

IUS COGENS IM VÖLKERRECHT*

VON PROFESSOR DR. HERMANN MOSLER, Heidelberg

A. Zum Stand der Diskussion

Die Frage, ob es *Ius Cogens* im Völkerrecht gibt, wird seit langem diskutiert. Zwischen den beiden Weltkriegen hat sich der Streit an zwei Ausgangspunkten entzündet: an der bekannten Bestimmung des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs über die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze der zivilisierten Nationen und an dem Problem der Wirkung sittenwidriger Verträge¹⁾. Diese doppelte Wurzel ist noch heute in der Unklarheit des Begriffs «*Ius Cogens*» zu erkennen, mit der alle Debatten und literarischen Äußerungen zu kämpfen haben. Die Triebe aus diesen Wurzeln haben sich so miteinander verschlungen, daß sie zuerst getrennt werden müssen, bevor man über das Thema zu sprechen beginnt. Die Auseinandersetzungen leiden darunter, daß das völkerrechtliche *Ius Cogens* neuerdings von manchen Autoren mit dem völkerrechtlichen *Ordre public* – unterstellt, daß es einen solchen gibt – identifiziert wird, während es andere mit der öffentlich-rechtlichen Beschränkung der freien Gestaltung von Vertragsverhältnissen gleichstellen. Die Vorstellung des *Ordre public* nährt sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, diejenige von der Bindung der Parteien eines Vertrages aus dem traditionellen Begriff des *Ius Cogens* im innerstaatlichen Recht²⁾. Leider werden die beiden Auffassungen häufig nicht klar unterschieden.

Die Schwierigkeiten werden noch vergrößert durch den grundsätzlichen Rang, den unsere Fragestellung im Völkerrecht hat. Woher be-

*¹⁾ Ergänzte Fassung eines im April 1969 vor der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht gehaltenen Vortrags. Die 2. Phase der Wiener Vertragskonferenz (April–Mai 1969) ist nachträglich berücksichtigt worden.

¹⁾ F. A. VON DER HEYDTE, *Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts; Ius Cogens und Ius Dispositivum im Völkerrecht*, Zeitschrift für Völkerrecht, Bd. XVI, 1932, S. 471; A. VERDROSS, *Forbidden Treaties in International Law*, The American Journal of International Law, Bd. 31, 1937, S. 574–576; ders., *Der Grundsatz «pacta sunt servanda» und die Grenze der «guten Sitten» im Völkerrecht*, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 16, S. 79ff.; ders., *Trattati contra bonos mores*, Revista di Diritto Internazionale 1937, Sonderdruck S. 1ff. Siehe auch neuerdings ders., *Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law*, AJIL Bd. 60, 1966, S. 55–63.

²⁾ Für die verschiedenen Positionen ist die völkerrechtliche Tagung in Lagonissi im Jahre 1966 charakteristisch (Conference of International Law, Lagonissi, Greece, April 3–8, 1966. Papers and Proceedings. II: The Concept of *Ius Cogens* in International Law, S. 85–113).

ziehen die Normen des völkerrechtlichen Ordre public und die Verbote der freien Vertragsgestaltung ihre verbindliche Kraft? Aus einem Naturrecht, aus rational zu ermittelnden Notwendigkeiten des Zusammenlebens der Staaten oder aus dem Konsens der Staatengemeinschaft? Wie entstehen diese Normen, wie wird ihr Inhalt festgestellt und wer entscheidet darüber, ob sie verletzt sind? Das *Ius Cogens*-Problem rührt also an die Grundlagen des Völkerrechts.

Zwischen den Kriegen wurden die Überlegungen im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Struktur der Gemeinschaft souveräner Staaten und unter dem philosophischen Aspekt der objektiven, außerhalb des Staates liegenden Rechtsbegründung angestellt. Daneben spielten auch konkrete Forderungen eine Rolle. So wurde zum Beispiel das Argument, ein Vertrag sei sittenwidrig, wenn er einer Partei die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben als Staat in der Völkergemeinschaft nicht belasse, gegen die Rechtmäßigkeit der Friedensverträge des I. Weltkriegs ins Feld geführt.

Der Völkerbund befaßte sich bereits zu Ende der 20er Jahre im Rahmen seiner Kodifikationsbemühungen mit der Frage der sittenwidrigen Verträge. Die Lektüre der Antworten der Regierungen ist zwar interessant; auf die Ebene der Völkerrechtspraxis wurden diese Versuche jedoch nicht projiziert.

Den wichtigsten Anstoß zur Überführung dieser sich theoretisch mehr und mehr durchsetzenden Gedanken in den Bereich der zwischenstaatlichen Anwendung gab der Entwurf der Kodifikation des Vertragsrechts durch die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen³⁾. Der Bericht von LAUTERPACHT aus dem Jahre 1953 nahm die Nichtigkeit von Verträgen an, deren Durchführung nach Völkerrecht rechtswidrig (*illegal under international law*) sei. Interessanterweise knüpfte er aber die Nichtigkeitsfolge an die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch den Internationalen Gerichtshof⁴⁾. Dieses offenbar von ihm für notwendig gehaltene Junktum zwischen der Anrufung des Rechtssatzes und der Entscheidung über die Rechtsfolge ist bis heute der Hauptstreitpunkt geblieben. Es mag dahingestellt bleiben, welche Kräfte zu der allgemeinen, man

³⁾ Über das Gewaltverbot des Art. 2 der UN-Charta als Motiv für die Aufnahme von Bestimmungen über die Nichtigkeit von Verträgen siehe G. ZOTIADES, *Staatsautonomie und die Grenzen der Vertragsfreiheit im Völkerrecht*, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. XVII, 1967, S. 107. Siehe auch die neue Monographie von ZOTIADES über *Ius Cogens im Völkerrecht* (1969).

⁴⁾ ILC Yearbook 1953, Bd. II. Law of Treaties. Report by Mr. H. LAUTERPACHT, Special Rapporteur, 24.3.1953, S. 90 ff., 154 ff. (Art. 15).

kann fast sagen unkritischen Anerkennung der Nichtigkeit völkerrechtswidriger Verträge geführt haben. Jedenfalls ist diese These vor allem von den jungen Staaten und den kommunistischen Ländern energisch unterstützt worden. Bei den ehemaligen Kolonien spielt der Verdacht, durch überkommene Vertragsverpflichtungen benachteiligt zu sein, eine Rolle, bei den Oststaaten ihre Neigung zur Aufstellung allgemeiner Prinzipien der Koexistenz, deren Interpretation im konkreten Fall manipulierbar und folglich politisch flexibel ist.

Die Aufnahme von Bestimmungen über die Definition von Ius Cogens und über die Wirkungen des Verstoßes gegen eine dieser Gruppe angehörende Norm sind Gegenstand der Auseinandersetzung in beiden Phasen der Wiener Vertragskonferenz (1968 und 1969) gewesen⁵⁾. Es ist nicht meine Aufgabe, dazu im einzelnen Stellung zu nehmen – es ist hundertfach geschehen, und es ließe sich kaum etwas Neues sagen –, sondern allgemein die Frage der Existenz, der Abgrenzung und der Wirkung von Ius Cogens-Normen im Völkerrecht zu erörtern. Der Vertrag, vor allem Art. 53 (früher Art. 50) in der jetzt vorliegenden Form⁶⁾, ist aber der wichtigste Vorgang, den es in dieser Frage gibt. Ich werde deshalb wenigstens kurz auch darauf eingehen. Die fast unübersehbare Literatur soll nicht wiederholt, sondern nur zu dem Zweck herangezogen werden, um den gegenwärtigen Stand der Meinungen festzustellen.

In der ersten Phase der Konferenz ist dem damaligen Art. 50 ein Zusatz eingefügt worden, in dem der Versuch einer Definition des Ius Cogens gemacht wird. Die Bestimmung lautet in der als Art. 53 unverändert in den Vertragstext übernommenen Form:

«A treaty is void if, *at the time of its conclusion*, it conflicts with a peremptory norm of general international law. *For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*»⁷⁾

⁵⁾ UN Conference on the Law of Treaties: a) 1st Session 1968, Off.Rec., Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole = UN Doc. A/Conf. 39/11. b) 2nd Session 1969, Prov. Summary Records of the 19th, 20th and 22nd Plenary Meeting.

⁶⁾ UN Doc. A/Conf. 39/27, 23 May 1969.

⁷⁾ Text adopted by the Committee of the Whole. Draft Report of the Committee of the Whole on its work at the first Session of the Conference (Jiménez de Aréchaga). UN Doc. A/CONF. 39/C. 1/L. 370/Add. 2, S. 31. Die Zufügungen der Konferenzphase von 1968 sind unterstrichen.

Der Ausdruck «peremptory norm», d. h. unabdingbare Norm, ist schon in den Beratungen der International Law Commission zur Bezeichnung des *Ius Cogens* gebraucht worden. Hinzugefügt wurde die Beschreibung der «unabdingbaren Norm». Es ist ein Rechtssatz, der von der internationalen Staatengemeinschaft als Gesamtheit angenommen und anerkannt ist.

Neu entstehenden «unabdingbaren Normen» kommt vertragsvernichtende Wirkung zu (Art. 64). Die Existenz von *Ius Cogens* war selbst von den härtesten Kritikern nicht bestritten worden⁸⁾. Die Gegnerschaft einer großen Minderheit der Konferenzteilnehmer betraf die ausdrückliche Festlegung im «Vertrag der Verträge». Die Bedenken richteten sich gegen die Unbestimmtheit des Inhalts, die Unsicherheit der Entstehung und die von vielen Staaten befürwortete automatische Nichtigkeitswirkung ab initio anstelle einer gerichtlichen (insbesondere IGH-) Entscheidung und realistischer Regelung der Rückwirkungsfolgen⁹⁾.

Die am traditionellen Völkerrecht orientierten Staaten befürchteten, daß die Berufung auf *Ius Cogens*-Normen, die nicht definiert sind und zu deren Feststellung kein internationales Gericht zuständig ist, den geeigneten Vorwand bilden könne, um sich Verpflichtungen zu entziehen. Für die Neustaaten ist die Anerkennung von *Ius Cogens* einerseits eine Möglichkeit, sich selbst in die Bildung zwingender Rechtssätze einzuschalten, andererseits hoffen sie, höhere Prinzipien des Völkerrechts, wie sie in den Vereinten Nationen, insbesondere im 6. Ausschuß der Generalversammlung, ausgearbeitet werden, gegen die strenge Bindung an Verträge ins Feld führen zu können.

Die Kompromißlösung, die die Annahme des gesamten Vertrages durch die Konferenz ermöglichte, wurde in einem Verfahren gefunden, das für die Entscheidung eines Streits über die Existenz oder die Neubildung einer *Ius Cogens*-Norm die Streitschlichtungsmittel des Art. 33 der UN-Satzung und subsidiär die Entscheidung durch den Internationalen Gerichtshof vorsieht¹⁰⁾.

Zur Entstehung solcher Normen hat der *Internationale Gerichtshof* in seinem jüngsten Urteil eingehende und, wie ich glaube, folgenreiche

⁸⁾ UN Doc. A/Conf. 39/11, S. 309 (franz. Delegation).

⁹⁾ Zusammenfassend: Debatte in der 19. und 20. Sitzung der 2. Session (a.a.O.). Kritik wurde auch – ohne Erfolg – an Art. 44 § 5 geübt, daß der Verstoß gegen *Ius Cogens* im Sinne von Art. 53 in einem *Teil* eines Vertrages den *ganzen* Vertrag erfaßt.

