvertrag (*traité loi*), in welchem sich die beteiligten Staaten auf die Beobachtung eines bestimmten Komplexes von Regeln, die an sich schon Gewohnheitsrecht darstellen, noch ausdrücklich verpflichten, in der Regel ein geeigneteres Mittel zur Fixierung von Gewohnheitsrecht darstellen dürfte, als eine Deklaration.

³³ a.a.O. S. 50.

³⁴ a.a.O. S. 132.

³⁵ Umfangreiches Material dafür findet sich bei BLÜHDORN, Internationale Beziehungen, Einführung in die Grundlagen der Außenpolitik (1956), ferner bei STRATTON, Social psychology of international conduct (1929).

³⁶ M. HUBER, a.a.O. S. 83.

Die mehrfach erörterte Frage nach ihrer besonderen Rechtsnatur, ob es sich überhaupt um Völkergewohnheitsrecht und nicht um Völkernaturrecht handle, soll hier übergangen werden. Unerörtert bleibe auch die Frage, ob man sie als eigentliche subjektive Rechte der Staaten zu verstehen habe, oder ob – was wohl richtiger ist – der Ausdruck Grundrechte in Wirklichkeit lediglich einen Komplex objektiver Völkerrechtsnormen bezeichnet, aus dem für die Staaten gewisse gegenseitige Berechtigungen bzw. Verpflichtungen erwachsen.³⁷ Von dieser letzteren Auffassung sei hier ausgegangen.

Die Völkerrechtsdarstellungen enthalten häufig eigentliche Grundrechtskataloge, welche in ihrer Zusammensetzung gewisse Unterschiede aufweisen. Hergebrachtermaßen ist von einem Grundrecht auf Unabhängigkeit, auf Selbsterhaltung, auf Gleichheit, auf Achtung der Ehre, auf Verkehr die Rede.³⁸ Ein solcher Grundrechtskatalog scheint zu umfassend. Wenn man von der Tatsache ausgeht, daß den Grundrechtsnormen einzig die Aufgabe zukommt, die einzelne Staatsindividualität innerhalb der Staatengesellschaft in ihrer Existenz rechtlich zu sichern, so genügt eine Gruppierung der diesem Zwecke dienenden gewohnheitsrechtlichen Normen, einmal in ein Grundrecht der Staaten auf Respektierung ihrer politischen Unabhängigkeit, worin dann auch die Respektierung ihrer Gebietshoheit eingeschlossen wäre. Denn der territoriale Bereich, auf den sich die Gebietshoheit des Staates erstreckt, ist ein Teil seines Wesens. Dieses Recht auf Unabhängigkeit umfaßt gleichzeitig aber auch das sogenannte Recht auf Selbsterhaltung.

Ob es ferner Rechtsnormen gibt, die man unter einem Grundrecht auf Gleichheit zusammenfassen könnte, ist verschiedentlich angezweifelt worden. Diese sehr komplexe Frage soll hier nicht näher behandelt werden.³⁹ Hingegen haben Völkerrechtsregeln, welche die Respektierung der Ehre der Staaten gewährleisten sollen, die man unter der Bezeichnung eines Grundrechts auf Achtung zusammenfaßt, im internationalen Dasein eine erhebliche praktische Bedeutung.⁴⁰ Im weiteren kann von einem Grundrecht der Staaten auf

³⁷ JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, bemerkt S. 302: «Man hat einen Katalog völkerrechtlicher Grundrechte der Staaten aufgestellt, der aber nichts enthält als eine große Tautologie. Denn er besagt nicht Anderes, als daß der Staat das Recht habe, Staat zu sein und daß ... kein Staat das Recht habe, einen andern an der Betätigung seiner notwendigen Funktionen zu hindern.»

Im Einzelnen vgl. die Abhandlung von GRAF, Die Grundrechte der Staaten im Völkerrecht (1948) und die dort zitierte Literatur.

³⁸ Vgl. GRAF, a.a.O. S. 14.

