

Faktizität und Subjektivität im Völkerrecht

Anmerkungen zu *Jochen Froweins* “Das de facto-Regime im Völkerrecht” im Licht aktueller Entwicklungen

*Georg Nolte**

| | |
|---|-----|
| I. Einleitung | 715 |
| II. “Das de facto-Regime im Völkerrecht” | 716 |
| III. Rechtssubjektivität im Völkerrecht heute | 720 |
| 1. Welcher Maßstab? | 721 |
| 2. Ansätze der ILC | 723 |
| 3. Ausweisung von Ausländern | 725 |
| 4. Schutz von Personen im Fall von Katastrophen | 726 |
| 5. Haftungsansprüche von Einzelpersonen | 728 |
| 6. Rechtsbildungsprozesse | 729 |
| IV. Schluss | 731 |

I. Einleitung

Ein Schüler *Jochen Froweins*, der zu dessen 80. Geburtstag einen Beitrag zum Thema “Faktizität und Subjektivität im Völkerrecht” leisten möchte, riskiert einen skeptisch-ironischen Blick seines Lehrers. Will sich der Schüler jetzt in Theorien und philosophischen Spekulationen verlieren? Oder will er das bekannte Werk von *Jürgen Habermas*¹ für das Völkerrecht fruchtbar machen?

Nein, es geht dem Schüler um *Jochen Frowein* selbst und um seine Art und Weise, Völkerrecht zu denken. *Jochen Frowein* ist ein maßgebender Völkerrechtler. Dies wird ein Gelehrter nicht allein durch seine Klugheit. Er muss auch einen Denkansatz entfalten, der plausibel in seiner Zeit ist.

Jochen Frowein hat seinen völkerrechtlichen Denkansatz entwickelt in seiner Habilitationsschrift “Das de facto-Regime im Völkerrecht”.² Das

* Prof. Dr. *iur.* Humboldt-Universität zu Berlin; Mitglied der International Law Commission. Vortrag beim Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Prof. Dr. *Jochen Abr. Frowein*.

¹ *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992.

² *J. A. Frowein*, Das de facto-Regime im Völkerrecht, 1968.

Buch ist im Jahr 1968 erschienen. Mit ihm hat sich der damals Vierunddreißigjährige sofort einen Namen gemacht. Das Buch qualifizierte seinen Autor für die bald darauf eingenommene Rolle als rechtlicher Berater des Auswärtigen Amtes bei der Aushandlung der Ostverträge durch die sozialliberale Bundesregierung unter *Willy Brandt*. Was sagt uns der in diesem Buch verfolgte Ansatz heute? Diese Frage möchte der folgende kleine Geburtstagsgruß mehr anreißen als abschließend beantworten.

II. “Das de facto-Regime im Völkerrecht”

“Das de facto-Regime im Völkerrecht” ist auf den ersten Blick eine positivistische Analyse zu einem begrenzten zeitgebundenen Thema: Es geht um die Bestimmung der völkerrechtlichen Regeln, die auf Gebilde anwendbar sind, welche aus der Teilung von Staaten hervorgehen. Solche Gebilde gab es zu dieser Zeit insbesondere in Deutschland, China, Korea und Vietnam. Sie stellten die zentralen Schauplätze des Kalten Krieges dar. Eine Bestimmung ihres Rechtsstatus war nicht nur für die internationale Sicherheit relevant, sondern auch für das Selbstverständnis des internationalen Systems. Schon die Frage, wie nach dem Rechtsstatus zu fragen war, war zentral.

In Deutschland hatten sich große Teile der Völkerrechtswissenschaft im Gefolge der *Hallstein*-Doktrin darauf konzentriert, die Frage sehr grundsätzlich zu stellen und zu beantworten: Entweder war die Deutsche Demokratische Republik (DDR) ein Staat oder sie war es nicht.³ Davon, also von ihrer Rechtssubjektivität als Staat, hing es dann ab, ob bestimmte Rechte (und Pflichten) auf sie anwendbar wären. In einer charakteristischen Eröffnung erklärt *Frowein* diese Fragestellung für unfruchtbar:

“Eine Klärung des Staatsbegriffs im Völkerrecht wäre gewiss von großem Nutzen. Indessen erscheint es zweifelhaft, ob damit die Staatspraxis beeinflusst werden könnte.”⁴

³ Gegen die Staatsqualität der DDR in der zeitgenössischen Diskussion z. B. *H. Rumpff*, Ist die Sowjetzone ein Staat?, in: Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung 1956, 1412; *E. Stein*, Ist die “Deutsche Demokratische Republik” ein Staat?, AöR 85 (1960), 363; *D. Blumenwitz*, Die Grundlagen eines Friedensvertrags mit Deutschland, 1966, 112 ff.; dafür u. a. *W. Wengler*, Positionen und Begriffe: Eine kritische Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen der Deutschlandpolitik, Blätter für deutsche und internationale Politik 10 (1965), 336.

⁴ *J. A. Frowein* (Anm. 2), 1.

Stattdessen postuliert er einen "Zwang zur besonderen Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts".⁵ Damit formuliert er eine klassische und immer noch zentrale These, die heute leicht den Apologievorwurf auslöst. In den sechziger Jahren konnte diese Forderung aber auch gerade umgekehrt auf die Begründung von Gemeinsamkeit und Zusammenarbeit in den internationalen Beziehungen zielen. Viel hängt und hing dabei dann davon ab, was man denn als die "Wirklichkeit" des Völkerrechts betrachtet.