¹⁰⁾ Art. 65, 66 lit. a), 67; Art. 71 betrifft die Folgen des festgestellten Verstoßes.

Ausführungen gemacht¹¹⁾. In dem Streit um den Festlandsockel der Nordsee handelte es sich zwar nicht nur um unabdingbare Normen, sondern allgemein um die Bildung völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, das auch denjenigen bindet, der an seiner Entwicklung nicht beteiligt war, ja möglicherweise sich dagegen ausgesprochen hatte. Die Kriterien der Rechtsentstehung sind sehr zurückhaltend, fast erstaunlich konservativ beurteilt worden. Wenn man sie auf die Ius Cogens-Normen des Art. 53 anwendet, wären die Bedenken, die gegen Art. 64 sprechen, wenigstens etwas verringert.

Die Fragestellung des Vertrages über das Law of Treaties hält sich im Rahmen des bekannten Gegensatzes Ius Cogens – Ius Dispositivum. Das bedeutet, daß der Begriff des *Ius Cogens als Gegenstück zum Ius Dispositivum* definiert und daß das gesamte Problem als ein solches der Beschränkung der Vertragsfreiheit gesehen wird.

Dieser Begriff ist häufig als zu eng angesehen worden. Man hat einseitige Akte von Völkerrechtssubjekten, die gegen völkerrechtliche Verbote verstoßen, einbeziehen wollen¹²⁾. Diese Ausweitung wurde durch die bereits erwähnte *Identifizierung des Ius Cogens mit dem Ordre public international* zu erreichen versucht.

Der Gegensatz zwischen Ius Cogens als Begrenzung des Vertragsinhalts und Ius Cogens als Gesamtheit der zwingenden Gebote des Völkerrechts hat keineswegs nur terminologische Bedeutung. Die Definition des Begriffs hängt mit dem Vorgang der Rechtserzeugung und mit dem Inhalt der Normen zusammen. Es könnte sich herausstellen, daß eine kritische Analyse des Begriffs zu einem Ergebnis führt, das die unübersehbaren Wirkungen des Art. 53 etwas zu bändigen imstande ist.

An der Diskussion haben sich schweizerische oder in der Schweiz lebende Autoren in hervorragendem Maße beteiligt, darunter PAUL GUGGENHEIM bereits seit Jahrzehnten¹³⁾. Die ihm im Jahre 1968 gewidmete Festschrift¹⁴⁾ enthält eine ganze Anzahl von Beiträgen aus der internationalen Kollegenschaft, die sich unmittelbar oder mittelbar damit beschäftigen: KRYSZYNA MAREK¹⁵⁾, VIRALLY¹⁶⁾, der auch einen wichtigen

¹¹⁾ *North Sea Continental Shelf*, Judgment. ICJ Reports 1969, S. 3.

¹²⁾ Z. B. SUY in seinem Bericht für die Konferenz von Lagonissi, a.a.O., S. 85f.

¹³⁾ In seinem bekannten Lehrbuch, in seinen Haager Vorlesungen von 1949 über «*La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*» (R. d. C. Bd. 74) und in verschiedenen Einzelschriften.

¹⁴⁾ *Recueil d'Etudes de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968.

¹⁵⁾ *Contribution à l'étude du jus cogens en droit international*, a.a.O., S. 426 ff.

¹⁶⁾ *Le rôle des «principes» dans le développement du droit international*, a.a.O., S. 531 ff.

Beitrag im *Annuaire français de Droit international*¹⁷⁾ geschrieben hat, VERDROSS, der die lange Reihe seiner Stellungnahmen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen fortsetzt¹⁸⁾, und FAVRE¹⁹⁾, der sich in dieser Festschrift und in der Gedächtnisschrift für Antonio de Luna über die *principes généraux de droit* geäußert hat. Der Aufsatz von Frau Professor BINDSCHEDLER-ROBERT²⁰⁾ über die Rückwirkung im Völkerrecht ist in diesem Zusammenhang ebenfalls zu nennen.

Mir scheint, daß alle philosophischen und auch alle emotionalen Höhepunkte der Diskussion über *Ius Cogens* schon erreicht sind. Man kann aber den Versuch machen, noch einmal die Begriffe zu klären und sich die Auswirkungen vor Augen zu führen, die ein derart kodifizierter Rechtssatz haben kann. Daß wir an diese Aufgabe nicht mit dem Optimismus der jungen Staaten herangehen können, die allgemeine Grundsätze für ein ausreichendes Regulativ des Zusammenlebens der Staatengemeinschaft halten, liegt auf der Hand. Die Geschichte der *clausula rebus sic stantibus* ist eine Warnung.

B. Zum Begriff des *Ius Cogens*

I. *Ius Cogens* als Beschränkung der Vertragsfreiheit

1. *Ius Cogens* im innerstaatlichen Recht

a) Wer von *Ius Cogens* im internen Recht spricht, denkt an die Begrenzung der Vertragsfreiheit. Demnach ist *Ius Dispositivum* gleichzusetzen mit den Normen, die die Partner eines Vertrages mit Rechtswirksamkeit untereinander abdingen können. Der staatliche Gesetzgeber bestimmt, welche Normen, die er kraft seiner Souveränität über die Rechtsunterworfenen erläßt, zur Disposition der Beteiligten stehen. Das ist dann der Fall, wenn ein öffentliches Interesse an der Verwirklichung der Norm in jeder konkreten Rechtsbeziehung nicht besteht, insbesondere dann, wenn die Norm Privatrechtsverhältnisse regelt und keine der Parteien des staatlichen Schutzes bedarf. Beispiele für *Ius Cogens* sind

¹⁷⁾ *Réflexions sur le «jus cogens»*, Ann. français, Bd. XII, 1966, S. 5 ff.

¹⁸⁾ *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public*, a.a.O., S. 531 ff.

¹⁹⁾ *Les principes généraux de droit, fonds commun du droit des gens*, a.a.O., S. 366 ff.; *Droit naturel et droit positif*, Rev. Española de Derecho Internacional, Bd. 21, S. 443 ff.

²⁰⁾ *De la rétroactivité en droit international public*, Mélanges Guggenheim, S. 201 ff.

die Formvorschriften bei der Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken und die Schutzbestimmungen zugunsten von Minderjährigen, ferner die von der Rechtsprechung ausgestalteten Generalklauseln zur Wahrung von Treu und Glauben. Dispositiv ist beispielsweise die Ersetzung des normalen zivilprozessualen Rechtswegs durch eine Schiedsvereinbarung und die Vereinbarung einer im Verhältnis zur gesetzlichen Regelung strengeren oder geringeren Haftung.

Im Bereich des öffentlichen Rechts gibt es grundsätzlich nur zwingendes Recht. Allerdings ist es ausnahmsweise möglich, daß einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gestattet ist, ein Vertragsverhältnis mit einer Privatperson in gewissen Grenzen frei zu gestalten. Ein Beispiel dafür sind Abmachungen zwischen der Steuerbehörde und dem Steuerpflichtigen innerhalb eines gesetzlich gezogenen Rahmens.

Die Frage lautet also: In welchen Fällen dürfen die einzelnen – natürlichen oder juristischen Personen – ihre privatrechtlichen Beziehungen nicht frei gestalten?

b) Im innerstaatlichen Recht sind Voraussetzungen des Ius Cogens: *Zunächst* das Vorhandensein eines Gesetzgebers (einschließlich des Verfassungsgesetzgebers), der die Dispositionsfreiheit der Parteien zuläßt oder ihre Beschränkung gebietet. Er tut das eine oder das andere entweder im Interesse der Gesamtheit, wie z.B. in Bestimmungen über den Außenhandel und Preisbindung, oder zugunsten der Betroffenen, z.B. durch ein Verbot, die Haftung wegen Vorsatzes auszuschließen (§ 276 Abs. 2 BGB).

Wir haben keinen Fall der Normenhierarchie im Sinne des Verfassungsrechts vor uns. Dort haben wir einen Delegationszusammenhang der verschiedenen übereinander gestuften Normen von der Staatsverfassung über das Gesetz bis zur Regierungsverordnung. Die Normen, die die Vertragsfreiheit einengen, sind nicht notwendigerweise in einer höherrangigen Rechtsnorm, z.B. im Gesetz im Verhältnis zur Verordnung, oder in der Verfassung im Verhältnis zum Gesetz, enthalten. Sie können z.B. innerhalb des Zivilgesetzbuchs stehen. Durch Auslegung ist zu ermitteln, ob eine Bestimmung nachgiebig ist oder zwingendes Recht enthält.

Daran anknüpfend, ergibt sich die *zweite* Voraussetzung für Ius Cogens im innerstaatlichen Recht: Das vertikale Verhältnis, das zwischen dem Staat und dem Rechtsunterworfenen besteht, d.h. zwischen demjenigen, der über die Rechtsordnung disponiert und demjenigen, auf den sie angewendet wird. Im Bereich des Ius Dispositivum überläßt der Staat den

Rechtsunterworfenen einen freien Gestaltungsraum. Der Rechtsunterworfene disponiert grundsätzlich nicht über die Rechtsordnung, sondern über das konkrete Verhältnis zu seinem Partner.

c) Für die Analogie zum Völkerrecht, die wir ziehen wollen, ist wesentlich, daß das innerstaatliche *Ius Cogens* nicht identisch ist mit den Geboten und Verboten der organisierten Rechtsgemeinschaft. Die Verbote des Strafrechts und das Gebot der Wehrpflicht sind keine Bestimmungen des *Ius Cogens*. *Ius Cogens* ist auch nicht identisch mit dem staatlichen Ordnungsrecht. Die allgemeine Polizeinorm, die die Wahrung von Sicherheit und Ordnung den staatlichen Exekutivkräften zuweist, ist keine Regel des *Ius Cogens*.

Innerstaatliches *Ius Cogens* ist öffentliches Recht; es greift in Privatrecht ein. Man denke z. B. an Veräußerungsverbote. Die Einzelnen disponieren über ihre eigene Rechtssphäre und bleiben in deren Rahmen, soweit sie nicht durch öffentliches Recht daran gehindert werden.

2. Übertragung ins Völkerrecht?

a) Ist dieser Begriff ins Völkerrecht übertragbar, obwohl die organisatorischen Voraussetzungen des innerstaatlichen Rechts fehlen? Gegen den Zweifel daran wird eingewendet, daß eine Rechtsordnung, die keine zwingenden Normen enthält, sich selbst aufhebe. Das ist richtig, aber noch kein Beweis für das Bestehen von *Ius Cogens* im Sinne von Einengung der Vertragsfreiheit. Theoretisch ist eine Rechtsordnung denkbar, die lediglich Beziehungen zwischen Gleichgeordneten kennt und diesen die Ausgestaltung vollkommen überläßt. Eine solche Rechtsordnung wäre nicht inhaltlich bestimmt; sie bestünde lediglich aus einer Verfahrensregel. Die Sanktion der Rechtsverletzung bestünde ausschließlich in der Selbsthilfe desjenigen, der behauptet, sein Recht sei verletzt worden.

