

Ersitzung als Gebietserwerbstitel im Völkerrecht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück
vorgelegt
von
Anna-Katharina Kraemer
aus
Georgsmarienhütte

Osnabrück, 2016

Berichterstatter:

Herr Prof. Dr. Oliver Dörr

Mitberichterstatterin:

Frau Prof. Dr. Pascale Cancik

Tag der mündlichen Prüfung: 4. August 2016

Abkürzungsverzeichnis	5
A. Einleitung	9
I. Ausgangspunkt	9
II. Forschungsstand	11
1. Rechtswissenschaft	12
2. Rechtsprechung	16
III. Fragen	18
B. Ersitzung als Konzept nationaler Rechtsordnungen	21
I. Ersitzung im deutschen Recht	21
1. Ersitzung und verwandte Konzepte im Zivilrecht	21
2. Ersitzung und verwandte Konzepte im öffentlichen Recht	25
II. Blick in andere Rechtsordnungen	27
1. Regelungen in anderen Rechtsordnungen	27
2. Zusammenfassung	36
III. Ergebnis	37
C. Völkerrechtliche Gebietszuordnungen	39
I. Gebiet im Völkerrecht	39
1. Territoriale Souveränität und Gebietshoheit	39
2. Gebietstitel	41
3. Intertemporales Völkerrecht	42
II. Ersitzung und das Gewaltverbot	44
III. Alternativen zur Ersitzung?	46
1. Vertragsschluss und Willenserklärungen im Völkerrecht	46
2. Stillschweigende Anerkennung durch acquiescence	50
3. Estoppel, Präklusion, Vertrauensschutz	59
4. Historischer Titel, unvordenkliche Verjährung, historische Konsolidierung, <i>quieta non movere</i>	63
5. Effektivität, <i>Effectivités</i>	67
a) Effektivität	67
b) <i>Effectivités</i>	70
6. <i>Uti possidetis</i>	72
D. Rechtswissenschaft zur Ersitzung	77
I. Erkenntnisinteresse	77
II. 19. bis Anfang des 20. Jahrhunderts	78
1. Befürworter der Ersitzung	80
2. Gegner der Ersitzung	88
3. Ergebnis	95
III. 20. Jahrhundert bis heute	95
1. Überwiegende Bedeutung effektiven Besitzes	96
a) Beckett (1934)	96
b) MacGibbon (1954, 1957)	99
c) Schwarzenberger (1955, 1957)	103

d) Touscoz (1964)	107
e) Verdross/Simma (1984)	110
f) Stellungnahme	112
2. Gleichrangigkeit von effektivem Besitz und Staatswillen	113
a) Johnson (1955)	113
b) Jennings (1961)	116
c) Shaw (2008)	120
d) Stellungnahme	124
3. Alternative Erklärungsmodelle	125
a) Pinto (1955): Ersitzung als prozessuales Prinzip	125
b) Blum (1965): Spezielles Völkergewohnheitsrecht statt Ersitzung	128
c) Kelsen (1966): Effektivität als rechtsschaffende Kraft statt Ersitzung	133
d) De Visscher (1968): Historische Konsolidierung statt Ersitzung	137
e) Brownlie (2008): <i>Acquiescence</i> statt Ersitzung	141
f) Stellungnahme	145
4. Überwiegende Bedeutung des staatlichen Willens	145
a) Zimmer (1971)	145
b) Kohen (1997)	149
c) Stellungnahme	155
IV. Ergebnisse	155
E. IGH und Schiedsgerichte zur Ersitzung	161
I. Entscheidungen	165
1. Boundary Dispute between British Guiana and Venezuela (1899)	165
2. Meerauge Arbitration (1902)	166
3. Behring Sea Arbitration Case (1893)/ Alaska Boundary Case (1903)	167
4. Grisbadarna Case (1909)	168
5. Chamizal Arbitration (1911)	170
6. Lotus Case (1927)	173
7. Island of Palmas Case (1928)	175
8. Eastern Greenland Case (1933)	182
9. The Fisheries case (1951)	185
10. The Minquiers and Ecrehos case (1953)	190
11. Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land (1959)	192
12. Right of Passage over Indian Territory (1960)	195
13. Temple of Preah Vihear (1962)	198
14. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (1984)	205
15. Frontier Dispute (Burkina Faso/ Republic of Mali) (1986)	208
16. El Salvador/Honduras (1992)	213
17. Eritrea – Yemen (1998)	215
18. Kaskili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) (1999)	217
19. Eritrea and Ethiopia Boundary Commission (13.4.2002)	222
20. Cameroon v. Nigeria (10.10.2002)	225
21. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) (17.12.2002)	229
a) Effectivités und uti possidetis	231

b) <i>Effectivités</i> in postkolonialer Zeit	231
c) Subjektives Element für <i>effectivités</i>	232
d) <i>Effectivités</i> und Protest	233
22. Frontier Dispute (Benin/Niger) (2005)	234
23. Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (Malaysia/Singapore) (2008)	237
24. Nicaragua v. Colombia (2012)	243
II. Kernthesen der Fälle	246
III. Auswertung	250
1. Begriffsverwendung	250
2. Grundaussagen über die Wirkung lang andauernder Hoheitsausübung	252
3. Acquiescence als Schlüssel zum Titelübergang bzw. Titelbegründung	254
4. Abgrenzung zu anderen Begriffen	256
a) <i>Effectivités</i>	256
b) <i>Uti possidetis</i>	257
c) Historical consolidation	259
d) Estoppel	259
e) Tacit agreement	260
5. Voraussetzungen einer völkerrechtlichen Ersitzung	261
IV. Fazit: Use it or lose it	262
F. Spannungsfeld Souveränität und Ersitzung	263
I. Obliegenheiten im nationalen Recht und im Völkerrecht	263
II. Ersitzung als Folge einer Obliegenheitsnorm?	266
1. Verhaltensgebot und Rechtsfolge	266
2. Schutzgüter/Begünstigte	268
a) Rechtssicherheit angesichts zwischenstaatlicher Konkurrenz	268
b) Rechtssicherheit durch Ordnung im Innern	269
III. Ergebnis	277
G. Konstruktion einer völkerrechtlichen Ersitzung	278
I. Gemeinsamkeiten aller Funktionsäquivalente	278
II. Verhältnis zur Okkupation und zur unvordenklichen Verjährung	282
III. Rechtsquelle der Ersitzung	283
IV. Konstituenten einer völkerrechtlichen Ersitzung	288
H. Aktueller Anwendungsfall? Senkaku/Diaoyu-Inseln	293
I. Die Situation	293
II. Position Japans	296
1. Japans Darstellung	296
2. Rechtliche Bewertung	297
III. Position Chinas	298
1. Chinas Darstellung	298
2. Rechtliche Bewertung	300
IV. Ergebnis	305

I. Fazit zur Ersitzung als Völkerrechtskonzept	307
Literaturverzeichnis	313
Liste der Fälle vor IGH und Schiedsgerichten	328

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abgedr.	Abgedruckt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
AYBIL	Australian Yearbook of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az.	Aktenzeichen
Bbg.	Brandenburg
Bd.	Band
bearb.	Bearbeitet
Beschl.	Beschluss
BFSP	British and Foreign State Papers
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des BGH in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BYBIL	British Yearbook of International Law
bzgl.	Bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
C. c.	Code civil
cf.	Confer
ch.	chapitre/chapter
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DenkmalSchG nrw	nordrhein-westfälisches Denkmalschutzgesetz
d. h.	das heißt
ders.	Derselbe
dies.	Dieselbe
Doc.	Documents

ebd.	Ebenda
ed.	edition/edited
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
et al.	et alii
f./ ff.	Folgende (eine S./mehrere S.)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	General Assembly
Res.	Resolution
gem.	Gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GYIL	German Yearbook of International Law
Hrsg.	Herausgeber
ICJ	International Court of Justice
ICJ Reports	International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
i. e.	id est
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
insb.	Insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
ItYBIL	Italian Yearbook of International Law
IUHEI	Institut de Hautes Études Internationales, Genf
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
lit.	Litera
liv.	Livre
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
n. Chr.	nach Christus
Nieders. DenkmalSchG	Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz
No.	Number

Nr.	Nummer
o. g.	oben genannten
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidung des OVG
Österr. Z. für öffentl. Recht und Völkerrecht	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
para.	Paragraph
PCIJ	Permanent Court of International Justice
Rn.	Randnummer/n
Res.	Resolution
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RDILC	Revue de Droit International et de Législation Comparée
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer/n
S.	Satz; Seite
Sart.	Sartorius
Sen.	Senate
s. o.	siehe oben
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
SR	Special Rapporteur
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem
UN	United Nations
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
UPJIL	University of Pennsylvania Journal of International Law
UNTS	United Nations Treaty Series
Urt.	Urteil
U.S.T.	United States Treaties and Other International Agreements
u. U.	unter Umständen
v.	vom/versus
v. Chr.	vor Christus
venire	venire contra factum proprium
VG/VGH	Verwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof
vgl.	Vergleiche

VGR	Völkergewohnheitsrecht
VJIL	Virginia Journal of International Law
Vol.	Volume
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZGB RF	Zivilgesetzbuch Russische Föderation
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
zürchPrG	zürcher Privatgesetzbuch

A. Einleitung

I. Ausgangspunkt

Die Ersitzung als Gebietserwerbstitel im Völkerrecht ist ein schillerndes Phänomen. Aus der Ferne betrachtet klar konturiert, scheint es sich bei näherer Betrachtung wie ein impressionistisches Gemälde in seine Einzelheiten aufzulösen. Dieser unbefriedigende Zustand sei verdeutlicht durch ein Zitat *Phillimores*:

„In seeking an answer to this important question [i. e. Ersitzung als Gebieterwerbstitel?], it is necessary to keep clear of all subtle subdisquisitions with which the subject has been perplexed [...] Through these metaphysical labyrinths we cannot find a clue for questions of International Jurisprudence.“¹

Obwohl seit dieser Äußerung mehr als 100 Jahre vergangen sind und sich Völkerrechtler jeder Couleur vorher wie nachher mit der Ersitzung beschäftigt haben, ist das Thema nicht abschließend geklärt. Nun wäre dies vielleicht zu verschmerzen, handelte es sich um einen rein akademischen Streit. Stattdessen kommen die mit der Ersitzung verbundenen Fragestellungen immer wieder an die Oberfläche, wenn es sich um Grenzstreitigkeiten, häufig in ehemaligen Kolonialgebieten handelt. In jüngerer Vergangenheit hatte sich der Internationale Gerichtshof etwa in den Fällen *Cameroon v. Nigeria* (2002); *Frontier Dispute (Benin/Niger)* (2005) und *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)* (2008)² mit den Elementen zu beschäftigen, die die Ersitzung ausmachen. Aktuell ist die aus den 1970er Jahren datierende Streitigkeit zwischen China und Japan um die Diaoyu/Senkaku-Inseln im ostchinesischen Meer wieder aufgeflammt. Auch in diesem Konflikt geht es unter anderem um die Zuordnung von Territorium aufgrund anhaltenden staatlichen Verhaltens. Ein klar gefügtes Konzept von völkerrechtlicher Ersitzung sowie der übrigen außervertraglichen Erwerbsgründe ist für die rechtliche Lösung derartiger Streitigkeiten unentbehrlich.

¹ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 216, 217.

² Dazu Kapitel E. I. 20; 22; 23.

Es sind verschiedene Ausgangssituationen zu beobachten. Zum Teil geht es bei den Streitigkeiten darum, einen von vornherein unklaren Gebietsverlauf abzustecken, zum Teil darum, ob ein Staat durch frühere lang andauernde Beherrschung ein besseres Recht an einem Gebiet hat als ein anderer, der dieses Gebiet aktuell unter seiner Herrschaftsgewalt hat. Zum Teil geht es um die Frage, ob einem vertragsmäßig festgelegter Titel durch die Ausübung von Hoheitsrechten derogiert werden kann.

Die Diskussion kreist um die Bedeutung von konkludenter oder stillschweigender Zustimmung (*acquiescence, tacit recognition*) zur Gebietsübertragung im Hinblick auf die Ausübung von Hoheitsrechten des potentiellen Erwerbers (*actes à titre de souverain* oder so genannte *effectivités*). Weiter spielen Vertrauensschutzgesichtspunkte³ (in anglo-amerikanischer Diktion *estoppel, preclusion*) aufgrund von Passivität eine Rolle. Neben diesen Argumentationsmustern wird ein weiteres Konzept vorgebracht, das der „*historical consolidation*“⁴. Danach sedimentieren die durch eine zunächst widerrechtliche Situation in Aufruhr gebrachten Rechts- und Sozialverhältnisse im Laufe der Zeit zu einer fest zusammengefügt Schicht, die die neue tatsächliche und rechtliche Realität darstellt. Fraglich sind in jedem Fall die Bedeutung und Erforderlichkeit von Protesten des (angeblichen) ursprünglichen Titelinhabers gegen die Beanspruchung des Gebiets und die Kenntnis bzw. vermutete Kenntnis von den Vorgängen.

Im Ergebnis sind sich alle, die sich mit dem Phänomen der Ersitzung befassen, einig, dass das Auseinanderfallen von Gebietstitel und Ausübung von Hoheitsmacht nicht ohne Folgen bleibt. Welche dies sind und wie sie sich begründen lassen, will diese Arbeit aufzeigen.⁵

In den nationalen Rechtsordnungen löst das Institut der Ersitzung den Konflikt zwischen dem Streben nach materieller Gerechtigkeit einerseits und dem Wunsch nach Rechtsfrieden andererseits zugunsten des Letzteren auf. Das hohe Gut des

³ Vgl. dazu Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 37 ff.

⁴ Vertreter sind z. B. Schwarzenberger; de Visscher, siehe Kapitel D III. Nigeria brachte die *historical consolidation* in Verbindung mit *acquiescence* zur Begründung eines Titels vor, im Rechtsstreit Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, ICJ Reports 2002, S. 303 (352, Rz. 47, 65).

⁵ Dabei beschränkt sich die Arbeit auf den Erwerb von Landgebieten.

Rechtsfriedens kann im Völkerrecht durch die Ersitzung aber nur dann effektiv geschützt werden, wenn allen Beteiligten eines Gebietsstreits klar ist, ob sie überhaupt existiert und unter welchen Voraussetzungen sie eintritt. Der Internationale Gerichtshof hat sich bislang gescheut, dazu explizit Stellung zu nehmen. Diese Arbeit will, aufbauend auf der Tradition der Völkerrechtswissenschaft und mit Blick auf die Entscheidungen des IGH und der Schiedsgerichte, eine dogmatisch wie praktisch überzeugende Antwort auf die Frage geben, was Ersitzung im Völkerrecht bedeutet und damit einen Beitrag zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit leisten.

II. Forschungsstand

Der Versuch, die Ersitzung zu ergründen, ist wahrlich nicht erst ein rechtswissenschaftliches Projekt des 21. Jahrhunderts, sondern hat jahrhundertealte Tradition.⁶ Im Fokus dieser Arbeit stehen Ansichten von Völkerrechtlern des späten 19. Jahrhunderts bis heute, ebenso wie die Untersuchung der Rechtsprechung derselben Zeitspanne.

Die englisch- bzw. französischsprachige Literatur fasst unter die Ersitzung als Gebietserwerbstitel nur die akquisitive Ersitzung (*acquisitive prescription*), im Gegensatz zur befreienden „Ersitzung“. Diese *extinctive prescription* bzw. *prescription libératoire* bewirkt eine Präklusion hinsichtlich der Geltendmachung von Forderungen.⁷ Sofern in dieser Arbeit verkürzend von *prescription* die Rede ist, ist damit stets die erwerbende, *acquisitive prescription* gemeint. Wiederum ist umstritten, ob die unvordenkliche Verjährung (*immemorial possession*) ein Unterfall der (akquisitiven) Ersitzung ist.

⁶ Zur früheren Literatur siehe *Omnipedia*, Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts, 1785, Vol. 2, S. 512-514: Liste mit Monographien, die zwischen 1710 und 1775 geschrieben wurden und sich mit der Frage beschäftigen, ob die Ersitzung, Institut des römischen und des Privatrechts, auch zwischen Staaten Anwendung findet. *Kohen*, GYIL 43 (2000), S. 253 (263), spricht von den „polémiques d'ordre doctrinal qui existent depuis la naissance même de la science du droit des gens: la question de l'existence ou non de la prescription acquisitive en droit international et de ses éventuelles fonctions et éléments constitutifs.“

⁷ Diese Variante des Einflusses des Zeitablaufs auf ein Rechtsverhältnis soll in dieser Arbeit nur insoweit beleuchtet werden, als es für das Verständnis der Ersitzung erforderlich ist. Siehe zum Begriff der *extinctive prescription* *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332, in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273; *Wouters/Verhoeven*, Prescription, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 420-26; IGH in Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, ICJ Reports 1992, S. 240 (253 f.): „The Court recognizes that, even in the absence of any applicable treaty provision, delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible. It notes, however, that international law does not lay down any specific time-limit in that regard. It is therefore for the Court to determine in the light of the circumstances of each case whether the passage of time renders an application inadmissible“.

In der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshof und internationaler Schiedsgerichte und in der Literatur finden sich unterschiedliche Bewertungen hinsichtlich der für die Ersitzung maßgeblichen Elemente. Sofern die Ersitzung nicht als Institut des Völkerrechts anerkannt wird, sind die Elemente Teil eines alternativen Konzepts zur Begründung einer Rechtsfolge lang andauernder, effektiver Hoheitsausübung auf fremdem Staatsgebiet.

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft beeinflussen sich gegenseitig und entwickeln sich gemeinsam fort. Die Rechtsprechung verfolgt aber vorrangig das Ziel, einen akuten Konflikt zur Zufriedenheit der Parteien beizulegen, während die dogmatische Schärfe der Begründung angesichts widerstreitender Positionen auch über die Anwendbarkeit gewisser Rechtsinstitutionen unter Umständen in den Hintergrund tritt. Daher sind der Rechtsprechung vor allem durch eine induktive Herangehensweise wiederkehrende Argumentationsmuster und schließlich eine Dogmatik des Gebietserwerbs, speziell der Ersitzung, zu entnehmen.

1. Rechtswissenschaft

In objektiver Hinsicht ist folgende Situation der Ausgangspunkt von Ersitzung: Ein Staat nimmt auf einem Gebiet, dessen Inhaberschaft von einem anderen Staat behauptet wird, über einen gewissen Zeitraum hinweg Akte vor, die als solche der Ausübung von Hoheitsgewalt zu bewerten sind (*actes à titre de souverain*⁸, *peaceful and continuous display of territorial sovereignty*⁹). Der möglicherweise beeinträchtigte Staat reagiert während einer längeren Zeitspanne darauf nicht oder in einer Weise, die seine Übereinstimmung mit dem Vorgehen für einen objektiven Empfänger zum Ausdruck bringt.¹⁰

Wegen der herausgehobenen Bedeutung des tatsächlichen Besitzes für die Ersitzung befindet sie sich in enger Verbindung zu einem anderen Gebietserwerbstitel, der Okkupation. Einige Autoren behandeln beide sogar unter

⁸ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 67).

⁹ Island of Palmas Case (Netherlands/USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (839); eine für die Zwecke dieser Arbeit und auch im Übrigen für die Diskussion von Gebietstiteln grundlegende Entscheidung.

¹⁰ Wobei streitig ist, inwiefern auch aktives stillschweigendes Verhalten zu einer Ersitzung führen kann.

einem einheitlichen Stichwort (so etwa *Beckett* unter der Rubrik „occupation“¹¹; *Shaw* unter „exercise of effective control“¹²). Ihr gemeinsamer Nenner ist der Gebietserwerb durch effektive Gebietskontrolle. Es bleibt herauszuarbeiten, ob es sich bei beiden um jeweils selbständige Gebietserwerbstitel handelt und, wenn ja, anhand welcher Voraussetzungen sie sich voneinander abgrenzen lassen.

Über das für die Ersitzung geforderte subjektive Element der beteiligten Staaten besteht Uneinigkeit: Während von einigen der aktiv geäußerte Wille (im weiten Sinne) des ursprünglichen Staates zur Gebietsübertragung für unabdingbar erachtet wird,¹³ kann nach anderer Ansicht aus den objektiven Gegebenheiten auf den Willen (widerleglich oder unwiderleglich) geschlossen werden,¹⁴ wieder andere halten eine tatsächliche oder fiktive Willensbildung für den Tatbestand der Ersitzung für entbehrlich.¹⁵ Es stehen also konsensual geprägte Theorien denen gegenüber, die den Fokus auf die objektive Seite legen.

Unterschiedlich wird auch gesehen, welches Gebiet Objekt einer Ersitzung bzw. eines Titelübergangs aufgrund tatsächlicher Herrschaft sein kann. Es handelt sich entweder um ein Gebiet, dessen Zuordnung unklar oder umstritten ist (*Jennings*); eines, das bislang feststellbar unter der Souveränität eines bestimmten Staates stand (*Beckett*; *MacGibbon*; *Blum*; *Verdross/Simma*; *Johnson*; *Shaw*; *Kohen*; *Kelsen*; *Brownlie*), demnach entsteht ein adverses Recht in einem bilateralen Verhältnis); oder aber jedes Gebiet, unabhängig von seiner bisherigen Zuordnung (*Schwarzenberger*; *Touscoz*; *Pinto*; *de Visscher*). Einige Autoren sehen die Besonderheit der Ersitzung darin, dass sie im Unterschied zur Okkupation nicht nur den Erwerb von Landgebiet, sondern auch von Rechten an völkerrechtlichen Gemeinschaftsgütern (z. B. an der Hohen See, so genannte *historic waters*, *historic bays*) ermöglicht (*MacGibbon*; *Johnson*), bzw. auch an sonstigen Rechten (*Beckett*).

¹¹ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 218 (249).

¹² *Shaw*, International Law, 2008, S. 502, 503 „[...] the acquisition of territory by virtue of these methods [prescription and occupation], based as they are upon the exercise of effective control, is best examined within the same broad framework.“

¹³ Z. B. *Heffter*; *Zimmer*; Details in Kapitel D. II. und III.; *Ross*, A Textbook of International Law, 1947, S. 244.

¹⁴ Z. B. *Martens*, *G. F.*; *Blum*; *Johnson*; *Jennings*; *Shaw* (Kapitel D. II. und III.).

¹⁵ Z. B. *Beckett*; *Touscoz*; *Kelsen*; *de Visscher* (Kapitel D. III.), w. N. bei *Zimmer*, Gewalttätige territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 49-51 zu *Dahm*, Völkerrecht, Bd. 1, 1958, S. 593-595; v. *d. Heydte*; Völkerrecht, Bd. 1, 1958, S. 255; *Berber*; Völkerrecht, Bd. 1, 1960, S. 346; *Sauer*, Grundlehre des Völkerrechts, 3. Aufl. 1955, S. 82; *Charpentier*, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, 1956, S. 158

An diesen Divergenzen wird deutlich, dass die Klassifizierung der Ersitzung als originärer oder derivativer Gebietserwerbstitel schwerfällt und von der jeweiligen theoretischen Konstruktion abhängt. Ebenso unterschiedlich deuten die verschiedenen Ansätze den Zeitablauf, das Stillschweigen, die Anforderungen an den Protest des beeinträchtigten Staates, die Rechtsfolge der Ersitzung sowie das Verhältnis der Ersitzung zu Konzepten wie *acquiescence* und *estoppel*, zur unvordenklichen Verjährung, zum historischen Titel (*historic/ancient title*) und zu *uti possidetis*.¹⁶ Einige Autoren lehnen die Existenz der Ersitzung sogar ganz ab und entwerfen alternative Begründungen für die Rechtswirkung, die eine fremde, unwidersprochene, lang andauende Hoheitsausübung auf einem Gebiet hat.¹⁷

Irritierend wirkt an der Diskussion um die Ersitzung, dass sich alle Theorien der sogenannten „acquiescence“ als Schlüsselbegriff bedienen. Für die konsensualen Theorien bedeutet sie entweder qualifiziertes Schweigen im Sinne entweder einer stillschweigenden tatsächlichen oder einer vermuteten Zustimmung zur oder Anerkennung der Gebietsübertragung bzw. einer Dereliktion oder als Indiz der Rechtsüberzeugung hinsichtlich der Entstehung neuen Völkergewohnheitsrechts. Für die objektiv geprägten Theorien (Effektivität; *historical consolidation*) bedeutet *acquiescence* das objektive Stillhalten des beeinträchtigten Staates und das dritter Staaten. Alle Theorien erkennen in *acquiescence* eine unabdingbare Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolgen.¹⁸

Wenig überraschend, ist die völkerrechtliche Rechtsnatur des Konzeptes „Ersitzung“ („acquisitive prescription“¹⁹) umstritten. Eine Strömung der Literatur ordnet sie dem Völkergewohnheitsrecht i. S. v. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut zu

¹⁶ Dazu ausführlich Kapitel D.

¹⁷ Siehe dazu Kapitel D. II. 3.

¹⁸ Zur Etymologie des Verbs acquiesce: „from M. Fr. acquiescer (16 c.), from L. acquiescere ‘to become quiet, remain at rest,’ thus ‘be satisfied with,’ from ad- ‘to’ (see ad-) + quiescere ‘to become quiet,’ from quies (gen. quietis) ‘rest, quiet’”, <http://www.etymonline.com/index.php>, abgerufen am 21.06.2011.

¹⁹ Im Unterschied zur *extinctive prescription* bzw. *prescription libératoire*, die zum Verlust der Möglichkeit führt, ein Recht geltend zu machen. Diese Variante des Einflusses des Zeitablaufs auf ein Rechtsverhältnis soll in dieser Arbeit nur insoweit beleuchtet werden, als es für das Verständnis der Ersitzung erforderlich ist. Siehe zum Begriff der *extinctive prescription* Johnson, BYBIL 27 (1950), S. 332, in: Shaw, Title to Territory, 2005, S. 273; Wouters/Verhoeven, Prescription, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 420-26; IGH in Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, ICJ Reports 1992, S. 240 (253 f.): „The Court recognizes that, even in the absence of any applicable treaty provision, delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible. It notes, however, that international law does not lay down any specific time-limit in that regard. It is therefore for the Court to determine in the light of the circumstances of each case whether the passage of time renders an application inadmissible“.

(etwa *Pinto*²⁰; *Blum*²¹). *Blum* geht von der Existenz spezieller, d. h. bilateraler Gewohnheitsrechte aus. Daran kritisiert etwa *Seidl-Hohenveldern*, dass so genannte „adverse rights“, d. h. ein dem bisherigen Zustand entgegenstehendes Recht, nicht von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen werden könne.²² Diese allgemeine Rechtsüberzeugung sei nur durch eine Beobachtung der Staatenpraxis zu gewinnen. Das Charakteristikum bei der Ersitzung sei aber gerade, dass nur ein einziger Staat das Gebiet eines anderen beanspruche, die übrigen sich aber untätig verhielten.²³

In Betracht kommt weiter eine Einordnung der Ersitzung als ein „allgemeiner und von den zivilisierten Nationen anerkannter Rechtsgrundsatz“ i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut. Dazu ist zu untersuchen, ob die Ersitzung ein Rechtsprinzip darstellt, das den innerstaatlichen Ordnungen zugrunde liegt und sie derart beherrscht, dass ihre Übertragung in Völkerrecht eine logische Notwendigkeit darstellt.²⁴ Dies könnte einerseits angesichts etwaiger Differenzen in der nationalen Ausgestaltung der Ersitzung, die rechtsvergleichend untersucht werden sollen, und der Existenz anderer, spezifisch völkerrechtlicher Rechtsprinzipien fraglich sein.

Ein weiterer Ansatz zur Klärung der Rechtsnatur der Ersitzung ist, sie als Ausprägung des Effektivitätsprinzips zu verstehen. Dieses wird von einigen Autoren als nicht nur als Grundlage für Bestand und Grenzen aller Rechtsverhältnisse und subjektiver Rechte erachtet, sondern als mit eigenständiger rechtsschöpferischer Funktion im Völkerrecht angesehen.²⁵

Schließlich könnte die Ersitzung als konkludenter Vertrag i. S. v. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut bzw. als Dereliktion mit anschließender Okkupation (allgemeines Völkergewohnheitsrecht) zu qualifizieren sein.

²⁰ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 ff..

²¹ *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965, S. 4.

²² *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1969, S. 87, Rz. 326, zitiert nach *Zimmer*, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 25; so immer noch *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht, 10. Aufl. 2010, S. 100, Rz. 471.

²³ Vgl. *Zimmer*, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 25, 26.

²⁴ Vgl. *Zimmer*, ebd., S. 61 m. w. N.

²⁵ *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964; *Dahm*, Völkerrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 1958, S. 595.

2. Rechtsprechung

Der Internationale Gerichtshof verwendet den Terminus „Ersitzung“ bzw. „prescription“ (sowohl englisch als auch französisch) bislang nicht als Entscheidungsgrundlage. Er argumentiert mit den Begriffen *acquiescence*, *preclusion*, *estoppel* und *effectivités*, wenn er die Folgen lang andauernder friedlicher Hoheitsausübung eines Staates auf dem Gebiet eines anderen beurteilt. Zu unterscheiden sind folgende Ausgangssituationen:

- a) Es besteht zugunsten eines zuvor unter kolonialer Herrschaft stehenden, unabhängig gewordenen Staates ein Gebietstitel auf der Grundlage einer Konvention oder eines administrativen Akts aus der Kolonialzeit.
- b) Der Umfang der territorialen Souveränität bzw. der Grenzverlauf ist zwischen zwei Nachbarstaaten streitig, keine Partei kann einen Titel nachweisen.
- c) Ein Staat kann eine lang andauernde unbestrittene Hoheitsausübung auf dem fraglichen Gebiet vorweisen; der konkurrierende Staat hatte früher die Hoheitsgewalt ausgeübt oder gar einen vertraglichen Titel, der nicht aus der Kolonialzeit stammt.

Variante a): Die Situation betrifft den Anwendungsbereich des Prinzips *uti possidetis* (d. h. die zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit bestehende Gebietssituation wird zum neuen Ausgangspunkt der territorialen Souveränität²⁶). In diesem Fall sieht der IGH den bestehenden Titel als vorrangig gegenüber der effektiven Ausübung von Hoheitsgewalt an. Erst wenn eine Partei keinen Titel nachweisen kann oder dieser nicht eindeutig ist, werden die Hoheitsakte, „effectivités“, zur Begründung oder zur Konkretisierung eines Gebietstitels in Betracht gezogen. Nimmt ein Staat auf fremdem Gebiet Hoheitsakte vor, handelt es sich schlicht um eine Rechtsverletzung. (siehe dazu *Benin/Niger*; *Burkina Faso/Mali*²⁷). Nach Unabhängigkeit ist der durch *uti possidetis* festgelegte Grenzverlauf nach den allgemeinen Regeln veränderlich (*El Salvador/Honduras*).

Variante b): Der IGH sieht die Festlegung der Grenzen durch die Ausübung von Hoheitsgewalt und Schweigen nur bei klarem, dauerhaftem und konsistentem Verhalten beider Parteien. Rechtliche Folgen an schlüssiges Verhalten

²⁶ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986, S. 554 (566).

²⁷ Die Fälle werden in Kapitel E. I. vorgestellt.

(„subsequent conduct“) knüpft der IGH nicht an nur vereinzelte unbedachte („imprudent“) Handlungen oder Unterlassungen eines Staates. Im Sinne des IGH macht gewissermaßen eine Schwalbe noch keinen Sommer (vgl. IGH, *Delimitation of the Maritime Boundary of the Gulf of Maine*).

Variante c): Lang andauernde und unbestrittene Hoheitsausübung ist nach dem Dictum des Schiedsrichters *Huber* im *Island of Palmas Case* (1928), auf das der IGH explizit Bezug nimmt, ebenso gut wie ein Titel. Beim geforderten Umfang der tatsächlichen Hoheitsausübung wird den regional unterschiedlichen Begebenheiten Rechnung getragen. Je nach Abgelegenheit des Gebiets lässt der IGH unter Umständen nur minimale Hoheitshandlungen genügen (vgl. *Eastern Greenland*). Ein so erlangter Titel kann aber wiederum durch die Hoheitsausübung eines anderen Staates im Laufe der Zeit derogiert werden (vgl. *Malaysia/Singapore*); dies ist anscheinend auch bei einem vertraglichen Titel möglich (*Sovereignty over Certain Frontier Land*).

Die dogmatischen Voraussetzungen dafür, dass die lang andauernde und friedliche Hoheitsausübung so gut wie ein Titel sein kann, erörtert der Gerichtshof nicht *en detail*. Jedoch führt er die Prinzipien der *acquiescence*, des *estoppel* und der *preclusion* zur Begründung ins Feld. All jene Prinzipien folgten den fundamentalen Prinzipien des guten Glaubens und der Billigkeit.²⁸

Schiedsgerichte scheinen einer noch weniger dogmatisch differenzierten, auf die objektiven Fakten fokussierten Linie zu folgen, die darauf basiert, dass schlicht derjenige den Titel innehat, der die Hoheitsgewalt lange Zeit unbestritten ausübt. Schiedsrichter *Max Huber* ging im *Island of Palmas-Fall* (1928) zufolge können die *effectivités* auch einen vertraglichen Titel abbedingen.²⁹ In diesem Sinne äußerte sich auch die *Eritrea/Ethiopia Boundary Commission* (2002). Sie stellte fest, dass auch vertraglich vereinbarte Grenzen durch anschließendes Verhalten der Staaten verändert werden können. In dogmatischer Hinsicht legt sich die Kommission nicht fest, sondern zählt nur die Rechtsprinzipien auf, die nach ihrer Ansicht in ihrer Gesamtheit Wirkung entfalten:

²⁸ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, ICJ Reports 1984, S. 246 (305).

²⁹ *Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (846, 850).

„There, after identifying conduct by one party which it was reasonable to expect that the other party would expressly have rejected if it had disagreed with it, the Court concluded that the latter was estopped or precluded from challenging the validity and effect of the conduct of the first. This **process has been** variously **described** by such terms, amongst others, **as estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement.**“³⁰

III.Fragen

- 1) Wie ist das Verhältnis des Konzeptes der Ersitzung im Völkerrecht zu denen des nationalen Rechts? Inwiefern wird die völkerrechtliche Bedeutung durch eine Übernahme der Vorstellungen aus den innerstaatlichen Rechtsordnungen geprägt (z. B. hinsichtlich des Erfordernisses des guten Glaubens)? Ist die Ersitzung geeignet, den Spezifika des Völkerrechts Rechnung zu tragen? Die Beantwortung dieser Frage kann nicht allein durch einen Vergleich des deutschen mit dem Völkerrecht geschehen, sondern anhand eines möglichst umfassenden Vergleichs. Dieser kann auch im Hinblick auf die Frage nutzbar gemacht werden, ob die Ersitzung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts gelten kann.³¹
- 2) Unterscheiden sich die Ansichten der Rechtsgelehrten des 19. Jahrhunderts auf der einen Seite und die der moderneren Autoren auf der anderen Seite? Oder trennen sich die Argumentationslinien nicht nach Modernität, sondern aufgrund einer fundamentalen Entscheidung in Bezug auf Völkerrecht entweder als friedenssichernde Ordnung, die vom Willen der Staaten in gewissem Maße unabhängig ist, oder als Ordnung, die ganz vom Willen der sie begründenden Staaten beherrscht wird?³²
- 3) Welche Erkenntnisse können in dieser Hinsicht aus der Analyse der IGH-Entscheidungen und der Schiedssprüche zum Gebietserwerb gewonnen

³⁰ Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea and Ethiopia), 13 April 2002, RIAA XXV, S. 83 (111), Hervorhebung hinzugefügt.

³¹ Dazu Kapitel B., G. III.

³² Dazu Kapitel D., insbesondere III.

werden? Zeichnet sich eine einheitliche Entscheidungspraxis ab?³³

- 4) In dogmatischer Hinsicht ist zu fragen, ob dem Konzept der Ersitzung überhaupt eine eigenständige Bedeutung innewohnt, die über die Summe anderer rechtlicher Mechanismen hinausgeht. Gibt es einen Zusatznutzen durch die Zusammenfassung in einen einzigen Begriff? Oder lassen sich die Fallgestaltungen nicht bereits mit dem übrigen völkerrechtlichen Instrumentarium lösen? Dann wäre die Erklärung des Gebietserwerbs durch „Ersitzung“ nichts weiter als die Anwendung von allgemeinen Regelungen über den Vertragsschluss bzw. die einseitige Willenserklärung (stillschweigende Zustimmung) oder aber diejenigen über Vertrauensschutzwirkungen (*Estoppel*, Präklusion, Verwirkung) in Bezug auf den besonderen völkerrechtlichen Komplex „Gebietserwerb“. Zu klären ist die besondere Stellung des Konzeptes *acquiescence* innerhalb der theoretischen Konstruktionen.³⁴

- 5) In einem Spannungsverhältnis steht die Ersitzung auch zum Begriff der Souveränität: Schließt die aus ihr folgende grundsätzliche Handlungsfreiheit der Staaten³⁵ nicht auch das Recht ein, einen Teil des Staatsgebietes nicht zu nutzen, ohne dass daran negative Folgen geknüpft werden?³⁶

- 6) Folgefrage: Ändert dieses Problem etwas an den Voraussetzungen oder der Begründung der Ersitzung? Eine Strategie zu seiner Lösung verfolgen die streng willensbasierten Theorien, die eine Übertragung des Titels ohne echte Zustimmung des Ausgangsstaates nicht für möglich erachten, und bei deren Fehlen unter gewissen Umständen nur eine Verwirkung des Anspruches auf Wiederherstellung des Ausgangszustandes annehmen. Eine andere Lösung wäre die Feststellung, dass die staatliche Souveränität nicht schrankenlos ist, da sie in einem System gleichgeordneter Akteure mit gleichgerichteten Zielen funktioniert.³⁷

³³ Dazu Kapitel E.

³⁴ Dazu Kapitel C., zur *acquiescence* auch D., E. und G.

³⁵ Die allerdings auch ohne entsprechende vertragliche Bindung Beschränkungen, etwa des *ius cogens*, insbesondere zum Schutz von Individuen, unterliegt, z. B. dem Folterverbot, dem Genozidverbot etc.

³⁶ Dazu siehe Kapitel F.

³⁷ Dazu siehe Kapitel D. II. 4., F., G. I.

- 7) Die Rechtsnatur der Ersitzung ist fraglich. Lässt sie sich einer der Rechtsquellen aus Art. 38 I IGH-Statut zuordnen? In Betracht kommt die Rechtsnatur des Vertrages, des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze. Liegt die Rechtsquelle der Ersitzung stattdessen im „Effektivitätsprinzip“? Was für Erkenntnisse können aus der Rechtsprechung, einem Teil der Staatenpraxis, in Bezug auf die Einordnung (z. B. hinsichtlich der *opinio iuris* und ihrer Übung für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht) gewonnen werden?³⁸
- 8) Inwiefern kann eine fest gefügte Konzeption von „Ersitzung“ zur Friedenssicherung im Völkerrecht beitragen? Am aktuellen Beispiel des Konflikts zwischen China und Japan wegen der Gebietsinhaberschaft an den Senkaku/Diaoyu-Inseln im ostchinesischen Meer soll dies untersucht werden.³⁹

³⁸ Dazu siehe Kapitel G. III.

³⁹ Dazu siehe Kapitel H.

B. Ersitzung als Konzept nationaler Rechtsordnungen

Der Begriff „Ersitzung“ entstammt ersichtlich dem deutschen Zivilrecht. Um zu klären, inwiefern es sich dabei um ein Konzept handelt, das im Völkerrecht Anwendung finden kann, ist es notwendig, seine Funktionen sowie die Wirkungsweisen herauszuarbeiten. Insbesondere für eine potentielle Einordnung der Ersitzung als allgemeinen Rechtsgrundsatz i. S. d. Art. 38 I c IGH-Statut stellen sich die Fragen, ob die Ersitzung erstens ein derart fundamentaler Grundsatz ist, dass sie sich in den meisten Rechtsordnungen finden lässt und zweitens, ob sie auch in der „Biosphäre“ des Völkerrechts Bestand haben kann. Dafür müsste die Ersitzung geeignet sein, nicht nur auf Probleme des nationalen Rechts, sondern auch auf die der spezifischen Rechtsordnung des Völkerrechts eine Antwort zu bieten. Während die zweite Frage vor allem in Kapitel G. III. geklärt werden wird, wird im Folgenden die Ersitzung als Konzept nationaler Rechtsordnungen beleuchtet.

I. Ersitzung im deutschen Recht

1. Ersitzung und verwandte Konzepte im Zivilrecht

Im BGB ist die Ersitzung geregelt. Es unterscheidet zwischen der Ersitzung eines Grundstücks (§ 900 BGB) und der Ersitzung einer beweglichen Sache, § 937 BGB. Die Frist zur Ersitzung einer beweglichen Sache beträgt zehn Jahre, diejenige zur Ersitzung eines Grundstücks 30 Jahre. In beiden Fällen führt die Ersitzung zu einem Rechtserwerb des Ersitzenden. Die Ersitzung einer fremden beweglichen Sache ist gemäß § 937 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben war oder später von seiner Nichtberechtigung erfahren hat. Die Ersitzung einer Immobilie ist dagegen unabhängig vom guten Glauben nur dann durch Hemmung des Fristablaufs gemäß § 900 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn und solange ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen ist. Der Erwerb durch Ersitzung wird überwiegend als originär qualifiziert; der Ersitzende geht bei Erwerb des Eigenbesitzes davon aus, Eigentümer zu sein, nicht, von einem anderen zu

erwerben. Im Prozess muss er das Voreigentum nicht beweisen.⁴⁰ Als Motive für die Normierung der Ersitzung werden die Befriedung, Beruhigung und Vereinfachung unklarer Rechtsbeziehungen angegeben, darüber hinaus der Verkehrsschutz.⁴¹ Im römischen Recht wurde die *usucapio* – eine Wurzel der Ersitzung des deutschen Rechts – eingeführt, um das öffentliche Interesse an der Zuordnung der Sachen zu schützen.⁴²

Neben der Ersitzung kennt das BGB andere Fallgestaltungen, in denen der Ablauf einer gewissen Zeit in Verbindung mit der Untätigkeit des Berechtigten dazu führt, dass dieser sein Eigentumsrecht verliert oder es nicht mehr unbeschränkt verwenden kann. Der Fund einer beweglichen Sache führt, wie bei der Ersitzung, zu einem Transfer des Eigentums. Der Finder erwirbt Eigentum nach Ablauf von sechs Monaten (§§ 973, 976 BGB). Derjenige, der die Sache verloren hat, kann sie jedoch innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangen (§ 977 BGB). Im Nachbarrecht regelt § 912 BGB für den Fall eines Überbaus über die Grenze zum Nachbargrundstück eine Duldungspflicht des Nachbarn, sofern der Überbauende gutgläubig war und der Nachbar nicht sofort widersprochen hat.⁴³ Der Nachbar ist allerdings durch eine Geldrente zu entschädigen. Der überbauende Nachbar erwirbt zwar kein Recht am Grundstück des anderen, kann diesem jedoch die peremptorische Einrede der Duldungspflicht entgegenhalten.

Weiterhin ist die Grundidee, dass der Rechteinhaber sich um sein Recht kümmern muss, um es nicht zu verlieren, an vielen Stellen des Zivilrechts anzutreffen:

Das in weiten Teilen europäisch geprägte Verbraucherrecht gewährt dem Verbraucher etwa das Recht zum Widerruf von Kaufverträgen, wenn sie im Anschluss an eine Fernkommunikation oder im Rahmen eines Haustürgeschäfts

⁴⁰ Baldus, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 937, Rz. 2, 27, m. N. zu Stagl, Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs, in: Altmeyen/Reichard/Schermaier (Hrsg.), FS Knütel, 2009, S. 1191-1206 zum römischen Recht; Wiegand, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Neubearbeitung 2011, § 937, Rz. 17.

⁴¹ Baldus, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 973, Rz. 2; Wiegand, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Neubearbeitung 2011, Vorbemerkungen zu §§ 937-945, Rz. 3.

⁴² Stagl, Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs, in: Altmeyen/Reichard/Schermaier (Hrsg.), FS Knütel, 2009, S. 1191 (1206): „Das Eigentum war den Römern nur in dem Ausmaß „sakrosankt“, wie es das öffentliche Interesse zuließ.“ Dieser Gedanke lässt sich auch für die Anwendung im Völkerrecht nachweisen, siehe Kapitel F.

⁴³ Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, qualifiziert § 912 BGB als Obliegenheit, S. 304.

geschlossen wurden (§ 312 ff. BGB). Jedoch muss der Widerruf innerhalb von 14 Tagen beim Vertragspartner eingehen, sofern dieser darüber belehrt wurde, andernfalls erlischt das Widerrufsrecht (§ 355 II BGB). Im allgemeinen Schuldrecht geht das Anfechtungsrecht gemäß § 121 I 1 BGB verloren, wenn die Anfechtung schuldhaft verzögert erfolgt. Gemäß § 362 HGB gilt im kaufmännischen Verkehr Schweigen auf ein Angebot als Annahme, sofern der schweigende Kaufmann mit dem Anbietenden in einer laufenden Geschäftsbeziehung steht. Das Handelsgesetzbuch spricht eine Rügeobliegenheit für gekaufte Waren aus, sofern beide Vertragspartner Kaufleute sind, § 377 HGB. Überprüft der Käufer die Waren und rügt eventuelle Mängel nicht unverzüglich, sind Mängelansprüche gegen den Verkäufer ausgeschlossen.⁴⁴ In prozessualer Hinsicht sorgt das Versäumnisurteil gem. §§ 330 ff. ZPO dafür, dass eine möglicherweise berechtigte Klage abgewiesen wird bzw. möglicherweise bestehende Einwendungen gegen einen schlüssig vorgetragenen Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

All diesen Konstellationen ist gemein, dass sich der Rechtsinhaber in einer Rechtsbeziehung mit einer oder mehreren anderen Personen befindet.⁴⁵ Die Rechtsstellung dieser anderen Person hängt von der des Rechtsinhabers ab (als Gläubiger, Schuldner oder Nachbar). Damit bestehen schützenswerte Interessen beider Seiten. Das Gebot, sich um sein eigenes Recht zu kümmern, um es nicht zu verlieren, kann also immer dann entstehen, wenn es Dritte gibt, deren rechtliches Interesse im Zusammenhang mit dem des Rechtsinhabers steht. Es ist daher eine Ausprägung des Vertrauensschutzes und des Schutzes des Rechtsverkehrs. Bei den Anzeige- und Erklärungspflichten des Handelsrechts zum Beispiel wird es weniger um den Vertrauensschutz des Kaufmanns gehen als vielmehr darum, dass die Geschäfte schnell und sicher abgewickelt werden können.

Zum Teil formulieren die Normen Obliegenheiten.⁴⁶ Die Obliegenheit zeichnet sich dadurch aus, dass sie ein Verhalten fordert, zu dem sich der Belastete frei

⁴⁴ Dies sind Beispiele, die *Schmidt* u. a. als Obliegenheiten auflistet, *Die Obliegenheiten*, 1953, S. 122 f., 130, 187-191.

⁴⁵ Schuldverhältnis im weiteren Sinne, siehe *Henß*, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht*, 1988, S. 97-106. „rechtlich relevante Lebensbeziehung“, *Schmidt*, *Die Obliegenheiten*, 1953, S. 104.

⁴⁶ Dazu maßgeblich *Schmidt*, *Die Obliegenheiten*, 1953. Er versteht die Obliegenheit als teleologischen Nötigungstatbestand milderer Zwangswirkung insofern, als das Obliegende nicht eingeklagt werden kann, S. 103, 104. Er grenzt die Obliegenheit u. a. zu den nur funktionellen Tatbestand-Rechtsfolge-Relationen ab, die eine Kausalbeziehung regeln und auch eine denkechnisch bedingte Nötigungswirkung haben, aber nicht auf die Herbeiführung bestimmter Handlungen gerichtet sind. Ein

entschließen kann; er ist nicht gegenüber der anderen Partei dazu verpflichtet. Nicht Leistungs- oder Schadensersatzklage als Erfüllungssurrogat sind die Folge, sondern eine Beeinträchtigung der eigenen Rechtsposition des Obliegenheitsbelasteten.⁴⁷

Sofern nicht der Rechtsverkehr geschützt werden soll, ist Motiv der Obliegenheiten, dass die Untätigkeit oder ein anderes Verhalten des Rechtsinhabers einen Vertrauenstatbestand zugunsten der anderen Partei entstehen lässt, der es ersterem verwehrt, sich auf sein Recht zu berufen.⁴⁸ Sofern dies der Fall ist, erweisen sich die Obliegenheitsnormen als Ausprägungen des Grundsatzes *venire contra factum proprium*. Dieser wiederum beruht auf dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben.⁴⁹

Im Falle der Ersitzung und des Funds hat der Gesetzgeber die Interessenlagen von Gläubiger und Schuldner typisierend erfasst und starre Fristen aufgestellt, nach deren Ablauf die Rechtsfolge ausgelöst wird. Die Vorschriften sind nicht auf die Herbeiführung einer bestimmten Handlung – z. B. des Eigentümers, den Eigenbesitz effektiv auszuüben, anstatt ihn einem anderen zu überlassen – gerichtet. Nicht der Vertrauensschutz als solcher hindert den ehemaligen Eigentümer daran, nach Ablauf von drei, 10 oder 30 Jahren sein Eigentumsrecht geltend zu machen, sondern der gesetzlich vorgesehene Rechtsverlust.⁵⁰ In paralleler Weise zählt die Verjährung eines Anspruchs nur auf den ersten Blick zu

Beispiel dafür seien Ausschlussfristen, S. 75-77, 131, 313. Für das Zivilprozessrecht ist statt der Obliegenheit der Begriff der „Last“ etabliert, S. 89-97; *Henß*, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, 1988; *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 345-347, m. w. N.; *Ernst*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Einl. vor § 241, Rz. 14, 15.

⁴⁷ *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 104. Kritisch *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2010, ihr zufolge sind die meisten Obliegenheiten, insb. im Versicherungsrecht, in Wahrheit Nebenpflichten.

⁴⁸ Für § 121 I BGB *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 131. *Schmidt* zufolge basieren die Obliegenheiten sämtlich auf *venire contra factum proprium*. A. A. *Hähnchen*, ebd., S. 14, 15, m. w. N.

⁴⁹ Für § 254 BGB, § 362 HGB, *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 111, 121-123. A. A. *Hähnchen*, ebd., S. 14, 15, m. w. N., der wesentliche dogmatische Unterschied zwischen Obliegenheit und *venire* sei, dass bei ersterer nicht die Rechtsausübung unzulässig werde, sondern das Recht aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Regelung gänzlich verloren gehe oder eine andere Sanktionsfolge eintrete. Sie selbst kritisiert allerdings die dogmatische Unterscheidung von Obliegenheiten und Pflichten anhand der Rechtsfolge, des Schadensersatzanspruchs und der Klagbarkeit. (S. 246). Auch wenn *venire* als Fallgruppe des § 242 BGB eine Einrede darstellt, ist m. E. damit nicht ausgeschlossen, dass den gesetzlichen Regelungen der Obliegenheiten der Gedanke des Verbots widersprüchlichen Verhaltens zugrunde lag – schließlich ist dessen Hauptzweck der Vertrauensschutz des Vertragspartners. Dennoch ist ihr zuzugeben, dass es bei einigen Anwendungsbeispielen wie den Anzeigepflichten des Handelsrechts nicht vorrangig um das Verbot widersprüchlichen Verhaltens geht (*Hähnchen*, ebd., S. 15), sondern um den Verkehrsschutz.

⁵⁰ Die Verwandtschaft der Ersitzung zur Verwirkung (dazu sogleich), die auch für die Übertragung ins Völkerrecht interessant ist, betonen *Roth/Schubert*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 242, Rz. 334: „Bei dinglichen Rechten tritt der Rechtsverlust durch Ersitzung an die Stelle der Verwirkung“.

den Obliegenheiten, sich um sein eigenes Recht zu kümmern. Aus der Interessenlage zwischen Gläubiger und Schuldner ergibt sich aber kein entsprechendes allgemeines Gebot, ein bestehendes Recht geltend zu machen:⁵¹ Da sich die Verjährungs- bzw. Ersitzungsfrist rein kalendarisch berechnet, was beiden Parteien auch bekannt ist, kann ein schutzwürdiges Vertrauen der Parteien auf ein Handeln oder Nichthandeln der Gegenseite innerhalb der Frist in der Regel nicht entstehen.

Anders ist dies beim Grundsatz der Verwirkung, der als Spezialfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) auf § 242 BGB zurückgeht. In diesem Fall geht es darum, dass die Ausübung von Rechten nicht gegen Treu und Glauben erfolgen darf. Hat der Berechtigte durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand des Verpflichteten geschaffen, ist dieses Vertrauen schutzwürdig und die Leistung dem Verpflichteten nicht mehr zumutbar, tritt die Verwirkung mit rechtsvernichtender Wirkung ein. Im Falle der Verwirkung durch Zeitablauf tritt zu dem Zeit- also ein Umstandsmoment hinzu, das die verpätete Geltendmachung des Rechts als illoyal qualifiziert.⁵²

Die Grundgedanken von Ersitzung, Verwirkung, Vertrauens- und Verkehrsschutz gegenüber einer Person, die in einer speziellen Beziehung zum Rechtsinhaber steht sowie gegenüber der Rechtsgemeinschaft, sind, wie sich zeigen wird, auch im Völkerrecht anzutreffen.

2. Ersitzung und verwandte Konzepte im öffentlichen Recht

Ein so bezeichnetes Institut der Ersitzung findet sich im deutschen öffentlichen Recht nicht (mehr).⁵³ Unter Geltung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 war die Ersitzung noch „relativ bedeutsam“ und die Möglichkeit zur

⁵¹ Kein teleologischer Rechtszwang zur Ausübung von Rechten, *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 163, 164.

⁵² *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 164 165, daher zählt die Verwirkung unter gewissen Umständen zu den Obliegenheiten. Zur unzulässigen Rechtsausübung und zur Verwirkung durch Zeitablauf als Untergruppe *Roth/Schubert*, in: Säcker/Riexecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 242, Rz. 284, 285, 329-388; *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung 2014, § 242 Rz. 304-310 (ständige Rspr., vgl. zuletzt OLG Köln, Urt. v. 18.12.2013, I-13 U 10/13, 13 U 10/13, Rz. 15).

⁵³ Vgl. OVG Münster, OVG 31, 132 ff. zu einer Ersitzung eines Wassernutzungsrechtes im 19. Jahrhundert.

Ersitzung verschiedener öffentlichen Rechte anerkannt.⁵⁴ Heute wird sie wegen des zwingenden Charakters des öffentlichen Rechts und des Gesetzesvorbehalts abgelehnt.⁵⁵

Dagegen ist das bereits im römischen Recht bekannte Institut der unvordenklichen Verjährung noch immer im öffentlichen Recht, vor allem im Wasser- und Wegerecht bekannt. Die unvordenkliche Verjährung kann die Widmung einer öffentlich-rechtlichen Sache oder zur Verleihung eines Rechts an einer öffentlichen Sache an einen Privaten auch im heutigen Recht bewirken. Zur Widmung eines Weges als öffentliche Sache durch die unvordenkliche Verjährung schrieb das VG Aachen:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Berufungsgerichtes, der sich die Kammer angeschlossen hat, ist dieser Grundsatz ein Instrument zur Beurteilung solcher ‘alten Wege’, deren Entstehung und ursprüngliche rechtliche Verhältnisse im Dunkeln liegen. Er besagt, dass die Öffentlichkeit eines derartigen Weges dann angenommen werden kann, wenn er seit Menschengedenken oder doch seit langer Zeit von jedermann als öffentlicher Weg benutzt worden ist und der Verkehr frei und ungehindert - ohne Widerspruch eines Privateigentümers - kraft allgemeiner Rechtsüberzeugung stattgefunden hat. [...]

Als notwendige Dauer einer Benutzung in der vorbeschriebenen Weise ist grundsätzlich ein Zeitraum von 40 Jahren zu Grunde zu legen, für den die Benutzung nachgewiesen werden muss; für die diesen 40 Jahren vorangegangenen 40 Jahre darf keine gegenteilige Erinnerung an einen anderen Rechtszustand bestehen (‘seit Menschengedenken’).“⁵⁶

Die *ratio* des Rechtsinstituts liegt darin, Rechtsstreitigkeiten zu reduzieren. Ob die unvordenkliche Verjährung selbst ein Recht schafft oder aber nur eine Vermutung der Rechtmäßigkeit aufstellt, war im römischen Recht eine Frage technischer Natur. Im gemeinen Recht wurde die unvordenkliche Verjährung schließlich wie

⁵⁴ Vgl. *Guckelberger*, Die Verjährung im Öffentlichen Recht, 2004, S. 494.

⁵⁵ Vgl. *Guckelberger*, Die Verjährung im Öffentlichen Recht, 2004, S. 496 m. w. N..

⁵⁶ VG Aachen, Urteil v. 04. Februar 2014 – 6 K 1892/11 –, juris, Rz. 40, 42. Zur Frist bereits BGH, Urteil vom 04.02.1955, Az. V ZR 112/52, Rz. 54, 55; vgl. auch OVG Münster, OVGE 31, 132 ff..

ein eigenständiger Erwerbgrund des langjährigen Besitzers behandelt.⁵⁷ Die unvordenkliche Verjährung wird heute von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung als Beweisregel im Sinne einer widerleglichen Vermutung qualifiziert.⁵⁸ Ein auf diese Weise angenommenes Recht ist wie ein tituliertes Recht den später gültig gewordenen Regelungen über den Fortbestand oder das Erlöschen unterworfen.⁵⁹

Auch die unvordenkliche Verjährung hat ihren Platz im Völkerrecht und steht in enger Verbindung zur Ersitzung.

II. Blick in andere Rechtsordnungen

Wie sieht das Konzept der Ersitzung in den unterschiedlichen Rechtskreisen Europas und der Welt aus? Die Rechtsordnungen werden nach einer verbreiteten Kategorisierung in sieben Rechtskreise eingeteilt: den französischen, germanischen, skandinavischen, englischen, russischen, islamischen und hinduistischen Rechtskreis.⁶⁰ Im Folgenden werden Entstehungsgeschichte sowie aktuelle Regelungen der Ersitzung oder von Äquivalenten, die dieselbe Funktion erfüllen, kursorisch dargestellt.

1. Regelungen in anderen Rechtsordnungen

Die Ersitzung beruht, jedenfalls im romanischen und germanischen Rechtskreis, auf den römisch-rechtlichen Instituten der *usucapio* und *praescriptio longi temporis*.⁶¹ Bis Mitte des 19. Jahrhunderts sah die Rechtslehre die *praescriptio*

⁵⁷ *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf, 2006, S. 111 ff.

⁵⁸ Z. B. VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 19. April 2013; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. Juni 2013, Az. 2 M 60/12, Rz. 21; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. April 2008, Az. 5 S 2858/06, Rz. 24; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. August 2007 – 2 N 34.06 – juris Rz. 6; VGH München, Urteil vom 03. August 2003 – 22 B 002918 – juris m. w. N.

⁵⁹ OVG Lüneburg, Beschl. vom 07. Juli 2014 – 13 LA 203/13 –, juris, Rz. 21, m. N. zu OVG Berlin-Bbg., Beschl. v. 30.08.2007 - OVG 2 N 34.06 -, juris, Rz. 6; Bay. VGH, Urt. v. 05.08.2003 - 22 B 00.2918 -, juris, Rz. 20; *Reffken/Elsner*, Niedersächsisches Wassergesetz, § 18, Rz. 2, Loseblatt, Stand Februar 2011.

⁶⁰ *Arminjon/Nolde/Wolff*, Traité de droit comparé Bd. 1, 1950, S. 47 ff., zustimmend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 64; Nachweise zu anderen Einteilungen: S. 63.

⁶¹ Siehe zur folgenden Darstellung der römisch-rechtlichen Ursprünge der Ersitzung und ihrer Rezeption im romanischen Rechtskreis *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf, 2006, S. 30 ff., 138 ff. Siehe auch *Jansen*, European Property Law Journal 1 (2012), S. 153-165 (154-158 über römisches Recht), m. N. zu *Thibaut*, Über Besitz und Verjährung, 1802, S. 66; *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 4, 1847, Abschn. 178. Zur Entwicklung im romanischen, germanischen und skandinavischen Rechtskreis siehe *Teisen*, American Bar Association Journal 2 (1916), S. 189-201. Die „Ersitzung“ durch *usucapio* erfüllte die Funktion des gutgläubigen Erwerbs, der nicht eigenständig geregelt war. Daher war die Frist kurz, sie betrug ein bzw. zwei Jahre für bewegliche bzw. unbewegliche Sachen (*Wesel*, Geschichte des Rechts, 1997, S. 190). Die *praescriptio longi temporis* bezog sich auf

acquisitiva und *extinctiva* als Ausformungen eines einheitlichen Rechtsinstituts an. Der romanische Rechtskreis definierte dementsprechend die *prescription* als Mittel zum Erwerb oder zur Befreiung von Rechten, prototypisch der napoleonische *Code Civil* von 1804:

Art. 2219: „La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.“⁶²

Diesem Modell folgten nahezu wortgleich die Niederlande, Rumänien und Italien. Portugal, Malta und Spanien nahmen die akquisitive und die extinktive Wirkung der Präskription in getrennten Bestimmungen auf, die jedoch eng nebeneinander standen, um einen inneren Zusammenhang nachzuzeichnen. Im deutschen Rechtskreis sah das preußische Allgemeine Landrecht die Verjährung als gesetzlich bestimmte Rechtsänderung an, die Erwerb oder Verlust bedeuten konnte.⁶³

„*ALR*, I. Teil, 9. Tit., §§ 500-669 (§ 500: 'Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit, wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte, eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht, so ist eine Verjährung vorhanden'; § 501: 'Durch die Verjährung können sowohl Rechte, die jemand gehabt hat, verloren, als neue Rechte erworben werden')“⁶⁴

Das österreichische ABGB von 1811 formulierte explizit die Ersitzung als Unterfall der Verjährung:

„*ABGB* §§ 1451-1502 (§ 1451: 'Die Verjährung ist der Verlust eines Rechts, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist'; § 1452: 'Wird das verjährte Recht vermöge des

Eigentum an Grundstücken in der Provinz, für die das *ius civile* nicht galt. Zunächst war sie eine Einrede gegen die Herausgabeklage, wandelte sich aber zu einem Erwerbstitel (nach zehn oder 20 Jahren, ebenfalls gutgläubigen, Besitzes). Später, in der Zeit *Iustinians*, verschmolzen beide Rechtsinstitutionen, siehe dazu *Berger*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Bd. 43, Teil 2, 1953, Reprint 1991, S. 645.