Frowein war natürlich klar, dass die Feststellung der "Wirklichkeit" voraussetzungsvoll ist. Deshalb hält er es auch nicht für selbstverständlich, dass das Völkerrecht unmittelbar und allein aus der Praxis der Staaten hervorgeht. Hierfür beruft er sich auf *Wengler*:

"Wengler weist darauf hin, dass die Hervorhebung der besonderen Rechte der Staaten als Völkerrechtssubjekte nur insofern haltbar sei, als damit eine Aussage über den gegenwärtigen Stand des Völkerrechts bzw. seiner soziologischen Auswirkungen gemacht werde. Im Prinzip sei der Inhalt der Völkerrechtsordnung unbeschränkt wandelbar. Dies erscheint richtig (...)." ⁶

So deutlich er die theoretische Möglichkeit einer Welt unterschiedlichster Völkerrechtssubjekte erkennt, so klar sagt er allerdings auch, dass die konkreten Fragen, wann ein Staat entstanden ist und welchen staatsähnlichen oder nicht-staatlichen Gebilden Rechtsfähigkeit im Völkerrecht zukommt, im gegebenen Völkerrecht nicht ohne die Staatenpraxis beantwortet werden könne.⁷ Und die Staatenpraxis, so *Frowein*, lege den Gedanken nahe, die Frage nicht so sehr als eine allgemeine zu stellen ("Was ist ein Staat?"), sondern zu ermitteln, ob es sich bei den betreffenden Gebilden um Rechtssubjekte des Völkerrechts handelt, auf die bestimmte Grundpflichten der Staaten anwendbar sind, insbesondere das Gewaltverbot.

So beschrieben könnte man annehmen, dass *Frowein* nach einer knappen Konzession an andere theoretische Möglichkeiten doch letztlich ganz pragmatisch vorgeht und eine genaue Betrachtung der Stellungnahmen der Staaten unternimmt. Ist sein Buch also ein typisches Beispiel für die (klassische) Heidelberger Schule der Dogmatik aus Praxisbetrachtung? Bei genauerem Hinsehen kann man allerdings feststellen, dass dieses Buch grundsätzlicher angelegt ist. Das zeigt sich etwa, wo *Frowein* schreibt:

"Die Völkerrechtsordnung hat sich in den letzten fünfzig Jahren von einer hauptsächlich auf dem souveränen Willen der Mitglieder der Staatengesellschaft

⁵ J. A. *Frowein*.

⁶ J. A. *Frowein*, 10, Fn. 6.

⁷ J. A. *Frowein*, 10.

aufbauenden zu einer stärker an materialen Werten orientierten Ordnung entwickelt. (...) Diese Entwicklung kann nicht als abgeschlossen betrachtet werden.”⁸

Anders als heute war diese Sicht im Jahr 1968 noch kein Klischee. Hier deutet sich schon das spätere Mitglied der Europäischen Kommission für Menschenrechte und der Vordenker einer Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung an.⁹ Entscheidend für das Buch von 1968, und noch nicht selbstverständlich für diese Zeit, ist nun allerdings, dass *Frowein* diesen jüngeren Aspekt der Völkerrechtsordnung zu seiner erkenntnisleitenden Perspektive erhebt:

“In einer Zeit, in der das Völkerrecht allenthalben über die Staaten hinausgreift und die Individuen unmittelbar erfasst, erscheint es gerade um der Menschen willen, die unter einem nichtanerkannten Regime leben, wichtig, dass die nicht selten vertretene Auffassung, solche Gebilde stünden außerhalb der Völkerrechtsordnung, einer Prüfung unterzogen wird.”¹⁰

Wie erfolgt diese Prüfung? Nicht direkt aus dem Menschenrechtsgedanken oder abstrakten Konzepten heraus, sondern durch eine bestimmte Art der Betrachtung der “Faktizität” – oder vielleicht besser “Wirklichkeit” bzw. Praxis. Zunächst betrachtet *Frowein* die Staatenpraxis – und ihre akademische Begleitung – problembezogen, genau und offen.¹¹ Bedeutet das, dass er sich damit für das Völkerrecht seiner Zeit auf einen engen Praxisbegriff festgelegt hat, der die Praxis der Staaten als allein maßgeblich ansieht? Nein, er konzidiert ganz offen:

“Eine Analyse der Geltung des allgemeinen Völkerrechts für nicht-erkannte *de facto*-Regime sieht sich verschiedenen Schwierigkeiten gegenüber. Die Staatenpraxis ist der Natur der Sache entsprechend selten eindeutig (...). Nicht selten wird es daher nötig sein, Erwägungen prinzipieller Natur anzustellen (...).”¹²

Welcher Art sind diese prinzipiellen Erwägungen? Dies zeigt sich besonders klar bei seiner Erörterung der zentralen Frage der Anwendbarkeit des Gewaltverbots:

“Nachdem das Gewaltverbot hier einen generellen und ausnahmslosen Schutz eingeführt hat, ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Gewaltverbots auf *de facto*-Regime praktisch zur Frage nach der Lückenhaftigkeit oder Lückenlosigkeit des Gewaltverbots geworden. Nur wenn das Gewaltverbot auch die faktisch

⁸ J. A. Frowein, 230.

⁹ J. A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, BDGVR 39 (2000), 427.

¹⁰ J. A. Frowein, 2.

¹¹ Vgl. z. B. die Rezension von D. von Schenck, ZaöRV 29 (1969), 766 ff.

¹² J. A. Frowein (Anm. 2), 34.

internationalen Beziehungen zwischen voneinander unabhängigen 'Staatsteilen' beherrscht, ist die Gewaltanwendung im internationalen Bereich umfassend verboten."¹³

Es handelt sich also um eine Anwendung des Zweckgedankens, d. h. eines Auslegungsmittels, welches zu dem Praxisargument tendenziell in einem Spannungsverhältnis steht.

"Allerdings ist nicht zu verkennen, dass auch gegensätzliche Auffassungen in der Staatenpraxis ihren Niederschlag finden. Immerhin können aber prinzipielle Erwägungen zeigen, dass diese Anwendung die einzige Möglichkeit ist, das Gewaltverbot in der heutigen Welt effektiv zu machen."¹⁴

Wenn es anders wäre, dann

"(...) wäre ein bedeutsamer Fall der Entstehung eines großen internationalen Konflikts rechtlich nicht vom Gewaltverbot erfasst, und dieses Verbot, das nur bei umfassender Geltung sinnvoll ist, hätte seinen Zweck der Illegalisierung internationaler Gewaltanwendung außer im Fall der Selbstverteidigung nicht erreicht."¹⁵

Auf der Grundlage einer genaueren praxis- wie prinzipienorientierten Analyse unterschiedlicher Regelungskomplexe kommt er also zu dem allgemeinen Ergebnis:

