

# Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte

*Michael Bothe*

1. Innerstaatliches Recht kann vor internationalen Gerichten in unterschiedlicher Weise relevant werden<sup>1)</sup>. Es kann seine Vereinbarkeit mit Völkerrecht in Frage stehen. Wo völkerrechtliche Regeln auf innerstaatliches Recht verweisen (z. B. bei Fragen der Staatsangehörigkeit oder der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges), kann es als Inzidentfrage von Bedeutung sein. In solchen Fällen sind internationale Gerichte berufen, das Recht eines bestimmten Staates (in Ausnahmefällen: mehrerer Staaten) bei ihrer Entscheidung anzuwenden oder zu beurteilen. Rechtsvergleichung steht hier nicht zur Debatte.

Rechtsvergleichung kann jedoch als Erkenntnisquelle für den Inhalt völkerrechtlicher Normen, die die Entscheidung bestimmen, von Bedeutung werden. Hier geht es dann nicht mehr um die Anwendung eines bestimmten innerstaatlichen Rechts, sondern um die Anwendung von Völkerrecht, dessen Inhalt aber durch eine vergleichende Betrachtung mehrerer (wie auch immer auszuwählender) innerstaatlicher Rechtsordnungen vermittelt wird.

2. Solche Erkenntnisse aus Rechtsvergleichung können für alle drei in Art. 38 des IGH-Statuts genannten Rechtsquellen gewonnen werden.

2. 1. Im Vertragsrecht kann die Rechtsvergleichung für die Auslegung eine Rolle spielen<sup>2)</sup>. Das interne Recht der Vertragsstaaten, insbesondere

---

<sup>1)</sup> Vgl. dazu Stoll, *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales* (1962); ferner Mosler, in: *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, S. 384 ff.

<sup>2)</sup> Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, S. 302.

ihre Gesetzgebung, stellt eine staatliche Praxis dar, die für die Ermittlung des Parteiwillens beim Abschluß von Verträgen herangezogen werden kann, sei es als frühere, sei es als nachfolgende Praxis<sup>3)</sup>. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem *Neumeister*-Urteil bei einer Spezialfrage der Auslegung des Art. 5 (3) MRK ausgeführt: «une telle pratique est courante dans de nombreux Etats contractants et on ne peut croire qu'ils aient entendu y renoncer»<sup>4)</sup>. Da es bei der Vertragsauslegung auf die Feststellung des gemeinsamen Parteiwillens ankommt, ist eine Praxis von um so größerem Aussagewert für die Auslegung, je größer die Zahl der Vertragspartner ist, die dieser Praxis folgen. Darum ist hier die vergleichende Ermittlung der Staatenpraxis, d. h. gegebenenfalls eine vergleichende Ermittlung des relevanten innerstaatlichen Rechts erforderlich<sup>5)</sup>.

Ferner ist das völkerrechtliche Vertragsrecht vielfältig durch aus dem innerstaatlichen Recht gewonnene Rechtsgrundsätze bestimmt. Damit sind jedoch bereits die beiden weiteren Rechtsquellenarten des Art. 38 angesprochen.

2. 2. Innerstaatliches Recht kann auch eine »Übung« im Sinne des Art. 38 (1) (b) des IGH-Statuts und damit für die Feststellung von Gewohnheitsrecht entscheidend sein<sup>6)</sup>. Ob eine Übung den notwendigen Grad an Allgemeinheit erlangt hat, ist durch Rechtsvergleichung festzustellen. In den Prozessen vor dem IGH, in denen es um die Feststellung von Gewohnheitsrecht ging (z. B. *Festlandssockel*-Fall und *Fischereigewässer*-Fälle), haben dem Gericht deshalb oft umfangreiche rechtsvergleichende

---

<sup>3)</sup> Vgl. dazu Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 40), S. 124 ff.

<sup>4)</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 7, affaire «Wemhoff», S. 23 f. Es ging um die Frage, ob der Zeitraum, für den Art. 5 (3) gilt, mit der erstinstanzlichen Verurteilung oder erst mit Rechtskraft des Strafurteils endet.

In ähnlichem Sinne hat die Menschenrechtskommission zur Auslegung des Begriffs «droits et contestations de caractère civil» in Art. 6 Abs. 1 MRK ausgeführt: «... il s'agit... d'une notion autonome qu'il faut interpréter indépendamment des droits internes des Hautes Parties Contractantes même si les principes généraux du droit interne des Hautes Parties Contractantes doivent être pris en considération», Recueil des décisions, Bd. 15, S. 13. Vgl. ferner Mosler, a. a. O. (Anm. 1), S. 392 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. ferner Sondervotum Lauterpacht, Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, ICJ Reports 1958, S. 93.

<sup>6)</sup> Anderer Ansicht offenbar für die innerstaatliche Gesetzgebung Sondervotum Altamira, CPJI A 10, S. 96.

Materialien vorgelegen<sup>7)</sup>, ebenso etwa dem StIGH im *Lotus-Fall*<sup>8)</sup>.

2. 3. Besonders hervorstechend ist die Rolle des innerstaatlichen Rechts für die dritte Kategorie der Rechtsquellen des Art. 38 (1), die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Hier handelt es sich, nach dem Wortlaut des Art. 38 (1) (c) ausschließlich, um die Übernahme innerstaatlich geltender Rechtsätze in das Völkerrecht. Voraussetzung dafür ist die Anerkennung durch »die zivilisierten Staaten«, also — was immer man von dem Zusatz »zivilisiert« halten mag<sup>9)</sup> — durch eine Vielzahl von Staaten<sup>10)</sup>. Demnach kann der Bestand solcher Rechtsgrundsätze nur vergleichend ermittelt werden<sup>11)</sup>. Daß diese vergleichende Untersuchung von internationalen Gerichten, die solche Rechtsgrundsätze angewandt haben, meist nicht oder jedenfalls nur sehr cursorisch durchgeführt wurde, wirft allerdings Fragen auf, auf die später noch zurückzukommen sein wird.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind nicht nur im allgemeinen Völkerrecht von Bedeutung, sie spielen auch eine erhebliche Rolle in regionalen Sonderrechtsordnungen, insbesondere im Recht der Europäischen Gemeinschaften<sup>12)</sup>, wobei ich die Frage offen lassen will, ob sie hier nun genau dasselbe bedeuten wie in Art. 38 (1) IGH-Statut. Obwohl die Gemeinschaftsverträge die Anwendung solcher Grundsätze ausdrücklich nur für Fragen der außervertraglichen Haftung in Art. 215 (2) EWGV und 188 (2) EAGV vorsehen, hat der Gerichtshof sich ermächtigt, ja verpflichtet gesehen, solche den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze allgemein bei Schweigen der Verträge seiner Rechtsprechung auch im übrigen zugrunde zu legen, insbesondere in Fragen des allgemeinen Verwaltungsrechts wie der Rücknahme bzw. dem Widerruf von Verwaltungsakten<sup>13)</sup> und bei der Entwicklung gemein-

<sup>7)</sup> Vgl. ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents: Fisheries Cases (*United Kingdom v. Norway*), Bd. 1, S. 628 ff.; *idem*: North Sea Continental Shelf Cases, Bd. 1, S. 280 ff., 440 ff., 556, 566 ff. Vgl. ferner das gemeinsame Sondervotum der Richter Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh und Ruda im isländischen *Fischerei-Fall*, ICJ Reports 1974, S. 49 ff.

<sup>8)</sup> Unten Anm. 20.

<sup>9)</sup> Vgl. Green, Tulane Law Review, 42 (1967/68) 61.

<sup>10)</sup> Vgl. Sondervotum Tanaka, ICJ Reports 1966, S. 299.

<sup>11)</sup> Schlesinger, AJIL 51 (1957) 734 ff.; Mosler, a.a.O. (Anm. 1), S. 401.