⁶² Abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Der aktuelle *Code civil* trennt zwischen der *prescription extinctive*, Art. 2219-2254 und der *prescription acquisitive*, Vorschriften Art. 2258-2277 (Vorschriften geändert durch Gesetz v. 17.06.2008).

⁶³ *Piekenbrock*, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, 2006, S. 138 ff.

⁶⁴ *Kegel*, *Verwirkung, Vertrag und Vertrauen*, in: FS für Klemens Pleyer, 1986, S. 15, Hervorhebungen im Original.

gesetzlichen Besitzes zugleich auf jemand andern übertragen; so heißt es ein ersessenes Recht, und die Erwerbsart Ersitzung’)⁶⁵

Erst 1854/55 vollzog ein schweizerisches privatrechtliches Gesetzbuch des Kantons Zürich die Trennung zwischen Ersitzung (von Grundstücken §§ 537-541 zürch PrGB 1854, von Fahrnis §§ 642-645 zürch PrGB 1854) und Verjährung (§§ 1064-1076 zürch PrGB 1855). Das sächsische BGB von 1863, später auch die gesamtstaatlichen Kodifikationen in Deutschland und der Schweiz, übernahmen die Trennung beider Rechtsinstitute. Die neueren romanischen Kodifikationen in Italien, Portugal und, wenn auch implizit, die der Niederlande, schlossen sich dieser Entwicklung an.⁶⁶

Dennoch stehen die erwerbende Ersitzung und die Verjährung, insbesondere des Vindikationsanspruchs, immer noch in engem Zusammenhang. Beide haben sowohl die Elemente des Verlusts als auch des Gewinns, je nachdem, aus welcher Perspektive man die Situation betrachtet. Dies zeigt sich am Beispiel des bösgläubigen Besitzes einer fremden beweglichen Sache: deutschem Recht zufolge (das in dieser Hinsicht mit dem römischen Recht identisch ist⁶⁷) erwirbt der Besitzer die Sache nicht durch Ersitzung. Jedoch verjährt der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB gemäß § 197 I Nr. 2 BGB nach 30 Jahren, sodass es zu einem dauerhaften Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum kommen kann. Die Verjährung verhilft dem bösgläubigen Besitzer quasi zu einer Ersitzung „zweiter Klasse“, indem er die Sache weiter behalten darf.⁶⁸

Andere Rechtsordnungen knüpfen daher die Konsequenz des Eigentumserwerbs des Besitzers gleich an die Verjährungsfrist des Herausgabeanspruchs des Eigentümers: nach niederländischem Recht erwirbt der bösgläubige Besitzer nach

⁶⁵ *Kegel*, Verwirkung, Vertrag und Vertrauen, in: FS für Klemens Pleyer, 1986, S. 15, Hervorhebungen im Original. In der gegenwärtig geltenden Fassung des ABGB ebenso, abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>; Originalfassung von 1811 abrufbar unter <http://www.literature.at/viewer.alo?objid=11585&viewmode=fullscreen&scale=3.33&rotate=&page=565> (zuletzt abgerufen am 14.10.2014).

⁶⁶ *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf, 2006, S. 138 ff.

⁶⁷ *Jansen*, *European Property Law Journal* 1 (2012), S. 153 (158); *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 1997, S. 190.

⁶⁸ Wenn auch eine Weiterveräußerung wegen § 935 BGB ausgeschlossen ist und der bösgläubige Besitzer dem Eigentümer Nutzungen herauszugeben hat (§§ 987, 990 BGB) und Schadensersatz für die Verschlechterung der Sache leisten muss (§§ 989, 990 BGB).

20 Jahren das Eigentum durch akquisitive Ersitzung, in dem Moment, in dem es der Eigentümer durch extinktive Ersitzung verliert.⁶⁹

Im englischen Recht existiert keine echte akquisitive Ersitzung. Der *Prescription Act 1832*⁷⁰ sieht zwar den Erwerb von Rechten nach deren ununterbrochener Ausübung während eines längeren Zeitraums vor, betrifft jedoch nicht den Erwerb des Eigentums. Ebenso wenig kann ein Eigentumserwerb auf die *prescription* des *common law* gestützt werden, die der unvorzählbaren Verjährung des deutschen Verwaltungsrechts ähnelt.⁷¹

Die *limitation of actions* stellt das Äquivalent zur *extinctive prescription* dar.⁷² Mit Ablauf der Frist von sechs (für bewegliche Sachen) bzw. 12 Jahren (Immobilien) verliert der Eigentümer nach englischem Recht sein Recht zur Klage auf Herausgabe.⁷³ Die Wirkung des Klageverlusts ist funktionell die der akquisitiven Ersitzung, da dadurch der aktuelle Besitzer endgültig das „bessere Recht“ an der Sache hat, das er jedermann entgegen halten kann.⁷⁴ Diebstahl beweglicher Sachen schließt den Fristlauf aus. Für Immobilien ist für den Erwerb eines besseren Rechts erforderlich, dass es einen „adversen“ fremden Besitz gab, d. h. die Ausübung tatsächlicher Kontrolle mit dem Willen zum Besitz.⁷⁵ Seit 2002 schützt der englische *Land Registration Act* darüber hinaus den registrierten Eigentümer. Der Besitzer kann beantragen, dass ein Hinweis über sein Interesse am Grundstück amtlich registriert wird; der Eigentümer kann daraufhin die

⁶⁹ Jansen, *European Property Law Journal* 1 (2012), S. 153 (159). Siehe *Burgerlijk Wetboek*, Boek 3, Art. 105 Nr. 1; Boek 3, Art. 306. Der gutgläubige Besitzer erwirbt nicht-registrierte Güter nach drei, registrierte Güter nach zehn Jahren, Boek 3, Art. 99 Nr. 1; abrufbar unter http://wetten.overheid.nl/BWBR0005291/Boek3/geldigheidsdatum_23-08-2012 (zuletzt abgerufen am 14.10.2014).

⁷⁰ Englische Gesetze abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁷¹ Conrads, *Verjährung im englischen Recht*, Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Bd. 18, 1996, S. 32 ff., Frist beträgt 20 Jahre. Es können Nutzungsrechte an Grundstücken, etwa Wasser zu schöpfen, oder Wegerechte erworben werden.

⁷² von Bar/Clive (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 2009, Vol. 2, S. 1142.

⁷³ Siehe *Limitation Act* 1980, section 2, section 15. Die *limitation of actions* ist eine prozessrechtliche Institution, wohingegen die Verjährung eines Anspruchs in den meisten europäischen Rechtsordnungen materiell-rechtlicher Natur ist, von Bar/Clive (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 2009, Vol. 2, S. 1142.

⁷⁴ Siehe zur funktionellen Ähnlichkeit der Verjährung des Herausgabeanspruchs und der Ersitzung von Bar/Clive (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 2009, Vol. 5, S. 4887 f.

⁷⁵ Jansen, *European Property Law Journal* 1 (2012), S. 153 (160 ff.), „adverse possession“: *Limitation Act* 1980, schedule 1, section 8 (1).

Löschung dieses Hinweises beantragen, was geschieht, wenn der Besitzer innerhalb einer gewissen Frist seine Berechtigung nicht nachweist.⁷⁶

In Frankreich existiert auf der anderen Seite hinsichtlich des Eigentums- und Herausgaberechts allein die akquisitive Ersitzung („*prescription acquisitive*“).⁷⁷ Eine Verjährung des Herausgabeanspruchs kommt nicht in Betracht, da das französische Recht nicht zwischen Herausgabeanspruch und Eigentum differenziert und das absolute *droit de propriété* nicht verjährt „est imprescriptible“ (Art. 2227 Code civil). Für Immobilien tritt die Ersitzung grundsätzlich nach 30 Jahren, bei Gutgläubigkeit zumindest bei Erwerb des Besitzes (Art. 2275 C.c.) und einem „*juste titre*“ bereits nach 10 Jahren ein (Art. 2272 C.c.).⁷⁸ Zum Schutz des Eigentümers ist Voraussetzung für den Erwerb durch Ersitzung, dass der fremde Besitz ununterbrochen, friedlich, öffentlich, ausdrücklich und mit Besitzwillen geschieht, „*une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire*.“ (Art. 2261 C.c.).⁷⁹ Die Verjährung ist im heutigen *Code civil* in dem der Ersitzung vorangehenden Titel geregelt, noch immer unter dem Stichwort der „*prescription extinctive*“.⁸⁰

Im dänischen Recht regelt das *Danske Lov* König Christian V. 5-5-1 die Ersitzung sowohl von Immobiliarsachen als auch von Mobilien, die „*Hævd*“. Sie tritt nach 20 Jahren tatsächlichen unangefochtenen Besitzes ein, es sei denn, es kann bewiesen werden, dass der Besitzer die Sache als Pfand, als Lehen oder als Fremdbesitzer innehatte⁸¹ bzw. dass der Besitzer unehrlich oder illegal gehandelt hat.⁸² Eine frühere Form der Ersitzung galt allein für landwirtschaftliche Grundstücke und sah vor, dass sie in das Eigentum desjenigen fielen, der sie drei

⁷⁶ Siehe Part 4, Sections 34, 35 und 36 des Land Registration Act 2002; dazu *Dowden*, Practitioner's Guide to the Land Registration Act 2002: The Unfinished Revolution, 2004, S. 34 ff.; entgegen dem Wortlaut des Gesetzes anders: *Jansen*, European Property Law Journal 1 (2012), S. 153 (161).

⁷⁷ Siehe Livre III, Titre XXI, Chapitre II, Art. 2258 ff. C.c.

⁷⁸ Für Mobilarsachen ist keine Frist angegeben. Das Eigentum wird vom gutgläubigen Besitzer sofort erworben. Siehe Art. 2276 C.c.: „*En fait de meubles, la possession vaut titre*. [...]“. Innerhalb von drei Jahren kann der ursprüngliche Eigentümer die Sache herausverlangen, Art. 2276 (2) C.c. Ob Art. 2276 C.c. eine Form der Ersitzung normiert und ob der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen durch einen bösgläubigen Ersitzer nach der Gesetzesreform von 2008 noch möglich ist, ist streitig, siehe *von Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009, Vol. 5, S. 4910 ff., S. 4929.

⁷⁹ *Jansen*, European Property Law Journal 1 (2012), S. 153 (160).

⁸⁰ Livre III, Titre XX, Art. 2219 ff. C.c.

⁸¹ *Teisen*, American Bar Association Journal 2 (1916), S. 189 (200).

⁸² *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009, Vol. 5, S. 4910 ff., S. 4916.

Jahre lang bewirtschaftete, ohne dass jemand dagegen Einspruch erhob. Motiv für diese Regelung war, dass die für eine Dorfgemeinschaft wichtige Landwirtschaft von jemandem betrieben wurde, das Grundstück also gemeinnützige Verwendung fand. Die Frist ergab sich aus dem Bewirtschaftungszyklus bzw. der Anpflanzungsabfolge auf den Feldern, die nach jeweils drei Jahren abgeschlossen war. Damit hatte der Besitzer bewiesen, seine Aufgaben erfüllen zu können.⁸³ Das schwedische Recht kennt die Ersitzung von Mobiliarsachen erst seit 2003.⁸⁴

Die Mehrheit der europäischen Rechtsordnungen hat Normen für den Erwerb des Eigentums durch fortgesetzten Besitz. Wo dies nicht der Fall ist, existieren überwiegend andere Vorschriften, die eine ähnliche Wirkung wie die des Eigentumserwerbs erzielen.⁸⁵ Auf europäischer Ebene gibt es seit den 1980er Jahren sowohl von der Rechtswissenschaft als auch von der EU selbst Bestrebungen, ein europäisches Zivilgesetzbuch oder jedenfalls einen kohärenten Rahmen des Privatrechts zur Erleichterung des Binnenmarktes zu schaffen.⁸⁶ Nach verschiedenen Vorarbeiten veröffentlichte ein Netzwerk von Wissenschaftlern 2008 den *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), der rechtsvergleichend die besten Lösungen für zivilrechtliche Problemstellungen aus den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten zusammentragen und das Zivilrecht auf einen gemeinsamen Nenner bringen sollte.⁸⁷

Der DCFR fasst unter dem Stichwort *prescription* die Vorschriften zur Verjährung von Ansprüchen, in Buch III, Kapitel VII, Abschnitt 1 ff. Die Vokabel „acquisitive prescription“ vermeidet er, indem er entsprechende Vorschriften unter dem Stichwort *acquisition of ownership by continuous possession* behandelt, Buch VIII, Kapitel IV, Abschnitt 1 ff.⁸⁸ Ähnlich wie im französischen Recht erwirbt der gutgläubige Besitzer (anders als gemäß der französischen Lösung

⁸³ *Teisen*, American Bar Association Journal 2 (1916), S. 189 (196).

⁸⁴ *Bar/Clive* (Hrsg.), ebd., S. 4916.

⁸⁵ Siehe zu den einzelnen Staaten im Detail *Bar/Clive* (Hrsg.), ebd., S. 4910 ff., S. 4910 ff.

⁸⁶ Überblick bei *Martens*, EuZW 2010, S. 527-530.

⁸⁷ Die Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française und die Société de Legislation Comparée entwickelte parallel dazu die *Principes Contractuels Communs*, Fauvarque-Cosson/Mazeaud (Hrsg.), European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, 2008. Die Funktion dieser Vorarbeiten ist allerdings unklar. Rechtsverbindlich ist der DCFR nicht.

⁸⁸ *Jansen*, European Property Law Journal 1 (2012), S. 153-165 (164 ff.). Der Kommentar zum DCFR stellt jedoch klar, dass der Terminus der *acquisitive prescription* „could be used synonymously.“ Man habe durch die Wortwahl Verwechslungen mit der *extinctive prescription* definitiv ausschließen wollen, *von Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009, Vol. 5, S. 4887.

allerdings nur, wenn er während der gesamten Ersitzungsfrist gutgläubig war) nach 10 Jahren das Eigentum, andernfalls nach 30 Jahren. Eine weitere Ähnlichkeit besteht darin, dass Eigentum und Herausgabeanspruch nicht voneinander getrennt werden können und letzterer somit nicht verjährt, womit die oben beschriebene „Ersitzung zweiter Klasse“ ausgeschlossen ist. Die zugrundeliegenden Motive für die Ersitzung sind vor allem der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, daneben die Sanktion der Inaktivität des ursprünglichen Eigentümers, verbunden mit der Aufforderung, seine Güter effizient zu nutzen, sowie die Bevorteilung des gutgläubigen Besitzers.⁸⁹ Für die „europäische Ersitzung“ nach dem DCFR ist erforderlich, dass eine Person die ununterbrochene tatsächliche Sachherrschaft über eine bewegliche Sache mit dem Willen zum Besitz während einer bestimmten Zeit ausübt, ohne dass sie den Besitz durch Diebstahl erlangt hat.

Auch die außereuropäischen Rechtskreise kennen die Ersitzung. Das russische Recht führte sie zu Beginn der Rechtsreformen mit dem Gesetz „Über das Eigentum in der RFSFR“ vom 24.12.1990 wieder ein, nachdem die sowjetischen Zivilgesetzbücher von 1922 und 1964 keine entsprechenden Bestimmungen enthalten hatten.⁹⁰ Im russischen Recht erwirbt eine natürliche oder juristische Person, die eine Sache ununterbrochen, offen und als ihre eigene bis zum Ablauf der Frist besitzt, eine bewegliche Sache nach fünf, eine Immobilie nach 15 Jahren und anschließender Eintragung ins Register durch Ersitzung, Art. 234 Abs. 1 ZGB RF. Die Gutgläubigkeit wird vermutet, Art. 10 Abs. 3 ZGB RF.⁹¹

In Asien finden sich Rechtsordnungen, die von verschiedenen Einflüssen geprägt sind: Traditionelle Rechtsvorstellungen, ideologische (sozialistische) Einflüsse und europäische Prägungen aus der Kolonialzeit verbinden sich auf unterschiedliche Weisen. Die Ersitzung als Form des Eigentumserwerbs ist in asiatischen Rechtsordnungen bekannt. Beispielsweise haben Japan, Vietnam und Taiwan entsprechende Vorschriften.⁹² China befindet sich in einer rechtlichen

⁸⁹ von Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 2009, Vol. 5, S. 4892 ff.

⁹⁰ Breig, Eigentum und andere dingliche Rechte in Russland unter besonderer Berücksichtigung der landwirtschaftlich genutzten Böden, 2009, S. 122.

⁹¹ Allenhöfer in: Allenhöfer/Plagemann, Das Eigentum im Recht der Russischen Föderation, 2007, S. 99 f. m. N. zur Gegenansicht bzgl. der Vermutung der Gutgläubigkeit.

⁹² Sprankling, The International Law of Property, 2014, S. 237. Sprankling hält die akquisitive Ersitzung für so weit verbreitet in nationalen Rechtsordnungen, dass sie als allgemeines Rechtsprinzip anzuerkennen sei, ebd..

Umbruchsituation. 2007 wurde nach längerer Diskussion das „Property Law of the People's Republic of China“ erlassen, das insbesondere Rechte an Immobiliarsachen schützt. Privates Eigentum an Land ist in China nicht vorgesehen. Wenngleich im Rechtssetzungsprozess die Aufnahme der Ersitzung von vielen chinesischen Rechtswissenschaftlern befürwortet wurde, setzte sich dieser Vorschlag nicht durch. Die Rechtssetzer befürchteten, dass der Rechtserwerb durch Ersitzung der sozialistischen Moral zuwider laufe und falsche Anreize setze.⁹³ Der „Property Law“-Rechtsakt ist Teil des andauernden chinesischen Projekts, eine umfassende Kodifizierung in Form eines Zivilgesetzbuchs zu schaffen. Bislang existiert ein Entwurf des Zivilgesetzbuchs, der Vorschriften über die Ersitzung enthält.⁹⁴ Möglicherweise wird also die Ersitzung einmal Teil des chinesischen Rechts.

Die religiösen Rechtsordnungen der Muslime und der Hindus gelten nicht territorial begrenzt, d. h. auf einem bestimmten Staatsgebiet, sondern für diejenigen, die sich zum Glauben bekennen.⁹⁵

Das islamische Recht (*šarī'a*) versteht sich als die Summe der Regeln aus der heiligen Offenbarung Allahs. Es werden vier „Wurzeln“ des Rechts anerkannt: der *Qur'ān* (Äußerungen des Propheten Muhammads), die *Sunna* (Inbegriff der göttlich inspirierten Praxis des Propheten), der *iğmā'* (Konsens der islamischen Gemeinde) und schließlich der Analogieschluss (*qiyās*).⁹⁶ Verschiedene Arten von Eigentum sind geschützt, wobei das volle Eigentum (*mulk tāmm*) die zwei Elemente der Sachsubstanz (*raqaba*) und der Nutzung (*manfa'a*) umfasst.⁹⁷

Der Eigentümer ist aufgerufen, das Eigentum im Sinne der Gemeinschaft und in angemessener Weise zu nutzen, d. h. weder verschwenderisch noch geizig. Die Nicht-Nutzung von Eigentum ist verboten. Jemand, der herrenloses Land für sich in Anspruch nimmt, kann es erwerben. Er verliert aber jedes Recht wieder, sofern

⁹³ Chang, Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal 1 (2012), S. 345-372 zu Rechtssetzungsprozess und Inhalten des „Property Law“-Rechtsakts; siehe auch Chang, Law and Economics of Possession, ed. by Chang, 2015, S. 306.

⁹⁴ Sprankling, The International Law of Property, 2014, S. 237, m. N. zu Huixing (Hrsg.), The Draft Civil Code of the People's Republic of China, 2010, S. 275.

⁹⁵ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 297, 306.

⁹⁶ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 301.

⁹⁷ Debs/Ziadeh/Dilger, Der Begriff des Eigentums im islamischen Recht, in: Falaturi, Abdoldjavad et al. (Hrsg.), Beiträge zum islamischen Rechtsdenken, 1986, S. 93-115, insb. S. 107.

er es nicht innerhalb von drei Jahren in vernünftigen Maße ausbeutet.⁹⁸ Ursprünglich sah die islamische Rechtstheorie keine Ersitzung von Eigentum vor, sondern allein von Nutzungsrechten, z. B. Wegerechten. Im Jahre 1550 wies Sultan *Süleyman* die Richter (*kadis*) an, nach dem Ablauf von 15 Jahren keine Klagen anzuhören, sofern kein Grund vorlag, der eine Klage verhinderte.⁹⁹ Daraus entwickelte sich eine indirekte Form von Ersitzung.¹⁰⁰ Besitzt ein Dritter ein Grundstück während einer längeren Zeit (üblicherweise zehn bis 15 Jahre; auch 30, 33 oder 36 Jahre werden erwähnt) unter Umständen, die den Anspruch des Besitzers auf das Eigentum an dem Grund und Boden widerspiegeln, verliert der ursprüngliche Eigentümer ähnlich wie im *common law* das Recht auf Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes.¹⁰¹

Die traditionellen indischen Rechtsbräuche basierten nach der indischen orthodoxen Lehre auf den Texten der *Veda* aus etwa dem 2. Jahrtausend v. Chr., einer heiligen Offenbarung von Liedern, Gebeten, Hymnen und Sprüchen.¹⁰² In den sogenannten *smritis* (die erinnerten Weistümer der alten Gelehrten und Priester) von etwa 800 v. Chr. bis 200 n. Chr. finden sich erste Regeln von juristischem Gehalt. Spätere Rechtsbücher griffen die *smritis* auf, kommentierten und kategorisierten sie und stellten eine Sammlung von Gewohnheiten und Bräuchen auf. Diese *dharmasāstra* (Lehre vom geschuldeten Verhalten) wurde ab dem 18. Jahrhundert von der englischen Kolonialherrschaft und deren *common law* beeinflusst, sodass schließlich das so genannte *Anglo-Hindu Law* entstand.¹⁰³ Der indische *Limitation Act (LA)* 1963¹⁰⁴ begrenzt wie im englischen Recht grundsätzlich nur die Möglichkeit, Klage zu erheben. Die Wirkung der „limitation“ ist ebenso prozessual; die Klageerhebung wird gehindert („bar“, Art. 3 LA 1963), das Recht aber nicht zerstört.¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt aber gemäß Art.

⁹⁸ *Bambale*, Acquisition and Transfer of Property in Islamic Law, 2007, S. 7-12.

⁹⁹ *Schacht*, An Introduction to Islamic Law, Originalausgabe 1964, Reprint 1991, S. 98.

¹⁰⁰ *Jamal*, Law of Property in Islam, 2011, S. 15, 16.

¹⁰¹ *Debs/Ziadeh/Dilger*, Der Begriff des Eigentums im islamischen Recht, in: Falaturi, Abdoldjavad et al. (Hrsg.), Beiträge zum islamischen Rechtsdenken, 1986, S. 93-115, S. 110. *Schacht*, An Introduction to Islamic Law, Originalausgabe 1964, Reprint 1991, S. 138.

¹⁰² *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 308 f. Sie bezweifeln, dass die indischen Rechtsbücher auf der *Veda* beruhen, ihrer Ansicht nach stellen sie eine Zusammenfassung der jeweils geltenden Gewohnheiten und Bräuche dar, die immer wieder aktualisiert wurde. Siehe zur *dharmasāstra* auch *Funk*, Traditional Orthodox Hindu Jurisprudence: Justifying Dharma and Danda, in: Nanda/Sinha (Hrsg.), Hindu Law and Legal Theory, 1996, S. 172.

¹⁰³ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 308 ff., *Desai/Mulla*, Principles of Hindu Law, 15. ed. with supplement of 1986, S. 70-84 zum Einfluss der britischen Kolonialherrschaft auf das indische Rechtssystem.

¹⁰⁴ Die ursprüngliche Fassung datiert von 1908.

¹⁰⁵ *Gupta*, The Limitation Act, 2010, S. 53. Der *Limitation Act* 1963 ist abrufbar unter <http://www.advocatekhoj.com/library/bareacts/> (zuletzt abgerufen am 14.10.2014).

27 LA 1963 gerade für Klagen auf Besitz. Das Eigentum erlischt, sofern die Klage nicht innerhalb der vorgesehenen Frist erhoben wird:

„27. Extinguishment of right to property

At the determination of the period hereby limited to any person for instituting a suit for possession of any property, his right to such property shall be extinguished.“

Die Frist eines Titelinhabers bezüglich des Eigentums an einer Immobilie beträgt für die Klage auf Besitz gem. Art. 65 LA 1963 zwölf Jahre. Ebenso läuft die Frist zwölf Jahre, sofern der Kläger sein Recht auf Besitz auf vorangegangenen Besitz statt eines Titels stützt (Art. 64 LA 1963). Die Frist für die Klage auf Herausgabe einer beweglichen Sache, die entweder verloren gegangen ist, gestohlen wurde oder vom derzeitigen Besitzer nicht herausgegeben wird, beträgt drei Jahre (Art. 68, 69 LA 1963). Die Frist beginnt erst zu laufen, nachdem der Gläubiger weiß, bei wem sich die Sache befindet.

2. Zusammenfassung

Nach dem Überblick über die Rechtskreise der Welt lässt sich festhalten:

- Die Rechtsordnungen erkennen das Interesse des berechtigten Inhabers einer Sache an, seine Rechte nicht gegen seinen Willen zu verlieren.
- Andererseits erkennen sie das Interesse desjenigen – unberechtigten – Besitzers beweglicher und unbeweglicher Sachen an, der sie tatsächlich nutzt. Insbesondere hinsichtlich der unbeweglichen Sachen deutet sich an, dass der Schutz des tatsächlichen Besitzers auch deshalb gewährt wird, da diese potentiell gemeinnützig verwendet werden und einen Ertrag für die Gemeinschaft erbringen können (z. B. Ackerland). Die Nutzung durch den unberechtigten Besitzer ist daher für die Gemeinschaft schützenswerter als das Recht eines Einzelnen, der die Sache brach liegen lässt.¹⁰⁶
- Dementsprechend regeln die Vorschriften einen Ausgleich der Interessen dahingehend, dass der Rechtsinhaber sich in der Gesamtschau auch als

¹⁰⁶ Dazu Kapitel F. I. 2.

Berechtigter gerieren muss. Die längerfristige Nichtnutzung der Sache vermindert den rechtlichen Schutz des Interesses, Inhaber der Rechte zu bleiben; insbesondere, wenn ein anderer die Sache besser nutzen kann und will.

- Die Rechtsordnungen konstruieren Wege, um dem neuen Inhaber die Sache dauerhaft zuzuordnen. Dies geschieht entweder akquisitiv durch eine „echte“ Ersitzung oder extinktiv durch den Verlust der Klagemöglichkeit bzw. durch das damit verbundene Erlöschen des Rückgabeanspruchs.
- Die unwidersprochene Nutzung von Wasser und Wegen über lange Zeit führt nicht zum Erwerb einer ausschließlichen Verfügungsgewalt, sondern zum Erwerb eines Nutzungsrechts durch ein Äquivalent der unvordenklichen Verjährung; vermutlich, weil diese Sachen mehr als andere unabdingbar für eine Gemeinschaft sind.
- Die Dauer der Frist ist unterschiedlich geregelt. Typischerweise ist sie hinsichtlich der Immobiliarsachen (zehn bis ca. 30 Jahre) länger als für Mobilien (null bis sechs Jahre).
- Die Funktion des Zeitablaufs ist unterschiedlich: Während sie in den Rechtsordnungen mit akquisitiver Ersitzung ein Tatbestandsmerkmal des Erwerbstatbestandes darstellt, bedeutet sie für die extinktiven Zuordnungsformen eine prozessuale Hürde bzw. eine – aus Sicht der Dogmatik des deutschen Zivilrechts – rechtsvernichtende Einwendung.
- Der gute Glaube des Erwerbenden ist nicht in allen Rechtsordnungen von Interesse; in einigen erwirbt sogar der Dieb bzw. Besetzer.

III. Ergebnis

Die nationalen Gesetzgeber haben die Interessenlage zwischen dem ursprünglichen Rechtsinhaber einer Sache und dem tatsächlich Besitzenden auf dogmatisch verschiedene Weisen, im Ergebnis aber ähnlich geregelt. Sie erkennen an, dass das Interesse des tatsächlichen Besitzers nach Ablauf einer gewissen Zeit schützenswerter ist als das des nur auf dem Papier Berechtigten. Die nationalen Regelungen knüpfen daher an den Zeitablauf die Rechtsfolge der Ersitzung bzw. eines Funktionsäquivalents. Sie nehmen damit eine typisierte Interessenabwägung vor. Eine individuelle Prüfung, inwiefern sich das Verhalten beider Parteien im Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben befindet, ist nicht mehr notwendig.

Die nationalen Regelungen über die Ersitzung bzw. ihren Funktionsäquivalenten erweisen sich als solche, die ein Problem behandeln, das universell existiert. Sie stimmen auch in der angeordneten Lösung *grosso modo* überein. Die für die Normierung genannten Motive, Rechtssicherheit, Rechtsfrieden, Beweiserleichterung und der Schutz des öffentlichen Interesses, sind auch im Völkerrecht relevant. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist im zwischenstaatlichen Verkehr ebenso anwendbar wie zwischen Privatpersonen, da Bedarf für Vertrauensschutz in jedem Fall entsteht, in dem es um die Kommunikation per rechtserheblichen Willenserklärungen geht.

Damit ist die Ersitzung grundsätzlich geeignet, als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Völkerrecht Anwendung finden zu können. Die Vorschriften können aber unter Umständen nicht exakt übernommen werden, sondern nur das ihnen zugrunde liegende gemeinsame Prinzip.¹⁰⁷ Im Völkerrecht existiert kein übergeordneter Rechtssetzer und damit weder Ersitzung, noch Verjährung durch reinen Fristablauf. Stattdessen erfüllen die *acquisitive prescription* sowie die *extinctive prescription* die Funktionen, Rechte wegen des Zeitablaufs in Verbindung mit Umstandsmomenten zur Entstehung oder zum Erlöschen zu bringen. Da sie nicht qua gesetzlicher Anordnung in Form gegossen wurden, stellen sie Obliegenheitsnormen dar, deren Rechtsfolge eine Abwägung der Interessen beider Parteien im Einzelfall zugrunde liegt.¹⁰⁸

¹⁰⁷ „shared underlying principle“, *Bogdan*, *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 46 (1977), S. 37 (49), siehe zur Übertragbarkeit nationaler Regelungen ins Völkerrecht Kapitel G. III.

¹⁰⁸ Dazu Kapitel F.

C. Völkerrechtliche Gebietszuordnungen

I. Gebiet im Völkerrecht

1. Territoriale Souveränität und Gebietshoheit

Souveränität ist die umfassende und „natürliche“ Handlungsfreiheit eines jeden Staates.¹⁰⁹ Als völkerrechtlicher Rechtsbegriff meint die Souveränität also „die unabgeleitete, umfassende Rechtsmacht der voneinander unabhängigen, einander gleichberechtigten und völkerrechtsunmittelbaren Staaten“.¹¹⁰ Aus der Souveränität fließt die allgemeine Handlungsfreiheit eines Staates, die sich in verschiedene Aspekte aufgliedern lässt: Die Gebietshoheit, die Personalhoheit, die Hoheit, über die eigene staatliche Organisationsform zu entscheiden und die Hoheit, mit anderen Völkerrechtssubjekten in Beziehung zu treten.¹¹¹ Die Souveränität des einzelnen Staates findet ihre Grenze in der Souveränität der übrigen Staaten.¹¹²

Der gebietsbezogene Aspekt der staatlichen Souveränität wird als „territoriale Souveränität“ bezeichnet.¹¹³ Verschiedene theoretische Ansätze befassen sich mit ihrem Charakter.¹¹⁴ Im Ergebnis sind sie sich weitgehend darüber einig, dass territoriale Souveränität bedeutet, in einem bestimmten Gebiet exklusiv zur Ausübung von Hoheitsakten berechtigt zu sein (*imperium*), ebenso wie die Berechtigung, über das Gebiet zu verfügen (*dominium*).¹¹⁵ Ersteres, das Recht auf Ausübung von staatlichen Funktionen auf einem gewissen Gebiet, ist die Gebietshoheit. Letzteres bedeutet, dass der Staat sein Gebiet auf andere Staaten übertragen kann.

¹⁰⁹ Bleckmann, AVR 23 (1985), S. 450 (464).

¹¹⁰ Hillgruber, JZ 2002, S. 1072 (1074).

¹¹¹ Siehe Schweisfurth, Völkerrecht, 2006, S. 12-14.

¹¹² Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 1989, S. 216.

¹¹³ Siehe zur historischen Entwicklung und Problemfeldern des Gebietserwerbs im Völkerrecht Greig, Osgoode Hall Law Journal 26 (1988), S. 127, abgedr. in: Shaw, Title to Territory, 2005, S. 35.

¹¹⁴ Die u. a. von der Rechtspredung des IGH verfolgte Objekttheorie, die die territoriale Souveränität als Analogie zum privatrechtlichen Eigentum betrachtet; die Raumtheorie; die Kompetenztheorie; siehe dazu Verdross/Simma/Geiger, Österr. Z. für öffentl. Recht und Völkerrecht 31 (1980), S. 223 (224, 242, 243) mit Nachweisen zu Vertretern der Theorien.

¹¹⁵ Verdross/Simma/Geiger, Österr. Z. für öffentl. Recht und Völkerrecht 31 (1980), S. 223 (241 f.); siehe dazu auch Proelß in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 400 ff.; Hailbronner/Kau in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 201 f.

Schiedsrichter *Max Huber* definierte in der richtungsweisenden Entscheidung *Island of Palmas* sowohl territoriale Souveränität als auch Gebietshoheit:

„**Sovereignty in relation to territory** is in the present award called **‘territorial sovereignty’**. Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is **the right to exercise therein, to the exclusion of any other State**, the functions of a State.“¹¹⁶

Neben der in diesem Zitat angesprochenen Exklusionsfunktion der territorialen Souveränität sah *Huber* auch einen positiven Gehalt, der insbesondere in der Verpflichtung des Staates bestehe, innerhalb seines Territoriums die Rechte anderer Staaten zu bewahren, ebenso wie die Rechte fremder Staatsangehöriger:

„Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. **This right has as corollary a duty: the obligation to protect** within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory.“¹¹⁷

Hinzu kommt die Obliegenheit der effektiven Nutzung des Staatsgebiets, da andernfalls der Titel abgeschwächt werde und schließlich verloren gehe.¹¹⁸ So deutlich wie von *Huber* werden diese beiden Funktionen der territorialen Souveränität einander selten gegenübergestellt. Wie sich zeigt, ist aber bei allen theoretischen Ansätzen zur Ersitzung die Auseinandersetzung mit dem Spannungsverhältnis zwischen exklusiver Gebietszuordnung durch den Gebietstitel einerseits und der Obliegenheit zur effektiven Nutzung des Gebiets andererseits Kern des Problems.¹¹⁹

¹¹⁶ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (838).

¹¹⁷ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (839). Siehe zu aus der Souveränität folgenden staatlichen Schutzpflichten Kapitel F. III.

¹¹⁸ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (838-840). Dazu ausführlich Kapitel F.

¹¹⁹ Siehe zur Bedeutung dieser Verpflichtung bzw. Obliegenheit des Staates für das Konzept der Souveränität an sich Kapitel F. III.

2. Gebietstitel

Der Gebietstitel wiederum ist die Verkörperung und Ausweis des Status eines Staates als territorialer Souverän. Er sorgt zum einen für die Absicherung der Stellung des Titularstaates gegenüber den übrigen Staaten, die gegebenenfalls Interesse am Gebiet haben, und macht zum anderen die territoriale Souveränität „verkehrs-fähig“.

„[...] the term [i. e. territorial sovereignty] denotes the legal competence which a state enjoys in respect of its territory. This competence is a consequence of title and by no means conterminous with it. [...] **the essence of title: the validity of claims to territorial sovereignty against other states.** [...] In principle the concept of ownership, opposable to all other states and unititular, can and does exist in international law.“¹²⁰

Seit langem werden in der Völkerrechtslehre die verschiedenen Arten des Gebietstitelerwerbs diskutiert. Sie werden unterschiedlich gruppiert und kategorisiert. Man unterscheidet zunächst zwischen originären und derivativen Gebietserwerbsarten, d. h. zwischen neu begründeten und den von einem anderen Inhaber abgeleiteten Titeln. Zu den originären Titelerwerbsarten zählen die Okkupation (*occupation*, d. h. Inbesitznahme von *terra nullius*), die Anwachsung bzw. Anschwemmung (*accretion*) und der heute obsolete Titel der Entdeckung (*discovery*).¹²¹ Die Adjudikation bezeichnet die Gebietszuweisung durch gerichtlichen Beschluss.¹²² Derivative Erwerbsart ist die Zession (*cession*), vor dem Gewaltverbot im Völkerrecht auch die Eroberung (*conquest, annexation*). Bei der unvordenklichen Verjährung (*immemorial possession*) ist unklar, ob sie selbst einen (originären) Gebietserwerbstitel darstellt oder doch nur eine Beweisregelung.¹²³ Die Ersitzung (*acquisitive prescription*) schließlich ist weder

¹²⁰ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 119.

¹²¹ Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, 13. Aufl. 2012, S. 196-200.; Kau in: Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 181 f.; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 752, § 1154 ff.

¹²² Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, 13. Aufl. 2012, S. 197.

¹²³ Eigenständiger Titel: Martens, *Friedrich von*, *Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen*, Bd. 1, 1883, deutsche Ausgabe von Carl Bergbohm, S. 350, 351. Beweisregelung: Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 4. Aufl. 1861, S. 30, § 11; Rivier, *Lehrbuch des Völkerrechts, Handbibliothek des Völkerrechts* (Hrsg. von Kirchheim) Bd. 4, 1889, S. 136; auf sie bezugnehmend Schiedsgericht in *Meerauge Arbitration* Entscheidung vom 13. September 1902, RIAA XXVIII, S. 378 (391). Einrede gegenüber Ansprüchen anderer: Martens, *G. F.*, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Tome premier, 1858, S. 187, 188. Anderen zufolge stellt sie einen Unterfall der akquisitiven Ersitzung dar (Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 20, 21; Johnson, BYBIL 27 (1950), S. 332 (339, 340), abgedruckt in: Shaw, *Title to Territory*, 2005, S. 273 (280, 281).

allgemein von Rechtsprechung und Lehre anerkannt, noch ist ihre Einordnung als originärer oder derivativer Gebietserwerbstitel eindeutig. Darüber hinaus ist das Verhältnis der Ersitzung zur Okkupation und zur unvordenklichen Verjährung nicht geklärt. Ersitzung befindet sich, mit den Worten *Jennings*, noch immer in einer „awkward corner of international law“¹²⁴ und bietet sich daher als Untersuchungsobjekt geradezu an.

3. Intertemporales Völkerrecht

Die Erwerbsarten von Gebiet sowie Gebietstitel selbst sind dem Wandel der Zeit unterworfen und damit auch dem Wandel völkerrechtlicher Normen. Während die Entdeckung über Jahrhunderte hinweg einen gültigen Titel verschaffen konnte, setzte sich im 19. Jahrhundert das Erfordernis der effektiven Beherrschung eines Gebiets als Voraussetzung für den Erwerb, aber auch für die Aufrechterhaltung eines Titels angesichts rivalisierender Ansprüche durch.¹²⁵ Ebenso werfen gewaltsam erworbene Gebiete die Frage danach auf, ob sich die heutige Gebietsinhaberschaft auf einen damals wirksamen, heute aber unwirksamen Titelerwerb gründen kann. Die Ersitzung ist mit dieser Frage insofern verbunden, als geklärt werden muss, wem das Gebiet ursprünglich gehörte, bevor entschieden werden kann, wann und ob es möglicherweise einem anderen Staat zugeordnet wurde.

Max Huber prägte den Begriff des intertemporalen Rechts¹²⁶ in Bezug auf territoriales Völkerrecht in seiner Entscheidung *Island of Palmas*. Er formulierte zwei Grundsätze, die gemeinsam zur Beurteilung der Gebietsinhaberschaft von Bedeutung sind. Der erste Grundsatz ist, dass sich der Erwerb eines Gebietstitels nach dem zum Zeitpunkt des Erwerbs geltenden Recht beurteilt (*tempus regit actum*). Der zweite Grundsatz lautet, dass der Bestand des Erworbenen davon

¹²⁴ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 26; diese Einschätzung ist m. E. auch noch 50 Jahre später aktuell.

¹²⁵ Wobei die bloße Entdeckung ohne irgendeine, wenn auch symbolische (z. B. durch Hissen der Flagge), Inbesitznahme des Gebiets als Titel umstritten war. Siehe dazu *Island of Palmas*, Kapitel E. I. 8. Zur Effektivität *Elias*, *AJIL* 74 (1980), S. 292: „modern international law does not accept an abstract title unsupported by effective occupation or manifestation of authority over the territory or the right in question.“

¹²⁶ Siehe dazu *Kelsen*, *Principles of International Law* (1952), 2. Aufl. ed. by Tucker, 1966, S. 216; *Baade*, *JIR* 7 (1956), S. 229 ff; *Krause-Ablaß*, *Intertemporales Völkerrecht*, 1970; *Elias*, *AJIL* 74 (1980), S. 285 ff.; *Kotzur*, *Intertemporal Law*, in: *Wolftrum* (Hrsg.), *MPEPIL* 2012, S. 278 ff.

abhängt, dass sein Inhalt den Evolutionsprozess des Rechts überdauert hat.¹²⁷

Max Huber:

„[...] a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled.“¹²⁸

„As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.“¹²⁹

Insofern findet keine Anwendung modernen Rechts auf einen alten Sachverhalt statt, sondern der aktuelle Zustand wird nach aktuellem Recht beurteilt. Damit handelt es sich nicht um eine Rückwirkung.¹³⁰ Stattdessen könne man insoweit von „unechter Rückwirkung“ oder auch von „sofortiger Einwirkung“ sprechen.¹³¹

Im Falle des Gebietserwerbs bedeutet der zweite Grundsatz *Hubers*, dass der Titel der Entdeckung, obwohl ursprünglich wirksam, seinem Inhalt nach heute nicht ausreicht, um die territoriale Souveränität auszufüllen, da es an der effektiven Herrschaft über das Gebiet fehlt. Danach besteht ein auf Entdeckung begründeter Titel heute nicht mehr, sofern keine Hoheitshandlungen folgten. Kritiker der Entscheidung mahnten, dass der Gebietstitel als wohl erworbenes Recht trotz späterer Änderungen der Rechtslage weiter bestehen bleiben sollte, um dem

¹²⁷ Baade, JIR 7 (1956), S. 229 (239 ff.), gibt einen Überblick über die Rechtsprechung zu diesen Grundsätzen (u. a. *British-Guiana/Venezuela*, *Grisbadarna*, *Minquiers/Ecrehos*, siehe dazu Kapitel E I. 2., 5., 11.); siehe auch *Elias*, AJIL 74 (1980), S. 285 ff.

¹²⁸ *Island of Palmas Case* (Netherlands, United States), RIAA II, S. 829 (845). So bereits zuvor bzgl. der anwendbaren Methode zur Grenzziehung: *Grisbadarna Arbitration*, AJIL 4 (1910), S. 226 (231).

¹²⁹ *Island of Palmas Case* (Netherlands, United States), RIAA II, S. 829 (845). Baade, JIR 7 (1956), S. 229 (243): „[...] es dürfte anzunehmen sein, daß es sich hier um einen allgemeinen, von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsatz handelt.“

¹³⁰ Zur Frage der Rückwirkung im Völkerrecht siehe Baade, JIR 7 (1956), S. 229 ff., *Verdross/Simma* (1984) *Universelles Völkerrecht*, § 650 (S. 417).

¹³¹ *Krause-Ablaß*, *Intertemporales Völkerrecht*, 1970, S. 20 f.

Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.¹³² *D'Amato* geht sogar so weit zu sagen, „the arbitrator's reasoning seems to contradict the concept of title.“¹³³ *Elias*, auf der anderen Seite, sieht die Gefahr eines plötzlichen Titelverlusts dadurch gebannt, dass das intertemporale Gebietsrecht lange Zeiträume betreffe und der Rivale um den Gebietstitel seinerseits den veränderten rechtlichen Anforderungen unterliege, weshalb er selbst die effektive Beherrschung des Gebiets nachweisen müsse; insofern bestehe eine „balance of forces“¹³⁴.

Ein zentrales Problem der Ersitzung ist, in welchem Maße das moderne Völkerrecht die effektive Beherrschung für die Begründung eines Titels *und* für die Aufrechterhaltung fordert¹³⁵ und inwiefern der einmal (nach modernen Anforderungen wirksam) begründete Titel eine Sicherungsfunktion hat, die einen Titelübergang an einen anderen Staat solange verhindert, wie der Titelinhaber nicht zustimmt (im weitesten Sinne).¹³⁶ Der Internationale Gerichtshof übernahm die Grundsätze *Hubers* in seinen Entscheidungen zu Gebiets- und Grenzstreitigkeiten, modifizierte sie aber insoweit, als er dem Gebietstitel eine stärkere Sicherungsfunktion beimisst und für die bloße Aufrechterhaltung eines Titels nicht dieselbe Intensität an Hoheitsausübung wie zu dessen Begründung fordert.¹³⁷

II. Ersitzung und das Gewaltverbot

Kennzeichen der Ersitzung ist, dass der erwerbende Staat zunächst völkerrechtswidrig handelt (durch Verletzung der territorialen Integrität eines anderen Staates) und anschließend den Titel durch lang andauernde, friedliche, effektive Beherrschung des Gebiets erwirbt. Geht er bei der ersten „Inbesitznahme“ gewaltsam vor, stellt sich die Frage, ob auch ein derartiger Völkerrechtsverstoß in eine rechtmäßige Situation überführt werden kann. Gemäß dem Prinzip *tempus regit actum* richtet sich die Rechtmäßigkeit einer Handlung

¹³² Nachweise zu Zustimmung und Kritik bei *Krause-Ablaß*, Intertemporales Völkerrecht, 1970, S. 111. Kritik äußerten u. a. *Jessup*, AJIL 22 (1928), S. 735 (739 ff.); der amerikanische Prozessvertreter *Nielsen*, Palmas Arbitration, 1928, S. 30; *D'Amato*, International Law, Intertemporal Problems, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 2 (1995), S. 1234-1236, insb. S. 1235.

¹³³ *D'Amato*, International Law, Intertemporal Problems, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 2 (1995), S. 1235.

¹³⁴ *Elias*, AJIL 74 (1980), S. 285 (292).

¹³⁵ So *Baade*, JIR 7 (1956), S. 229 (242); *Huber*; Vertreter der Effektivitätstheorie; s. u.

¹³⁶ Siehe dazu Kapitel D., E.

¹³⁷ Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land, ICJ Reports 1959, S. 209 (229); Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), ICJ Reports 1962, S. 6 (29, 30).

nach den zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Normen.¹³⁸

Das in Art. 2 (4) UN-Charta kodifizierte Gewaltverbot wird heute unabhängig von der vertraglichen Geltung in einem Kernbereich als Völkergewohnheitsrecht sowie als eine der Normen des *ius cogens* betrachtet.¹³⁹ Während bereits seit Beginn des 20. Jahrhunderts das *ius ad bellum* stärker reglementiert wurde, ist das umfassende Gewaltverbot erst 1945 in der UN-Charta rechtlich fixiert worden.¹⁴⁰ Vor der Geltung des Gewaltverbots war die (gewaltsame) Eroberung ein gültiger Gebietserwerbstitel. In Bezug auf den Erwerb von Territorium legt die *Friendly Relations Declaration* das Gewaltverbot der UN-Charta so aus, dass ein Staat sich kein Gebiet mittels Gewaltanwendung aneignen darf und ein derartiger Erwerb auch nicht anerkannt werden wird, Nr. 1 Abs. 10.¹⁴¹ Dies steht in Einklang mit der Qualität des Gewaltverbots als *ius cogens*. Kennzeichen des *ius cogens* ist gerade, dass Verstöße unabhängig von der Zustimmung des verletzten Staaten völkerrechtswidrig sind, da die Schutzgüter derart wesentlich für die internationale Gemeinschaft sind, dass über sie nicht einzelne Staaten verfügen können.¹⁴²

Ganz abgesehen davon, dass die Staatengemeinschaft eher nicht die Anwendung von Gewalt für den Erwerb eines Gebiets klar und eindeutig als rechtmäßig erachten wird (einzelne Ausnahmen erlauben es nicht, von einer „community validation“ der Gewalt zu sprechen), sind fast alle Staaten der Erde vertraglich an das Gewaltverbot der UN-Charta gebunden. Ersitzung, deren Ausgangspunkt

¹³⁸ Dazu siehe *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, S. 85 f. Ausführlich zu intertemporalen Problemen: *Higgins*, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), S. 501-520; *Krause-Ablaß*, *Intertemporales Völkerrecht*, 1970; *Baade*, *JIR* 7 (1956), S. 229 ff.

¹³⁹ *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, S. 85; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, S. 455, 1071-1073, m. N. zur a. A., die angesichts der in der Praxis häufig dennoch angewandten bewaffneten Gewalt das Gewaltverbot für nicht konsensgetragen hält.

¹⁴⁰ Vorläufer des umfassenden Gewaltverbots: Die *Drago-Porter-Konvention* von 1907 (II. Haager Abkommen, RGBL. 910, S. 59) verbot den Einsatz von Gewalt zur Eintreibung von Schulden; die *Völkerbundsatzung* von 1919/1920 verlangte, dass die Staaten ihre Streitigkeiten friedlich beilegen; die *Locarno-Verträge* von 1925 (RGBL. 1925 II, S. 977) zwischen Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien und Italien verpflichtete die Parteien, außer gemäß den entsprechenden Vorschriften des Völkerbundes nicht zum Angriff oder Krieg zu schreiten; der *Briand-Kellogg-Pakt* von 1928 (RGBL. 1929 II, S. 97) ächtete den Krieg, aber nicht umfassend die Anwendung von Gewalt.

¹⁴¹ *Declaration on Principles of International Law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations adopted by the UN General Assembly Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970.*

¹⁴² *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, S. 84. *Orakhelashvili*, *Peremptory Norms in International Law*, 2006, S. 372-409: Da das *ius cogens* außerhalb der Verfügungsgewalt einzelner Staaten stehe, können Verstöße dagegen nicht durch „validation devices“ einzelner verletzter Staaten wie Anerkennung, *acquiescence* oder Ersitzung geheilt werden. Seiner Ansicht nach kann dies nur durch die Völkerrechtsgemeinschaft im Rahmen eines Prozesses geschehen, der ähnlich der Bildung von Gewohnheitsrecht klar und eindeutig zu einer Änderung der Rechtsvorstellung führt.

gewaltsam ist und nach 1945 lag, kann daher heute auch nach einem noch so langen, friedlichen Zeitraum effektiver anschließender Herrschaft keinen Gebietstitel vermitteln.¹⁴³

III. Alternativen zur Ersitzung?

Da die Ersitzung bislang nicht unstreitig zum Kanon der völkerrechtlichen Gebietserwerbsmodi gehört, muss zunächst überprüft werden, ob sich ihre Existenz erübrigt, wenn andere anerkannte Konzepte des Völkerrechts ihren Anwendungsbereich bereits abdecken. Einzelne oder in einem Zusammenspiel könnten sie die Rechtsfolge des Titelübergangs bewirken. Auch bedienen sich die Argumentationen von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung regelmäßig dieser Konzepte, sodass eine Entscheidung über die Existenz der Ersitzung im Völkerrecht nur vor ihrem Hintergrund getroffen werden kann. Dazu zählen der Vertragsschluss, die einseitige Anerkennung, *estoppel* bzw. Präklusion, historische Titel, unvordenkliche Verjährung, das Prinzip *quieta non movere*, Effektivität, *effectivités* und schließlich *uti possidetis*. Die folgende Darstellung will einen Überblick über diese Konzepte geben, ohne bereits an dieser Stelle zu detailliert zu klären, wie sich das jeweilige Verhältnis zur Ersitzung gestaltet (dazu siehe Kapitel E. III., Kapitel G.).

1. Vertragsschluss und Willenserklärungen im Völkerrecht

Die Rechtsfolge der Ersitzung ist der Übergang der territorialen Souveränität. Möglicherweise verbirgt sich hinter einer scheinbaren Ersitzung ein Vertragsschluss. Dies wäre derart zu konstruieren, dass man die Hoheitshandlungen des erwerbenden Staates auf fremdem Gebiet als Angebot an den beeinträchtigten Staat versteht, das Gebiet an ihn abzutreten. Dieses Angebot nähme der beeinträchtigte Staat durch sein Stillschweigen an. Dazu ist zu klären, ob das Verhalten (Hoheitsakte und Stillschweigen) beider Parteien völkerrechtliche Willenserklärungen konstituieren kann, ohne die ein völkerrechtlicher Vertrag nicht zustande kommt.

¹⁴³ So bereits *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 759, § 1163; ebenso *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 367, 368, m. N. zur Gegenansicht.

Ein völkerrechtlicher Vertrag i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut wird geschlossen, indem die völkerrechtsfähigen Parteien aufeinander bezogene, sich deckende Willenserklärungen abgeben, die auf die Begründung, Abänderung oder Aufhebung bestimmter völkerrechtlicher Rechtsfolgen gerichtet sind.¹⁴⁴ Eine staatliche Willenerklärung des Staates ist „jede beliebige Willenserklärung [...], die das Völkerrecht einem Staat als von ihm ausgehend zuschreibt, und aus der es in den Beziehungen der Staaten untereinander Rechtswirkungen folgen lässt.“¹⁴⁵

Das Völkerrecht rechnet die Erklärung des Staatsorgans dem Staat zu.¹⁴⁶ Der staatliche Wille muss in der zum Ausdruck gebrachten Erklärung durch Auslegung ermittelt werden, nicht der innere Wille des erklärenden Individuums.¹⁴⁷ Hinsichtlich der Folgen der Diskrepanz zwischen Erklärung und Willen differenzierte bereits *Anzilotti* dem Privatrecht entsprechend zwischen gewolltem (im Falle von Simulation, Mentalreservation und Scherz) und ungewolltem Auseinanderfallen von Willen und Erklärung (Gewalt, Irrtum und arglistige Täuschung).¹⁴⁸ Die Rechtsfolgen von Willensmängeln sind in der Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁴⁹ niedergelegt worden. Art. 48 WVK berechtigt den Staat, der sich über einen wesentlichen Umstand geirrt hat, diesen Irrtum als Ungültigkeitsgrund vorzubringen, es sei denn, der Staat hat selbst durch sein Verhalten zum Irrtum beigetragen oder er hätte den Umständen nach auf seinen Irrtum aufmerksam werden müssen.¹⁵⁰

¹⁴⁴ *Vitzthum*, in: ders./Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 43; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 191.

¹⁴⁵ *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Einführung – Allgemeine Lehren, 3. Aufl. Berlin, Leipzig 1929, deutsche Übersetzung Bruns, Schmid, S. 256.

¹⁴⁶ Siehe *Stein/von Buttlar*, *Völkerrecht*, 13. Aufl. 2012, S. 17.

¹⁴⁷ *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Einführung – Allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1929, deutsche Übersetzung Bruns, Schmid, S. 259.

¹⁴⁸ *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Einführung – Allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1929, deutsche Übersetzung Bruns, Schmid, S. 259. *Anzilotti* sieht den Fall, dass ein Staat einen Rechtsschein erzeugt, an dem er sich festhalten lassen muss, offenbar nicht als Irrtumsfall an (s. u., Stillschweigen). Der IGH behandelt das Problem der nicht gewollten Erklärung im Fall *Temple of Preah Vihear*, s. u. Kapitel E. I. 14.

¹⁴⁹ Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23.05.1969, in Kraft getreten am 27.01.1980, BGBl. 1985 II, S. 927.

¹⁵⁰ Gemäß Art. 65 I WVK ist die Notifizierung für die Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes erforderlich. Widerspricht der andere Staat innerhalb von drei Monaten nicht, kann der Vertrag für ungültig erklärt werden. Andernfalls wird über die Gültigkeit per friedlicher Streitbeilegung gem. Art. 65 III i. V. m. Art. 33 UN-Charta entschieden. Die WVK ist gem. Art. 3 nur auf schriftliche Verträge anwendbar. Jedoch kodifiziert sie in zahlreichen Bestimmungen nur ohnehin geltendes Völkergewohnheitsrecht; Art. 48 baut wesentlich auf den Entscheidungen des IGH zum *Temple of Preah Vihear* auf (*Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2012, Article 48, S. 818, Rz. 8), sodass Irrtum als Anfechtungsgrund im Völkerrecht von der *opinio iuris* getragen ist.

Will man die Ersitzung als Vertrag konzipieren, kommt ein Irrtum desjenigen Staates in Betracht, der dem Rechtschein zufolge ein Angebot auf Übertragung des Gebietstitels unterbreitet hat. Der Vertrag wäre zunächst wirksam. Um dem Staat die Möglichkeit zu geben, seinen Irrtum geltend zu machen, müsste Art. 48 WVK auf die Situation angewandt werden können, sich darüber zu irren, überhaupt eine Willenserklärung abzugeben. Die sich anschließende Frage wäre, ob der beeinträchtigte Staat den Willensmangel geltend machen dürfte, da er angesichts eines öffentlichen widerrechtlichen Besitzes des erwerbenden Staates selbst auf seinen Irrtum hätte aufmerksam werden müssen.¹⁵¹

Bezüglich der Form einer Willenserklärung stellt das Völkerrecht keine bestimmten Anforderungen; das Gewollte muss aber klar zum Ausdruck gebracht werden.¹⁵² Auch konkludentes staatliches Verhalten kann eine Willenserklärung ausdrücken.¹⁵³ Das Schweigen eines Staates könne im Hinblick auf eine Situation, die ihm bekannt gemacht worden sei oder die allgemein bekannt sei, wenn er die Möglichkeit und kraft besonderer Vereinbarungen oder gemäß der allgemeinen Praxis die Verpflichtung zum Protest gehabt habe, als Zustimmung zu werten sein.¹⁵⁴ *Anzilotti* sieht dieses „beredete“ Stillschweigen als vertragliche Willenserklärung i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut an. Der IGH und die Literatur unterscheiden dagegen zwischen zwei verschiedenen Arten von stillschweigenden Willenserklärungen. Ein vertragliches „tacit agreement“¹⁵⁵ entstehe durch konkludentes (positives) Verhalten der Staaten. In dem von *Anzilotti* angesprochene Fall, dass ein staatliches Verhalten „calls for a response“ eines anderen Staates, und dieser nicht antwortet, entsteht eine Bindung durch

¹⁵¹ Insofern besteht eine parallele Situation zu der in Art. 48 II WVK normierten; vgl. IGH, *Temple of Preah Vihear*, s. u. Kapitel E. I. 13.

¹⁵² *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 191; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment of 23 May, ICJ Reports 2008, S. 12 (50); *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (735, Rz. 253) in Bezug auf die stillschweigende Vereinbarung einer Seegrenze: „[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling“, so auch der IGH in: *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, 27.1.2014, S. 36, 37, Rz. 91; *Temple of Preah Vihear, Preliminary Objections*, ICJ Reports 1961, S. 17 (31), „as is generally the case in international law, which places the principal emphasis on the intentions of the parties, the law prescribes no particular form, parties are free to choose what form they please provided their intention clearly results from it“; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f.) bzgl. einseitiger Akte.

¹⁵³ ICJ Reports 2008, S. 12 (50).

¹⁵⁴ *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Einführung – Allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1929, deutsche Übersetzung *Bruns, Schmid*, S. 259. Näheres, insbesondere zur aus der allgemeinen Praxis folgenden Verpflichtung führt *Anzilotti* leider nicht aus.

¹⁵⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, (Malaysia/Singapore)*, Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12 (50): „The agreement might instead be tacit and arise from the conduct of the Parties“. Siehe auch *Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham*, ICJ Reports 2008, S. 116 (119).

passives Stillschweigen, *acquiescence*, d. h. durch Untätigkeit einer Partei.¹⁵⁶ Diese letztere Art der Bindung werde nicht durch eine zweiseitige Willensübereinstimmung, sondern durch einseitiges Verhalten begründet: „*acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent*“¹⁵⁷. Dieser „Konsens“ fällt aber nicht in die Kategorie der völkerrechtlichen Verträge, da keine Willenseinigung stattfindet.¹⁵⁸ Der Konsens ist der im Vergleich zum Vertrag weitere Begriff:

„‘Konsens’ ist aber gegenüber ‘Vertrag’ der weitere Begriff: Zwar kommt jeder Vertrag durch Konsens zustande, aber nicht jeder Konsens erzeugt einen Vertrag, da ein solcher immer auf einer Willenseinigung beruht. Hingegen kann ein Konsens auch aus einem bloß passiven Verhalten, sich einer bestimmten Ordnung zu fügen, erschlossen werden.“¹⁵⁹

Die Grenzen zwischen einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung und einer einseitigen stillschweigenden Akzeptanz des Verhaltens des anderen Staates sind nicht leicht zu ziehen.¹⁶⁰ Im Sinne der Rechtsklarheit ist die Unterscheidung aber notwendig: Das Vertragsrechtsregime ist ein anderes als das der einseitigen Erklärungen. Es besteht auch ein Unterschied zwischen demjenigen, der eine Situation passiv hinnimmt und demjenigen, der nach außen durch verschiedene einschlägige Handlungen sein Einverständnis mit dem Tun des anderen bekundet. Letzterer kann m. E. eher an seinem nach außen ausgedrückten Willen

¹⁵⁶ Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12 (50); siehe zu der Unterscheidung zwischen tacit agreement und unilateral conduct auch Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, ICJ Reports 1962, S. 6 (23); Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253. Einige Autoren halten aber auch aktives Verhalten u. U. für *acquiescence*. Näheres dazu in Kapitel C. III. 2.