"Es ergab sich, dass ein *de facto*-Regime aufgrund seiner Existenz eine bestimmte Rechtsposition einnimmt, ohne dass es dafür einer besonderen Anerkennung bedarf."¹⁶

Wie ist er zu diesem Ergebnis gekommen? Es wäre zu einfach zu sagen: durch eine Betrachtung der Praxis in Anwendung der gegebenen Regeln nach dem *effet utile*-Prinzip, was letztlich zur deklaratorischen Theorie der Anerkennung führt. Seine Behandlung der Rolle von Praxis ist nämlich komplizierter, normativer, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen in Hinblick auf die ermittelte Regel: Obwohl er dem *de facto*-Regime eine völkerrechtliche Stellung zuerkennt, stellt er damit keineswegs die eigentliche Bedeutung der Anerkennung als Staat in Frage, die in der Aufnahme der Anerkannten in den Kreis der sich gegenseitig als rechtlich gleichgestellten souveränen Staaten besteht. Zum anderen berücksichtigt er Legitimität als Grundbedingung:

¹³ J. A. Frowein (Anm. 2), 52 f.

¹⁴ J. A. Frowein, 66.

¹⁵ J. A. Frowein.

¹⁶ J. A. Frowein, 224.

“Es gehört zum Wesen des Rechts als menschlicher Kulturerscheinung, dass es allein mit seiner faktischen Durchsetzung noch nicht den Anspruch ‘Recht’ zu sein, allen Einwänden entziehen kann.”¹⁷

Diese Grundbedingung entwickelt er für den konkreten Problemkomplex anhand der Entstehung des sog. Effektivitätsprinzips, das ja gerade zur völkerrechtlichen Erklärung von Staatsentstehungsprozessen dient:

“Dieses Prinzip der Effektivität war, ohne dass das immer klar genug erkannt wurde, nicht so sehr ein Ausdruck der Auffassung, dass das Recht sich der faktischen Lage beugen müsse, als die Folge der neuen Legitimität der Volkssouveränität. Die faktische Unabhängigkeit wurde berücksichtigt, weil darin die Entscheidung des Volkes zum Ausdruck kam, sich von seinem bisherigen Herrscher zu trennen.”¹⁸

Die Pointe der Arbeit ist also: “Wirklichkeit” spielt bei der Entstehung von neuen Völkerrechtssubjekten und der konkreten Bestimmung ihrer Rechtsverhältnisse eine komplizierte, normativ vermittelte Rolle. *Frowein* bietet in seinem Buch also kein im engen Sinn praxisorientiertes Völkerrecht an. Er redet keiner kruden Kurzschluss-Legitimation im Sinne von “Sein schafft Sollen” das Wort, sondern er berücksichtigt Faktizität als einen selbst zu bewertenden Indikator für Rechtsbildungsprozesse. Diesen Ansatz entwickelt er in der Arbeit nicht weiter theoretisch, sondern führt ihn in seiner konkreten Anwendung vor. *Res ipsa* ließ er in diesem Sinn sprechen, und er traf damit den Nerv der Zeit.

Insgesamt ist “Das de facto-Regime im Völkerrecht” also eine Arbeit, die auch heute noch gut zu lesen ist und uns anregt. Sie wirft eine grundlegende Frage auf, die uns heute – in anderen Zusammenhängen – wohl noch mehr als damals beschäftigt: Dies ist die Frage nach der Bestimmung von Rechtssubjektivität und ihren konkreten Implikationen im Völkerrecht.

III. Rechtssubjektivität im Völkerrecht heute

Die Frage nach der Rechtssubjektivität im Völkerrecht und ihren Konsequenzen treibt uns heute wieder um, und zwar nicht nur in Hinblick auf nicht-erkannte staatsähnliche oder staatsartige Gebilde – Palästina, Nordzypern, Kosovo, Abchasien¹⁹ – oder in Beziehung auf die Anerken-

¹⁷ J. A. Frowein, 225.

¹⁸ J. A. Frowein, 227.

¹⁹ Siehe z. B. J. Crawford, Kosovo and the Criteria for Statehood in International Law, in: M. Milanovic/M. Wood (Hrsg.), *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*,

nung von Rebellen als Regierung oder Vertretung des Volkes.²⁰ Es geht heute auch um Rechtssubjektivität für einen viel breiteren Kreis. Non-state actors bzw. “participants in the international legal system” generieren nicht nur viel Praxis, sondern es wird auch viel über sie nachgedacht und geschrieben.²¹

1. Welcher Maßstab?

Kann uns *Jochen Froweins* Buch etwas zu der Frage sagen, wie wir als Völkerrechtler heute bei der Bestimmung der Rechtssubjektivität und der Bestimmung der anwendbaren Rechte vorgehen sollen? Sein Ausgangspunkt lautete damals:

“Die relative Stabilität der Rechtssubjekte ist eine Voraussetzung für das Funktionieren einer Rechtsordnung, da ohne sie ein Rechtsverkehr zwischen den Rechtssubjekten und eine Zuordnung von Rechten und Pflichten an die Rechtssubjekte auf unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen müsste.”²²

Damit will *Frowein* nicht sagen, dass die *Zahl* der Rechtssubjekte im Völkerrecht “relativ stabil” sein sollte. Das würde im Widerspruch zur Wandelbarkeit und damit auch der Erweiterbarkeit der Völkerrechtsordnung stehen, von der er auch spricht.²³ Stabil sollen die Völkerrechtssubjek-

2015, 280; S. Oeter, The Kosovo Case – An Unfortunate Precedent, *ZaöRV* 75 (2015), 51; I. Stegmüller, Palästinas Aufnahme als “Mitgliedstaat” des Internationalen Strafgerichtshofs, *ZaöRV* 75 (2015), 435; J. Vidmar, Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood, *Chinese Journal of International Law* 12 (2013), 19; R. Müllerson, Precedents in the Mountains: On the Parallels and Uniqueness of the Cases of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia, *Chinese Journal of International Law* 8 (2009), 2; S. Talmon, Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten. Grundlagen und Rechtsfolgen einer international koordinierten Sanktion, dargestellt am Beispiel der Türkischen Republik Nord-Zypern, 2006.