<sup>12)</sup> Vgl. dazu eingehend Lechler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze (1971).

<sup>13)</sup> Zur Rücknahme von Verwaltungsakten vgl. EuGH Slg. III, S. 118 f., 162 ff.; VI, S. 337 f.; VII, S. 172 ff., 258 ff., 272 ff.; VIII, S. 544, 561 ff.; XI, S. 190 ff., 934 ff. Zu wesentlichen Grundsätzen des Beamtenrechts vgl. Slg. II, S. 29; IX, S. 123, 135 f. Vgl. ferner: Slg. II, S. 312 (Auslegungsregeln, *implied powers*); VI, S. 281, 292 f. (ungerechtfertigte Bereicherung); VII, S. 374 ff. (Verjährung); VII, S. 380 ff. (Schadensberechnung); III, S. 200 (Grundsätze über das Wirksamwerden von Willenserklärungen).

schaftsrechtlicher Grundrechte<sup>14</sup>). In diesem Zusammenhang sind vom Gerichtshof und dem Generalanwalt wiederholt rechtsvergleichende Erwägungen angestellt worden<sup>15</sup>).

3. Wer aber bei der Rechtsprechung, die aus Grundsätzen des innerstaatlichen Rechts die für die Entscheidung erheblichen Normen gewinnt, eingehende rechtsvergleichende Erörterungen erwartet, der sieht sich in aller Regel enttäuscht<sup>16</sup>). Auf das innerstaatliche Recht wird in den Urteilsgründen, wenn überhaupt, meist nur cursorisch und völlig unpräzise eingegangen. So finden sich Sätze wie der folgende aus dem IGH-Urteil im *Korfu-Kanal-Fall*: «Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit . . .»<sup>17</sup>), und zwar ohne jeden Beleg und ohne weitere Präzision. Mit gleicher lapidarer Allgemeinheit wird dann im Sondervotum des Richters Krylov dieser indirekte Beweis als im konkreten Fall unzulässig angesehen<sup>18</sup>). Ansätze zu etwas eingehenderen rechtsvergleichenden Ausführungen finden sich eher in Sondervoten<sup>19</sup>) (die ja ohnehin gesprächiger sind als die Gerichtsentscheidungen selbst). Häufig finden sich eingehende rechtsvergleichende Erörterungen beim Parteivorbringen in den Prozeßmaterialien<sup>20</sup>). Gelegentlich wird die Berücksichtigung innerstaatlicher Rechtssätze durch das Gericht überhaupt erst aus den Prozeßmaterialien deutlich. So formuliert der StIGH

<sup>14</sup>) Vgl. EuGH Slg. IV, S. 304 f., 363 ff. (Gleichheitssatz); XV, S. 419; XX, S. 507 f., 512 ff. (grundsätzlich und zum Eigentumsschutz).

<sup>15</sup>) Bleckmann, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 75, S. 109 ff. (Deutsche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, Sektion I).

<sup>16</sup>) Seidl-Hohenveldern, in: Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross, S. 253 ff.

<sup>17</sup>) ICJ Reports 1949, S. 18.

<sup>18</sup>) *Ibid.*, S. 69: «Dans le droit interne de plusieurs pays, on se contente parfois de la preuve indirecte . . . Mais je doute qu'en se basant sur la preuve indirecte, on en puisse conclure à la responsabilité d'un Etat envers un autre Etat. Je ne pense pas que la justice internationale puisse se contenter de preuves indirectes, telles qu'on les a présentées, dans cette affaire qui touche à l'honneur d'un Etat . . .».

<sup>19</sup>) Vgl. CPJI A/B 70, S. 76 f. (Sondervotum Hudson, *Prises d'eau à la Meuse*); ICJ Reports 1973, S. 249 (Sondervotum Ammoun, *UN Administrative Tribunal: Review of Judgement No. 158*).

<sup>20</sup>) *Lotus-Fall*, CPJI C 13—II, S. 85 f., 117, 302 f., 309, 340 f., 407 f., 410. *Freizonen-Fall*: CPJI C 17—I (I), S. 199 f. *Deutsche Interessen in Oberschlesien*: CPJI C 11—I, S. 183 f. *Mosul-Fall*: CPJI C 10, S. 20 ff. *Marokkanische Phosphate-Fall*: CPJI C 84, S. 494 f.

*Korfu Kanal-Fall*: Pleadings, Oral Arguments, Documents, Bd. II, S. 326 f.; III, S. 353 f.; IV, S. 47 ff. *Nottebohm-Fall*, Pleadings etc. Bd. II, S. 468 ff. *Norwegische Anleihen-Fall*, Pleadings etc. Bd. I, S. 241 ff., 440 f., 490 ff. *Durchgangsrecht-Fall*: Pleadings etc. Bd. I, S. 714 ff. *Südwestafrika-Fälle*: Pleadings etc. Bd. XII, S. 212 ff.

die Kriterien des Einwands der Rechtshängigkeit im Fall der *Deutschen Interessen in Oberschlesien*<sup>21)</sup> weitgehend auf der Basis der Ausführungen des deutschen Prozeßvertreters Kaufmann zum innerstaatlichen Recht, und zwar im wesentlichen zum deutschen Recht<sup>22)</sup>. Oft ist allerdings überhaupt nicht erkennbar, woher der Richter seine Kenntnis von den innerstaatlichen Normen eigentlich bezieht<sup>23)</sup>. Die Berücksichtigung nur einer Rechtsordnung bei der Ermittlung allgemeiner Prinzipien trifft man häufiger auch in schiedsgerichtlichen Urteilen<sup>24)</sup> und Sondervoten<sup>25)</sup>.

Eine genauere Rechtsvergleichung findet sich in Entscheidungen des StIGH und des IGH soweit mir feststellbar überhaupt nicht, in schiedsgerichtlichen Urteilen ist sie eine Rarität, für welche als Beispiel der Vergleich zwischen deutschem und amerikanischem Schadenersatzrecht in der *Lusitania*-Entscheidung der deutsch-amerikanischen Mixed Claims Commission erwähnt sei<sup>26)</sup>.

Als eines der wenigen Beispiele gelungener rechtsvergleichender Ausführungen in den Sondervoten des StIGH sei eine Passage von Hudson im Falle der *Wasserentnahmen aus der Maas* genannt, in der der Richter als Belege für das Prinzip, daß derjenige, der einen Vertrag verletzt hat, sich nicht auf die Vertragsverletzung der anderen Seite berufen kann, die

---

Das gilt auch für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. So finden sich im *Wemhoff*-Fall rechtsvergleichende Ausführungen in dem Sondervotum von Süsterhenn zum Bericht der Kommission, Cour européenne des droits de l'homme, Série B, Bd. 9, S. 81, im ersten Schriftsatz der Kommission nur noch kursorisch, *ibid.*, S. 207. Vgl. ferner das deutsche Memorandum, *ibid.*, S. 219. Das deutsche Plädoyer in dem gleichen Fall enthält auch einen Ausblick auf das amerikanische Recht, *ibid.*, S. 265. Vgl. ferner das Sondervotum von Süsterhenn im *Neumeister*-Fall, Cour européenne des droits de l'homme, Série B, Affaire Neumeister, S. 73.

<sup>21)</sup> CPJI A 6, S. 20.

<sup>22)</sup> CPJI C 91, S. 82 f., 167 f.

<sup>23)</sup> Schlesinger, AJIL 51 (1957) 734 f.

<sup>24)</sup> Beispiele: Urteil des deutsch-polnischen Gemischten Schiedsgerichts, Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, Bd. 7, S. 706, wo zur Frage der Rechtskraft nur auf das deutsche Zivilprozeßrecht zurückgegriffen wird. Vgl. ferner Lord Asquith in der *Abu Dhabi* Arbitration, ICLQ 1 (1952) 251 (hier war allerdings kein Völkerrecht anwendbar): "... albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence — this 'modern law of nature'".