¹⁵⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, ICJ, Reports 1984, S. 246 (305); Hervorhebungen hinzugefügt; diese Formulierung zitiert der IGH im Urteil *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12 (50, 51).

¹⁵⁸ *Vitzthum* in: ders./Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 43, a. A. vertreten laut *Vitzthum* die Autoren *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 75, 519. *Verdross/Simma* behaupten aber gar nicht, dass jeder Konsens auch dem Vertragsrecht i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut unterfällt; vielmehr sei er eine Rechtsquelle (völkerrechtliche Grundnorm), die sich außerhalb dieses Katalogs befinde, siehe *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 519, S. 324-326. Auch andere Autoren ordnen *acquiescence* einem „Konsens“ in einem weiteren Sinne, d. h. ohne ein „meeting of wills“ zu, u. a. *Fiedler*, *Unilateral Acts in International Law*, in: Bernhardt (Hrsg.), *EPIL* 4 (2000), S. 1018 (1018, 1020); *Schwarzenberger*, *AJIL* 51 (1957), S. 308 (318 ff.), abgedr. in: *Shaw*, *Title to Territory*, 2005, S. 249 (259 ff.), versteht den Konsens als Überbegriff für jede Art von Zustimmung.

¹⁵⁹ *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 519.

¹⁶⁰ Die Richter *Abraham/Simma* sind der Ansicht, dass der Begriff der *acquisitive prescription* gewissermaßen beides einschließe, *Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham*, ICJ Reports 2008, S. 116 (119);

festgehalten werden, ersterer nur dann, wenn Vertrauensschutzgesichtspunkte (*estoppel*) dies erfordern.¹⁶¹

Inwiefern eine völkerrechtliche Ersitzung, deren Charakteristikum gerade die Abwesenheit ausdrücklicher Willenserklärungen zur Änderung der territorialen Souveränität ist, sich dem Vertragsrecht zuordnen lässt, ob sie stattdessen dem weiteren Bereich des Konsenses angehört oder sogar vom Willen der Staaten völlig unabhängig ist, wird zu überprüfen sein.

2. Stillschweigende Anerkennung durch acquiescence

Die einseitige Anerkennung durch Akquieszenz, *acquiescence* (englisch) bzw. *acquiescement* (französisch) kommt entweder als Element einer völkerrechtlichen Ersitzung oder als Element eines alternativen Mechanismus zur Bewirkung der Rechtsfolge des Titelübergangs in Betracht. Da *acquiescence* stillschweigendes Verhalten im Sinne einer Duldung oder Hinnahme bedeutet, spielt sie eine zentrale Rolle bei allen Erklärungsansätzen der Ersitzung, da diese sich gerade dadurch auszeichnet, dass sie ohne ausdrückliche Erklärungen der Staaten zustande kommt.

Der IGH definiert in der *Gulf of Maine*-Entscheidung:

„acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent“¹⁶².

Acquiescence ist also eine Form der einseitigen Erklärung im Völkerrecht, die sich durch das Merkmal des Stillschweigens von anderen einseitigen Erklärungen abgrenzen lässt. Zur Wirksamkeit (ausdrücklicher) einseitiger Erklärungen nahm der IGH ausführlich im Fall *Nuclear Tests (Australia v. France)* Stellung.¹⁶³ Die Selbstbindung eines Staats ist durch eine einseitige Erklärung möglich:

¹⁶¹ Dazu siehe Kapitel G. IV., E. I. 14.

¹⁶² ICJ Reports 1984, S. 246 (305), Hervorhebungen hinzugefügt. Ähnlich *Marques Antunes*, Acquiescence, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2012, S. 53: „Acquiescence is thus consent inferred from a juridically relevant silence or inaction“, umfangreiche Nachweise zu Schiedssprüchen und IGH-Urteilen auf S. 54, 55.

¹⁶³ Siehe zur Wirksamkeit einseitiger Erklärungen auch *Suy*, Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, 1962, S. 47, 72; *Cedeño/Torres Cazorla*, Unilateral Acts of States in International Law, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 163-172.

„It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, **that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking**, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.“¹⁶⁴

Den Rechtsgrund für die Bindung sieht der IGH einerseits in der Absicht eines Staates, gebunden zu sein, und andererseits im Prinzip des guten Glaubens, das sowohl das Recht der Verträge, als auch das der einseitigen Erklärungen durchdringt. Damit wird auch deutlich, dass der IGH zwischen dem Recht der Verträge und der Verpflichtung (international obligation) durch eine einseitige Erklärung prinzipiell trennt und die Bindungswirkung letzterer nicht gem. Art. 38 I a IGH-Statut eintritt:¹⁶⁵

„One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the **principle of good faith**. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt servanda in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.“¹⁶⁶

¹⁶⁴ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 43), Hervorhebung hinzugefügt. Eine frühere Entscheidung des PCIJ, Eastern Greenland Case, Series A/B, No. 53, 1933, S. 21 (71), befasste sich mit der Bindungswirkung der mündlichen Erklärung des norwegischen Außenministers *Ihlen* gegenüber der dänischen Regierung, dass es hinsichtlich des Anspruchs Dänemarks auf Grönland keine Probleme seitens Norwegen geben würde. Das Gericht nahm eine Bindungswirkung an; siehe dazu auch Kapitel E. I. 8.

¹⁶⁵ Ebenso: *Fiedler*, Unilateral Acts in International Law, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 4 (2000), S. 1018 (1018, 1020), es sei zwischen vertraglicher und einseitiger Verpflichtung zu trennen und durch Interpretation zu ermitteln, ob sich ein Verhalten auf einen existierenden Vertrag bezieht (etwa den Vertragsschluss, die Vertragsänderung oder Beendigung) oder davon unabhängig erfolgt. Die Ansichten, die jede Art der losen reziproken Bindung dem Regime des Vertrags gem. Art. 38 I IGH-Statut unterstellt, lehnt er überzeugend als „over-interpretation“ ab.

¹⁶⁶ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 46), kursiv im Original; zu diesem Fall *Dörr*, Kompendium des Völkerrechts, 2004, S. 312 ff., dort Verweis auf *Carbone*, ItYBIL 1 (1975), 166.

Acquiescence zählt zu denjenigen einseitigen Akten, deren Typus völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist.¹⁶⁷ Für sonstige, nicht typisierte Fälle wie einseitige Erklärungen beruht ihre Bindungswirkung allein auf dem Prinzip des guten Glaubens. Eine Ausprägung des guten Glauben ist der Grundsatz *venire contra factum proprium*, der im Falle des einseitigen Aktes rechtliche Bindungen erzeugt; es ist nicht generell notwendig, dass eine Reaktion des anderen Staates aufgrund des einseitigen Handelns bereits erfolgt ist. Es genüge,

„if the declaring State has created a legally relevant **situation of trust** which in the specific circumstances of the case entails legally binding force.“¹⁶⁸

Eine Akzeptanz, Gegenleistung, oder überhaupt irgendeine Reaktion des anderen Staates ist für die Erzeugung einer Bindungswirkung auch dem IGH zufolge nicht erforderlich:

„An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, **nothing in the nature of a quid pro quo nor any subsequent acceptance** of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the state was made.“¹⁶⁹

Da die *acquiescence* also auf dem Vertrauensschutz basiert und ihr *venire contra factum proprium* zugrunde liegt, steht sie in enger Verbindung zu einem weiteren völkerrechtlich anerkannten Prinzip, dem *estoppel*.¹⁷⁰ *Barale* zufolge ist *acquiescence* eine Ausformung des *estoppel*. Das widersprüchliche Handeln eines

¹⁶⁷ Fiedler, Unilateral Acts in International Law, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 4 (2000), S. 1018 (1018, 1020 f.); ebenso wie beispielsweise die Anerkennung, Protest, Renunziation, Notifizierung und Revokation; Odendahl, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, 2012, Article 45, S. 768: *acquiescence* ist völkergewohnheitsrechtlicher Natur; Zemanek, Unilateral Legal Acts Revisited, in: Wellens (Hrsg.), International Law: Theory and Practice. Essays in Honor of Eric Suy, 1998, S. 209 (212), bezeichnet diese Akte als „autonomous unilateral legal acts“ in Abgrenzung zu einseitigen Handlungen im Rahmen der Bildung von Vertrags- oder Gewohnheitsrecht.

¹⁶⁸ Fiedler, Unilateral Acts in International Law, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 4 (2000), S. 1018 (1021).

¹⁶⁹ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 43), Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁷⁰ Dazu in C. III. 3.

Staates löse eine Vertrauenshaftung als Teil der Staatenverantwortlichkeit aus. Die *acquiescence* sei gewissermaßen die Sanktion des Rechts der Staatenverantwortlichkeit für die Verletzung der völkerrechtlichen Pflicht, sich kohärent zu verhalten. Die Fiktion einer Zustimmung durch *acquiescence* sei unerheblich und überflüssig; die Doktrin stelle gerade eine Ausnahme vom Voluntarismus des Völkerrechts dar.¹⁷¹

Barales Ansatz überzeugt nicht. Zunächst arbeitet auch er, ohne es zu bemerken, mit der Unterstellung des Willens des stillschweigenden Staates. Denn er spricht vom klaren Verhalten eines Staates, das dessen Position repräsentiere und auf das sich die anderen Staaten verlassen können.¹⁷² Die Haltung eines Staates in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt ist aber Ausdruck seines Willens; die anderen Staaten vertrauen potentiell auf den Rechtsschein des Willens. *Barale* ist insofern Recht zu geben, als er sagt, dass es für die Bindung nicht auf den wirklichen Willen ankommt. Dennoch, und das ist für die Unterscheidung zum *estoppel* erheblich, ist *acquiescence* als einseitige Erklärung nicht davon abhängig, dass ein anderer Staat tatsächlich darauf vertraut und seine Handlungen darauf ausgerichtet hat. Deshalb hindert den Staat nichts daran, die durch den Rechtsschein begründete Bindung durch Geltendmachung seines wirklichen Willens wieder aufzuheben. Hingegen ist der Staat daran gehindert, die Bindung anzufechten, wenn er dieses Recht wegen des schutzwürdigen, betätigten Vertrauens der Gegenseite verwirkt hat (*estoppel*).¹⁷³

Während *acquiescence* die Bindung herstellt, macht *estoppel* sie unwiderruflich. Auch die Einordnung ins Recht der Staatenverantwortlichkeit ist verfehlt. Die Staatenverantwortlichkeit trifft denjenigen Staat, der völkerrechtswidrig gehandelt hat (vgl. Art. 2 der *Draft Articles*¹⁷⁴). Ein Staat, der sich widersprüchlich verhält,

¹⁷¹ *Barale*, AFDI 11 (1965), S. 389 (425, 426).

¹⁷² *Barale*, AFDI 11 (1965), S. 389 (426).

¹⁷³ Zu dieser Konstellation siehe *Temple of Preah Vihear*, Kapitel E. I. 14.

¹⁷⁴ Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Anlage zur GA Res. 56/83 v. 12.12.2001, abgedr. in Sart. II Nr. 6, Art. 2: „Eine völkerrechtswidrige Handlung eines Staates liegt vor, wenn ein Verhalten in Form eines Tuns oder eines Unterlassens a) dem Staat nach dem Völkerrecht zurechenbar ist und b) eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates darstellt.“ Zur völkergewohnheitsrechtlichen Geltung der *Draft Articles* *Dörr*, Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater – auf der Grundlage und in den Grenzen einer völkerrechtlichen Schutznormlehre, in: Breuer et al. (Hrsg.), Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, 2013, S. 765 (767) m. w. N., u. a. zu IGH in Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, ICJ Reports 2007, S. 43 (202, Rz. 385; S. 208-211, Rz. 401, Rz. 407; S. 232, 233, Rz. 460).

bricht dadurch aber nicht das Völkerrecht. Es existiert keine rechtliche Pflicht, sich widerspruchsfrei zu verhalten – dies würde die staatliche Handlungsfreiheit unangemessen einschränken und ist nicht ersichtlich vom Konsens der Völkerrechtsgemeinschaft getragen. Die Sanktionen für die Verletzung des Gebots widerspruchsfreien Verhaltens begünstigen nicht die Gegenpartei als Kompensation für erlittenes Unrecht, sondern gehen ausschließlich zulasten des sich widersprechenden Staates, indem sie ihn – möglicherweise dauerhaft – binden. Erst der Verstoß gegen die durch *acquiescence* erzeugte Bindung würde die Staatenverantwortlichkeit auslösen. Es handelt sich bei dem Gebot widerspruchsfreien Verhaltens um eine Obliegenheit.¹⁷⁵

Für einseitige Bindungen ist keine spezielle Form vorgeschrieben¹⁷⁶, stattdessen kommt es entscheidend auf die Klarheit an, mit der der Staatswille zum Ausdruck gebracht wird.

„With regard to the question of form, it should be observed that this is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. [...] ‘the sole relevant question is whether **the language** employed in any given declaration does **reveal a clear intention** . . .’¹⁷⁷

Eine restriktive Auslegung ist hinsichtlich derjenigen Bindungen anzulegen, die die Handlungsfreiheit eines Staates beschränken:

„Of course, not all unilateral acts imply obligation; but a State may choose to take up a certain position in relation to a particular matter with the intention of being bound - the intention is to be ascertained by interpretation of the act. When States make statements by which their freedom of action is to be limited, **a restrictive interpretation is called for.**“¹⁷⁸

¹⁷⁵ Dazu Kapitel F.

¹⁷⁶ Temple of Preah Vihear, ICJ Reports 1961, Judgment on the Preliminary Objections, S. 17 (31).

¹⁷⁷ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 45), ebenso in Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, S. 6 (28, Rz. 50): „the Court recalls that a statement of this kind can create legal obligations only if it is made in clear and specific terms [...]“.

¹⁷⁸ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 44).

In *Burkina Faso/Mali*¹⁷⁹ führt der IGH weiter aus, dass im Regelfall dann kein Anlass besteht, aus einer Äußerung eines Staatsorgans den Willen zu einer einseitigen Selbstbindung abzuleiten, wenn der Staat ohne weiteres eine Vereinbarung desselben Inhalts hätte schließen können. Dies war Frankreich in den *Nuclear Tests*-Fällen nicht möglich gewesen, da es mit allen Staaten der Welt eine Vereinbarung über die künftige Nichtdurchführung von Atomtests hätte schließen müssen. Mali im o. g. Urteil dagegen hätte die Beschlüsse der Mediationskommission der African Unity auf dem normalen Wege, d. h. durch formale Vereinbarung auf Basis der Wechselseitigkeit, als bindend akzeptieren können. Eine einseitige Erklärung des Regierungschefs Malis auf einem Gipfeltreffen der rechtlichen Unterkommission habe daher keine Bindungswirkung hervorgerufen.¹⁸⁰

Letzteres Kriterium kann bei einer Bindung an eine stillschweigende, einseitige Zustimmung (*acquiescence*) zu einer Gebietsübertragung nicht angewandt werden: Kennzeichen des Gebietsübergangs auf Basis des Verhaltens der Staaten ist gerade, dass außervertraglich geschaffene Fakten rechtliche Wirksamkeit erlangen; daher kann für die Bindung durch einseitige stillschweigende Erklärung nicht gefordert werden, sie gelte subsidiär nur für den Fall, dass man einen Vertrag ohne weiteres hätte schließen können – dies ist nämlich zur Grenzziehung bzw. Gebietszuordnung immer theoretisch möglich.¹⁸¹

Dennoch muss auch an die stillschweigende Ausformung der einseitigen Erklärung ein restriktiver Maßstab angelegt werden; wenn bereits eine ausdrückliche Erklärung im Zweifelsfall keine Selbstbindung bedeutet, gilt dies erst Recht für eine stillschweigende Erklärung. Die Schwierigkeiten, die schon bei der Auslegung einer ausdrücklichen einseitigen Erklärungen bestehen – etwa die Frage, ob ein vertretungsberechtigtes Organ die Erklärung abgegeben hat und wie sich der Inhalt der Erklärung bestimmt¹⁸² – ergeben sich potenziert bei der Auslegung eines staatlichen Unterlassens. Dafür spricht auch, dass im Fall *Lotus* der Ständige Internationale Gerichtshof entschied, dass Beschränkungen

¹⁷⁹ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, ICJ Reports 1986, S. 554 (576).

¹⁸⁰ ICJ Reports 1986, S. 554 (574, Rz. 40 ff.).

¹⁸¹ Auch der IGH erkennt die Bedeutung von *acquiescence* im Zusammenhang mit der Übertragung von territorialer Souveränität an, siehe dazu unten die Fallsammlung und -Auswertung, Kapitel E.

¹⁸² *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 280.

staatlicher Souveränität nicht vermutet werden dürfen.¹⁸³ Für die Bewertung eines staatlichen Stillschweigens als Zustimmung ist daher ein klares, eindeutiges und konsistentes Verhalten erforderlich,¹⁸⁴ und dies angesichts einer Situation, die zu einer Antwort herausfordert.¹⁸⁵

Als Voraussetzungen für *acquiescence* kristallisieren sich Folgende heraus:¹⁸⁶ Zunächst ist die Kenntnis oder unterstellte Kenntnis (*connaissance implicite, constructive knowledge*) derjenigen Akte oder Ansichten erforderlich, bzgl. derer der Staat stillschweigend einwilligt. Unterstellt werden kann die Kenntnis dann, wenn die Fakten einen gewissen Grad der Offensichtlichkeit erlangt haben, sodass die tatsächliche Kenntnis der beeinträchtigten Partei nicht mehr nachgewiesen werden muss. Grund für die Unterstellung der Kenntnis ist, dass die Unkenntnis nicht entschuldigt werden kann (im deutschen Recht wird die Kenntnis zwar nicht unterstellt, aber an die fahrlässige Unkenntnis dieselbe Rechtsfolge geknüpft wie an die Kenntnis, z. B. § 932 II BGB). Auf der anderen Seite kann eine heimliche Besitzergreifung dem beeinträchtigten Staat nicht entgegengehalten werden,¹⁸⁷ da dann nicht der Rechtsschein der Zustimmung entstehen kann, auf den der besitzergreifende Staat vertrauen könnte.

Weitere Voraussetzung ist der staatliche Wille, sich zu verpflichten. Die Rechtsprechung habe aus dem Verhalten von Staaten Verpflichtungen abgeleitet, obwohl sie tatsächlich nicht den Willen hatten, sich rechtlich zu binden. „La raison serait“, so einige Wissenschaftler, „que l’on tient compte de la volonté exprimée et non de la volonté réelle“¹⁸⁸. Dieses Phänomen ist nicht ausschließlich hinsichtlich einer stillschweigenden Zustimmung relevant (s. o.). Auch im Bereich des (ausdrücklichen) Vertragsrechts wird immer auf den externalisierten Willen abgestellt, ohne Untersuchungen darüber anzustellen, ob

¹⁸³ Affaire du „Lotus“, PCIJ Series A, No. 10, S. 18.

¹⁸⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (1984), ICJ Reports 1984, S. 246 (305, 309).

¹⁸⁵ Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, (Malaysia/Singapore), ICJ Reports 2008, S. 12 (50, 51); *Temple of Preah Vihear*, ICJ Reports 1962, S. 6 (23); siehe auch *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 281, „L’acquiescement a été défini comme l’inaction ou l’attitude passive d’un sujet du droit des gens lors de circonstances qui exigeaient une réaction de sa part.“

¹⁸⁶ Siehe zu dem folgenden Abschnitt *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 283 ff.

¹⁸⁷ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 283, 284.

¹⁸⁸ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 284, mit Nachweisen für diese Ansicht: *Barale*, *L’acquiescement dans la jurisprudence internationale*, AFDI 11 (1965), S. 389 (421); *Cahier*, *Le comportement des Etats comme source de droits et d’obligations*, in: *Faculté de droit et IUHEI, Recueil d’Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968, S. 249.

der wirkliche Wille dem nach außen bekundeten auch entspricht. *Acquiescence* und vertragliche Zustimmung sind in dieser Hinsicht identisch; der Wille wird bei letzterem aus dem Vertragsschluss abgeleitet, bei ersterem aus dem Verhalten des Staates.¹⁸⁹

Es muss die Last bestehen, zu reagieren. Die Schwierigkeit besteht darin, generell festzulegen, welche Umstände einen Staat zu einer Reaktion herausfordern. Die Autoren nennen üblicherweise Beispiele. Unzweifelhaft sei dies der Fall, wenn ein Drittstaat ein Gebiet in Besitz nimmt, das er als das seinige betrachtet.¹⁹⁰ Nicht jeder Besitz ist aber vom Bewusstsein und dem Anspruch getragen, Gebietsinhaber zu sein – so ist es möglich, dass sich ein beeinträchtigender Staat der Abwesenheit eines eigenen Titels bewusst ist oder Zweifel an der Rechtmäßigkeit seiner Position hat. Ist dies der Fall, reicht das Faktum des Besitzes allein nicht aus, um *acquiescence* der Gegenseite zu begründen.¹⁹¹ Aber auch wenn der Wille, als Gebietsinhaber zu handeln, vorhanden ist, löst nicht jeder adverse Besitz die Obliegenheit zur Reaktion aus. Dazu müssen weitere Umstände in ihrer Gesamtheit untersucht werden: ob der inaktive Staat seine Position in Bezug auf das Gebiet kennt, ob der aktive Staat bereits Hoheitsakte ausgeübt hat, die einen Eingriff in die territoriale Souveränität der anderen Partei bedeuten, ob die Handlungen des aktiven Staates dazu geeignet sind, die Beziehungen zwischen den Parteien oder zwischen dem inaktiven Staat und Drittstaaten zu beeinträchtigen.¹⁹² Letztlich ist die Frage, ob eine Handlung erforderlich war, nur aus den Umständen des Einzelfalls zu beantworten.¹⁹³

Die Akzeptanz muss (wie oben bereits dargelegt) schließlich klar und konstant sein. Einige Autoren halten den Zeitablauf für ein Element von *acquiescence*,

¹⁸⁹ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 284. Im Falle des Auseinanderfallens von wirklichem und nach außen erkennbarem Willen kommt es demnach zu einer Rechtsscheinhaftung. *Marques Antunes* zufolge ist die subjektive Intention des stillschweigenden Staates nicht von Bedeutung, nur das externalisierte Verhalten, *Acquiescence*, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* 2012, S. 53 (56).

¹⁹⁰ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 286, Nachweis zu Honduras borders (Guatemala, Honduras), *Arbitral Award*, 23.01.1933, *RIAA* II, S. 1307 (1327): „While no state can acquire jurisdiction over territory in another State by mere declarations on its own behalf, it is equally true that [the] assertions of authority by Guatemala (...) show clearly [her] understanding that this was her territory. These assertions invited opposition on the part of Honduras if they were believed to be unwarranted.“

¹⁹¹ Vgl. zur Position des (St)IGH bezüglich des Willens zur Gebietsinhaberschaft die Fälle *Eastern Greenland*, E. I. 9; *Kaskili/Sedudu*, Kapitel E. I. 19., *Sovereignty over Pulau Ligatan/Pulau Sipidan*, E. I. 22.

¹⁹² Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 288, 289.

¹⁹³ *Tams*, *Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription*, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 1035 (1044).

während andere dagegen die Zeit als ein jeder juristischen Beziehung inhärentes Phänomen ohne rechtliche Bedeutung sehen.¹⁹⁴ Die Zustimmung kann nicht abgeleitet werden, sofern dies gegen zwingendes Völkerrecht verstößt.¹⁹⁵

Es wird vertreten, dass für *acquiescence* sowohl passives als auch aktives Verhalten in Betracht kommt, das konkludent das Nichtgeltendmachen des Anspruchs und damit die Zustimmung ausdrückt.¹⁹⁶ Dagegen ist einzuwenden, dass die Zusammenfassung aktiven und passiven Verhaltens als *acquiescence* deren Charakteristikum als stillschweigende, d. h. passive Akzeptanz in Abgrenzung zu einer konkludenten Zustimmung verwischt.¹⁹⁷ Dadurch bringt man sie in eine noch engere Nähe zum konkludenten Vertragsschluss und kann so nicht mehr zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften trennen, für die unterschiedliche Bedingungen gelten (s. o.). Sowohl die früher ergangenen

¹⁹⁴ Ersteres: *Barale*, L'acquiescement dans la jurisprudence internationale, AFDI 11 (1965), S. 389 (404, 405); *Marques Antunes*, Acquiescence, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 53 (56), „lapse of time“. Letzteres: *Kohen*, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 289; da die rechtlichen Beziehungen sich in der zeitlichen Dimension entfalten. So sei eine gewisse Dauer nötig, damit die rechtlichen Elemente sich manifestieren könnten; etwa um die Effektivität des Besitzes feststellen zu können.

¹⁹⁵ *Marques Antunes*, Acquiescence, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 53 (55). Der Autor stellt zusätzlich auf die Voraussetzungen der „consistency“ der Faktenlage (nicht des Verhaltens des einwilligenden Staates) sowie auf die „provenance“ des Verhaltens ab, d. h. darauf, dass ein relevanter Staatsvertreter das passive Verhalten gezeigt hat.

¹⁹⁶ *Kohen*, ebd., S. 291, zitiert dazu den IGH in Land, Island and Maritime Frontier, El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening), Judgment, ICJ Reports 1992, S. 351 (408, Rz. 80), der es in diesem Urteil für möglich hielt, dass bestimmte Formen staatlicher Aktivität oder Inaktivität als *acquiescence* einen Grenzverlauf zu ändern vermögen: „It was obviously open to those States to vary the boundaries between them by agreement; and some forms of activity, or inactivity, might amount to acquiescence in a boundary other than that of 1821“. Ebenso *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 39; *Tams*, Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, S. 1035 (1043), unter Berufung auf den IGH in *Temple of Preah Vihear*. Darin nimmt der IGH aber gerade eine Trennung zwischen konkludenter Zustimmung und passiver Akzeptanz durch *acquiescence* vor, siehe Kapitel E. I. 14. Art. 45 der ILC-Artikel über die Staatenverantwortlichkeit, GA Res 56/83 v. 12.12.2001, abgedr. in Sart. II Nr. 6, ist nicht eindeutig formuliert; die konzeptuelle Trennung zwischen dem auch implizit möglichen „waiver“ (Art. 45 a) und „acquiescence“ (Art. 45 b) könnte dafür sprechen, *acquiescence* nur als passive Form zu verstehen, *Tams*, Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, S. 1035 (1043, 1044). *Tams* selbst lehnt dies aber ab. Für Art. 45 WVK bedeutet die dort verwendete Formulierung „acquiescence in“ sowohl aktives als auch passives Verhalten, da sie auf den ursprünglichen Vorschlag des SR *Waldock* zurückgeht (Draft Art. 4, SR Sir *Waldock*, 2nd report on the Law of Treaties, 1963-II, YBILC S. 39 ff.). Dieser lautete, dass ein Staat sein Recht verlieren könne, sofern er, „by its own acts or omissions“ präkludiert sei, das Recht geltend zu machen, siehe Darstellung bei *Odendahl*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, 2012, Article 45, S. 765 (771), mit Nachweisen dazu, dass für gewöhnlich unter *acquiescence* allein passives Verhalten verstanden wird; *Das*, Revue belge de droit international 1997, S. 607, 618 ff.; *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176, 197 ff.; *Marques Antunes*, Acquiescence, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 57. *Ross*, A Textbook of International Law, 1947, S. 244, versteht unter *acquiescence* allein aktives, konkludentes Verhalten, das Zustimmung ausdrückt. Reine Passivität genüge nicht.

¹⁹⁷ *Kohen*, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 291. Vom konkludenten „consentement formel“ unterscheidet sich „acquiescement“ dadurch, dass dieses eine konkludente Einigung über einen spezifischen Inhalt innerhalb eines vertraglichen Rahmens bedeute, während „acquiescement“ die Zustimmung an sich betreffe; worauf diese Unterscheidung gründet, bleibt (der Verfasserin) unklar.

Urteile des IGH, *Temple of Preah Vihear*¹⁹⁸, *Gulf of Maine*¹⁹⁹ als auch das neuere Urteil *Malaysia/Singapore, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*²⁰⁰ aus dem Jahre 2008 benennen als *acquiescence* allein die passive Form der Zustimmung.²⁰¹

Acquiescence ist der Schlüsselbegriff im Zusammenhang mit der Ersitzung, die sich gerade durch die Abwesenheit ausdrücklicher Erklärungen, aber auch konkludenter positiver Handlungen des beeinträchtigten Staates auszeichnet. In wiefern sich *acquiescence* in die tatbestandliche Architektur der völkerrechtlichen Ersitzung einfügt, wird in Kapitel G. gezeigt werden.

3. Estoppel, Präklusion, Vertrauensschutz

Estoppel entstammt dem *common law* und basiert auf dem allgemeinen Prinzip des guten Glaubens. Es betrifft das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens eines Staates in dem Fall, dass ein anderer Staat auf das frühere Verhalten vertraut und seine eigenen Handlungen darauf ausgerichtet hat. Das *common law* verlangt für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens, dass die zu schützende Partei zu einer Veränderung ihres Verhaltens bewegt wurde, das ihr zum Nachteil gereicht.²⁰²

¹⁹⁸ ICJ Reports 1962, S. 6 (23), „the circumstances were such as called for some reaction, [...] They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced“.

¹⁹⁹ ICJ Reports 1984, S. 246 (305): „acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent“.

²⁰⁰ ICJ Reports 2008, S. 12 (51), Zitat der Definition aus *Gulf of Maine*, siehe Kapitel E. I. 15.

²⁰¹ So auch Richter *Abraham* und *Simma*, die der Ansicht sind, dass *acquisitive prescription* sowohl *acquiescence* (passives Verhalten) als auch *tacit agreement* (konkludentes, aber aktives Verhalten) umfasse, Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham, ICJ Reports 2008, S. 119, Hervorhebung hinzugefügt.

²⁰² Siehe zu *estoppel Martin*, L'estoppel en droit international public, 1979, mit einer vorangehenden Darstellung der anglo-amerikanischen *estoppel*-Doktrin, S. 9-64. Seine Definition des *estoppel* im Völkerrecht lautet: „La Partie qui l'invoque devra: A) établir l'existence d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement initial qui, émanant d'un organe habilité à engager un sujet de droit international, a donné librement une représentation claire et non équivoque d'un certain état de fait [...]; B) prouver qu'elle a été allègue, et qu'elle a effectivement agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi de cette déclaration, de cet acte ou de ce comportement [...]; C) démontrer qu'il en est résulté une modification préjudiciable de sa position, ou un avantage pour la Partie adverse, ou le deux à la fois [...]; D) établir que la Partie à laquelle la déclaration, l'acte ou le comportement initial est imputable est revenue par la suite celui-ci en le contredisant, l'infirmant ou le modifiant sur un point essentiel [...]“, S. 273. Weitere Definition bei *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (200); siehe auch *Fiedler*, Unilateral Acts in International Law, in: Bernhardt (Hrsg.), EPIL 4 (2000), S. 1018 ff. (1020): „to have already been induced into action, from which adverse consequences would ensue, should the State having made the declaration later take an opposing point of view. This prerequisite may be derived from the principle of estoppel“. *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 1 ff.; *MacGibbon*, The International and Comparative Law Quarterly 7 (1958), S. 468; *Hulsroj*, Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 219 (232, Fn. 30, 247, Fn. 67); *Günther*, Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht, 1970, 143 f.

Allein Elemente einer der vielen Formen des *estoppel*, nämlich *estoppel by representation* bzw. *conduct* haben Eingang ins Völkerrecht gefunden.²⁰³ *Estoppel* wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut qualifiziert, da es im Wege der Analogie zum nationalen Recht Eingang in das Völkerrecht gefunden habe.²⁰⁴ *Estoppel* kann durch den Abschluss von Verträgen oder andere schriftliche diplomatische Äußerungen hervorgerufen werden, aber auch durch sonstiges staatliches Verhalten. Als Rechtsfolge von *estoppel* tritt die Präklusion ein. Diese bedeutet einen Ausschluss der Möglichkeit, Tatsachen geltend zu machen, die ein eigenes Recht begründen oder ein fremdes Recht ausschließen würden:

„The rule of estoppel, whether treated as a rule of evidence or as a rule of substantive law, **operates so as to preclude** a party from denying before a tribunal the truth of a statement of fact made previously by that party to another whereby that other has acted to his detriment or the party making that statement has secured some benefit.“²⁰⁵

Der Internationale Gerichtshof führt zum Unterschied zwischen *estoppel* und *preclusion* aus, dass einer Ansicht zufolge *estoppel* den materiellen Aspekt, Präklusion den prozessualen Aspekt desselben Prinzips betreffe:

[...] while estoppel is linked to the idea of preclusion. According to one view, preclusion is in fact the procedural aspect and estoppel the substantive aspect of the same principle.“²⁰⁶

²⁰³ *Martin*, ebd., S. 273.

²⁰⁴ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (181); auch *MacGibbon* (ebd., S. 470) und *Hulsroj* (ebd., S. 247) sehen *estoppel* als allgemeinen Rechtsgrundsatz.

²⁰⁵ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (176, Hervorhebung hinzugefügt) mit Nachweisen zu den Ansichten bzgl. *estoppel* als materielles oder prozessuales Prinzip (letzttere Ansicht u. a. *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, 1927, S. 203: erstere Ansicht zur Zeit des Aufsatzes laut *Bowett* vorherrschende im amerikanischen und englischen nationalen Recht). Die von *Bowett* angesprochene und auch vom IGH aufgegriffene Variante, dass diejenige Partei, die die Aussage getroffen hat, auf die die andere Partei vertraut, einen Vorteil gezogen hat, scheint in der nationalen *estoppel*-Lehre nicht anerkannt zu sein: *Bower*, in: Feltham/Hochberg/Leech (Hrsg.), *The Law relating to Estoppel by Representation*, 4. Aufl. 2004, Abschn. I. 2. 2.: „where one person (‘the representor’) has made a representation of fact to another person (‘the representee’) in words or by acts or conduct, or (being under a duty to the representee to speak or act) by silence or inaction, with the intention (actual or presumptive) and with the result of inducing the representee on the faith of such representation to alter his position **to his detriment**, the representor, in any litigation which may afterwards take place between him and the representee, is estopped, as against the representee, from making, or attempting to establish by evidence, any averment substantially at variance with his former representation, if the representee at the proper time, and in proper manner, objects thereto“, Hervorhebung hinzugefügt.

²⁰⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, ICJ Reports 1984, S. 246 (305).

Die Ersitzung zeichnet sich dadurch aus, dass der beeinträchtigte Staat die Widerrechtlichkeit des Handelns des erwerbenden Staates beziehungsweise seinen in Wahrheit bestehenden Unwillen, der Verletzung der territorialen Integrität zuzustimmen, nicht mehr rechtswirksam geltend machen kann. *Estoppel* steht daher in einem engen Verhältnis zur Ersitzung.

Bowett gibt zu bedenken, dass *estoppel* und Ersitzung dennoch nicht zu verwechseln seien.²⁰⁷ *Acquiescence* sei ein Element, das sowohl *estoppel* hervorrufen könne,²⁰⁸ als auch Voraussetzung für Ersitzung sei. Gegen die Identifikation von *estoppel* und Ersitzung spreche unter anderem, dass der erwerbende Staat bei einer Ersitzung häufig nicht gutgläubig sei (eine Voraussetzung von *estoppel*) und er auch keinen Nachteil durch das Stillschweigen des anderen Staates erleide, sondern im Gegenteil nur einen Vorteil (nämlich den Gebietserwerb).²⁰⁹

Wenn ein Staat in Unkenntnis dessen, dass er sich jenseits der eigenen Grenze bewegt, beträchtliche Aufwendungen auf das fremde Territorium vornimmt, sei der andere Staat aufgrund seiner Inaktivität daran gehindert, „estopped“, seine eigene territoriale Inhaberschaft geltend zu machen. In dieser Konstellation sei der Unterschied zwischen Ersitzung und *estoppel* im Ergebnis marginal. Dennoch bestehe immer die Differenz, dass die Ersitzung eine lange Zeitperiode voraussetze, während *estoppel* dies nicht erfordere.²¹⁰

Der IGH nennt das Element des guten Glaubens, anders als *Bowett*, nicht als Voraussetzung dafür, *estoppel* (gewissermaßen als Einrede) geltend machen zu dürfen.²¹¹ In der Entscheidung zum *North Sea Continental Shelf* definierte er:

„a situation of estoppel could suffice to lend substance to this contention, - that is to say if the Federal Republic were now precluded from denying the

²⁰⁷ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (201): „it would seem that the use of the doctrine of estoppel in circumstances where prescription ought to be relied on is inadmissible in international law.“.

²⁰⁸ Ebenso *Marques Antunes*, *Acquiescence*, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 53 (57).

²⁰⁹ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (199-201). Gegen die Voraussetzungen des guten Glaubens und des Schadens s. o.

²¹⁰ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (201).

²¹¹ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (200), dort erste Tatbestandsvoraussetzung. Siehe zur Rspr. des IGH auch *Temple of Preah Vihear*, ICJ Reports 1962, S. 6 (32).

applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime, but also had caused Denmark or the Netherlands, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice.“²¹²

Hinsichtlich der Reaktion des aktiv handelnden Staates auf das Stillschweigen des anderen reicht es nach Ansicht des IGH aus, dass der stillschweigende Staat selbst profitiert hat, ein Schaden des vertrauenden Staates ist nicht zwingend notwendig. Im *Temple of Preah Vihear*-Fall sah der IGH neben dem Vorteil des möglicherweise durch Ersitzung erwerbenden Staates Kambodscha auch einen Vorteil zugunsten des angeblich beeinträchtigten Staates Thailand.²¹³ Der Gerichtshof stellte insofern fest, dass Thailand über Jahrzehnte hinweg von der Beständigkeit der Grenze profitiert habe und daher daran gehindert sei, jetzt noch Einwendungen gegen ihren Verlauf zu erheben.²¹⁴

Weniger deutlich ist die Unterscheidung zwischen *prescription* und *estoppel* bei *Schwarzenberger*, für den die Bindungswirkung des einzelnen und aller Staaten, den Titel eines anderen zu respektieren, allein auf *estoppel* basieren, das durch fortgesetztes Stillschweigen ausgelöst wird.²¹⁵ Vertrauensschutzgesichtspunkte wie *good faith* und *detriment* spielen in seiner Konzeption von *estoppel* keine Rolle; diese finden keinen Platz, da jeder Titel zunächst relativ zu den Ansprüchen anderer ist (d. h. immer potentiell advers, daher ist kein guter Glaube und auch kein schützenswertes Vertrauen auf das Verhalten anderer möglich), und sich erst im Laufe der Zeit konsolidiert.

Während also das Kriterium des guten Glaubens umstritten ist und auch das Kriterium des Schadens bzw. des Vorteils unterschiedlich weit ausgelegt wird bzw. für verzichtbar erachtet wird, besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur darüber, dass eine günstige Rechtsfolge nicht an das Verhalten eines

²¹² North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), ICJ Reports 1969, S. 3 (26).

²¹³ Zum Erfordernis des Schadens siehe auch IGH in *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, ICJ Reports 1984, S. 246 (309), in dem er den Unterschied zwischen *acquiescence* und *estoppel* im Element des Schadens sieht: „the element of detriment or prejudice caused by a State's change of attitude, which distinguishes *estoppel stricto sensu* from *acquiescence*“.

²¹⁴ *Temple of Preah Vihear*, siehe Kapitel E. I. 14. Weitere Beispiele aus schiedsgerichtlicher und IGH-Rechtsprechung, z. B. *Eastern Greenland*, *Nottebohm*, dargestellt bei *Martin*, L'Estoppel en droit international public, S. 259-271.

²¹⁵ S.o. *Schwarzenberger*, Kapitel D. III. 1. c.

Staates angeknüpft werden darf, wenn dieses im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten steht.²¹⁶

Estoppel hat also eine „negative“ Wirkung, indem es die rechtliche Handlungsfreiheit eines Staates beschränkt. Es ist dagegen nicht dazu geeignet, den Erwerb eines Gebietstitels positiv zu begründen.²¹⁷ *Preclusion* beschreibt die Wirkung des *estoppel*, nämlich die Verhinderung der Geltendmachung einer Tatsache. Im *Temple of Preah Vihear*-Fall erläutert der IGH, dass *estoppel* die bereits erzeugte rechtliche Bindung (durch Vertrag, oder auch durch *acquiescence*²¹⁸) unwiderruflich macht.²¹⁹

Im Ergebnis handelt es sich bei der Ersitzung um den Titelerwerb durch die vermutete unilaterale Zustimmung des verlierenden Staates zur unilateralen, zunächst widerrechtlichen Handlung des erwerbenden Staates. *Estoppel* setzt m. E. anschließend ein und verhindert, dass der beeinträchtigte Staat seinen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geltend machen kann, indem er den Rechtsschein der Zustimmung nachträglich zerstört.

4. Historischer Titel, unvordenkliche Verjährung, historische Konsolidierung, *quieta non movere*

Als mögliche Gegenentwürfe zu einer völkerrechtlichen Ersitzung erscheinen solche, die einen besonderen Schwerpunkt auf den Ablauf von Zeit legen. Der so genannte historische Titel, die historische Konsolidierung, die unvordenkliche Verjährung und das Prinzip *quieta non movere* knüpfen Rechtsfolgen an lang ausgeübte Hoheitsmacht an.

²¹⁶ *MacGibbon*, *The International and Comparative Law Quarterly* 7 (1958), S. 468 (468, 469, 512, 513) „principle of consistency“; *Hulsroj*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 54 (1999), S. 219 (247, Fn. 67); *Günther*, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht* 1970, S. 143 f. *Bowett*, *BYBIL* 33 (1957), S. 176 (177).

²¹⁷ Im anglo-amerikanischen Recht beschreibt das Sprichwort, *estoppel by representation* (oder *by conduct*) könne nur „as a shield, and not as a sword“ verwendet werden, diesen passivischen Aspekt; zitiert bei *Martin*, *L'estoppel en droit international public*, 1979, S. 17.

²¹⁸ In diesem Sinne unterscheidet auch *Fiedler*, *Unilateral Acts in International Law*, in: *Bernhardt*, (Hrsg.), *EPIL* 4 (2000), S. 1021, zwischen *acquiescence* als einseitiger Erklärung und *estoppel*: „It is, however, not generally necessary, for the recipient State [einer einseitigen Handlung] to have already been induced into taking action, from which adverse consequences should ensue, should the State having made that declaration later take an opposing point of view. This prerequisite may be derived from the principle of estoppel but it is not a general condition for the binding force of the declaration.“

²¹⁹ Siehe dazu Kapitel E. I. 13. Anders sieht dies, wie bereits angedeutet, *Schwarzenberger*, siehe Kapitel D. III. 1. c.

Die Verwendung der Bezeichnung „historischer Titel“ ist uneinheitlich in Theorie und Praxis. Darunter wird in einigen Fällen ein Titel verstanden, der durch lang andauernde und unumstrittene Ausübung von Hoheitsgewalt auf einem Gebiet entstanden ist,²²⁰ bzw. soll die lange Bekanntheit des Titels diesen selbst begründen.²²¹ *MacGibbon* grenzt historische Rechte (*historic rights*) von der Ersitzung (*prescriptive rights*) dadurch ab, dass erstere den Rechtserwerb an der hohen See umfassten, während zweite nur Landgebiete betreffe. Beide seien Ausprägungen eines Mechanismus zur Bildung speziellen Völkergewohnheitsrechts.²²² *Johnson* zufolge umfasst die Ersitzung den Erwerb von Landgebieten als auch von „historic waters, historic bays“²²³. Für *Blum* betrifft das Merkmal „historic“ die Notwendigkeit des Verstreichens von Zeit zur Bildung speziellen Völkergewohnheitsrechts im Unterschied zum allgemeinen Völkergewohnheitsrecht.²²⁴

Das historische Element spielt für den Erwerb eines Gebietstitels unstreitig eine Rolle. Bei dem in dieser Arbeit entwickelten Konzept von Ersitzung wird dieser Aspekt derart berücksichtigt, dass daneben ein wie auch immer gearteter separater historischer Titel überflüssig ist. In gewisser Hinsicht kann die Ersitzung als „historischer Titel“ bezeichnet werden, da sie in besonderem Maße von einer lang andauernden Hoheitsausübung abhängt.²²⁵ Der Zeitablauf allein begründet jedoch nicht die Rechtswirkungen der Ersitzung und bietet auch keinen eigenständigen Erwerbsgrund.

Die unvordenkliche Verjährung bzw. der unvordenkliche Besitzstand (*immemorial possession*) ist wiederum nicht klar vom historischen Titel unterscheidbar. Die unvordenkliche Verjährung, so ein Ansatz, liefert einen

²²⁰ Dieser *historic title* wird als originärer Titel verstanden: Eritrea – Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage – Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, im Folgenden *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 32, Rz. 106; Urteilsbegründung Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, S. 116 (142); Vorbringen Singapurs in Malaysia/Singapore, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, ICJ Reports 2008, S. 12 (51, Rz. 123).

²²¹ Siehe Anträge des Vereinigten Königreichs, The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953, S. 47 (50), „ancient title“; und ebenfalls *Eritrea – Yemen*, S. 32: demnach zweite Bedeutung des Begriffs „historic“.

²²² *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115-145 (121 ff.).

²²³ *Johnson*, Acquisitive Prescription in International Law, BYBIL 27 (1950), S. 332 (342), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (283). Einen ähnlichen Ansatz wie *Johnson* verfolgt *Fitzmaurice*, BYBIL 30 (1953), S. 1 (27 ff.); dieser spricht von „prescriptive or historic claims“; der Zeitfaktor sei wesentlich, weil aus ihm die Vermutung der *acquiescence* abgeleitet werde.

²²⁴ *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965, S. 53, 54.

²²⁵ Siehe Kapitel G. IV.

eigenständigen Titel (*von Martens, F.*). Anderen zufolge stellt sie einen Unterfall der akquisitiven Ersitzung dar (*Schwarzenberger; Jennings; Johnson*). Nach anderer Interpretation dient sie als bloße Beweisregelung (*Heffter; Rivier*, auf sie bezugnehmend Schiedsgericht in *Meerauge Arbitration*²²⁶) bzw. als Einrede gegenüber Ansprüchen anderer (*Martens, G. F.*). Kennzeichen der unvordenklichen Verjährung ist, dass sie ein Gebiet betrifft, dessen Zuordnung zu einem bestimmten anderen Souverän als dem Anspruchstellenden der Völkerrechtsgemeinschaft nicht erinnerlich und nicht beweisbar ist. Hingegen reicht es für die Ersitzung unter Umständen bereits aus, dass bloß eine lang andauernde Nutzung eines bestimmten Gebietes bewiesen werden kann. Die unvordenkliche Verjährung steht damit, wie noch gezeigt werden wird, nicht in Konkurrenz zur völkerrechtlichen Ersitzung.²²⁷

Neben der Ersitzung ist auch die „historische Konsolidierung“ als Rechtsgrundlage eines Titelerwerbs in der Diskussion: Der Begriff drückt aus, dass eine andauernde Gebietsbeherrschung rechtliche und tatsächliche Wirkungen entfaltet, ohne dies dogmatisch genauer zu begründen. *Schwarzenberger* verwendete den Begriff bereits in den 1950er Jahren. In der Lehre *de Visschers* wurde sie in den 1960er Jahren anlässlich der *Fisheries*-Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs als Alternative zu den hergebrachten Gebietstiteln ins Feld geführt. Im genannten Urteil befasste sich der IGH mit dem Erwerb von Rechten an der Hohen See.²²⁸ Auch wenn sie die Ersitzung nicht mit der historischen Konsolidierung begründen, erkennen zahlreiche Autoren dem Besitz eines Gebietes in Verbindung mit der Zeit eine konsolidierende Wirkung mit zu (*Oppenheim; Beckett; Blum; de Visscher; Schwarzenberger; Johnson; Jennings; Shaw*, wohl auch *Touscoz*²²⁹). Der Internationale Gerichtshof hat im Jahre 2002 im Urteil *Cameroon v. Nigeria* die historische Konsolidierung als Gebietserwerbstitel ausdrücklich abgelehnt.²³⁰ Dieser Einschätzung ist zuzustimmen: Wegen der Rückbindung des Völkerrechts an den Staatswillen kommt geschaffenen Fakten allein keine titelbegründende Wirkung zu, sondern

²²⁶ Siehe Kapitel E. I. 2.

²²⁷ Siehe Kapitel G. II., IV.

²²⁸ Siehe Kapitel D. III. 3. d.; *The Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, S. 116 (138, 139).*

²²⁹ Siehe zu den einzelnen Autoren Kapitel D. III.

²³⁰ Siehe Kapitel E. I. 19.

nur dann, wenn dies unter Umständen geschieht, die nach der *opinio iuris* einen titelbegründenden rechtlichen Mechanismus auslösen.²³¹

Quieta non movere (wörtlich: Beruhigtes soll man nicht bewegen) ist ein weiteres Konzept, das mit einer völkerrechtlichen Ersitzung, aber auch mit der Effektivität völkerrechtlich bedeutsamer Handlungen in Verbindung steht. Hinter *quieta non movere* verbirgt sich die Tatsache, dass hinsichtlich eines ursprünglich illegalen Zustandes aus Sicht der Staatengemeinschaft und der Bevölkerung wegen der immer weiter voranschreitenden ökonomischen, politischen und sozialen Verfestigung irgendwann ein größeres Interesse am Rechtsfrieden herrscht als an der Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit, d. h. an der Rückabwicklung der Verhältnisse. *Zimmer* sieht die Effektivität als durch den völkergewohnheitsrechtlichen Rechtssatz *Quieta non movere* mediatisiert. Damit meint er, dass nicht das Faktum als solches Recht schaffe oder vernichte, sondern das Völkerrecht.²³² *Zimmer* begründet damit seinen Ansatz, wonach bei einem dauerhaften Auseinanderfallen von Titel und tatsächlicher Hoheitsausübung eine dauerhafte Einrede gegen den Anspruch des Titularstaates entsteht, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.²³³ Andere nennen *quieta non movere* ausdrücklich oder in einer Umschreibung im Zusammenhang mit der Rechtsfolge des Titelübergangs durch lang andauernde, friedliche Hoheitsausübung. Dennoch bewerten sie es nicht als Rechtsquelle selbst, sondern vielmehr als Motiv, das hinter der Rechtsfolge steht.²³⁴ So erkennt *de Visscher* in *quieta non movere* ein von der Rechtsprechung anerkanntes Prinzip zur Sicherung von Frieden, Ordnung und Stabilität in territorialen Situationen, das die Basis der „historischen Konsolidierung“ darstellt.²³⁵

Quieta non movere ist kein eigener titelerzeugendes Prinzip, sondern insofern Teil der Ersitzung, als es ein Gesichtspunkt dafür ist, dass der beeinträchtigte Staat den geschaffenen beruhigten, stabilen Zustand nicht wieder rückgängig machen darf. Daher ist *quieta non movere* ein Aspekt des *estoppel* im Rahmen der Ersitzung. Haben beide Seiten über lange Zeit hinweg von der Stabilität der geänderten

²³¹ Dazu auch Kapitel G. IV.

²³² *Zimmer*, Gewalttätige territoriale Änderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 216.

²³³ *Zimmer*, Gewalttätige territoriale Änderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 203 ff.

²³⁴ *Grisbadarna Arbitration* AJIL 4 (1910), S. 226 (233); *Sovereignty over Certain Frontier Land*, Declaration of Judge *Lauterpacht*, ICJ Reports 1959, S. 209 (232); *Right of Passage over Indian Territory*, Dissenting Opinion of Judge *Armand-Ugon*, ICJ Reports 1960, S. 76 (83).

²³⁵ Siehe Kapitel D. III. 3. d.

Gebietssituation profitiert, kann der beeinträchtigte Staat nicht mehr geltend machen, er habe den Gebietsübergang in Wahrheit nicht gewollt.²³⁶

5. Effektivität, Effectivités

a) Effektivität

Auch das Prinzip der Effektivität könnte die Ersitzung entweder begründen oder ein konstituierendes Element sein; weiterhin kommt die Effektivität als Alternative zur Ersitzung in Betracht.²³⁷ Die Effektivität des staatlichen Handelns ist in Bezug auf Gebietserwerbstitel spätestens seit der Berliner Kongo-Konferenz 1884/1885 eine völkerrechtlich akzeptierte Voraussetzung.²³⁸ Damals galt es, die seit den 1880er Jahren rasch voranschreitende Gebietsaufteilung in Afrika unter den europäischen Mächten in rechtlich geregelte Bahnen zu lenken: Während in früheren Jahrhunderten die Entdeckung in Verbindung mit einem symbolischen Akt der Inbesitznahme eines unbekanntes Gebiets zu einem Titel geführt hatte, war dies angesichts der starken Konkurrenz um denselben Raum nicht mehr zweckmäßig. Aus diesem Grund beschlossen die europäischen Staaten (hinsichtlich der Küstengebiete), dass nur solche Besitzergreifungen von Gebieten einen Titel schaffen sollten, die von einer ausreichenden Verwaltung und Ordnung gefolgt wurden; letzteres wurde als Effektivität der Besitzausübung bezeichnet.²³⁹ Vor der Besiedelung und Verwaltung eines Gebiets erlangte der betreffende Staat nur einen sogenannten „inchoate title“, d. h. eine Art Anwartschaft auf einen Gebietstitel.²⁴⁰

Huber betonte in seinem Schiedsspruch aus dem Jahre 1928 (*Island of Palmas*) die Bedeutung der Effektivität für die Errichtung und Erhaltung der territorialen

²³⁶ Siehe Kapitel E. I. 13., G. IV.

²³⁷ Zur Rolle der Effektivität bei der Ersitzung siehe Kapitel D. III. 1., insb. *Touscoz*.

²³⁸ Siehe zur Geschichte des Erfordernisses des „taking of possession of territory“ *Greig*, *Osgoode Hall Law Journal* 26 (1988), S. 127-175, abgedr. in: *Shaw*, *Title to Territory*, 2005, S. 35-83.

²³⁹ RGBl. 23, S. 215 (243, 244); Kritisch zur Generalakte *Fisch*, *Africa as terra nullius*, in: Förster/Mommsen/Robinson (Hrsg.), *Bismarck, Europe, and Africa*, 1988, S. 347 (353); zur Effektivität *Huber* in *Island of Palmas*, *RIAA II* (1928), S. 829 (839); *De Visscher*, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, Princeton 1968 (Originaltitel *Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris 1960), S. 211; *Bellini*, *Annuario di diritto internazionale comparato e di studi legislativi* 27 (1951), S. 225 (344-350).

²⁴⁰ Dazu zitiert *Greig*, *Osgoode Hall Law Journal* 26 (1988), S. 127 (147 f.), abgedr. in: *Shaw*, *Title to Territory*, 2005, S. 35 (55 f.) *Hall*, *International Law*, 8th ed., 1924, S. 126 f., „An inchoate title acts as a temporary bar to occupation by another state, but it must be converted into a definite title within reasonable time by planting settlements or military posts, or it must be kept alive by repeated local acts showing the intention of continual claim. [...]“.

Souveränität. Auch in heutigen Urteilen überprüft der Internationale Gerichtshof das Maß an tatsächlich ausgeübter Hoheitsgewalt durch konkurrierende Parteien für die Beurteilung, zu wessen Gunsten ein Gebietstitel besteht.²⁴¹ Es stellt sich die Frage, ob Effektivität selbst in der Lage ist, Recht zu schaffen, oder ob sie nur einen im Recht bereits keimhaft angelegten Titel gewissermaßen „in die Wirklichkeit“ holt und damit zum vollen Entstehen bringt. Wäre ersteres der Fall, hätte die Effektivität selbst eine titelbegründende Funktion und würde die völkerrechtliche Ersitzung überflüssig werden lassen.

Es besteht ein Antagonismus zwischen den beiden Polen *ex iniuria ius non oritur* und *ex factis ius oritur*.²⁴² Korrespondierend zu diesen beiden Polen sind zwei Doktrinen der Effektivität im Völkerrecht entwickelt worden: Die eine versteht die Effektivität als normative Kraft des Faktischen, die auch ursprünglich illegitime Situationen in Recht transformiert.²⁴³ Gegen diese unbeschränkte Übermacht des Faktischen gegenüber dem Recht wird zu Recht eingewandt, dass durch sie die Grundfesten des Rechtssystems erschüttert würden. Jede Unterscheidung und Unterscheidbarkeit illegitim und legitim würde zunichte gemacht.²⁴⁴

Die andere Doktrin misst der Effektivität nicht die Bedeutung bei, Fakten in Recht zu verwandeln. Sie ist in bestimmten Situationen notwendig, aber nicht hinreichende Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge; im Sinne eines „fait juridique“.²⁴⁵ Der Fakt konstituiert entweder den Tatbestand, d. h. konkretisiert die Bedingungen, die erfüllt sein müssen, um eine Regelung in Kraft

²⁴¹ Eine Übersicht über die für den Gebietserwerb maßgeblichen Fälle in Kapitel E. II.

²⁴² *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 158. Siehe zum Begriff der Effektivität auch *Doehring*, *Effectiveness*, in: Bernhardt (Hrsg.), *EPIL VII* (1984), S. 70 ff., m. w. N., u. a. zu *Ottolenghi*, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in: Giappichelli (Hrsg.), *Scritti vari di diritto internazionale*, Vol. 1 (1959), S. 221-326; *Krüger*, *Das Prinzip der Effektivität, oder: Über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts*, *Grundprobleme des internationalen Rechts*, in: FS für Jean Spiropoulos, 1957, S. 265-284.

²⁴³ *Kelsen*, *Principles of International Law*, 2. Aufl. 1966, revised and ed. by Tucker, S. 420 ff., 453 f. Allerdings ist nach *Kelsens* Ansatz die Effektivität selbst eine Regel des Völkergewohnheitsrechts, sodass die Umwandlung der illegalen zur legalen Situation letztlich vom Willen der Staaten getragen ist. Siehe dazu auch Kapitel D. III. 3. c. In eine ähnliche Richtung gehen *Touscoz*, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, 1964. *Kohen* verweist auf ein weiteres ähnliches Konzept, wonach es dem Charakter des Völkerrechts als Koordinationssystem geschuldet sei, dass die Existenz von Rechten von der Kapazität ihrer Ausübung abhängt. *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 157, zitiert dazu *Kaufmann*, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus Sic Stantibus*. *Rechtsphilosophische Studie zum Rechts- und Vertragsbegriffe*, 1911, S. 201, 231: 'nur, wer kann, darf!'.

²⁴⁴ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 158, m. w. N.

²⁴⁵ Zu dieser Ansicht, die er selbst favorisiert, verweist *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 158, auf *Münch*, *La force normative des faits*, in: *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al professor Miaja de la Muela*, 1979, Vol. 1, S. 261-265.

zu setzen, oder die Effektivität dient dazu, festzustellen, welche konkrete Situation darauf zu überprüfen ist, ob sie dem Tatbestand unterfällt.²⁴⁶ Beispiele für letzteres sind die internationale Gültigkeit von Handlungen von de facto-Regierungen, die Völkerrechtssubjektivität von Aufständischen oder die doppelte Staatsangehörigkeit.²⁴⁷ Nach diesem Ansatz besteht kein Widerspruch zwischen Fakten und Recht.²⁴⁸ Hinsichtlich des Gebietserwerbs im Völkerrecht erfüllt die Effektivität demnach ebenfalls nur eine dienende Funktion. Sie sorgt nicht einem Recht des Stärkeren entsprechend selbst für die Begründung territorialer Souveränität. Dem steht auch der Grundsatz des Respekts vor der territorialen Integrität eines Staates entgegen. Die Effektivität ist eine wesentliche Ausprägung der Ausübung von Souveränität und spielt eine Rolle bei der Aufrechterhaltung von Titeln. Beim Gebietserwerb einer *terra nullius* ist sie Teil des Tatbestands.²⁴⁹

Dennoch begründet die Effektivität selbst keinen Gebietstitel. Der tatsächliche Besitz hat demnach nur eine ergänzende Funktion.

De Visscher zufolge zeigt sich im Bereich des objektiven Rechts das Gewicht der Fakten auf das Recht heutzutage vor allem in der Entwicklung neuer konventioneller Regeln, erkennbar in zahlreichen Versuchen zur Kodifikation: Zeigten sich in der Realität neue Erfordernisse und Unzulänglichkeiten des Völkerrechts, führe die Spannung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Situation zur Formulierung neuen Rechts. Im Bereich der subjektiven Rechte seien die Aspekte der Effektivität zu vielgestaltig, um sie auf einen generellen Nenner zu bringen. Jedenfalls stelle sie ein Tatbestandsmerkmal (unter mehreren) dar, an das das Völkerrecht Rechtsfolgen knüpft, „en somme, il s’agit d’un fait-condition“²⁵⁰. So bestimme zum Beispiel das Völkerrecht, nicht die Effektivität, dass die Zuordnung zur territorialen Souveränität einer *res nullius* der effektiven Inbesitznahme folge.

²⁴⁶ Diese Bestimmungsfunktion der Effektivität sieht auch *Kelsen* neben derjenigen, Fakten in Recht zu transformieren, siehe *Kelsen*, *Principles of International Law*, 2. Aufl. 1966, revised and ed. by Tucker, S. 420, 421: „It is one of the characteristics of the principle of effectiveness that it is applied to determine the legal existence of certain facts (situations) as well as to determine the legal consequences to be attached to these facts – two different, yet related applications.“

²⁴⁷ Siehe zur effektiven Staatsangehörigkeit den *Nottebohm Case* (second phase), Judgment of April 6th, ICJ Reports 1955, S. 4 (22-24)

²⁴⁸ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 158.

²⁴⁹ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 158-160.

²⁵⁰ *De Visscher*, *Les Effectivités du Droit International Public*, 1967, S. 16.