³⁹ Vgl. zur Frage vor allem SCHAUMANN, Die Gleichheit der Staaten (1957). – DICKINSON, The Equality of States in International Law (1920). – Die Schwierigkeit liegt darin, daß keine einheitlichen Vorstellungen darüber bestehen, was mit Gleichheit gemeint ist.

⁴⁰ Dabei wird auch in Erwägung zu ziehen sein, inwieweit nicht irgendeine Völker-

Verkehr nicht die Rede sein. Denn es gibt keine unter dieser Bezeichnung zusammengefaßten Völkerrechtsnormen, die einem Staat einen Rechtsanspruch gegenüber andern Staaten verleihen, mit diesen in Verkehr, namentlich in Rechtsverkehr zu treten.

Auf jeden Fall kommt den als Grundrechte bezeichneten Völkerrechtsnormen innerhalb der gesamten Völkerrechtsordnung eine gesteigerte Bedeutung zu. Es handelt sich um Rechtsnormen, in denen gewissermaßen die Persönlichkeitsrechte der Staaten niedergelegt sind.⁴¹ Jede Rechtsordnung, und so auch die Völkerrechtsordnung, bedarf der Rechtsträger. Sie sind ihre notwendigen Adressaten. Sie müssen deshalb primär in ihrer sozialen Gegebenheit durch die Rechtsordnung anerkannt und sichergestellt sein. Nur unter der Voraussetzung, daß solche Grundrechtsnormen gelten, kann deshalb die Völkerrechtsordnung eine zwischenstaatliche Ordnung sein.⁴² Die völkerrechtlichen Grundrechte sind «mit der Stellung der Staaten als Völkerrechtssubjekte unmittelbar verknüpft.»⁴³

Von diesen formalen Überlegungen abgesehen, ist aber im weiteren zu sagen: Das Völkerrecht bedarf der Staaten und somit ihrer Sicherung durch Grundrechtsnormen auch deswegen, weil letztlich seine Geltungskraft von der Völkerrechtsbereitschaft der Staaten abhängt. Die Staaten sind in diesem Sinne einzeln oder in völkerrechtssichernde Organisationen zusammengefaßt Träger und Garanten der zwischenstaatlichen Rechtsordnung.

Von einem andern Gesichtspunkt aus betrachtet stellen im weiteren die Grundrechtsnormen das theoretische Völkerrechtsminimum dar. An sich wäre ein – gewiß primitives und wenig entwickeltes – Völkerrecht denkbar, das sich auf diese die einzelstaatliche Existenz gegenüber den andern Staaten sichernden Regeln beschränken würde.

Wenn wir uns nun fragen, welche sozialen Kräfte zur Bildung der Grundrechtsnormen des Völkerrechts beigetragen haben und sie als Völkergewohnheitsrecht lebendig erhalten, so liegt es nahe, solche Kräfte zu einem guten

rechtsverletzung, die ein Staat erleidet, gleichzeitig eine Verletzung der ihm im internationalen Verkehr geschuldeten Achtung bedeuten könnte. Vgl. dazu die Erörterungen im Carthage-Fall, Wörterbuch des Völkerrechts (I.A.) I, S. 183.

⁴¹ So sagt z. B. OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law* (7.A.) I. S. 235, die Grundrechte ständen den Staaten zu «*simply as international persons*».

⁴² Auch v. KIRCHENHEIM, Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, I. S. 437 bemerkt, es könne von wirklichem Völkerrecht nur die Rede sein, wenn Grundrechte anerkannt seien. – Vgl. ferner BAAK, *Der Inhalt des modernen Völkerrechts* (1926) S. 7. — WEHBERG bemerkt in *Zs. f. Völkerrecht*, 15, S. 1, daß jede Kodifikation des Völkerrechts mit einer Kodifikation der Grundrechte beginnen müsse.

⁴³ VERDROSS, *Völkerrecht*, S. 166.