<sup>25)</sup> Das oben Anm. 18 zitierte Sondervotum des Richters Krylov nennt beispielsweise nur ein englisches Lehrbuch. Vgl. ferner Sondervotum Sfériadiès, *Phares en Crète et à Samos*, CPJI A/B 71, S. 137 f.

<sup>26)</sup> Mixed Claims Commission, United States and Germany, Consolidated Edition of Opinions and Decisions, S. 18 ff.

*clean hands*-Lehre der angloamerikanischen *equity*, das römische, das französische und das deutsche Recht anführt<sup>27)</sup>). Aber, man muß es betonen, solche Beispiele sind die große Ausnahme.

Etwas genauer als andere internationale Gerichte nimmt es der EuGH mit der Rechtsvergleichung. So finden sich in den Begründungen des Gerichts und den Schlußanträgen des Generalanwalts zu den beiden grundlegenden Urteilen über Rücknahme bzw. Widerruf von Verwaltungsakten eingehende rechtsvergleichende Betrachtungen<sup>28)</sup>. Der Ausspruch, in allen Mitgliedstaaten seien rechtmäßige Verwaltungsakte grundsätzlich nicht, rechtswidrige jedoch unter gewissen Voraussetzungen widerprüflich, wird freilich auch nicht vollständig belegt. Im ersten Urteil werden das französische, deutsche und italienische Recht, in den Schlußanträgen zum zweiten Urteil das französische, deutsche und niederländische Verwaltungsrecht herangezogen<sup>29)</sup>. In vielen Fällen bleibt auch in den Urteilsgründen des EuGH die Rechtsvergleichung lapidar und kursorisch<sup>30)</sup>, beschränken sich Gericht und Generalanwalt auf eine Rechtsordnung<sup>31)</sup>. So fehlt in den Gründen der für den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz grundlegenden *Nold*-Entscheidung des EuGH (vom 4. 5. 1974) eine präzise rechtsvergleichende Aussage<sup>32)</sup>.

<sup>27)</sup> CPJI A/B 70, S. 76 f.

<sup>28)</sup> EuGH Slg. III, S. 118 f., 162 f.; VI, S. 337 ff. Vgl. dann auch Becker, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, S. 102 ff.

<sup>29)</sup> Vgl. auch die Schlußanträge des Generalanwalts, EuGH Slg. VII, S. 308 f., zur Frage des Umfangs des Schadenersatzes. Hier wird vor allem auf französisches, aber auch auf italienisches, deutsches und luxemburgisches Recht eingegangen. In den Schlußanträgen EuGH Slg. IV, S. 363 ff., wird zur Frage des Gleichheitssatzes auf französisches und deutsches Recht eingegangen.

<sup>30)</sup> Vgl. EuGH Slg. IX, S. 123; VII, S. 173, 273; VI, S. 292 f.; IV, S. 304 f.; III, S. 200; II, S. 29, 45, 312.

<sup>31)</sup> Vgl. EuGH Slg. IX, S. 135; VII, S. 375; III, S. 163.

<sup>32)</sup> EuGH Slg. XX, S. 507 f. Die in ihrer lapidaren Kürze durchaus eindrucksvollen Kernsätze seien hier zitiert: »Es trifft zwar zu, daß die Verfassungsordnung aller Mitgliedstaaten das Eigentum schützt und in ähnlicher Weise die Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten gewährleistet. Die so garantierten Rechte sind aber weit davon entfernt, uneingeschränkten Vorrang zu genießen; sie müssen im Hinblick auf die soziale Funktion der geschützten Rechtsgüter und Tätigkeiten gesehen werden. Aus diesem Grunde werden Rechte dieser Art in der Regel nur unter dem Vorbehalt von Einschränkungen geschützt, die im öffentlichen Interesse liegen. In der Gemeinschaftsrechtsordnung erscheint es weiterhin auch berechtigt, für diese Rechte bestimmte Begrenzungen vorzubehalten, die durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind, solange die Rechte nicht in ihrem Wesen angetastet werden«.

Der Gerichtshof umreißt nur in großen Zügen, wie er die Garantie des Eigentums bzw. der Berufs-, Handels- und Gewerbefreiheit und ihre Grenzen in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsrechtsordnung versteht – mit einigen wenigen durchaus einprägsamen Kernsätzen, die mir eines weiteren rechtsvergleichenden Nachdenkens würdig scheinen. Der Generalanwalt geht in seinen Schlußanträgen neben allgemeinen Erwägungen nur auf das deutsche Recht ein<sup>33)</sup>, erklärlich vielleicht, da sich der deutsche Kläger auf Art. 14 GG berufen hatte.

4. Wie ist diese stiefmütterliche Behandlung der Rechtsvergleichung durch internationale Gerichte zu erklären?

Kritiker meinen, dies sei der Fehler der Rechtsvergleicher, die den Gerichten nicht das nötige rechtsvergleichende Material an die Hand gäben<sup>34)</sup>. Dies mag sicher eine Rolle spielen, scheint mir aber als Erklärung aber nicht auszureichen. Es dürften auch Gründe in dem Rechtsfindungsprozeß selbst liegen, wobei zwischen den einzelnen Rechtsquellenarten zu unterscheiden ist.

4. 1. Bei der Ermittlung von Gewohnheitsrecht kann man den Gerichten wohl am wenigsten den Vorwurf machen, sie hätten die innerstaatliche Praxis, soweit es auf sie ankam, zu cursorisch gewürdigt. Soweit das innerstaatliche Recht für das Vorliegen einer Übung konstitutiv ist, muß es umfassend gewürdigt werden, um die notwendige Allgemeinheit der Übung darzutun. Dies ist wohl von den Gerichten auch getan worden, freilich häufig mit negativem Ergebnis (Nichtvorliegen einer Übung)<sup>35)</sup>. Auch hier fehlt eine Bezugnahme auf bestimmte Staaten, es wird von »mehreren Staaten«, »gewissen Staaten« gesprochen. Aber IGH wie StIGH sind überhaupt keine »Fußnotengerichte«, sie belegen selten. Woher sie ihre Kenntnisse beziehen, ist häufig, wenn überhaupt, nur aus den Prozeßmaterialien und allenfalls den Sondervoten zu ersehen<sup>36)</sup>, diese bieten aber gerade bezüglich der Feststellung von Gewohnheitsrecht reichlich Material.

4. 2. Für die Vertragsauslegung ist die Praxis der Vertragsparteien nur

<sup>33)</sup> *Ibid.*, S. 512 ff.

<sup>34)</sup> Schlesinger, AJIL 51 (1957) 735 f.; Lorenz, Juristenzeitung 17 (1962) 270.

<sup>35)</sup> Vgl. ICJ Reports 1951, S. 129, 131 (*Norwegischer Fischeret-Fall*); 1969, S. 32 f., 43 ff. (*Festlandssockel-Fall*).

<sup>36)</sup> Das gilt beispielsweise für das StIGH-Urteil im *Lotus-Fall*, wo sich das Gericht ohne nähere Qualifikation auf innerstaatliche Strafgesetze bezieht (CPJI A 9, S. 23), wo aber von den Prozeßparteien Beispiele innerstaatlicher Regeln vorgetragen wurden (oben Anm. 20).

ein subsidiäres Element der Auslegung. Hier wird man eine eingehende rechtsvergleichende Würdigung vielleicht weniger erwarten können.