Die Völkerrechtsgemeinschaft bietet aber nicht das Bild einer auf diese Verfahrens- und Sanktionsregel beschränkten Ordnung. Völkerrechtliche Rechtsbeziehungen haben zu keiner Zeit lediglich als bilaterale multilaterale Vertragsverhältnisse bestanden. Auch in den Perioden, in denen Ansätze der internationalen Organisation nicht sichtbar waren, hat ihr der Charakter eines Verbandes nicht vollständig gefehlt. Ordnungsmaximen, wie z. B. die Erhaltung des europäischen Gleichgewichts, sind Zeichen für das Bestehen einer Gesamtheit, mag der Zusammenhalt des Ganzen auch noch so rudimentär gewesen sein. Zu allen Zeiten gab es

gewisse Ansätze, der Staatengesellschaft eine Art von Statut zu geben. Im 17. und 18. Jahrhundert waren es die allgemeinen Friedensverträge, im 19. die Kongresse des europäischen Konzerts. Die zugegebenermaßen schwachen Elemente eines Verbandes, den die Staatengemeinschaft auch vor dem Völkerbund und vor den Vereinten Nationen gebildet hat, zwingen dazu, nach dem Minimum an Homogenität zu suchen, das ein solcher Verband zur Erhaltung seiner Existenz braucht. Es kann den Mitgliedern nicht gestattet sein, inter se jede Art von Abreden zu treffen. Die Grenze liegt offenbar an der Antastung des Existenzminimums.

b) Die bekannteste Attacke gegen das völkerrechtliche *Ius Cogens* ist von GEORG SCHWARZENBERGER²¹⁾ geführt worden. Ihm genügen diese Ansätze, von denen ich gesprochen habe, nicht. Er meint, daß die Voraussetzung zwingenden Rechts die Existenz von Organen mit supranationalen Befugnissen oder eine zentralisierte Weltgewalt sei, die in der Lage sein müßten, mit Verletzungen gegen die Gemeinschaft fertig zu werden. Für ihn beruht das gegenwärtige Völkerrecht auf gegenseitigem Interesse, common sense und Vernunftgemäßheit.

Die völkerrechtliche Ordnung ist unvollständig; sie ist in der Entwicklung. Die Erzeugung ihrer Normen ist unsicherer als die der staatlichen, der Inhalt ist unpräziser, und die Sanktion hängt häufig, und zwar in den wichtigsten Fällen, von der Konstellation der Macht und der Politik ab. Es wäre aber verfehlt, aus diesem Zustand des Schwankens, des Übergangs, des Fortschreitens und des Rückschlags den einfachen Schluß zu ziehen, eine Rechtsordnung könne nur innerhalb eines perfekten Machtverbandes bestehen. «Der Zivilisation kann das Recht nichts anderes bieten» – so heißt es in einer neuen Abhandlung über den Rechts- und Gesetzespositivismus – «als Krücken für ihren schwankenden Gang. Wenn das Recht in der Lage ist, der individuellen Existenz ein Minimum an Sicherheit zu garantieren, so wird es uns alles, dessen es fähig ist, gegeben haben»²²⁾.

c) Die Staaten befinden sich im Völkerrecht in einer anderen Situation als privatrechtliche Vertragspartner, deren Disposition öffentlich-rechtlich begrenzt ist. Man kann zwar nicht, wie es häufig geschieht, pauschal sagen, im Völkerrecht seien die Staaten gleichzeitig die Norm-

²¹⁾ G. SCHWARZENBERGER, *Ius Cogens in International Law*, Texas Law Review, Bd. 43, 1965, S. 455 ff., 467, 468.

²²⁾ A. BARATTA, *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer naturrechtlichen «Apologie des Rechtspositivismus»*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. LIX, 1968, S. 324 ff., 348.

erzeuger. Sicherlich beruht die Masse der völkerrechtlichen Normen auf dem Konsens der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Aber die Gemeinschaft ist nicht die Summe aller Einzelnen, und der einzelne Staat kann sehr wohl an eine Norm gebunden sein, die ohne sein Zutun entstanden ist. Das klassische Beispiel dafür sind einige kriegsrechtliche Abkommen²³⁾. Außerdem gibt es nach meiner Überzeugung Völkerrechtsnormen, die nicht aus staatlichem Konsens, sondern aus rational erkennbaren Notwendigkeiten des Zusammenlebens entstehen. Man mag sie mit ERICH KAUFMANN als Naturrecht²⁴⁾ oder man mag sie mit dem neuesten Aufsatz von ANTOINE FAVRE als das Gesetz der gesellschaftlichen Gruppe bezeichnen, das die Sphäre bestimmt, die jeder als die seinige beanspruchen kann²⁵⁾, oder man mag mit VERDROSS vom ethischen Minimum sprechen²⁶⁾. Das Verbot der schädigenden Nutzung von See- und Luftraum kann man dazu rechnen.

Trotzdem bleibt die Tatsache bestehen, daß die Staaten im Regelfall an der Normentstehung beteiligt sind, sei es durch ausdrückliche Willenserklärung, sei es durch eigene Praxis, sei es durch Anerkennung oder Hinnahme der Praxis anderer. Die Weltkodifikationskonferenzen haben die Normbildung erleichtert, aber keineswegs alle Fragen gelöst. Das beweist das Urteil des IGH, das die Genfer Konvention von 1958 über den Festlandsockel nur in begrenztem Umfang als geltendes Gewohnheitsrecht ansah²⁷⁾. Es ist aber unbestritten, daß die Gemeinschaft der Staaten, wie auch immer sie repräsentiert sein mag, die Rolle des Gesetzgebers im Völkerrecht übernehmen kann.

Wenn das richtig ist, kann die Staatengemeinschaft auch bestimmen, daß die frei gestalteten Beziehungen zwischen den Staaten eingeschränkt sind. Sie können, wie LAUTERPACHT es ausgedrückt hat, «overriding principles» schaffen²⁸⁾. Sie können bestimmen, daß gewisse Rechtssätze der grundsätzlich freigestalteten Beziehung zwischen einzelnen Mitgliedern der Völkerrechtsgemeinschaft vorgehen. Außerdem kann es *Ius Cogens*-Normen geben, die ohne Staatenkonsens entstehen.

d) Nicht jede Norm des Gewohnheitsrechts oder jeder universale Kodifikationsvertrag enthält *Ius Cogens*. Zum Beispiel können die Privile-

²³⁾ Z. B. die wesentlichen Normen der Haager Landkriegsordnung.

²⁴⁾ E. KAUFMANN, *Rechtsidee und Recht*, Bd. III der gesammelten Schriften, 1960, S. 52.

²⁵⁾ A. FAVRE, *Droit naturel et droit positif*, a.a.O., S. 449.

²⁶⁾ A. VERDROSS, *Forbidden Treaties*, a.a.O., S. 574.

²⁷⁾ A.a.O., §§ 19, 70–74.

²⁸⁾ ILC Yearbook 1953, Bd. II, S. 155.

gien und Immunitäten der diplomatischen Missionen und ihrer Mitglieder trotz der Wiener Diplomatenkonvention durch Vertrag vermindert werden. Dasselbe muß man für einen Vertrag zwischen zwei Staaten über die gemeinsame Ausübung der Hoheitsrechte in den Küstengewässern sagen, obwohl die Genfer Konvention von 1958 die Souveränität des Küstenstaates anerkennt. Anders müßte man entscheiden, wenn innerhalb eines Militärbündnisses vereinbart würde, Gefangene des Gegners entgegen dem in der Haager Landkriegsordnung enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz mit Dienstleistungen für die Kriegsanstrengungen zu beschäftigen²⁹⁾.

Auch im Völkerrecht kann die Frage, ob ein Rechtssatz zwingendes oder nachgiebiges Recht enthält, durch Auslegung ermittelt werden. Die Auslegungsmethoden sind grundsätzlich dieselben wie im innerstaatlichen Recht. Dort wird allerdings die Gesetzgebungstechnik für klarere Formulierungen sorgen. Im Völkerrecht muß man den Schluß aus dem Willen der Staaten, wenn er erkennbar ist, sonst aus der Bedeutung der Norm für das Gemeininteresse der Rechtsgenossen erschließen. Ebenso wie uns die mangelnde Perfektion der Völkerrechtsordnung nicht behindert hat, einen Kernbestand an fundamentalen Normen anzunehmen, kann uns die Schwierigkeit der Auslegung nicht hindern, die zwingende von der nachgiebigen Norm zu unterscheiden.

e) Die Staatengesamtheit kann also *Ius Cogens* gegenüber einzelnen Rechtsgenossen setzen. Die Gesamtordnung überlagert die Vertragsordnung. Die Beobachtung, die wir beim innerstaatlichen Recht gemacht haben, kommt uns zu Hilfe: Die zwingende Norm braucht nicht auf einer höheren Stufe der Rechtserzeugung zu stehen als die nachgiebige; sie können derselben Rechtsquelle, ja demselben Dokument entstammen. Wenn die Staaten Völkerrechtsnormen erzeugen können, so können sie auch die verschiedene Stärke der Wirkung festsetzen. Ich befinde mich hier in Einklang mit PAUL GUGGENHEIM, wenn er sagt: «Die Kollektivkonventionen, die eine besondere ‚Gemeinschaftssphäre‘ der internationalen Gesellschaft konstituieren, schaffen ein wahrhaftes *droit*

²⁹⁾ Das nach dem alliierten Kontrollratsgesetz Nr. 10 errichtete Militärtribunal in Nürnberg hat in einem etwas anders gelagerten Fall die Auffassung vertreten, daß ein – nicht bewiesenes – Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der französischen Vichy-Regierung, demzufolge französische Kriegsgefangene in der deutschen Rüstungsindustrie beschäftigt werden durften, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig gewesen wäre (Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law 10, vol. IX, The Krupp Case, p. 1395) (Hinweis bei Sux, a.a.O., S. 62).

super-étatique und engen dadurch den Bereich der zwischenstaatlichen Sonderbeziehungen in einem gewissen Umfang ein.»³⁰⁾

f) Auch in den völkerrechtlichen Rechtssätzen, die nicht auf Konsens beruhen, können wir diese Unterscheidung beobachten. Bei Rechtssätzen, die wir aus der Natur der Sache, d. h. richtig formuliert aus dem Zusammenhang der Vorgegebenheiten, bezogen auf den Zweck der Rechtsordnung³¹⁾, erkennen, kann Notwendiges und Disponibles zu finden sein. Normalerweise wird die rationale Operation, durch die ein solcher Rechtssatz nachgewiesen wird, des Arguments bedürfen, die Norm sei für das Gemeininteresse notwendig. Es ist aber nicht auszuschließen, daß einzelne Staaten durch Vertrag auf ihre Anwendung untereinander verzichten, wenn keine Interessen Dritter betroffen sind. Das könne z. B. für ein Abkommen zutreffen, dessen Durchführung zu einer Verseuchung eines nur auf den Gebieten der Parteien liegenden Flußsystems führt.

g) In den Internationalen Organisationen kann die Analogie zum innerstaatlichen Recht weiter durchgeführt werden als in der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft. Die Elemente, die man dort vermißt, sind in den Organisationen in verschiedenen Intensitätsgraden vorhanden. Die Mitgliedstaaten sind der Gesamtordnung unterworfen. Sie sind in viel begrenzterem Umfang «Gesetzgeber» als die Staaten in der allgemeinen Völkerrechtsordnung. Sie sind entweder der Mehrheitsentscheidung oder gar besonderen, von ihnen selbst unabhängigen Organen gehorsamspflichtig. Die extremste und staatsnächste Struktur besitzen die Europäischen Gemeinschaften. Die Organe der Gemeinschaften entsprechen dem Gesetzgeber, die Mitgliedstaaten den Rechtsunterworfenen.