Der Grundatz der Effektivität ist der Struktur des Völkerrechts als System gleichgeordneter Akteure immanent. Da kein übergeordneter Rechtssetzer im Völkerrecht existiert, sind die hoheitlichen Handlungen (*effectivités*) der Staaten die einzig möglichen Anknüpfungspunkte für eine rechtliche Bewertung. Anders, als es *Kelsen* postuliert, führt die generelle Akzeptanz des Effektivitätsgrundsatzes durch die Völkerrechtsgemeinschaft nicht zur Unerheblichkeit des staatlichen Willens für eine Rechtsänderung im Einzelfall. Vielmehr muss er effektiv geäußert werden. Wie *Krieger* schreibt, handelt es sich beim Effektivitätsprinzip um einen leitenden Rechtsgedanken des Völkerrechts. Jedoch heiße das nicht, „jeder tatsächlichen Situation Rechtswirksamkeit zukommen zu lassen oder Fiktionen in jedem Fall auszuschließen.“ Es sei das Wesen eines Prinzip, eine Entscheidung nicht zwingend festzulegen, es gebe lediglich Gründe für die eine oder andere Entscheidung vor. Kollidiere das Effektivitätsprinzip mit einer Ausprägung des Legitimitätsprinzips, das ebenfalls im Völkerrecht gelte, möge letzteres ausschlaggebend sein und das Effektivitätsprinzip zurückdrängen, ohne dass dieses ungültig werde.²⁵¹

Im Ergebnis gilt in der Völkerrechtsordnung *ex iniuria ius non oritur*, es sei denn, das Völkerrecht selbst sieht eine Möglichkeit vor, wonach aus Unrecht Recht erwachsen kann.²⁵² Gebietstitel können nicht auf Grundlage der Effektivität allein erworben werden; sie stellen keine Alternative zur Ersitzung dar.

b) Effectivités

In der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, aber auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur taucht der Begriff der „effectivités“ immer wieder auf.

Die Frage ist, in welchem Verhältnis die „effectivités“ zum soeben vorgestellten Prinzip der Effektivität stehen. Sind sie gewissermaßen die Synapsen im Tatsächlichen, an die das wie auch immer begründete Effektivitätsprinzip mit normativer Wirkung gekoppelt wird? So scheint es bei *de Visscher*. Er verwendet sowohl die Begriffe „effectivité“ als auch „effectivités“. Er bezeichnet damit die

²⁵¹ *Krieger*, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht, 2000, S. 76.

²⁵² Wie sich der Grundsatz der Effektivität im Bereich der Ersitzung auswirkt, ist ausführlich in Kapitel G. dargelegt.

Handlungen (dafür die Pluralbezeichnung) oder den Zustand, die Träger der staatlichen Hoheitshandlung sind und die gewissermaßen das abstrakte Konzept der Effektivität (für das *de Visscher* ebenfalls den Begriff „effectivité“ gebraucht) verkörpern. So repräsentiere das Territorium des Staates „dans les rapports internationaux une effectivité structurelle ou menée à terme“.

Die so genannte strukturelle Effektivität bezeichnet nach *de Visscher* einen abgeschlossenen Vorgang bzw. eine statische Situation. Diese verkörpert, auch wenn sie veränderlich ist, zunächst stabile objektive Rechtslagen, die *erga omnes* wirken, so z. B. die Existenz der Staaten an sich, ihre ausschließliche Zuständigkeit über ein gewisses Gebiet oder die Gleichheit der Staaten. Die „effectivités en action“ betreffen dagegen die Veränderungen von Rechtslagen. Sie kommen bei der Formation objektiven Rechts sowie bei Spannungs- und Konkurrenzsituationen bezüglich subjektiver Rechte zum Tragen:²⁵³ Die Modifikation von Gebietstiteln durch konkurrierende staatliche Ansprüche betreffe diese letztere Kategorie von „effectivités“.²⁵⁴

So hätten die „effectivités“ sowohl einen Einfluss auf die Formation von objektivem Recht (Rechtsregeln) als auch auf subjektive Rechte. Die *effectivité en action* erscheint als Voraussetzung zur Anwendung bestimmter Regeln im Völkerrecht.²⁵⁵ Ihre Natur sei vorübergehend, da mit der Beilegung des Konfliktes, der sie hervorgebracht hat, im Zuge der Anpassung des Rechts an die Fakten wieder ausgelöscht werden.²⁵⁶

Weniger theoretisch ausdifferenziert findet sich der Begriff der *effectivités* in der Rechtsprechung. Der IGH nimmt vor allem im Zusammenhang mit der Frage nach der Beständigkeit ehemals kolonialer Grenzen (*uti possidetis*) Rückgriff auf „effectivités“.²⁵⁷ In den entsprechenden Urteilen bedeuteten sie zunächst staatliche Hoheitsakte auf einem bestimmten Territorium bis zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit einer Kolonie. Je nach Situation ist neben der objektiven Hoheitsausübung weitere Voraussetzung der *effectivités*, dass sie vom staatlichen

²⁵³ *De Visscher*, Les Effectivités du Droit International Public, 1967, S. 14, 15.

²⁵⁴ *De Visscher*, Les Effectivités du Droit International Public, 1967, S. 101.

²⁵⁵ *De Visscher*, Les Effectivités du Droit International Public, 1967, S. 15.

²⁵⁶ *De Visscher*, Les Effectivités du Droit International Public, 1967, S. 17.

²⁵⁷ In den Fällen *Cameroon v. Nigeria*, *El Salvador/Honduras* und *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* bezeichnete der IGH auch Hoheitsakte, die nach dem Datum der Unabhängigwerdung vorgenommen wurden, als „effectivités“. Siehe zu den einzelnen Fällen Kapitel E. I. 15., 17., 24.

Willen zur Gebietsbeherrschung getragen werden. Ist ein anderweitiger Titel vorhanden, den die *effectivités* nur verstärken, ist der Wille zur Herrschaft irrelevant. Ist kein Titel feststellbar, ersetzen ihn die *effectivités*, wozu der Herrschaftswille Voraussetzung ist (*Eastern Greenland*²⁵⁸). Siehe dazu vor allem *Burkina Faso/Mali; Benin/Niger, Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*²⁵⁹) Seit dem Urteil *Cameroon v. Nigeria* (2002) verwendet der IGH den Begriff der *effectivités* weiter und meint damit Handlungen *à titre de souverain*, auch wenn sie nach der Kolonialzeit ausgeübt wurden.²⁶⁰

Die *effectivités* sind dem Tatbestand eines Gebietserwerbstitels zuzuordnen. Sie ersetzen weder in Literatur noch in der Rechtsprechung die hergebrachten Gebietstitel.

6. *Uti possidetis*

Uti possidetis bezeichnet als Regel des Völkerrechts das Fortbestehen bislang kolonialer Grenzen bei Eintritt einer ehemaligen Kolonie oder Protektorates in die Unabhängigkeit. Diese Festigkeit der Grenzen könnte einen Gegenentwurf zum Konzept der Ersitzung darstellen, die ja die – gegebenenfalls durch Grenzen festgelegte – Gebietszuordnung ändert. Möglicherweise sind sich die Konzepte aber auch ähnlich, da für beide die Gebietszuordnung durch tatsächliches Handeln eine bedeutende Rolle spielt. Jedenfalls ist zu klären, in welchem Verhältnis *uti possidetis* und eine mögliche völkerrechtliche Ersitzung stehen.

Der Begriff des *uti possidetis* entstammt dem römischen Recht und lautet vollständig *uti possidetis, ita possideatis* (wie ihr besitzt, so sollt ihr besitzen).²⁶¹

In Südamerika wurde die Regel zum ersten Mal für die Grenzziehung im Zusammenhang mit der Unabhängigwerdung ehemaliger Kolonien verwendet. Es

²⁵⁸ Kapitel E. I. 8., II.

²⁵⁹ Dazu Kapitel E. I. 15., 21., 22., II.

²⁶⁰ *Effectivités* in postkolonialer Zeit: *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (2002), Kapitel E. I. 23.; Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (710, 711); *Nicaragua v. Colombia* (2012), Kapitel E. I. 24.

²⁶¹ *Fisch*, in: ders. (Hrsg.), *Die Verteilung der Welt. Selbstbestimmung und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 2011, S. 99; *Ratner*, *AJIL* 90 (1996), S. 590 (592, 593): Die Rechtsfigur bedeutete im römischen Recht der republikanischen Ära, dass der *Praetor* demjenigen zweier Prätendenten um Grund und Boden vorläufig den Besitz zubilligte, der die Sache tatsächlich besaß, es sei denn, er hatte sie mit Gewalt, heimlich oder widerruflich an sich genommen. Damit wurde der Besitzende zum Beklagten der *Vindikationsklage*, was für ihn günstig war, da die Beweislast für die Eigentümerschaft der Kläger trug. Eine endgültige Zuordnung der Sache wurde durch *uti possidetis* nicht bewirkt.

spaltet sich weiter auf in zwei Versionen, in *uti possidetis iuris* und *de facto*, womit erstens der rechtliche, zweitens der faktische Besitzstand angesprochen ist. Für *uti possidetis iuris* wurde für die Grenzziehung nach der Unabhängigkeit entscheidend auf die internen Rechtsakte einer einzigen (d. h. der spanischen) Kolonialmacht zur verwaltungsmäßigen Aufteilung der Gebiete abgestellt. Im Verkehr mit Portugal und später Brasilien kam dagegen der faktische Besitz als Abgrenzungskriterium zum Tragen.²⁶²

Gemeinsam ist allen Varianten des *uti possidetis*, dass sie die Handlungen ehemaliger Kolonialherren zur Feststellung von Grenzen nach der Unabhängigkeit heranziehen. Sie verfolgen das Ziel, Grenzkonflikte durch Fortschreibung der ehemaligen Grenzen zu vermeiden.²⁶³ *Uti possidetis* gilt nicht nur für die – völkerrechtlich festgelegten – Grenzen zwischen Kolonien bzw. Protektoraten oder Interessensphären verschiedener Souveräne, sondern auch für administrative Grenzen zwischen mehreren Kolonien eines einzigen Souveräns. Letzteres qualifiziert das *uti possidetis*-Prinzip als genereller im Vergleich zum Prinzip der Kontinuität der Grenzen im Falle der Staatensukzession, die nur für die Rechtsnachfolge in völkerrechtliche Verträge gilt.²⁶⁴

Ausgangspunkt zur Beurteilung des Grenzverlaufs ist nach *uti possidetis* die zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigkeit („critical date“²⁶⁵) bestehende Gebietssituation. Die Rechtmäßigkeit der kolonialen Grenzziehung spielt für die Beurteilung dieser Situation keine Rolle²⁶⁶, da *uti possidetis* das faktisch Bestehende in eine rechtliche Ausgangssituation umwandelt.²⁶⁷ So bewirkt *uti possidetis* gewissermaßen die Festlegung eines neuen Ursprungs in einem territorialen Koordinatensystem, dessen bisherige Nullstelle nicht mehr ermittelt

²⁶² *Fisch*, in: ders. (Hrsg.), *Die Verteilung der Welt. Selbstbestimmung und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 2011, S. 99, 100. Siehe zu *uti possidetis de facto*: *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 446 ff.; *Shaw*, *EJIL* 3 (1997), 478 (493). *Ratner* weist darauf hin, dass auch im ehemals spanischen Bereich der Vorrang von Titel oder Besitz, d. h. *uti possidetis iuris* oder *de facto*, bei Staaten und in der Lehre umstritten war. Es habe sich aber schließlich die erste Variante durchgesetzt, wenn auch der tatsächliche Besitz nicht völlig bedeutungslos war, *AJIL* 90 (1996), S. 590 (594, 595).

²⁶³ *Simmler*, *Das uti possidetis-Prinzip. Zur Grenzziehung zwischen neu entstandenen Staaten*, 1999, S. 129; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *ICJ Reports* 1986, S. 554 (565).

²⁶⁴ *Zeller*, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 288; zu radizierten Verträgen *Kau*, in: *Vitzthum/Proelß*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 193; zum Grundsatz der Stabilität von Grenzen *Aegean Sea Continental Shelf*, *Judgment*, *ICJ Reports* 1978, S. 3 (36); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment*, *ICJ Reports* 1994, S. 6 (37); *Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Judgment*, *ICJ Reports* 1986, S. 554 (566).

²⁶⁵ *ICJ Reports* 1986, S. 554 (568).

²⁶⁶ *ICJ Reports* 1986, S. 554 (568).

²⁶⁷ *Zeller*, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 300 ff.

werden kann oder soll. Ob *uti possidetis* auch über den Kontext einer Dekolonialisierung hinaus als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts gilt, ist umstritten.²⁶⁸ Der IGH befand, *uti possidetis* sei kein rein afrikanisches Phänomen, sondern ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der sich ursprünglich in Lateinamerika herausgebildet habe und auf all jene Konstellationen Anwendung finde, in denen Staaten unabhängig werden:

„Although there is no need, for the purposes of the present case, to show that this is a **firmly established principle of international law where decolonization is concerned**, [...] the principle of *uti possidetis* seems to have been first invoked and applied in Spanish America, inasmuch as this was the continent which first witnessed the phenomenon of decolonization involving the formation of a number of sovereign States on territory formerly belonging to a single metropolitan State. Nevertheless the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a **general principle**, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs.“²⁶⁹

Laut *Simmler* kommt es beim afrikanischen *uti possidetis* nicht, wie in Lateinamerika, zu einem Widerspruch zwischen auf dem Papier (rechtlich) erfolgten Grenzziehungen und dem faktischem Besitz, da in Afrika effektiver Besitz und Verwaltung Voraussetzungen für einen rechtlichen Gebietserwerb gewesen seien; wegen dieses Gleichlaufs könne ebenso wie auf rechtliche Instrumente auch auf faktisch erfolgte Demarkationen zurückgegriffen werden.²⁷⁰ In der Tat war die Okkupation von Gebieten in Afrika (jedenfalls in Küstenbereichen) der Berliner Generalakte von 1885 an die effektive Ausübung

²⁶⁸ Siehe dazu *Shaw*, Peoples, Territorialism and Boundaries, EJIL 3 (1997), S. 478 (495 ff.) m. w. N.; *Ratner* sieht *uti possidetis* jedenfalls als regionale Norm des Völkergewohnheitsrechts hinsichtlich Lateinamerika und Afrika und sieht Tendenzen dafür, dass es eine allgemeine Norm im Kontext der Dekolonialisierung ist, AJIL 90 (1996), S. 590 (599).

²⁶⁹ ICJ Reports 1986, S. 565; ebenso *Kohen*, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 452; *Shaw*, Peoples, Territorialism and Boundaries, EJIL 3 (1997), S. 478 (495). *Uti possidetis* ist nicht zwingend anzuwenden. Den Parteien steht es frei, andere Prinzipien zur Streitbeilegung heranzuziehen, *Ratner*, AJIL 90 (1996), S. 590 (599, 600), m. N. u. a. zum Schiedsspruch Honduras Borders Case (Guatemalas/Honduras), RIAA II (1933), S. 1309 (1322), in dem die Parteien in Art. V des Schiedsvertrags vereinbarten, dass das Schiedsgericht über die *uti possidetis*-Grenzen hinausgehen könne, sofern es dies als gerecht ansehe; ebenso *Brownlie*, Principles of Public International Law, 6. Aufl. 2003, S. 130.

²⁷⁰ *Simmler*, Das *uti possidetis*-Prinzip. Zur Grenzziehung zwischen neu entstandenen Staaten, 1999, S. 130-132.

der Gebietshoheit geknüpft. Die Effektivität beim Erwerb von Hoheitsgebiet war angesichts der Vielzahl konkurrierender Mächte um dasselbe Gebiet von Bedeutung. Art. 35 der Generalakte der Konferenz schrieb vor:

„Chapitre VI. Déclaration relative aux conditions essentielles à remplir pour que des occupations nouvelles sur les côtes du Continent Africain soient considérées comme **effectives**.“

„Les Puissances signataires du présent Acte reconnaissent **l’obligation d’assurer**, dans les territoires occupés par elles, **sur les côtes** du Continent Africain, **l’existence d’une autorité suffisante** pour faire respecter les droits acquis et, le cas échéant, la liberté du commerce et du transit dans les conditions où elle serait stipulée.“²⁷¹

Dagegen war der effektive Besitz kein Erfordernis für die Errichtung von Protektoraten oder die Abgrenzung von sogenannten Interessensphären.²⁷² Auch letztere wurden aber für die Fortschreibung der Grenzen nach der Unabhängigkeit herangezogen.²⁷³ Daher konnte es, anders als *Simmler* meint, auch beim afrikanischen *uti possidetis* zu einer Diskrepanz von „Titeln“ (im untechnischen Sinne) und dem tatsächlichen Besitz kommen.

Einen Ansatz zur Lösung solcher Divergenzen legte der IGH im *Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*²⁷⁴ vor. Er formulierte für die Ermittlung der Grenzen, die durch *uti possidetis* fortgeschrieben werden, den grundsätzlichen Vorrang eines rechtlichen Titels vor einer tatsächlichen Gebietsbeherrschung. Im Falle der Unklarheit eines rechtlichen Titels maß er aber dem effektiven Besitz entscheidende Bedeutung zu. Im Anwendungsbereich von *uti possidetis* ist daher eine Ersitzung, die sich durch das Überwiegen der tatsächlichen Beherrschung gegenüber einem rechtlichen Titel auszeichnet, ausgeschlossen.

²⁷¹ RGBl. 23, S. 215 (243, 244). Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁷² Mit der Vereinbarung von Interessensphären meldeten die Kolonialmächte zukünftige Gebietsansprüche auf noch nicht erkundete und daher im Umfang nicht bestimmbare Gebiete an, um damit das exklusive Recht der Okkupation gegenüber anderen europäischen Mächten zu erwerben.

²⁷³ Interessensphäre: *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) Judgment*, ICJ Reports 1999, S. 1045 (1049); Protektorat: *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2002, S. 303 (333).

²⁷⁴ ICJ Reports 1986, S. 554 (586, 587).

Insofern stellt *uti possidetis* m. E. eine *lex specialis* mit Sperrwirkung für die Ersitzung dar.²⁷⁵ Dies gilt aber nur punktuell für die Ermittlung der Grenze zum Zeitpunkt des Unabhängigwerdens. Sind die Staaten unabhängig geworden, unterliegt die durch *uti possidetis* festgelegte wie jede Grenze den üblichen Veränderungsmöglichkeiten des Völkerrechts²⁷⁶ und damit auch der Ersitzung. Insofern greift die Sperrwirkung nicht.

²⁷⁵ A. A. Shaw, *International Law*, 2008, S. 514, wonach die vom IGH beschriebene Vorrangwirkung eines Titels stets gegenüber einer effektiven Beherrschung eintritt.

²⁷⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 67); *Land, Island and Maritime Frontier (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, ICJ Reports 1992, S. 351; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, ICJ Reports 1986, S. 554 (570); *Ratner*, AJIL 90 (1996), S. 590 (600) m. w. N.; *Zeller*, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 339, 340. Das völkerrechtlich anerkannte Prinzip der Stabilität der Grenzen steht einer konsensualen Änderung der Grenzen nicht im Weg, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, ICJ Reports 1994, S. 6 (37, Rz. 72, 73).

D. Rechtswissenschaft zur Ersitzung

I. Erkenntnisinteresse

Die Untersuchung der völkerrechtlichen Ersitzung findet, wissenschaftlich betrachtet, nicht im luftleeren Raum statt. Sie steht in einer inzwischen jahrhundertealten rechtswissenschaftlichen Tradition. Es wäre sicher verfehlt zu versuchen, eine neue Konzeption der Ersitzung zu entwerfen, ohne detailliert zu verstehen und von dem zu profitieren, was bereits zu diesem Gebietserwerbstitel erdacht wurde. *Quid novis?* – was kann es noch Neues geben, diese Frage mag angesichts des Umfangs der bereits vorhandenen Untersuchungen zunächst berechtigt erscheinen. Es muss aber berücksichtigt werden, dass das Völkerrecht veränderlich ist und sich diese Veränderungen auch in den theoretischen Grundlagen abbilden.

Dazu einige Beispiele: Die Vorstellung vom Völkerrecht selbst als universelles Recht aller Völkerrechtssubjekte ist relativ neu und entscheidend von der Phase des Kolonialismus europäischer Staaten geprägt. Vom *ius gentium* zu Zeiten *Grotius'* über das seit dem Wiener Kongress bestehende *ius publicum europaeum* wandelte sich das Völkerrecht im Zuge der Dekolonisierung von einer Art Clubsatzung europäischer Staaten zum Weltrecht. Die Akzeptanz des universellen Gewaltverbots als *ius cogens* und die Entstehung der Menschenrechte datieren von der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Auch im Recht der Gebietstitel fand eine entscheidende Veränderung statt, die durch den Wettbewerb der europäischen Staaten um überseeisches Territorium angestoßen wurde – das Kriterium der Effektivität für den Gebietserwerb ist Folge dieser Zeit. Effektivität und Ersitzung hängen eng zusammen.

Dieser kurze Überblick soll illustrieren, dass es sich durchaus lohnt, auch bekannte Konzepte einer Überprüfung dahingehend zu unterziehen, ob sie mit der Entwicklung des Völkerrechts Schritt gehalten haben. Dabei ergeben sich die Besonderheit und der spezielle Untersuchungsbedarf hinsichtlich der Ersitzung, dass diese, egal vor welchem Hintergrund, nie unumstritten war. Auch wenn im vorliegenden Untersuchungszeitraum von ca. 1850 bis heute die Bedeutung der Effektivität schon weitgehend anerkannt war, bietet die richterliche

Entscheidungspraxis Anlass, mögliche Veränderungen oder neue Tendenzen des durch die Staaten akzeptierten Rechts zu erforschen.

Im Folgenden werden die wesentlichen Ergebnisse der Völkerrechtler zunächst der Periode von ca. 1850 bis Anfang des 20. Jahrhunderts vorgestellt, die sich vor allem durch die Dichotomie der Akzeptanz oder Ablehnung der Ersitzung unterscheiden. Anschließend werden die Ansichten der Autoren des 20. Jahrhunderts bis heute kurz dargestellt und analysiert. Auch wenn sie sich in vielen Details unterscheiden, lassen sie sich danach kategorisieren, welche Bedeutung sie dem objektiven oder dem Willenselement für die Ersitzung beimessen. Eine eigene Antwort auf die Frage nach der Existenz und der Beschaffenheit der Ersitzung im Völkerrecht kann aber erst nach der Betrachtung der Rechtsprechung (Kapitel E.) abschließend gegeben werden (in Kapitel G.).

II. 19. bis Anfang des 20. Jahrhunderts

Die Diskussion um die Existenz der Ersitzung im Völkerrecht reicht zurück bis *Grotius*. Dieser hatte Bedenken, die Ersitzung des römischen Rechts auf das Völkerrecht zu übertragen, da sie ein Produkt des positiven Zivilrechts sei. Ohne entsprechende gesetzgeberische Entscheidung geschehe keine Änderung der Rechtslage durch die Zeit allein, sondern nur in der Zeit. Jedoch sah er die Gefahr, dass ohne ein Äquivalent der Ersitzung im Völkerrecht Kriege um Königreiche und deren Grenzen nicht enden würden. Dies widerspreche auch dem gemeinsamen Sinn der Völker. *Grotius* sprach sich dafür aus, statt der Ersitzung den unvordenklichen Besitzstand (*possessio memoriam excedens*) als eigenständigen Erwerbstitel im Völkerrecht anzuerkennen, da der lang andauernde, ununterbrochene und unangefochtene Besitz die Präsümption der Dereliktion eines ehemaligen Inhabers sowie die Zustimmung der Völker auszudrücken scheine und die Titelübertragung im Interesse aller liege.²⁷⁷

Vattel erkannte die Ersitzung im Völkerrecht als notwendiges Übel im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens an. Schweige ein Staat lange

²⁷⁷ Darstellung mit Zitaten *Grotius'* aus dessen *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, II, c. 4, § 1, 7-9, in *Heimburger*, *Erwerb der Gebietshoheit, Eine staats- und völkerrechtliche Studie*, 1888, S. 142, 143. *Heimburger* selbst lehnt dies ab, da die unvordenkliche Verjährung keinen eigenen Titel schaffe, sondern als positive Präsümption das Vorhandensein eines Titels indiziere (S. 150).

angesichts fortgesetzter Hoheitsakte auf seinem Territorium, greife zwingend die Vermutung der freiwilligen Gebietsaufgabe (Dereliktion), auch wenn diese Vermutung in Wirklichkeit nicht zutrefte, sondern etwa auf der Furcht des Schwächeren vor dem Stärkeren beruhe.²⁷⁸

Im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts dauerte die Meinungsverschiedenheit an, worauf die Wirkung des lang andauernden, fremden Besitzes auf einem Territorium beruhe. Ein Teil der Autoren lehnte die Ersitzung ab, da anders als das nationale Recht das Völkerrecht nur an das Naturrecht gebunden sei und die Ersitzung Teil des nationalen positiven Rechts sei. Es könne im Völkerrecht keine bestimmte Zeitspanne für die Ersitzung fixiert werden.²⁷⁹ Der überwiegende Teil der Autoren erkannte sie aber mit den Argumenten an, dass die Gegner das nationale „droit de la prescription“ mit der weniger spezifischen „loi de la prescription“ verwechselten. Damit ist gemeint, dass auch wenn die Ersitzung nicht in einer einheitlichen Form festgelegt werden könne, ihr Prinzip dennoch der Natur der Sache inhärent und wesentlich für die Existenz der staatlichen Gesellschaften sei.²⁸⁰ Die Ersitzung schütze Rechtssicherheit und Stabilität.

Auch die meisten Gegner der Ersitzung erkannten dem unwidersprochenen Besitz fremden Staatsgebiets eine gewisse Wirkung zu; *Friedrich von Martens* hielt wie *Grotius* die unvordenkliche Verjährung dafür einschlägig; *Heffter* sah jedenfalls

²⁷⁸ Darstellung bei *Ortolan*, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations*, 1851, S. 114-116, Nachweise zu *Vattel*, *Droit des gens*, liv. II, ch. XI, § 141, 148, 149, 150. Dagegen wenden sowohl *Ortolan*, ebd., S. 112-114, als auch *Heimbürger*, ebd., S. 145-147, überzeugend ein, dass nach einer tatsächlichen oder zwingend vermuteten Dereliktion das Gebiet nicht der Ersitzung, sondern als *res derelicta* der Okkupation zugänglich sei.

²⁷⁹ *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 754, 755. Dort listet er neben den im Folgenden genannten als die Ersitzung ablehnende Autoren: *Klüber*, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Bd. 1, 1819, §§ 6 und 12, S. 18, 19, 28 ff.; *von Ullmann*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 1908, § 92; *Mérignac*, *Traité de l'arbitrage international*, 1895, 2e partie, S. 417. Weitere bejahende Autoren: *Audinet*, *La prescription acquisitive en droit international public*, RGDIP III (1896), S. 313-325; *Bluntschli*, *Le droit international codifié*, 2. Aufl. 1874, Art. 290; *Bonfils*, *Manuel de droit international public*, 7. Aufl. 1914, Rz. 534; *Calvo*, *Le droit international théorique et pratique*, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, S. 317; *Chrétien*, *Principes de droit international public*, 1893, Rz. 140; *Despagnet/de Boeck*, *Cours de droit international public*, 4. Aufl. 1910, Rz. 380; *Dudley-Field*, *Projet d'un code international*, 1910, Art. 52; *Fiore*, *Droit international public trad., Nouveau droit international public: suivant les besoins de la civilisation moderne*, Bd. 2, 2. Aufl. 1885, S. 141-144 (Ersitzung ist Einrede der Verjährung); *Pradier-Fodéré*, *Traité de droit international public européen et américain*, Bd. 2, 1885, S. 381-839; *Hall*, *International Law*, 7. Aufl. 1917, § 36; *Hershey*, *Essentials of international public law*, 1919, Rz. 170; *Hyde*, *International Law*, 1922, Bd. 1, S. 116; *Lawrence*, *Les principes de droit international*, trad. franc. 1920, § 78; *De Louter*, *Le droit international public positif*, Bd. 1, 1920, S. 341 (vergleicht die Ersitzung im Völkerrecht mit dem unvordenklichen Besitzstand); *Nys*, *Le droit international*, Bd. 2, 2. Aufl. 1912, S. 38 ff.; *Ortolan*, *Des moyens d'acquérir le domaine international*, 1851, [Rz. 171-203] Rz. 188 und 825; *Ralston*, *AJIL* 4 (1910), S. 133; *Westlake*, *International law*, Bd. 1, 2. Aufl. 1910, S. 92 [94-96]; *Wheaton*, *Eléments du droit international*, Bd. 1, [Aufl. unbek.], S. 159. Angaben z. T. ergänzt.

²⁸⁰ *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 755.

die Möglichkeit einer provisorischen Gebietszuordnung; *Georg Friedrich Martens* beschrieb, dass die Staaten eine Obliegenheit anerkennen, keinen schädlichen Irrtum dahingehend auszulösen, dass man auf sein Gebiet verzichten wolle; *von Liszt/Fleischmann* befürworteten bei fehlendem Widerspruch die Vermutung eines Verzichts auf das entsprechende Gebiet. Der „schädliche Irrtum“ beziehungsweise die korrespondierende Vermutung des staatlichen Willens sind Elemente, die für das Verständnis der Ersitzung eine zentrale Rolle spielen. In modernen Konzeptionen lassen sie sich in den Prinzipien der *acquiescence* und des *estoppel* verorten. Da der Irrtum nur für den schweigenden Staat selbst schädlich ist, wurde das Thema der Ersitzung als Obliegenheitsnorm (dazu Kapitel F.) bereits im 19. Jahrhundert angedeutet.

Im Folgenden werden die Ansätze der älteren Autoren vorgestellt, wobei sie in Befürworter und Gegner der Ersitzung eingeteilt werden.

1. Befürworter der Ersitzung

Ortolan zufolge basiert die Ersitzung im Völkerrecht wie im Privatrecht darauf, dass die tatsächliche Nutzung eines Gebiets nicht nur ein Recht des Titelinhabers, sondern auch eine Pflicht darstellt, da die Gebietszuordnung analog zur Eigentumszuordnung dazu dient, einem Einzelnen zu ermöglichen, den Nutzen aus der Sache im Interesse der Allgemeinheit zu ziehen. Vernachlässigt der Titelinhaber diese Pflicht, und erfüllt sie ein anderer Staat über lange Zeit hinweg besser, erscheine es nicht mehr ungerecht, den Titel diesem zuzuschreiben. Die moderne Bezeichnung „prescription“ sei wenig aussagekräftig im Vergleich zur römischen Bezeichnung als „usucapio“, was Aneignung zur Nutzung bedeutete. Rechtsfrieden und Rechtssicherheit seien dagegen nur akzessorische und zweitrangige Gründe für die Ersitzung, könnten diese aber ebensowenig tragen wie die Vermutung der Zustimmung zur Gebietsübertragung.²⁸¹

²⁸¹ *Ortolan*, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations*, 1851, S. 99-118. Den Schluss vom Schweigen auf den Gebietsübertragungswillen lehnt er ab, da dies gerade den Ausnahme- und nicht den Regelfall des staatlichen Willens darstelle, eine Vermutung aber den Regelfall abbilden soll, S. 101, 110. Mehr zum Konzept *Ortolans* in Kapitel F.

Phillimore (1854) spricht sich für die Existenz der Ersitzung als adverses Recht aus.²⁸² Sie sei die Antwort auf die Frage, welchen Effekt der Ablauf von Zeit auf das Eigentum und Recht einer Nation im Verhältnis zu einer anderen habe:

„The effect of the lapse of time upon the property and right of one nation relatively to another is the real subject for our consideration. And if this is borne steadily in mind, it will be found, on the one hand, in the highest degree irrational to deny that Prescription is a legitimate means of International Acquisition; and it will, on the other hand, be found both inexpedient and impracticable to attempt to define the exact period within which it can be said to have become established [...].“²⁸³

Phillimore sieht die Ersitzung als derivatives Recht, da notwendigerweise der Verlust von Staatsgebiet des einen Staates der Gewinn des anderen Staates sei. Der Zweck der Ersitzung sei die Herstellung von Rechtsfrieden, die sie im Völkerrecht ebenso wie im nationalen Recht erfülle.

„The same reason of the thing which introduced the principle into the civil jurisprudence of every country, in order to quiet possession, give security to property, stop litigation, and prevent a state of continued bad feeling and hostility between individuals, is equally powerful to introduce it, for the same purposes, into the jurisprudence which regulates the intercourse of one society with another.“²⁸⁴

Ein ursprünglich rechtswidriger Titel könne durch den Ablauf von Zeit geheilt werden:

„[...] a forcible and unjust seizure of a country, which the inhabitants, overpowered for the moment by the superiority of physical force,

²⁸² *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 217: „It is true that some late writers on the Law of Nations have denied that the doctrine of Prescription has any place in the system of International Law [Klüber, Martens, G. F.]. But their opinion is overwhelmed by authority, at variance with practice and usage, and inconsistent with the reason of the thing. Grotius, Heineccius, Wolff, Mably, Vattel, Rutherford, Wheaton and Burke constitute a great preponderating array of authorities, both as to number and weight, upon the opposite side.“

²⁸³ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 216, 217, Hervorhebungen in fett hinzugefügt.

²⁸⁴ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 218.

ineffectually resist, is **a possession which, lacking an originally just title, requires the aid of time to cure its original defect [...]**²⁸⁵

Das Zeitmoment hat also bei *Phillimore* eine tatbestandliche Bedeutung, die die Situation von rechtswidrig zu rechtmäßig transformiert. Es sei aber ebenso unpraktisch wie unnötig, eine exakte Zeitdauer zu definieren, die für die Ersitzung abzulaufen sei.²⁸⁶ *Phillimore* wendet sich gegen diejenigen Theorien, die eine Dereliktion als Voraussetzung jeder Ersitzung sehen: sofern nämlich eine Dereliktion geschehen sei, könne das Gebiet als *terra nullius* durch Okkupation erworben werden.

„in cases where the dereliction is capable of proof, the new possessor may found his original claim upon original Occupation alone, without calling the aid of Prescription. The loss of the former, and the gain of the later possessor, are distinct and separate facts. Whereas, in cases of Prescriptive Acquisition, the facts are necessarily connected; the former possessor loses, because the new one gains.“²⁸⁷

Hall (1890) befürwortet die Existenz der Ersitzung als Gebietserwerbstitel hinsichtlich Gebieten, für die der Erwerber keinen anderen unzweifelhaften Titel vorweisen könne, aber auch für illegal erworbene Gebiete, sofern sich die Beherrschung des Gebiets über einen langen Zeitraum ausreichend verfestigt habe und der ehemalige Inhaber es versäumt habe (ob schuldhaft oder nicht), seine Recht geltend zu machen. Da die Ersitzung in den nationalen Rechtsordnungen durch Regeln des positiven Rechts ausgestaltet werde, sei es dort möglich (z. B. über die Voraussetzung des guten Glaubens für die Ersitzung) sie zur Dienerin der Gerechtigkeit zu machen. Dagegen müsse man für das Völkerrecht konzedieren, dass aus den praktischen Gründen der Sicherheit und Stabilität der internationalen Ordnung im Falle der Ersitzung das Unrecht über das Recht siege, sofern dieser Sieg nicht nur ein momentaner Triumph sei, sondern sich permanent und solide manifestiere:

²⁸⁵ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 217.

²⁸⁶ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 217.

²⁸⁷ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 2. Aufl. 1871, S. 221.

„Title by prescription arises out of a long-continued possession, where no original source of proprietary right can be shown to exist, or where possession in the first instance being wrongful, the legitimate proprietor has neglected to assert his right, or has been unable to do so. [...] it must be frankly recognised that internationally it is allowed, for the sake of interests which have hitherto been looked upon as supreme, to lend itself as a sanction for wrong, when wrong has shown itself strong enough not only to triumph for a moment, but to establish itself permanently and solidly.“²⁸⁸

Oppenheim (1912) sieht die Ersitzung im Völkerrecht als die allgemeine Anerkennung einer Faktenlage, deren Ursprung widerrechtlich sei, durch die Völkerrechtsgemeinschaft. Ebenso wie *Phillimore* vertritt *Oppenheim*, dass der Ablauf von Zeit für die Schaffung des Titels der Ersitzung erforderlich sei, wobei diejenige Zeitspanne maßgeblich sei, die dazu führe, die allgemeine Überzeugung zu schaffen, dass die gegenwärtige Lage der Dinge im Einklang mit der Völkerrechtsordnung stehe. Vorgaben für die Dauer des ununterbrochenen Besitzes eines Gebietes können nach *Oppenheims* Ansicht nicht gemacht werden, vielmehr hänge es von den Umständen des Einzelfalls ab, ab wann die Völkergemeinschaft den neuen Zustand als rechtmäßig empfinde:²⁸⁹

„The basis of prescription in International Law is nothing else than general recognition of a fact, however unlawful in its origin, on the part of the members of the Family of Nations. And prescription in International Law may therefore be defined as the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international order“²⁹⁰

²⁸⁸ *Hall*, *Treatise on International Law*, 3rd ed. 1890, S. 105, 121, 122: Okkupation in ihrer reinen Form bedeute, dass der Titel nur durch die tatsächliche Inbesitznahme entstehe und auch nur solange aufrechterhalten werde, wie der Besitz dauere; oder aber der Titel der Okkupation verschmelze mit dem der Ersitzung, wenn der Besitz entsprechend lange andauere.

²⁸⁹ Vgl. *Oppenheim*, *International Law: A Treatise*, 2. Aufl. 1912, S. 310, 311.

²⁹⁰ *Oppenheim*, *International Law: A Treatise*, 2. Aufl. 1912, S. 309.

Diese Definition verwendeten auch spätere Autoren, die sich auf *Oppenheim* berufen.²⁹¹ *Oppenheim* nennt damit als Voraussetzungen für die Ersitzung eben jene Elemente, die auch die Bildung von Gewohnheitsrecht ausmachen: Langandauernde Übung (*longa consuetudo*) und Überzeugung von der Rechtmäßigkeit (*opinio iuris*). Seine Ansicht bildete daher den Ausgangspunkt für diejenigen Ansätze vor allem der 1950er Jahre, die die Ersitzung explizit auf allgemeinem oder speziellem Völkergewohnheitsrecht begründen.²⁹² Der Ablauf der Zeit allein reicht aber nach *Oppenheims* Ansicht nicht aus, um einen Titel zu schaffen; hinzukommen müssten andere Umstände und Einflüsse:

„Heffter’s (§ 12) dictum, ‘Hundert Jahre Unrecht ist noch kein Tag Recht’ is met by the fact that it is not the operation of time alone but the co-operation of **other circumstances and influences** which creates the title by prescription“²⁹³

In dieser Aussage könnte man eine Andeutung der späteren Theorien und Rechtsprechung erkennen, die dem effektiven Besitz selbst eine konsolidierende Bedeutung beimessen.²⁹⁴ Insgesamt basiert, so *Oppenheim*, die Ersitzung ebenso wie im nationalen Recht auf der Schaffung von Stabilität und Ordnung. Eine klare Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsquelle nimmt er nicht vor:

„Thus, prescription in International Law has the same basis as prescription in Municipal Law – namely, the creation of stability and order.“²⁹⁵

Fauchille (1925) stellt drei in der Wissenschaft vorgebrachte Thesen zur Rechtfertigung der völkerrechtlichen Ersitzung dar, um sich der dritten These anzuschließen: Nach der ersten These bewirkt das Stillschweigen eines Souveräns während eines langen Zeitraums die Vermutung, dass er sein Recht freiwillig aufgegeben habe. Dagegen wendet *Fauchille* wie *Phillimore* ein, dass, nähme man eine solche Dereliktion an, der Erwerbstitel die Okkupation und nicht

²⁹¹ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (165), in: *Shaw*, Title to Territory 2005, S. 347 (369); *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (342), abgedruckt in *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (288, 289), unter Berufung auf *Verykios*. Allerdings ist die Definition ein Zirkelschluss: Wie lang muss die Zeit sein, damit die Faktenlage anerkannt ist? So lange, bis sie anerkannt ist.

²⁹² S. u. *Pinto*, *MacGibbon*, *Schwarzenberger*, *Blum*.

²⁹³ *Oppenheim*, International Law: A Treatise, 2. Aufl. 1912, S. 311, Hervorhebung hinzugefügt.

²⁹⁴ *De Visscher*, *Schwarzenberger*, IGH im Fall *Fisheries*, Max Huber in *Island of Palmas*; siehe unten.

²⁹⁵ *Oppenheim*, International Law: A Treatise, 2. Aufl. 1912, S. 309. Hier klingt das Prinzip *Quieta non movere* an, siehe dazu *Zimmer*, Kapitel D. III. 4. a und *Grisbadarna*, Kapitel E. I. 5.

Ersitzung wäre. Nach der zweiten These bewirkt die ökonomische und soziale Rolle der territorialen Souveränität, dass derjenige Souverän, der sich ein Gebiet aneignet und während einer gewissen Zeit Sicherheit und Ordnung aufrechterhält und dadurch den Wohlstand fördert, ein Recht zulasten desjenigen (ehemaligen) Souveräns erhält, der seine Pflichten vernachlässigt hat (vgl. oben, *Ortolan*). *Fauchille* dagegen ist der Auffassung (These 3), dass es zur Stabilität und Sicherung des Friedens zwischen den Völkern erforderlich sei, dass nach einer gewissen Zeit die Rechte eines Staates nicht mehr angreifbar sind.²⁹⁶ Als Voraussetzungen nennt *Fauchille* staatlichen Besitz „à titre de souverain“²⁹⁷, die Friedlichkeit und Ununterbrochenheit²⁹⁸ des Besitzes, die Öffentlichkeit des Besitzes und den Ablauf einer gewissen Zeit. Der Zeitablauf sei notwendig, da auf diese Weise die Intention ausgedrückt werde, die in Besitz genommene Sache als eigene zu behandeln (d. h. der Zeitablauf dient als Nachweis des Willens zum Besitz).

Zur erforderlichen Dauer würden unterschiedliche Ansichten vertreten; hundert Jahre, fünfzig Jahre oder eine flexible Dauer je nach den Umständen des Falls (Größe des Gebiets, Art und Weise des Besitzes, Beziehung der Parteien). Die flexible Lösung lehnt *Fauchille* ab, weil er einen Verlust an Rechtssicherheit fürchtet, da jede interessierte Partei die Umstände zu ihren Gunsten auslegen werde. *Fauchille* orientiert sich daher am nationalen (französischen) Recht mit einer Frist von 30 Jahren, da dies einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse der Völkerrechtsgemeinschaft schaffe, Streitigkeiten rasch beizulegen, und dem Interesse des enteigneten Volkes, die Ersitzung abwehren zu können.²⁹⁹

Fauchille nennt zwar einen Zweck bzw. das Motiv für die Anerkennung der Ersitzung, befasst sich aber nicht mit ihrer dogmatischen Begründung. Weil *Fauchille* die Vermutung der Dereliktion ablehnt und auch später, in einem

²⁹⁶ *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 757 f.

²⁹⁷ *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 760, d. h. ein Besitz im Bewusstsein und Willen, Herrscher über das Gebiet zu sein. Ein Staat könne aber nicht gegen seinen eigenen (beschränkten) Titel die volle territoriale Souveränität ersitzen. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der territoriale Souverän einen Staat ausdrücklich ermächtigt, auf seinem Gebiet Hoheitshandlungen vorzunehmen. Weiter könne in einem Protektoratsverhältnis der Protektorstaat das Gebiet des Protektorats nicht als eigenes durch Ersitzung erwerben, auch wenn er dessen innere Souveränität an sich ziehe.

²⁹⁸ Die Unterbrechung des Besitzes hindert den Eintritt der Ersitzung; dafür sind mehrere Maßnahmen denkbar; etwa Waffengewalt und Proteste (auch des Volkes selbst, falls der Staat nicht eintritt).

²⁹⁹ *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 760-762, mit Nachweisen zu anderen Ansichten.

Kapitel zur Begründung von Rechten an der hohen See, die Vermutung der Zustimmung aus bloßer Untätigkeit nicht ohne weiteres annimmt³⁰⁰, und er den objektiven Zweck als Grund der Ersitzung darstellt, liegt es nahe, ihn den objektiven Ersitzungstheorien zuzuordnen.³⁰¹ Sein Ansatz enthält Details, die in der späteren Auseinandersetzung mit der Ersitzung rezipiert wurden – so der Begriff des „à tite de souverain“³⁰² sowie die Begründung, dass die einmal beruhigte Lage nicht mehr verändert werden sollte.³⁰³

Lauterpacht ist 1927 der Ansicht, dass Ersitzung Teil des Völkerrechts sei und sich die *opinio iuris* in diesem Sinne entwickelt habe:

„Prescription, both acquisitive and extinctive, so frequently rejected on account of its private law origin, **is now generally recognised** as forming a part of international law.“³⁰⁴

Er folgt einem weiteren Verständnis von Ersitzung und fasst darunter auch einen Erwerb durch effektiven, andauernden, friedlichen Besitz, nicht nur den adversen Erwerb. Bezüglich der *Grisbadarna*-Arbitration³⁰⁵ meint er, dass dort inhaltlich die Ersitzung diskutiert worden sei, da ein Titel darauf begründet worden sei, dass Schweden effektiv das Gebiet genutzt habe.³⁰⁶ Er gibt aber selbst zu, dass sich die Schiedsgerichte nicht ausdrücklich auf Ersitzung als völkerrechtliches Prinzip berufen haben.³⁰⁷

Auch später, als Richter am IGH, bleibt *Lauterpacht* seiner Linie treu. In einer Erklärung im Anschluss an das Urteil *Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier Land (1959)*³⁰⁸ führt er aus, dass vorliegend kein Raum für die Anwendung der anspruchsvollen bzw. erhöhten („exacting“³⁰⁹) Regeln für den Fall einer *prescription* entgegen einem Titel sei, der durch einen klaren und

³⁰⁰ *Fauchille*, ebd., S. 382.

³⁰¹ Dazu siehe unten.

³⁰² Siehe z. B. IGH in *Nicaragua v. Colombia* (2012), Kapitel E. I. 25.

³⁰³ Siehe dazu Kapitel C. III. 4., D III. 3. d., 4. a., *quieta non movere*.

³⁰⁴ *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 300; Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁰⁵ S.u., Kapitel E. I. 12.

³⁰⁶ Vgl. *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 264, S. 275, 276, S. 223-225, 227-236.

³⁰⁷ Zu den verschiedenen Ansichten der Schiedsrichter siehe unten Kapitel E. I. 4.

³⁰⁸ S. u. Kapitel E. I. 5.

³⁰⁹ ICJ Reports 1959, S. 209 (231).

eindeutigen Vertrag erworben worden sei. Dies aber nicht, weil eine solche Ersitzung prinzipiell abzulehnen sei, sondern weil die streitgegenständliche Konvention die Kriterien eines eindeutigen und klaren Vertrags nicht erfülle.³¹⁰ Bei Fehlen eines klaren vertraglichen Titels genügen normale und unangefochtene Ausübung der Verwaltungstätigkeit über einen längeren Zeitraum. Es bestehe nach einer gewissen Zeit keine Notwendigkeit mehr „to disturb the existing state of affairs“.³¹¹ Das Prinzip *quieta non movere* klingt in dieser Situation an, das *Lauterpacht* schon bezüglich des Falls *Grisbadarna* mit der Ersitzung in Verbindung gebracht hatte.³¹² Hinsichtlich der Rechtsquelle der Ersitzung postuliert *Lauterpacht*, wegen der Vergleichbarkeit der Beziehungen und der Staatenpraxis im Wege der Analogiebildung allgemeine Regeln im Privatrecht zu suchen, die dem noch am Anfang der dogmatischen Entwicklung stehenden Völkerrecht helfen können, seine eigenen Regeln zu auszuformulieren.³¹³

Sørensen (1932), ebenfalls ein Befürworter der Ersitzung, bezieht sich vor allem auf die Ausführungen *Halls*, *Oppenheims* und *Fauchilles*. Er bestätigt, dass im gegenwärtigen Völkerrecht die Gemeinschaftsinteressen an Stabilität und Sicherheit gegenüber dem Interesse des einzelnen beeinträchtigten Staates überwiegen. Er bedauert, dass weder die Dogmatik noch die Praxis ausreichend detaillierte Regelungen hervorgebracht hätten, um die Ersitzung so einzugrenzen, dass sie den Interessen des einzelnen Staates besser Rechnung tragen könne.³¹⁴

Nach Ansicht *Verykios`* (1934) existiert die völkerrechtliche Ersitzung zwar, hat aber andere Voraussetzungen als diejenige des nationalen Rechts. „La prescription acquisitive n’a que le nom de commun avec l’institution homonyme du droit interne“.³¹⁵ So sei der gute Glaube keine Voraussetzung, sondern sein Fehlen verlängere nur die Ersitzungsfrist. Die Frist müßs von Fall zu Fall durch

³¹⁰ ICJ Reports 1959, S. 209 (231, 232).

³¹¹ ICJ Reports 1959, S. 209 (232); er nennt den Zeitraum von 50 Jahren.

³¹² *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 264.

³¹³ *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 34 f., S. 300; dazu passend zitiert er auf dem Vorblatt seines Werks *Holland*: „The Law of Nations is but private law ‘writ large’. It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to relations of individuals“, *Holland*, *Studies in International Law and Diplomacy*, 1898, S. 152.

³¹⁴ *Sørensen*, *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 3 (1932), S. 145 (151, 170).

³¹⁵ *Verykios*, *La prescription du droit international public*, 1934, S. 190, 191, ebenso wie die folgende Zusammenfassung nach *Pinto*, *Recueil des Cours* 87 (1955-I), S. 387 (398). Unterschiede seien, dass im Völkerrecht der Ablauf einer bestimmten Zeitspanne nicht essentiell sei, die Mittel, um sie zu unterbrechen, verschieden seien, und die Regel *contra non valentem* zwischen den Staaten nicht anwendbar sei.

den Richter bestimmt werden.³¹⁶ Ohne Zweifel sei die Ersitzung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts; ob sie schon Völkergewohnheitsrecht sei, sei aber noch nicht sicher. Das Fehlen einer detaillierten Regelung bezüglich des erforderlichen Zeitablaufs hindere nicht die Aufnahme der Ersitzung ins Völkerrecht.³¹⁷

2. Gegner der Ersitzung

Georg Friedrich Martens (1858) stellt zunächst die Voraussetzungen des Konzeptes der Ersitzung dar, um anschließend zu überprüfen, ob sie ein Rechtsprinzip des Völkerrechts ist:

„Mais, en demandant si la prescription a lieu entre les nations, on a en vue de savoir si le simple non-usage de la propriété ou de tel droit, si le silence gardé volontairement, et avec connaissance de cause, lorsqu'un autre possède notre propriété, ou lorsqu'il dispose de nos droits, quand ce non-usage, ce silence, ont été continués pendant longtemps, suffisent pour nous faire perdre notre propriété ou nos droits, et pour les faire acquérir irrévocablement par le possesseur actuel.“³¹⁸

Die von ihm dargestellten Merkmale sind danach folgende:

- Freiwilliges Schweigen des Eigentümers/Rechtsinhabers
- Kenntnis davon, dass
- ein anderer das Eigentum besitzt oder über die Rechte verfügt
- Andauern dieses Zustandes über einen langen Zeitraum
- Rechtsfolge: Unwiderruflicher Verlust des Eigentums/anderen Rechts

Martens lehnt die Anwendung des Konzeptes der Ersitzung aus dem Grunde ab, dass keine Obliegenheit für den Rechtsinhaber bestehe, seine Rechtsgüter auch zu gebrauchen:

„Or, le simple non-usage, le simple silence, considérés en eux-mêmes,

³¹⁶ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (433).

³¹⁷ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (343), in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (284).

³¹⁸ *Martens*, G. F., Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe, Tome premier, 1858, S. 187, 188.

n`ont pas la force de renunciation ou du consentement, en tant que nous ne sommes pas obligés de faire usage de notre bien ou de protester.“³¹⁹

Eine einfache Unterbrechung der Ausübung der Hoheitsgewalt bringe ein Recht nicht zum Erlöschen. Zwar begründe ein ungebräuchliches Schweigen eine Vermutung für eine Dereliktion, jedoch genüge diese Vermutung allein nicht für einen Rechtsverlust. Die Ersitzung sei nicht im Naturrecht und damit auch nicht im Völkerrecht verankert:

„[...] bien que le silence peu usité que nous gardons puisse faire naître une presumption d´abandon, cette presumption seule non suffit pas pour nous faire perdre nos droits: la prescription n´est donc pas fondée dans la rigueur du droit naturel.“³²⁰

Auch wenn sie wünschenswert sei, scheitere sie schon an der Hürde, dass man keinen bestimmten Zeitraum für den Eintritt der Ersitzung festmachen könne. Dagegen erkennt *Martens* die Folge des unvordenklichen Besitzstandes an: In dem Falle, in dem der Besitzstand so lange zurückreicht, dass kein anderer ein besseres Recht an dem Gebiet beweisen kann („une possession tellement immémoriale“³²¹) ergeben diese Umstände ein Abwehrrecht gegenüber fremden Ansprüchen. Allenfalls dieser „favor possessionis“ könne, wenn auch nur ungenau, als unvordenkliche Ersitzung bezeichnet werden.³²² *Martens* versteht den Begriff der Ersitzung in einem engen Sinne als Rechtsübergang allein auf der Basis objektiver Tatsachen: Nichtgebrauch und Schweigen durch den ursprünglichen Rechtsinhaber, lang andauernder Gebrauch durch einen anderen Staat. Diese Art von Ersitzung lehnt *Martens* wegen der Unmöglichkeit ab, eine genaue Frist festzulegen.

Jedoch deutet er andere Arten des Rechtsübergangs an, die einem weiteren Verständnis von Ersitzung entsprechen. Zum einen sieht er die Möglichkeit, dass positive Handlungen aus Empfängersicht als konkludente Zustimmung gewertet werden, zum anderen die Begründung der Vermutung einer Dereliktion durch

³¹⁹ *Martens, G. F.*, ebd., S. 188. Im Völkerrecht ist eine solche Obliegenheit aber anzuerkennen, siehe Kapitel F.

³²⁰ *Martens, G. F.*, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Tome premier, 1858, S. 187, 188.

³²¹ *Martens, G. F.*, ebd., S. 187, 188.

³²² Vgl. *Martens, G. F.*, ebd., S. 189.

Stillschweigen, das einen „schädlichen Irrtum“ bei anderen Staaten auslösen könne. Obwohl Martens selbst nicht anerkennt, dass ein Gebietsverlust die Folge einer solchen Vermutung der Dereliktion sein kann, sieht er dieses Verständnis in der Staatenpraxis. Einen solchen Irrtum nicht auszulösen, sei als Obliegenheit unter den Staaten anerkannt. Zu den Folgen eines solchen schädlichen Irrtums aus Sicht der Staaten äußert sich Martens zwar nicht ausdrücklich, in der Formulierung, „hinsichtlich der Rechte, die sie behalten wollen“, ist aber die Gefahr eines Gebietsverlusts angesprochen.³²³

In der These dieser Obliegenheit scheint das Konzept der *acquiescence* auf, das einen Rechtsschein der Zustimmung durch qualifiziertes Stillschweigen bezeichnet. Es klingt aber auch das anglo-amerikanische Konzept vom „estoppel“ an, das zu einer Verwirkung bzw. Präklusion führen kann, sein Recht weiter geltend zu machen. *Acquiescence* und *estoppel* sind die beiden Prinzipien, die die internationalen (Schieds-) Gerichte wie auch ein Teil der modernen Literatur zur Begründung der Ersitzung ins Feld führen (s. u.).

Heffter (1861) lehnt den Erwerb eines Gebietes aufgrund von Zeitablauf und tatsächlicher Hoheitsausübung ab, soweit sie bereits bestehenden Hoheitsrechten zuwiderläuft: „Hundert Jahre Unrecht ist noch kein Tag Recht.“³²⁴

Auch das Konzept der Verjährung sei im Völkerrecht nicht bekannt:

„[...] noch läßt sich eine allgemeine Anerkennung des Institutes der Verjährung durch bestimmten Zeitablauf unter den europäischen Nationen nachweisen, so immanent auch an sich jedem geschlossenen Rechtssystem die Idee oder Nothwendigkeit einer Verjährung ist.“³²⁵

Die Übertragung eines Gebietes kann nach Ansicht *Heffters* nur unter Mitwirkung des ursprünglichen Inhaberstaates erfolgen, sei es konsensual, sei es durch Dereliktion mit anschließender Besitzergreifung. Damit verfolgt er eine voluntaristische Theorie des Gebietserwerbs:

³²³ Vgl. *Martens, G. F.*, ebd., S. 190 ff.

³²⁴ *Heffter*, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 4. Aufl. 1861, S. 30, § 11.

³²⁵ *Heffter*, ebd., S. 28, 29, 4. Aufl. 1861, § 11.

„Außerdem läßt sich eine gültige Rechtsbehauptung nur noch stützen 3. auf unvordenklichen Besitzstand; 4. auf Herkommen oder Observanz, wenn ein Staat gegen den Andern oder wenn mehrere unter sich gegenseitig durch eine oder **mehrere Handlungen die Anerkennung einer dauernden Verpflichtung unzweideutig dargelegt** haben, ohne dabei in einem Irrthum oder Zwange begriffen gewesen zu sein 5. **auf Besitzergreifung einerseits und ausdrückliche oder stillschweigende Aufgebung** des bisherigen Rechtszustandes andererseits.“³²⁶

Die Existenz vermuteter oder vorausgesetzter stillschweigender Konventionen lehnt *Heffter* ab.³²⁷ Dennoch erkennt er den objektiven Handlungen eines Staates gewisse rechtliche Wirkungen insofern zu, als sie vertraglich begründete Rechte zeitlich beeinflussen können:

„Die Dauer von Staatenrechten, welche nicht durch den Zweck und Convention auf bestimmte Zeit beschränkt sind, ist daher an sich von dem Verlaufe gewisser Jahre nicht abhängig; sie bestehen so lange, als der Berechtigte sie nicht aufgegeben hat oder in die Unmöglichkeit gekommen ist, sie ferner geltend zu machen.“³²⁸

Darüber hinaus erzeuge der Besitz Rechtsscheinwirkungen, die eben daraus resultierten, dass die Inhaberschaft des Titels eng mit der Ausübung von Gebietshoheit verknüpft sei. *Heffter* unterscheidet drei Konstellationen, in denen dieser Gesichtspunkt eine Rolle spielt:

- Vermutung der Dereliktion in Zusammenhang mit Zeitablauf und fehlendem Widerspruch³²⁹
- Institut der unvordenklichen Besitzstandes (*antiquitas, vetustas, cuius contraria memoria non existit*)³³⁰

³²⁶ *Heffter*, ebd., S. 28, § 11, 4. Hervorhebungen auch im Folgenden hinzugefügt.

³²⁷ *Heffter*, ebd., S. 28, § 11.

³²⁸ *Heffter*, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 4. Aufl. 1861, S. 29, § 11.

³²⁹ *Heffter*, ebd., S. 29, § 11.

³³⁰ *Heffter*, ebd., S. 30, § 11: „Was den unvordenklichen Besitzstand betrifft (*antiquitas, vetustas, cuius contraria memoria non existit*), so kann darunter nur ein solcher gemeint sein, wo der Beweis, daß es jemals anders war, nicht geführt werden kann und demnach die **Vermuthung entsteht, daß die Sache oder das Recht dem besitzenden Subject von Anfang an gehört** habe. Der jetzige, schon uralte Besitzstand ist eine vollendete Thatsache, wogegen die Geschichte Nichts vermag. Wie viele Staatenrechte, Grenzen und Besitzungen würden nach bloß theoretischen Rechtsgründen, oder wenn

- Provisorische Regelung der Gebietszugehörigkeit bei unklarer Inhaberschaft³³¹

Heffter betont, dass es trotz eines erzeugten Rechtsscheins auf die subjektive Seite, das Gebiet aufgeben zu wollen, bei der Dereliktion entscheidend ankommt und die äußeren Handlungen bloße Rückschlüsse auf den inneren Willen zulassen. Die tatsächliche Ausübung des Besitzes vermag *Heffters* Ansicht nach im Falle einer unklaren Gebietszugehörigkeit nur eine provisorische Regelung zu ergeben; eine Übertragung von Rechten scheidet aber aus. Im Falle der unvordenklichen Verjährung gilt dies prinzipiell genauso, aber bildet der erzeugte Rechtsschein aus tatsächlichen Gründen eine unwiderlegliche Vermutung und dauerhafte Einrichtung, da ja niemand mehr existiert, der den Titel in Frage stellen könnte. Der effektiven Besitzergreifung gesteht *Heffter* keine eigene titelbegründende Kraft zu.

Unter dem Stichwort der originären Erwerbsarten zählt *von Martens, Friedrich von* (1883) die Verjährung (*usucapio*) auf. Dadurch erkennt das Völkerrecht vollendeten Tatsachen aus pragmatischen Gesichtspunkten nach Ablauf einer langen Zeit Rechtswirkungen zu. *Von Martens* nimmt damit die späteren Ansätze vorweg, denen zufolge effektives Handeln in Verbindung mit einer langen Zeitdauer illegale in legale Situationen zu überführen vermögen. Neben der unvordenklichen Verjährung besteht die Ersitzung nicht als Gebietserwerbstitel:

„Im Unterschiede vom Privatrecht statuiert das Völkerrecht eine Wirkung der Verjährung nur in sehr beschränktem Umfange. Stellung und Bedeutung der Verjährung in dieser Rechtsdisciplin sind in nachstehenden Sätzen ausgedrückt.

- 1) Das Völkerrecht kennt keine Verjährung durch bestimmten Zeitablauf, da der Staat eben so lange an einem fraglichen Territorium den Besitz hat, als er seine Hoheit über dasselbe geltend machen kann und will.
- 2) Im Bereich der internationalen Verhältnisse findet keine Unterbrechung des Laufes der Verjährung statt. Ein Staat mag thatsächlich des Besitzes verlustig gehen, deswegen aber immer noch bestrebt bleiben, ihn auf diese

man nach Rechtstiteln früge, anzufechten sein, wenn nicht das vor der Geschichte geborgene Alter sie niederschläge.“

³³¹ *Heffter*, ebd., S. 30, § 12.

oder jene Weise wiederzugewinnen.