Auch führt die Heranziehung innerstaatlichen Rechts bei der Auslegung von Verträgen dann nicht weiter, wenn die Praxis der Parteien unterschiedlich ist, wenn im Vertrag verwandte Begriffe unterschiedlich gebraucht werden. In solchen Fällen führt die Rechtsvergleichung nur zu dem Erfordernis, vom innerstaatlichen Recht abzusehen und eine eigenständige völkerrechtliche Auslegung zu entwickeln. So ist im *Wemhoff*-Fall vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Frage aufgeworfen worden, ob für die Auslegung des Art. 5 MRK bei der Frage der Dauer der Untersuchungshaft auf die kontinentale oder die britische Praxis abzustellen sei, da im angelsächsischen Bereich die Untersuchungshaft von kürzerer Dauer zu sein pflegt<sup>37)</sup>. Der Gerichtshof<sup>38)</sup> ist darauf nicht eingegangen, ist aber andererseits nicht der Kommission in dem Bemühen gefolgt, einheitliche Kriterien für die Dauer der Untersuchungshaft aus der Konvention selbst zu entwickeln. Der Gerichtshof will hier vielmehr eine Art Willkürkontrolle gegenüber den nationalen Instanzen ausüben, die über die Dauer der Untersuchungshaft entscheiden. So kann es wohl im Rahmen der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen durchaus zu verschieden langer Untersuchungshaft in gleich gelagerten Fällen kommen<sup>39)</sup>.

4. 3. Was nun die allgemeinen Rechtsgrundsätze angeht, so ist es sicherlich auch hier nicht so, daß man vom Fehlen rechtsvergleichender Überlegungen in den Urteilsgründen stets notwendig darauf schließen müßte, daß das Gericht solche Erwägungen nicht angestellt hat, insbesondere dann nicht, wenn die Parteien Entsprechendes zu einzelnen nationalen Rechten vorgetragen haben. Eine Analyse bestimmter nationaler Rechtsordnungen würde wenig in den Stil der Urteilgründe des IGH passen. Beim EuGH, wo Richter aller Mitgliedstaaten auf der Richterbank sitzen, kann man voraussetzen, daß die Kenntnis aller nationalen Rechtsordnungen in das Urteil einfließt.

Die Tendenz, allgemeine Rechtsgrundsätze nur mit kursorischen Bezugnahmen auf das innerstaatliche Recht zu begründen, liegt aber sicherlich auch in der Allgemeinheit eben dieser Rechtsgrundsätze begründet. In diesem Sinne hat man auch das Naturrecht als Grundlage

---

<sup>37)</sup> *Cour européenne des droits de l'homme*, Série A 7, S. 36 f. (Sondervotum Zekia).

<sup>38)</sup> *Ibid.*, S. 24 ff.

<sup>39)</sup> Vgl. dazu Mosler, in: *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bd. 1, S. 529 ff.

dieser Rechtsgrundsätze angeführt<sup>40)</sup>. Und das Naturrecht sucht der Jurist eher in der eigenen Brust als in rechtsvergleichenden Untersuchungen. Viele dieser Grundsätze sind auch nicht mehr als Prinzipien des *common sense*<sup>41)</sup>, die der Richter eher seiner juristischen Allgemeinbildung, die er im eigenen Recht empfangen hat, als einer genauen Untersuchung darüber entnimmt, was die zivilisierten Staaten nun eigentlich anerkannt haben. Vielfach wird allerdings auch auf Gedanken des Römischen Rechts zurückgegriffen<sup>42)</sup>, d. h. auf eine Rechtsordnung, die – freilich in verschiedenem Maß<sup>43)</sup> – jedenfalls alle abendländischen Rechtsordnungen, über die Rezeption abendländischen Rechts auch viele Rechtsordnungen der Dritten Welt und das Völkerrecht selbst beeinflußt hat<sup>44)</sup>. Insofern sichert das Römische Recht noch immer eine gewisse Universalität des Rechtsdenkens, eine Feststellung, die man bei der Gestaltung moderner juristischer Ausbildung nicht ganz vergessen sollte.

Die aus naturrechtlichen Erwägungen und der juristischen Allgemeinbildung gewonnenen Grundsätze versagen allerdings um so mehr, je mehr es um die Beantwortung von Detailfragen geht. Daß ein zugefügtes Unrecht durch Schadenersatz wiedergutzumachen ist, ist ein allgemeiner Grundsatz. Kann man es aber auch – um ein Beispiel aus der IGH-Praxis<sup>45)</sup> zu nehmen – als einen solchen allgemeinen Grundsatz ansehen, daß der unterliegende Prozeßpartner die Prozeßkosten des Gegners tragen muß? Hier differieren angelsächsisches und kontinental-europäisches Recht bereits, wenn ich das richtig sehe.

Heißt das, daß der Richter bei der Lösung von Detailfragen des Rückgriffs auf allgemeine Rechtsgrundsätze, die er aus innerstaatlichem Recht

<sup>40)</sup> Vgl. Sondervotum Tanaka, *South West Africa Cases: Second Phase*, ICJ Reports 1966, S. 298.

<sup>41)</sup> Vgl. Sondervotum Lauterpacht, *Norwegian Loans Case*, ICJ Reports 1957, S. 50.

<sup>42)</sup> Vgl. die Nachweise bei Cheng, *General Principles of Law*, S. 115, 157, 220, 232, 340, 346, 377.

<sup>43)</sup> Insbesondere ist der Einfluß des römischen Rechts auf das *common law* geringer und anders geartet als sein Einfluß auf das kontinentaleuropäische Recht, vgl. Schlesinger, *AJIL* 51 (1957) 739; Gutteridge, *British Year Book of International Law (BYIL)* 21 (1944) 3 ff.

<sup>44)</sup> Vgl. dazu auch Gutteridge, *BYIL* 21, 2 ff.; Wehle, *University of Pennsylvania Law Review* 99 (1950/51) 15 ff. Grundsätzlich zur Ableitung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus dem römischen Recht auch das Gutachten von Strupp im *Ostgrönland-Fall*, *CPJI C* 64, S. 1901 f.

<sup>45)</sup> ICJ Reports 1973, S. 249 (*UN Administrative Tribunal: Review of Judgement No. 158*, Sondervotum Ammoun).

gewinnt, entraten muß? Sind *a l l g e m e i n e* Rechtsgrundsätze nur solche allgemeinsten, ja banalen Charakters<sup>46)</sup>? In diesem Sinne könnte man etwa Ausführungen der amerikanisch-mexikanischen Claims Commission verstehen, wenn sie sagt, daß technische Beweisregeln aus dem Recht der Streitparteien bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Beweisen und der Beweiswürdigung durch ein internationales Gericht keinen Platz hätten<sup>47)</sup>. Dennoch verzichtet die Kommission nicht ganz auf Entwicklung von Beweisregeln aus innerstaatlichem Recht. In einem späteren Fall sagt sie<sup>48)</sup>:

“With respect to matters of evidence, (international tribunals) must give effect to common sense principles underlying rules of evidence in domestic law”.

Noch deutlicher wird der Leitgedanke für die Verwendung des innerstaatlichen Rechts bei der Rechtsfindung internationaler Gerichte vielleicht in einem Sondervotum des Commissioner Nielsen<sup>49)</sup>:

“The Commission can not apply strict rules of evidence such as are prescribed by domestic law, but it can and must give application to well-recognized principles underlying rules of evidence and of course it must employ common-sense reasoning in considering the evidential value of the things which have been submitted to it as evidence”.

Hier sollen, mit anderen Worten, aus den nationalen Rechten sachgerechte Lösungen für Fragen herausdestilliert werden, für die es eigene völkerrechtliche Regeln noch nicht oder noch nicht in genügender Klarheit<sup>50)</sup> gibt, die aber regelungsbedürftig sind und bei denen der Grundsatz der staatlichen Handlungsfreiheit keine mögliche oder angemessene Antwort gibt<sup>51)</sup>. Noch klarer kommt dieser Gedanke vielleicht in einer Entscheidung der amerikanisch-venezolanischen Kommission zum Ausdruck<sup>52)</sup>:

“It is true that this commission is an international tribunal and in some sense is not fettered by the narrow rules and strict procedures obtaining in municipal courts, but there are certain principles, having their origin in public policy, founded in the nature and necessity of things, which are equally obligatory upon every tribunal seeking to administer justice”.