²⁰ Siehe z. B. C. Schaller, Siding with Rebels: Recognition of Opposition Groups and the Provision of Military Assistance in Libya and Syria (2011-2014), in: H.-J. Heintze/P. Thielbörger (Hrsg.), *From Cold War to Cyber War: The Evolution of the International Law of Peace and Armed Conflict over the last 25 Years*, 2016, 251; S. Erlanger, France Grants Its Recognition to Syria Rebels, *New York Times*, 13.11.2012; S. Talmon, Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People, *Chinese Journal of International Law* 12 (2013), 219.

²¹ S. u. a. J. d’Aspremont (Hrsg.), *Participants in the International Legal System*, 2011; M. Noortman/C. Ryngaert (Hrsg.), *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, 2010; A. Peter/L. Koechlin/T. Förster/G. Fenner Zinkernagel (Hrsg.), *Non-State Actors as Standard Setters*, 2009; R. Hofmann/N. Geissler, *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999.

²² J. A. Frowein (Anm. 2), 4.

²³ J. A. Frowein (Anm. 6).

ZaöRV 75 (2015)

te vielmehr als solche sein, d. h. in ihrem Rechtsstatus im Verhältnis zueinander klar und berechenbar, aber nicht notwendig gleich. Dieser Ausgangspunkt beruht nicht auf einem naiven zeitbedingten Funktionalitätsglauben. Vielmehr ist er erfahrungsgeprägt und anwendungsorientiert. Das dahinterstehende Postulat geht dahin, Rechtssubjektivität anwendungsorientiert festzustellen.

Genau diese Anwendungsorientierung ist heute nun allerdings das Problem. Die viel verwendete Formel, dass Staaten “noch” die “primären” Völkerrechtssubjekte seien,²⁴ verdeckt mehr eine Unklarheit als sie etwas positiv aussagt. Es gibt zwar interessante Theorieangebote zur Entwicklung von Rechtssubjektivität im Völkerrecht, vom “neuen Mittelalter”²⁵ über eine konstitutionalisierte globale Rechtsordnung²⁶ bis zu einem Pluralismus unterschiedlichster Akteure²⁷. Die Frage, die dadurch aber nicht so deutlich beantwortet wird, ist die nach der Anwendungsorientierung und der hierfür erforderlichen “relativen Stabilität”.

Eine Möglichkeit besteht natürlich darin, die Rolle von nichtstaatlichen Akteuren in bestimmten Vertragsregimen zu beschreiben und die Vielfalt der dort feststellbaren Formen festzustellen. Dies wäre aber eine bloß deskriptive Vorgehensweise. Die Alternative, Subjektivität und konkrete Rechte aus theoretischen Konzeptionen abzuleiten, ist noch nicht genügend anwendungsorientiert. Daher könnte man daran denken, die Subjektivität und den Rechtsstatus nichtstaatlicher Akteure im allgemeinen Völkerrecht methodisch so zu bestimmen wie *Jochen Frowein* dies im Jahr 1968 getan hat. Diese Frage möchte ich aufwerfen, allerdings auch gleich einen skeptischen Impuls zu ihrer Beantwortung geben, der aus meinem engeren Erfahrungsbereich kommt, dem der Völkerrechtskommission (International Law Commission [ILC]).

²⁴ So mit dieser Formulierung z. B. *A. Cassese*, *International Law*, 2. Aufl. 2005, 71.

²⁵ In der Theorie der internationalen Beziehungen wurde der Topos des “neuen Mittelalters” zur Beschreibung einer zugleich vielfältiger und instabiler werdenden Weltordnung aufgegriffen, die von konkurrierenden Universalitätsansprüchen geprägt ist; in diesem Sinne z. B. *H. Bull*, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 1977, 254 ff.; *A. Minc*, *Le Nouveau Moyen Age*, 1994; zur Diskussion s. a. *J. Friedrichs*, *The Meaning of New Medievalism*, *European Journal of International Relations* 7 (2001), 475.

²⁶ Dazu z. B. *J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, 2011.

²⁷ *G. Teubner*, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*, in: *G. Teubner* (Hrsg.), *Global Law Without the State*, 1996, 3; *P. S. Berman*, *A Pluralist Approach to International Law*, *Yale J. Int'l L.* 32 (2007), 301; *N. Krisch*, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2010.

2. Ansätze der ILC

Die ILC verfolgt in ihrer Arbeit generell weder einen rein deskriptiv orientierten noch einen theoretischen, sondern einen kombinierten Ansatz. Natürlich beruht ihre Arbeit auf der möglichst umfassenden Ermittlung relevanter Fakten und Entwicklungen. Die Kommission ist sich aber auch bewusst, dass man Fakten und Entwicklungen nicht unvermittelt in Regelungsvorschläge und Schlussfolgerungen umsetzen kann. Für die Vermittlung bedarf es eines Rückgriffs auf allgemeinere Grundsätze und Erwägungen, die ihrerseits möglichst weitgehend konsentiert sein sollten.

Die Kommission hat schon manche Gelegenheit gehabt, die Frage nach der Rechtssubjektivität im Völkerrecht aufzugreifen. Interessanterweise hat sie die klassischste Frage in diesem Zusammenhang, die nach der Begründung der Rechtssubjektivität von Staaten durch Anerkennung, obwohl in ihrem ursprünglichen Programm von 1949 enthalten,²⁸ jedoch bis heute nicht aufgegriffen. Allerdings hat sie die Subjektivität von Einzelpersonen für den Zweck der Bestimmung ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit²⁹ sowie die Subjektivität von Internationalen Organisationen für den Zweck ihrer Rolle als Vertragspartner³⁰ und ihrer Verantwortlichkeit für rechtswidriges Verhalten³¹ bestimmt.

Diese Projekte warfen allerdings keine unüberwindlichen praktischen oder konzeptionellen Schwierigkeiten auf. Die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Einzelpersonen wird zwar immer mal wieder für die These eines Paradigmenwechsels im Völkerrecht vom Staat zum Individuum ins Feld geführt.³² Bei genauerer Betrachtung ist es allerdings nicht erstaunlich, dass die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Einzelpersonen in der zwischenstaatlich geprägten Praxis ohne weiteres anerkannt

²⁸ ILC, Report to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission 1949, 281, para. 16.