Teil in der Staatsgesinnung der Angehörigen der einzelnen Staaten zu erblicken.⁴⁴

Der Staat bedeutet für den Einzelnen ja nicht nur einen Betrieb oder ein Unternehmen zur Erreichung der jeweiligen Staatszwecke, wie Sorge für die äußere und innere Sicherheit, Rechts- und Wohlfahrtspflege, lediglich um damit gewisse Bedürfnisse seiner Einwohner zu befriedigen. Dies wurde namentlich von der Staatslehre des Rationalismus behauptet, als deren Exponent etwa SCHLÖZER mit seinem 1793 erschienenen allgemeinen Staatsrecht zu nennen wäre.⁴⁵

Der Staat ist mit andern Worten nicht nur eine Einrichtung der politischen, wirtschaftlichen, wohlfahrtfördernden, rechtsschöpfenden und rechtssichernden Technik, an welcher der einzelne Bürger als Mithandelnder und Mitempfangender lediglich aus sachlichen Gründen beteiligt ist. Sondern der Staatsbürger ist an seinem Staat auch innerlich beteiligt. Sein Selbstbewußtsein ist dadurch zu einem politischen Wirbewußtsein erweitert. Er identifiziert sich in gewissen Erlebensbereichen in unterschiedlichem Grade und in verschiedener inhaltlicher Ausprägung mit seinem Staat. Dieses den eigenen Staat mitumfassende Selbstbewußtsein kann je nach seiner konkreten Gestaltung als Staatsgesinnung oder als Patriotismus bezeichnet werden. MITSCHERLICH hat bezüglich der ausgesprochen nationalistischen Staaten die Formulierung geprägt, man sehe den Staat an «nicht mehr als etwas, das außerhalb der Lebensphäre des Individuums steht..., sondern als etwas, mit dem man selbst aufs innigste verflochten ist, das man als ein Stück seines Selbst betrachtet».⁴⁶ Das gilt aber mit gewissen Abschwächungen für alle Staaten. Es ist im übrigen eine bekannte Erscheinung, daß solche inneren Haltungen der Staatsbürger durch ihr Mit- und Nebeneinander erhebliche Steigerungen erfahren können.

Das individuelle Unabhängigkeitsbedürfnis, der Wille zur Freiheit findet für den staatsbewußten Bürger in der Behauptung des staatlichen Anspruchs

⁴⁴ Vgl. zum folgenden: WACKERNAGEL, Der Wert des Staates S. 76 ff.

⁴⁵ Er sagt hier: «Der Staat ist eine Erfindung: Menschen machten sie zu ihrem Wohl, wie sie Brandkassen usw. erfanden. Die instruktivste Art, Staatslehre abzuhandeln, ist, wenn man den Staat als eine künstliche überaus zusammengesetzte Maschine, die zu einem bestimmten Zwecke gehen soll, behandelt.» Zitiert nach KLUCKHOHN, Persönlichkeit und Gemeinschaft, Studien zur Staatsauffassung der deutsche Romantik (1921) S. 27. Gerade gegen diesen staats-theoretischen Rationalismus richtet sich dann auch vorzüglich die romantische Staatslehre, als deren Vertreter vor allem ADAM MÜLLER zu nennen wäre. Vgl. KLUCKHOHN S. 77. – Zu erwähnen wäre auch eine Bemerkung von BURKE in seinen von Gentz übersetzten Betrachtungen über die französische Revolution, zitiert nach MEINECKE, Weltbürgertum und Nationalstaat, S. 131. «Es wäre frevelhaft, den Staatenverein wie eine alltägliche Kaufmannssozietät ... zu betrachten, die man treibt, so lange man Lust hat und aufgibt, wenn man seinen Vorteil nicht mehr absieht.»

⁴⁶ MITSCHERLICH, Der Nationalismus Westeuropas (1920) S. 266.

auf Unabhängigkeit innerhalb der Staatenwelt seinen kollektiven Ausdruck. Im staatlichen Anspruch auf Respektierung der Ehre des eigenen Staates im internationalen Verkehr sieht er auf einer höheren Stufe sein persönliches Ehrbewußtsein ausgedrückt.