Die vertragliche Disposition der Mitgliedstaaten untereinander kann in verschiedener Weise eingeschränkt sein. Ich nenne folgende Beispiele: Können die fünf EWG-Mitglieder ohne Frankreich einen Vertrag mit Großbritannien schließen, der den Ausbau der EWG zur Wirtschafts-

³⁰⁾ P. GUGGENHEIM, *Contributions au problème des bases sociologiques du droit international*, Introduction à l'Étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, 3^e partie, § 76, S. 116 ff., 121 f.

³¹⁾ Nach MAX GUTZWILLER, *Zur Lehre von der «Natur der Sache»*, Elemente der Rechtsidee, ausgewählte Aufsätze und Reden, 1964, S. 134 ff., 140 f., ist die «Natur der Sache» «nichts anderes als eine unter den zahlreichen Umschreibungen des großen Prinzips der juristischen Auslegung und verlangt insbesondere, daß die Eigenart der gerade vorliegenden Rechtswirkung, des Rechtsverhältnisses, des Rechtsinstituts beachtet werde». Es wird nicht aus der «Natur» eines Stoffes erklärend geschlossen, sondern ein einheitliches «Direktionsmittel des Denkens» an die rechtlichen Tatbestände herangebracht (S. 143).

union unter den sechs Mitgliedern verzögert? Können die im EWG-Ministerrat vertretenen Regierungen durch Vereinbarung das Abstimmungsverfahren des EWG-Vertrags ändern?

Im EWG-Vertrag und im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl gibt es Beschränkungen der Vertragsfreiheit für Kartellabreden. Hierbei handelt es sich um eine genaue Parallele zum Gegensatz *Ius Cogens* – *Ius Dispositivum* des innerstaatlichen Rechts.

Wie steht es mit Verträgen zwischen UN-Mitgliedern entgegen Art. 103?

Sind Verträge von Teilnehmern eines Vertrages, der ein völkerrechtliches Statut begründet hat, wirksam? McNAIR bringt in seinem *Law of Treaties* eine Reihe von Beispielen, darunter am ausführlichsten dasjenige des Schweizer Neutralitätsstatuts und der Freizonen³²⁾. Das Problem stellte sich aber auch im Oscar Chinn-Fall und im Fall der deutsch-österreichischen Zollunion vor dem Internationalen Gerichtshof. Im Chinn-Fall vertraten die Richter SCHÜCKING und VAN EYSINGA in Sondervoten den Standpunkt, daß die Kongo-Akte von 1885 nicht von einem Teil der Partner durch den Vertrag von St. Germain aus dem Jahre 1919 hätte geändert werden können³³⁾. ANZILOTTI sagte in seiner Sondermeinung zum Gutachten über die Zollunion, der Gerichtshof habe offenbar angenommen, daß das Genfer Protokoll von 1922 einen anderen Inhalt haben könne als Art. 88 des Friedensvertrages von St. Germain, der Österreich die Aufgabe seiner Unabhängigkeit verboten hatte. Er warf die Frage auf, ob die Staaten, die 1922 das Genfer Protokoll unterzeichnet hatten, in der Lage gewesen seien, inter se die Bestimmungen des Art. 88 abzuändern, die nicht im Interesse des einen oder anderen Staates, sondern im höheren Interesse der politischen Ordnung Europas und für die Erhaltung des Friedens angenommen worden seien³⁴⁾.

Die nach dem Recht einer Organisation nicht zulässigen Verträge zwischen den Mitgliedern können im Rahmen der organisierten Gemeinschaft als Verstöße gegen *Ius Cogens* behandelt werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie ohne Wirkung seien. Diese Folgerung kann man nur ziehen, wenn man annimmt, daß die Staaten durch den Zusammenschluß zu der betreffenden Organisation ihren Status nach all-

³²⁾ McNAIR, *Law of Treaties*, 2. Aufl. 1961, S. 260 ff.

³³⁾ Zustimmung J. VERZIJL, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, *Revue de droit international*, 1935, Sonderdruck S. 40f.

³⁴⁾ Publications de la Cour Permanente de Justice internationale. Série A/B N° 41, Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, S. 64.

gemeinem Völkerrecht aufgegeben haben. Das scheint mir in der Gegenwart noch bei keiner Organisation der Fall zu sein. Ebenso bezweifle ich, daß ein sogenannter statutarischer Vertrag bewirken kann, daß Abmachungen unter den Beteiligten nicht nach den Regeln über widersprechende Vertragsverpflichtungen behandelt werden, sondern unwirksam sind.

II. *Ius Cogens* und völkerrechtlicher *Ordre public*

1. Soviel ich sehe, ist der Terminus «*Ordre public international*» im Zusammenhang mit dem *Ius Cogens* erst in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg aufgekommen. In den Beratungen der UN-Völkerrechtskommission hat er von Anfang an eine Rolle gespielt³⁵⁾. Der Kommentar des Berichtstatters WALDOCK aus dem Jahre 1963 zum damaligen Art. 13 (der die «*treaties void for illegality*» betraf) zeigt einerseits deutlich diesen Zusammenhang, gleichzeitig aber das Unbehagen darüber: «*imperfect though the international legal order may be, the view that in the last analysis there is no international public order – no rule from which States cannot of their own free will contract out – has become increasingly difficult to sustain*»³⁶⁾. Die Debatten zeigen, daß die Vorstellungen vielfach unklar waren³⁷⁾. Inzwischen ist aus dem zunächst mehr empfundenen als durchdachten Eindruck, zwingendes Recht müsse etwas mit den fundamentalen Grundsätzen des Zusammenhalts der internationalen Gesellschaft zu tun haben, eine wissenschaftliche Position geworden. Der eingehende Bericht von SUY für die Konferenz von Lagonissi ist die nach meiner Kenntnis deutlichste Darlegung dieses Standpunktes³⁸⁾. Dagegen hat sich unter anderem TUNKIN gewandt: Die International Law Commission habe den Ausdruck *Ordre public* nicht benutzt, weil sie die Implikationen vermeiden wollte, die aus dem Gebrauch dieses landesrechtlichen Begriffs entstehen würden. *Ius Cogens* sei, so fuhr er fort, nicht ein allgemeiner abstrakter Begriff von *public policy*, sondern bestehe aus konkreten Grundsätzen, von denen die Staaten nicht vertraglich abweichen könnten³⁹⁾.

Die extremste Gegenposition nimmt mit fast harten Worten, denen ich zustimmen möchte, KRYSZYNA MAREK in der Guggenheim-Festschrift

³⁵⁾ ILC Yearbook 1953, Bd. II, S. 154f. (Bericht LAUTERPACHT).

³⁶⁾ ILC Yearbook 1963, Bd. II, S. 52.

³⁷⁾ A.a.O., S. 62 ff.

³⁸⁾ A.a.O., S. 71 ff.

³⁹⁾ Lagonissi Conference a.a.O., S. 86, 87.

ein, indem sie sagt, sie glaube nicht recht zu hören⁴⁰⁾. Frau Marek kann des Beifalls aller Vertreter des internationalen Privatrechts, an ihrer Spitze MAX GUTZWILLER, gewiß sein⁴¹⁾. Sie wenden sich gegen die Übertragung eines im internationalen Kollisionsrecht entstandenen Begriffs mit festgelegtem Inhalt in das Völkerrecht. Bei dieser Operation erfährt er allerdings einen grundlegenden Bedeutungswandel. Jedermann verbindet mit dem Begriff des *Ordre public* zunächst die Vorstellung von einem Institut des nationalen Rechts, das im Falle der Kollision mit ausländischem Recht die Geschlossenheit der eigenen Rechtsordnung gewährleistet.

Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß auch der internationale *Ordre public* einen kollisionsrechtlichen Aspekt hat. Wenn man darunter denjenigen Teil des Völkerrechts versteht, den die Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft innerstaatlich respektieren müssen, beispielsweise im Fremdenrecht, ohne sich dagegen auf den eigenen nationalen *Ordre public* berufen zu können, haben wir einen *Ordre public* des Völkerrechts vor uns, der der Vorbehaltsklausel des nationalen Rechts ähnlich ist.

Dieser kollisionsrechtliche Gesichtspunkt interessiert uns im Zusammenhang mit dem *Ius Cogens* aber weniger. Wer diesen Terminus unreflektiert gebraucht oder sich im Rahmen der jetzigen Diskussion für ihn einsetzt, meint in erster Linie den Bestand an fundamentalen Geboten und Verboten des Völkerrechts, die für den Bestand der Rechtsgemeinschaft wesentlich sind. Der *Ordre public international* in diesem Sinne ist die Projizierung des notwendigen Homogenitätsminimums der Staatengesellschaft auf das Völkerrecht. Der *Ordre public* hat in dieser Bedeutung die Funktion, innerhalb der Völkerrechtsordnung zu wirken, d. h. die Handlungsfreiheit der Völkerrechtssubjekte zu beschränken. Die Gefahr, der er begegnet, kommt von innen, von den Mitgliedern der Völkerrechtsordnung, während der nationale *Ordre public* in erster Linie eine Abwehrfunktion nach außen hat.

2. Trotz den Bedenken, die man wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffs haben mag, hat sich der *Ordre public international* seit etwa 15 Jahren in der Wissenschaft und im Sprachgebrauch des Völkerrechts

⁴⁰⁾ *Contribution a l'étude du ius cogens en droit international*, Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim, 1968, S. 426 ff., 440.

⁴¹⁾ GUTZWILLER und NEUMAYER in der Diskussion zu den Referaten von GÜNTHER JAENICKE und RUDOLF WIETHÖLTER über das Thema «Zur Frage des internationalen *Ordre public*». Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7, 1967, S. 184, 181.

so eingebürgert, daß man ihn nicht mehr daraus verbannen kann. Man kann ihn nur analysieren und auf diese Weise vor der Verwechslung mit der Hauptfunktion der nationalen Vorbehaltsklausel schützen. Offenbar drückt der Terminus einen Sachverhalt aus, der der Formulierung bedarf.

Mag der Begriff im *allgemeinen Völkerrecht* auch noch ungenau sein, im *Recht der Europäischen Gemeinschaften* und der *Vertragsgemeinschaften des Europarats* hat er sich bereits so weit durchgesetzt, daß er auf dem Wege ist, ein Rechtsinstitut zu werden. Sowohl der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg als auch die Europäische Menschenrechtskommission in Straßburg verwenden den Ausdruck «gemeinschaftlicher Ordre public», «ordre public communautaire», «common public order». Sie ziehen daraus Folgerungen für ihre Entscheidungen⁴²⁾.

Offenbar benötigt man einen Sammelbegriff für die Normen, deren Respektierung zur Erhaltung der Völkerrechtsgemeinschaft notwendig ist. Es handelt sich um *Rechtswerte*, die dem Zweck der Rechtsgemeinschaft dienen, um *Rechtsgrundsätze*, zu deren Verwirklichung die Rechtsgenossen verpflichtet sind, und um *Rechtsregeln*, die als fest umrissene Vorschriften befolgt werden müssen. Der Ordre public ist kein inhaltlich fixierter Normenkomplex; er setzt sich aus einzelnen Normen zusammen, die jede für sich aus den Rechtsquellen des Völkerrechts erschlossen werden müssen.