3) Wirkliche Bedeutung hat im Bereich des Internationalen nur der unvordenkliche Besitzstand (*antiquitas, vetustas, cujus contraria memoria non existit*). Auf ihm basiert die ganze politische Karte, die gesammte factische Existenz der civilisirten und unvicilisirten Staaten. Die Macht der Zeit und die Sanction der Geschichte bringen alle Ansprüche, alle Anklagen, zu denen die Gewaltacte und Rechtsbrüche, mittelst welcher die Staaten die Vergrößerung ihrer Territorien erreichten, ihrer Zeit hinreichenden Anlass geben mochten, zum Schweigen. In diesem Sinne findet das bekannte *'beati possidentes!'* auf Niemand treffendere Anwendung, als auf die Staaten. Eine vollendete Thatsache wird durch unvordenkliche Verjährung vor dem Völkerrecht legalisirt.³³²

Auch von *Holtendorff* (1887) spricht sich klar gegen die Existenz der Ersitzung im Völkerrecht aus:

„Von einem Gebietserwerb durch acquisitive Verjährung kann so lange nicht gesprochen werden, als nicht eine bestimmte Usucapionsfrist durch Verträge oder allgemeine Anerkennung im Voraus normirt ist. Für die Staatspraxis genügt die Erwähnung der Tatsache, daß die Zulässigkeit der Verjährung von der Theorie stets bestritten wurde. Daß sie vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit wünschenswerth, mag zugegeben werden.“³³³

Heimburger (1888) hält die Übertragung der privatrechtlichen Konzepte der Ersitzung, die er auch als Akquisitiv-Verjährung bezeichnet, aber auch der unvordenklichen Verjährung ins Völkerrecht nicht für zweckmäßig, da sie jeweils einen zu engen Anwendungsbereich hätten den Kern der Probleme im Völkerrecht nicht treffen. Es komme für den Titelerwerb nicht auf den Ablauf einer bestimmten Zeit oder auf die Erinnerung an einen gewissen früheren Zustand an, sondern darauf, wie schnell sich die neuen politischen Verhältnisse verfestigen, was unter Umständen auch relativ schnell geschehen könne. Seiner Ansicht nach entsteht ein Titel des ehemals nichtberechtigten Gebietsinhabers dadurch, dass die

³³² *Martens, Friedrich von*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, 1. Band, deutsche Ausgabe von Carl Bergbohm, 1883, S. 350, 351.

³³³ v. *Holtendorff*, Handbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 1887, S. 255.

Völkerrechtsgemeinschaft den neuen Zustand im Laufe der Zeit durch Anerkennung legitimiert.³³⁴

Rivier (1889) sieht allenfalls die Unvordenklichkeit als möglichen Erwerbstitel an, was er allerdings mit dem Argument ablehnt, es handele sich nur um die Sanktion eines bestehenden Besitzstandes. Ersitzung lehnt er ebenfalls ab:

„Unvordenklichkeit ist kein Erwerbsgrund, sondern nur Sanktion eines existierenden Besitzstandes, welcher, weil seit unvordenklicher Zeit unbestritten, als rechtlich begründet vermutet werden darf. Ersitzung ist dem Völkerrechte unbekannt.“³³⁵

Von Liszt/Fleischmann (12. Aufl. 1925, erste Aufl. 1898) erkennen keine Notwendigkeit und Möglichkeit einer völkerrechtlichen Ersitzung, deren Wesensmerkmal sie im Ablauf einer gewissen Zeitspanne verstehen. Ihrer Ansicht nach vermag die Zeit selbst keine Rechtsfolge zu bewirken; die Gebietsverhältnisse würden entweder durch Willensäußerungen der Staaten (Friedensvertrag, Verzicht) geregelt oder aber durch die rechtsschaffende Kraft der „nackten Tatsache“, so etwa bei kriegerischen Handlungen in Form der Eroberung, ohne dass eine gewisse Zeit ablaufen müsste. Einen Verzicht auf eigenes Staatsgebiet vermuten von *Liszt/Fleischmann* dann, wenn ein Staat der Inbesitznahme durch einen anderen Staat nicht widerspricht.³³⁶ Gegen die Annahme der Ersitzung als völkerrechtliches Prinzip spricht nach Ansicht v. *Liszts* zudem (*Fleischmann* erscheint diese Begründung als nicht zwingend), dass dem nationalen Staatsrecht die Verjährung fremd sei.³³⁷

V. Liszt/Fleischmann legen beide (auch heute noch grundsätzlich) möglichen Begründungsstränge eines völkerrechtlichen Gebietserwerbs dar; zum einen die freiwillige Rechtsaufgabe bzw. Rechtsübertragung, zum anderen das Schaffen von Fakten mit Rechtswirkung. Seit der Ächtung von Gewalt im Völkerrecht und dem

³³⁴ *Heimburger*, Der Erwerb der Gebietshoheit: Eine staats- und völkerrechtliche Studie, 1888, S. 148-155. Damit nimmt *Heimburger* das Konzept der historischen Konsolidierung vorweg, das *de Visscher* und *Schwarzenberger* im 20. Jahrhundert proklamierten, siehe unter D. III. 1. c, 3. d.

³³⁵ *Rivier*, Lehrbuch des Völkerrechts, Handbibliothek des Völkerrechts, Bd. 4, Hrsg. von Kirchheim, 1889, S. 136.

³³⁶ *Von Liszt/Fleischmann*, Das Völkerrecht, systematisch dargestellt, 12. Aufl. 1925, S. 241, Hervorhebung im Original.

³³⁷ *Von Liszt/Fleischmann*, ebd., S. 241, Fn. 7.

damit einhergehenden Niedergang der Eroberung als Gebietserwerbstitel bedürfen aber beide Ansätze (denn die freillige Zustimmung schließen v. *Liszt/Fleischmann* ohne Bedenken aus dem Stillschweigen) näherer Beleuchtung, da das Schaffen von Fakten im Völkerrecht jedenfalls nicht mehr grenzenlos dazu geeignet ist, territoriale Verhältnisse zu ändern.

3. Ergebnis

Auch wenn die Existenz der Ersitzung im Völkerrecht umstritten ist, herrscht bei den älteren Autoren weitgehend Einigkeit darüber, dass der langandauernde, unwidersprochene, effektive Besitz fremden Staatsgebiets eine gewisse Rechtswirkung hat – eine Einschätzung, die auch noch die moderneren Autoren sowie der Internationale Gerichtshof teilen (s. u.). Viele der Elemente der Ersitzung bzw. alternativer Konzepte werden bereits angedeutet, wie etwa *acquiescence*, *estoppel*, *quieta non movere* oder die Obliegenheit zur Gebietsnutzung.

III.20. Jahrhundert bis heute

Auch wenn sich die Theorien zum Teil stark und fast immer in vielen Details unterscheiden, untersuchen die Autoren wiederkehrende Elemente der Ersitzung, von denen einige bereits von der älteren Lehre erörtert wurden. Diese „Zutaten“ sind die Effektivität des staatlichen Besitzes, das Verstreichen von Zeit und das Stillschweigen (*acquiescence*) des beeinträchtigten Staates sowie von Drittstaaten. Daneben spielt die Frage nach dem geeigneten Objekt einer Ersitzung eine Rolle (Ersitzung als adverses Recht in einem bilateralen Verhältnis oder Ersitzung als Recht gegenüber der Staatengemeinschaft).

Differenzen treten dabei zwischen überwiegend objektiv orientierten Ansätzen (d. h. Übermacht der Fakten über den Willen der Staaten) und überwiegend subjektiv orientierten Ansätzen (Übermacht des staatlichen Willens über das bloß faktische Handeln) auf. Immer wieder bearbeiten die Autoren das Spannungsfeld zwischen dem Willen der Staaten und der Macht des Faktischen.

Die Ansätze gewichten die Bedeutung der Elemente der Ersitzung je nach

dogmatischer Konstruktion unterschiedlich. Zu den Erklärungsmodellen, die die überwiegende Bedeutung objektiver Faktoren, insbesondere des effektiven Besitzes betonen, zählen u. a. *Beckett, MacGibbon, Schwarzenberger, Touscoz* und *Verdross/Simma*. Andere begründen die Rechtsfolgen durch ein gleichrangiges Zusammenspiel des staatlichen Willens mit dem effektiven Besitz (*Johnson; Jennings; Shaw*); wiederum andere stellen entscheidend allein auf den staatlichen Willen ab (*Zimmer; Kohen*). Schließlich entwickeln einige Autoren alternative Erklärungsmodelle zur Ersitzung für die Wirkung langanhaltenden, unbestrittenen effektiven Besitzes fremden Staatsgebiets (*Pinto; Blum; Kelsen; de Visscher; Brownlie*).

Im Folgenden werden die Ansichten der Rechtswissenschaftler im Hinblick auf diese Divergenzen vorgestellt und einer analysierenden Kritik unterzogen.

1. Überwiegende Bedeutung effektiven Besitzes

a) Beckett (1934)³³⁸

Beckett legt die Entscheidungen *Island of Palmas* und *Eastern Greenland* seiner Ansicht zu den Gebietstiteln der Okkupation und Ersitzung zugrunde. *Island of Palmas*³³⁹ nennt *Beckett* als Beispiel für Ersitzung und *Eastern Greenland*³⁴⁰ für Okkupation. Die Unterschiede seien jedoch gering:

„En effet, dans quelques affaires, la distinction entre le deux principes est même à peu près théorique, comme le prouve le fait que pas plus l'arrêt de la Cour, dans l'affaire du Groënland que la sentence de M. Huber dans l'autre cas ne disaient explicitement si la décision est fondée sur 'l'occupation' ou sur la 'prescription'.”³⁴¹

Beide seien originäre Formen des Titelerwerbs im Gegensatz zu einer abgeleiteten territorialen Souveränität. Beide hätten als Wesenselemente den *animus* (Aneignungsabsicht) und das *factum* (effektiver Besitz und Verwaltung). Die

³³⁸ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (218-255).

³³⁹ *Island of Palmas Case* (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829, siehe dazu Kapitel E. I. 8.

³⁴⁰ *Eastern Greenland case*, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, siehe dazu Kapitel E. I. 9.

³⁴¹ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (221).

Ersitzung unterscheidet sich von der Okkupation aber darin, dass sie ein Mittel zum Erwerb eines Gebiets darstelle, das nicht *terra nullius* ist. Ersitzung betreffe sowohl den Gebietserwerb eines Gebiets, das bislang unter der vollen Souveränität eines Staates stand, als auch eines Gebiets, an dem ein anderer Staat nur einen unvollständigen Titel hatte (z. B. durch Entdeckung, der keine effektive Inbesitznahme folgte).³⁴² Dasselbe gelte für die Akquisition eines Gebiets, dessen Besitz oder effektive Kontrolle der Staat, der früher offenkundig Souverän war, verloren habe, ohne dass die Kontrolle auf eine andere Macht übergegangen wäre. Der Staat habe aber das Gebiet nicht derelinquiert, sondern mache im Gegenteil seine territoriale Souveränität geltend.³⁴³ Durch die Ersitzung werde ein Titel entgegen demjenigen des ursprünglichen Souveräns erworben, „c'est à dire indépendamment de l'assentiment de celui-ci.“³⁴⁴ Die Ersitzung erfolgt ohne die Zustimmung des ursprünglichen Souveräns. Obwohl *Beckett* subjektive Elemente für die Begründung von Gebietstiteln heranzieht, folgt er einer objektiven Ersitzungstheorie insofern, als der entgegenstehende Wille des beeinträchtigten Staates allein einen Titelverlust nicht verhindern kann: Der Wille ist ohne seine Verwirklichung nichts wert.

Die Elemente des *animus* und des *factum* seien ähnlich, aber doch nicht identisch bei Okkupation und Ersitzung: bei der Ersitzung sei die Anforderung an die effektive Beherrschung strenger. Der Besitz müsse für die Ersitzung mit der Intention ausgeübt werden, ihn unabhängig von der Zustimmung des bisherigen Souveräns auszuüben. Der Besitz müsse auch während einer gewissen Zeit, andauern, während für die Okkupation nur der Besitz zum kritischen Zeitpunkt, d. h. des Entstehens der Streitigkeit, ausschlaggebend sei. Während die Okkupation ausschließlich ein Modus des Gebietserwerbs sei, sei die Ersitzung ein Mittel zum Erwerb von Rechten jeder Art und umfasse dasjenige, Entlastung von Verbindlichkeiten zu verlangen. Die Ersitzung existiere in diesen Funktionen in allen Rechtssystemen. Sie sei ebenso wichtig im internationalen Recht wie im nationalen Recht, auch wenn einige Autoren ihre völkerrechtliche Existenz wegen des Fehlens präziser Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolgen in Zweifel zögen. Diese Ansichten gingen aber fehl. Es sei im Einzelfall dem Richter

³⁴² *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (248), „inchoate title“.

³⁴³ Diese Situation vergleicht *Beckett* mit derjenigen des unvollständigen Titels nach der Entdeckung, da zwar der Wille zur Beherrschung existiert, die tatsächliche Ausübung aber fehlt, *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (254).

³⁴⁴ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (248).

überlassen, zu entscheiden, nach welcher Zeitspanne die Ersitzung im Völkerrecht je nach den Umständen und im Lichte der Präzedenzfälle eintrete.³⁴⁵

Beckett zieht abschließend drei Schlussfolgerungen aus den beiden genannten Entscheidungen:

- Derjenige Staat, der eine unvollkommene territoriale Souveränität („souveraineté imparfait“) inne hat (bei Auseinanderfallen des Willens zur Beherrschung und der tatsächlichen Ausübung), wird solange als Souverän des Gebiets betrachtet, bis ein anderer Staat einen besseren Titel vorweisen kann.
- Ein besserer Titel kann durch Ersitzung erworben werden, wenn der andere Staat einen effektiven und offenen Besitz während einer ausreichend langen Zeit etabliert hat.
- Sofern ein anderer Staat einen besseren Titel erworben hat, geht die unvollkommene territoriale Souveränität unter, unabhängig davon, ob der Staat seine Rechte freiwillig aufgibt oder abtritt oder nicht.³⁴⁶

Wie Phönix aus der Asche, erlischt der Titel des einen Staates und entsteht zugunsten des anderen Staates in derselben juristischen Sekunde neu. So wird verständlich, warum *Beckett* die Ersitzung als originäre Form des Titelerwerbs betrachtet. Der adverse Charakter der Ersitzung kommt in der Konzeption *Becketts* nicht zum Ausdruck. Der erwerbende Staat handelt aber auch *Beckett* zufolge zunächst widerrechtlich. Überzeugender ist daher, einen derivativen Erwerb des Gebietstitels anzunehmen.

Becketts Ausführungen bestechen durch eine klare Linienführung und innere Konsistenz. Dennoch drängen sich einige Fragen auf: *Beckett* beschäftigt sich nicht eingehend mit der Variante des Titelerwerbs entgegen einer zuvor bestehenden vollen Souveränität. Muss sich die effektive Herrschaft des ursprünglichen Souveräns in diesem Fall zunächst so sehr vermindern, dass ein Übergang zum unvollkommenen Titel eintritt, damit der andere Staat einen besseren Titel geltend machen kann? Oder ist schlicht derjenige Souverän, der im Vergleich zum anderen die stärkere Hoheitsausübung vorweisen kann? Für diese

³⁴⁵ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (249, 250).

³⁴⁶ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (255).

Variante spricht, dass nach *Beckett* zur Beilegung von Gebietsstreitigkeiten hinsichtlich der Ersitzung die Frage zu beantworten ist, ob im kritischen Zeitpunkt Staat A oder Staat B Souverän des fraglichen Gebietes war.³⁴⁷ Weiter fehlen dogmatische Begründungen für die Unterschiede der Voraussetzungen zwischen Okkupation und Ersitzung (Effektivitätserfordernis, Ablauf einer gewissen Zeitspanne). Möglicherweise handelt es sich bei den von *Beckett* geforderten strikteren Anforderungen für die Ersitzung nur um solche des Beweises, aber nicht um Tatbestandsvoraussetzungen.

Generell trifft das Modell *Beckett's* die Kritik, die an allen objektiven Ersitzungstheorien geübt werden kann: Wenn sich ein protestierender Titelinhaber dennoch im Ergebnis die stärkere und effektivere Hoheitsausübung eines anderen Staates gefallen lassen muss und ein essentieller Teil seiner Staatlichkeit (Staatsgebiet) gegen seinen Willen verloren geht, gerät das Völkerrecht zum Recht des Stärkeren. Der Grundsatz der souveränen Autonomie der Staaten wird angetastet, wenn Partikularrechte allein auf objektiver Grundlage zulasten einzelner, widerstrebender Völkerrechtssubjekte entstehen können. Schließlich leidet die Rechtssicherheit im Völkerrecht, wenn die Zuordnungs- und Exklusionsfunktion von Gebietstiteln zugunsten von tatsächlichem Handeln stark abgeschwächt wird.

b) MacGibbon (1954, 1957)³⁴⁸

Für *MacGibbon* ist das Konzept der Ersitzung (*prescriptive rights*) ein Unterfall eines völkergewohnheitsrechtlichen Mechanismus. Durch ihn können sowohl präskriptive Rechte (im bilateralen Verhältnis) als auch historische Rechte (etwa an der Hohen See) erworben werden. Beide Arten fasst *MacGibbon* als spezielle Völkergewohnheitsrechte auf.³⁴⁹ *MacGibbon* erörtert im Detail, unter welchen Bedingungen dieses spezielle Völkergewohnheitsrecht entsteht:

Er trennt zwischen völkergewohnheitsrechtlichen Rechten und Pflichten. Für den Staat, der sich auf ein Gewohnheitsrecht zu seinen Gunsten beruft, also ein Recht wie etwa einen Gebietstitel geltend machen will, reicht eigenes positives Handeln

³⁴⁷ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (248).

³⁴⁸ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143, abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 347; *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115.

³⁴⁹ *MacGibbon*, Customary International Law and Acquiescence, BYBIL 33 (1957), S. 115 (121 f.).

in Verbindung mit dem objektiven Stillschweigen (*acquiescence*) der übrigen interessierten Staaten aus. Dabei versteht *MacGibbon* das Stillschweigen vor dem Hintergrund der Möglichkeit des Widerspruchs³⁵⁰ als freiwillige Entscheidung eines Staates („voluntary acquiescence“).³⁵¹ Dem objektiven Stillschweigen folge in der Regel die *opinio juris*, d. h. die Überzeugung des passiven Staates, dass die Lage im Einklang mit der Rechtsordnung ist. Genau genommen wäre die rechtliche Verpflichtung aber auch ohne die Bildung der *opinio juris* entstanden, da der Staat durch seinen Konsens bzw. die stillschweigende Zustimmung die Rechtmäßigkeit der Situation ja selbst geschaffen hat.³⁵² Die *opinio juris* sei nur für die rechtliche Bindung eines Staates relevant, der einer gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung unterliegen soll, die von ihm ein aktives Handeln fordert. In allen anderen Fällen reiche es für den Staat aus, wenn er passiv bleibt, sodass es unerheblich ist, ob er eine *opinio juris* bildet oder nicht. Die Ersitzung sei ein solcher Fall.

Zur Veranschaulichung:

VGR	<u>Positive Übung</u> (obj.) des Berechtigten	<u>Voluntary</u> <u>acquiescence</u> (obj.) der übrigen Interessierten	<u>Unerheblich,</u> ob <i>opinio juris</i> vorhanden
VGR- Verpflichtung zu aktivem Handeln	<u>Positive Übung</u> (obj.) des Berechtigten	<u>Voluntary</u> <u>Acquiescence</u> des Verpflichteten	<u>Daraus folgend:</u> <i>opinio juris</i> (subj.) des Verpflichteten

Die Ersitzung beruhe auf den beiden gleichgeordneten Elementen der Ausübung „of authority by the one party, acquiescence in that display by the other party – those are the *sine qua non* of acquisitive prescription“.³⁵³ Es hänge von den

³⁵⁰ *MacGibbon* setzt dabei die Kenntnis von den Vorgängen voraus.

³⁵¹ *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115 (130).

³⁵² *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115 (144).

³⁵³ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 345, zitiert bei *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (153), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 347 (357).

Umständen ab, ob Staaten das Stillschweigen eines anderen als Zustimmung werten dürften. Jedoch sei ein Protest gegen auch nur vermeintlich widerrechtliches Handeln in der Praxis üblich; *MacGibbon* macht auf den wahren Überschwang an diplomatischen Protestnoten aufmerksam. Kein Staat tendiere dazu, eigene Ansprüche in zu geringem Umfang geltend zu machen; im Gegenteil versuchten die Staaten bereits dann, wenn sie nur eine Spur an Rechtfertigung hätten, ihre (vermeintlichen) Rechte zu behalten. Der Protest erscheine als „instinctive defence mechanism“³⁵⁴ eines Staates, weshalb ein Schweigen nur schwerlich anders als als Absicht, das Recht aufzugeben, gedeutet werden könne.³⁵⁵ Aus dem Stillschweigen könne in der Regel die „inference of consent in and acceptance of the validity of the claim“³⁵⁶ gezogen werden.

Eine Ausnahme sei zu machen, wenn die Parteien die Frage per Abrede oder implizit durch fortgesetzte Verhandlungen offen gelassen hätten oder wenn die beeinträchtigte Partei keine Kenntnis bzw. konstruierte Kenntnis (d. h. nicht entschuld bare Unkenntnis) von den Vorgängen hatte. Es gelinge aber nur selten, die Unkenntnis zu entschuldigen. Eine formale Notifikation von Ansprüchen gegenüber dem beeinträchtigten Staat sei nicht notwendig. Ein Staat könne sich nicht einmal damit für seine Unkenntnis exkulpieren, dass sich der internationale Anspruch des anderen Staates aus dessen nationaler Gesetzgebung ergebe (so habe es der Internationale Gerichtshof in *Anglo-Iranian Oil Company, Preliminary Objections*, ICJ Reports 1952, S. 107 entschieden³⁵⁷), oder dass der Gebietsanspruch eines fremden Staates auf das eigene Gebiet nur aus Landkarten ersichtlich sei. Auch wenn Tribunale sich sträubten, Landkarten mehr als nur geringes Gewicht beizumessen, sei es in der Staatenpraxis üblich, gegen sie zu protestieren. An die Staaten legt das Völkerrecht damit nach *MacGibbons* Ansicht ein hohes Maß an „self-interested awareness“³⁵⁸ an, damit sie eine nicht

³⁵⁴ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (171), abgedr. in: *Shaw, Title to Territory*, 2005, S. 347 (375), m. N. zu ähnlicher Formulierung von *Verykios*.

³⁵⁵ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (168), abgedr. in: *Shaw, Title to Territory* 2005, S. 347 (372).

³⁵⁶ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (151), abgedr. in: *Shaw, Title to Territory* 2005, S. 347 (355).

³⁵⁷ Im Fall ging es aber nicht um ein nationales Gesetz, das einen Anspruch auf ein fremdes Gebiet formulierte, sondern um ein iranisches Gesetz zur Auslegung einer zuvor abgegebenen Erklärung gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut. Wie der IGH betont, konnte das nationale Gesetz die Zuständigkeit des Gerichts nicht begründen, sondern nur den damaligen Willen Irans bzgl. des Umfangs der Unterwerfung unter die obligatorische Zuständigkeit des IGH bei Abgabe der Erklärung beleuchten (S. 107). Dieser Wille sei durch Veröffentlichung des Gesetzes auch nach außen erkennbar geworden. In diesem Sinne kann ein nationales Gesetz nur zur Auslegung einer bereits abgegebenen und Drittstaaten bekannt gemachten völkerrechtlichen Willenserklärung herangezogen werden, diese aber nicht ersetzen. *MacGibbons* sehr viel weiter gehende Interpretation ist nicht vom Urteilstext getragen.

³⁵⁸ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (181), abgedr. in: *Shaw, Title to Territory* 2005, S. 347 (385).

entschuld bare Unkenntnis und das Eintreten der ungünstigen Folgen der *acquiescence* vermeiden können. Denn, wie *MacGibbon* vertritt, folgt aus der *acquiescence* automatisch eine Präklusion bzw. *estoppel* hinsichtlich der Möglichkeit, der drohenden Rechtsfolge noch zu widersprechen.³⁵⁹

Hinsichtlich der für die Ersitzung benötigten Zeit sei zu beachten, dass es im Völkerrecht nicht auf eine fest bestimmte Zeitspanne ankomme, da es eine gewisse Zeit bräuchte, um feststellen zu können, dass sich kein Widerspruch regt, d. h. die Situation dem Anschein nach im Einklang mit dem Völkerrecht ist.³⁶⁰ Daher bestehe ein Unterschied zwischen *prescriptive* und *historic rights*: Während erstere den adversen Erwerb in einem bilateralen Verhältnis betreffen, seien letztere nur an Gemeinschaftsgütern zu erwerben (z. B. Rechte an der Hohen See, wie im *Fisheries*-Urteil, das *MacGibbon* ausführlich bespricht). Es sei regelmäßig eine längere Zeit für den Aufbau eines *historic rights* erforderlich, da mehr Staaten einverstanden sein müssen.³⁶¹

MacGibbon sieht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach im Regelfall aus dem Schweigen eines Staates auf die Zustimmung zum Rechtsverlust geschlossen werden kann. Nur im Ausnahmefall kann es dem Staat unter hohen Anforderungen an die Darlegungslast gelingen, sein Schweigen zu rechtfertigen. Hinzu kommt die unangreifbare Bindung, die durch das Schweigen eintritt. All dies zusammengenommen widerspricht dem aus der Souveränität der Staaten folgenden Gebot, Beschränkungen zulasten eines Staates nicht zu vermuten, auch wenn im Einzelfall ein Staat einen Rechtsschein verursachen kann, an den er gebunden bleibt.³⁶² *MacGibbon* kehrt also das vom Ständigen Internationalen Gerichtshof dargestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis um. Dies passt zu seiner eingangs geäußerten These, wonach ein Staat allein aufgrund objektiver Kriterien

³⁵⁹ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (147-150), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory 2005, S. 347 (351-354).

³⁶⁰ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (166, 167), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory 2005, S. 347 (370, 371).

³⁶¹ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (165), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory 2005, S. 347 (369): „The period of time required to render acquiescence conclusive rather than presumptive varies with the type of claim asserted. It will depend on the intensity with which the claim is manifested; on the publicity surrounding its promulgation or enforcement; on the nature of the right claimed; on the position and condition of the territory affected; and so on. A prescriptive claim affecting the rights of only one other State is hardly on the same footing as an historic claim which, in theory, derogates from the rights of all other States; and in an historic claim the period is conditioned mainly by the extent to which acquiescence is general and thus promotes the conviction that the situation is in conformity with international order.“

³⁶² *Affaire du „Lotus“*, PCIJ Series A, No. 10, S. 18, siehe dazu Kapitel E. I. 7.

(Übung und Stillschweigen) einen völkergewohnheitsrechtlichen Anspruch erwerben kann.

MacGibbon sieht schließlich die Doktrin der *acquiescence* als Mittel, um die „extravagant pretensions to unlimited freedom of action on the part of States“ abzumildern, die der streng voluntaristischen Theorie der Positivisten entstammten (nur das ist Völkerrecht, worauf sich die Staaten aus freiem Willen geeinigt haben).³⁶³ Seine eigene Theorie am anderen Ende der Skala birgt allerdings die Gefahr, dass von der souveränen Gleichheit der Staaten nicht viel übrig bliebe, könnte ein Staat die Rechte eines anderen sogar durch nationale Gesetzgebung an sich ziehen. Hinzu kommt, dass Rechtssicherheit und Rechtsfrieden im Völkerrecht auf die Zerreißprobe gestellt wären: Alle Staaten müssen sich im Zustand konstanter Wachsamkeit und gegenseitigen Argwohns befinden, damit ihre territoriale Souveränität und damit eine der Grundlagen ihrer Staatlichkeit nicht unvermutet abhanden kommt.

c) Schwarzenberger (1955, 1957)

Schwarzenbergers Ausgangsthese ist, dass im Völkerrecht angesichts einer fehlenden den Staaten übergeordneten Macht jeder Titel zunächst nur relativ sein kann. Ein Titel mit *erga-omnes*-Wirkung ergebe sich nur daraus, dass ein zunächst zwischen zwei Staaten begründeter Titel im Laufe der Zeit auf mehreren Gründen basiere. So verfestige sich der Titel in gradueller Weise. Ein Zessionsvertrag allein etwa könne keinen Titel begründen, sondern stelle nur eines seiner konstituierenden Elemente dar. Nur im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien entstehe ein derivativer Titel; im Verhältnis zu den Drittstaaten bleibt es bei der Regel, dass jeder Titel relativ ist und von der Akzeptanz der übrigen Staaten abhängt.³⁶⁴ Daher müssten Staaten nachweisen, dass seitens der Drittstaaten bezüglich der territorialen Veränderung Anerkennung, Zustimmung oder jedenfalls Stillschweigen (*acquiescence*) vorliege:

„a treaty of cession is an important element, but only one of the constituent elements of title. To perfect it, evidence of recognition, consent, or at least

³⁶³ *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143 (185), in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 347 (389), m. N. zur gleichen Ansicht *Lauterpachts*, BYBIL 27 (1950), S. 102, 103; siehe *Bentz*, RGDIP 67 (1963) S. 44 (45 ff.) zur Auseinandersetzung zwischen der objektivistischen und der voluntaristischen Doktrin.

³⁶⁴ *Schwarzenberger*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195 (258, 259).

acquiescence on the part of third states is required.”³⁶⁵

Die Bildung eines absoluten Titels hänge also von der Betätigung des freien Willens dritter Staaten ab, die naturgemäß nicht simultan erfolge. Diesen Prozess versteht *Schwarzenberger* als „historical consolidation“³⁶⁶. Die *erga omnes*-Wirkung leite sich daraus ab, dass die Staaten durch ihr eigenes Verhalten nach dem Prinzip des guten Glaubens, durch „good faith“, daran gehindert seien, einen einmal bestätigten Titel wieder in Frage zu stellen. Diese Wirkung beschreibt *Schwarzenberger* als „estoppel“:

„the role of the rules governing good faith in relation to territorial titles has already been sufficiently emphasized. Their uniform function is to create estoppels which prevent states from contesting titles which they have recognized or in which they have acquiesced.”³⁶⁷

Während der Autor im ersten Zitat die Prinzipien „consent“ bzw. „recognition“ von „acquiescence“ unterscheidet, fasst er unter dem Abschnitt „C. The principle of consent“, in dem er Konsens im weitest möglichen Sinne verstanden haben möchte, die Prinzipien „acquiescence“ und „toleration“ unter das Stichwort „any form of silent consent“. Für *recognition* und *consent* seien positive Akte erforderlich, während die *acquiescence* dies nicht erfordere.³⁶⁸ Die effektive Ausübung von Souveränität erzeuge die Vermutung, sie werde zu Recht ausgeübt. Als Kehrseite dieser Regel geht in logischer Folge Souveränität, die nicht ausgeübt wird, verloren. *De facto*-Ausübung von Souveränität überwiege einen „nackten“, d. h. nicht durch tatsächliche Ausübung bekleideten, Souveränitätstitel.³⁶⁹ Damit folgt *Schwarzenberger* der Linie *Hubers* im *Island of Palmas*-Schiedsspruch. Auf Seiten des oder der beeinträchtigten Staaten bzw. der Staaten, die einen Anspruch zu haben glauben, löse deren „Stillhalten“ die

³⁶⁵ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (311), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (252).

³⁶⁶ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (311), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (252).

³⁶⁷ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (323), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (264).

³⁶⁸ *Schwarzenberger*, Response to a Challenge, AJIL 51 (1957), S. 308 (318), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (259 ff).

³⁶⁹ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (312), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (253).

Vermutung von Zustimmung aus.³⁷⁰

Damit korrespondiert eine Obliegenheit zum Einschreiten gegen das Handeln des anderen Staates. So formuliert *Schwarzenberger: Acquiescence* begründe ebenso wie die positive Anerkennung „an estoppel in circumstances when good faith would require that the State concerned should take active steps of some kind in order to preserve its right of freedom of action.“³⁷¹ An die Art und Weise dieser aktiven Handlungen legt *Schwarzenberger* den Maßstab der UN-Charta an, der die Staaten nicht nur dazu verpflichtet, ihre Streitigkeiten auf friedlichem Weg (Art. 2 (3)), sondern auch auf den in Art. 33 aufgelisteten Wegen zu lösen. Dies begründe nicht nur ein Gewaltverbot, sondern auch die Pflicht, jede Möglichkeit zu nutzen, um eigene Ansprüche friedlich geltend zu machen. Papierne Proteste allein gegenüber der effektiven Beherrschung eigenen Staatsgebiets durch einen fremden Staat seien daher für die Erhaltung der eigenen Souveränität nicht ausreichend.³⁷²

Schwarzenberger nimmt damit eine sehr weite Auslegung der UN-Charta vor, indem er aus ihr Obliegenheiten der Staaten ableitet, um einen Gebietsverlust zu verhindern. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Beschränkung der Handlungsfreiheit der Staaten, die einen essentiellen Teil der Staatlichkeit, nämlich den Verlust von Staatsgebiet betrifft, der gewöhnlichen Bedeutung der UN-Charta im Bereich der Streitbeilegung, entspricht.³⁷³ Auch wenn nach *Schwarzenbergers* Ansicht die Obliegenheit zum effektiven Handeln aus Vertrag und damit ursächlich aus dem Willen der Signatarstaaten folgt, lässt seine Auslegung doch die starke Betonung der Bedeutung tatsächlichen Handelns erkennen. Denn obwohl bereits durch papierne Proteste die Vermutung der Zustimmung widerlegt ist,³⁷⁴ stehen sie dennoch hinter der effektiven Beherrschung zurück; damit erkennt

³⁷⁰ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (322), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (263).

³⁷¹ *Schwarzenberger*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195 (256); zitiert nach *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965, S. 51.

³⁷² *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (322), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (263, 264).

³⁷³ Gem. Art. 31 VVK, der inhaltlich schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der UN-Charta geltendes Völkergewohnheitsrecht kodifiziert, ist die gewöhnliche Bedeutung, „ordinary meaning“, „in light of its of its object and purpose“ für die Auslegung ausschlaggebend. Vgl. *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Article 31, S. 521 (525, 541 f.). Die UN-Charta dient vor allem dem friedlichen völkerrechtlichen Verkehr. Ob dieser Zweck durch eine Auslegung, die die Möglichkeit eines Gebietsverlusts erleichtert, erfüllt wird, mag bezweifelt werden. Hinzu kommt, dass Beschränkungen der staatlichen Souveränität nicht vermutet werden dürfen, siehe *Lotus-Fall*, u. Kapitel E. I. 7.

³⁷⁴ *Schwarzenberger*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195 (263).

Schwarzenberger der tatsächlichen Ausübung von Souveränität selbst souveränitätsbegründenden Charakter zu („the strength of the primary constituent element of title, that is to say, exercise of effective jurisdiction as compared even with rights of sovereignty in the abstract“³⁷⁵).

Als „acquisitive prescription“ werde sowohl ein Titelerwerb auf Grundlage von unvordenklicher Verjährung als auch durch *acquiescence* in Verbindung mit einer lang andauernden friedlichen (d. h. Stillschweigen der Drittstaaten), effektiven und öffentlichen Hoheitsausübung durch eine andere Staatsmacht bezeichnet.³⁷⁶ Diese sei durch das oben beschriebene Zusammenspiel der Prinzipien der Souveränität, des Konsenses und des guten Glaubens, der Tendenz *quieta non movere* und der Kraft tatsächlichen Handelns gekennzeichnet und erzeuge „estoppel“ zulasten dritter Staaten, einen Anspruch auf das Gebiet geltend zu machen. *Schwarzenberger* unterscheidet nicht zwischen einer originären Ersitzung im Einklang mit der Rechtsordnung und einer derivativen Ersitzung als adversem Recht, da er von einer grundsätzlichen Relativität der Gebietszuordnung ausgeht. Für ihn ist die Ersitzung in jedem Fall (auch wenn sie entgegen einem vertraglichen Titel stattfindet) ein (jedenfalls im Verhältnis zu den Drittstaaten) originäres, aber auch potentiell adverses Recht, da sie wie jeder völkerrechtlicher Gebietstitel von der Reaktion aller übrigen Staaten, nicht nur von dem des Vertragspartners, abhängig ist. Die Ansicht *Schwarzenbergers* widerspricht der vorherrschenden Verständnisses des modernen Völkerrechts, wonach die in einem Gebietstitel verkörperte territoriale Souveränität eine exklusive, absolute Zuordnung des Gebiets vermittelt,³⁷⁷ die allein vom Inhaber wieder aufgegeben werden kann. Daher kommt es zur Begründung eines *erga omnes* wirkenden Titels nicht auf die Reaktion aller Drittstaaten, sondern nur auf diejenigen der möglicherweise in eigenen Rechten beeinträchtigten Staaten an.

³⁷⁵ *Schwarzenberger*, Recueil des Cours (1955-I), S. 195 (263).

³⁷⁶ *Schwarzenberger*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195 (259); in den Fällen *Island of Palmas* und *Eastern Greenland* hätten die Schiedsgerichte diese zweite Variante der Ersitzung bestätigt.

³⁷⁷ *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, S. 191, 192.

d) *Touscoz* (1964)

Die Effektivität ist laut *Touscoz* zur Schaffung und Erhaltung von Gebietstiteln erforderlich.³⁷⁸ Die Effektivität habe einen Platz unter den Rechtsquellen, lasse sich aber weder dem Völkergewohnheitsrecht noch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuordnen. Im Unterschied zu diesen sei sie keine inhaltliche und veränderliche Regel, sondern ein Strukturprinzip des Völkerrechts, dem alle anderen Regeln unterliegen.³⁷⁹ Sowohl in der Situation, dass zwei konkurrierende Staaten einen rechtmäßigen Titel an einem Gebiet behaupten, als auch, wenn ein Staat einen Titel geltend macht, dessen Ursprung unrechtmäßig war, sei entscheidend, in welchem Umfang die Staaten Hoheitsgewalt ausgeübt haben. Die Bedeutung der Effektivität liege darin begründet, dass staatliche Souveränität kein Recht sei, sondern eine Funktion, d. h. der Staat unterliege der Verpflichtung, staatliche Ordnung aufrecht zu erhalten.³⁸⁰ Nicht ausgeübte Hoheitsgewalt führe dazu, dass der Titel verloren gehe, sofern ein anderer Staat diese Verpflichtung übernehme:

„Un Etat, qui a cessé d'exercer toute autorité sur un territoire, ne saurait, à l'abri de protestations purement verbales, maintenir indéfiniment son titre à l'encontre de celui, depuis un temps suffisamment long, y a exercé effectivement les attributions de la souveraineté et en a rempli les devoirs.“³⁸¹

Grundsätzlich genieße im Völkerrecht die Legalität Vorrang gegenüber der Effektivität; bestehe aber eine widerrechtliche Lage über lange Zeit, tilge die Zeit die Illegalität und verleihe der Effektivität rechtliche Gültigkeit:

„en principe, la légalité doit être préférée à l'effectivité, le temps efface l'illegalité et valide l'effectivité“³⁸²

Die Reaktion von Drittstaaten (etwa Anerkennung) bezüglich der zunächst widerrechtlichen Situation habe keine rechtliche Bedeutung.³⁸³ *Touscoz* sieht

³⁷⁸ „L'existence même de la souveraineté territoriale est toujours liée aux manifestations de son exercice; celles-ci en sont un élément constitutif par lequel la souveraineté s'acquiert et se maintient, le non-exercice l'éteint“, *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 232.

³⁷⁹ *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 256.

³⁸⁰ *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 228, 229.

³⁸¹ *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 228.

³⁸² *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 229.

selbst die Gefahren, die in einer Überbetonung der Effektivität liegen: die Akzeptanz der Regel *ex injuria jus oritur* sei die Folge einer Übermacht des Faktischen, was jede Rechtsordnung *ad absurdum* führen würde. Er stellt daher klar, dass nach seinem Ansatz die Effektivität nicht dazu führe, Recht aus Unrecht zu generieren:

„le principe d’effectivité n’a pas pour conséquence de permettre au droit d’émerger de l’illégalité.“³⁸⁴

Hingegen diene die Effektivität dazu, dem Willen eines Staates Ausdruck zu verleihen und so die rechtliche und die faktische Wirklichkeit in Einklang zu bringen:

„la considération de l’effectivité doit amener la science juridique internationale à restituer à la volonté des Etats sa juste place: car la souveraineté vaut exactement ce que vaut la force dont on dispose pour en soutenir les prétentions.“³⁸⁵

Ein Auseinanderfallen von staatlichem Willen und Handeln kann es damit nach *Touscoz*’ Ansatz nicht geben. Dem Stillschweigen eines Staates komme keine klare Bedeutung zu. Erhebe er aber Proteste, schwäche dies die Effektivität der Beherrschung durch den anderen Staat.³⁸⁶ Die Ersitzung hat im Modell *Touscoz* keine gesonderte Funktion, und er benennt sie auch nicht als Rechtsprinzip: Ist die Ausgangssituation der Gebietsbeherrschung illegal, sorgt der Zeitablauf für eine sich immer weiter verstärkende Effektivität, die die Illegalität wegen einer fehlenden effektiven Gegenwehr und dem Prinzip, dass nicht ausgeübte Titel verloren gehen, zurücktreten lässt.

Die Effektivität trage sowohl dem Bedürfnis des Völkerrechts nach Rechtssicherheit Rechnung, indem sie dem konsolidierenden Faktor der Zeit rechtlichen Wert verleihe, als auch dem Bedürfnis nach Veränderlichkeit, indem sie einem Vorgang der sozialen Realität rechtliche Tragweite einräume.³⁸⁷

³⁸³ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 232.

³⁸⁴ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 256.

³⁸⁵ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 258 f.

³⁸⁶ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 226.

³⁸⁷ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 257.

„Ainsi, le droit et les faits, qui sont en tension permanente, ne doivent pas être séparés, mais réunis; ils ne doivent pas être opposés, mais rapprochés. Le vieil adage ‘ex injuria jus non oritur’ reste pleinement valable, dans cette perspective; mais il ne doit pas être saisi dans une statique de droit; il doit être inséré dans le dynamisme de l’ordre juridique, dans la perpétuelle tension qui unit le droit aux faits: il est indissociable de l’adage ‘ex factis jus oritur’.”³⁸⁸

Zuvor schreibt *Touscoz*, dass die Zeit die Illegalität aufhebe und die Effektivität bestätige, nun aber, dass die Effektivität dem konsolidierenden Effekt der Zeit rechtlichen Wert verleihe. Die Rolle der Zeit ist also unklar: Hat sie selbst rechtliche Wirkungen oder ist sie nur so eng mit der Effektivität verbunden, dass sie deren Rechtswirkungen verstärkt?

Nach *Touscoz*’s Verständnis von territorialer Souveränität besteht diese als Funktion nur solange, wie sie ausgeübt wird. Es ist also immer wieder eine erneute, positive Bekräftigung der territorialen Souveränität vonnöten, während der Verlust durch Nichtstun automatisch eintritt. Im Gegensatz dazu sehen die willensbetonten Theorien des Völkerrechts eine umgekehrte Zweifelsregelung vor, wonach ein Staat im Zweifel, d. h. im Falle seiner Untätigkeit, seinen Titel behalten will und auch behält.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass nach dem Modell *Touscoz*’s nicht aus Unrecht Recht erwächst, sondern das Unrecht allmählich in Recht überführt wird. Seine Konzeption von relativen und konkreten Gebietstiteln führt dazu, dass sie immer „am Tropf“ der effektiven Besitzausübung hängen. Eine Sicherungsfunktion verleihen sie nur in eingeschränktem Maße, und zwar demjenigen, der aktuell die stärkste Hoheitsmacht beweisen kann. *Touscoz* kann daher die Gefahr des Missbrauchs von Hoheitsgewalt und der Übermacht des Stärkeren nicht ausräumen, zumal er sogar bei einer Annexion die Möglichkeit einer anschließenden Konsolidierung zur Rechtmäßigkeit sieht.³⁸⁹ Dies ist allerdings seit der zunächst vertraglichen (Art. 2 (4) UN-Charta), inzwischen auch völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Gewaltverbots als *ius cogens*

³⁸⁸ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 258.

³⁸⁹ *Touscoz*, Le principe d’effectivité dans l’ordre international, 1964, S. 230 f..

ausgeschlossen.³⁹⁰ Da das Gewaltverbot nicht dispositiv ist, kann ein Verstoß dagegen nicht durch die Akzeptanz einzelner oder mehrerer Staaten geheilt werden.³⁹¹

e) Verdross/Simma (1984)

Verdross/Simma erkennen die Ersitzung als Teil des Völkerrechts als Folge des Effektivitätsprinzips an:

„Ein lang andauernder Zustand, der widerspruchslos hingenommen wird, gilt als rechtmäßig. Auf diese Weise kann ein streitiger Grenzverlauf fixiert oder fremdes Staatsgebiet ersessen werden. Dies sind die Anwendungsfälle des Grundsatzes der Effektivität im VR.“³⁹²

„Unter Effektivität des VR wird dessen regelmäßige Wirksamkeit verstanden. [...] Der Hauptgrund für die regelmäßige Wirksamkeit der meisten Normen des VR liegt in dessen besonderer Wirklichkeitsnähe, d. h. an der gegenüber dem innerstaatlichen Recht regelmäßig geringeren Spannung zwischen Rechtsnorm und Interessenlage.“³⁹³

Bei der Effektivität handele es sich nicht um ein übergeordnetes Prinzip, da sie ihrerseits wiederum durch andere völkerrechtliche Regeln im Zaum gehalten werde:

„Gleichwohl sind diesem Prinzip *vr Grenzen* gezogen, da es nur in jenem Rahmen wirken kann, den das VR selbst abgesteckt hat. Würde der Grundsatz der Effektivität schrankenlos gelten, dann würde sich damit das VR selbst aufheben.“³⁹⁴

³⁹⁰ Dazu *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, S. 86; *von Arnald*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, S. 103.

³⁹¹ In Bezug auf den Erwerb von Territorium stellt dies – wenn auch nicht rechtlich verbindlich – die Declaration on Principles of International Law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations adopted by the UN GA Res. 2625 (XXV) of 24 October 1970, in Nr. 1 Abs. 10 klar.

³⁹² *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 52, § 69.

³⁹³ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 51, § 68.

³⁹⁴ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 52, § 70, kursiv im Original.

Die Ersitzung habe zur Voraussetzung, dass ein Staat dauerhaft und effektiv ein Gebiet beherrscht, das entweder einem anderen Staat gehörte oder dessen territoriale Zuordnung zwischen ihnen streitig war.³⁹⁵ Hinzukommen müsse, dass

„der andere Staat keinen ernstlichen Versuch macht, das von ihm beanspruchte Gebiet wiederzugewinnen. Er muß also ‘estopped by inaction’ sein. Das bedeutet, daß zwar nicht seine förmliche Zustimmung erforderlich ist, jedoch aus den Umständen erschließbar sein muß, daß er den Zustand *widerspruchslos* hingenommen hat (*acquiescence*). Dieser Verlust der territorialen Souveränität ist also dem durch Dereliktion erfolgten ähnlich. Er unterscheidet sich aber dadurch, daß dort der territoriale Souverän einen Teil seines Gebietes mit der Absicht, es aufzugeben, räumt, hier aber erst nach der durch einen anderen Staat erfolgten Besetzung darauf verzichtet.“³⁹⁶

Verdross/Simma verzichten demnach darauf, für den Eintritt von *estoppel* danach zu differenzieren, ob der „gestoppte“ Staat einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, auf den sich der andere Staat verlassen hat.³⁹⁷ Damit wird die durch *acquiescence* erzeugte Rechtsbindung in jedem Fall unmittelbar unwiderruflich. Dies zeigt die starke Betonung der objektiven Umstände im Vergleich zur Bedeutung des wahren Staatswillens, der unter Umständen reine Fiktion bleibt.

Da die Ersitzung in einem bilateralen Verhältnis erfolgt, ist laut *Verdross/Simma* anders als bei der Okkupation das Stillschweigen des beeinträchtigten Staates erforderlich. Aus *acquiescence*, dem passiven Verhalten eines Staates, könne der Konsens zu einer bestimmten Situation erschlossen werden.³⁹⁸

Da *Verdross/Simma* das Prinzip der Effektivität nicht schrankenlos sehen, sondern als nur im Rahmen des Völkerrechts wirksam, wirkt also der konkurrierende Anspruch des beeinträchtigten Staates auf das Gebiet als eine Begrenzung des Effektivitätsprinzips. Da die Effektivität andernfalls Rechte eines Staates

³⁹⁵ Im Unterschied zur Okkupation, die nur staatenloses Gebiet betreffe.

³⁹⁶ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 758, § 1162.

³⁹⁷ So aber üblich, siehe dazu Kapitel C. III. 3. und die IGH-Entscheidung *Temple of Preah Vihear*, Kapitel E. I. 13.

³⁹⁸ Siehe dazu oben, Kapitel C. III. 2.

auslösen würde (was dem Rechtscharakter des Völkerrechts widerspräche), bedarf es in dieser Situation des Konsenses, nach dem Motto *volenti non fit iniuria*. Die Effektivität wiederum wirkt aber auch auf die Anforderung des Konsenses als Beschränkung insofern, als bereits das objektive „Stillhalten“, nicht erst eine ausdrückliche Willenserklärung, als Zustimmung gewertet werden kann. Andernfalls wäre der beeinträchtigte Staat in der Lage, eine nicht durch tatsächliche Handlungen bestätigte Rechtslage aufrecht zu erhalten (seinen Gebietstitel), obwohl in der Wirklichkeit längst ein anderer Staat das Gebiet beherrscht. Somit erfüllt nach *Verdross/Simma* die Effektivität eine Vermittlerrolle zwischen Recht und Fakten, zwischen dem Staatswillen und dem Staatshandeln. Im Wege der „praktischen Konkordanz“ führt die Effektivität zum Ausgleich der Interessen.

Welcher Natur dieser Grundsatz der Effektivität im Rahmen der völkerrechtlichen Rechtsquellen ist, erläutern *Verdross/Simma* nicht. Dies ist der zentrale Kritikpunkt an ihrem Konzept von Gebietserwerb durch Ersitzung, bei dem die Effektivität eine Schlüsselrolle einnimmt.

f) Stellungnahme

Angesichts der Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, den wahren Staatswillen festzustellen, und der großen Bedeutung des staatlichen Handelns im Völkerrecht gehen einige Autoren dahin, den staatlichen Willen als Voraussetzungen für eine Rechtsänderung in den Hintergrund treten zu lassen und das staatliche Handeln mit dem staatlichen Willen gleichzusetzen. In einem Völkerrechtssystem, das den Konsens der Völkerrechtssubjekte zur Grundlage hat, und davon geht jedenfalls die Staatenpraxis aus, wie sie sich in der Rechtsprechung des IGH und der Schiedsgerichte zeigt³⁹⁹, ist dieser Ansatz nicht tragfähig. Die Irrtumslehre, die in der WVK (Art. 48) und völkergewohnheitsrechtlich verankert ist, zeigt ebenso, dass es ein Auseinanderfallen staatlichen Handelns und staatlichen Willens geben kann.

³⁹⁹ Siehe vor allem Lotus Case, PCIJ Series A, No. 10, S. 18. Auch die in Art. 38 I IGH-Statut gelisteten Rechtsquellen des Völkerrechts zeigen, dass der Konsens der Staatengemeinschaft die rechtliche Grundlage für alle drei Kategorien des Völkerrechts (Vertrag, Gewohnheit und allgemeine Rechtsgrundsätze) bildet, siehe *Oellers-Frahm*, in: *Simma et al. (Hrsg.), The Charter of the United Nations*, Vol. 2, 3. Aufl. 2012, Article 92, S. 1897 (1938).

Nicht nur im vertraglichen, sondern auch im außervertraglichen Bereich muss dieser Konflikt normativ aufgelöst, anstatt wegdefiniert zu werden.

2. Gleichrangigkeit von effektivem Besitz und Staatswillen

a) Johnson (1955)⁴⁰⁰

Johnson lehnt sich in seiner Darstellung stark an Schriften von *Fauchille* und *Verykios* an. *Johnson* unterteilt die Ersitzung in a) *extinctive prescription* und b) *acquisitive prescription*, wobei letztere sich wiederum in *immemorial possession* und *prescription akin to usucapio* untergliedert.⁴⁰¹ Nur die beiden Formen der akquisitiven Ersitzung stellen Gebietserwerbstitel dar.

Die Voraussetzungen der akquisitiven Ersitzung entlehnt *Johnson* bei *Fauchille*⁴⁰². Sie beruhen auf der Maxime aus dem römischen Recht *nec vi, nec clam, nec precario* (nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht durch ein auf Zeit gewährtes Besitzrecht), die die Voraussetzungen für den fehlerfreien, geschützten Besitz zusammenfasste.⁴⁰³ *Johnsons* Erkenntnissen nach sei dies übereinstimmend in der Rechtswissenschaft für den Bereich der Ersitzung anerkannt. Im Einzelnen seien folgende Bedingungen zu erfüllen:

1. Der Besitz muss als hoheitliche Handlung, *à titre de souverain*, ausgeübt werden.
2. Der Besitz muss friedlich und ununterbrochen sein.

⁴⁰⁰ Einen ähnlichen Ansatz wie *Johnson* verfolgt *Fitzgerald*, BYBIL 30 (1953), S. 1-70 (27 ff.); dieser spricht von „prescriptive or historic claims“; der Zeitfaktor sei wesentlich, weil aus ihm die Vermutung der *acquiescence* abgeleitet werde. Proteste gegen die Inbesitznahme müssten effektiv sein, um Wirkungen zu entfalten.

⁴⁰¹ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (339, 340), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (280, 281); Der Begriff *usucapio* entstammt dem römischen Recht und hat als Voraussetzungen: ein eigentumsfähiger Gegenstand (*res habilis*), ein scheinbar berechtigender, aber defekter Titel (*titulus justus*), guter Glaube (*bona fides*), Besitz (*possessio*), der aus physischer Kontrolle (*corpus*) und dem Willen zum Besitz (*animus*) besteht. Der Besitz muss ununterbrochen während einer per Gesetz bestimmten Zeit bestehen (*tempus*), siehe *Johnson*, ebd., S. 332 (334, 335), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (275, 276); er sieht aber einen Unterschied zum internationalen Recht insofern, als darin kein guter Glaube gefordert wird, *Johnson*, ebd., S. 332 (337, 338), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (278, 279).

⁴⁰² *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (344 ff.), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (285 ff.), beruft sich auf *Fauchille*, Traité de droit international public, Vol. 1, Part 2, 8th ed. 1925, S. 760; eine ähnliche Klassifizierung habe *Audinet* in RGDIIP 3 (1896), S. 313-325, vorgenommen, die sich an den Kriterien des französischen Zivilrechts orientiert, vgl. Art. 2261 (seit 2008, zuvor wortgleich Art. 2229) Code Civil: Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

⁴⁰³ *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2008, S. 115 ff.

Die angemessene Form des Protests mit der Folge, dass der Besitz unterbrochen werde, sei heutzutage (seit dem Gewaltverbot im Völkerrecht sei gewaltsamer Widerstand nicht mehr zulässig), den Internationalen Gerichtshof anzurufen, da mit der Etablierung der ständigen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit seit 1919 über den diplomatischen Protest hinaus ein geeignetes Mittel geschaffen worden sei, um Streitigkeiten beizulegen. Versuche die beeinträchtigte Partei nicht einmal, die Sache vor den IGH zu bringen, stehe dies einer stillschweigenden Zustimmung (*acquiescence*) gleich.⁴⁰⁴ Ein rein formaler Protest löse allein eine temporäre Unterbrechung aus; sofern ihm nicht Taten folgten, werde er akademisch und wertlos.

3. Der Besitz muss öffentlich sein, denn die für die Ersitzung wesentliche *acquiescence* des beeinträchtigten Staates könne ohne dessen Kenntnis nicht angenommen werden.
4. Der Besitz muss während einer gewissen Zeitspanne andauern.

Die erforderliche Zeit hänge von den Umständen des Einzelfalles ab, wie dem Interesse und der Entfernung des umstrittenen Gebietes. *Johnson* folgt *Verykios`* nur auf den ersten Blick bestechender Definitions-kurzform, dass die Zeit lang genug sein müsse, um den besitzenden Staat als neuen Rechtsinhaber zu legitimieren.⁴⁰⁵ Es ist eine tautologische Definition: wie lang muss die Zeit sein, um zu legitimieren? Solange, bis sie legitimiert hat. An eben dieser Bruchkante der ansonsten schlüssigen Darstellung *Johnsons* wird deutlich, dass sich der Zeitablauf als eigenständiges Tatbestandsmerkmal einer Ersitzung nur schwer aufrechterhalten lässt.

Zum Verhältnis von Ersitzung und Okkupation nimmt *Johnson* den Aufsatz *Becketts* als Ausgangspunkt: Beide Titel ähnelten sich insofern, als sie durch die tatsächliche Hoheitsausübung entstehen. Während Okkupation allein den Erwerb von *terra nullius* betreffe, meine Ersitzung sowohl den Erwerb eines Gebiets, das unter der vollen Souveränität eines Staates stand, als auch eines Gebiets, an dem ein anderer Staat nur einen unvollständigen Titel hatte (z. B. durch Entdeckung,

⁴⁰⁴ *Johnson*, ebd., S. 332 (346), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (287).

⁴⁰⁵ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (347, 348), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (288, 289).

der keine effektive Inbesitznahme folgte).⁴⁰⁶ *Johnson* schließt daraus, dass ein Staat, der sich auf Ersitzung beruft, einen strengeren Beweis an den Besitz erbringen und eine längere Dauer des Besitzes nachweisen müsse, da die Essenz der Ersitzung die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des einen Staates zum adwersen Besitz des anderen Staates sei. In dieser Forderung nach dem Nachweis der Zustimmung distanziert sich *Johnson* von *Beckett*, der das Wesen der Ersitzung darin sieht, dass sie gerade ohne die Zustimmung des beeinträchtigten Staates auskommt.⁴⁰⁷ Während Okkupation nur den Gebietserwerb (Landerwerb) betrifft, sei es durch Ersitzung ebenso möglich, weitere Rechte zu erwerben, etwa an der Hohen See (*historic waters, historic bays*). Dabei sei zu beachten, dass ein Protest dann nicht nur einem Staat, wie bei dem Erwerb von Territorium, offen stehe, sondern der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft.⁴⁰⁸

Johnson fasst zusammen: Die Ersitzung sei

„the means by which, under international law, legal recognition is given to the right of a state to exercise sovereignty over land or sea territory in cases where that state has, in fact, exercised its authority in a continuous, uninterrupted, and peaceful manner over the area concerned for a sufficient period of time, provided that all other interested and affected states (in the case of land territory the previous possessor, in the case of sea territory and other states whose maritime interests are affected) have acquiesced in the exercise of authority.“⁴⁰⁹

Johnson akzeptiert also die Ersitzung im Völkerrecht, konstatiert aber eine erhebliche Unsicherheit über ihre Bedeutung. Bezüglich der dogmatischen Einordnung schließt sich *Johnson* der Ansicht *Verykios`* an, wonach Ersitzung heutzutage ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei, wobei sie auf dem Weg dahin sei, eines Tages auch als Völkergewohnheitsrecht zu gelten.⁴¹⁰ Der Unterschied zwischen einem Anspruch auf Grundlage der Ersitzung und auf Völkergewohnheitsrecht sei, dass im Falle des Völkergewohnheitsrechts die

⁴⁰⁶ *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (218-255).

⁴⁰⁷ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (349), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (290).

⁴⁰⁸ *Johnson*, ebd., S. 332 (351), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (292).

⁴⁰⁹ *Johnson*, ebd., S. 332 (353), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (294).

⁴¹⁰ *Johnson*, ebd., S. 332 (343), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (284).

Staaten sich an die neue Regel halten, weil sie sich dazu verpflichtet fühlen; im Falle der Ersitzung geschehe dies dagegen aus freiem Willen bzw. aus Desinteresse.⁴¹¹ Diese Unterscheidungsmerkmale sind allerdings untauglich, da in beiden Situationen in das Stillschweigen von Staaten das jeweils zur Entstehung des Resultates (Völkergewohnheitsrecht oder Ersitzung) Erforderliche hineingelesen wird; nämlich die *opinio iuris sive necessitatis* einerseits oder die Zustimmung zur Gebietsübertragung andererseits. Warum überhaupt die Unterschiede der Voraussetzungen bestehen, die wiederum aus einem strukturellen Unterschied zwischen Völkergewohnheitsrecht und Ersitzung folgen müssten, erklärt *Johnson* aber nicht.

b) Jennings (1961)

Jennings lehnt sich hinsichtlich der Terminologie an *Johnson* an: Er differenziert zwischen *extinctive* und *acquisitive prescription*, wobei nur die akquisitive Ersitzung als Gebietserwerbstitel in Betracht komme. Diese unterteilt *Jennings* wie *Johnson* in *immemorial possession* und *adverse prescription*; Ersitzung sei ein Dachbegriff für beide Arten des Titelerwerbs.⁴¹² *Jennings* definiert:

„Prescription [...] is a portmanteau concept that comprehends both a **possession of which the origin is unclear or disputed**, and an **adverse possession** which is in origin demonstrably unlawful. For prescription, therefore, **the possession must be long-continued, undisturbed, and it must be unambiguously attributable to a claim to act as sovereign**. It depends as much on the **quiescence of the former sovereignty** as on the **consolidation** through time of the new.“⁴¹³

Jennings schließt sich trotz der Verwendung des Begriffs der *consolidation*, den er von *de Visscher* übernimmt, nicht vollständig dessen Theorie an, wonach historische Konsolidierung als einheitlicher Gebietserwerbsprozess alle Arten von Erwerb auf Grundlage effektiver Besitzausübung umfasst. *Jennings* erkennt aber seinen Versuch an, Ersitzung mithilfe eines einfachen, umfassenden Konzepts aus seiner „awkward corner of international law“⁴¹⁴ zu befreien. Hinsichtlich der

⁴¹¹ *Johnson*, ebd., S. 332 (350), abgedr. in: *Shaw*, ebd., S. 273 (291).