²⁹ ILC, Formulation of the Nürnberg Principles, Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, 374, siehe dort para. 99 zu Principle I; Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind (Part I), Yearbook of the International Law Commission 1954, Vol. II, 149; Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (Part II), Yearbook of the International Law Commission 1996, Vol. II (Part 2), 15. Siehe dort den Kommentar zu Art. 2 (1), 19, para. 1 ff.

³⁰ ILC, Draft Articles on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Yearbook of the International Law Commission 1982, Vol. II (Part 2), Kommentar zu Art. 6, 23 f.

³¹ ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, Report of the ILC, 63rd Session 2011 (A/66/10), Kommentar zu Art. 2, 75 f., para. 7 ff.

³² So z. B. M. C. Bassiouni, The Subjects of International Criminal Law, in: M. C. Bassiouni (Hrsg.), International Criminal Law: Sources, Subjects, and Contents, 3. Aufl. 2008, 41 ff.

wurde. Die beruhte nicht allein auf der Evidenz der Nazi-Verbrechen und der universellen Akzeptanz der Nürnberger Prozesse. Vielmehr spielte auch der Umstand eine Rolle, dass es aus zwischenstaatlicher Perspektive so lange nicht um eine Beschränkung staatlicher Kompetenzen ging, wie es keinen Internationalen Strafgerichtshof gab, der unabhängig vom Willen der Staaten agieren konnte, und so lange es im zwischenstaatlichen Bereich Sicherungen gegen missbräuchliche nationale Strafverfolgungen zu geben schien. Die Anerkennung der Subjektivität internationaler Organisationen war für die Kommission sogar noch leichter in das traditionelle staatenzentrierte Bild einzupassen, weil Staaten die internationalen Organisationen ja als eigene Werkzeuge begreifen konnten.

Mehr als der Gedanke der (völkerstrafrechtlichen) *Menschenpflichten* fordert der Gedanke der *Menschenrechte* das staatenzentrierte Völkerrecht heraus. Zwar kann man Verträge zum Schutz von Menschenrechten durchaus in das System der zwischenstaatlichen Verpflichtungen einpassen. Damit wird jedoch ihr Sinn nicht vollständig erfasst. Es ist daher schwer bestreitbar, dass mit der Charta der Vereinten Nationen, der Universellen Erklärung der Menschenrechte und deren Konkretisierung in Gestalt unterschiedlicher Verträge sowie gewohnheitsrechtlicher Regeln eine Weiterentwicklung der Völkerrechtsordnung stattgefunden hat, die es rechtfertigt, von einer Völkerrechtssubjektivität der einzelnen Menschen in Gestalt von Pflichten und Rechten zu sprechen. Diese Völkerrechtssubjektivität hat aber eine Schwäche: ohne eine institutionalisierte Zuordnung der Rechte und Pflichten ist sie nicht "relativ stabil" genug, um "das Funktionieren" der Rechtsordnung gewährleisten zu können.³³ Deshalb auch die in den Verträgen enthaltenen Überwachungsmechanismen.

Die Frage ist nun, ob die ILC über solche Vertragssysteme hinaus, also nach allgemeinem Völkerrecht, Entwicklungen im Bereich der Rechtssubjektivität anerkannt hat, die das staatenzentrierte Völkerrecht transzendieren. In jüngerer Zeit kann man hier an die Entwurfsartikel zu den Themen "Ausweisung von Ausländern" (Expulsion of Aliens, 2. Lesung 2014),³⁴ "Schutz von Personen im Fall von Katastrophen" (Protection of Persons in the Event of Disasters, 1. Lesung 2014),³⁵ sowie an die vorläufig verabschiedeten Schlussfolgerungen zu den Themen "Nachfolgende Übereinkünfte und nachfolgende Praxis in Hinblick auf die Auslegung von Verträgen"

³³ J. A. Frowein (Anm. 2).

³⁴ ILC, Draft Articles on the Expulsion of Aliens, Report of the ILC, 66th Session 2014 (A/69/10), 11, para. 44. Für die Kommentierung siehe ILC (Anm. 34), 17 ff.

³⁵ ILC, Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, Report of the ILC, 66th Session 2014 (A/69/10), 86, para. 55. Für die Kommentierung siehe ILC (Anm. 35), 89 ff.

(Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties)³⁶ und “Feststellung von Gewohnheitsrecht” (Identification of Customary International Law)³⁷ denken.

3. Ausweisung von Ausländern

Die Entwurfsartikel zur Ausweisung von Ausländern betreffen einen gleichzeitig klassischen Bereich des Völkerrechts wie einen Gegenstand des modernen und institutionalisierten Menschenrechtsschutzes. Tatsächlich finden sich in den Entwurfsartikeln beide Rechtsschichten wieder. Auf der einen Seite wird das grundsätzliche Recht der Staaten auf Ausweisung von Ausländern betont, das aus ihrer Souveränität fließt.³⁸ Auf der anderen Seite besteht der größte Teil der Entwurfsartikel aus einer Umschreibung der menschenrechtlichen Anforderungen und Grenzen für die Ausweisung von Ausländern. Diese Anforderungen sind ganz wesentlich aus der Rechtsprechung der regionalen Menschenrechtsinstanzen entnommen, in erster Linie derjenigen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dessen Rechtsprechung wird durch die Arbeit der ILC gewissermaßen universalisiert und – in begrenztem, aber durchaus sehr erheblichem Umfang – als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht behandelt. Liegt darin aber auch eine relevante Entwicklung zur Rechtssubjektivität im Völkerrecht, etwa in dem Sinn, dass der völkerrechtliche Rechtsstatus des Einzelnen dadurch weiterentwickelt worden wäre?

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass diese Entwurfsartikel mangels einer Institutionalisierung auf völkerrechtlicher Ebene nicht über den Status des klassischen Gewohnheitsrechts hinausgehen und damit dem Rechtsstatus der Einzelperson im allgemeinen Völkerrecht nichts Wesentliches hinzufügen. Andererseits kann man aber auch sagen, dass die autoritative Konkretisierung, die in den Entwurfsartikeln steckt, “eine Voraussetzung für das Funktionieren einer Rechtsordnung” schafft, insofern als sie die Schwierigkeiten für den “Rechtsverkehr zwischen den Rechtssubjekten und eine Zuordnung von Rechten und Pflichten an die Rechtssubjekte” vermindert.³⁹ Wie dem auch sei, eine mehr als nur graduelle Verbesserung

³⁶ ILC, Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, Report of the ILC, 67th Session 2015 (A/70/10), 86, para. 128.