Eine solche bewußtseinsmäßige Solidarisierung mit dem Staatsganzen bedeutet für den Einzelnen gleichzeitig eine Ausweitung seines Selbstgefühls, eine Befriedigung des eigenen Geltungsbedürfnisses, das er in der Enge des Alltags nicht immer findet. Er fühlt sich durch die Anerkennung der Selbstherrlichkeit und Unabhängigkeit des eigenen Staates innerhalb der Staatengesellschaft, durch das Ansehen und den Respekt, den dieser bei andern Staaten genießt, ebenso wie durch die innen- und außenpolitischen Erfolge des eigenen Landes in seinem persönlichen Wert gehoben. Diese Einbeziehung des Staates in das eigene Selbstgefühl manifestiert sich aber gleichzeitig auch in einem Verantwortungsbewußtsein für den Staat, sowie in einer ihm entgegengebrachten bis zum äußersten gehenden Opferbereitschaft.

Die Staatsgesinnung, so wie wir sie hier kurz angedeutet haben, ist gewiß nicht in jedem Bürger in gleicher Weise lebendig. Oft ist sie vorzüglich bei repräsentativen Gruppen des Staatsvolks – um den schillernden Ausdruck Elite zu vermeiden –, ist sie namentlich bei den Personen, die mit den maßgeblichen Organfunktionen betraut als staatliche Willensträger zu fungieren haben, besonders ausgeprägt.

Es darf nun aufgrund des Gesagten die Vermutung ausgesprochen werden, daß gerade die Grundrechtsnormen von sozialen Kräften, die in einer so verstandenen Staatsgesinnung der Angehörigen der einzelnen Staaten enthalten sind, getragen und inhaltlich gestaltet werden. Die Staatsgesinnung bildet m.a.W. einen wesentlichen Bestandteil des sozialen Unterbaus, welcher die völkerrechtlichen Grundrechte trägt. . .

Immer wieder läßt sich feststellen: Wenn irgendein wirklicher oder auch nur vermuteter Verstoß gegen ein Grundrecht eines Staates vonseiten eines andern Staates erfolgt, dann reagiert die «öffentliche Meinung» des betroffenen Staates oft sehr empfindlich dagegen. Die öffentliche Meinung ist aber hier nichts anderes als die Meinung der einzelnen staatsbewußten Bürger, die sich durch einen solchen rechtswidrigen Eingriff in die Eigensphäre ihres Staates in ihrem individuellen, den Staat mitumfassenden Selbstbewußtsein betroffen und verletzt fühlen. Es will uns scheinen, daß gerade auch der staatliche Anspruch auf Respektierung der eigenen Ehre durch die andern Staaten in besonders ausgeprägtem Maße in dieser Staatsgesinnung verwurzelt ist.

Gewiß, diese Staatsgesinnung ist in den einzelnen Ländern verschieden ausgeprägt. Sie ist auch starken emotionalen Schwankungen unterworfen. Gerade

ÜBER RECHTSZOLOGISCHE BETRACHTUNGSWEISE

darüber Untersuchungen anzustellen, wäre auch vom völkerrechtlichen Standpunkte aus eine dankbare Aufgabe rechtssoziologischer Forschung. Denn die dabei gewonnenen Erkenntnisse könnten zu einem besseren Verstehen der Bedeutung und des im Laufe der Geschichte sich langsam umbildenden Inhaltes der Grundrechtsnormen als eines zentralen Bestandes der internationalen Rechtsordnung sehr wesentlich beitragen.

IUS ET LEX

Festschrift Gutzwiller

1977

Topos Verlag AG · Vaduz/Liechtenstein

IUS ET LEX
FESTGABE ZUM 70. GEBURTSTAG
VON
MAX GUTZWILLER

ISBN 3-289-00104-0

Unveränderter Neudruck der Ausgabe Basel 1959

Mit freundlicher Genehmigung des

Verlages Helbing und Lichtenhahn, Basel

Druck: Ducke Offsetdruck GmbH, Darmstadt

Printed in Germany