⁴¹² *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 20, 21.

⁴¹³ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 23, Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴¹⁴ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 26.

konsolidierenden Wirkung folgt er *de Visscher* insoweit, als *Jennings* ebenso vertritt, dass dem effektiven, über längere Zeit ausgeübten Besitz ein konsolidierender Effekt innewohnt. Auf dem Besitz aufbauend entwickle sich ein tatsächlicher Komplex von Beziehungen und Interessen, der die Lage stabilisiere.

Jennings betont aber wegen der Gefahr, dass ein solches Konzept von Interessengruppen und Kampagnen ausgenutzt werden könnte, dass politische Interessen und Beziehungen allein keinen eigenen titelbegründenden Effekt haben. Auch sei der Begriff „*historical*“ *consolidation* schlecht gewählt: Denn die Frage, ob ein Titel begründet wurde, bemesse sich nicht nach Ereignissen in ferner Vergangenheit, sondern vor allem im Zeitraum vor Entstehen einer Streitigkeit ausgeübten Besitz. Darüber hinaus dürfe der Begriff nicht dazu verwendet werden, die Unterschiedlichkeit von Okkupation und Ersitzung zu verschleiern. Der Ablauf von Zeit sei für die Okkupation nur als Indiz der Effektivität der Herrschaft relevant, bei Ersitzung hat sie dagegen den schon beschriebenen konsolidierenden Effekt, der ebenso wichtig für die Formierung des Titels sei wie die Reaktion des beeinträchtigten Staates, nämlich *acquiescence*. Okkupation erfasse ausschließlich den Fall, dass die Herkunft des Titels erweislich legitim ist, d. h. das Gebiet als *terra nullius* zur Okkupation bereit stand.⁴¹⁵ Die Gemeinsamkeit von Okkupation und Ersitzung bestehe in ihrer Funktion als „rationalizations of an existing effective possession and control“.⁴¹⁶ *Jennings* räumt ein, dass in der Praxis die Grenzen zwischen Okkupation und Ersitzung oft verwischt würden.

Schließlich hätten auch die Gerichte die historische Konsolidierung als solche (noch) nicht als Doktrin anerkannt. *Jennings* versteht die Konsolidierung als offensichtliches Element der Titel, die auf effektivem Besitz beruhen, aber nicht als eigenständige Rechtsgrundlage:

„there may be some danger in allowing what is basically a simple, and indeed obvious idea to develop into a somewhat doctrinaire principle“⁴¹⁷.

⁴¹⁵ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 23.

⁴¹⁶ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 23.

⁴¹⁷ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 28.

Jennings folgt weder einer rein objektiven, noch rein subjektiv auf dem Staatswillen basierenden Ersitzungstheorie; er gibt auch keinem der beiden Begründungsstränge den Vorrang, sondern versteht die Ersitzung als das Ergebnis zweier parallel laufender Prozesse:

Zum einen ist die Reaktion des beeinträchtigten Staates relevant, *acquiescence* als Ausdruck des Staatswillens. „In prescription proceeding from an adverse possession at least, an acquiescence on the part of the State prescribed against is of the essence of the process.“⁴¹⁸ *Acquiescence* versteht *Jennings* als Folge einer „omission to protest against a situation where a right to protest existed and its exercise was called for.“⁴¹⁹ Im Gegensatz dazu sei Anerkennung (recognition), auch wenn sie stillschweigend erfolge, eine positive Bestätigung eines Staates. Beide seien „legally operative consent on the part of a State“⁴²⁰. Das Verhalten dritter Staaten habe keinen Einfluss auf die Entstehung des Titels durch adverse Ersitzung, ihre Anerkennung sei allenfalls Ausdruck der Publizität des Handelns des erwerbenden Staates. Anders sei dies bei der Ersitzung in Form der unvordenklichen Verjährung; denn hier komme es gerade darauf an, dass kein Staat sich an eine andere Gebietszuordnung erinnern könne.

In objektiver Hinsicht sei zum anderen der konsolidierende Einfluss des Besitzes selbst ausschlaggebend und wirkt ebenso an der Begründung des Titels mit:

„the notion of consolidation introduces something over and above the notion of evidence of sovereign possession; for these factors of repute, acknowledgment and so on then become [...] not merely *evidences* apt for a situation apt for prescription but become *themselves* decisive ingredients in the process of creating title.“⁴²¹

Hinsichtlich der Abgrenzung von Ersitzung zu „estoppel“ oder „preclusion“⁴²² folgt *Jennings* der Einzelmeinung *Fitzmaurices* im *Temple of Preah Vihear*-Fall, der die Funktion des *estoppels* nicht darin sieht, einen eigenen Titel zu begründen.

⁴¹⁸ *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 39.

⁴¹⁹ *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 36.

⁴²⁰ *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 36.

⁴²¹ *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 25, Hervorhebungen im Original.

⁴²² Beides setzt *Jennings* gleich, ebd., S. 41.

Vielmehr verhindere *estoppel* „the assertion of what might in fact be true“⁴²³, etwa die Tatsache, dass eine Partei die in Frage stehende Verpflichtung in Wirklichkeit nicht akzeptiert habe, obwohl es so schien. *Estoppel* schließe die Möglichkeit der Geltendmachung des Nichtwollens aus. Voraussetzung sei, dass sich die Beziehungen der Parteien wegen des Verhaltens einer Partei zum Vorteil der einen und zum Nachteil der anderen verändert hätten.⁴²⁴ Folge sei, dass die Partei an dasjenige gebunden bleibt, was sie nach außen bekundet hat („can be regarded as a representation to that effect“⁴²⁵). *Acquiescence* und *recognition* könnten *estoppel* auslösen. *Estoppel* macht also die Rechtsscheinhaftung unangreifbar.⁴²⁶

Jennings befürchtete 1961, dass der Einfachheit halber die Gerichte in Zukunft trotz der theoretischen Einwände auf das vage Konzept der historischen Konsolidierung in Verbindung mit *estoppel* anstatt auf die „prescription properly so-called“⁴²⁷ zur Begründung eines Titels zurückgreifen könnten. Diese Annahme hat sich nicht bewahrheitet. Im Fall *Cameroon v. Nigeria* lehnte der IGH die historische Konsolidierung als Gebietserwerbstitel ausdrücklich ab.⁴²⁸

An *Jennings*' Ansatz überzeugt, dass er in gleichem Maße die Bedeutung des staatlichen Willens sowie des ausgeübten Besitzes einbindet und keinem von beiden Elementen den Vorrang gibt. Damit vermeidet er die Kritikpunkte, die sowohl gegen die rein willensbasierten als auch gegen die rein faktisch orientierten Theorien vorgebracht werden. *Jennings* befindet sich darüber hinaus im Einklang mit der (auch späteren) Rechtsprechung der internationalen (Schieds-) Gerichte. Diese stellen ebenfalls sowohl auf den staatlichen Willen ab, den sie aber aus gegebenenfalls objektiven Gegebenheiten ableiten, sofern sich der Staat nicht rechtzeitig wehrt. Ebenso wie *Jennings* erkennen die Gerichte eine konsolidierende Wirkung des lang andauernden Besitzes. Die Gerichte nennen diese Art des Titelerwerbs aber nicht „Ersitzung“.

⁴²³ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 42, zitiert Separate Opinion of *Sir Gerald Fitzmaurice*, ICJ Reports 1962, S. 52 (63).

⁴²⁴ „the party invoking the rule must have ‘relied upon’ the statements or conduct of the other party, either to its detriment or to the other’s advantage. [...] what it really means is that these statements, or this conduct, must have brought about a change in the relative positions of the parties, worsening that of the one, or improving that of the other, or both“, Separate Opinion of *Sir Gerald Fitzmaurice*, ICJ Reports 1962, S. 52 (63).

⁴²⁵ *Sir Gerald Fitzmaurice*, ICJ Reports 1962, S. 52 (62).

⁴²⁶ Ebenso im eigenen Konzept zur Ersitzung, Kapitel G. IV.

⁴²⁷ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 46.

⁴²⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2002, S. 256 (303), im Folgenden *Cameroon v. Nigeria*, siehe Kapitel E. I. 19.

Die Zusammenfassung von unvordenklicher Verjährung und Ersitzung, die *Jennings* vertritt, bietet sich dagegen nicht an. Erstens führt dies nicht zu größerer Klarheit in der Unterscheidung der Gebietserwerbstitel, sondern im Gegenteil zur Verwirrung: Welche Art der Ersitzung ist gemeint? Die originäre, für die es auf das Wissen und die Reaktion aller Staaten ankommt? Oder die adverse, für die vor allem der Zeitraum vor der Streitigkeit ausschlaggebend und nur die Reaktion des beeinträchtigten Staates von Interesse ist? Zweitens ist die unvordenkliche Verjährung eine Beweisregelung, während die Ersitzung einen „echten“ Titel vermittelt, sodass die Zusammenfassung auch unter dogmatischen Gesichtspunkten zweifelhaft ist.⁴²⁹

c) Shaw (2008)

Shaw erkennt die Ersitzung als Titel des völkerrechtlichen Gebietserwerbs an. Er fasst Okkupation und Ersitzung (*prescription*) unter einem gemeinsamen Prinzip zusammen, dem der „exercise of effective control“⁴³⁰. Verbindendes Element beider Arten des Gebietserwerbs sei der Zeitablauf in Verbindung mit der effektiven Ausübung von Hoheitsgewalt („effectivité“). Dabei beeinflusse das zeitliche Element die Effektivität der Kontrolle.⁴³¹ Der Unterschied sei, dass die Okkupation nur in Bezug auf *terra nullius* in Betracht komme, während die Ersitzung eine Übertragung von Souveränität von einem ursprünglichen auf einen neuen Staat bedeute; bzw. den Erwerb eines Gebietes, über dessen Zugehörigkeit zu einem Staat Zweifel herrschen. Unter Ersitzung versteht *Shaw*:

„Prescription is a mode of establishing title to territory which is not terra nullius and which has been obtained either unlawfully or in circumstances wherein the legality of the acquisition cannot be demonstrated. It is the legitimation of a doubtful title by the passage of time and the presumed acquiescence of the former sovereign, and it reflects the need for stability felt within the international system by recognising that territory in possession of a state for a long period of time and uncontested cannot be

⁴²⁹ Siehe zum Unterschied zwischen Ersitzung und unvordenklicher Verjährung Kapitel F. II.

⁴³⁰ *Shaw*, International Law, 2008, S. 502, 503.

⁴³¹ *Shaw*, International Law, 2008, S. 507.

taken away from that state without serious consequences for the international order. It is the legitimisation of a fact.”⁴³²

Daraus wird zum einen die Ansicht *Shaws* deutlich, dass das Völkerrecht die Aufgabe habe, faktische Zustände theoretisch zu untermauern (friedenssichernde Funktion des Völkerrechts). *Shaw* deutet die Ersitzung als in weitem Sinne konsensbasierte Form des Gebietserwerbs. Die Ersitzung bedeute den Erwerb eines Titels aufgrund einer Vermutung der konkludenten Zustimmung des vorherigen Souveräns:

„prescription rests upon the implied consent of the former sovereign to the new state of affairs.“⁴³³

Voraussetzung der Ersitzung sei, dass die fremde Hoheitsausübung offen vorgenommen werde. Auf Seiten des beeinträchtigten Staates sei „acquiescence, [...] whether express or implied“⁴³⁴ ein wesentliches Element. Erfolge bis zum Ablauf einer gewissen Frist kein Widerspruch gegen die Ersitzung durch den ursprünglichen Souverän, die je nach den Umständen des Einzelfalls unterschiedlich ausfallen könne, werde die Vermutung der Zustimmung unwiderleglich. Nach Ansicht *Shaws* reicht diplomatischer Protest aus, die Anrufung des Internationalen Gerichtshofs oder der UN sei wahrscheinlich (*sic!*) nicht erforderlich. Jedoch müsse der Protest effektiv sein, d. h. er muss rechtzeitig, konsistent und glaubhaft erfolgen.⁴³⁵ Eine wirkliche Willensäußerung im Sinne einer einseitigen Anerkennung oder einer Willensübereinstimmung zweier Staaten fordert *Shaw* für die Ersitzung nicht.

Aus dieser Sichtweise ergibt sich auch das Verhältnis des Titels der Ersitzung zu den Prinzipien der „recognition, acquiescence and estoppel“⁴³⁶, die *Shaw* unter

⁴³² *Shaw*, International Law, 2008, S. 504. Die Anforderung an die Effektivität der Kontrolle differiere je nach den Umständen, seien es die geographische Natur der Region, die Existenz von konkurrierenden Ansprüchen oder internationale Reaktionen. Bei unwirtlichen oder dünn besiedelten Gebieten seien die Anforderungen an die Ausübung von Souveränität geringer, dennoch müsse ein gewisses Mindestmaß bestehen, *Shaw*, International Law, 2008, S. 511, 512, 513, 520; siehe dazu auch *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 1, 118; Eastern Greenland, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, S. 21 (46).

⁴³³ *Shaw*, International Law, 2008, S. 505.

⁴³⁴ *Shaw*, International Law, 2008, S. 506.

⁴³⁵ *Shaw*, International Law, 2008, S. 506.

⁴³⁶ *Shaw*, International Law, 2008, S. 515 ff.

dem Begriff „subsequent conduct“⁴³⁷ zusammenfasst. Alle drei Prinzipien leiteten sich aus den Prinzipien des guten Glaubens und der Billigkeit ab und drückten in stärkerem oder schwächerem Maße den vermuteten Staatswillen aus.

„Recognition“, Anerkennung, sei ein positiver Akt eines Staates, durch den dieser eine gewisse Situation bestätige, auch wenn diese den Vertragsklauseln widerspreche. „Acquiescence“ bedeute hingegen eine passive Form der Zustimmung. Indem in einer Situation, die üblicherweise Widerspruch durch einen Staat provoziere, der Staat diesen Widerspruch unterlasse, scheine er die neue Situation stillschweigend akzeptiert zu haben:

„In other words, a situation arises which would seem to require a response denoting disagreement and, since this does not transpire, the state making no objection is understood to have accepted the new situation.“⁴³⁸

Jedoch ist die Begriffsverwendung *Shaws* hinsichtlich *acquiescence* nicht trennschaft und konsistent: Während sie nach der eben gegebenen Erklärung die aus der Passivität zu schließende Vermutung der Zustimmung selbst bezeichnet, hatte *Shaw* die Vermutung der *acquiescence* zuvor vorangestellt („presumed acquiescence“) und auch die ausdrückliche von der konkludenten *acquiescence* unterschieden („express or implied“). Nimmt man alle Definitionen zusammen, könnte man zur widersinnigen Konstellation der ausdrücklichen vermuteten Zustimmung kommen. Dadurch wird auch die Abgrenzung zwischen einer konkludenten Vereinbarung und der Ersitzung unmöglich.

Beide Verhaltensweisen (*recognition* und *acquiescence*) könnten einer Ersitzung vorausgehen, indem sie die materielle Voraussetzung der Zustimmung des bisherigen Souveräns zum Erwerb durch den neuen darstellen.⁴³⁹ Die Idee des „estoppel“ schließe sich an das vorherige Staatsverhalten an. Habe ein Staat durch Anerkennung oder Stillschweigen seine Zustimmung zu einem gewissen Zustand ausgedrückt, und habe ein anderer Staat darauf vertraut und seine Handlungen darauf ausgerichtet, sei ersterer daran gehindert, seine Haltung zu ändern:

⁴³⁷ *Shaw*, International Law, 2008, S. 515.

⁴³⁸ *Shaw*, International Law, 2008, S. 516.

⁴³⁹ Vgl. *Shaw*, International Law, 2008, S. 516, 517.

„The idea of estoppel in general is that a party which has made or consented to a particular statement upon which another party relies in subsequent activity to its detriment or the other`s benefit cannot thereupon change its position.“⁴⁴⁰

Shaw fasst zusammen: Abgesehen von den Erwerbsarten, die rein auf dem Konsens der beteiligten Staaten bzw. als Folge einer bereits bestehenden territorialen Souveränität gründen (Zession und Anwachsung), beruhe ein Gebietserwerb in erster Linie auf der friedlichen und effektiven, dauerhaften Ausübung von Hoheitsgewalt:

„The principle of effective control applies in different ways to different situations, but its essence is that ‘the continuous and peaceful display of territorial sovereignty...is good as title’.“⁴⁴¹

Während die Ersitzung entgegen emphatischer Proteste des beeinträchtigten Staates trotz der Zustimmung seitens Drittstaaten nicht möglich sei, spiele das Verhalten Dritter bei unklaren Besitzverhältnissen eine Rolle und trage bei unstreitigen Gebietserwerben zur Verfestigung des Titels bei.⁴⁴²

Aus der internationalen Rechtsprechung leitet *Shaw* eine Einschränkung der Ersitzung her: Er versteht die Rechtsprechung so, dass die tatsächliche Hoheitsausübung nur dann eine titelbegründende Wirkung entfalten kann, wenn kein rechtlicher Titel des beeinträchtigten Staates auf das fragliche Gebiet besteht. Aus den Urteilen *Burkina Faso/Mali*⁴⁴³ sowie *El Salvador/Honduras*⁴⁴⁴ folgert er, dass im Falle einer Kollision zwischen einem Titel und *effectivités* der Titel Vorrang genießt und eine Ersitzung nicht eintritt: „However, where the *effectivités* are in contradiction to the title, the latter will have pre-eminence“.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ *Shaw*, International Law, 2008, S. 516.

⁴⁴¹ *Shaw*, International Law, 2008, S. 520, zitiert Richter *Huber*, Island of Palmas case, RIAA II, S. 829 (839); dies allerdings unvollständig, im Original ist die Formulierung „...is as good as a title“, was durchaus eine andere Schlussfolgerung rechtfertigen kann, siehe dazu Kapitel E. I. 7, E. III.

⁴⁴² *Shaw*, International Law, 2008, S. 516, 517.

⁴⁴³ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, ICJ Reports 1986, S. 554.

⁴⁴⁴ El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening, Judgment, ICJ Reports 1992, S. 351.

⁴⁴⁵ *Shaw*, International Law, 2008, S. 514. Ebenso behaupten *Wouters/Verhoeven*, Prescription, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 420 (424): „Rather the court seems to attach more weight to the title. As stated in the *Frontier Dispute Case (Burkina Faso/Republic of Mali)* the court will give preference to the holder of the title if various States have performed *effectivités*, or the effective exercise of territorial jurisdiction, to the same territory. (*Frontier Dispute Case [Burkina Faso/Republic of Mali]*)

Shaw bezieht allerdings nicht in seine Schlussfolgerungen mit ein, dass der IGH diesen strengen Vorrang eines Titels nur im Zusammenhang mit der Dekolonisierung und im Anwendungsbereich des Prinzips *uti possidetis* befürwortet.⁴⁴⁶ In anderen Entscheidungen (*Case Concerning Sovereignty over Certain Frontier Land*⁴⁴⁷; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*⁴⁴⁸) legt der IGH nahe, dass außerhalb von *uti possidetis* auch ein vertraglich begründeter Titel zugunsten eines Staates sehr wohl durch effektive Hoheitsausübung eines anderen überwunden werden kann.

Shaws Erklärung der Ersitzung beantwortet überdies mehrere dogmatische Fragen nicht. So bleibt offen, welcher Rechtsquelle die Ersitzung zugeordnet werden kann; damit zusammenhängend ist die Rolle (und wegen der inkonsistenten Begriffsverwendung auch der Inhalt) der *acquiescence* nicht ganz klar. Sie könnte nach *Shaws* Ausführungen ebenso eine stillschweigende Vereinbarung (Art. 38 I a IGH-Statut) wie eine einseitige Zustimmung zum Handeln des anderen Staates bedeuten.

d) Stellungnahme

Die Kombination objektiver und subjektiver Kriterien zur Erklärung des Titelübergangs aufgrund öffentlicher, friedlicher, lang andauernder Hoheitsausübung auf fremdem Territorium überzeugt grundsätzlich, da sie einen Ausgleich zwischen den Interessen der Staaten einerseits und die Vereinbarung von Effektivität und staatlichem Willen im Wege einer praktischen Konkordanz anstrebt. Wie im Einzelnen gezeigt, ist aber keiner der bisherigen Ansätze in der Lage, dogmatisch schlüssig alle Fragen zu beantworten, die sich im Zusammenhang mit der Ersitzung ergeben.

[*Judgment*] Rep 586-87). When there is no title, the court will balance the *effectivités* of the various States in order to determine which State has sovereignty [...]”.

⁴⁴⁶ Siehe dazu Kapitel E. I. 16.

⁴⁴⁷ Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land, Judgment, ICJ Reports 1959, S. 209; siehe dazu Kapitel E. I. 12.

⁴⁴⁸ Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12; siehe dazu Kapitel E. I. 23.

3. Alternative Erklärungsmodelle

a) Pinto (1955): Ersitzung als prozessuales Prinzip

Pinto begründet den Gebietserwerb durch langdauernde Hoheitsausübung mit dem Völkergewohnheitsrecht.⁴⁴⁹ Die Ersitzung kodifiziere in den nationalen Rechtsordnungen nicht materielles Gewohnheitsrecht selbst, sondern den Vorgang der Formierung von Gewohnheitsrecht an sich. Damit sieht er in der Ersitzung ein prozessuales Prinzip, dessen nähere Ausgestaltung (z. B. die Frist) nur im nationalen Recht vorhanden ist.

„Notre étude démontre que la prescription est fille de la coutume. En consacrant la prescription, le législateur interne fait appel au mécanisme de la coutume. Il applique ce mécanisme à l’extinction et à l’acquisition des droits. Il règle un processus coutumier de création de droit. Il codifie, non la coutume, mais le mode de formation de la coutume. Il en fixe, dans un domaine détermine, les conditions, les délais, les effets juridiques. Il part du principe – la coutume – et construit une armature particulière – la prescription. Le droit international ne peut emprunter cette armature, ce régime juridique spécial de la prescription. Il remonte au principe, la coutume.“⁴⁵⁰

Kohen kritisiert zu Recht an dieser Deutung, dass sie den Mechanismus zur Rechtserzeugung von Gewohnheitsrecht (Gewohnheit und *opinio iuris*) mit dem durch Gewohnheitsrecht akzeptierten materiellen Recht selbst (Gebietsübergang als Rechtsfolge des Tatbestands der Ersitzung) verwechselt.⁴⁵¹

Pinto lehnt eine völkerrechtliche Ersitzung ab, die sich an zivilrechtliche Vorstellungen anlehnt. Sie sei deshalb nicht Teil des Völkerrechts, da sie ein schon weit ausdifferenziertes juristisches System voraussetze, um Titel nach bestimmten Regeln zu schaffen. Das Völkerrecht sei aber noch nicht soweit

⁴⁴⁹ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (389-455).

⁴⁵⁰ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (449). Zu den Unterschieden zwischen Gewohnheitsrecht und Ersitzung, die zwar bestünden, aber nicht ihre Verwandtschaft in Frage stellten, habe *Geny*, Méthode d’interprétation et Sources en droit privé positif (2e édition, 1919, tirage de 1954), S. 381, geschrieben.

⁴⁵¹ *Kohen*, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 18-21, s. o.

entwickelt.⁴⁵² Dagegen sei das Gewohnheitsrecht („l’usage constant et la conviction générale que cet usage fait droit parce qu’il est conforme á l’ordre international“⁴⁵³) eine im Völkerrecht akzeptierte Rechtsquelle. Sie stelle eine niedrigere Stufe des Rechts dar, aus dem die nationalen Rechtsordnungen die einzelnen komplexeren Institute, wie auch die Ersitzung, geschaffen hätten.⁴⁵⁴

Pinto geht davon aus, dass es keine subjektiven Rechte der Staaten gibt, sondern nur eine objektive Völkerrechtsordnung. Auch deshalb könne die Ersitzung nicht Teil der Völkerrechtsordnung sein, da sie ja subjektive Rechte im Verhältnis zweier Parteien betreffe; einer verliere sein subjektives Recht, der andere gewinne es (im nationalen Recht das Eigentum).⁴⁵⁵ Ersitzung im zwischenstaatlichen Bereich betreffe daher nur Forderungen zwischen Staaten aus Rechtsgeschäften, die sie nicht in ihrer öffentlichen Eigenschaft geschlossen hätten, sondern *de iure gestionis*, sodass Privatrecht anwendbar sei. Einige Autoren (z. B. *Verykios, Johnson*), so *Pinto*, trennten zunächst richtig zwischen Eigentum und Souveränität, zögen aber, indem sie die Existenz einer völkerrechtlichen Ersitzung annehmen, anschließend fehlerhafte Schlussfolgerungen, da sie eine falsche Vorstellung von subjektiven Souveränitäts-, „Rechten“ der Staaten hätten und wiederum konstant Privatrecht und Völkerrecht bzw. Eigentum und Gebietshoheit vermischten.⁴⁵⁶

Die Begründung, dass Ersitzung subjektive Rechte voraussetzt, die das zwischenstaatliche Völkerrecht nicht kenne, überzeugt nicht. Auch wenn man Souveränität als unteilbaren, absoluten Inbegriff einer staatlichen Macht begreift, fließen doch aus ihr verschiedene Aspekte staatlichen Hoheitshandelns (Personalhoheit, territoriale Souveränität, Gebietshoheit). Geht nun ein Teil des Staatsgebietes verloren, über das ein Staat bislang die territoriale Souveränität hatte, werden seine Befugnisse quantitativ, wenn auch nicht qualitativ eingeschränkt, da er eben über dieses Gebiet nicht mehr herrschen kann. Insofern ist dem Völkerrecht, wie sich auch bei der Abtretung von Gebiet zeigt, die

⁴⁵² Vgl. *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (392).

⁴⁵³ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (434).

⁴⁵⁴ *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 99, zitiert *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (389 ff., insb. S. 429 f., 449).

⁴⁵⁵ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I) S. 387 (394), mit Verweis auf *Geny*, Méthode d’interprétation et Sources en droit privé positif (2e édition, 1919, tirage de 1954), S. 381; *Pinto*, ebd., S. 387 (399), mit Verweis auf *Scelle*, Recueil des Cours 55 (1936-I), S. 87 (134); Recueil des Cours 46 (1933-IV), S. 327 (332, 500).

⁴⁵⁶ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (433 f.).

Vereinzelung von Rechten, die aus der Souveränität herrühren, nicht fremd und es tritt insofern eine Parallele zum Zivilrecht zutage⁴⁵⁷; eine unzulässige Vermischung von Eigentum und territorialer Souveränität setzt eine völkerrechtliche Ersitzung m. E. daher nicht voraus.

Die Institution der Ersitzung im nationalen Recht verleihe, so *Pinto*, einer faktischen Situation Gültigkeit, die ohne einen Titel oder gegen einen Titel geschaffen worden sei.⁴⁵⁸ Im Völkerrecht greife man dagegen auf das Ursprungsprinzip zurück, das Gewohnheitsrecht. Recht und Fakten stünden in einer Beziehung: Recht erwächst zunächst aus Fakten, anschließend löst es sich von den Fakten ab und formt einen abstrakten Titel. Allerdings kann der Titel allein, ohne den Fakt, nicht aufrechterhalten werden. Nach Auffassung *Pintos* sorgt derselbe Prozess, der Völkergewohnheitsrecht hervorbringt, indem an Fakten die Rechtsüberzeugung geknüpft wird, dass sie die Rechtsordnung widerspiegeln, das Recht also aus den Fakten folgt („Le fait crée le droit.“⁴⁵⁹), bei einer territorialen Situation für die Rechtmäßigkeit der Gebietszugehörigkeit.⁴⁶⁰ Der Zeitablauf sei nur für das nationale Recht ein Wesenselement der Ersitzung; im Völkerrecht habe es dagegen die Funktion, die Effektivität des Besitzes zu beweisen.

Die Schwäche in *Pintos* Argumentation liegt darin, dass sie die Formierung von Gewohnheitsrecht hinsichtlich der territorialen Souveränität letztlich nicht begründet. Denn durch welches Mittel es vonstatten geht, dass eine zunächst offensichtlich widerrechtliche Situation (Staat übt auf fremdem Gebiet Hoheitsgewalt aus) schließlich von der Rechtsüberzeugung der übrigen Staaten getragen wird und sie annehmen, diese Situation sei konform mit der Völkerrechtsordnung, erklärt sein Modell nicht; eine widerrechtliche Situation kommt in die *black box* hinein, eine rechtmäßige Situation heraus. Ebenso wenig formuliert er genauere Bedingungen, unter denen das Völkergewohnheitsrecht in Bezug auf territoriale Situationen entsteht.

⁴⁵⁷ *Thirlway*, Recueil des Cours 294 (2002-I) S. 267 (376).

⁴⁵⁸ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 392, 393.

⁴⁵⁹ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (437).

⁴⁶⁰ *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (434, 435, 437).

b) Blum (1965): Spezielles Völkergewohnheitsrecht statt Ersitzung

Blum befasst sich in seinem Werk mit der Entstehung von sogenannten „historischen Rechten“ im Völkerrecht. Diese bezeichneten die Herleitung eines Titels entgegen einer zuvor bestehenden Rechtslage, der Ausgangssituation „dealing with the validity in international law of an originally unlawful title“⁴⁶¹. Als Wurzel solcher historischer Rechte, deren prinzipielle Existenz *Blum* befürwortet, werde die Ersitzung in Erwägung gezogen. Das Konzept der Ersitzung lehnt *Blum* für das Völkerrecht aber ab. Die dem Privatrecht entstammende Ersitzung sei nicht auf das Völkerrecht zu übertragen. Zwar trage sie dem Wunsch Rechnung, „*quieta non movere*“, d. h. eine einmal entstandene Lage nicht unnötig aufzuwühlen. Diese Interessenlage zugunsten Stabilität und Rechtsfrieden bestehe auch im Völkerrecht. Allerdings setze im innerstaatlichen Recht die gesetzgeberische Maschinerie die Ersitzung in Kraft, nicht der Zeitablauf selbst.⁴⁶² Im internationalen Recht gebe es keine derart elaborierten normativen Grundlagen, sodass auf den Zeitablauf selbst und auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle zurückgegriffen werden müsse.

Blum zufolge sind historische Rechte gleichbedeutend mit speziellen Gewohnheitsrechten, die *Blum* dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht an die Seite stellt. Dennoch erkennt *Blum* Unterschiede zwischen allgemeinem Gewohnheitsrecht und speziellen Gewohnheitsrechten: So sei der Zeitfaktor nur bei der Bildung von speziellem Völkergewohnheitsrecht ein notwendiges Element:

„The time factor assumes with regard to the formation of special customary rights a role which it does not fulfil in respect of the general customary rights. As has already been pointed out, **the efflux of time as such is not regarded as an essential element in the establishment of general customary norms of international law.**“⁴⁶³

⁴⁶¹ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 4.

⁴⁶² Dies ist aber, wie *Blum* selbst darstellt, vor allem der Common-law-geprägten Sichtweise in der Nachfolge *Vattels* eigen, während die römisch-rechtlich geprägten Rechtsordnungen die Zeit sehr wohl als das konstituierende Element der Ersitzung betrachten.

⁴⁶³ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 53, ebenso schon *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115 (S. 120), dieser zitiert seinerseits für seine Ansicht *Sir Gerald Fitzmaurice*, BYBIL 30 (1953), S. 31. Diese Autoren vertreten die Theorie der speziellen Völkergewohnheitsrechte, die sich in die Varianten „historic“ oder „prescriptive rights“ unterteilen (s. o.).

Im Gegensatz dazu könne allgemeines Völkergewohnheitsrecht durch konsistente und übereinstimmende Übung vieler Staaten auch innerhalb kurzer Zeit, ja sogar geradezu plötzlich entstehen, wenn die Situation dies erfordere. Grund dafür sei eine weitere Andersartigkeit von speziellen Gewohnheitsrechten im Vergleich zum allgemeinen Völkergewohnheitsrecht, die darin bestehe, dass sie vom Prinzip her „adverse rights“⁴⁶⁴, d. h. Rechte entgegen der bestehenden Rechtszuordnung, darstellten. Während beim allgemeinen Völkergewohnheitsrecht aus der Übung die Vermutung der Rechtmäßigkeit abzuleiten sei, sei dies bei den speziellen Rechten nicht der Fall.⁴⁶⁵ Um dieses Hindernis zu überwinden, sei der Ablauf einer längeren Zeitspanne immer dann vonnöten, wenn keine ausdrückliche Anerkennung der Situation erfolgt sei,

„a practice which runs **counter to the prevailing international order** and its derogation of it will require a longer period of time for its ripening into a special customary right.“⁴⁶⁶

Völkergewohnheitsrecht, so *Blum*, bestehe aus dem objektiven Faktor der „repetition and continuity of practice“ einerseits und dem subjektiven Faktor der *opinio juris sive necessitatis* andererseits: die Übung „must spring from the conviction that the course of action taken is obligatory or right“.⁴⁶⁷ Dabei spiele die *acquiescence* eine entscheidende Rolle, indem sie gewissermaßen die Voraussetzung der *opinio juris* darstelle. Sie sei sowohl das zugrunde liegende Prinzip bei der Bildung von allgemeinem Völkergewohnheitsrecht, als auch der Grundpfeiler der sogenannten „historic rights“. *Blum* sieht *acquiescence* als „stille Ausformung“ entweder der Doktrin der Anerkennung (recognition⁴⁶⁸) oder der der Zustimmung (consent properly so called) an: Der einzige, aus Sicht *Blums* unwichtige, Unterschied sei, dass die Anerkennung bereits im Wege einer einseitigen Kommunikation wirksam werde, wohingegen die Zustimmung ein „meeting of wills“, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vom Angebot und Annahme, voraussetze.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ *MacGibbon*, BYBIL 33 (1957), S. 115 (123), zitiert von *Blum*, ebd.

⁴⁶⁵ *Blum*, ebd., S. 53, schließt sich in dieser Hinsicht der Ansicht *MacGibbons* an.

⁴⁶⁶ *Blum*, ebd., S. 54, Hervorhebung hinzugefügt.

⁴⁶⁷ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 39 ff.

⁴⁶⁸ Vgl. *Schwarzenberger*, *Recueil des Cours* 87 (1955-I), S. 195 (256 f.).

⁴⁶⁹ Vgl. *Blum*, ebd., S. 52.

Die Theorie der historischen Rechte brauche nicht bedient zu werden in Fällen, in denen eine explizite Zustimmung oder aber eine konkludente Anerkennung durch positive Akte erkennbar sei. In den Fällen bloßer Inaktivität ergebe sich aber aus dem Ablauf der Zeit ein Element, das die Stelle der ausdrücklicher Anerkennung oder Zustimmung einnehme.⁴⁷⁰ Blum nimmt an, dass in Fällen der Inaktivität des beeinträchtigten Staates das historische Element (langer Zeitablauf) zu einer Vermutung der stillschweigenden Zustimmung zum Handeln des anderen Staates führe, das andernfalls, aufgrund des Rückschlusses der Opposition gegen dieses Handeln, schlicht illegal und ungültig wäre. Der Ablauf der Zeit kehrt also nach Ansicht Blums die Vermutungswirkung der Inaktivität um: Während ursprünglich Gegnerschaft zum Handeln auf dem eigenen Gebiet durch einen fremden Staat vermutet wird, sorge der Zeitablauf dafür, dass Zustimmung vermutet werde.⁴⁷¹ Je länger die Zeit andauere, in der sich kein Widerspruch regt, desto mehr verfestige sich die Annahme der Akzeptanz. Für diese Umkehr der Vermutung liefert Blum allerdings keine weitere Begründung.

Ein einfacher Protest reiche nur dann zur Verhinderung der Vermutungswirkung aus, wenn der konsolidierende Faktor des Zeitablaufs noch nicht eingetreten sei.⁴⁷² Andernfalls seien effektivere Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die nach gutem Glauben vom Staat erwartet werden könnten, wie etwa der Abbruch diplomatischer Beziehungen, Retorsionsmaßnahmen oder die Anrufung des IGH.⁴⁷³

Im Gegensatz zur Ersitzung sei für *acquiescence* keine fixierte Zeitdauer für die Entstehung eines historischen Rechts vonnöten. Dieses Charakteristikum beseitige

„the besetting difficulty which confronts the exponents of international prescription, namely, that it can dispense with the exacting requirements for the efflux of a fixed period of time.“⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Blum, ebd., S. 55.

⁴⁷¹ Vgl. Blum, ebd., S. 54 f. m. w. N.

⁴⁷² Blum, ebd., S. 164, zur Kritik an der Einbeziehung des geschichtlichen Elements bei der voluntaristischen Theorie siehe Zimmer, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 28, 29.

⁴⁷³ Blum, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 160.

⁴⁷⁴ Blum, ebd., 1965, S. 59.

Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Hatte *Blum* noch zu Beginn seiner Darstellung dargelegt, dass es für die Entstehung spezieller Völkergewohnheitsrechte einer längeren „Reifungsdauer“ bedürfe, sieht er nun die Fixierung einer bestimmten Zeitdauer als bedrängendes Problem für die Anerkennung der Ersitzung. Dabei übersieht er, dass die Gerichte sich im Zuge der Entwicklung von Rechtsprechungslinien für eine gewisse Zeitdauer auch bei *acquiescence* in der von *Blum* präferierten Auslegung entscheiden müssten. Hinzu kommt, dass die Gerichte keineswegs im Zugzwang wären, etwa in den verschiedenen Privatrechtssystemen vorgesehene Zeitspannen unhinterfragt auf das Völkerrecht zu übertragen, da sie nur das generelle Rechtsprinzip hinter der Ersitzung, nicht aber deren genaue innerstaatlichen Voraussetzungen übernehmen müssten (siehe *Hobe*⁴⁷⁵).

Blum ist der Ansicht, ein Staat müsse nicht in gutem Glauben gehandelt haben, um sich auf *acquiescence* des anderen Staates berufen zu können. Dies führt *Blum* als Argument für die Anwendbarkeit des Konzepts *acquiescence* anstatt der Ersitzung ins Feld, da das Erfordernis des guten Glaubens üblicherweise mit der Ersitzung verbunden werde, aber kaum bei dem Erwerb von „adverse rights“ eingelöst werden könne. Auch das Erfordernis des guten Glaubens müssten die Gerichte aber nur dann als Element eines allgemeinen Rechtsprinzips übernehmen, wenn es tragende Säule in (so gut wie) allen Rechtsordnungen wäre. Bereits ein Blick in das deutsche Recht zeigt, dass nicht in allen Situationen, etwa bei der Ersitzung von Immobiliarsachen (welche der Situation hinsichtlich des Gebietserwerbs noch am nächsten käme) der gute Glaube eine Voraussetzung der Ersitzung ist.⁴⁷⁶

Im Übrigen ist auch für die Bildung des von *Blum* präferierten Gewohnheitsrechts nicht ohne weiteres verständlich, wie sich auf das Kriterium des guten Glaubens auf Seiten dieses Staates verzichten lässt, denn der Staat muss ja gerade die Vorstellung haben, im Einklang mit der Völkerrechtsordnung zu handeln (*opinio juris*). Dieses Problem beruht auf einem dem Völkergewohnheitsrecht inhärenten Widerspruch:

⁴⁷⁵ *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 217.

⁴⁷⁶ Keine Einheitlichkeit der verschiedenen Rechtsordnungen in dieser Hinsicht, siehe Kapitel B. II.

„On the one hand, it is said that usage coupled with *opinio juris* leads to the creation of a customary norm of international law, while on the other hand it is claimed that, in order to enable the creation of such a norm, the States involved must initiate such practice because of the *opinio juris*“⁴⁷⁷

Sollte die Rechtsüberzeugung der Handlung vorausgehen müssen, wäre der gute Glaube für den Staat erforderlich, der sich für die Bildung spezieller Gewohnheitsrechte auf die *acquiescence* des anderen beruft. Es ist aber ausgeschlossen, dass ein Staat, der bewusst widerrechtlich handelt, selbst der Überzeugung ist, dies rechtmäßigerweise zu tun, ebensowenig wie die Völkerrechtsgemeinschaft das Handeln als *conformiter lege* ansehen dürfte; vom beeinträchtigten Staat ganz abgesehen. In Betracht käme also nur, dass es für die Bildung von Gewohnheitsrecht ausreicht, dass die Überzeugung des beeinträchtigten Staates sich ändert (er also zustimmt) und sie daraufhin mit den Fakten übereinstimmt. Davon geht *Blum* aus; die *opinio juris* ist seiner Ansicht nach bei der Bildung von Gewohnheitsrecht also nur für den beeinträchtigten Staat von Bedeutung (siehe ebenso *MacGibbon*, oben).

Mit Blick auf die Staatenpraxis, so schließt *Blum* im Jahr 1965, ergebe sich kein eindeutiges Ergebnis in Bezug darauf, ob die Ersitzung von der Völkerrechtsgemeinschaft, der Mehrzahl der Mitglieder oder auch nur einer einzigen Nation unwiderruflich als Teil des Völkerrechts akzeptiert werde.⁴⁷⁸

Die Thesen *Blums* stimmen in wesentlichen Punkten mit der internationalen Rechtsprechung überein und sind überwiegend schlüssig. Dazu zählen die Möglichkeit der Erzeugung adverser Gebietstitel durch faktisches Hoheitshandeln und die Bedeutung der *acquiescence* als Schlüssel zu ihrer Entstehung; die Annahme, dass das Völkerrecht weder allein auf dem Willen der Staaten beruht, noch ausschließlich objektive Wirkungen entfaltet; die These, dass der Ablauf von Zeit zu einer Konsolidierung der Gebietssituation beiträgt. *Blum* begründet letzteres allerdings nicht weiter; der IGH geht in die Richtung, das zeitliche Element als Faktor zur Herstellung von Rechtsschein der Zustimmung einzuordnen.⁴⁷⁹ Auf dieser Grundlage nimmt *Blum* wie der IGH an, dass die

⁴⁷⁷ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 45.

⁴⁷⁸ *Blum*, ebd., 34 ff.

⁴⁷⁹ Siehe unten, Kapitel E. III.

Staaten Möglichkeit zur Geltendmachung ihres wahren Willens bei Neubildung von Völkerrecht in Form von Protest haben. Ebenso postulieren beide, dass Protest effektiv genug sein muss, um den Anschein der Zustimmung auszulöschen.

Jedoch erklärt *Blum* nicht den strukturellen Unterschied zwischen allgemeinem Gewohnheitsrecht und speziellen Gewohnheitsrechten, der die Bedeutung des Zeitablaufs als wesentliches Element nur von speziellen adversen Völkergewohnheitsrechten rechtfertigen könnte. Auch für eine neue Norm des allgemeinen Völkergewohnheitsrechts ist es typisch, dass sie unter Umständen entgegen einer zuvor bestehenden Rechtslage entsteht. Weiter ist unklar, weshalb der Zeitablauf die Vermutungswirkung zugunsten des erwerbenden Staates umkehrt. Auch die Abgrenzung der speziellen Völkergewohnheitsrechte zum Vertrag bleibt offen, da *Blum* das konstituierende Element *acquiescence* sowohl als einseitige Anerkennung als auch als stille Form der Zustimmung deutet. Der inhaltliche Unterschied zwischen *Blums* „historischen Rechten“ und einer völkerrechtlichen Ersitzung, wie sie sich aus der Rechtsprechung ergibt, wird nicht deutlich: Die Kritik *Blums* an der Ersitzung (fixes Zeitelement, guter Glaube) ist nicht tragfähig, da deren Voraussetzungen im Völkerrecht nicht kongruent mit denen einzelner nationaler Rechtsordnungen sein müssen.

c) Kelsen (1966): Effektivität als rechtsschaffende Kraft statt Ersitzung

Nach dem Modell von *Kelsen* beruht ein Titelübergang auf Grundlage lang andauernd ausgeübter Hoheitsgewalt auf dem Effektivitätsprinzip.

Das Effektivitätsprinzip sei selbst eine völkergewohnheitsrechtliche Norm, die etwa zum Erwerb adverser territorialer Souveränität dann führt, wenn die Hoheitserstreckung eines Staates auf fremdes Gebiet ‘firmly established’ und nicht ‘seriously contested’ ist. Aus Unrecht entstehe durch die Anwendung der Regel der Effektivität schließlich Recht, *ex injuria jus oritur*. *Acquiescence* ist in diesem Ansatz als objektives Stillhalten interessierter und betroffener Staaten zu verstehen, das die Effektivität des zunächst widerrechtlichen Handelns unterstützt.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 420 ff; ebenso: *de Visscher*, s. u.

„In sum, the law-creating effect of facts (acts) illegal in origin depends upon the effectiveness of the change; the effectiveness of the change depends, in turn, upon the acquiescence, either express or implied, of other interested parties. Acquiescence may be inferred by the absence of the attempt on the part of the injured –or interested – state(s) to prevent those legal consequences which would result from a similar situation where no question arises with respect to the legality of the acts to bring about the change.“⁴⁸¹

Ersitzung sieht *Kelsen* nicht als konkurrierende Erklärung eines Gebietserwerbs durch lang andauernde Hoheitsausübung; vielmehr erkennt er in „prescription“ nur eine alternative Benennung des Phänomens der Effektivität:

„writers who take this position admit that illegal acts may be validated by the operation of prescription, the consent of the injured party, or general recognition. There is no conflict between this view, if properly interpreted, and the operation of the principle of effectiveness as set forth in these pages. The principle of effectiveness requires that the situation brought about by the illegal act or acts must be firmly established. This requirement is not satisfied if the refusal of states to recognize the situation implies that the illegal acts or the situation created by the acts is being seriously contested. Moreover, the operation of the principle of effectiveness has never implied immediate or automatic validation; a certain period of time is required before a situation originating in a violation of law can be considered as firmly established. The admission, then, that states may, and do, ‘recognize’ that illegal acts once effecting a firmly established situation give rise to new legal rights and duties is the admission of *ex injuria jus oritur* in international law, and it is the principle of effectiveness that is applied.“⁴⁸²

Interessant am Vorschlag *Kelsens* ist, dass der vordergründig rein objektiv begründete Übergang territorialer Souveränität an denjenigen Staat, der effektiv(er) staatliche Funktionen auf einem Gebiet ausübt, im Ergebnis auf dem

⁴⁸¹ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 424.

⁴⁸² *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 425.

Rechtsgrund des Völkergewohnheitsrechts beruht (*opinio iuris* und *longa consuetudo*): „The principle of effectiveness, as a rule of positive law, is itself a principle of customary international law.“⁴⁸³ Völkergewohnheitsrecht ist nach Ansicht *Kelsens*, jedenfalls sofern es neu entsteht, vom generellen Konsens der Völkergemeinschaft abhängig:

„the fact that general international law may bind states which never consented to it, whether expressly or tacitly, only proves that the traditional theory of custom as a „pactum tacitum“ is a fiction. It does not affect the importance of consent in the development of customary law. Indeed, it is redundant to stress the importance of consent in the development of custom since it is obviously implicit in the constituent elements of custom. Without the general consent of states custom clearly cannot arise.“⁴⁸⁴

Damit verbindet *Kelsen* objektive und willensbasierte Begründungsmodelle auf neue Weise, indem er objektive und subjektive Elemente nicht parallel bzw. ergänzend als Tatbestandsmerkmale eines Titelübergangs konstruiert, sondern gewissermaßen in zwei verschiedene Ebenen trennt: Die Erschaffung des völkergewohnheitsrechtlichen Effektivitätsprinzips in einem ersten Schritt und die konkreten Rechtsfolgen dieses Prinzips in einem zweiten Schritt. Damit weicht *Kelsen* einerseits der Kritik an der Begründung eines Titelübergangs durch spezielle Völkergewohnheitsrechte aus (Rechtsüberzeugung wird nur schwer im Widerspruch zur bestehenden Ordnung zugunsten eines einzigen Staates in einer bestimmten Situation gebildet, noch dazu ist die Vermutung der Rechtsüberzeugung des beeinträchtigten Staates höchstwahrscheinlich fiktiv), denn das allgemeine Völkergewohnheitsrecht sieht als Folge des Effektivitätsprinzips vor, dass das Auseinanderfallen von Titel und effektiv ausgeübter Hoheitsgewalt in einen Titelübergang mündet. Andererseits verringert der Ansatz die Angriffsfläche bezüglich der an objektiven Theorien geübten Kritik, der normativen Kraft des Faktischen im Völkerrecht in gefährlicher Weise Vorschub zu leisten; denn das Völkergewohnheitsrecht lässt sich im Ergebnis auf den Willen der Staaten zurückführen. Dennoch sieht auch *Kelsen* selbst die Gefahr, die die Betonung der Macht im Völkerrecht nach sich zieht:

⁴⁸³ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 421.

⁴⁸⁴ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 453, 454.

„The foregoing considerations incur an obvious criticism. Beyond a certain point, the principle of effectiveness, as developed in these pages, may easily become little more than a rather artificial attempt to justify, or to rationalize, **a condition incompatible with the existence of legal order**. Even if it is acknowledged that in the absence of effective collective procedures international law must give significant scope to the principle of effectiveness, and that this principle in turn implies the operation of *ex injuria jus oritur*, there are nevertheless limits to be placed on the operation of this principle. To invoke the principle of effectiveness on every occasion marked by the failure to restore a situation changed by unlawful action may well result in the untenable identification of law with fact (power).”⁴⁸⁵

Diese Gefahr, so lässt sich den Ausführungen *Kelsens* entnehmen, ist dem Völkerrechtssystem aber (noch) immanent. Denn in welchem Maße *ex injuria jus oritur* in einem Rechtssystem zugelassen werde, hänge davon ab, wieweit es in prozessualer Hinsicht ausdifferenziert sei (wobei *Kelsen* mit prozessualer Hinsicht die effektive Zentralisierung von judikativen, exekutiven und legislativen Funktionen meint). In einem stark organisierten System sei für die Transformation einer illegalen zur legalen Situation durch Effektivität nur wenig Raum. Hingegen stehe in einem schwach organisierten System wie dem Völkerrecht vor allem die Selbsthilfe zur Lösung von Konflikten zur Verfügung und führe das nur geringe Maß an Sicherheit hinsichtlich der Anwendung und Durchsetzung des Rechts dazu, dass eher aus Unrecht Recht werde.⁴⁸⁶

Dennoch erscheint es problematisch, allein wegen der Schwäche der Rechtsdurchsetzung in einem Rechtssystem die Rechtserzeugung an grundsätzlich systemwidrige Mechanismen zu knüpfen. Dem Ansatz *Kelsens* ist darüber hinaus entgegenzuhalten, dass er keine Nachweise aus der Staatenpraxis erbringt, die die gewohnheitsrechtliche Akzeptanz des Prinzips der Effektivität in dem von ihm dargelegten Sinne bestätigt. Es ist fraglich, ob die Staaten wirklich einen Konsens darüber hergestellt haben, dass sie im Falle des Falles unabhängig von ihrem Willen territoriale Souveränität verlieren (bzw. andere illegale Situationen validieren). Die bis heute dokumentierte Rechtsprechung des IGH

⁴⁸⁵ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 433; Hervorhebung in fett hinzugefügt.

⁴⁸⁶ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1966, revised and ed. by Tucker, S. 425, 426.

spricht etwa gegen diese Mutmaßung, da das Gericht immer entscheidend auf den Willen der Staaten bezüglich einer konkreten Situation abstellt, nicht nur auf die generelle Akzeptanz des Effektivitätsprinzips.⁴⁸⁷

d) De Visscher (1968): Historische Konsolidierung statt Ersitzung

De Visscher formulierte die These der historischen Konsolidierung als Gebietserwerbstitel, die die einzelnen Aspekte von Ersitzung und Okkupation zusammenführen und insgesamt die Theorie des Gebietserwerbs näher an der Praxis ausrichten sollte. Sein Ansatz ähnelt in gewissen Elementen denen *Schwarzenbergers* und *Kelsens*, unterscheidet sich aber in der Bewertung der Effektivität und des Erfordernisses des Staatswillens.

Die lang andauernde Nutzung eines Gebiets, die einen Komplex von Interessen und Beziehungen reflektiere, resultiere im Erwerb von territorialer Souveränität (auch bzgl. Meergebieten). Die historische Konsolidierung sei sowohl auf *terra nullius* als auch auf bereits besetzte Gebiete anwendbar und unterscheide sich dadurch von der Ersitzung. Anders als die Ersitzung sei die historische Konsolidierung nicht vom Ablauf einer festen Zeitspanne abhängig und betreffe auch solche Gebiete, deren ursprüngliche Zuordnung zu einem Staat nicht beweisbar ist. Von der Okkupation unterscheidet sie sich dadurch, dass sie auch auf Meeresgebiet Anwendung finde.⁴⁸⁸ Das hinter der Konsolidierung stehende Prinzip ist nach *de Visschers* Ausführungen das des *quieta non movere*, das dem fundamentalen Interesse des Völkerrechts an der Stabilität, Ordnung und Friedlichkeit territorialer Verhältnisse Rechnung trage. Der Konsens der „Verliererstaaten“ sei dagegen nicht für die Rechtsänderung erforderlich:

„Considerations of stability, order, and peace, analogous to those that justify acquisitive prescription, are here preponderant. The thesis that the consent of a dispossessed State is invariably required to validate a change

⁴⁸⁷ Siehe dazu Kapitel E. im Ergebnis ähnlich zu *Bellini*, *Annuario di diritto internazionale comparato e di studi legislativi* 27 (1951), S. 225 (344-350).

⁴⁸⁸ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968 (Originaltitel *Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris 1960), S. 209. *Von der Heydte*, *Völkerrecht*, Bd. 1 (1958), S. 255 (ähnlich wie *de Visscher*), *Charpentier*, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Vol. 1, 1956.

of sovereignty is in harmony neither with the facts of international law nor with the still primitive character of international law [...]"⁴⁸⁹

De Visschers Hauptaussage ist, dass Effektivität im Zusammenhang mit territorialem Hoheitsserwerb selbst die Begründung jedes Gebietstitels ist. Der effektive, friedliche und lang andauernde Besitz schaffe unabhängig vom Willen der Staaten eine rechtliche Situation:

„sometimes effectivity appears as itself a constitutive element of law. This is so in territorial appropriations, where effectivity is the condition as well as the title of sovereignty“⁴⁹⁰.

„territorial appropriations are the chosen domain of effectivity. Consolidated by the passage of time, they create objective situations good against all States.“⁴⁹¹

Bloße Inaktivität der am Gebiet interessierten Staaten, nicht erst „acquiescence properly so-called“ im Sinne einer Anerkennung, reiche für den Eintritt der Konsolidierung aus.⁴⁹² Die Toleranz der Drittstaaten sei ein Element der (objektiv bestimmbaren) Effektivität der Gebietsbeherrschung, ebenso wie der Fakt des Besitzes an sich und die Dauerhaftigkeit des Besitzes.⁴⁹³

Schiedsrichter *Huber* habe in seiner *Island of Palmas*-Entscheidung ebenso wie die Gerichte in den Fällen *Eastern Greenland* und *Minquiers and Ecrehos* auf die kontinuierliche und friedliche Hoheitsausübung zur Begründung von Souveränität abgestellt. Dasselbe Prinzip gelte auch bei einem ausreichend lang ausgeübten Besitz im Widerspruch zu einem älteren Souveränitätstitel. In dieser Konstellation komme es nicht zu einer Ersitzung im eigentlichen Sinne, sondern als Konsequenz

⁴⁸⁹ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 210.

⁴⁹⁰ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 318, 319.

⁴⁹¹ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 320; dort auch Einfluss des Kolonialzeitalters auf die Bedeutung der Effektivität: „territorial appropriation, becoming peaceful, was gradually subjected to rules of positive law for which effectivity always provided the foundation. Their requirements became increasingly precise and strict as free space became rarer and competition for it keener.“

⁴⁹² *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 209.

⁴⁹³ *De Visscher*, *RGDIP* 62 (1958), S. 601(604).

des Vorrangs der tatsächlich ausgeübten Hoheitsmacht gegenüber einer nicht mehr ausreichend wahrgenommenen zu einer neuen Gebietszuordnung. Letztlich gebe es nur einen einzigen Gebietserwerbstitel, den der effektiven Ausübung von staatlichen Funktionen. Damit scheidet die völkerrechtliche Ersitzung als Gebietserwerbstitel aus, da sie, genauer betrachtet, nur die Folge des Vorrangs einer effektiv gegenüber einer zu schwach ausgeübten Hoheitsmacht sei:

„cases which doctrine tends to classify under acquisitive prescription. These situations usually defy exact chronological calculation. **They are not so much cases of prescription as of the gradual weakening of a neglected title under the weight of a long-tolerated adverse possession.** The legal significance of adverse possession strengthens with time, while the authority attached to the title correspondingly declines. The conclusion is that **there is, basically, only one mode of territorial acquisition, namely the effective exercise of state functions.**“⁴⁹⁴

De Visschers Ansatz ist damit radikaler als der ähnlich angelegte *Schwarzenbergers* (s. o.), da letzterer jedenfalls *acquiescence* anderer interessierter Staaten als Zustimmung im weitesten Sinne für die Verfestigung eines Gebietstitels fordert. Darüber hinaus lehnt *Schwarzenberger* die Existenz der völkerrechtlichen Ersitzung anders als *de Visscher* nicht ab. Auch ist der Ansatz *de Visschers* noch stärker als der *Kelsens* vom Willen der Staaten losgelöst; letzterer hatte die Effektivität als völkergewohnheitsrechtliche, d. h. vom allgemeinen Konsens der Staatengemeinschaft getragen, konzipiert.

De Visscher erkennt keinen Sinn, sondern eher eine Gefahr für die Lösung von Gebietskonflikten in der Unterscheidung zwischen den hergebrachten, strikt voneinander abgegrenzten Gebietstiteln; eine Einschätzung, die er von den internationalen (Schieds-) Gerichten geteilt sieht:

„a sure instinct of this primordial need [nach Ordnung und Stabilität durch effektive Hoheitsausübung] explains the hesitation, even the repugnance, of international tribunals to link the consolidating effects of time with concepts that are too narrow and classifications that are too clear-cut, such

⁴⁹⁴ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 321; Hervorhebung hinzugefügt.

as acquisitive prescription, immemorial possession, occupation strictu sensu.“⁴⁹⁵

Die Kriterien des Privatrechts seien zu starr für die Verschiedenartigkeit der Situationen im Völkerrecht; das Konzept der historischen Konsolidierung sei dagegen biegsam und könne auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnitten werden. *De Visscher* findet seinen Ansatz vor allem in den Ausführungen des Einzelrichters *Max Hubers* zur Entscheidung *Island of Palmas* bestätigt. *Huber* stellte tatsächlich in besonderer Weise die objektive Seite der effektiven Herrschaft über ein Gebiet für jede Form des Titelerwerbs heraus und beschrieb die Verfestigung der Herrschaftsmacht durch den Lauf der Zeit. Dennoch traf er keine eindeutige Aussage dahingehend, dass der Wille des beeinträchtigten Staates im Falle eines adversen Erwerbs keine Rolle spielt – im Falle der *Island of Palmas* war diese Frage nicht entscheidungserheblich, da beide Parteien behaupteten, selbst (bzw. der Rechtsvorgänger) zuerst einen Titel am fraglichen Gebiet begründet zu haben.⁴⁹⁶ Ebenso wenig lässt sich aus dem Urteil schließen, dass *Huber* wie *de Visscher* jeden Gebietstitel in der effektiven Hoheitsausübung allein begründet sieht; er nennt zunächst die Titel der Okkupation und Zession und beschreibt anschließend die Wirkung eines „Titelsurrogats“ (nicht: einer Alternative zu den bisher bekannten Titeln): Die friedliche, effektive Hoheitsausübung sei „as good as a title“.⁴⁹⁷

De Visscher ist der Ansicht, dass auch der Internationale Gerichtshof im *Fisheries*-Urteil seine Begründung allein auf die lang andauernde, offene Praxis Norwegens zur Bestimmung der Küstenlinie gestützt habe.⁴⁹⁸ Das Stillschweigen der übrigen Staaten habe das Gericht nicht als stillschweigende Anerkennung, d. h. als konstitutiven Willensakt gedeutet (so aber hätten Vertreter der voluntaristischen Begründung des Völkerrechts das Urteil verstanden). Stattdessen habe das Gericht dies allein als Beweis der Tatsache genommen, dass die norwegische Praxis völkerrechtmäßig war.

⁴⁹⁵ *De Visscher*, *Theory and Reality in Public International Law*, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch *Corbett*, 1968, S. 320.

⁴⁹⁶ Siehe dazu ausführlich Kapitel E. I. 8.

⁴⁹⁷ Zur Interpretation dieses Zitats siehe E. I. 8.

⁴⁹⁸ Siehe zur norwegischen Praxis zur Bestimmung der Küstenlinie im Unterschied zu der im Übrigen angewandten Methode und zum *Fisheries*-Urteil überhaupt Kapitel E. I. 10.

Unabhängig davon, wie der IGH im *Fisheries*-Urteil zu verstehen gewesen sein mag, distanzierte er sich ausdrücklich im Urteil *Cameroon v. Nigeria* (2002) von der historischen Konsolidierung als Gebietserwerbstitel für Landgebiete.⁴⁹⁹ Die historische Konsolidierung könne die hergebrachten Gebietserwerbstitel nicht ersetzen. In seiner Rechtsprechung knüpft der IGH bis heute Rechtsfolgen nicht an das staatliche Handeln allein, sondern nur in einem Zusammenspiel mit dem Willen der Staaten und kehrt sich damit von *de Visschers* Ansatz ab. Gegen eine einseitige Betonung der Effektivität wendet sich auch *Shaw*.⁵⁰⁰ *De Visscher* liefere keine genügende Unterscheidung zwischen einem Gebietserwerb im Einklang mit geltendem Völkerrecht und dem ausnahmsweisen Erwerb im Widerspruch. *Zimmer* kritisiert an *de Visscher* zu Recht, dass dessen Theorie auf eine Übermacht des Faktischen hinauslaufe, die im Völkerrecht die Gefahr der Heraufbeschwörung von gewalttätigen Konflikten in sich trage. Darüber hinaus könnten Gebietstitel ihre zugeordnete Sicherungsfunktion gegen Ansprüche fremder Staaten nicht mehr erfüllen, wenn sie unter dem Vorbehalt effektiverer Hoheitsgewalt seitens anderer Staaten stehe.⁵⁰¹

e) Brownlie (2008): *Acquiescence* statt Ersitzung

Brownlie verfasst einen „Epitaph“⁵⁰² zum Prinzip der Ersitzung. An ihre Stelle treten nach seinem Konzept *acquiescence* und die Effektivität der Besitzausübung, die für den völkerrechtlichen Gebietserwerb *Brownlie* zufolge insgesamt eine tragende Rolle spielen. In der Regel sei *acquiescence* nicht wesentlich für einen Titel, gebe aber der tatsächlichen Kontrolle von Gebiet und Hoheitshandlungen ergänzende Bedeutung in den Fällen, in denen diese nicht allein für die Begründung eines Titels sorgen können.