³⁷ ILC, Identification of customary international law – Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/869), 2015.

³⁸ ILC (Anm. 34), Art. 3; s. a. ILC (Anm. 34), 22 f., Kommentar zu Art. 3.

³⁹ J. A. Frowein (Anm. 2).

oder Änderung des völkerrechtlichen Rechtsstatus von Ausländern ist mit den Entwurfsartikeln 2014 nicht verbunden. Sie beruhen letztlich auf einem klassischen menschenrechtlichen Ansatz, in dem der Einzelne mediatisiert bleibt.

4. Schutz von Personen im Fall von Katastrophen

Ein anderer Bereich, in dem sich die Frage nach Rechtssubjektivität und Rechtsstatus in jüngerer Zeit gestellt hat, ist der des Schutzes von Personen im Fall von Katastrophen. Im Prinzip ist dies ein stärker zwischenstaatlich geprägter Bereich als derjenige der Ausweisung von Ausländern. Es geht hier nämlich nicht so sehr um individuelle Verwaltungsverfahren, sondern um die Organisation der internationalen Zusammenarbeit zur Hilfeleistung bei naturgemäß unübersichtlichen Katastrophen, seien sie nun natürlich verursacht oder menschengemacht. Aus menschenrechtlicher Perspektive steht die Schutzpflicht für große Gruppen von Betroffenen im Vordergrund. Diese Perspektive wird zwar im Rahmen eines (auch) "rights-based approach" (der gleichberechtigt neben einem "needs-based approach" steht) entfaltet,⁴⁰ sie kann aber nur schwer in einzelne Rechtsverhältnisse zu einzelnen Menschen übersetzt werden.

Die Frage nach der Rechtssubjektivität und ihrer Begründung durch "Wirklichkeit" stellt sich auch nicht so sehr in Hinblick auf die hilfsbedürftigen Menschen, sondern in Hinblick auf die Hilfeleistenden. Hier geht es um die Frage nach dem "Funktionieren" des "Rechtsverkehr<s> zwischen den Rechtssubjekten und eine Zuordnung von Rechten und Pflichten an die Rechtssubjekte".⁴¹ Ist es wirklich noch so, dass der betroffene Staat, auf dessen Gebiet sich eine Katastrophe ereignet ("affected State"), das alleinentscheidende Zuordnungssubjekt ist, sei es als Inhaber der positiven Gestaltungsbefugnis, was in der Not zu tun ist, sei es als Verpflichteter der Schutzpflicht? In der "Wirklichkeit" ist es doch oft so, dass internationale Helfer, seien sie staatlich oder nicht-staatlich organisiert, wichtige Entscheidungen treffen und die Bewältigung der Katastrophe entscheidend mitgestalten. Wäre es nicht angemessen, diesen Aspekt der Wirklichkeit auch völkerrechtlich abzubilden, indem den internationalen Helfern ein besonderer

⁴⁰ ILC (Anm. 35), 91, Kommentar zu Art. 2, para. 2; für eine Diskussion der Vorteile eines "rights-based approach" am Beispiel der Katastrophenhilfe nach dem Erdbeben in Haiti 2010 vgl. *B. Concannon/B. Lindstrom*, *Cheaper, Better, Longer-Lasting: A Rights-Based Approach to Disaster Response in Haiti*, *Emory Int'l L. Rev.* 25 (2011), 1145.

⁴¹ *J. A. Frowein* (Anm. 2).

sachangemessener Rechtsstatus bzw. entsprechende Rechte und Pflichten zugesprochen wird?

In der Tat hat es in der Kommission Versuche gegeben, das klassische Rechte- und Pflichtenbündel im Verhältnis der Helfenden untereinander anders und “sachbezogener” zu verteilen. Hierzu hätte es etwa gehört, anderen Akteuren als dem betroffenen Staat bestimmte Rechte und Pflichten in Hinblick auf die Versorgung der betroffenen Menschen zuzusprechen. Und in der Tat kann man Ansätze dazu in den Entwurfsartikeln finden, etwa wenn dem betroffenen Staat in Art. 12 (9) Abs. 2 nur die “*primary* role in the direction, control, coordination and supervision of such relief and assistance” zugesprochen wird. Auch die in Art. 8 formulierte allgemeine Pflicht zur Zusammenarbeit sieht vor:

“In accordance with the present draft articles, States shall, as appropriate, cooperate among themselves, and with the United Nations and other competent intergovernmental organizations, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies and the International Committee of the Red Cross, and with relevant non-governmental organizations.”⁴²

Allerdings wird die Erwartung, dass anderen Staaten, Internationalen Organisationen oder relevanten Nichtregierungsorganisationen spezifische Rechte, oder gar ein spezifischer Status, aus der Beobachtung der “Wirklichkeit” im Fall einer Katastrophe zugebilligt würden, enttäuscht. Letztlich bleibt die zentrale Rolle des betroffenen Staates in traditioneller Sprache

⁴² ILC (Anm. 35), 88. Dazu para. 6 der Kommentierung, s. o. (Anm. 32), 107: “Draft article 8 [5] recognizes the central importance of international cooperation to international disaster relief and assistance activities. It establishes a legal obligation for the various parties concerned. It was understood, however, that the nature of the obligation of cooperation may vary, depending on the actor and the context in which assistance is being sought and offered. By its nature, cooperation is reciprocal, so that a duty for a State to cooperate with an international organization, for example, implies the same duty on the part of the organization. It was found that attempting to distinguish cooperation between States, and between States and international organizations (particularly the United Nations), the International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, and with ‘relevant non-governmental organizations’, did not adequately capture the range of possible legal relationships between States and the various entities mentioned in the provision. The nature of the legal obligation to cooperate is dealt with in specific provisions (hence the opening phrase ‘[i]n accordance with the present draft articles’), particularly draft articles 9 [5 bis] and 10 [5 ter]. The Commission inserted the phrase ‘as appropriate’, which qualifies the entire draft article, both as a reference to existing specific rules on cooperation between the various entities mentioned in the draft article which establish the nature of the obligation to cooperate, and as an indication of a degree of latitude in determining, on the ground, when cooperation is or is not ‘appropriate’.”