---

46) In diesem Sinne muß man wohl *D a h m*, Völkerrecht, Bd. 1, S. 37 verstehen.

47) *Parker-Fall*, Reports of International Arbitral Awards (RIAA) IV, S. 39.

48) *Kling-Fall*, *ibid.*, S. 582.

49) *Mallén-Fall*, *ibid.*, S. 182.

50) *Wengler*, Völkerrecht, Bd. 1, S. 365.

51) *Wengler*, a.a.O., S. 366 ff.

52) *Moore*, International Arbitrations, Bd. 4, S. 4203 (Commissioner Findlay).

Die Ermittlung dieser Grundsätze ist ein Vorgang richterlicher Rechtschöpfung, bei dem der internationale Richter selbstverständlich nicht an die Einzelheiten des nationalen Rechts gebunden sein kann, bei dem er sich aber doch vom nationalen Recht leiten lassen kann. Mit dem *common sense* ist es dabei aber wohl nicht stets getan, das nationale Recht muß in seinen Grundgedanken schon genau untersucht werden<sup>53</sup>). Hier kann und muß auch auf speziellere Fragen eingegangen werden. Bezeichnenderweise fehlt bei dem Zitat von Nielsen der Zusatz *common sense* bei den "well-recognized principles underlying rules of evidence". Bei einer solchen gründlicheren Untersuchung werden sich häufig auch Antworten auf speziellere Fragen aus allgemeinen Grundsätzen entwickeln lassen.

Diesem Postulat allerdings, nationales Recht jedenfalls in seinen Grundzügen genauer zu untersuchen, ist die internationale Judikatur häufig nicht gefolgt.

In einzelnen Urteilen des EuGH finden sich jedoch präzisere rechtsvergleichende Untersuchungen. Etwas anderes wäre auch nicht sinnvoll, denn es handelt sich häufig nicht um Grundsätze des gleichen Grads von Allgemeinheit wie viele derjenigen, die in der Rechtsprechung sonstiger internationaler Gerichte eine Rolle gespielt haben. Beim EuGH handelte es sich z. B. um Fragen des Verwaltungsrechts, bei denen mit *common sense* nur noch wenig anzufangen ist. Auch ist der Kreis der in Betracht kommenden Rechtsordnungen überschaubar.

Dennoch ist auch vom EuGH jedenfalls in den schriftlich niedergelegten Urteilsgründen keine Rechtsvergleichung praktiziert worden, die die Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten eingehend würdigte. Auch hier erweist sich, daß das Finden allgemeiner Rechtsgrundsätze durch internationale Gerichte kein schematisches Ableiten von völkerrechtlichen Regeln aus vorgefundenen innerstaatlichen Normen ist. Es handelt sich um einen Akt richterlicher Rechtsschöpfung, der sich zwar an innerstaatlichem Recht orientiert, der innerstaatliches Recht als Erkenntnis Hilfe für sachgerechte Lösungen verwendet, der aber nicht an innerstaatliches Recht gebunden ist<sup>54</sup>). So gesehen, erscheint es nicht unangemessen, bei der Rechtsvergleichung auszuwählen, nicht unbedingt nur nach den

<sup>53</sup>) Vgl. Gutteridge, BYIL 21 (1944) 5.

<sup>54</sup>) Dem entspricht das Verfahren des EuGH, der, nachdem er einmal einen Grundsatz im innerstaatlichen Recht gefunden hat, bei der weiteren Entwicklung dieses Grundsatzes sich nicht mehr ausdrücklich auf Rechtsvergleichung bezieht, sondern auf seine früheren Urteile, und die Gedanken dieser Urteile fortentwickelt, vgl. EuGH Slg. XI, S. 912; VIII, S. 544.

gemeinsamen, sondern auch nach den besten nationalen Lösungen zu suchen<sup>55</sup>). In diesem Sinne plädierte der Generalanwalt vor dem EuGH in der Rechtssache *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken* für die Übernahme einer französischen Regelung als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts<sup>56</sup>):

»Auf diese Weise würde sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der sehr weitgehenden Heranziehung der innerstaatlichen Rechtsordnungen zur Herausarbeitung der Rechtsnormen, die bei der Durchführung des Vertrages anzuwenden sind, nicht darauf beschränken, seinen Quellen nur ein mehr oder weniger arithmetisches Mittel zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Lösungen zu entnehmen, sondern würde in den einzelnen Ländern diejenigen Lösungen auswählen, die ihm im Hinblick auf die Vertragsziele als die besten oder, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen will, als die fortschrittlichsten erscheinen. Das ist übrigens auch der Geist, von dem der Gerichtshof sich bisher hat leiten lassen«<sup>57</sup>).

5. Es bleibt die Frage, ob mit diesem Tribut an die Freiheit richterlicher Rechtsfindung die häufig oberflächliche Behandlung der Rechtsvergleichung voll gerechtfertigt ist. Mir scheint dies nicht der Fall. Es bleibt eine rechtspolitische Forderung nach einem Mehr an Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte gerade bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Richterliche Rechtsfortbildung, Rechtschöpfung durch Anwendung von (mehr oder weniger allgemeinen) Grundsätzen des innerstaatlichen Rechts ist — ich habe das bereits angedeutet — gerade dort notwendig, wo neue Probleme auftauchen, die noch keine Lösung in Vertrags- oder Gewohnheitsrecht gefunden haben, der Richter also vor der Notwendigkeit steht, sachgerechte Lösungen selbst zu schaffen, möge sich dieser Vorgang auch in das Gewand des Findens bereits existenten Rechts kleiden. Hier wird die Aufgabe des Richters eine rechtspolitische, vergleichbar der des Gesetzgebers. Eine anerkannte Funktion der Rechtsvergleichung ist es aber nun einmal, der Rechtspolitik durch das Aufzeigen von Alternativen, durch die Vermittlung der Erfahrung verschiedener Rechtsordnungen mit bestimmten Problemlösungen den Weg zu sachgerechten Entscheidungen zu weisen<sup>58</sup>). Auf diese Hilfe sollte der internationale Richter nicht verzichten.

<sup>55</sup>) In diesem Sinne bereits Rabel, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 1 (1927) 43. So auch Zweigert, *RabelsZ* 28 (1964) 611; Meessen, *Jahrbuch für internationales Recht*, 17 (1974), 302.

<sup>56</sup>) EuGH Slg. VIII, S. 570 f.

<sup>57</sup>) Vgl. auch EuGH Slg. III, S. 127, und dazu den Kommentar von Becker, a.a.O. (Anm. 28), S. 104.

<sup>58</sup>) Vgl. Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, Bd. 1, S. 15 ff.

Und wenn er sich dieser Hilfe bedient hat, gewinnt das Urteil an Überzeugungskraft, wenn das offen gelegt wird<sup>59)</sup>. Der Richter hat dabei allerdings auch die Probleme zu bewältigen, die sich dem Rechtsvergleicher gemeinhin stellen, nämlich die Frage der Auswahl der zu betrachtenden Rechtsordnungen und die der Vergleichbarkeit oder (wenn es um rechtspolitische Entscheidungen geht) der Übertragbarkeit der in den einzelnen Rechtsordnungen gefundenen Ergebnisse.