Um die Mißverständnisse zu verringern, ist vorgeschlagen worden, nicht vom «internationalen» Ordre public, sondern vom «völkerrechtlichen» Ordre public zu sprechen⁴³⁾. In der französischen Version würde man den etwas umständlicheren Ausdruck «Ordre public de la commu-

⁴²⁾ Dazu mein Aufsatz, *Der «gemeinschaftliche Ordre public» in europäischen Staatengruppen*, *Revista Española de Derecho Internacional*, Bd. 21, 1968 (Gedächtnisschrift De Luna); Beispiel aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (verbundene Rechtssachen 9 und 58/65), *Acciaierie San Michele gegen Hohe Behörde der EGKS*, Beschluß vom 22. Juni 1965: «Die Teilnahme der Italienischen Republik an den Gemeinschaftsorganen und an den Rechten und Pflichten, die der Vertrag (sc. der Vertrag über die Errichtung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl) begründet hat, schließen die Möglichkeit aus, daß ihre Staatsangehörigen der vollständigen und einheitlichen Anwendung des Vertrages entgegen und so eine Sonderbehandlung gegenüber den übrigen Gemeinschaftsangehörigen erlangen. Demzufolge ist jeder Antrag, der darauf gerichtet ist, derartige Diskriminierungen, die kein Ratifikationsgesetz in den Vertrag, der sie verbietet, einführen konnte, rechtlich zu verankern, als Verstoß gegen den 'ordre public' der Gemeinschaft abzulehnen.» (Rechtsspr. Eur. Ger. Bd. 13, 1967, S. 1 ff., 4, 39).

⁴³⁾ G. JAENICKE, *Zur Frage des internationalen Ordre public*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1967, S. 77 ff., 81.

nauté internationale», in der englischen «Public Order of the International Community» wählen müssen⁴⁴⁾.

Die Existenz eines völkerrechtlichen Ordre public würde wahrscheinlich auch von GUGGENHEIM akzeptiert werden. Jedenfalls scheinen mir seine Hinweise in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs darauf hinzuweisen⁴⁵⁾. Diese Stellungnahme führt aber keineswegs zu der Schlußfolgerung, daß Ius Cogens und völkerrechtlicher Ordre public ein und dasselbe seien.

3. Der erwähnte Bericht von SUY zeigt deutlich, daß die Gleichsetzung dem Ius Cogens einen wesentlich breiteren Rahmen geben würde als die Einschränkung der Vertragsfreiheit. Die Staaten können gegen den Ordre public nicht nur durch Verträge, sondern auch durch Einzelakte verstoßen. Das Gewaltverbot, das immer wieder als Beispiel für Ius Cogens angeführt wird, verbietet nicht nur ein Angriffsbündnis, sondern auch die einzelne Angriffshandlung. Dasselbe kann man vom Genocidium, von der Verletzung des Gesandtschaftsrechts, von der Verletzung des Fremdenrechts, von der Verletzung fremden Hoheitsgebiets und vielen anderen Verstößen gegen völkerrechtliche Verbote sagen.

Wir haben gesehen, daß niemand an die entsprechende Ausweitung des Ius Cogens-Begriffs im innerstaatlichen Recht denkt. Das Verbot der Selbsthilfe im innerstaatlichen Recht wird von niemandem dazu gerechnet. Es besteht kein Anlaß, einem Begriff, den man dem innerstaatlichen Recht entlehnt, weil er dort am klarsten ausgebildet ist, in der Völkerrechtsordnung einen anderen Inhalt zu geben. KRYSZYNA MAREK hat die Überflüssigkeit und Schädlichkeit dieser Ausweitung eingehend begründet⁴⁶⁾.

Ius Cogens ist nur interessant als Gegensatz zur freien Gestaltung von Rechtsbeziehungen innerhalb einer Rechtsordnung⁴⁷⁾. Die Partner eines Vertrages «disponieren» über eine partikuläre Beziehung zwischen ih-

⁴⁴⁾ JAENICKE, a.a.O. Es ist interessant zu beobachten, daß der englische Sprachgebrauch, der die nationale Vorbehaltsklausel als «public policy» bezeichnet, sich im Völkerrecht an den französischen Terminus «Ordre public» angleicht und den Ausdruck «Public Order» verwendet. Die sprachliche Umformung enthüllt also den Unterschied der Bedeutung in der englischen Sprache.

⁴⁵⁾ P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, 2. Aufl., Bd. 1, 1967, S. 129.

⁴⁶⁾ KR. MAREK, a.a.O., S. 438 ff.

⁴⁷⁾ A. DE LUNA in der International Law Commission: «The essence of ius cogens was best defined a contrario by the concept of ius dispositivum.» (ILC Yearbook 1963, Bd. I, S. 72).

nen. Der Rechtsbrecher disponiert nicht über Rechte und Pflichten. Im Völkerrecht ist diese Situation nicht anders als im staatlichen Recht.

Man sollte daher an der Definition des *Ius Cogens* als Begrenzung des vertraglichen Dispositionsrechts festhalten.

4. Es ist allerdings möglich, daß die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch *Ius Cogens* und das Verbot einseitiger rechtswidriger Handlungen zusammentreffen: In der Diskussion ist immer wieder der Fall erörtert worden, daß zwei oder mehrere Staaten einen Vertrag zu Lasten Dritter schließen, ohne daß sich die Rechtsordnung als Sanktion mit dem Satz, «daß ein Abkommen den Außenseitern weder schade noch nütze», begnügen könnte. Wenn die Durchführung eines Vertrages Dritte in einer Weise benachteiligt, daß die gesamte Völkerrechtsgemeinschaft sich betroffen fühlt, muß der Vertrag auch zwischen den Beteiligten selbst verboten sein. Als Beispiel ist an die vertragliche Aufteilung der Nutzungsrechte an dem Festlandssockel vor der Küste eines dritten Staates zu denken. Von dem Außenseiter aus gesehen, stellt sich die Durchführung des Vertrages als kollektiver Einzelakt dar. Weil dieser gemeinsame Akt dem Gesamtinteresse der Völkerrechtsgemeinschaft zuwiderläuft, kann er nicht Gegenstand eines Vertrages sein.

Ius Cogens und völkerrechtlicher *Ordre public* sind demnach nahe verwandt: Verbote, die sich an die Mitglieder der Völkerrechtsordnung richten, sind gleichzeitig Beschränkungen der Vertragsfreiheit, wenn die tatsächlichen Vertragswirkungen über den Kreis der Beteiligten hinausreichen. Insoweit ist den Vertragspartnern die normalerweise bestehende Möglichkeit der Disposition entzogen.

III. *Ius Cogens* für Außenseiter der Rechtserzeugung

In einem wichtigen Punkt versagt die Analogie zum innerstaatlichen Recht. Dort sind alle Rechtssubjekte in ihren Vertragsbeziehungen an *Ius Cogens* gebunden. Im Völkerrecht kann aber der Fall eintreten, daß in einer zwei- oder mehrseitigen Rechtsbeziehung der eine Teil disponieren kann und der andere gebunden ist.

Für die Bildung von völkerrechtlichen Rechtsnormen, darunter auch solchen mit *Ius Cogens*-Charakter, ist nicht die Mitwirkung aller Staaten notwendig. Eine repräsentative Mehrheit ist ausreichend. Das *Nordsee-Urteil* sagt über die Bildung von Gewohnheitsrecht aus einer Kodifikationskonvention – der Genfer Konvention über den Festlandssockel –, daß eine Regel des allgemeinen Völkerrechts «a very widespread and re-

presentative participation in the convention» voraussetze⁴⁸⁾. Das Urteil fügt vorsichtigerweise hinzu, daß eine repräsentative Beteiligung nur angenommen werden könne, wenn diejenigen Staaten, deren Interessen besonders berührt seien, sich darunter befänden⁴⁹⁾. Damit ist – meines Erachtens mit Recht – eine Beziehung zwischen dem Inhalt der Norm und dem Konsens der von ihr Betroffenen hergestellt. Zum Beispiel kann ein Abkommen über Weltraum und Himmelskörper nicht mit überwältigender Mehrheit der Staaten der Welt Rechtssätze aufstellen, die die wenigen Staaten binden, die als einzige über die Mittel zur Durchdringung des Weltraums verfügen. Dasselbe würde für ein Abkommen unter den Binnenstaaten über das Flaggenstatut auf der hohen See gelten. Die repräsentative Mehrheit schließt aber nicht die Beteiligung aller Staaten, nicht einmal diejenige aller von der Norm betroffenen Staaten ein. Im Festlandsockelprozeß haben Dänemark und die Niederlande sich darauf berufen, daß für die seitliche Abgrenzung der Festlandsockel von Nachbarstaaten eine Gewohnheitsrechtsnorm aus Art. 6 Absatz 2 der Konvention von 1958 entstanden sei, die auch für die Bundesrepublik Deutschland, die sich ihre Rechte hinsichtlich der Seitenabgrenzung vorbehalten hatte, bindend sei. Es bestand kein Zweifel, daß alle drei Staaten *gemeinsam* über die Ausbeutungsrechte am Boden der – ungenau gesprochen – östlichen Hälfte der Nordsee hätten disponieren können. Sie wären nicht verpflichtet gewesen, das Äquidistanzprinzip für die Festlegung der Grenzlinien zwischen Dänemark und der Bundesrepublik und der Bundesrepublik und den Niederlanden anzuwenden. Gegenüber der Bundesrepublik, die damit nicht einverstanden war, wirkten aber der dänische und der niederländische Anspruch auf einen Anteil gemäß den Äquidistanzlinien als Behauptung eines die Bundesrepublik zwingenden Rechtssatzes.

Der Internationale Gerichtshof hat den Charakter der Äquidistanzmethode als einer völkerrechtlich bindenden Regel verneint. Er nahm an, daß keine ausreichenden Nachweise für die Bildung eines Gewohnheitsrechtssatzes oder gar einer rational zwingenden Regel vorhanden seien. Andererseits bestand kein Zweifel, daß es Gewohnheitsrechtssätze geben kann, an die ein Staat gegen seinen Willen gebunden ist. Der Gerichtshof hatte zunächst dargetan, daß die Bundesrepublik weder durch Beteiligung an der Konvention noch durch einseitige Anerkennung oder

⁴⁸⁾ A.a.O., § 73.

⁴⁹⁾ A.a.O.

Hinnahme der Äquidistanzregel gegenüber den beiden anderen Parteien gebunden sei⁵⁰⁾. Die gesamte weitere Argumentation über das Entstehen einer Regel des allgemeinen Völkerrechts dieses Inhalts wäre unsinnig, wenn die Möglichkeit der Bindung eines Außenseiters ausgeschlossen würde.

In dieser Situation bestätigt sich die früher aufgestellte Behauptung, daß die Völkerrechtsgemeinschaft einen gewissen Verbandscharakter hat; der von der neuen Norm ohne oder gegen seinen Willen erfaßte Staat hat die Position eines Rechtsunterworfenen. Aus der Doppelstellung der Staaten im Völkerrecht als Rechtsunterworfenen und als Teilorgan der Rechtserzeugung muß man schließen, daß das Völkerrecht Ius Cogens kennt, das nur *einen* Partner eines Rechtsverhältnisses bindet.

In dieser Erweiterung liegt der wesentliche Unterschied zum Ius Cogens im innerstaatlichen Recht. Diese Besonderheit hindert aber nicht, an der Definition des Ius Cogens als Beschränkung der Freiheit der Vertragsgestaltung festzuhalten.