hervorgehoben⁴³ und sogar ganz ausdrücklich gesichert.⁴⁴ Die Versuche, diese Souveränitätsbetonung und das Konsenserfordernis zu relativieren, beschränken sich auf die Formulierung bestimmter substanzieller Anforderungen an den betroffenen Staat.⁴⁵ Sie erstrecken sich aber nicht auf die Anerkennung spezifischer Status und Rechte anderer hilfeleistender Akteure. Diese werden angedeutet und beschworen, aber nicht ausbuchstabiert. Als praxisorientierte Institution hat die ILC “die Wirklichkeit” in diesem Zusammenhang nicht so gedeutet, dass sie eine veränderte Bewertung der klassischen Rechtslage ermöglichen würde. Über die Gründe hierfür mag man spekulieren. Eine Rolle hat dabei sicher gespielt, dass eine parallele kontroverse Debatte über die genauen rechtlichen Implikationen einer “responsibility to protect” bei manchen Mitgliedern Zurückhaltung bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts in diesem Bereich hervorgerufen hat.⁴⁶ Obwohl also andere hilfeleistende Akteure als Staaten im Rahmen der Kooperationspflicht formell gleichberechtigt und als Adressaten der Pflicht in diesem Bereich als eigenständig konzipiert worden sind, bleibt es letztlich beim klassischen Vorrang des betroffenen Staats.

5. Haftungsansprüche von Einzelpersonen

Ein anderer Bereich, in dem “die Wirklichkeit” zur Begründung einer Weiterentwicklung der Rechtsstellung bestimmter Akteure herangezogen werden könnte, ist derjenige der Haftungsansprüche von Einzelpersonen gegenüber Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten. Für den Bereich der Verantwortlichkeit von Staaten hat die ILC die Frage im Jahr 2001 offen gelassen. Danach verstärkte sich die Debatte dazu. Zehn Jahre später hatte die ILC die Gelegenheit, diese Frage in ihren Entwurfsartikeln zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen für diesen Bereich aufzugreifen und im Lichte jüngerer Entwicklungen neu zu bewerten. Sie verzichtete al-

⁴³ ILC (Anm. 35), 88: Art. 12 [9] (1): “The affected State, by virtue of its sovereignty, has the duty to ensure the protection of persons and provision of disaster relief and assistance on its territory.”

⁴⁴ ILC (Anm. 35), Art. 14 (1): “The provision of external assistance requires the consent of the affected State.”

⁴⁵ Interessant insbesondere, ILC (Anm. 35): Art. 14 (2): “Consent to external assistance shall not be withheld arbitrarily.”

⁴⁶ Siehe insbesondere die Stellungnahme von *Vasciannie*, Provisional Summary Record of the 2980th Meeting (A/CN.4/SR.2980), 17.7.2008, 11; Stellungnahmen von *Nolte*, Provisional Summary Record of the 3018th Meeting (A/CN.4/SR.3018), 9.7.2009, 7; Provisional Record of the 3103rd Meeting (A/CN.4/SR.3103), 12.7.2011, 3 f.

lerdings darauf und beschränkte sich auf die Bestätigung des Musters aus dem Recht der Staatenverantwortlichkeit.⁴⁷

6. Rechtsbildungsprozesse

Der Bereich, in dem die Frage nach der Rechtssubjektivität die größte prinzipielle Rolle spielt, ist das Recht der Rechtsbildung. Auch wenn die Fähigkeit von Einzelpersonen und Nichtregierungsorganisationen, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, im Völkerrecht inzwischen grundsätzlich und in vielen konkreten Zusammenhängen anerkannt worden ist, wird im Bereich der Rechtsbildung doch in aller Regel der Primat der Staaten und der von ihnen abgeleiteten und kontrollierten zwischenstaatlichen Organisationen anerkannt. Zwar gibt es die bekannte Debatte, ob Verträge zwischen Staaten und Einzelpersonen ihren Geltungsgrund auch in einem unmittelbaren völkerrechtlichen Verhältnis zwischen den Vertragspartnern (und nicht etwa, wie im Regelfall im Investitionsschutzrecht, lediglich in einem zwischenstaatlichen völkerrechtlichen Vertrag) haben können.⁴⁸ Die grundsätzlichere Frage ist jedoch, ob die klassischen und immer noch wichtigsten völkerrechtlichen Rechtsquellen, Verträge und Gewohnheitsrecht, allein zur Disposition der Staaten stehen und diesen ein Gestaltungs- und Interpretationsmonopol zukommt. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, die Entwicklung der großen "gesetzgeberischen" Verträge und die Grundregeln des Völkergewohnheitsrechts einer umfassenderen Gemeinschaft relevanter Völkerrechtssubjekte zu überantworten.

Eine solche Überantwortung kann zum einen in Form einer gemeinschaftlichen Interpretationsverantwortung zum Ausdruck kommen. Einen Ansatzpunkt im geltenden Recht kann hierfür Art. 31 (3) (b) des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens bieten, der die "nachfolgende Praxis in Anwendung des Vertrags" als ein relevantes Auslegungsmittel vorsieht. Ob diese Praxis diejenige der Vertragsparteien selbst sein muss, oder ob auch eine Praxis anderer Akteure in der Anwendung des Vertrags hierfür ausreicht, ergibt sich aus der Norm jedenfalls nicht ausdrücklich. Insofern wäre

⁴⁷ Vgl. ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries, Report of the ILC, 63rd Session 2011 (A/66/10), 69 (126), Kommentierung zu Art. 33.