5. 1. Was die Auswahl der in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen angeht, so ist bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die universale Geltung besitzen sollen, auch eine universale Rechtsvergleichung vonnöten, die mindestens repräsentative einzelne Rechtsordnungen aller wichtigen Rechtskreise der Welt berücksichtigt<sup>60)</sup>. Eine Rechtsprechung, die ihre Grundsätze nur aus einer oder einigen wenigen Rechtsordnungen gewinnt, ist geeignet, das ohnehin nicht sehr große Vertrauen in die internationale Gerichtsbarkeit weiter zu untergraben und das nationale Recht als Erkenntnisquelle für völkerrechtliche Probleme überhaupt in Frage zu stellen<sup>61)</sup>. Es sind jedoch auch im Rahmen des Art. 38 (1) (c) IGH-Statut regional geltende Rechtsgrundsätze möglich, für deren Ermittlung das Recht aller Staaten einer bestimmten Region heranzuziehen ist. Ja man kann sogar daran denken, für die Entscheidung eines Streits zwischen zwei Staaten auf Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, die im internen Recht dieser beiden Staaten gelten. So schreibt die Rechtsanwendungsklausel im Schiedskompromiß bezüglich des *Gut Dam* eine Anwendung des Rechts der USA und Kanadas vor<sup>62)</sup>. Ob ein solcher Rückgriff ohne besondere Ermächtigung in der Schiedsklausel möglich ist, erscheint zweifelhaft. Sie liegt jedenfalls nur zwischen zwei Staaten mit homogener Rechtsstruktur nahe. Immerhin hat sich aber auch die deutsch-amerikanische Mixed Claims Commission nach dem I. Weltkrieg befugt gesehen, ihre Entscheidungen subsidiär zu stützen auf "Rules of Law common to the United States and Germany established by either statutes or judicial decisions"<sup>63)</sup>.

<sup>59)</sup> Meessen, Jahrbuch für internationales Recht 17, 305 f.

<sup>60)</sup> Green, Tulane Law Review, 42 (1967/68) 61 ff.

<sup>61)</sup> Gutteridge, BYIL 21 (1944) 10.

<sup>62)</sup> Vgl. dazu von Mangoldt, Die Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel internationaler Streitschlichtung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 63) (1974), S. 137.

<sup>63)</sup> Mixed Claims Commission, United States and Germany, Administrative Decision No. II, Consolidated Edition of Decisions and Opinions, S. 7. Vgl. dazu auch Jessup, Transnational Law, S. 94, und Rabel, *RabelsZ* 1 (1927) 20. Daneben wendet die Commission die *general principles of law recognized by civilized nations* an. Sie hat in ihrer *Lusitania*-Entscheidung (a. a. O., S. 18 ff.) denn auch neben deutschem und amerikanischem Recht englisches und französisches herangezogen.

Im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften stellt sich insbesondere die bereits von Hailbronner aufgeworfene Frage, ob nur die Rechtsordnungen der »alten« Mitgliedstaaten in Betracht zu ziehen sind, da ja die neuen Mitgliedstaaten die Verträge und die im Rahmen der Verträge entwickelte Rechtsordnung *tel quel* angenommen haben<sup>64</sup>), soweit nicht ausdrücklich eine Anpassung vorgenommen wurde. Doch daraus ergibt sich zwingend nur, daß für die neuen Mitgliedstaaten Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof bereits aus dem internen Recht der alten Mitgliedstaaten entwickelt hat, gelten. Es ist nicht geboten, sie bei der weiteren Entwicklung der ins Gemeinschaftsrecht zu übernehmenden Rechtsgrundsätze als Mitgliedstaaten zweiter Klasse zu behandeln und ihr Recht nicht zu berücksichtigen. Die Integrationsziele des Vertrages dürften eine solche Berücksichtigung sogar fordern<sup>65</sup>). Das besagt aber wiederum noch nicht, daß die Rechtsvorstellungen der »Neuen« in jedem Falle mit zu berücksichtigen sind. Hinsichtlich der Grundsätze des Verwaltungsrechts kann man doch wohl sagen, daß der Vertrag hier vom kontinental-europäischen Recht ausgeht, insbesondere vom französischen und (freilich weniger) vom deutschen<sup>66</sup>). Mit diesen Rechten sind die der anderen vier alten Mitgliedstaaten durchaus verwandt. Sowohl das dänische als auch das englische und irische Verwaltungsrecht scheinen doch eine davon verschiedene Begriffswelt zu besitzen, was freilich noch näher zu belegen wäre<sup>67</sup>). Erweist sich diese Hypothese aber als richtig, dann erscheint es dem System der Verträge angemessen, bei der Entscheidung verwaltungsrechtlicher Fragen weiterhin schwerpunktmäßig auf das Recht der alten Mitgliedstaaten abzustellen. Anders würde ich die Frage des Schutzes der Grundrechte sehen. Hier läßt sich keine Option des Vertrages für eine kleineuropäische Grundrechtskonzeption begründen. Hier besteht ja auch in der MRK eine gemein-europäische Kodifikation. Für diesen Fragenbereich werden die Rechte der neuen Mitgliedstaaten bei der Erarbeitung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze voll zu berücksichtigen sein.

<sup>64</sup>) Art. 2 und 3 der Akte über die Beitrittsbedingungen und die Anpassung, BGBl. 1972 II, S. 1144.

<sup>65</sup>) Meessen, a. a. O. (Anm. 55), S. 298 f.

<sup>66</sup>) Becker, a. a. O. (Anm. 28), S. 139 ff.; Bleckmann, a. a. O. (Anm. 15), S. 107.

<sup>67</sup>) Jessup, *Transnational Law*, S. 90, sieht auch in der Schöpfung von Verwaltungsgerichten in den Organisationsfamilien des Völkerbundes und der Vereinten Nationen ein Produkt französischen Rechtsdenkens und hält es darum für »realistisch«, daß zu Zeiten des Völkerbundes niemals ein angelsächsischer Richter auf die Richterbank dieses Gerichts gewählt wurde.

5. 2. Was die Übertragbarkeit der Ergebnisse – das zweite wesentliche Problem der Rechtsvergleichung – angeht, so steht man vor der viel diskutierten Frage der Übertragbarkeit von innerstaatlichen Grundsätzen im Völkerrecht<sup>68</sup>). Ohne diese Diskussion *in extenso* aufnehmen zu wollen, seien hierzu einige Bemerkungen erlaubt. Hierbei muß man nach einzelnen Fallkonstellationen differenzieren. Die Normbereiche, für die die Gewinnung von Völkerrechtssätzen aus innerstaatlichem Recht eine Rolle gespielt hat, sind nämlich sehr verschieden. Es kann sich handeln um Regeln über:

- a) die Abgrenzung der staatlichen Hoheitsbereiche
- b) Verhalten der Staaten im Verkehr miteinander
- c) Verhalten der Staaten im Innern
- d) völkerrechtlich determinierte Rechtsbeziehungen zwischen Privaten
- e) internes Recht internationaler Organisationen
- f) das Verfahren internationaler Gerichte.

Einige übergreifende Prinzipien haben in allen Konstellationen Gültigkeit, etwa Treu und Glauben, Vorrang der Spezialnorm u. ä.

5. 3. Diese Normbereiche sind für die verschiedenen Quellenarten allerdings in verschiedener Weise bedeutsam. Die Heranziehung der Rechtsvergleichung zur Auslegung von Verträgen ist in allen Konstellationen denkbar. Insbesondere haben, um ein wichtiges Beispiel herauszugreifen, rechtsvergleichende Überlegungen hinsichtlich des völkerrechtlich determinierten Verhaltens Privater bei der Auslegung von Bestimmungen des Vertrags von Versailles durch die gemischten Schiedsgerichte und den StIGH nach dem I. Weltkrieg eine Rolle gespielt<sup>69</sup>).

Für das Gewohnheitsrecht kann die Rechtsvergleichung insbesondere bei Regeln über das Verhalten der Staaten im Innern eine Rolle spielen, bei der Abgrenzung des staatlichen Hoheitsbereichs vor allem insofern, als die Staaten durch Akte des innerstaatlichen Rechts ihren Herrschaftsbereich zu definieren pflegen, so z. B. die Breite der Hoheits- und Fischereigewässer.