IV. Zusammenfassung

Das bisherige Ergebnis kann ich folgendermaßen zusammenfassen: Ius Cogens steht auch im Völkerrecht im Gegensatz zum Ius Dispositivum. Seine Normen schränken die normalerweise bestehende Freiheit der Gestaltung der Vertragsbeziehungen der Völkerrechtssubjekte ein. Die Besonderheit des Völkerrechts besteht nur in der Erweiterung des zwei- oder mehrseitig wirkenden Ius Cogens auf ein einseitig wirkendes. Diese Ausdehnung ist durch die Rolle der Staaten bei der Rechtserzeugung geboten. Sie sind zwar Teilorgane der Normbildung, brauchen aber nicht an der Bildung jeder Norm beteiligt zu sein.

C. Rechtssätze mit Ius Cogens-Charakter

I. Unterscheidungen

Welche Normen des Völkerrechts schränken die Vertragsfreiheit ein? Die Unklarheit der Begriffe, die wir konstatiert haben, wirkt sich auf die Anregungen aus, dieser oder jener Regel, diesem oder jenem Grundsatz, dieser oder jener Maxime zwingenden Charakter beizulegen.

Es bedarf einiger Unterscheidungen:

⁵⁰⁾ A.a.O., §§ 27–32.

1. Prinzipien, Regeln, Normen

Zunächst muß man sich darüber einigen, was man unter Prinzipien, Regeln und Normen versteht. Klare völkerrechtliche Definitionen gibt es nicht. Das jüngste Beispiel für die Unklarheit sind die Schiedskompromisse zwischen Dänemark, den Niederlanden und der Bundesrepublik Deutschland, die den Streit um den Festlandsockel dem Internationalen Gerichtshof zugewiesen haben. Die Parteien fragen darin den Gerichtshof, welches «die Prinzipien und Regeln des Völkerrechts» seien, die auf die Begrenzung ihrer Anteile am Festlandsockel anwendbar seien⁵¹⁾. Der Gerichtshof klärt diese Frage nicht, sondern nimmt im Urteilstenor den Doppelbegriff auf und verwendet in der Begründung das Wort «principles» nicht immer in demselben Sinne.

Das Dictionnaire de la terminologie du droit international gibt zwar auch keine genaue Abgrenzung. Immerhin läßt sich aber aus der Umschreibung der Begriffe *principe de droit*, *règle de droit* und *principe du droit international* schließen, daß ein *principe* weniger konkret ist als eine *règle*⁵²⁾.

Da Rechtssätze den Tatbestand, den sie regeln wollen, mehr oder weniger präzise umschreiben, braucht man eine Bezeichnung für die detailliertere und die generellere Norm. Es empfiehlt sich m. E., den Ausdruck «Regel» solchen Normen vorzubehalten, die den Normadressaten hinreichende Anhaltspunkte für das ihnen vorgeschriebene Verhalten geben. Auf der anderen Seite sollte man unter «Prinzipien» rechtlich bindende Leitsätze verstehen, die dem Normadressaten einen größeren Spielraum in der Ausgestaltung gewähren. Ich möchte nicht so weit gehen, die Regeln mit der unmittelbaren Anwendungsreife gleichzusetzen, halte also die Analogie zu dem *self-executing treaty* nicht für notwendig. Auf der anderen Seite bedarf das «Prinzip», weil es bindend ist, der Abgrenzung gegenüber dem bloßen Programmsatz.

Nach dieser Terminologie ist z. B. die Schiffahrtswfreiheit auf hoher See eine «Regel», die Streitschlichtung mit friedlichen Mitteln ein «Prinzip» und die obligatorische Schiedsgerichts- oder Gerichtsbarkeit ein «Programm».

Der Oberbegriff über Prinzip und Regel ist die «Norm» (Rechtssatz). Im folgenden verwende ich die Begriffe in dieser Bedeutung, ohne allerdings behaupten zu wollen, diese Unterscheidung sei akzeptiert.

⁵¹⁾ Urteil a.a.O., S. 6.

⁵²⁾ Dictionnaire de la terminologie du droit international, 1960, S. 472, 473, 521 f.

2. Funktions-, Struktur- und Sachnormen

Schon zu Beginn der Diskussion über das *Ius Cogens* finden wir die Unterscheidung zwischen Funktionsnormen und tatbestandlich fixierten Geboten und Verboten⁵³⁾. Zu den Funktionsnormen rechnet man etwa den Satz «*pacta sunt servanda*», die Rechtskraft, die Pflicht zum Schadensersatz bei Rechtsverletzung und das Verbot der unzumutbaren Rechtsausübung⁵⁴⁾.

Die Gebote oder Verbote betreffen entweder die organisatorische Struktur der Staatengesellschaft (Strukturnormen) oder regeln als Sachnormen Situationen, die bestimmte Kriterien aufweisen. Als Beispiele mögen an dieser Stelle das Interventionsverbot bzw. das Verbot der willkürlichen Enteignung genügen.

3. Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

Nach der Rechtsquelle müssen wir zwischen gewohnheitsrechtlichen Normen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen unterscheiden. Beide Gruppen bilden zusammen das allgemeine Völkerrecht. Zuweilen ist es in der Diskussion über das *Ius Cogens* notwendig, die beiden Gruppen auseinanderzuhalten. Es liegt auf der Hand, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze mehr den Funktionsnormen und das Gewohnheitsrecht mehr den Sachnormen zugeordnet ist. Es gibt aber durchaus Überschneidungen, z.B. auf dem sehr wichtigen Gebiet der Menschenrechte. Diese haben ihre Wurzel mehr in allgemeinen Rechtsgrundsätzen als im Gewohnheitsrecht und enthalten Sachnormen.

Es empfiehlt sich, die Prüfung des *Ius Cogens*-Charakters getrennt nach Funktions- und Sachnormen vorzunehmen.

II. Funktionsnormen

Nach meinem Dafürhalten ist es ein Irrtum, die sogenannten Funktionsnormen mit dem *Ius Cogens* in Verbindung zu bringen⁵⁵⁾. Funk-

⁵³⁾ Vgl. VON DER HEYDTE, a.a.O., S. 471.

⁵⁴⁾ Beispiele großenteils von VON DER HEYDTE, a.a.O., S. 471.

⁵⁵⁾ EBENSO U. SCHEUNER, *Conflict of Treaty Provisions with a peremptory Norm of General International Law and its Consequences*, ZaöRV Bd. 27, S. 520 ff., 525. M. VIRALLY, *Réflexions*, a.a.O., S. 10. Gegen die Einbeziehung des Gutglaubensgrundsatzes der libanesischen Delegierte auf der Wiener Konferenz von 1968 (A. FATTAL, *La Conférence de Vienne sur le Droit des Traités*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Beyrouth, 1968, S. 281).

tionsnormen enthalten die Voraussetzungen der gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung in einem Verträge oder die Modalitäten solcher Rechtsbeziehungen.

Der Satz *pacta sunt servanda* gehört zu der ersten Gruppe. Er enthält die Voraussetzung der Bindung. Andere Prinzipien wie Treu und Glauben, Estoppel, das Verbot der unzumutbaren Rechtsausübung, das angemessene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Reziprozität) und das Gebot der Billigkeit (*équité, equity*) haben keinen eigenen Tatbestand. Sie gewinnen nur Bedeutung in der näheren Ausgestaltung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Sie bedürfen der Anknüpfung an natürliche oder rechtliche Fakten, um Leben zu gewinnen. Als Analogie zum Staatsrecht möchte ich auf den im deutschen Bundesverfassungsrecht entwickelten bedeutsamen Rechtsgrundsatz der Bundestreue hinweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern gesagt, die Bundestreue sei nicht unmittelbar die Quelle gegenseitiger Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder; sie sei vielmehr im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsverhältnis zu sehen. In der Leitentscheidung über diese Frage, dem Prozeß über das Reichskonkordat, stand dieses Problem in Zusammenhang mit der Durchführung der den Bund bindenden internationalen Verträge durch die Länder.

Ähnlich verhält es sich z. B. mit dem Billigkeitsgrundsatz im Völkerrecht. Auch in diesem Zusammenhang möchte ich auf das *Nordsee-Urteil* hinweisen. Der Tenor erklärt: Die Abgrenzung ist durch Abkommen zwischen den beteiligten Staaten gemäß Grundsätzen der Billigkeit (*equitable principles, principes équitables*) vorzunehmen, wobei alle erheblichen Umstände berücksichtigt werden müssen, und zwar derart, daß soweit als möglich jeder Partei alle Teile des Festlandsockels verbleiben müssen, die eine natürliche Verlängerung ihres Landgebiets auf und unter der See sind⁵⁶⁾.

Der erste Schritt ist demnach die Feststellung der natürlichen Gegebenheiten, die für den von den Parteien verfolgten Zweck, die Abgrenzung ihrer Anteile, erheblich sind. Billigkeitsgrundsätze sind anzuwenden, wenn der Schluß aus den natürlichen Anknüpfungen nicht eindeutig ist. Sie haben also keine selbständige, sondern eine akzessorische Bedeutung.

⁵⁶⁾ A.a.O., § 101.

In ähnlicher Weise könnte man Beispiele für die anderen sogenannten Funktionsnormen bilden.

Ich bin deshalb der Meinung, daß diese Grundsätze als selbständige Prinzipien aus dem Bereich des *Ius Cogens* zu verbannen sind. Das schließt aber nicht aus, daß ihre Mißachtung einen Grad erreichen kann, der aus einem Anwendungsprinzip eine Sachnorm macht. Dies ist das aus dem Verwaltungsrecht bekannte Problem des Ermessensspielraums, jenseits dessen Grenzen die Verletzung eines unbestimmten Rechts tatbestandes beginnt. Auch das Völkerrecht kennt unbestimmte Rechtsbegriffe. Dazu gehört vor allem das Verbot grober Unverhältnismäßigkeit. Zum Beispiel verstößt ein Vertrag, der den Partnern keine volle Gegenseitigkeit gewährt, nicht gegen *Ius Cogens*. Wird aber die Benachteiligung eines Partners so stark, daß man von einem Knebelungsvertrag sprechen muß, so ist die Grenze überschritten.

Die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* bietet dafür Beispiele:

In dem Urteil über die *belgischen Sprachenfälle* hat der Gerichtshof geprüft, ob die Mittel, die der belgische Gesetzgeber in der Frage der Schulsprachen angewandt habe, in Mißverhältnis zu den Erfordernissen des öffentlichen Wohls, die er legitimerweise verfolgen durfte, gestanden haben. Die in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 14) vorgeschriebene Nichtdiskriminierung hindere nicht Unterscheidungen, die auf ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz der Interessen der Gemeinschaft und der Achtung der von der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten Rücksicht nähmen⁵⁷⁾.

Im *Wemhoff-Fall* hat der Gerichtshof die Verhältnismäßigkeit zwischen dem öffentlichen Interesse an der Bestrafung eines Angeklagten und dem Recht des nicht verurteilten Untersuchungshäftlings auf Freiheit untersucht⁵⁸⁾.

Demnach ist daran festzuhalten, daß die Funktionsgrundsätze des Völkerrechts grundsätzlich keine *Ius Cogens*-Normen sind, daß sie aber bei Überschreitung einer gewissen Grenze zu Sachnormen werden. Die Funktionsnorm ändert also ihren Charakter jenseits der Grenze, an der

⁵⁷⁾ Cour Eur. D. H., Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond), Arrêt du 23 juillet 1968. Publications de la Cour Eur. D. H., Série A, S. 44.