⁴⁸ Zur Diskussion allgemein *T. Grant*, Who Can Make Treaties? Other Subjects of International Law, in: D. B. Hollis (Hrsg.), *The Oxford Guide to Treaties*, 2012, 125 (142 ff.); speziell zum Investitionsschutzrecht z. B. *T. R. Braun*, *Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht. Qualität und Grenzen dieser Wirkungseinheit*, 2012, insb. 162 ff.

es nicht ausgeschlossen, im Sinne einer Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte auch eine Gemeinschaft von relevanten Vertragsinterpreten⁴⁹ durch Praxis zu begründen. Hierfür könnte man sich auch auf die “Wirklichkeit” der Implementierung von Verträgen durch nicht-staatliche Akteure berufen. Immerhin berücksichtigt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unter bestimmten Voraussetzung nicht nur die Praxis der Vertragsparteien, sondern auch “social practice”.⁵⁰ Eine hervorgehobene Rolle würden die Vertragsparteien in jedem Fall behalten, weil eine wie auch immer geartete “spätere Praxis” nach Art. 31 (3) (b) nur dann den Rang eines “authentischen” Auslegungsmittels erreicht, wenn diese Praxis eine Übereinstimmung der Parteien ausdrückt.

Rechtsgestalterisch noch wirksamer könnte die zentrale Rolle der Staaten durch eine Beteiligung anderer Akteure an der Bildung und Änderung von Völkergewohnheitsrecht relativiert werden. Ansatzpunkt kann hier der Begriff der “general practice accepted as law” sein, den Art. 38 b) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH) jedenfalls nicht ausdrücklich auf Staaten beschränkt. Nicht-staatlichen Akteuren könnte also unter bestimmten Umständen eine relevante Rolle bei der Bildung und Änderung von Völkergewohnheitsrecht zuerkannt werden. Es gibt wirklichkeitsorientierte Begründungsansätze, die in diese Richtung gehen.⁵¹ Die völkerrechtliche Rechtssubjektivität nicht-staatlicher Akteure wäre damit gestärkt.

Allerdings ist die ILC solchen Gedanken nicht gefolgt, im Gegenteil. Vielmehr hat sie – vorläufig – zunächst im Jahr 2013 in Hinblick auf die nachfolgende Praxis als Auslegungsmittel klargestellt, dass,

“Draft Conclusion 5
Attribution of Subsequent Practice

1. Subsequent practice under articles 31 and 32 may consist of any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty under international law.

⁴⁹ Mutatis mutandis P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 30 (1975), 297.

⁵⁰ G. Nolte, Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice, in: G. Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, 261 ff.

⁵¹ L. Boisson de Chazournes, Subsequent Practice, Practices and “Family-Resemblance”: Towards Embedding Subsequent Practice in Its Operative Milieu, 59 f., in: G. Nolte (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013; L. Boisson de Chazournes, Qu’est-ce que la pratique en droit international?, in: Société française pour le droit international (Hrsg.), *La Pratique et le Droit International*, 2004, 43 ff.; diesen Ansatz ablehnend M. Wood, Second Report on Identification of Customary International Law (A/CN.4/672), 22.5.2014, 32, para. 45.

2. Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when assessing the subsequent practice of parties to a treaty.”⁵²

Ähnlich hat sie im Jahr 2015 in Hinblick auf die gewohnheitsrechtsbildende Praxis – vorläufig – festgestellt:

“Draft Conclusion 4
Requirement of Practice

- (1) The requirement, as a constituent element of customary international law, of a general practice means that it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.
- (2) In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.
- (3) Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2.”⁵³

Bemerkenswert an diesen Formulierungen ist, dass die ILC die Möglichkeit in Erwägung gezogen hat, nicht-staatliche Akteure als aktiv Beteiligte des völkerrechtlichen Rechtsbildungs- und Auslegungsprozesses anzuerkennen, diese Option letztlich jedoch ausdrücklich abgelehnt hat. Stattdessen hat sie zwei indirekte Möglichkeiten der Berücksichtigung solcher Praxis vorgesehen: die der Zurechnung einer solchen Praxis zu einem Staat sowie die des Hilfsmittels bei der Beurteilung (assessment) einer bestimmten staatlichen Praxis. Beide Möglichkeiten beruhen auf der klassischen Vorstellung einer Mediatisierung nicht-staatlicher Akteure.

IV. Schluss

Dieses – vorläufige – Ergebnis der Arbeiten der ILC mag man bedauern, ja sogar als Widerstandsform konservativ-etatistischen Denkens durch eine staatsengeprägte Institution kritisieren. Immerhin kann man feststellen, dass der Ansatz der ILC, ebenso wie der von *Jochen Frowein* in seinem Werk

⁵² ILC, Text of the Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, Report of the ILC, 65th Session 2013 (A/68/10), 11 (12).

⁵³ ILC, Identification of Customary International Law – Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/L.869), 14.7.2015, 2.

zum *de facto*-Regime im Völkerrecht, die Frage nach der Anerkennung von Rechtssubjektivität praxis- und legitimationsorientiert ist. So wie *Jochen Frowein* zieht die Kommission keine voreiligen Schlüsse und prüft genau, auf welche Praxis aufgebaut werden kann.

Allerdings ist bemerkenswert, dass die Kommission heute, fast fünfzig Jahre nach dem Werk von *Jochen Frowein* und nach der Unterzeichnung des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens, weniger Mut zu haben scheint, auf allgemeine Rechtsprinzipien und -erwägungen sowie auf Sinn und Zweck von Normen zurückzugreifen, wenn die Praxis uneinheitlich ist. Dies mag am Zeitgeist, an der Tendenz kollektiver Körper zum Minimalkonsens, oder an der schleichenden Veränderung des Rechtsmaterials liegen, die in unserer stärkeren Orientierung an der (heute reicher vorhandenen) Rechtsprechung zum Ausdruck kommt. Dies geschieht auf Kosten der sinnvoll ergänzten Berücksichtigung von (exekutiver und legislativer) Staatenpraxis.

Es sei an dieser Stelle abgebrochen. Sinn dieses kurzen Essays ist es gewesen, die Aktualität des völkerrechtlichen Denkens von *Jochen Frowein* am Beispiel und mit Hilfe seines völkerrechtlichen Erstlingswerks vor Augen zu führen. Darin hat er überzeugend gezeigt, dass und wie Rechtssubjektivität im Völkerrecht auf der Grundlage einer selbstkritischen Ermittlung von Praxis problem- und funktionsorientiert ermittelt werden kann.