5. 4. Auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze spielen bei allen diesen Normbereichen eine Rolle.

5. 4. 1. Was das Verhalten der Staaten im Verkehr untereinander angeht, so kann man die privatrechtlichen Grundsätze des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, soweit diese nicht ohnehin schon als Gewohnheitsrecht anzu-

<sup>68</sup>) Lauterpacht, a. a. O. (Anm. 2) *passim*, zusammenfassend S. 297 ff.

<sup>69</sup>) Vgl. dazu Rabel, RabelsZ 1 (1927) 14 ff. Siehe ferner Rabel, Rechtsvergleichung vor den Gemischten Schiedsgerichtshöfen, *passim*.

sehen oder vertraglich kodifiziert sind, weitgehend als angemessene Lösung auch für die völkerrechtlichen Probleme ansehen<sup>70)</sup>. Das Gleiche gilt für das Prinzip von Treu und Glauben, die Staatenhaftung<sup>71)</sup> und solche allgemeinen Grundsätze wie der Vorrang der speziellen oder späteren Norm. Hier ist Raum für die sog. *private law analogies*<sup>72)</sup>.

5. 4. 2. Schwierig erscheint es mir hingegen, staatliche Souveränität und zivilrechtliche Herrschaftsrechte in Analogie zu setzen und einander widerstreitende staatliche Herrschaftsansprüche nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu lösen, wiewohl auch das in der internationalen Judikatur unternommen wurde<sup>73)</sup>. Vielleicht ist dies die tiefere Berechtigung dafür, daß der IGH im *Right of Passage*-Fall zwischen Indien und Portugal die von Portugal vorgebrachten rechtsvergleichenden Argumente, die sein Durchgangsrecht aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ableiten sollten, als nicht erheblich beiseite schob und seine Entscheidung allein auf das lokale Gewohnheitsrecht abstellt<sup>74)</sup>. Es erscheint mir auch zweifelhaft, ob moderne Fragestellungen des völkerrechtlichen Nachbarrechts, insbesondere grenzüberschreitender Immissionen, allein mit Prinzipien des zivilrechtlichen Nachbarrechts nach Art der *Trail Smelter*-Entscheidung sachgerecht gelöst werden können.

5. 4. 3. Bei dem Verhalten der Staaten im Innern geht es vor allem um die Problemkomplexe Fremdenrecht und Schutz der Menschenrechte. Auch hier ist vieles gewohnheitsrechtlich oder vertragsrechtlich geregelt. Jedoch haben in der Praxis des IGH immer wieder auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze in diesem Zusammenhang eine Rolle gespielt, so bei der Frage der völkerrechtlichen Maßstäbe für die fremdenrechtlichen Garantien in gerichtlichen Verfahren — z. B. der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit<sup>75)</sup> und allgemein der Schutz vor Rechtsverweigerung<sup>76)</sup> im

<sup>70)</sup> Vgl. Steinberger, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive — Judicial Protection against the Executive — La protection juridictionnelle contre l'exécutif, Bd. 3 (Rechtsvergleichung — Völkerrecht) (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) (1971), S. 276.

<sup>71)</sup> *Chorzów*-Fall, CPJI A 17, S. 29. Zur Frage der Zahlung von Verzugszinsen vgl. die Entscheidung des Ständigen Haager Schiedshofs, Bd. XI, S. 95 (Fall der *russischen Kriegsschädigung*).

<sup>72)</sup> Lauterpacht, a. a. O. (Anm. 2), S. 300 f.

<sup>73)</sup> Lauterpacht, a. a. O., insbesondere S. 99 ff., 299. Aus der Praxis vgl. *Wimbledon*-Fall, CPJI A 1, S. 24, und die abweichende Meinung von Schücking, S. 43; zum Problem der Staatsservituten siehe die dänische Position im *Ostgrönland*-Fall, CPJI C 63, S. 737 f., und das Gutachten von Strupp, C 64, S. 1901 f.

<sup>74)</sup> ICJ Reports 1960, S. 43.

<sup>75)</sup> ICJ Reports 1970, S. 154 f. (Sondervotum Tanaka).

<sup>76)</sup> ICJ Reports 1970, S. 47. Vgl. Sondervotum Morelli, *ibid.*, S. 232.

*Barcelona Traction*-Fall – und für die Würdigung der südafrikanischen Apartheidpolitik unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten, letzteres insbesondere in den Sondervoten zum zweiten *Südwestafrika*-Urteil<sup>77)</sup> und zum *Namibia*-Gutachten<sup>78)</sup>.

Das Verhalten der Staaten im Innern scheint mir die *par excellence* für Rechtsvergleichung geeignete Konstellation zu sein, da ja eben das Verhalten verglichen werden muß, das Gegenstand der Regelung ist. Allerdings ergeben sich hier Schwierigkeiten daraus, daß man häufig für ein und dieselbe Sachfrage in den einzelnen Rechtsordnungen sehr verschiedene rechtliche Lösungswege findet und daß die Regelung des Verhältnisses von Staat und Individuum viel stärker in den einzelnen Staaten konkret-historisch bedingt ist als die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Individuen, die die Grundlage für *private law analogies* bieten. Und selbst bei Feststellung einer weitgehenden Übereinstimmung der staatlichen Rechtsnormen ist hier, wie Hailbronner zutreffend gezeigt hat, der Schluß auf die völkerrechtliche Parallelnorm besonders schwierig. Für die Fruchtbarmachung rechtsvergleichender Untersuchungen über das Verhältnis zwischen Staat und Individuum für die völkerrechtliche Rechtsprechung zu fremden- und grundrechtlichen Problemen bleibt noch viel zu tun, sowohl von seiten der Rechtsvergleicher wie von seiten internationaler Gerichte. Die bereits vorliegenden Arbeiten scheinen mir aber zu zeigen, daß dies ein lohnendes Unterfangen ist<sup>79)</sup>.

5. 4. 4. Die Fragestellungen des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum tauchen auch bei der Verwendung der Rechtsvergleichung für die Entwicklung des internen Rechts internationaler Organisationen auf. Auch hier ist die Vergleichbarkeit weitgehend gegeben<sup>80)</sup>, mit Einschränkungen freilich, die Hailbronner zutreffend aufgezeigt hat. Praktisch hat dies in der Rechtsprechung des IGH<sup>81)</sup> und des EuGH<sup>82)</sup>

<sup>77)</sup> ICJ Reports 1966, S. 298, 300 (Sondervotum Tanaka).

<sup>78)</sup> ICJ Reports 1971, S. 108 (Sondervotum Padilla Nervo).

<sup>79)</sup> Vgl. dazu Steinberger, a. a. O. (Anm. 70), S. 154 f. Vgl. ferner Szabo, in: *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bd. 2, S. 939 f.

<sup>80)</sup> Vgl. aber die Bedenken des EuGH, Slg. II, S. 415, wo angenommen wird, daß »der autonome Charakter der Rechtsordnung des Vertrages die Anwendung allgemeiner, aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entlehnter Vorschriften offensichtlich ausschließt«. Die Äußerung ist in der Rechtsprechung des EuGH ohne Konsequenz geblieben.

<sup>81)</sup> Grundsätze des Schadenersatzrechts, Ersatz von Prozeßkosten: ICJ Reports 1973, S. 247, 249 (Sondervotum Ammoun), S. 289 ff. (Sondervotum de Castro), vgl. auch S. 238 f. (Sondervotum Dillard). Begründungspflicht für Urteile eines UN Verwaltungsgerichts, *ibid.*, S. 293 (Sondervotum de Castro).