⁵⁸⁾ Cour Eur. D. H. Affaire «Wemhoff», Arrêt du 27 juin 1968. Publications, Série A, S. 22.

der unbestimmte Rechtsbegriff beginnt. Solche unbestimmten Begriffe sind aus dem Verwaltungsrecht bekannt. Ihre Definition ist schwierig, weil sie aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung oder eines bestimmten Rechtsinstituts erschlossen werden müssen, tatbestandsmäßig also schwer fixierbar sind. Es ist vor allem Aufgabe der Rechtsprechung, solche Rechtssätze in der Anwendung zu konkretisieren⁵⁹⁾.

III. Struktur- und Sachnormen

Durch das Ausscheiden der Funktionsnormen ist der Bereich, der unter Ius Cogens und unter den Anwendungsbereich von Art. 53 der Konvention über das Law of Treaties fällt, erheblich eingegrenzt. Könnte man sich auf diese Auffassung einigen, so wäre ein Teil der Bedenken gegen die Tragweite dieser Bestimmung ausgeräumt.

Eine Fülle von Fragen bleibt jedoch übrig: über die Sachnormen besteht keinerlei Einigkeit. Die Vorschläge, die darüber gemacht sind, sind sehr buntscheckig.

1. Beginnen wir mit den Normen, die aus dem *organisatorischen Gefüge der Staatengesellschaft* herrühren. Man hat folgende Prinzipien – von Regeln in dem von mir definierten Sinne kann man größtenteils nicht sprechen – als Ius Cogens-Normen bezeichnet: die Souveränität, die Unabhängigkeit der Staaten, das Interventionsverbot einschließlich des Verbots von Hoheitsakten im fremden Kompetenzbereich, das Verbot der Anwendung von Gewalt oder der Drohung mit Gewalt⁶⁰⁾, die Knebelung eines Vertragspartners in der Weise, daß er seine internationalen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen kann⁶¹⁾, sowie pauschal entweder die Grundsätze der UN-Charta und der Generalversammlung insgesamt oder Teile der Satzung (wie die Präambel, Art. 1 und 2, Kapitel VI und VII) und das IGH-Statut⁶²⁾.

⁵⁹⁾ Hinsichtlich der Bedeutung der Funktionsgrundsätze ähnlich wie hier, A. BLONDEL, *Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice*, Mélanges Guggenheim, S. 201 ff., 235: «...l'équité n'est pas une règle générale, mais au contraire une application particulière concrète et en général plus souple.» Er sieht in der «équité» allerdings nur eine moralische Direktive, die sich nicht auf juristischer Ebene befindet.

⁶⁰⁾ In der UN-Völkerrechtskommission, auf der Wiener Konferenz und bei vielen Autoren häufig wiederholte Beispiele.

⁶¹⁾ VERDROSS, *Trattati «contra bonos mores»*, S. 7 ff. (wegen Widerspruchs zum ethischen Minimum der Staatengemeinschaft); dagegen T. MINIGAWA, *Ius Cogens and public international law*, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, Bd. 6, 1968, S. 16 ff., 20.

⁶²⁾ MAGARASEVIĆ, *Lagonissi-Konferenz*, S. 99.

2. Die Grenzen dieser Prinzipien oder – je nach ihrer Konkretheit – Regeln des *Ius Cogens* zu den Sachnormen sind teilweise fließend.

a) Obwohl die «guten Sitten» ihre Wirkung erst im konkreten Rechtsverhältnis entfalten, läßt sich nicht bestreiten, daß sie bei der Überschreitung einer gewissen Grenze, wie ich sie beschrieben habe, in eine unbestimmte Sachnorm umschlagen. VERDROSS hat versucht, sie zu definieren: Jede Rechtsordnung habe als Zweck das vernunftgemäße und moralische Zusammenleben der Mitglieder einer bestimmten Gemeinschaft; sie könne nicht Abkommen zwischen ihren Rechtssubjekten erlauben, die in offenbarem Gegensatz zur Ethik dieser Gesellschaft stehen⁶³⁾.

Man hat versucht, diesen allgemeinen Tatbestand durch Beispiele zu erläutern. Der Vorschlag, die *Ius Cogens*-Artikel der Wiener Vertragskonferenz durch eine Liste zu spezifizieren, hat sich nicht verwirklichen lassen. Die bereits früher erwähnte Umfrage des Völkerbunds führte im Jahre 1930 folgende mögliche Verstöße gegen die *bonos mores* zu Tage: die Schließung von Krankenhäusern, Schulen und Gerichten, die Auflösung der Polizei und die Verringerung der öffentlichen Dienste derart, daß die Bevölkerung in die Gefahr der Unordnung und Anarchie gerate, um dadurch die notwendigen Gelder zur Befriedigung ausländischer Gläubiger zu erhalten⁶⁴⁾. Man spricht ferner vom Widerspruch zur *public morality*, wobei als Beispiel die Apartheid genannt wird⁶⁵⁾. Schließlich ist auch allgemein auf die *principes généraux* des Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs Bezug genommen, allerdings bezeichnenderweise hinzugefügt worden, es genüge, daß der Gerichtshof solche Grundsätze annehmen werde. Der Zusammenhang zwischen der Unbestimmtheit der Norm und der Notwendigkeit ihrer Konkretisierung durch richterliche Rechtsbildung ist evident⁶⁶⁾.

In dem allgemein als *Ius Cogens* akzeptierten Verbot des Angriffskrieges verbinden sich die Argumente aus der Struktur der Staatengesellschaft und der Sittenwidrigkeit.

b) Ferner werden *spezielle Sachnormen* genannt, die sich in der Entwicklung des Völkerrechts als zwingende Normen durchgesetzt haben. Dazu

⁶³⁾ *Trattati «contra bonos mores»*, S. 5. A. FAVRE, *Les principes généraux du droit*, S. 366 ff., 380.

⁶⁴⁾ Siehe VERDROSS, *Der Grundsatz «pacta sunt servanda»*, S. 83.

⁶⁵⁾ MINAGAWA, a.a.O., S. 22, der aber die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen bezweifelt; diese hänge von der Haltung der internationalen Gesellschaft ab.

⁶⁶⁾ LAUTERPACHT, ILC Yearbook 1953, Bd. II, S. 155.

gehören die Freiheit der Meere⁶⁷⁾, der Erschließung und Nutzung des Weltraums, das Verbot der Piraterie⁶⁸⁾, die Verbote des Sklavenhandels und des Völkermordes⁶⁹⁾.

c) Die *dritte* und *vierte* Gruppe betreffen *besondere Situationen*, die von den bisher erörterten Fällen nicht erfaßt werden:

Als Verletzung von Ius Cogens werden Verträge angesehen, deren Ausführung die Zufügung einer nach völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht als Unrecht betrachteten Handlung vorsehen⁷⁰⁾. Durch diesen Grundsatz werden die Gegenstände erfaßt, über die die Parteien eines Vertrages inter se disponieren könnten. Sie werden erst durch die tatsächliche Wirkung auf einen Außenseiter zur Verletzung von Ius Cogens. Die Ius Cogens-Norm müßte lauten: Verbot der Zufügung eines Schadens, zu dessen Hinnahme die Zustimmung des Geschädigten erforderlich ist, durch einen Vertrag zwischen Partnern, an dem der Betroffene nicht beteiligt ist. Als Beispiel kann die bereits erwähnte Aufteilung eines fremden Festlandsockels durch Vertrag zwischen Nichtanliegerstaaten dienen.

In allen Katalogen findet man – das ist die letzte Gruppe – das Verbot der humanitätswidrigen Verträge. Die Grenzen im einzelnen sind unsicher. Man ist sich darüber einig, daß es sich nur um den Kern der Menschenrechte, nicht aber um deren Ausgestaltung im einzelnen handeln kann⁷¹⁾. Daraus folgt, daß nicht alle Regeln der beiden UN-Pakte über die Civil and Political Rights und die Social Rights zum Ius Cogens gehören. In diesem Zusammenhang werden vor allem die durch Strafnormen gesicherten Verbote genannt⁷²⁾.

IV. Stellungnahme

Aus der großen Anzahl der Vorschläge müssen zunächst diejenigen ausgeschieden werden, die nach den Ergebnissen der bisherigen Unter-

⁶⁷⁾ Siehe U. SCHEUNER, *Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law* (ZaöRV Bd. 29, S. 33 [mit Einschränkungen]); dagegen MINAGAWA, a.a.O., S. 19.

⁶⁸⁾ Dagegen MINAGAWA, a.a.O., S. 20.

⁶⁹⁾ Z. B. GUGGENHEIM/MAREK, *Völkerrechtliche Verträge*. In: STRUPP/SCHLOCHAUER, *Wörterbuch des Völkerrechts* Bd. 3, S. 531 f.

⁷⁰⁾ LAUTERPACHT, a.a.O., im Anschluß an McNAIR.

⁷¹⁾ Vgl. SCHEUNER, ZaöRV Bd. 29, S. 33 f.; VIRALLY, *Réflexions*, a.a.O.; MINAGAWA, a.a.O. und TANAKA, *Southwest Africa Cases* (second phase), ICJ Reports 1966, S. 298, 299 (bezogen auf rassistische Diskriminierung).

⁷²⁾ Z. B. bei JAENICKE, a.a.O., S. 93, 94.

suchung nicht zum *Ius Cogens* gehören: Es scheiden daher alle Prinzipien oder Regeln aus, über die die Parteien inter se durch Vertrag disponieren können, ohne das Gesamtinteresse der Völkerrechtsgemeinschaft oder das durch die Völkerrechtsgemeinschaft geschützte Einzelinteresse eines Dritten zu verletzen.

Die Staaten können die Ausübung ihrer souveränen Rechte vertraglich einschränken; die Europäischen Gemeinschaften bieten dafür das extremste Beispiel. In den belgischen Sprachenfällen wurde Belgien mit der prozeßhindernden Einrede, die Sprachenfrage gehöre als Element der Staatsstruktur zur ausschließlichen Zuständigkeit, vom Gerichtshof nicht gehört, weil die Mitglieder der Europäischen Menschenrechtskonvention sich im Rahmen ihrer Vertragsverpflichtungen ihrer ausschließlichen Zuständigkeit begeben hätten⁷³⁾.

Dasselbe gilt für das Interventionsverbot. Die vertragliche Erlaubnis zu einem Eingreifen in innere Angelegenheiten wird allerdings häufiger als bei der soeben geschilderten Fallgruppe auf das Vorliegen von Willensmängeln bei dem durch die Intervention Betroffenen zu prüfen sein. Die Willenserklärung kann durch Drohung mit Gewalt motiviert sein. Es besteht aber z. B. kein Bedenken gegen einen Vertrag, der eine Partei ermächtigt, das Schulsystem des anderen zu reformieren. Wenn die Intervention den Charakter einer Beherrschung, etwa im Sinne eines Protektorats, annimmt, kann allerdings das Gleichheitsverhältnis zwischen den Parteien gestört und aus diesem Grunde gegen *Ius Cogens* verstoßen werden.

Von den Grundsätzen, die aus der Struktur der Völkerrechtsgemeinschaft folgen, bleibt somit, abgesehen von dem Gewaltverbot, nur das Verbot der extremen Unverhältnismäßigkeit von Leistungen und Gegenleistungen, oder, wie man auch sagen könnte, das extreme Ungleichgewicht der Befriedigung der Interessen der Vertragspartner übrig. Wir stehen also bei einem unbestimmten Rechtsbegriff, der nur in Anknüpfung an die Umstände des konkreten Falls konkretisierbar ist.