In vielen Konstellationen sei von vornherein der Anwendungsbereich einer echten Ersitzung nicht eröffnet (wie im Falle der unvordenklichen Verjährung oder Souveränitätsakte zweier Staaten auf demselben Territorium), da es nicht um die „Usurpation“ eines bestehenden Titels gehe. Handele es sich aber um einen solchen adversen Besitz entgegen einem vorexistierenden Titel, geschehe der

⁴⁹⁹ Dazu siehe Kapitel E. I. 20.

⁵⁰⁰ *Shaw*, *International Law*, 2008, S. 507.

⁵⁰¹ *Zimmer*, *Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation*, 1971, S. 46; weitere Gegner *de Visschers*: *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963, S. 25, 26; *Johnson*, *Cambridge Law Journal* (1955), S. 215 (233).

⁵⁰² *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 151.

Gebietserwerb in Wahrheit nicht aufgrund von Ersitzung, sondern von *acquiescence*.⁵⁰³ *Acquiescence* sieht *Brownlie* als stillschweigende Form des Konsenses, als Zustimmung zu einem einseitigen Akt eines anderen Staates.⁵⁰⁴ Diese Zustimmung „arises from conduct, the absence of protest when this might reasonably be expected. In appropriate circumstances a tribunal will infer recognition of sovereignty in a competitor.“⁵⁰⁵ Eine bestimmte Form des Protests zu fordern, hält *Brownlie* für falsch, da man für *acquiescence* keinen bestimmten Inhalt fordern könne.⁵⁰⁶ Der Zeitfaktor verleihe der Effektivität des Besitzes mehr Kraft und diene dazu, die stillschweigende Akzeptanz nachzuweisen:

„Obviously the legal power of state activity depends in part of its persistence. In the case of a very recent possession it is difficult to adduce evidence of tacit acquiescence, and in cases like that of the *Island of Palmas* the principle is simply an element in the process of weighing the activity of the competing states.“⁵⁰⁷

Auch wenn es zur Aufrechterhaltung eines Titels notwendig sei, Hoheitsakte auszuüben, „Absence of a reasonable level of state activity may cause loss of title“⁵⁰⁸, könne dennoch nicht ohne weiteres die Gebietsaufgabe im Sinne einer Dereliktion vermutet werden:

„However, by reason of the need to maintain stability and to avoid temptations to ‘squatting’, abandonment is not to be presumed. Tribunals require little in the way of maintenance of sovereignty, particularly in regard to remote and uninhabited areas.“⁵⁰⁹

Für die Gratwanderung zwischen einem zulässigen und einem unzulässigen Schluss auf die Zustimmung eines Staates zum Gebietsverlust, etwa, in welchen Situationen Protest erwartet wird oder welche Hoheitsakte vonnöten sind, gibt *Brownlie* keine Anhaltspunkte.

⁵⁰³ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 33.

⁵⁰⁴ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 151, 152. *Recognition* beziehe sich dagegen auf die Reaktion von Drittstaaten und sei ausdrücklich.

⁵⁰⁵ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 152.

⁵⁰⁶ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 149.

⁵⁰⁷ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 150.

⁵⁰⁸ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 139.

⁵⁰⁹ *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 139.

Brownlie sieht die Ersitzung also als einen Anwendungsfall der *acquiescence*: „it may be said that acquiescence is a form of prescription and that the question ends as a matter of terminology.“⁵¹⁰ Der Anwendungsbereich des Terminus „Ersitzung“ (wobei er deren eigenständige Bedeutung wie gesagt ablehnt) ist nach *Brownlie* nur für den Fall eröffnet, dass ein feststehender Titel durch effektive Hoheitsausübung eines anderen Staates verdrängt werden soll (Usurpation). Daneben gebe es aber Fälle, von einigen Autoren ebenfalls als Ersitzung eingestuft, in denen zwei Staaten gleichzeitig Staatsfunktionen auf ein und demselben Gebiet ausüben und konkurrierende Ansprüche anmelden. Es handele sich dabei einerseits nicht um die Okkupation von *terra nullius*, da das Gebiet ja einem der beiden Staaten gehöre. Ebenso wenig finde eine Usurpation statt, d. h. eine Anmaßung fremden Gebiets, weshalb es sich auch nicht um Ersitzung handele.⁵¹¹ Bei der Lösung dieser Fälle (z. B. *Island of Palmas*) ist nach Ansicht *Brownlie*'s kein Raum für Ersitzung; *acquiescence* und *estoppel* etablierten dagegen Rechte.⁵¹² Es sei die relative Stärke der Titel abzuwägen, die durch effektiven Besitz entstehen. Die effektive Okkupation, im Sinne von Inbesitznahme, diene als

„proof of possession by states, of manifestations of sovereignty legally more potent than those of the other claimant or claimants, or, in brief, **proof of the better right**. The intensity of state activity required will obviously

⁵¹⁰ *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 152.

⁵¹¹ Dies ist ein Denkfehler, dem auch schon *Beckett* unterlag: Denn natürlich gehört das Gebiet zum Zeitpunkt des Streits einer der beiden Parteien, sofern dritte Staaten erkennbar keine Hoheitsakte ausüben bzw. Ansprüche anmelden. Die Frage ist aber, welche Partei einen begründeten Titel vorweisen kann und wie sie ihn erworben hat: durch Zession, durch Okkupation, möglicherweise durch Ersitzung von der anderen Partei. Konkurrieren zwei Staaten um ein Gebiet (theoretisch seit Anbeginn ihrer Existenz), so ist nach der üblichen Betrachtungsweise von Okkupation danach zu entscheiden, wer die effektivere Herrschaft ausgeübt hat. Ursprünglich muss das Gebiet (wie jedes Gebiet) *terra nullius* gewesen sein, sodass als Gebietserwerbstitel nur die Okkupation in Betracht kommt. In diesem Sinne siehe Richter *Anzilotti* in seiner abweichenden Meinung, PCIJ A/B Series No. 53, S. 84: „To say that the title resides in possession and not in occupation is a verbal quibble, for possession of a territory which formerly belonged neither to the State possessing it nor to any other State is nothing else than occupation considered at a moment subsequent to the original act of occupying“. Nach *Brownlie*'s Ansatz wäre die Okkupation nur solange möglich, wie kein anderer Staat einen eigenen Titel am Gebiet beansprucht. Als zusätzliches Tatbestandsmerkmal der Okkupation impliziert *Brownlie* damit neben der *terra nullius* und dem effektiven Besitz die Ausschließlichkeit der Besitzausübung bzw. Titelbeanspruchung durch einen einzigen Staat.

⁵¹² *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 147, 148. *Brownlie* kritisiert, dass einige Autoren den Fall *Island of Palmas* als Ersitzung eingestuft haben, so *Beckett*, Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189 (221); *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (342), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (283). Das von *Brownlie* geforderte Element der „Usurpation“ könnte man darin sehen, dass der „inchoate title“ der USA (so er denn durch die Entdeckung der Insel durch Spanien entstand und durch Zession übertragen wurde) von der späteren niederländischen Hoheitsausübung verdrängt wurde, s. u. Kapitel E. I. 8.

be less in the case of *terra nullius* than in the case where a competing claimant takes an interest in territory.“⁵¹³

Brownlie sieht also neben der Zession folgende Titel: Okkupation (*terra nullius*, ausschließliche Besitzausübung, effektiver Besitz); unvordenkliche Verjährung, die er als „recognition of or acquiescence in the consequences of unchallenged possession“⁵¹⁴ versteht; einen Titel durch ein relativ besseres Recht wegen Besitzausübung⁵¹⁵ und zuletzt Aufgabe der eigenen Souveränität zugunsten einer fremden Macht, die das Gebiet usurpiert hat (*prescription*). In der Praxis seien die letzten beiden Titel schwer voneinander abzugrenzen.

Es erscheint nur schwer nachvollziehbar, ein Element der Begründung eines Titels (*acquiescence*) im Sinne eines *pars pro toto* mit der Ersitzung selbst gleichzusetzen, die ja das Gesamtkonzept des Titelübergangs bezeichnen soll. Weiter fehlen jegliche Anhaltspunkte zur praktischen Differenzierung der von *Brownlie* schon theoretisch nicht scharf abgegrenzten Gebietstitel, insbesondere im Hinblick auf die noch darüber hinaus von ihm vorgestellten Konzepte zu Widerruf (*renunciation*), Dereliktion (*derelictio* oder *abandonment*) und der *acquiescence* in fremde Hoheitshandlungen. Die Kritik an seiner Ablehnung der Okkupation bei zwei um ein Gebiet konkurrierenden Staaten wurde bereits geäußert. *Brownlie* bezieht sich hinsichtlich des ‘Titels des besseren Rechts’ wegen effektiver(er) Hoheitsausübung implizit auf *Max Huber* im Fall *Island of Palmas*, der die kontinuierliche und friedliche Hoheitsausübung als „as good as a title“ ansah.⁵¹⁶ Es bleibt aber die Frage zu beantworten, ob *Huber* damit einen separaten, neuen Titel schaffen wollte, oder eine Beweisregelung meinte, oder doch die Ersitzung umschreiben wollte. Dazu s. u. Kapitel E. I. 8. und E. II.

⁵¹³ *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 134, Hervorhebungen in fett hinzugefügt; interessanterweise konstatiert *Max Huber* hingegen in *Island of Palmas*, RIAA II, S. 829 (839), dass das Effektivitätskriterium vor allem an die Okkupation angelegt werde, da hinsichtlich *terra nullius* noch keine etablierte Ordnung bestehe: „If the effectiveness has above all been insisted on in regard to occupation, this is because the question rarely arises in connection with territories in which there is already an established order of things.“

⁵¹⁴ *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 147; es stellt sich bei dieser Definition die Frage, worin der Unterschied zur Okkupation liegen soll und warum bei Unangefochtenheit des Besitzes noch ein Konsens dritter Staaten erforderlich ist.

⁵¹⁵ Dies nennt *Brownlie* nicht ausdrücklich als Titel. Aus seinen Ausführungen geht aber hervor, dass im Falle zweier konkurrierender Staaten einer den Titel hat und bei der Beurteilung die Stärke des jeweiligen staatlichen Handelns ausschlaggebend ist.

⁵¹⁶ *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 133 f.

f) Stellungnahme

Einige Autoren versuchen, der Schwierigkeit der Differenzierung der außervertraglichen Gebietstitel dadurch zu begegnen, dass sie alternative Erklärungsmodelle für den Titelübergang entwickeln. Es ist in der Tat denkbar, dass die hergebrachten Gebietstitel eine Überkomplizierung zur Erklärung des Phänomens darstellen, dass effektiver Besitz über lange Zeit hinweg eine rechtliche Folge hinterlässt. Okkupation, Ersitzung und unvordenkliche Verjährung sind schließlich eng verwandt. Jedoch überzeugen die Ansätze weder dogmatisch (wie im Einzelnen dargestellt), noch in ihrer Folge: Auch wenn im Ergebnis in der Praxis häufig eine „Wahlfeststellung“ zwischen Okkupation und Ersitzung getroffen wird, so ist doch für Zeitspannen, in denen die Abläufe gut dokumentiert sind und in denen *terrae nullius* immer seltener geworden sind, die Kenntnis der Voraussetzungen eines adversen Erwerbs unabdingbar. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte der Bereich des außervertraglichen Gebietserwerbs nicht auf das generelle Abstellen auf den tatsächlichen Besitz reduziert werden. Ebenso wenig sollte, wie *Blum* es aber vorschlägt, das Völkergewohnheitsrecht unter starken „Verrenkungen“ herangezogen werden, um ein Phänomen zu erklären, für das die Ersitzung das passgenaue Werkzeug ist.

4. Überwiegende Bedeutung des staatlichen Willens

a) Zimmer (1971)

Die bisher vorgestellten Autoren finden unterschiedliche Begründungen für dieselbe Rechtsfolge, nämlich den Titelerwerb eines Staates. Dagegen besteht die Besonderheit des Ansatzes von *Zimmer* in der andersartigen Rechtsfolge.

Zimmer stellt zunächst die häufig vorgebrachten Begründungsmodelle für einen Gebietserwerb eines Staates von einem anderen aufgrund beachtlichen Zeitablaufs und offener, ununterbrochener Hoheitsausübung mit Souveränitätswillen dar und unterzieht sie anschließend eingehender Kritik. Er trifft eine Einordnung in zwei grundsätzlich verschiedene Richtungen der Lehre: Die voluntaristischen Theorien (Willenstheorie, vermutete Zustimmung, spezielles Völkergewohnheitsrecht) stünden den vorwiegend objektiven Ersitzungstheorien (historische

Konsolidation, Verwirkung bzw. *estoppel*) gegenüber.⁵¹⁷ All diese letzteren Theorien, die sämtlich eine Übertragung des Titels unabhängig von einem tatsächlich explizit geäußerten derartigen Willen des Staates für möglich erachten, lehnt *Zimmer* ab. An den voluntaristischen Theorien kritisiert er:

„Die voluntaristische Lehre, die den Erwerb von Rechten vom Willen der Staaten abhängig macht, sieht sich vor die Entscheidung gestellt, das ‘geschichtliche’ Element, d. h. den Einfluß langdauernder faktischer Gebietszugehörigkeit auf die objektiven Verhältnisse überhaupt zu leugnen oder zu Fiktionen Zuflucht nehmen zu müssen.“⁵¹⁸

Logisch gesehen seien die Berücksichtigung z. B. des Ablaufs der Zeit sowie Anforderungen an eine bestimmte Form des Protestes des beeinträchtigten Staates durch die willensgeprägten Ansätze nur schwer erklärbar.⁵¹⁹ *Zimmer* argumentiert, dass, wenn es nur vom Willen der Staaten abhängt, rechtlich gebunden zu sein, auch der Zeitablauf nichts am Unwillen ändere.

Dagegen spricht aber, dass auch dem nationalen Recht ein Einfluss der Zeit auf die Bindung an Willenserklärungen von Privatpersonen nicht fremd ist: So fordert beispielsweise § 121 BGB eine unverzügliche Geltendmachung des Anfechtungsrechts, das sich u. a. aus einer analogen Anwendung des § 119 I BGB dann ergibt, wenn eine Person eine Willenserklärung gar nicht äußern wollte, die Situation sich aber dem objektiven Empfänger als Äußerung darstellte (Lehrbuchfall: Trierer Weinversteigerung⁵²⁰). Lässt der Anfechtungsberechtigte schuldhaft Zeit verstreichen, bevor er sich von seinem Handeln distanziert, bleibt er an das objektive Bild der Willenserklärung gebunden. Diese Rechtsscheinhaftung ändert aber nichts daran, dass die rechtliche Bindung zwischen Personen grundsätzlich der Privatautonomie, d. h. ihrer Willensfreiheit, unterliegt. Das Prinzip der Rechtsscheinhaftung könnte als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im Völkerrecht den Grundsatz der souveränen Autonomie der Staaten beeinflussen.

⁵¹⁷ Vgl. *Zimmer*, *Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation*, 1971, S. 1-82, insb. S. 46 ff..

⁵¹⁸ *Zimmer*, ebd., S. 82.

⁵¹⁹ *Zimmer*, ebd., S. 26-29.

⁵²⁰ *Isay*, *Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, 1899, S. 25.

Darüber hinaus sieht *Zimmer* bei einer Unterstellung des Willens zur Aufgabe eines Teils des Staatsgebietes (Stichwort: qualifiziertes Schweigen, „acquiescence“ in der Bedeutung vermuteter Zustimmung) den Grundsatz der Freiheit der Staaten verletzt. Auch sei die tatsächliche Grundlage für eine derartige Vermutung nicht gegeben: Wie *Zimmer* in der Folge *Dahms* bemerkt⁵²¹, liegt aber die Vermutung, dass ein Staat sich freiwillig und ohne dies kund zu tun, sich eines Teils des für ihn essentiell wichtigen Staatsgebietes begeben wolle, nicht gerade nahe. Dieser berechtigte Einwand *Zimmers lässt sich* ebenfalls durch das Prinzip der Rechtsscheinhaftung ausräumen. Er spricht damit das fundamentale Problem bei der Anerkennung der Ersitzung im Völkerrecht an.⁵²²

Der Theorie der Bildung von speziellem Völkergewohnheitsrecht in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem widerrechtlich besitzenden Staat und dem Titelstaat hält *Zimmer* entgegen, dass sich angesichts eines bestehenden Titels gerade keine Überzeugung des Rechtmäßigkeit des Handelns bilden könne, was aber subjektive Voraussetzung von Gewohnheitsrecht sei.⁵²³ Hinzu komme folgende Gefahr:

„Die objektiven Theorien berücksichtigen zwar die unter dem Einfluss längeren Zeitablaufs gewachsenen faktischen Territorialverhältnisse, indem sie aber den Erwerb des Gebietstitels von der effektiven Ausübung der Gebietshoheit und damit von den tatsächlichen Machtverhältnissen abhängig zu machen, bringen sie zwangsläufig das Recht in Gefahr zur Funktion der Macht, zum ‘Recht des Stärkeren’ zu werden.“⁵²⁴

Zimmer selbst vertritt die Auffassung, dass das längerfristige Auseinanderfallen von Gebietstitel und einer stabilisierten tatsächlichen Hoheitsausübung (stabilisiert etwa durch wirtschaftliche Eingliederung, bevölkerungsmäßige Veränderungen, Interessen der Völkergemeinschaft) dazu führt, dass nach dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz *quieta non movere* zwar der Titel nicht übertragen wird, der belastete Staat aber gehindert ist, die Wiederherstellung des

⁵²¹ *Zimmer*, ebd., S. 33, zitiert *Dahm*, Völkerrecht, 1961, Bd. 3, S. 169.

⁵²² Siehe Kapitel G. IV zur Thematik des Rechtsscheins.

⁵²³ Vgl. *Zimmer*, ebd., S. 24-26; diesen Einwand entkräften *MacGibbon* und *Blum* dadurch, dass sie die Rechtsüberzeugung zunächst nur für den beeinträchtigten Staat fordern, während auf Seiten des handelnden Staates bereits das objektive Stillschweigen der betroffenen Parteien für die Bildung von Gewohnheitsrecht ausreicht; s. o. Andernfalls wäre eine Neubildung von Gewohnheitsrecht nur dann möglich, wenn und soweit sich die handelnden Staaten im Rechtsirrtum befinden.

⁵²⁴ *Zimmer*, ebd., S. 82.

status quo ante zu verlangen. Stattdessen habe er aber einen Ausgleichsanspruch.⁵²⁵

„Stellt man Staatenpraxis und Rechtsprechung einander gegenüber, so wird sichtbar, daß für die Folgen langdauernder widerrechtlicher Hoheitsausübung auf fremdem Gebiet zwei Probleme zu unterscheiden sind: 1. die Frage nach dem Schicksal des *Gebietstitels* der territorialen Souveränität, 2. die Frage nach den Folgen langdauernder tatsächlicher Gebietszugehörigkeit für den Anspruch des betroffenen Staates auf Wiederherstellung der ursprünglichen Besitzverhältnisse.

Ihre entscheidende Bedeutung gewinnt diese Differenzierung durch die Tatsache, daß das Völkergewohnheitsrecht den Erwerb und Verlust des Gebietstitels von anderen Voraussetzungen abhängig macht, als die Entscheidung über das Schicksal des *Restitutionsanspruchs*: Ist im ersteren Fall ausschließlich der *Wille* des betroffenen Staates maßgebend, so bestimmen sich im zweiten die Rechtsfolgen nach dem Grundsatz *quieta non movere* und damit schließlich nach objektiven Gesichtspunkten.“⁵²⁶

Gegen diese Lösung des Konfliktes zwischen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und dem nach materieller Gerechtigkeit spricht, dass sie dem Sicherheitsbedürfnis nicht ausreichend Rechnung trägt. Denn die territoriale Souveränität als Ausfluss staatlicher Souveränität soll dazu dienen, den Umfang von Herrschaft einzelner Staaten im Gefüge der Völkerrechtsgemeinschaft abzustecken. Die Ersitzung selbst spannt diese Funktion des Titels auf das Äußerste; sie ruft eine Situation der Irritation hervor, die sich durch eine Rechtsfolge in eine klare, rechtmäßige Situation überführen lassen muss: Wäre die Titelübertragung nun nicht diese Rechtsfolge, sondern nur eine dauerhafte Einwendung des ursprünglichen Titularstaates, den Titel auch geltend zu machen, hätten Grenzziehungen und auch die Darstellung auf Landkarten keine Orientierungs- und Ordnungsfunktion mehr, da die Korrelation von territorialer Souveränität und ihrem Inhalt, der ausschließlichen Herrschafts- und Hoheitsgewalt eines Staates auf dem Gebiet, aufgehoben würde. Immer müsste

⁵²⁵ Vgl. Zimmer, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 199-216.

⁵²⁶ Zimmer, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 199, 200.

gefragt und möglicherweise in umfangreichen Prozessen eruiert werden, über welche Teile seines Gebiets ein Staat die ausschließliche Verfügungsgewalt (noch) hat.

Zimmers Ausführungen machen insgesamt deutlich, dass weder rein objektive noch rein willensbasierte Theorien in der Lage sind, das Phänomen der Ersitzung zu erfassen und befriedigend zu beschreiben. Daraus folgt aber m. E. nicht, dass es die Ersitzung als Rechtskonzept (oder jedenfalls die Erzeugung der Rechtsfolge eines Titelübergangs durch ein Zusammenspiel mehrerer Prinzipien) nicht gibt. Nahezu alle Theorien teilen ebenso wie die Rechtsprechung die Überzeugung, dass tatsächliches Hoheitshandeln auf fremdem Gebiet als Rechtsfolge den Titelübergang nach sich zieht.

b) *Kohen* (1997)⁵²⁷

Kohen's Ansatz fußt auf dem Ausgangspunkt, dass in erster Linie der Wille der Staaten diesen Verpflichtungen und Rechtsänderungen zu ihren Lasten auferlegt. Die Ersitzung als Konzept des Völkerrechts lehnt er ab:⁵²⁸

„ni la pratique internationale ni la méthode juridictionnelle de règlement des différends territoriaux n'ont consacré des institutions telles que la prescription acquisitive et la consolidation par titre historiques ou autres proposées par la doctrine. Il n'existe pas, pour reprendre la terminologie classique en la matière, un „mode d'acquisition" (c'est-à-dire une source de la souveraineté territoriale) propre à cette circonstance. Les théories, en particulier les dernières constructions doctrinales comme la consolidation historique, visaient en general à effacer la distinction existant entre la possession d'une *terra nullius* et celle d'un territoire ayant déjà un maître.“⁵²⁹

Kohen versucht zunächst nachzuweisen, dass eine Einordnung der Ersitzung in den Rechtsquellenkatalog des Art. 38 I IGH-Statut nicht gelingen kann.

⁵²⁷ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997.

⁵²⁸ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 30, 31.

⁵²⁹ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 491.

Bezüglich der Einordnung der Ersitzung als gewohnheitsrechtliche Regel stellt *Kohen* diejenigen Ansichten vor, die Gemeinsamkeiten der Elemente der Ersitzung und des Gewohnheitsrechts erkennen und daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass die Ersitzung entweder ein Modus des Gewohnheitsrechts zur Rechtserzeugung in Gebietszuordnungsfragen sei, oder aber, dass der Ersitzung neben dem Gewohnheitsrecht keine Bedeutung zukomme. *Kohen* kritisiert an diesen Ansätzen, dass sie den Mechanismus zur Rechtserzeugung des Gewohnheitsrechts (Gewohnheit und *opinio iuris*) mit dem materiellen Recht (Gebietsübergang als Rechtsfolge des Tatbestands der Ersitzung) verwechseln. *Kohen* zufolge lässt sich bislang keine gewohnheitsrechtliche Akzeptanz der Ersitzung nachweisen. Hinsichtlich der Rechtsprechung stellt *Kohen* fest, dass die Entscheidungen im Wesentlichen eine theoretische Bearbeitung der Frage vermissen lassen. Die seltenen Urteile ließen es nicht zu, auf eine aus der Jurisprudenz selbst entwickelte gewohnheitsrechtliche oder generelle Regel zu schließen, ebensowenig habe sie sich einer der Literaturmeinungen angeschlossen oder die Ersitzung als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt.⁵³⁰ Dagegen habe sie die extinktive Präskription als gewohnheitsrechtliche, prozessuale Regel im Fall *Certaines terres à phosphates à Nauru*⁵³¹ angewandt. Auch die Staatenpraxis bestätige die Existenz der Ersitzung nicht als Modus der Akquisition von Titeln.⁵³²

Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz stelle sie nicht dar. Dafür müsste es sich nach *Kohen* um einen Grundsatz handeln, der jedem Rechtssystem inhärent ist; hauptsächlich handele es sich dabei um technische Regeln, die das Verfahren betreffen. Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch seien aber Beispiele dafür, dass auch materielle Regeln allgemein gültig seien. Das Element der Generalität bedeute, dass die Grundsätze in jeder Art von rechtlichen Beziehungen anwendbar seien. Die Ersitzung sei aber eine spezielle Regelung in Bezug auf den Gebietserwerb. Auch wenn sie in anderen Zusammenhängen auftauche (Befreiung von einer Verbindlichkeit), sei sie doch (im Privatrecht) an strikte

⁵³⁰ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 68. Zur Frage der Rechtsquelle der Ersitzung siehe Kapitel F. IV.

⁵³¹ Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, ICJ Reports 1992, S. 240 (253, Rz. 32), in dem der Gerichtshof u. a. die Frage zu entscheiden hatte, ob der Antrag Naurus wegen Zeitablaufs unzulässig sei, was er grundsätzlich für möglich erachtete, „le retard d'un Etat demandeur peut rendre une requête irrecevable.“

⁵³² *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 67, 68.

Voraussetzungen ihrer Anwendung gebunden und daher nicht allgemein. Dies müsse auch für das Völkerrecht gelten. Die Überlegung, die Ersitzung beruhe auf dem allgemeinen Bedürfnis jedes Rechtssystems nach Rechtssicherheit, trage nicht: Da keine Frist bis zum Eintritt der Rechtsfolge oder ein Mittel zur Unterbrechung des Fristablaufs fixiert seien, und auch keine Organe auf internationaler Ebene dafür zuständig seien, Ersitzung festzustellen, schaffe die Ersitzung Faktoren der Unsicherheit. Dazu komme, dass die unscharfen Konturen der völkerrechtlichen Ersitzung Staaten zur Aneignung fremden Gebiets verleiten könnte, was ebenfalls der Rechtssicherheit abträglich wäre.⁵³³ Tatsächlich sind aber in den meisten Rechtsordnungen Regelungen enthalten, die als Rechtsfolge einen Titelübergang auslösen, sodass eine Einordnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz möglich erscheint.⁵³⁴

Kohen hält den Theorien, die die Ersitzung befürworten, weitere Bedenken entgegen:

Die Theorien, die den Titelübergang allein an den objektiven Faktor der effektiven Machtausübung knüpfen, lehnt *Kohen* ab. Sie verkennten, dass eine Unterordnung des Rechts gegenüber den Fakten nicht der Natur des Völkerrechts als *Rechtssystem* entspreche; auch Kriterien der Rechtssicherheit vermöchten eine rein objektive Begründung eines Titels nicht zu rechtfertigen. Dieser Gedanke spreche gerade für das Gegenteil, da die Sicherheit des Rechts durch die Übermacht des Faktischen gerade nicht gewährleistet werde. Das Argument, dass die Ersitzung Unsicherheit über den wahren Eigentümer durch Ersitzung beseitigt, habe im Völkerrecht keine Kraft: die begrenzte Anzahl völkerrechtlicher Subjekte führe im Regelfall nicht zu einer großen Unsicherheit. Erkenne man die Ersitzung im Völkerrecht an, könnten die Staaten sich dazu verleiten lassen, rechtswidrige Handlungen aus expansionistischen Motiven auf fremdem Gebiet vorzunehmen. Auch der Umstand, dass das Völkerrecht über keinen höchsten Gesetzgeber und judikative Instanzen verfüge, lasse nicht den Schluss auf die Wesentlichkeit der Fakten zu, sondern hebe die Bedeutung des Willens der souveränen Staaten gerade hervor.⁵³⁵

⁵³³ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 18-21.

⁵³⁴ Siehe dazu Kapitel G. III.

⁵³⁵ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 30, 31, 491, 492.

Jedoch habe effektiver, friedlicher Besitz im Zusammenspiel mit dem subjektiv motivierten Verhalten der Parteien die Wirkung des Titelübergangs. Im Falle bestehender, gültiger Grenzen zwischen den Parteien könne der Besitz wegen des Grundsatzes der Stabilität und Definitivität der Grenzen deren Verlauf aber nicht ändern:

„Si la question concerne une possession contraire à une frontière valablement établie par les Parties, le principe des frontières stables et définitives exclut toute possession allant au-delà de cette frontière en tant que moyen de changer le cours de celle-ci.“⁵³⁶

Das Verhalten der Parteien sei je nach der Art des Titels unterschiedlich zu bewerten: Bei Bestehen eines Vertrags sei das Verhalten für die Auslegung zu berücksichtigen. Es könne die Gültigkeit des Vertrags bestätigen, ihn aber nicht modifizieren. Die Rechtsprechung des IGH zeigt (z. T. nach 1997) in den Fällen *Temple, Sovereignty over Certain Frontier Land* und *Kaskili/Sedudu* und des Schiedsgerichts in *Eritrea/Ethiopia* auf, dass es auf die erkennbare Intention des besitzenden Staates ankommt, sich im vertraglichen oder außervertraglichen Bereich zu bewegen, und dass der Besitz in Verbindung mit *acquiescence* vertraglich fixierte Grenzverläufe entgegen *Kohens* Ansicht modifizieren kann.⁵³⁷

Im Übrigen sei auf das Verhalten des Titularstaates und des tatsächlich besitzenden Staates ausschlaggebend abzustellen. Wenn zweiterer den Titel des ersteren ausdrücklich oder konkludent anerkenne, könne er sich nicht auf eine Ersetzung dessen Titel durch den eigenen Besitz berufen. Umgekehrt müsse der Titularstaat eine kohärente Einstellung hinsichtlich seines Titels zeigen und die mit der territorialen Souveränität verbundenen Kompetenzen ausüben. Ebenso müsse er jedesmal, wenn die Umstände dies erforderten, zeigen, dass er mit dem Besitz des anderen Staates nicht einverstanden sei. Anderenfalls erodiere der Titel wegen der impliziten Akzeptanz des Übergangs der Souveränität – „acquiescement“.⁵³⁸

⁵³⁶ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 494.

⁵³⁷ Siehe dazu Kapitel E. I. 12., 14., 19.

⁵³⁸ *Kohen*, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 495.

Der zunächst umstrittene Besitz, „*possession contestée*“, könne von seinem Makel befreit werden. Der häufigste Fall sei der, dass die Zustimmung, „*consentement*“, des Titularstaates dafür Sorge, dass der Besitz nicht mehr angefochten sei. Formen dieser Zustimmung seien die Rechtstitel der territorialen Souveränität aus Friedens-, Zessions-, Grenz- und sonstigen Verträgen. Das „*acquiescement*“, eine implizite Form der Zustimmung, werde ebenso zu einem rechtlichen Titel der territorialen Souveränität. Voraussetzungen des „*acquiescement*“ seien die vorherige Kenntnis von den Handlungen des anderen Staates, die Last, angesichts dieser zu reagieren; die tatsächliche und rechtlich Möglichkeit einer Reaktion und schließlich eine klare und konstante Akzeptanz des Verhaltens des anderen Staates. Angesichts der Bedeutung des Verhaltens der Parteien und insbesondere der Zustimmung des Titularstaates spiele die zeitliche Dimension für den Titelübergang keine Rolle, sie sei ein neutraler Faktor, der allein der praktischen Gegebenheit geschuldet sei, dass jede menschliche Handlung eine gewisse Zeit benötige. Auch Rechtsprechung und Staaten hätten einen Titel durch Zeitablauf nicht bestätigt, lediglich in seltenen Fällen hätten Parteien den Zeitablauf hilfsweise zur Begründung territorialer Souveränität herangezogen.

Wie gezeigt, habe der Besitz selbst zur Titelbegründung nur in eingeschränktem Maße eine Funktion. Vielmehr erlaube er, vor allem die passive Zustimmung des beeinträchtigten Staates äußerlich sichtbar zu machen:

„La possession joue ainsi comme un élément qui permet au consentement, notamment dans la manifestation passive (l’acquiescement) de s’extérioriser.“⁵³⁹

Über den Titel der Okkupation von *terra nullius* hinaus könne der Besitz eine Art „residualen“ Titel in den Fällen bewirken, in denen ein Titel an einem Gebiet nicht bewiesen werden kann, aber bekannt ist, dass es nicht „*sans maître*“ ist, wie die Urteile *Minquiers et Ecréhous* und *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* gezeigt hätten.⁵⁴⁰ Ebenso erschaffe der Besitz einen residualen Titel, wenn der ursprüngliche, „enteignete“ Titularstaat sich nicht mehr wie ein Titelinhaber geriere, ohne aber durch sein Verhalten die Handlungen des

⁵³⁹ *Kohen, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 496.*

⁵⁴⁰ Siehe dazu Kapitel E. I. 11., 17.

beeinträchtigenden Staates anzuerkennen; eine Situation, die der Dereliktion ähnele.

Kohen's Argumentation ist widersprüchlich: Denn wenn, wie er betont, die Souveränität der Staaten außerhalb des Bereichs von *ius cogens* dazu führt, dass Rechtsänderungen auf dem Willen der Staaten basieren, ist nicht erklärlich, warum durch Nichtausübung der territorialen Souveränität ein Titel „erodieren“ kann. Gerade im letzten von *Kohen* beschriebenen Fall des residualen Titels wird dieser Widerspruch ersichtlich: Ein Staat übt keine Staatsfunktionen mehr auf seinem Gebiet aus, auf das sich bereits ein anderer Staat „gesetzt“, d. h. es für sich in Anspruch genommen hat. Das Verhalten des beeinträchtigten Staates kann nicht als stillschweigende Zustimmung zum Verhalten des anderen Staates gewertet werden (s. o.). Die Situation ähnelt der Dereliktion; sie ist aber keine echte Dereliktion, da eine Willensäußerung des ursprünglichen Titularstaates zur Aufgabe seiner territorialen Souveränität fehlt. Der Besitz, so *Kohen*, schafft in dieser Situation einen Titel zugunsten des beeinträchtigenden Staates. Damit schaffen Fakten Recht. Die Rechtssicherheit des bestehenden Titels geht verloren – es geschieht durch *Kohen's* Theorie genau das, was er zuvor als mit der Natur des Völkerrechts als nicht vereinbar kritisiert hat.

Damit zusammenhängend bleibt bei starker Betonung des Staatswillens und der staatlichen Autonomie unbeantwortet, warum der Besitz, d. h. die tatsächliche Inanspruchnahme des Gebiets, eines fremden Staates den Titularstaat damit belastet, sich zur Wehr zu setzen, da sein Untätigbleiben andernfalls als stillschweigende Zustimmung gedeutet wird. Auch dieser (wahrscheinlich in der Realität häufig unzutreffende) Schluss von Untätigkeit auf Zustimmung widerspricht der von *Kohen* postulierten Willensabhängigkeit des Völkerrechts und des Primats des Willens über die Fakten.

Schließlich nennt *Kohen* kein Argument, warum das spätere Verhalten der Parteien zwar im Zusammenspiel von Besitz und *acquiescement* einen sonstigen Titel modifizieren, ja sogar übertragen kann, dies aber bei einem vertraglichen Titel nicht möglich sein soll. Es kommen verschiedene Bewertungen des anschließenden Verhaltens der Parteien eines Vertrags in Betracht. Zunächst (und vom IGH vorrangig geprüft) ist es möglich, das Verhalten als Ausdruck der Übereinstimmung der Vertragsparteien über die Auslegung anzusehen, i. S. d. Art. 31 III b WVK. Zum anderen ist, praktisch schwierig von der ersten Variante

abgrenzbar, eine stillschweigende, konsensuale Abänderung des Vertrags denkbar, sofern nicht die Schriftform zur Vertragsänderung vereinbart wurde. Zum anderen ist es auf demselben Weg wie bei den übrigen Titeln (Okkupation und Eroberung) möglich, eine Rechtsänderung außerhalb des vertraglichen Rahmens herbeizuführen; dann nämlich, wenn der beeinträchtigende Staat erkennbar zum Ausdruck bringt, nicht in Beziehung auf den Vertrag zu handeln und der andere Staat sich dem stillschweigend fügt (so auch der IGH in den Fällen *Kaskili/Sedudu*, *Sovereignty over Certain Frontier Land*, Schiedsgericht in *Eritrea/Ethiopia*⁵⁴¹ siehe dazu ausführlich Kapitel E. I. 12., 18., 19., II.).

c) Stellungnahme

Auch die Ansätze, die für eine Rechtsänderung entscheidend auf den Staatswillen abstellen, kommen nicht umhin, dem fremden Besitz eines Gebietes eine gewisse Funktion zuzuschreiben. Warum und auf welche Weise allerdings der tatsächliche Besitz Rechtsfolgen auslöst, erklären sie nicht überzeugend. Ebensowenig gelingt die Einbindung des zeitlichen Elements in ihre Konzeptionen, da sie sich gezwungen sehen, es wegen des Abstellens auf den Staatswillen als neutralen Faktor zu bewerten. Zeit hat noch weniger als der tatsächliche Besitz etwas mit dem Staatswillen zu tun. Die Verbindung aus beidem erzeugt aber wegen des Grundsatzes der Effektivität im Völkerrecht einen Rechtsschein der Zustimmung. Dies gilt, auch wenn man letztendlich die Rechtsänderung auf den Staatswillen rückführen möchte (dazu Kapitel G. IV.).

IV. Ergebnisse

Eine chronologische Entwicklungslinie (etwa hin zu einer bestimmten, überwiegenden Ansicht) ist nicht zu beobachten. Auffällig ist jedoch, dass sich die Rechtswissenschaft in gewissen Phasen intensiv mit der Ersitzung befasst, während sie in den Zwischenperioden nicht von besonderem wissenschaftlichem Interesse gewesen zu sein scheint. In den Jahren 1925 bis 1935 und zwischen 1955 und 1968 findet sich eine Vielzahl von Beiträgen zu Fragen der Ersitzung. Die Urteile internationaler (Schieds-)gerichte dieser Zeit, vor allem *Island of*

⁵⁴¹ Siehe *Kohen*, in: ders. (Hrsg.), 2007, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, S. 767, 772, zur Kritik an der Entscheidung des Schiedsgerichts, insofern, als dessen postulierter Vorrang tatsächlichen Handelns gegenüber dem Vertrag der Vision des IGH von Grenzsicherheit widerspreche und auf eine Verpflichtung hinauslaufe, Verträge durch nachfolgendes Verhalten zu bestätigen.

Palmas (1928), *Eastern Greenland* (1933), *Fisheries* (1951) und *Minquiers and Ecrehos* (1953) gaben neue Impulse für die Wissenschaft. Eine gewisse Tendenz der Rechtswissenschaft ist insofern zu beobachten, als seit etwa der Mitte des 20. Jahrhunderts das Bedürfnis gewachsen ist, sich nicht nur für oder gegen die Ersitzung zu entscheiden, sondern sie im Detail dogmatisch herzuleiten. Die allgemeine völkerrechtliche Literatur behandelt die Ersitzung dagegen meist nur als Randnotiz, wobei allenfalls auf die Bedeutung des Stillschweigens (*acquiescence*) hingewiesen wird und die Ersitzung überwiegend als Gebietserwerbstitel akzeptiert ist.⁵⁴²

Die Ansätze, die sich intensiv mit der Ersitzung befassen, unterscheiden sich in vielerlei Aspekten:

Objekt einer Ersitzung bzw. eines Titelübergangs aufgrund tatsächlicher Herrschaft ist entweder ein Gebiet, dessen Zuordnung unklar oder umstritten ist (*Jennings*); eines, das bislang feststellbar unter der Souveränität eines bestimmten Staates stand (*Beckett; MacGibbon; Blum; Verdross/Simma; Johnson; Shaw; Kohen; Kelsen; Brownlie*), demnach entsteht ein adverses Recht in einem bilateralen Verhältnis; oder aber jedes Gebiet, unabhängig von seiner bisherigen Zuordnung (*Schwarzenberger; Touscoz; Pinto; de Visscher*). Einige Autoren sehen die Besonderheit der Ersitzung darin, dass sie im Unterschied zur Okkupation nicht nur den Erwerb von Landgebiet, sondern auch von Rechten an völkerrechtlichen Gemeinschaftsgütern (z. B. an der Hohen See, so genannte *historic waters, historic bays*) ermöglicht (*MacGibbon; Johnson*), bzw. auch an sonstigen Rechten (*Beckett*).

Einige Erklärungsmodelle stellen überwiegend auf objektive Faktoren ab, insbesondere den effektiven Besitz (*Beckett; MacGibbon; Schwarzenberger; Touscoz, Verdross/Simma*). Die Effektivität der Hoheitsausübung wurde spätestens seit dem späten 19. Jahrhundert eine Voraussetzung zur Begründung eines Gebietstitels.⁵⁴³ Sie findet an verschiedenen Ansatzpunkten Eingang in die Theorien zur Erklärung der Ersitzung:

⁵⁴² *Kau* in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 182; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 86, 87; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 13. Aufl. 2014, § 24, Rz. 7; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 757, § 1162; *Wengler*, *Völkerrecht*, Bd. 2, 1964, S. 981; *Verdross*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 1964, S. 287 ff.

⁵⁴³ Zur Berliner Kongo-Konferenz siehe u. a. *Louis*, *The Berlin Congo Conference*, in: Gifford/Louis (Hrsg.), *France and Britain in Africa, Imperial Rivalry and Colonial Rule*, 1971, S. 167 ff.

Die Effektivität wird im Hinblick auf die Beherrschung fremden Gebiets entweder als übergeordnetes Strukturprinzip des Völkerrechts verstanden, das es dem staatlichen Willen erst ermöglicht, in Erscheinung zu treten (*Touscoz*); als selbst rechtserzeugendes Element (*Beckett, Schwarzenberger, Jennings, de Visscher, Shaw*); als völkergewohnheitsrechtliches Prinzip, wonach der staatliche Wille stets von Handlungen begleitet werden muss (*Kelsen*⁵⁴⁴); als nicht näher dogmatisch begründetes Prinzip, das als Schranke völkerrechtlichen Handelns und Wollens dient, selbst aber auch nur im Rahmen des Völkerrechts wirkt (*Verdross/Simma*); als notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge, im Sinne eines „fait juridique“ (*Kohen*⁵⁴⁵, *Pinto*). Weiterhin ist Effektivität Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Protests (*Schwarzenberger; Touscoz; Verdross/Simma; Johnson; Shaw*).

Die Tatsache der lang andauernden friedlichen Hoheitsausübung auf dem fremden Gebiet allein kann anderen Ansichten zufolge einen bestehenden Titel nicht beseitigen. Die Übertragung von Gebietshoheit kann danach nur auf einem im weiten Sinne konsensuellem Weg erfolgen. Die dementsprechenden Theorien gliedern sich auf in solche, die eine Gebietsübertragung auf Grundlage der Herausbildung eines speziellen (*Blum*) oder allgemeinen Völkergewohnheitsrechts (*Pinto*) durch passive Duldung des neuen Zustandes annehmen⁵⁴⁶ und in solche, die aus dem Stillschweigen eines Staates angesichts einer herausfordernden Situation eine Zustimmung zur Gebietsübertragung bzw. eine Genehmigung der Besitzergreifung ableiten (*Johnson; Jennings; Shaw, Kohen*).

Der Ablauf von Zeit wird entweder als neutraler Faktor (*Heffter; Zimmer*) bzw. als tatsächliche Voraussetzung jeder menschlichen Handlung gesehen (*Kohen; MacGibbon; Schwarzenberger*); als Beweistatsache für die Effektivität des Besitzes (*Pinto*) bzw. für die Zustimmung des beeinträchtigten Staates (*Johnson*;

⁵⁴⁴ *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl. 1966, revised and ed. by Tucker, S. 424: „According to the principles of effectiveness acts are law-creating, even though violative of rules of general international law, once they are no longer effectively contested by the interested states“.

⁵⁴⁵ Zu dieser Ansicht verweist *Kohen*, Possession contestée et souveraineté territoriale, 1997, S. 158, auf *Münch*, La force normative des faits, in: Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Mijaja de la Muela, 1979, Vol. 1, S. 261-265.

⁵⁴⁶ Vgl. *Pinto*, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 387 (389 ff.); *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965; *MacGibbon*, BYBIL 31 (1954), S. 143-186, abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 347-390; *MacGibbon*, 33 BYBIL (1957), S. 115-145.

Brownlie); als konsolidierender bzw. rechtsschaffender Faktor im Zusammenhang mit dem effektiven Besitz (*Oppenheim; Beckett; Blum; de Visscher; Schwarzenberger; Johnson; Jennings; Shaw*, wohl auch *Touscoz*).

Überwiegend messen die Autoren dem Stillschweigen des beeinträchtigten Staates (zum Teil auch dem aller Drittstaaten) eine Rechtswirkung bei und bewerten es als Ausdruck der Zustimmung zum Handeln des anderen Staates. Da der schweigende Staat, der in Kenntnis von den Vorgängen ist, reagieren könnte und ihn (u. U.) eine Last zu reagieren treffe, deuten die Autoren sein Stillschweigen als freiwillige Entscheidung. Entweder lässt das Stillschweigen einen Schluss auf bzw. die Vermutung der Zustimmung zu, *acquiescence* (einseitige Zustimmung) (so *MacGibbon, Schwarzenberger, Verdross/Simma, Johnson, Jennings, Shaw, Kohen, Brownlie*) oder aber es ist Ausdruck der Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) (*Blum*). Für objektiv orientierte Theorien verstärkt das Stillschweigen des beeinträchtigten die Effektivität des Besitzes des anderen Staates bzw. den konsolidierenden Effekt des Besitzes (*Beckett, de Visscher*). Für *Schwarzenberger* ist die Reaktion der Drittstaaten unabdingbare Voraussetzung für die Ersitzung; die übrigen Autoren sehen sie als verstärkendes Moment (Effektivität), als Ausdruck der Publizität des widerrechtlichen Besitzes oder halten sie für rechtlich bedeutungslos.

Die durch das (länger andauernde) Stillschweigen erzeugte Bindungswirkung ist nach einigen Konzeptionen unwiderruflich (*MacGibbon*⁵⁴⁷; *Schwarzenberger*⁵⁴⁸; *Touscoz*⁵⁴⁹; *Verdross/Simma*⁵⁵⁰; *Johnson*⁵⁵¹), nach anderen erst dann, wenn weitere Umstände hinzukommen, die einen schützenswerten Vertrauenstatbestand des aktuell herrschenden Staates geschaffen haben (*Jennings*⁵⁵²; *Shaw*⁵⁵³).

Die Anforderungen an den Protest des beeinträchtigten Staates, um einen Gebietstitelübergang zu unterbinden, fallen je nach Ansatz unterschiedlich aus.

⁵⁴⁷ *MacGibbon*, BYBIL 31(1954), S.143 (147-150), in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 347 (351-354), da *acquiescence* automatisch *estoppel* zur Konsequenz habe.

⁵⁴⁸ *Schwarzenberger*, The Fundamental Principles of International Law, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195 (256), ebenso wie *MacGibbon*: aus *acquiescence* folgt unmittelbar *estoppel*.

⁵⁴⁹ *Touscoz*, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, 1964, S. 226, fehlende Proteste verstärken die Effektivität des Besitzes.

⁵⁵⁰ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 758, § 1162, ebenso wie *Touscoz*.

⁵⁵¹ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (347, 348), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (288, 289), eine gewisse erforderliche Zeitspanne legitimiere den Besitz.

⁵⁵² *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 42.

⁵⁵³ *Shaw*, International Law, 2008, S. 516, 517.

Während *Zimmer*, *Brownlie* und *Shaw* den formalen diplomatischen Protest ausreichen lassen, da bereits dadurch die Vermutung der Zustimmung widerlegt sei, fordern u. a. *Touscoz*, *Verdross/Simma* über rein „papierne Proteste“ hinaus effektives, deutliches Widerspruchsverhalten. Zum Teil wird die Anrufung des IGH für notwendig erachtet (*Johnson*), laut *Schwarzenberger* haben sich die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen dazu verpflichtet, alle Arten der Streitbeilegung gemäß Art. 33 UN-Charta auszunutzen, was auch für den Protest gelte.⁵⁵⁴

Die Rechtsfolge der Ersitzung ist nicht nach allen Konzeptionen ein Gebietserwerb. Einige Autoren erachten eine Übertragung des Titels ohne Zustimmung des Ausgangsstaates nicht für möglich und lehnen die Vermutung der Zustimmung ab.⁵⁵⁵ Unter gewissen Umständen (bei wirtschaftlicher und sozialer Verflechtung der Bevölkerung des Ursprungs- und des aktuellen Staates) sei aber ein Verlust des Anspruches auf Wiederherstellung des Ausgangszustandes anzunehmen. Das Prinzip, das hinter dieser Folge stehe, sei das des „*quieta non movere*“, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts.⁵⁵⁶ *Zimmer* sieht als Rechtsfolge neben der Unbeweglichkeit des inzwischen eingetretenen Zustandes die Entstehung eines Entschädigungsanspruchs im Austausch mit der Abtretung des Titels.⁵⁵⁷

Wie aus der Kritik zu den einzelnen Ansichten zu entnehmen ist, kann bislang kein Ansatz eine vollkommen schlüssige Erklärung für das Phänomen der Ersitzung liefern. Einige der theoretischen Konstruktionen weisen, wie in der Kritik zu den einzelnen Ansichten gezeigt, in sich Widersprüche auf. Zum Teil lassen sie sich nicht mit der Rechtsprechungspraxis vereinbaren. Dazu zählen die Ansichten an den extremen Polen, d. h. diejenigen, die entweder ausschließlich auf objektive oder subjektive Elemente abstellen. Wie sich im folgenden Kapitel zeigt, sind diejenigen Theorien, die dem tatsächlichen Hoheitshandeln weit überwiegende Bedeutung beimessen, in der Entwicklung der Rechtsprechung des

⁵⁵⁴ *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (322), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (263, 264). Zur Form des benötigten Protests, *Dolzer*, Der völkerrechtliche Status der Falkland-Inseln (Malvinas) im Wandel der Zeit, 1986, S. 116, 117.

⁵⁵⁵ So *Zimmer*, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation 1971, aber auch schon *Heffter* (1861); *von Holtendorff* (1887); *Rivier* (1889), siehe Kapitel D. II. 2.

⁵⁵⁶ *Zimmer*, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation 1971, S. 203 ff.

⁵⁵⁷ *Zimmer*, ebd., S. 209, 210.

Internationalen Gerichtshofs und der Schiedsgerichte nicht bestätigt worden. Auf der anderen Seite hat auch die Erheblichkeit des Staatswillens gewisse Einschränkungen erfahren. Der Alternativvorschlag *Zimmers* hinsichtlich der Rechtsfolge der Ersitzung, nämlich der Verlust des Wiederherstellungsanspruchs statt eines Titelübergangs, wird in der Rechtsprechung nicht aufgenommen.

Es deutet sich an, dass die Richter versuchen, eine Balance zwischen objektiven und subjektiven Kriterien zu erreichen. Deshalb und während ihrer weitgehend überzeugenden Konstruktion bieten die Ansätze *Johnsons* und *Jennings* in Verbindung mit der Rechtsprechung m. E. die beste Leitlinie zur Entwicklung eines Konzepts der Ersitzung.⁵⁵⁸

⁵⁵⁸ Das eigene Konzept wird in Kapitel G. IV. vorgestellt.

E. IGH und Schiedsgerichte zur Ersitzung

Eine Befassung mit verschiedenen Literaturansichten ist nicht ausreichend, um eine Aussage über die Existenz der völkerrechtlichen Ersitzung treffen zu können. Die Lehrmeinungen sind gemäß Art. 38 I d IGH-Statut ebenso wie die richterlichen Entscheidungen subsidiäre Hilfsmittel zur Feststellung völkerrechtlicher Normen. Es ist dennoch wesentlich, dass sich die Ersitzung in der Entscheidungspraxis des IGH und der Schiedsgerichte als Spiegel der *opinio iuris* sowie der tatsächlichen Staatenpraxis wiederfindet.⁵⁵⁹ Der IGH wie auch die internationalen Schiedsgerichte leiten ihre Entscheidungskompetenz durch die staatliche Aufgabenzuweisung, im Falle des Internationalen Gerichtshofs aus dem Statut, her. Der IGH selbst sieht sich dazu berufen, geltendes Recht anzuwenden:

„As is implied by the opening phrase of Article 38, paragraph 1, of its Statute, the Court is not a legislative body. The Court is to apply the law as it finds it, not to make it.“⁵⁶⁰

Aus der Analyse der Rechtsprechung lassen sich einerseits Rückschlüsse auf die Praxis der Staaten ziehen, die sie als tatsächliche Anwendung des Völkerrechts akzeptieren (vgl. Art. 38 I b IGH-Statut). Andererseits entsteht durch die Rechtsprechungstätigkeit selbst, wie etwa *Fisch* darlegt, neue Staatenpraxis als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht, da die Schiedssprüche notwendigerweise die Bedingungen der Praxis berücksichtigen müssen, um zu einer von beiden Parteien akzeptierten und somit tragfähigen Grundlage der Konfliktlösung zu werden.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Zur essentiellen Bedeutung der Staatenpraxis im Völkerrecht für die Konstruktion von völkerrechtlichen Rechtssätzen siehe *Kunig*, Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip, 1981, S. 62-64, 72 ff.: Die Völkerrechtswissenschaft sei bei der Normermittlung wegen des im Völkerrecht vorherrschenden Positivismus an dasjenige gebunden, was sich als Konsens der Staatengemeinschaft herausstelle. Lückenfüllung durch Deduktion sei nur in begrenztem Umfang möglich und habe einen hohen Begründungsbedarf, m. N. zu anderen Ansichten.

⁵⁶⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment*, ICJ Reports 1966, S. 6 (48), ebenso S. 36, Rz. 57. Nur wenn die Parteien dem IGH gem. Art. 38 II IGH-Statut übertragen hätten, *ex aequo et bono* zu entscheiden, habe er eine erweiterte Entscheidungskompetenz, S. 48. Ebenso in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, S. 226 (237). *Pellet* sieht den Äußerungen des IGHs zum Trotz einen großen Einfluss desselben auf die Ausformung und Anpassung des Völkerrechts an wechselnde Bedingungen, *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2006, Article 38, S. 677 (790).

⁵⁶¹ *Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht, 1984, S. 381.

Die oben erwähnten tatsächlichen und rechtlichen Elemente, die unter das Konzept „Ersitzung“ subsumiert werden könnten, waren Gegenstand etlicher völkerrechtlicher Streitigkeiten, die vor ein Schiedsgericht oder den Internationalen Gerichtshof gebracht wurden.

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, schon im antiken Griechenland und im Spätmittelalter von besonderer Bedeutung, übte seit dem späten 18. Jahrhundert einen wichtigen Einfluss auf die moderne völkerrechtliche Entwicklung aus, indem sich die Schiedssprüche zu einem „repräsentative[n] und autoritative[n] Rechtscorpus“ formten, an dem sich die nachfolgenden Entscheidungen orientierten.⁵⁶² Während die Schiedsgerichtsbarkeit mit dem Aufkommen des Konzepts des uneingeschränkt souveränen Staates zunächst in den Hintergrund getreten war, gelangte sie angesichts der überseeischen kolonialen Betätigung der europäischen Staaten zu neuer Blüte. Im 19. Jahrhundert wurde sie eingesetzt, um insbesondere Konflikte der amerikanischen Staaten untereinander und mit europäischen Staaten zu bewältigen. Schiedsklauseln wurden in internationale Verträge aufgenommen und spiegelten die immer breiter werdende Akzeptanz der Schiedsgerichtsbarkeit als Instrument des Völkerrechts wider. Im 20. Jahrhundert institutionalisierte schließlich der Völkerbund zur Ergänzung der Schiedsgerichtsbarkeit den Ständigen Internationalen Gerichtshof (1922), den im Jahre 1946 der Internationale Gerichtshof (im Folgenden Gerichtshof oder IGH) mit Sitz in Den Haag ablöste.⁵⁶³

Die Untersuchung der Rechtsprechung weckt hohe Erwartungen bezüglich des Erkenntnisgewinns über die Ersitzung. Doch schon auf den ersten Blick fällt auf, dass bis heute der Internationale Gerichtshof den Begriff „prescription“ selten und schon gar nicht (ausdrücklich) als entscheidungserhebliches Rechtsprinzip verwendet. Dies ist vor dem Hintergrund zu betrachten, dass er die Elemente der Ersitzung sehr wohl in seinen Entscheidungen aufnimmt und die Parteien der Streitigkeiten unter anderem die Ersitzung zur Begründung ihrer Ansprüche

⁵⁶² *Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht, 1984, S. 382, 383. Fisch nennt als Sammlungen der moderneren Schiedssprüche für das 19. und 20. Jahrhundert die von *Lapradelle/Politis*, *Recueil des arbitrages internationaux*, 3 Bände (bis 1875), 1905-1954; *La Fontaine*, *Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, 1902; *Moore*, *History and digest of international arbitrations to which the United States has been a party*, 6 Bände 1898; umfassend *Stuyt*, *Survey of international arbitrations 1794-1970*, 1972; *Darby*, *International tribunals. A collection of the various schemes which have been propounded, and of instances in the nineteenth century* (bis 1903), 4. Aufl. 1904.

⁵⁶³ *Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht, 1984, S. 382-385.

gebrauchen.⁵⁶⁴ Dieser Umstand beschäftigte die Wissenschaft schon in den 1960er Jahren:

„It is felt therefore that the persistent silence observed by the tribunals on this point should not be considered as devoid of any legal meaning.“⁵⁶⁵

Daher soll untersucht werden, ob sich im Verlaufe der Rechtsprechungstätigkeit internationaler (Schieds-) Gerichte zeigt, dass sie trotz weniger ausdrücklicher Referenzen auf die „Ersitzung“ diese als Konzept des Völkerrechts verstehen oder ob sich ein alternatives Erklärungsmodell für einen Gebietsübergang aufgrund des Verhaltens von Staaten herauskristallisiert hat, abgeleitet etwa aus alternativen Rechtsprinzipien.

Im Folgenden werden sowohl die Fälle betrachtet, in denen allgemeinere Rechtsprinzipien (*acquiescence*, *estoppel*, *preclusion*) behandelt werden, als auch diejenigen, in denen durch territoriale Hoheitsausübung in Verbindung mit Stillschweigen der übrigen interessierten Parteien Gebiete erworben wurden. Neben der Frage, welcher Staat die territoriale Souveränität über ein bestimmtes Gebiet (z. B. eine Insel) innehat, haben die Fälle häufig den Verlauf von Grenzen zum Gegenstand. Wie der IGH in *Burkina Faso/Mali*⁵⁶⁶ ausgeführt hat, sind Grenz- und Gebietsstreitigkeiten insofern identisch, als jede Grenzziehung einen Gebietsteil, und sei er noch so klein, einem Staat zuordnet. Der Unterschied sei in der großen Mehrheit der Fälle nur ein gradueller, aber kein grundsätzlicher.

Dabei lassen sich zwei Fallgestaltungen unterscheiden: Zum einen der originäre Gebietserwerb durch einen von zwei interessierten Staaten, zum anderen der derivative Erwerb von „adversen Rechten“⁵⁶⁷, d. h. von Gebiet ohne ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des beeinträchtigten Staates entgegen einer

⁵⁶⁴ Z. B. Namibia im Fall *Kasikili/Sedudu*, siehe unten. Weiteres Parteivorbringen bei Kohen, GYIL 43 (2000), S. 253 (262). Selbst die Parteien, wie Kohen erläutert, wählen aber aus Unsicherheit über die Existenz der Ersitzung häufig andere Konstruktionen, wie *effectivités*, *acquiescence* oder die *historical consolidation*. „Paraphrasant Michel Virally à propos de l'*estoppel*, on pourrait dire que la prescription acquisitive en droit international ressemble elle aussi à l'Arlésienne d'*Alphonse Daudet* et *Georges Bizet*: tout le monde parle d'elle, mais elle n'apparaît jamais et nul ne la voit.“ (S. 263, Hervorhebungen im Original).

⁵⁶⁵ Blum, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 20.

⁵⁶⁶ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), ICJ Reports 1986, S. 554 (563, Rz. 17), im Folgenden *Burkina Faso/Mali*; siehe dazu Dörr, *Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung*, 2004, S. 514 ff., S. 536.

⁵⁶⁷ Blum, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 53.

bestehenden rechtlichen Zuordnung. Beide Ausgangssituationen kommen als solche einer völkerrechtlichen Ersitzung in Betracht, da deren Voraussetzungen je nach dogmatischer Einordnung nicht kongruent mit denen der innerstaatlichen Konzepte sein müssen.