<sup>82)</sup> Siehe oben Anm. 13.

in Fragen des Beamtenrechts eine Rolle gespielt. Der IGH hatte sich in diesem Zusammenhang insbesondere über das diesbezügliche Verfahren des UN-Verwaltungsgerichts auszusprechen. Der EuGH stand darüber hinaus vor der Aufgabe, für das Verhalten der Gemeinschaften gegenüber dem Marktbürger verwaltungsrechtliche und grundrechtliche Maßstäbe zu entwickeln<sup>83</sup>).

5. 4. 5. Bei ihrer Rechtsprechung zum Verfahrensrecht stützen sich internationale Gerichte besonders häufig auf Grundsätze innerstaatlichen Prozeßrechts als Erkenntnisquelle, so zur Begründung des Prinzips der Gleichheit der Parteien<sup>84</sup>), der Waffengleichheit der Betroffenen<sup>85</sup>), für den Grundsatz *audiatur et altera pars*<sup>86</sup>), das Beweisrecht<sup>87</sup>), den Grundsatz *iura novit curia*<sup>88</sup>), die Rechtshängigkeit<sup>89</sup>), *res iudicata*<sup>90</sup>), die Bindungswirkung früherer Entscheidungen in der gleichen Sache<sup>91</sup>) und die Verjährung<sup>92</sup>).

In diesem Bereich besteht eine weitgehende Übertragbarkeit der Ergebnisse<sup>93</sup>), wenngleich man sich vor unkritischen Übernahmen innerstaatlicher Regelungen hüten muß.

6. Mit diesen angedeuteten Möglichkeiten der Rechtsvergleichung für die Rechtsfindung internationaler Gerichte soll keineswegs einer Rechts-

<sup>83</sup>) Siehe oben Anm. 13.

<sup>84</sup>) Ständiger Schiedshof, Bd. XVIII, S. 141 (*Norwegische Ansprüche gegen die Vereinigten Staaten*).

<sup>85</sup>) IGH-Gutachten *Tribunal Administratif de l'O. I. T.*, ICJ Reports 1956, S. 85 f.; IGH-Gutachten *UN Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1973, S. 181.

<sup>86</sup>) Nachweise bei Cheng, a. a. O. (Anm. 42), S. 290 ff.

<sup>87</sup>) Hierzu gibt es eine sehr umfangreiche Rechtsprechung, vgl. Cheng, a. a. O., S. 302 ff. Vgl. insbesondere: *Korfu Kanal-Fall*, ICJ Reports 1949, S. 18; aus der Rechtsprechung der amerikanisch-mexikanischen Mixed Claims Commissions: *Mallén Case*, RIAA IV, S. 182, *Kling Case*, *ibid.*, S. 582 (gegen die Anwendung von Beweisregeln des innerstaatlichen Rechts jedoch *Parker Case*, *ibid.*, S. 39). Zur Frage der Vorlage von Dokumenten vgl. etwa auch österreichisch-italienisches Schiedsgericht, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, Bd. 6, S. 430.

<sup>88</sup>) Nachweise bei Cheng, a. a. O. (Anm. 42), S. 299 ff.

<sup>89</sup>) *Deutsche Interessen in Oberschlesien*, CPJI A 6, S. 20.

<sup>90</sup>) Nachweise bei Cheng, a. a. O., S. 336 ff.

<sup>91</sup>) Deutsch-polnisches Gemischtes Schiedsgericht, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, Bd. 7, S. 706.

<sup>92</sup>) Cheng, a. a. O. (Anm. 42), S. 373 ff.

<sup>93</sup>) Vgl. aber die Äußerung der amerikanisch-mexikanischen Claims Commission im *Parker Case*, RIAA IV, S. 39: "There are many reasons why such technical rules (of domestic law) have no application here, among them being that this Commission is without power to summon witnesses or issue processes for the taking of depositions with which municipal tribunals are usually clothed".

vergleichungseuphorie das Wort geredet werden. Rechtsvergleichende Untersuchungen, die hierfür brauchbares Material liefern, sind ein schwieriges Unterfangen. Je mehr die Untersuchung ins Detail geht, um so mehr wird sie auf Unterschiede der Wege innerstaatlicher Problemlösung und auch auf Unterschiede der Lösungsergebnisse stoßen, insbesondere, wenn der Forderung nach stärkerer Universalität der Betrachtung Rechnung getragen wird. Die Frage nach der Übertragbarkeit der durch Vergleichung innerstaatlicher Rechtsordnungen gefundenen Ergebnisse ins Völkerrecht bleibt schwierig, und es muß vor der Übertragung unpassender oder halbpassender Regeln des innerstaatlichen Rechts ins Völkerrecht gewarnt werden<sup>94</sup>). Aber die Rechtsvergleichung kann und soll dem Richter ja nicht die Verantwortung für die Entscheidung des Einzelfalles abnehmen, indem sie ihm mundgerechte Ergebnisse liefert. Sie kann ihm die Entscheidung nur erleichtern, indem sie die Sachgesetzlichkeiten eines Problems besser erhellt und das Repertoire seiner Lösungsmöglichkeiten erweitert<sup>95</sup>). Sie kann damit seine Entscheidung auch plausibler, einsichtiger machen. Mir scheint, dieses Ziel lohnt der Mühe, die Rechtsvergleichung mit sich bringt, sowohl für den rechtsvergleichenden Forscher als auch für den internationalen Richter.

#### Summary

### The Importance of Comparative Law for the Practice of International Tribunals

1. Comparative law may acquire importance as a source for a better understanding of international legal rules which are relevant for the decision of an international tribunal. In this case, the point in question is not the application of a specific internal legal order, but the application of international law, the content of which is ascertained by a comparative analysis of several municipal legal orders.

2. This way of determining international law may be used for each of the three sources mentioned in Art. 38 of the ICJ Statute.

3. In most cases where international jurisprudence has determined the content of international legal rules by a reference to municipal law, no detailed comparative analysis has been made.

<sup>94</sup>) Rabel, *RabelsZ* 1 (1927) 11.

<sup>95</sup>) Vgl. Mosler, a. a. O. (Anm. 1), S. 410 f.

4. The reason for this lies not only in a lack of adequate comparative materials, but also in the courts' decision-making process, in particular where it relates to general principles of law. As a consequence of the generality of these principles, judges are rather inclined to find them by referring to their own legal education and culture, and not through exhaustive comparative studies. This is not enough where an answer must be given to concrete detail questions. In these cases, comparative law may well be useful for the judges as it can make clear the inherent structure and necessities of the subject matter which is the object of his decision. This approach has been used by international tribunals in the process of determining international legal rules, however in most cases, it has not resulted in a more thorough comparative analysis. This may in part be justified by the freedom for judicial law creating.

5. There remains, however, the postulate that international tribunals pay more attention to comparative law, especially when developing general principles of law. In doing so, the international judge has to solve two fundamental problems which a comparative lawyer encounters: the choice of the legal orders to be considered and the comparability or transferability of the results found in a municipal legal order.

5. 1. As to the question of choice: Legal principles of universal application may only be found through comparative studies which take into account, at least, representative legal orders from all of the world's major legal systems. For principles of regional application, all States of the region in question should be considered. As to the law of the European Communities, there is no single general answer to the question whether the law of the "old" members only, or also that of the "new" members has to be taken into account. In particular circumstances, principles to be applied between two specific States may be found through a comparative study of the two legal orders in question.

5.2.—5.4. As to the question of transferability: The answer differs for various subject matters, which are:

- a) delimitation of jurisdictional spheres between States;
- b) conduct of States in their mutual intercourse;
- c) conduct of States in their internal spheres;
- d) legal relations between private individuals which are determined by international law;
- e) internal law of international organizations;
- f) procedure of international tribunals.

6. Comparative legal studies which are useful for the international judge are difficult but worthwhile undertakings.