Ferner ist anzumerken, daß die Tatbestände ausscheiden, die keinen zwischenstaatlichen Vorgang betreffen: Die Piraterie ist privater Seeraub. Das Verbot der Lizenzierung von Kaperschiffen könnte aber, wenn es nicht historisch überholt wäre, eine Grenze der Vertragsfreiheit bedeuten.

⁷³⁾ Cour Eur. D. H., Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (exception préliminaire), Arrêt du 9 février 1967.

Das gemeinsame Kriterium für die Zugehörigkeit einer Norm zum Ius Cogens ist die Antastung eines Interesses, über das die Parteien eines Vertrages nicht, und zwar auch nicht mit Wirkung inter se, verfügen können⁷⁴⁾. Dieses rechtlich geschützte, auch inter partes unabdingbare Interesse gibt es in drei Erscheinungsformen:

a) als unmittelbares Interesse der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft (z. B. Freiheit der Hohen See, Gewaltverbot);

b) als unmittelbares Interesse eines Staates, das gleichzeitig mittelbar das Interesse der Allgemeinheit ist (Knebelungsvertrag, Vertrag mit unverhältnismäßig großer Ungleichheit von Leistung und Gegenleistung, Vertrag mit schädigender Wirkung zu Lasten Dritter);

c) als Interesse der Menschen, deren Willensäußerung im Völkerrecht nicht artikuliert ist (z. B. Verträge über Zwangsarbeit). Der Rechtsgrund ist die Anerkennung der menschlichen Person als letzter Zweck der Völkerrechtsordnung.

+ Maß für
Interesse
100 - p. 24.

D. Entstehung von Ius Cogens

Wie entsteht eine Ius Cogens-Norm, und wie unterscheidet sie sich von anderen Normen?

1. Eine Maxime bedarf, um als Norm im Rechtsleben anwendbar zu sein, einer so weitgehenden Präzisierung, daß die Normadressaten den Inhalt ihrer Rechte und Pflichten erkennen können. Es muß sich mindestens um ein «Prinzip» im oben besprochenen Sinne handeln.

Der *Internationale Gerichtshof* fordert im Nordsee-Urteil als Voraussetzung eines allgemeinen Völkerrechtssatzes «a fundamentally norm creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law»⁷⁵⁾. Diese Aussage ist von großer Bedeutung für das Ius Cogens. Sie scheidet allgemeine Leitlinien der internationalen Politik von der Zugehörigkeit zum allgemeinen Völkerrecht aus, bevor die Verpflichtung, die daraus folgen könnte, so konkretisiert ist, daß sie befolgbar ist.

Maximen wie Dekolonisierung und Selbstbestimmung entbehren dieser Bestimmtheit. Sie treten erst in der Verbindung mit konkreten Prinzipien und Regeln in die Sphäre des Normativen ein.

⁷⁴⁾ P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, Bd. 1, 2. Aufl., S. 129.

⁷⁵⁾ A.a.O., § 72. Französischer Wortlaut: «un caractère fondamentalement normatif» qui «puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit».

Wäre man sich allgemein in dieser Auffassung einig – was keineswegs der Fall ist – so wäre den Artikeln 53 und 64 der Vertragskonvention ein weiteres Element der Unsicherheit genommen.

2. In den Debatten der beiden Sessionen der Wiener Vertragskonferenz ist häufig betont worden, daß zwischen *Ius Cogens*-Normen und anderen Völkerrechtssätzen eine Hierarchie bestehe. *Ius Cogens* entsteht aber auf keinem anderen Wege als die Normen des allgemeinen Völkerrechts überhaupt. Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß es innerhalb derselben Rechtsquelle «overriding» principles and rules geben könne.

Eine Parallele zum Verfassungsrecht mag dies verdeutlichen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich mehrfach über die verschiedene Kraft von Bestimmungen ein- und derselben Verfassung ausgesprochen: Danach gibt es Verfassungssätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können⁷⁶⁾.

Ebenso, wie durch Auslegung ermittelt werden muß, welche Normen einer Verfassung im Konfliktfall andere Normen derselben Verfassung zurückdrängen, ist im Völkerrecht durch Auslegung zu klären, welche Rechtssätze von so fundamentaler Bedeutung für die Völkerrechtsgemeinschaft sind, daß sie den Bestimmungen zwischenstaatlicher Verträge vorgehen.

3. Das Problem der Entstehung von Normen des allgemeinen Völkerrechts – des Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze – kann in diesem Zusammenhang nur gestreift werden. Als neue Beiträge zu dieser Frage möchte ich zwei Punkte des Nordsee-Urteils nennen:

Der Internationale Gerichtshof stellt erhebliche Anforderungen an das psychologische Element, das die *Opinio iuris* konstituiert⁷⁷⁾. Diese Auffassung wird, falls sie sich allgemein durchsetzt, nur unter der Voraussetzung die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht wesentlich erschweren,

⁷⁶⁾ Urteil vom 23.10.1951 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bd. 1, S. 14 ff., 32); siehe auch BVerfGE Bd. 2, S. 380 ff., 403, Bd. 3, S. 225 ff., 235.

⁷⁷⁾ A.a.O., § 77; «Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i. e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough.»

daß das äußere Verhalten der Staaten gegenüber einer in Bildung begriffenen Norm als Indiz für das Rechtsbewußtsein gewertet wird.

Der zweite Punkt betrifft ein neues Phänomen, das für die Rechtsentwicklung in den letzten Jahren bedeutsam geworden ist: Der Zeitfaktor tritt als Kriterium für die ständige Übung zurück. Das Nordsee-Urteil sagt, in dieser Hinsicht liberaler als in dem ersten Punkt, eine allgemeine Völkerrechtsregel könne entstehen «even without the passage of any considerable period of time»⁷⁸⁾. Man spricht von einem dynamischen Entwicklungsprozeß der internationalen Gemeinschaft in der gegenwärtigen Geschichtsepoche⁷⁹⁾. Dahinter steht der Gedanke, daß der technische Fortschritt – z. B. im Weltraum – die schnelle Bildung völkerrechtlicher Regeln notwendig macht. Die Grenze zwischen Gewohnheitsrecht und allgemeinen, wegen des Gesamtinteresses der Völkerrechts-gemeinschaft unabweislichen Grundsätzen ist fließend⁸⁰⁾. Diese Rechts-sätze tragen sowohl apriorischen – rational beweisbaren – als auch Konsensualcharakter. Der Konsens entsteht durch spontane Einsicht. Es ist nötig, diesem Phänomen eine genaue Untersuchung zu widmen.

E. Verstoß gegen Ius Cogens

Die Unsicherheit über die Abgrenzung der Rechtsnormen und das Fehlen einer autoritativen Feststellung, daß die Norm in concreto verletzt ist, spricht dagegen, daß der Verstoß automatisch die Nichtigkeit, sei es einzelner Vertragsbestimmungen, sei es eines ganzen Vertrages, zur Folge haben muß.

Aus denselben Gründen darf die Rechtsfolge nicht einseitig festgestellt werden. Andernfalls fällt die Völkerrechtsordnung auf den Stand der Selbsthilfe zurück. Es wird äußerst schwierig sein, die Selbsthilfe in der Form der Nichterfüllung von Verträgen zu gestatten, die Gewaltanwendung durch den Vertragsgegner, der den Verstoß bestreitet, aber zu verbieten. Der Grundsatz, daß Streitigkeiten durch Verhandlung und durch die anderen, in Art. 33 der UN-Satzung aufgezählten Mittel in fried-

⁷⁸⁾ A.a.O., § 73. Sir G. FITZMAURICE, *The Older Generation of International Lawyer and the Question of Human Rights*, Gedächtnisschrift De Luna, a.a.O., S. 472: «It is a mistake to think customary law is necessarily 'old' law, or that it must take a long time to come into being.»

⁷⁹⁾ Dissenting opinion von M. SØRENSEN zum Nordsee-Urteil, a.a.O., S. 244.

⁸⁰⁾ Der IGH spricht in diesem Zusammenhang nicht von Gewohnheitsrecht, sondern von general rules of international law.

licher Weise geregelt werden müssen, gehört meines Erachtens zum völkerrechtlichen *Ordre public*, ist also für die Vertragsparteien verbindlich.

Die mangelnde Bereitschaft vieler Staaten, vor allem der sozialistischen und eines Teils der neuen Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft, sich einer gerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen, ist ein unüberschaubares Faktum. Andererseits ist die einseitige Nichtigkeitserklärung eines Vertrages durch die interessierte Partei nicht erträglich.

Sollte man sich wegen dieser evidenten Gefahren weigern, die Existenz von *Ius Cogens* anzuerkennen? Das in der Vertragskonvention vorgesehene langwierige Verfahren beseitigt keineswegs alle Bedenken.

Dieselbe Frage kann man für das alte, jetzt in Art. 62 kodifizierte Problem der *Clausula rebus sic stantibus* stellen. Niemals ist grundsätzlich bezweifelt worden, daß ein wesentlicher Wechsel der Verhältnisse, die zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben, einen Einfluß auf die Verpflichtungen der Parteien haben kann. Die Voraussetzungen sind dagegen immer unsicher und umstritten gewesen. Eine befriedigende Lösung kann, ebenso wie beim Verstoß gegen *Ius Cogens*, nur die obligatorische Streitentscheidung bieten. Weil eine solche fehlte, hat die *Clausula* ihre Sprengkraft oft bewiesen.

Genausowenig, wie die Tatsache der Veränderung von Vertragsumständen ignoriert werden konnte, hätte die Verschweigung der Tatsache, daß es fundamentale zwingende Normen gibt, der Völkerrechtsordnung gedient. Der Streit, ob eine *Ius Cogens*-Norm verletzt ist, würde nicht besser geschlichtet werden können. Die Definition des Art. 53 und das Verfahren im Streitfall sind bei aller Unvollkommenheit ein Fortschritt.

LE RÉGIME JURIDIQUE INTERNATIONAL DE L'ESPACE EXTRA-ATMOSPHERIQUE*

par MARCO G. MARKOFF

Docteur en droit, Membre de l'Institut international de droit spatial,
Fribourg

Sommaire

Introduction	42
Première partie: Le statut juridique de l'espace	45
A. Eléments créateurs du droit international cosmique	45
1. La doctrine	46
2. La pratique internationale	50
3. La synthèse normative au sein de l'ONU	54
B. Principes fondamentaux du droit international de l'espace	55
1. Le principe de la liberté	55
a) Contenu positif de la liberté de l'espace	55
b) Les limites de la liberté	58
ba) Principe de l'utilisation pacifique	58
bb) Principe de la coopération et de l'assistance.	58
bc) Principe de la protection de la vie dans l'univers.	61
2. Principe de la force obligatoire du droit international	61
3. Principe de la responsabilité des Etats	62
4. Principe de l'immunité supra-nationale des astronautes	62
Seconde partie: Analyse critique des dispositions conventionnelles	63
A. Notion et limites de l'espace extra-atmosphérique	63
1. La théorie fonctionnelle	63
2. Les critères de la délimitation	65
3. L'interprétation restrictive.	68
B. L'hétérogénéité juridique du domaine spatial	71
1. Espace et corps célestes	71
2. Nature juridique des compétences étatiques sur les autres planètes	72
3. Le problème de l'internationalisation	73
C. Dénucléarisation et démilitarisation du domaine spatial	73
1. La notion juridique de «pacifique» en droit international de l'espace	73
2. La démilitarisation partielle du domaine spatial.	78
Conclusion	80

*) Tiré du cours d'agrégation en droit international public donné par l'auteur le 6 juin 1968 à la faculté de droit de l'Université de Fribourg.