Als Schlüsselentscheidungen für die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs in Bezug auf Erkenntnisse über Ersitzung erweisen sich *Chamizal* (6.), *Island of Palmas* (8.), *Eastern Greenland* (9.), *Lotus* (7.), *Temple of Preah Vihear* (14.), *Gulf of Maine* (15.) *Burkina Faso/Mali* (16.) und schließlich *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* (24.), während die übrigen Entscheidungen – gewissermaßen als Bindegewebe – die jeweiligen Aussagen in ein zusammenhängendes Gefüge von Rechtsprechung bzgl. Des außervertraglichen Gebietserwerbs einbetten. Jedoch besteht hinsichtlich der Auswertung der Rechtsprechung nach wie vor die Schwierigkeit, die *Johnson* plastisch mit den Worten beschrieb:

„One of the difficulties that arises from the natural reluctance of international tribunals, as indeed of all tribunals, to place their decisions into the neat classifications prepared for them by the text-writers is that of evaluating the precise legal effect of these decisions.”⁵⁶⁸

Aus dem Vortrag der Parteien in den Streitigkeiten vor dem IGH lässt sich nur begrenzt eine Schlussfolgerung darüber ziehen, ob die Ersitzung (möglicherweise als Gewohnheitsrecht) allgemein anerkannt ist. So ist auffällig, dass im Fall *Island of Palmas* die USA den Eintritt einer von den Niederlanden vorgebrachten Ersitzung ablehnen, während sie selbst im Rechtsstreit mit Mexiko (*Chamizal Arbitration*) ihren Anspruch mit Ersitzung begründeten. Wie *Blum* bemerkt, scheinen die Staaten nicht in erster Linie eine bestimmte dogmatische Richtung zu unterstützen, sondern sich jeweils das nutzbar zu machen, was ihren politischen Interessen entspricht:

⁵⁶⁸ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332 (342), abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 273 (289).

„The practice of the different States in this field is indeed not marked by an uncompromising consistency and is obviously dependent – as elsewhere – on the real or imaginary political interests of the States in question.“⁵⁶⁹

I. Entscheidungen

1. Boundary Dispute between British Guiana and Venezuela⁵⁷⁰ (1899)

Das Vereinigte Königreich beanspruchte in der Nachfolge der Niederlande ein ehemals spanisches Gebiet, als dessen Inhaber sich konkurrierend Venezuela als Rechtsnachfolger Spaniens sah. Die Streitigkeiten zogen sich über mehrere Jahrzehnte hin. Im Jahre 1897 schlossen die Parteien einen Schiedsvertrag zur Beilegung des Streits, in dessen Artikel IV S. 1 niedergelegt war: ‘**adverse holding** or **prescription** during a period of fifty years shall make a good title.’⁵⁷¹ In Satz 2 wurde für den Vertrag im Übrigen auf das geltende internationale Recht verwiesen.

Die Auslegung des Vertrags lässt keinen sicheren Rückschluss darauf zu, ob die Parteien die Ersitzung als Gebietswerbstitel entgegen einer zuvor bestehenden Rechtslage im Völkerrecht anerkannten. Artikel IV lässt sich in verschiedene Richtungen interpretieren: Während, isoliert betrachtet, Satz 1 die Existenz von Ersitzung als adwerses Recht zu bekräftigen scheint, liest er sich in Verbindung mit Satz 2 so, als habe man mit der Regelung der Ersitzung eine vom geltenden Völkerrecht abweichende Rechtsfolge vereinbaren wollen. Andererseits könnte die explizite Formulierung der Ersitzung auch bloß der Fixierung eines genauen Zeitraumes gedient und damit ein Konzept des aktuell gültigen Völkerrechts konkretisiert haben. Dagegen spricht wiederum die systematische Stellung in Satz 1, während bei einer Konkretisierung des geltenden Rechts die Aufnahme in Satz 2 näher gelegen hätte.⁵⁷² Venezuela war der Ansicht, zusätzlich zum im Vertrag genannten zeitlichen Element müssten die im Privatrecht für die Ersitzung bekannten Voraussetzungen erfüllt sein, da ein Konzept des Privatrechts

⁵⁶⁹ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 34, m. N.

⁵⁷⁰ Schiedsspruch vom 22.05.1899, im Folgenden *Boundary Dispute*, BFSP 89 (1896/1897), S. 57; *La Fontaine*, *Pacificrisie Internationale*, 1902, S. 554-555; zitiert nach *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 36 ff.

⁵⁷¹ Zitiert nach *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 36, BFSP 89 (1896/1897), S. 57 (60); Hervorhebung auch im Folgenden hinzugefügt.

⁵⁷² Argumentation bei *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 36.

ausdrücklich in den Vertrag inkorporiert worden sei: das Gebiet müsse *bona fide*, öffentlich, bekannt, advers, exklusiv, friedlich, kontinuierlich, unbestritten und als Rechtsanspruch gehalten worden sein.⁵⁷³ Aus der schließlich vom Schiedsgericht getroffenen Entscheidung lässt sich keine der Auslegungen bestätigen, da es keinen Rückgriff auf die Ersitzung nahm und insgesamt keine dogmatische Begründung für seine Kompromissentscheidung lieferte.⁵⁷⁴

2. Meerauge Arbitration⁵⁷⁵ (1902)

Streitig war der Grenzverlauf zwischen Österreich und Ungarn in der Nähe des Sees „Meerauge“ im Tatra-Gebirge. In der Entscheidung prüften die Schiedsrichter, nachdem sie festgestellt hatten, dass eine Grenze weder durch explizite oder konkludente Vereinbarung, noch durch eine andere bindende Entscheidung festgelegt worden war, die Anwendbarkeit des Konzeptes der unvordenklichen Verjährung:

„**Possession from time immemorial** is understood as the form of possession where no evidence can be adduced that the situation was ever different and no living person has ever heard of a different state of affairs. Such possession must also be unbroken and uncontested (Heffter-Geffcken, *Das europäische Völkerrecht*, 8th ed., 1888, pp. 39 and 155; Rivier, *Droit des gens*, 1896, vol. I, p. 182), and it is self-evident that possession so defined must have continued up to the present“⁵⁷⁶.

Diese Voraussetzungen sah das Schiedsgericht als nicht erfüllt an. Beide Regierungen hätten zwar Souveränitätsrechte in dem fraglichen Gebiet während eineinhalb Jahrhunderten ausgeübt; jedoch sei diese Herrschaft nie unangefochten gewesen, da häufig Feindseligkeiten ausgebrochen seien. Darüber hinaus sei auch das Argument Österreichs, Polen habe das Gebiet von 1624 bis 1769 ununterbrochen beherrscht und dadurch Österreich den Vorteil der „prescription“⁵⁷⁷ gebracht, nicht stichhaltig. Da die Herrschaft nicht bis zum Zeitpunkt des Schiedsspruchs andauere, sei sie irrelevant zur Beurteilung der

⁵⁷³ *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 229.

⁵⁷⁴ Vgl. *Baker*, *National Geographic Magazine* 11 (1900), S.129 (142 f.).

⁵⁷⁵ Entscheidung vom 13. September 1902, RIAA XXVIII, S. 378-396; RDILC (Deuxième série) 8 (1906), S. 196.

⁵⁷⁶ RIAA XXVIII, S. 378 (391), Hervorhebung hinzugefügt.

⁵⁷⁷ RIAA XXVIII, S. 378 (391).

aktuellen Inhaberschaft.⁵⁷⁸ Das Gericht entschied den Grenzstreit darauf anhand der Berücksichtigung der Ergebnisse einer Expertenkommission zum Verlauf der natürlichen Grenze zwischen den beiden Staaten. Im österreichischen Argument wird die Rechtsfolge *prescription* an die vom Gericht für eine unvordenkliche Verjährung verlangten Voraussetzungen angeknüpft. Eine Bestätigung dieser Gleichsetzung durch das Gericht findet sich aber nicht.

3. Behring Sea Arbitration Case⁵⁷⁹ (1893)/ Alaska Boundary Case⁵⁸⁰ (1903)

In der Beringsee-Streitigkeit zwischen den USA und Großbritannien ging es um die Rechte auf Seehundfang und Pelzerzeugung, unter anderem auf den Pribilof-Inseln in der Beringsee, die die USA im Zuge der Abtretung Alaskas von Russland erworben hatte. Das Schiedsgericht, eingesetzt durch einen Schiedsvertrag aus dem Jahr 1892, befand, dass die USA außerhalb ihres Hoheitsgewässers keine Jurisdiktion habe, da Russland, obwohl es in einem Edikt („Ukase“) von 1821 geäußert habe, Hoheitsrechte innerhalb eines Gebiets von 100 italienischen Meilen von der Küste innezuhaben, 1824/25 in Verträgen mit Großbritannien und den Vereinigten Staaten geäußert habe, keine weitergehenden als die üblichen Rechte zu besitzen, und auch keine solchen ausgeübt habe.⁵⁸¹ Großbritannien habe auch keine weitergehenden Rechte eingeräumt oder anerkannt. Im Schiedsspruch selbst wird außer der Zession kein weiterer Erwerbstitel angesprochen.

Lauterpacht ist der Ansicht, dass sich die USA zwar nicht ausdrücklich, aber doch inhaltlich zunächst vorrangig auf Ersitzung in Bezug auf die Seehundfangrechte auf den Pribilof-Inseln gestützt habe, jedoch diesen Anspruch deshalb fallengelassen hätten, weil es ihnen nicht gelungen sei, *acquiescence* durch Großbritannien nachzuweisen. Schiedsrichter *Senator Morgan* habe im Verlauf des Verfahrens angeregt, die Gelegenheit beim Schopfe zu ergreifen, die Doktrin der Ersitzung anzuerkennen. Dagegen habe Richter *Lord Hannen* in einer beiläufigen Bemerkung verneint, dass Ersitzung im Völkerrecht existiere, dass

⁵⁷⁸ RIAA XXVIII, S. 378 (391).

⁵⁷⁹ Auch: Fur Seal Arbitration, Entscheidung vom 15. August 1893, RIAA XXVIII S. 263-276.

⁵⁸⁰ The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States) vom 20.10.1903, RIAA XV, S. 481-540.

⁵⁸¹ Vgl. United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea (Hrsg.), Digest of International Cases on the Law of the Sea, 2007, S. 141 ff.

aber eine Entscheidung aufgrund von *estoppel* zu diskutieren sei.⁵⁸² Auch Richter *Lord Alverstone* habe sich in der späteren *Alaskan Boundary*-Streitigkeit⁵⁸³ der Ansicht *Hannens* angeschlossen:

„In the course of this stage of the argument, the President, Lord Alverstone, associated himself with the view expressed by Lord Hannen in the course of the Behring Sea Arbitration, that while prescription properly so called was not recognized in international law, estoppel and acquiescence might be of considerable importance.“⁵⁸⁴

Die Argumentation der Schiedsrichter um die Jahrhundertwende zum 20. Jahrhundert bleibt bis zum kürzlich entschiedenen Fall *Malaysia/Singapore, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*⁵⁸⁵ (2008) erstaunlich aktuell. Immer noch bedauern einige Richter, dass man nicht die Gelegenheit genutzt habe, die Ersitzung ausdrücklich anzuerkennen, während der Internationale Gerichtshof, auch nach 100 Jahren nicht vollends von der Notwendigkeit einer klaren Aussage überzeugt, insbesondere die Prinzipien der *acquiescence* und des *estoppel* für die Gebietsübertragung aufgrund Verhaltens anwendet.

4. *Grisbadarna Case*⁵⁸⁶ (1909)

Schweden und Norwegen stritten über die Zuordnung von Uferbänken mit reichem Hummervorkommen, die sich im Bereich des Gebiets Bohusland befanden. Die Parteien hatten ihre Grenze in einem Vertrag von 1661 festgelegt, der jedoch nur bis zu einem bestimmten Punkt eindeutig war. Das Schiedsgericht verwendete für die weitere Entscheidung der Grenzziehung die im 17. Jahrhundert geltende Methode, dem generellen Verlauf der Küstenlinie zu folgen (anstelle des Medians oder dem Thalweg).⁵⁸⁷ Hilfsweise entschied das Schiedsgericht die

⁵⁸² *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 223, 224, zitiert bei *Blum*, *Historic titles in international law*, 1965, S. 23. Dennoch, so *Blum*, habe *Fauchille* die Streitigkeit unter diejenigen gelistet, die die Ersitzung als Prinzip anerkennen, *Fauchille*, *Traité de droit international public*, Bd. 1, 8. Aufl. 1925, S. 756.

⁵⁸³ *Proceedings of the Alaskan Boundary Tribunal*, U.S. Sen. Doc., No 162, 58th Congress, 2nd Session, 7 Bände, 1904.

⁵⁸⁴ *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, S. 235, 236.

⁵⁸⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12.

⁵⁸⁶ *The Grisbadarna Case between Norway and Sweden*, Arbitral award in the question of the delimitation of a certain part of the maritime boundary between Norway and Sweden, October 23, 1909, AJIL 4 (1910), S. 226, im Folgenden *Grisbadarna*.

⁵⁸⁷ AJIL 4 (1910), S. 226 (231).

Inhaberschaft an den streitigen Uferbänken anhand zweier tatsächlicher Kriterien: Der effektiven Nutzung des Gebiets durch Private einerseits und der Ausübung von Hoheitsrechten durch den Staat andererseits.

Schwedische Fischer hätten die Ufer mit nahezu vollkommener Sicherheit früher und effektiver als Norwegen genutzt und damit ihre Rechte daran etabliert.⁵⁸⁸ Schweden habe gerade in der letzten Zeit in der Überzeugung, das Gebiet sei schwedisch, Leuchttürme errichtet, das Meer vermessen und ein Leuchtboot installiert. Dies habe erhebliche Ausgaben verursacht. Schweden habe nicht nur aus dem Grund gehandelt, dass dies sein Recht sei, sondern es habe sich verpflichtet gefühlt, sich um die Region zu kümmern. Norwegen dagegen habe weit weniger Engagement gezeigt.⁵⁸⁹ Es sei ein

„settled principle of the law of nations that a state of things which actually exists and has existed for a long time should be changed as little as possible“⁵⁹⁰

Dieses Zitat scheint das Prinzip des *quieta non movere* auszuformulieren. Inwiefern dieses in Verbindung mit den Konzepten der Ersitzung und der unvordenklichen Verjährung steht, wird zu klären sein. Damit beruht der Titel Schwedens gerade nicht auf einem Übergang der Rechte von Norwegen auf Schweden, was für eine als adverses Recht verstandene Ersitzung kennzeichnend wäre; nach *Blums* Ansicht⁵⁹¹ beruht der Titelerwerb auf der unvordenklichen Verjährung (*possession immemorial*). Das Gericht bezieht sich aber vor allem auf die letzte Zeit (ca. 30 Jahre), in denen Schweden effektiver tätig war als Norwegen, auf die Unvordenklichkeit einer anderen Situation stellt es nicht ab. Daher scheint der Fall eher vergleichbar mit dem Titelerwerb in *Island of Palmas*, in dem ein Gebietserwerb aufgrund andauernder, effektiver Hoheitsausübung angenommen wurde. Der Schiedsspruch selbst erwähnt die Ersitzung nicht, während die Parteien dieses Prinzip zur Begründung ihrer Ansprüche herangezogen hatten. *Lauterpacht*, ebenso *Sørensen*, hingegen liest den Grisbadarna-Schiedsspruch dennoch gleichsam als Anerkennung der *prescription*

⁵⁸⁸ AJIL 4 (1910), S. 226 (234). Vgl. RIAA XI, S. 161.

⁵⁸⁹ AJIL 4 (1910), S. 226 (233).

⁵⁹⁰ AJIL 4 (1910), S. 226 (233). RIAA XI, S. 161.

⁵⁹¹ Vgl. *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 21.

als Prinzip des Völkerrechts.⁵⁹² Es könnte sich hierbei wiederum um ein weiteres Verständnis von Ersitzung bzw. um ihre Gleichsetzung mit der unvordenklichen Verjährung handeln (siehe Argument Österreichs in *Meerauge Arbitration*, oben).

5. Chamizal Arbitration⁵⁹³ (1911)

Die Chamizal-Arbitration beschäftigt sich zum ersten Mal detailliert mit den Voraussetzungen einer Ersitzung entgegen einem bestehenden Titel und mit dem Verhältnis von Vertrag und tatsächlichem Handeln.

Das Schiedsgericht hatte die Frage zu beantworten, ob sich an einem Grenzverlauf etwas ändert, wenn der Grenzfluss (in diesem Fall der Rio Grande zwischen den USA und Mexiko) sein Bett durch allmähliche Erosion und Anschwemmung verlässt und ein neues Flussbett entsteht. Soll die Mitte des Flusses die – unter Umständen bewegliche – Grenze darstellen oder das ehemalige Flussbett unverrückbar die Grenze bezeichnen? Die USA und Mexiko hatten in zwei Verträgen aus den Jahren 1848 und 1853 die Mitte des Flussbetts des Rio Grande ab etwa der Höhe der Stadt El Paso bis zur Mündung in den Golf von Mexiko als Grenze vereinbart. In den folgenden Jahrzehnten verschob sich der Fluss in südliche Richtung. Für die USA wäre es daher günstig gewesen, wenn der Grenzverlauf dem neuen Flussbett gefolgt wäre, während es im Interesse Mexikos lag, die ursprüngliche Lage des Flussbetts als ausschlaggebend beizubehalten. Im Jahre 1884, nachdem sich die Verschiebung des Rio Grande seit den Vertragsschlüssen zur Regelung des Grenzverlaufs bereits weitgehend vollzogen hatte, schlossen Mexiko und die USA einen weiteren Vertrag, in dem sie die Grenze als beweglich, d. h. dem Flussbett folgend, festlegten. Künftige Streitigkeiten wegen einer Veränderung des Flusslaufs sollten so vermieden werden. Unklar blieb aber, ob der Vertrag von 1884 auch auf die bereits eingetretenen Veränderungen Anwendung finden und die bereits geschlossenen Verträge erläutern sollte oder ob er unabhängig von den alten Verträgen zu lesen war. Während die USA ihren Titel in erster Linie auf die (alten) Verträge stützten, beriefen sie sich zusätzlich darauf, das Chamizal-Gebiet (Gebiet zwischen dem alten und dem neuen Flussverlauf) seit Mitte des 19. Jahrhunderts in „undisturbed,

⁵⁹² Vgl. *Blum*, ebd., S. 21 m. w. N.

⁵⁹³ *Chamizal Arbitration, USA vs. Mexico*, Schiedsspruch vom 15.06.1911, RIAA XI, S. 309, AJIL 5 (1911), S. 782, im Folgenden *Chamizal*.

uninterrupted, and unchallenged possession⁵⁹⁴ gehabt und es daher durch Ersitzung erworben zu haben. Mexiko sei

„**estopped** from asserting the national title over the territory known as ‘El Chamizal’⁵⁹⁵

Das Schiedsgericht stellte nach Begutachtung der beiden früheren Verträge fest, dass deren Wortlaut keine eindeutige Auslegung zugunsten der einen oder der anderen Ansicht zuließ. Aus diesem Grund berücksichtigte es die anschließend geschlossenen Vereinbarungen und das Verhalten der Vertragsparteien für die Auslegung:

„It is in consequence of this legitimate doubt as to the true construction of the boundary treaties of 1848 and 1853 that the subsequent course of conduct of the parties and their formal conventions may be resorted to as aids to construction. In the opinion of the majority of this commission the language of the **subsequent conventions and the consistent course of conduct** of the high contracting parties is wholly incompatible with the existence of a fixed line boundary.⁵⁹⁶

Das Schiedsgericht untersuchte zunächst die Konvention von 1884 und schloss sich der Sichtweise an, die in ihr eine Auslegung und Klarstellung der früheren Verträge sah. Auch in allen Situationen nach 1884, in denen es um Veränderungen des Flusslaufs ging, die schon vor dem Datum des Konventionsschlusses eingetreten waren, hatten die USA und Mexiko die Konvention in dieser Weise angewandt, was ebenfalls für diese Auslegung sprach.⁵⁹⁷

Dagegen lehnte das Schiedsgericht eine Ersitzung der USA schon aus dem Grund ab, dass die tatsächliche Inbesitznahme des Gebiets sowie die politische Kontrolle durch die USA keinesfalls unbestritten gewesen sei, sondern mexikanische Diplomaten dies konstant angegriffen und hinterfragt hätten. Der Abschluss der 1884er-Konvention habe gerade dazu gedient, den Konflikt anlässlich der

⁵⁹⁴ RIAA XI, S. 309 (328), Hervorhebung auch im Folgenden hinzugefügt.

⁵⁹⁵ RIAA XI, S. 309 (328).

⁵⁹⁶ RIAA XI, S. 309 (323).

⁵⁹⁷ RIAA XI, S. 309 (328).

Flussverschiebung beizulegen. Die Parteien hätten die Konvention seit ihrer Unterzeichnung als einzige Rechtsquelle zwischen ihnen in Bezug auf den Grenzverlauf behandelt. Gerade die Existenz dieser Vereinbarung schließe die USA von einer Ersitzung aus:

„From that time until the negotiation of the convention of 1884, a considerable amount of diplomatic correspondence is devoted to this very question, and the convention of 1884 was an endeavor to fix the rights of the two nations with respect to the changes brought about by the action of the waters of the Rio Grande. The very existence of that convention **precludes the United States from acquiring by prescription** against the terms of their title, and, as has been pointed out above, the two Republics have ever since the signing of that convention treated it as a source of all their rights in respect of accretion to the territory on one side or the other of the river.“⁵⁹⁸

Weiter definiert das Schiedsgericht die Friedlichkeit der Hoheitsausübung, abzulesen am Fehlen der Gegenwehr durch den beeinträchtigten Staat, als Voraussetzung der Ersitzung. Während im Zivilrecht die Erhebung einer Klage die Ersitzung unterbinde, sei dies im Völkerrecht nur dann möglich, wenn ein internationales Tribunal errichtet worden sei. Ohne die Möglichkeit, eine Gerichtsinstanz anzurufen, legt das Schiedsgericht einen Maßstab dessen, was vernünftigerweise erwartet werden kann, an das erforderliche Maß der Proteste an:

„the Mexican Government had done **all that could be reasonably required** of it by way of protest against the alleged encroachment.“⁵⁹⁹

Die Voraussetzungen der Ersitzung entgegen einem Vertrag („prescription against the terms of [a] title“) sind nach Aussage des Schiedsgerichts:

- „undisturbed, uninterrupted, and unchallenged possession“

⁵⁹⁸ RIAA XI, S. 309 (329).

⁵⁹⁹ RIAA XI, S. 309 (329).

- „peacable possession“, d. h. Unterbleiben von Protesten in einer Form, die vernünftigerweise erwartet werden kann. Gewalt zählt nicht dazu. Soweit vorhanden, muss Gerichtsinstanz angerufen werden.

keine eigene Präklusion durch eigenes widersprüchliches Verhalten, z. B. Vertragsschluss zur Beendigung des Streits über das fragliche Gebiet und anschließendes Befolgen des Vertrags.

Obwohl das Schiedsgericht detailliert erläutert, was die Voraussetzungen und Wirkungen der völkerrechtlichen Ersitzung sind, legt es sich nicht fest, ob sie ein Prinzip des Völkerrechts ist. Es sei eine

„**very controversial question** as to whether the right of **prescription** invoked by the United States is an accepted principle of the law of nations“⁶⁰⁰.

6. Lotus Case⁶⁰¹ (1927)

Im Fall *Lotus* ging es um die internationale Zuständigkeit der Türkei für ein Strafverfahren gegen einen französischen Kapitän eines Postschiffs wegen einer Kollision mit einem türkischen Frachter, die sich auf Hoher See, in der Nähe der türkischen Küste ereignet hatte. Der Ständige Internationale Gerichtshof stellte Grundsätze auf, die für die spätere Rechtsprechung des IGH zur Beurteilung eines Sachverhalts, der für die Ersitzung in Frage kommt, relevant sind.

Zunächst sei es nach allgemeinem Völkerrecht den Staaten untersagt, in irgendeiner Form Hoheitsgewalt auf fremdem Territorium auszuüben.⁶⁰² Weiter sei zur Begründung völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts sowie zur Begründung jeglicher rechtlicher Bindungen ein subjektives Element der Staaten notwendig:

„the rules binding upon States [...] emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law.“⁶⁰³

⁶⁰⁰ RIAA XI, S. 309 (328).

⁶⁰¹ Affaire du „Lotus“, The Case of the S. S. „Lotus“, 07.09.1927, PCIJ Series A, No. 10.

⁶⁰² PCIJ Series A, No. 10, S. 18.

⁶⁰³ PCIJ Series A, No. 10, S. 18.

Beschränkungen staatlicher Souveränität dürften nicht vermutet werden.⁶⁰⁴ Allerdings sei es möglich, dass Staaten, die Widerspruch oder Protest gegen ein Handeln anderer Staaten unterlassen, damit jedenfalls nach außen bekunden, dass ihrer Rechtsüberzeugung nach das Handeln in diesem Fall nicht völkerrechtswidrig sei:

„It seems hardly probable, and it would not be in accordance with international practice, that the French Government in the *Ortigia-Onclé-Joseph* case and the German Government in the *Ekatana-West-Hinder* case **would have omitted to protest** against the exercise of criminal jurisdiction by the Italian and Belgian Courts, **if they had really thought that this was a violation of international law.**“⁶⁰⁵

Führt man die *Lotus*-Entscheidung fort, kann auch die im Rahmen einer Ersitzung erzeugte Bindungswirkung grundsätzlich nur auf der Grundlage von subjektiven Elementen entstehen; dies jedoch mit der Einschränkung, dass fehlender Protest den Rechtsschein der Akzeptanz erzeugen kann. Sofern man die Ersitzung als adverses Recht versteht, bezieht sich die legitimierende Wirkung fehlenden Protests auf Widerrechtlichkeit der auf fremdem Gebiet vorgenommenen Hoheitsausübung eines Staates. Die späteren Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs führen die *Lotus*-Rechtsprechung fort (z. B. *Temple of Preah Vihear*, *Kaskili Sedudu*, s. u.) und konkretisieren sie in Bezug auf die Anwendung der Aussagen auf den Gebietserwerb durch hoheitliches Handeln auf fremdem Gebiet. Die internationale Rechtsprechung schließt sich somit den rein objektiven Theorien zur Ersitzung⁶⁰⁶ nicht an.

⁶⁰⁴ PCIJ Series A, No. 10, S. 18: „Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“

⁶⁰⁵ PCIJ Series A, No. 10, S. 29, Hervorhebung hinzugefügt; siehe auch *Dörr*, Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung, 2004, S. 66, 67.

⁶⁰⁶ Vgl. oben, Kapitel D. II. 1.

7. Island of Palmas Case⁶⁰⁷ (1928)

Der Schiedsspruch des schweizerischen Einzelrichters *Max Huber* über die *Island of Palmas* (oder *Miangas*) stellt eine der bedeutendsten Entscheidungen über die Anforderungen an einen Gebietserwerb dar und legte den Grundstein für die nachfolgende Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs in Bezug auf den Gebietserwerb durch territoriale Hoheitsausübung.

Sowohl die USA als auch die Niederlande behaupteten, die Souveränität über eine kleine, heute in Indonesien belegene Insel innezuhaben. Die USA beriefen sich darauf, im Vertrag von Paris 1898 von Spanien dasjenige Gebiet durch Abtretung erworben zu haben, zu dem auch die Insel zähle, wobei Spanien den Titel an der Insel ursprünglich durch „discovery“, Entdeckung, erworben habe. Weder Spanien, noch die USA hatten im Anschluss an die Eroberung tatsächlich hoheitliche Handlungen auf der Insel Palmas ausgeübt. Die Niederlande dagegen brachten vor, bereits seit dem 17. Jahrhundert Hoheitsakte auf der Insel ausgeübt zu haben, u. a. vertreten durch die Niederländische Ostindienkompanie. Nachdem die Parteien von ihren konkurrierenden Ansprüchen auf die Insel erfahren hatten, brachten sie die Streitigkeit per Schiedsvertrag vor einen Einzelrichter, der entscheiden sollte, wem die Insel zuzuordnen sei.

Huber entschied, dass eine Entdeckung dem zur Zeit des Entstehens der Streitigkeit geltenden Völkerrecht zufolge nur einen „inchoate“, d. h. einen unvollständigen, rudimentären Titel liefern könne, der erst durch anschließende Hoheitsausübung in einen vollständigen Titel erwachse. Selbst wenn man annähme, die USA hätten einen solchen rudimentären Titel durch Abtretung erworben, sei dieser jedenfalls durch die tatsächliche Hoheitsausübung der Niederlande verdrängt worden. Denn, so *Huber*, eine andauernde und friedliche Ausübung von Hoheitsgewalt sei genauso gut wie ein Titel,

„the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title.“⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829, im Folgenden *Island of Palmas*. Die Entscheidung war ebenfalls richtungweisend für das intertemporale Völkerrecht (Kapitel C. I. 3.) und wird sogar im Zusammenhang mit dem modernen Konzept der *responsibility to protect* gebraucht, *Reinold*, Die Friedens-Warte 84 (2009), S. 101 (109). Dazu Kapitel F. III.

⁶⁰⁸ RIAA II, S. 829 (839).

Huber zählt auch die Öffentlichkeit der Hoheitsausübung („open and public display“⁶⁰⁹) zu den Voraussetzungen für den Titelerwerb. Das entscheidende Gewicht der tatsächlichen Manifestation von Hoheitsgewalt gegenüber einem Titel, der bloß auf dem Papier existiert oder sich gar aus der Entdeckung eines Gebiets ableitet, begründet *Huber* mit der Struktur des Völkerrechts. Da es an einem den Staaten übergeordneten Souverän fehle, der mit verbindlicher Kraft die Gebiete den Staaten zuordnen könnte, sei im Völkerrecht ein Titel nicht als abstraktes Recht, ohne tatsächliche Manifestation der Souveränität, aufrecht zu erhalten.

Ein Gebietstitel stelle strukturell nur ein besseres Recht auf das Gebiet im Vergleich zu denen der übrigen Staaten dar:

„If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title – cession conquest, occupation, etc. – superior to that which the other State might possibly bring forward against it. However, if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical. This demonstration consists in the actual display of State activities, such as belongs only to the territorial sovereign.“⁶¹⁰

Hubers Ansicht nach gelten für einen durch tatsächliche Hoheitsausübung entstandenen Titel die gleichen Anforderungen für den Erwerb wie für die Aufrechterhaltung: Hört ein Staat auf, sich wie der Souverän zu gerieren, verliert er zugleich den Rechtsschein des Besitzes:

„It seems therefore natural that an element which is essential for the constitution of sovereignty should not be lacking in its continuation. [...] The growing insistence with which international law, ever since the middle

⁶⁰⁹ RIAA II, S. 829 (868).

⁶¹⁰ RIAA II, S. 829 (838, 839), demnach ist klar, dass *Huber* ein von *Brownlie* (s. o.) später für die Okkupation implizit geforderte Element der Unbestrittenheit des Besitzes nicht anerkennt.

of the 18th century, has demanded that the occupation shall be effective would be inconceivable, if effectiveness were required only for the act of acquisition and not equally for the maintenance of the right.”⁶¹¹

Kritiker der Entscheidung mahnten, dass der Gebietstitel als wohl erworbenes Recht trotz späterer Änderungen der Rechtslage weiter bestehen bleiben sollte, um dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.⁶¹² *D’Amato* ging sogar so weit zu sagen, „the arbitrator’s reasoning seems to contradict the concept of title.“⁶¹³ *Elias*, auf der anderen Seite, sah die Gefahr eines plötzlichen Titelverlusts dadurch gebannt, dass das intertemporale Gebietsrecht lange Zeiträume betreffe und der Rivale um den Gebietstitel seinerseits den veränderten rechtlichen Anforderungen unterliege, weshalb er selbst die effektive Beherrschung des Gebiets nachweisen müsse; insofern bestehe eine „balance of forces“⁶¹⁴. *Krause-Ablaß* warnte vor der Erstarrung der Gebietstitel, die bei ihrer Konservierung als wohl erworbene Rechte eintreten würde: Da alle Gebiete in der Vergangenheit erworben wurden, hätte neues, gebietsbezogenes Völkerrecht keinen Anwendungsbereich mehr und könnte neuzeitlichen Anforderungen nicht begegnen.⁶¹⁵

⁶¹¹ RIAA II, S. 829 (839), Hervorhebungen in fett auch im Folgenden hinzugefügt; a. A. vertrat der König Italiens als Einzelschiedsrichter im Fall *Arbitral Award on the Subject of the Difference relative to the Sovereignty over Clipperton Island*, Decision rendered at Rome, January 28, 1931, AJIL 26 (1932), S. 390, im Folgenden *Clipperton Island*, (393-394), in dem er bezüglich der von Frankreich okkupierten Insel urteilte, Frankreich habe den vollständig erworbenen Titel an Insel nicht aufgegeben und nicht dadurch verloren, dass es seine Autorität nicht positiv bestätigt habe: „There is no reason to suppose that France has subsequently lost her right by *derelictio*, since she never had the animus of abandoning the island, and the fact that she has not exercised her authority there in a positive manner does not imply the forfeiture of an acquisition already definitively perfected“, Hervorhebung im Original. Im Falle der Okkupation eines völlig unbewohnten Gebietes sei die Errichtung einer effektiven Herrschaft keine Voraussetzung, sondern bestehe der Titel ab dem ersten Auftreten der okkupierenden Macht: „Thus, if a territory, by virtue of the fact that it was completely uninhabited, is, from the first moment when the occupying state makes its appearance there, at the absolute and undisputed disposition of that state, from that moment the taking of possession must be considered as accomplished, and the occupation is thereby completed.“, S. 394.

⁶¹² Nachweise zu Zustimmung und Kritik bei *Krause-Ablaß*, *Intertemporales Völkerrecht*, 1970, S. 111. Kritik äußerten u. a. *Jessup*, AJIL 22 (1928), S. 735 (739 ff.); der amerikanische Prozessvertreter *Nielsen*, *Palmas Arbitration*, 1928, S. 30; *Jennings*, *Acquisition of Territory in International Law*, 1963, S. 30 f. Zum intertemporalen Aspekt der Entscheidung (sofortige Einwirkung des Effektivitätsprinzips) siehe ebenfalls *Krause-Ablaß*, ebd., S. 20 f., 109 ff.

⁶¹³ *D’Amato*, *International Law, Intertemporal Problems*, in: Bernhardt (Hrsg.), *EPIL* 2 (1995), S. 1234 (1235).

⁶¹⁴ *Elias*, AJIL 74 (1980), S. 285 (292).

⁶¹⁵ *Krause-Ablaß*, *Intertemporales Völkerrecht*, 1970, S. 113 f. Überdies komme es zu einem unübersichtlichen Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen, da die Gebiete in unterschiedlichen Epochen des Völkerrechts erworben wurden. Das Nebeneinander von Titeln, die aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen erworben wurden, ist aber m. E. kein Problem, da bei einer „Erstarrung“ der Titel ja nicht mehr gefragt wird, ob und inwieweit die jeweiligen Voraussetzungen noch heute einen Titel begründen können.

Huber zufolge variiert das erforderliche Maß der tatsächlichen Hoheitsausübung nach der Art des Gebiets (besiedelt oder unbesiedelt, zugänglich oder nicht) und danach, ob es von anderen Staaten ebenfalls beansprucht werde,

„The intermittence and discontinuity compatible with the maintenance of the right necessarily differ according as inhabited or uninhabited regions are involved, or regions enclosed within territories in which sovereignty is incontestably displayed or again regions accessible from, for instance, the high seas.“⁶¹⁶

Benachbarte Staaten könnten Grenzkonventionen vereinbaren und damit auch in Bezug auf Gebiet, in dem kaum Souveränität manifestiert werde, wie zum Beispiel das Hinterland einer Kolonie, verhindern, dass der Nachbarstaat in dieses Gebiet eindringe. Wenn aber keine Konvention bestehe oder entweder aus tatsächlichen (topographischen) oder rechtlichen (unklare Formulierung einer Vertragsklausel) Gründen die Abgrenzung zweifelhaft sei, oder wenn, wie im Falle einer Insel auf hoher See, die Frage zu beantworten sei, ob ein Titel *erga omnes* wirksam sei, sei die tatsächliche und friedliche Hoheitsausübung für die Entscheidung ausschlaggebend.

Huber sieht sogar die Möglichkeit, dass Titel, die auf einer multilateralen Vereinbarung beruhen, durch spätere andauernde und friedliche Hoheitsausübung eines anderen als des berechtigten Staates außer Kraft gesetzt werden können:

Die Hoheitsgewalt werde im Laufe der Zeit etabliert, da sich während längerer Zeit die Intensität der staatlichen Kontrolle intensiviere:

„It is quite natural that the establishment of sovereignty may be the outcome of a slow evolution, of a progressive intensification of State control.“⁶¹⁷

Fraglich ist, ob *Huber* die kontinuierliche, offene, friedliche Hoheitsausübung als neuen materiellen Titel etablieren wollte, in dem Sinne, dass er neben den tradierten Gebietserwerbstiteln zur Anwendung kommt. In Betracht kommt auch,

⁶¹⁶ RIAA II, S. 829 (840).

⁶¹⁷ RIAA II, S. 829 (867).

dass er sie als Ersitzung oder als Ausprägung der Okkupation verstand oder aber die tatsächliche Herrschaft nur als Nachweis eines Titels sah. Seine Ausführungen sind in dieser Hinsicht nicht eindeutig.

In seinen einleitenden Absätzen – allgemeine Bemerkungen zur territorialen Souveränität – referiert *Huber* zunächst die bekannten Titel der Okkupation, der Eroberung, der Zession und der Anwachsung.

In den Gründen seines Schiedsspruchs gibt er den Niederlanden Recht, die ihren Anspruch auf den „title of peaceful and continuous display of State authority over the island“ gestützt hatten, was für einen eigenständigen Titel spricht. In einem Absatz, in dem es um die Voraussetzungen des Erwerbs der territorialen Souveränität durch die Niederlande geht, schreibt *Huber*:

„As to the conditions of acquisition of sovereignty by way of continuous and peaceful display of State authority (so-called prescription) [...]“⁶¹⁸.

Dies spricht für die Qualifizierung des anhand friedlicher, kontinuierlicher Hoheitsausübung erworbenen Titels als Ersitzung. Es wird aber nicht klar, ob *Huber* nur den von den Parteien verwendeten Begriff referiert oder ihn sich zu eigen macht. Das Adjektiv „so-called“ könnte einerseits dafür sprechen, dass sich *Huber* von der Begriffsverwendung distanziert. Es könnte sich aber andererseits um eine neutrale Bezeichnung handeln, indem mit „so-called“ auch nur gemeint wäre, dass die Konstellation von der Rechtswissenschaft so bezeichnet wird.

Huber vermeidet erstens eine eindeutige Begriffsverwendung der „prescription“ und zweitens, sie als weiteren (adversen oder originären) Gebietserwerbstitel zu qualifizieren. Er prüft, ob die Hoheitsausübung „open and public“ war, ob die Niederlande aus eigenem Recht, nicht aufgrund eines „derived and precarious title“ handelten und ob die Hoheitsausübung in der Phase vor dem kritischen Datum kontinuierlich und friedlich war.⁶¹⁹ Das Verhalten von Drittstaaten bewertet er als indirekte Beweise für die Exklusivität der Hoheitsausübung der Niederlande.

⁶¹⁸ RIAA II, S. 871 (868).

⁶¹⁹ Diese Tatbestandsmerkmale entstammen dem römischen Recht zum Besitzrecht, das nur den fehlerfreien Besitz schützte, der *nec vi, nec clam, nec precario* erworben war, siehe *Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht*, 19. Aufl. 2008, S. 115 ff.

Für die bekannten Gebietstitel Zession, Okkupation und Eroberung ist *Huber* zufolge das effektive „continuous and peaceful display of State authority“ als Tatbestandsmerkmal zur Begründung ebenso wie zur Aufrechterhaltung des Titels relevant.⁶²⁰ Später im Urteil untersucht *Huber* die Hoheitsausübung zur Begründung territorialer Souveränität, wobei er feststellt, dass sie nicht nur einen inchoaten, sondern sogar einen vertraglichen Titel überwinden könnte.

Da für den Erwerb von *terra nullius* bereits die Okkupation ‘zuständig’ ist,⁶²¹ betrifft die „prescription“ möglicherweise nur die spezifische Situation der Hoheitsausübung entgegen einem zuvor bestehenden (ggf. rudimentären) Titel.⁶²² *Huber* lehnt es aber deutlich ab, der bloßen Entdeckung der Insel durch Spanien Rechtswirkungen zuzumessen. Ebenso wenig geht er von einer vertraglichen territorialen Zuordnung zu einem anderen Staat als den Niederlanden aus. *Huber* untersucht explizit nicht, ob das Verhalten der Niederlande eine Verletzung der territorialen Zuordnung durch den Vertrag von Münster 1648 darstellte und dies den Erwerb durch die lang andauernde Hoheitsausübung hätte verhindern können. Der Vertrag von Utrecht 1714 habe die existierende Lage anerkannt.⁶²³ Das Überwinden einer bereits bestehenden territorialen Zuordnung stand für ihn damit nicht zur Untersuchung.⁶²⁴

Wie es scheint, ergibt sich für *Huber* der Unterschied zur Okkupation dadurch, dass diese einen klar gekennzeichneten Anfangspunkt hat (Entdecken des Gebiets, Hissen der Flagge) und der Entdeckerstaat sich dann anschickt, das Gebiet in Besitz zu nehmen und zu beherrschen. Hingegen sieht er beim Titel durch friedliche, kontinuierliche Hoheitsausübung einen natürlichen Evolutionsprozess, währenddessen sich der Titel immer weiter verstärkt.⁶²⁵

⁶²⁰ RIAA II, S. 829 (839).

⁶²¹ *Huber* trennt zwischen dem Titel durch lang andauernde, friedliche Hoheitsausübung und dem Titel durch Okkupation, siehe RIAA II, S. 829 (869 oben).

⁶²² Einige Autoren nennen *Island of Palmas* als Fall der Ersitzung, Nachweise bei *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 148, zu *Oppenheim, Beckett, Johnson*.

⁶²³ RIAA II, S. 829-871 (868).

⁶²⁴ So auch IGH in Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, S. 351 (564): „The difficulty with application to the present case of principles of law in this category [*Island of Palmas, Eastern Greenland*] is however that they were developed primarily to deal with the acquisition of sovereignty over territories available for occupation, i. e., *terra nullius*.“, kursiv im Original.

⁶²⁵ RIAA II, S. 829 (867).

Es muss letztlich offen bleiben, ob *Huber* von einer Unterform der Okkupation ausging (dagegen spricht aber, dass er es für möglich hält, dass auch vertragliche Titel durch die lange Hoheitsausübung abbedungen werden könnten) oder von einem eigenständigen, neuen Titel, der je nach Ausgangssituation als advers oder originär zu qualifizieren ist (dagegen spricht, dass *Huber* mit seinem Schiedsspruch die seit Ende des 19. Jahrhunderts vom Völkerrecht anerkannte Bedeutung des tatsächlichen Besitzes gegenüber rein papiernen Rechten hervorheben, das Gebietsrecht aber wohl nicht reformieren wollte). Schließlich könnte er in der tatsächlichen Hoheitsausübung eine Beweistatsache für einen wie auch immer begründeten Titel gesehen haben; in dieser Weise legt der IGH in *El Salvador/Honduras* das auf den Schiedsspruch bezugnehmende Urteil *Minquiers/Ecrehos* aus:

„When it stated that „What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups“ (*I.C.J. Reports 1953*, p. 53), it was not assimilating the islands to *terra nullius*, but examining **evidence of possession as confirmatory of title.**“⁶²⁶

Zu der Frage, ob zur objektiven Hoheitsausübung auch subjektive Voraussetzungen seitens desjenigen Staates hinzutreten müssen (etwa: Zustimmung), der seinen Titel durch die fortgesetzten Hoheitshandlungen des anderen Staates verlieren kann, nimmt *Huber* keine Stellung. Daher kann auch nicht mit Sicherheit gefolgert werden, dass *Huber* dem Willen des beeinträchtigten Staates überhaupt keine Rolle zuweist – jedenfalls im Merkmal der „Friedlichkeit“ der Hoheitsausübung stellt er auf das (willensgesteuerte) Verhalten der anderen Staaten ab; friedlich ist der Besitz dann, wenn er ohne Gegenwehr erfolgt. Die Frage nach subjektiven Anforderungen des bisherigen Souveräns bei einem adversen Titelerwerb musste *Huber* deshalb nicht beantworten, weil es im Falle der Insel *Palmas* (bzw. *Miangas*) um einen originären Hoheitserwerb ging.

⁶²⁶ *El Salvador/Honduras*, ICJ Reports 1992, S. 351 (565), Hervorhebung in fett hinzugefügt.

8. Eastern Greenland Case⁶²⁷ (1933)

Der vom Internationalen Gerichtshof immer wieder zitierte Fall *Eastern Greenland* bereitete den Weg für die zukünftige Rechtsprechung, indem er Kriterien für einen originären Gebietstitelerwerb durch territoriale Hoheitsausübung formulierte und dabei subjektive Elemente sowohl des erwerbenden Staates als auch der übrigen Parteien aufnahm. Darüber hinaus wird das Prinzip des *estoppel* in der Entscheidung herangezogen.

Norwegen und Dänemark stritten seit dem Jahr 1931 über die territoriale Hoheit über Grönland, insbesondere den östlichen, unbesiedelten Teil. Dänemark hatte zwei Siedlungen auf Grönland gegründet. Streitig war zwischen den Parteien, ob die Hoheitsgewalt Dänemarks sich auf ganz Grönland bezog oder räumlich begrenzt nur auf das Gebiet dieser beiden Siedlungen. Dänemark bemühte sich in den ersten beiden Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts darum, sich von mehreren europäischen Staaten seine Gebietshoheit über ganz Grönland bestätigen zu lassen. Norwegen hatte im Jahre 1919 durch den Außenminister im Rahmen einer Kommunikation betreffend die Gebietshoheit über Spitzbergen erklärt, dass die Absicht Dänemarks, die Souveränität über ganz Grönland zu beanspruchen, auf keine Schwierigkeiten seitens Norwegen stoßen würde (*Ihlen-Deklaration*).⁶²⁸ Bis 1931 machte keine andere Macht Dänemark die Souveränitätsansprüche über ganz Grönland streitig. Am 10. Juli 1931 okkupierte Norwegen die nicht von Dänemark besiedelten Teile Grönlands in der Überzeugung, diese Gebiete seien *terrae nullius* und daher durch Okkupation zu erwerben.

Der Ständige Internationale Gerichtshof befasste sich mit der Frage, ob im kritischen Zeitpunkt, 1931, Dänemark einen Gebietstitel in Bezug auf ganz Grönland innehatte. Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass ein solcher Titel in Anbetracht eines fehlenden speziellen Titels auf die andauernde Ausübung von Hoheitsgewalt, verbunden mit dem Willen zur Herrschaft, zu stützen sei:

„[...] a claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the **intention**

⁶²⁷ Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of April 5th, 1933, PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21, im Folgenden *Eastern Greenland*.

⁶²⁸ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (57), Hervorhebungen auch im Folgenden hinzugefügt.

and will to act as sovereign, and some **actual exercise or display** of such authority.”⁶²⁹

Angesichts der Unwirtlichkeit und Unbesiedeltheit der in Frage stehenden Gegend stellte der Gerichtshof fest, dass die Anforderungen an die Ausübung von Hoheitsgewalt gering sind:

„It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with **very little in the way of actual exercise** of sovereign rights, **provided that the other State could not make out a superior claim**. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries.”⁶³⁰

Anzeichen für die Ausübung von dänischer Hoheitsgewalt und den Willen zur Herrschaft über ganz Grönland sind gemäß dem Urteil die durch Dänemark gewährten Konzessionen von exklusiven Rechten zum Fischen, Handeln, Bergbau etc. an der grönländischen Ostküste⁶³¹. Auch die „concessions granted for the erection of telegraph lines and the legislation fixing the limits of territorial waters in [...] 1905 are [...] manifestations of the exercise of sovereign authority”.⁶³² Da ein aufgrund der beiden Voraussetzungen der Hoheitsausübung und des Willens zur Hoheitsausübung erworbener Titel *per se* nur ein relativer sei, überprüft der Gerichtshof neben den von Dänemark vorgenommenen Handlungen gewissermaßen als negative Voraussetzung die Abwesenheit anderer Hoheitsgewalt sowie das Verhalten der Drittstaaten (Anerkennung oder Beanspruchung eines eigenen Titels) sowie des klagenden Staates, Norwegen.

„Another circumstance which must be taken into account by any tribunal which has to adjudicate upon a claim to sovereignty over a particular territory, is **the extent to which the sovereignty is also claimed by some other Power**. In most of the cases involving claims to territorial sovereignty which have come before an international tribunal, there have

⁶²⁹ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (45, 46).

⁶³⁰ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (46); damit befindet sich der Gerichtshof im Einklang mit den Thesen *Max Hubers in Island of Palmas*, s. o.

⁶³¹ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (52-54).

⁶³² PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (53, 54).

been two competing claims to the sovereignty, and the tribunal has had to decide **which of the two is the stronger**.⁶³³

Im Zusammenhang mit dem vorherigen Zitat ergibt sich, dass das erforderliche Maß an Hoheitsausübung sich neben der geologischen Situation auch anhand der Stärke der „Angriffe“ auf den eigenen Anspruch durch andere Parteien bestimmt: Je umstrittener das Gebiet, desto stärker muss die eigene Position unterstützt werden. In zahlreichen Verträgen mit anderen Staaten, aber auch mit Norwegen, hatte Dänemark vereinbart, dass von deren Anwendungsbereich Grönland ausgenommen werde.⁶³⁴ Dies wertete der Gerichtshof als Zeichen der Anerkennung von Dänemarks „Verfügungsbefugnis“ über Grönland:

„The importance of these treaties is that they show **a willingness on the part of the States with which Denmark has contracted to admit her right** to exclude Greenland. To some of these treaties, Norway has herself been a Party, and these must be dealt with later because **they are relied on by Denmark as constituting binding admissions by Norway** that Greenland is subject to Danish sovereignty.”⁶³⁵

Auch die *Ihlen*-Deklaration aus dem Jahr 1919 (s. o.), obwohl keine ausdrückliche Anerkennung dänischer Souveränität, band nach Ansicht des Gerichtshof Norwegen, da Dänemark darauf vertrauen konnte, dass seine Souveränität nicht in Frage gestellt würde (Prinzip des *estoppel*):

„It follows that, as a result of the undertaking involved in the *Ihlen* declaration of July 22nd, 1919, **Norway is under an obligation to refrain from contesting Danish sovereignty** over Greenland as a whole, and a fortiori to refrain from occupying a part of Greenland.”⁶³⁶

⁶³³ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (46). Die in den drei Zitaten genannten Kriterien zur Feststellung eines Titels griff der IGH u. a. in *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (712); *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, S. 624 (655) wieder auf.

⁶³⁴ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (51).

⁶³⁵ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (51).

⁶³⁶ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (73).

Der Ständige Internationale Gerichtshof kam zum Ergebnis, dass Dänemark in der Zeit von 1814 bis 1915 genügend Hoheitsgewalt über die unbesiedelten Teile Grönlands ausgeübt hatte, um einen originären Titel darauf zu begründen.⁶³⁷

9. The Fisheries case⁶³⁸ (1951)

Es handelte sich beim *Fisheries case* nicht um den Fall eines Titelübergangs oder der streitigen Inhaberschaft an einem Gebiet zwischen zwei Staaten, sondern um die erstmalige Begründung eines exklusiven Titels an einem Gemeinschaftsgut aller Staaten, der Hohen See.

Das Urteil erregte Aufsehen und fand Eingang in viele rechtswissenschaftliche Abhandlungen⁶³⁹, da das Konzept der *historical consolidation* (s. o.) durch den IGH erstmals als Grund für die Wirksamkeit einer Grenzfixierung angegeben wurde. Es handelte sich dabei um die norwegische Fixierung der Grenzlinien des Küstengewässers anhand sogenannter gerader „base-lines“.⁶⁴⁰ Die Basislinien dienen dazu, den Gürtel des Küstengewässers um die Landmasse herum zu bestimmen. Sie wurden von Norwegen wegen der geographischen Besonderheit vieler Einschnitte, Buchtungen und Fjorde im fraglichen Gebiet nicht exakt an der Tiefwasserlinie ausgerichtet, wie es das internationale Gewohnheitsrecht grundsätzlich verlangte, sondern durch gerade Linien vereinfacht. Dabei wurde zum Teil die Breite des norwegischen Hoheitsgewässers bis in eigentlich zur Hohen See gehörenden Bereiche vergrößert. Norwegen sah gesetzlich vor, die Linien in der generellen Richtung der Küste und in einer vernünftigen Weise zu ziehen.

Großbritannien, ebenfalls an der Nutzung des küstennahen, fischreichen Gewässers interessiert, war der Ansicht, das norwegische System der geraden Basislinien sowie seine konkrete Anwendung entsprächen nicht dem geltenden Völkerrecht. Der Gerichtshof befand, dass, während Norwegen das System seit spätestens 1869 angewandt habe, Großbritannien erst 1933 formalen und

⁶³⁷ PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (54). *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 353, sehen den Gebietserwerb Dänemarks dagegen nicht als Okkupation, sondern als Ersitzung.

⁶³⁸ *Fisheries case* (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, S. 116, im Folgenden *Fisheries*.

⁶³⁹ *De Visscher*, siehe oben Kapitel D. III.

⁶⁴⁰ Vgl. ICJ Reports 1951, S. 116 (138); vgl. zur Reaktion der Wissenschaft *Schwarzenberger*, AJIL 51 (1957), S. 308 (310), m. w. N., abgedr. in: *Shaw*, Title to Territory, 2005, S. 249 (251).

definitiven Protest dagegen eingelegt habe. Andere Staaten seien der norwegischen Praxis nicht entgegen getreten. Großbritannien habe entgegen seiner Behauptung von dem System gewusst. Die Tatsache, dass über lange Zeit kein Protest erfolgte, habe zu einer *historischen Konsolidierung* der norwegischen Position geführt:

„Norway has been in a position to argue without any contradiction that neither the promulgation of her delimitation Decrees in 1869 and in 1889, nor their application, gave rise to **any opposition** on the part of foreign States. Since, moreover, these Decrees constitute, as has been shown above, the application of a well-defined and uniform system, it is indeed this system itself which would reap the benefit of general toleration, the basis of an **historical consolidation** which would make it **enforceable as against all States**.“⁶⁴¹

„The Court notes that in respect of a situation which could only be strengthened with the **passage of time**, the United Kingdom Government **refrained from** formulating **reservations**. The **notoriety of the facts**, the **general toleration of the international community**, Great Britain's position in the North Sea, her own interest in the question, and her prolonged abstention would in any case warrant Norway's enforcement of her system against the United Kingdom.“⁶⁴²

Historische Konsolidierung beruht nach dem Urteil auf den Faktoren:

- Staatliches Handeln entgegen einer bestehenden völkerrechtlichen Praxis
- Verstreichen von Zeit (vorliegend ca. 60 Jahre)
- Internationale Bekanntheit des Handelns (Großbritannien selbst sah in der Kenntnis, die es bestritt, eine Voraussetzung für den Erwerb eines *historic title* durch Norwegen⁶⁴³)
- Keine Proteste durch den Staat, der sich durch das Handeln des anderen Staates besonders betroffen sieht
- Generelle Toleranz der Praxis durch die internationale Gemeinschaft

⁶⁴¹ ICJ Reports 1951, S. 116 (138), Hervorhebungen auch im Folgenden hinzugefügt.

⁶⁴² ICJ Reports 1951, S. 116 (139).

⁶⁴³ ICJ Reports 1951, S. 116 (139).

- Folge: Durchsetzbarkeit des Handelns *erga omnes* und Völkerrechtmäßigkeit

Großbritannien war nicht nur der Ansicht, die Bemessungsmethode selbst sei völkerrechtswidrig, sondern Norwegen habe in bestimmten Abschnitten seine eigenen Vorschriften missachtet. Der Gerichtshof entschied nicht, ob Norwegen u. a. im Bereich „Lopphavet“ tatsächlich zu weit von der Küstenlinie abgewichen sei. Norwegen habe jedenfalls einen älteren *historischen Titel* an diesem Gebiet, den es durch die Gewährung von exklusiven Fischerei- und Walfangrechten durch den König von Dänemark und Norwegen im 17. Jahrhundert an den norwegischen Kapitänleutnant Erich Loch erworben habe:

„Such rights, **founded on the vital needs of the population** and attested by very **ancient and peaceful usage**, may legitimately be taken into account in drawing a line“⁶⁴⁴

In der Begründung des Titels durch die Bedürfnisse der Bevölkerung klingt das „Vattelianische“ naturrechtliche Prinzip an, wonach eine Bevölkerung ein Gebiet beanspruchen kann, soweit sie es zu ihrem Lebensunterhalt benötigt.⁶⁴⁵

Gegen die Entstehung eines historischen Titels durch die andauernde Nutzung des Gebiets „Lopphavet“ durch Privatpersonen zu eigenen Zwecken, ohne Bevollmächtigung durch die Regierung, wenden sich Richter *Hsu Mo* und *McNair* in ihren Einzelmeinungen.⁶⁴⁶ Ihrer Ansicht nach kann durch rein privates Handeln keine Souveränität auf den Staat übergehen. Ebenso wenig sei die Gewährung von Fischereirechten als spezielles Privileg an einen Untertan geeignet, einen historischen Titel gegenüber allen ausländischen Staaten zu erzeugen. Diese Linie verfolgte der IGH in seinen späteren Entscheidungen, z. B. *Kaskili/Sedudu*⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ ICJ Reports 1951, S. 116 (142).

⁶⁴⁵ Siehe *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 1854, S. 200, 201; *Vattel*, Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, 1758, § 208: „Mais c’est une question de savoir si une nation peut s’approprier ainsi, par une simple prise de possession, des pays qu’elle n’occupe pas réellement, et s’en réserver de cette manière beaucoup plus qu’elle n’est capable de peupler et de cultiver. Il n’est par difficile de décider qu’une pareille prétention serait absolument contraire au droit naturel, et opposé aux vues de la nature, qui, destinant toute la terre aux besoins des hommes en général, ne donne à chaque peuple le droit de s’approprier un pays, que pour les usages qu’elle en tire, et non pour empêcher que d’autres en profitent.“

⁶⁴⁶ Separate Opinion of Judge Hsu Mo, ICJ Reports 1951, S. 154 (157); Dissenting Opinion of Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1951, S. 158 (184).

⁶⁴⁷ Siehe E. I. 18.

Ist die historische Konsolidierung dasselbe wie die Ersitzung? Während der Gerichtshof im *Fisheries*-Fall nur von *historic titles* und *historical consolidation* spricht, findet sich der Begriff der Ersitzung, *prescription*, ausschließlich in den Einzelmeinungen einiger Richter. Diese Richter erachten den Erwerb eines Teils der Hohen See durch eine Ersitzung als prinzipiell möglich (unabhängig davon, ob Norwegen im *Fisheries*-Fall die Voraussetzungen erfüllte) und qualifizieren sie damit als originären Gebietserwerbstitel, der nicht im Widerspruch zu einer bereits bestehenden, wenn auch eventuell unklaren, Herrschaftslage steht. Dazu im Einzelnen:

Richter *Alvarez* stellt heraus, dass die Ersitzung im Laufe der Verhandlungen ausführlich, allerdings unter dem Begriff der *historic titles* diskutiert worden sei. Das völkerrechtliche Konzept der Ersitzung ist nach Ansicht *Alvarez`* anders als das privatrechtliche und gelte angesichts der Bedeutung von Gewalt in der Formierung von Staaten **nicht in Bezug auf den territorialen Status**. Jedoch sei es anerkannt im Falle des Erwerbs und der Ausübung gewisser Rechte, vorliegend das Recht zur Bestimmung des Küstengewässers anhand gerader Ausgangslinien. Dafür sei erforderlich,

„that the rights claimed to be based thereon should be **well established**, that they should have been **uninterruptedly enjoyed** and that they should **comply with the conditions set out in 2 above**. International law does **not** lay down any **specific duration of time necessary** for prescription to have effect. A comparatively recent usage relating to the territorial sea may be of greater effect than an ancient usage insufficiently proved.“⁶⁴⁸

Die in Bezug genommenen Bedingungen sind die folgenden:

„provided it does so [i.e. die Bestimmung seines Küstengewässers] in a **reasonable manner**, that it is capable of **exercising supervision** over the zone in question and of **carrying out the duties imposed by international**

⁶⁴⁸ Individual Opinion of Judge Alvarez, ICJ Reports 1951, S. 145 (152).

law, that it does not infringe rights acquired by other States, that it does no harm to general interests and does not constitute an *abus de droit*.“⁶⁴⁹

Indem *Alvarez* für die Ersitzung fordert, dass die Ausübung der Rechte keine von anderen Staaten erworbenen Rechte verletzen darf, und er der Ansicht ist, dass sie gerade nicht den territorialen Status betreffe, zeigt er, dass er unter Ersitzung den Erwerb von sonstigen Rechten durch eine Art „Recht des ersten Zugriffs“ auf ein bislang brachliegendes Gut versteht. Auch das Erfordernis, in Bezug auf das erworbene Recht die völkerrechtlichen Pflichten erfüllen zu können, wird als Voraussetzung der Ersitzung, soweit ersichtlich, von *Alvarez* allein genannt.

Auch Richter *McNair* versteht unter „historic title“ die *prescription*. Seiner Ansicht nach kann ein historischer Titel an Gewässer erworben werden, das andernfalls den Status der offenen See hat und damit keinem Staatsgebiet zuzuordnen ist. Dafür sei erforderlich, dass es an nationales oder territoriales Gewässer angrenze.⁶⁵⁰ Die Situation lässt sich am ehesten mit der Okkupation eines herrenlosen Gebiets vergleichen. *Prescription* stellt damit, ebenso wie bei *Alvarez*, einen originären Titel dar.

In seinem Urteil *Cameroon v. Nigeria*, 2002⁶⁵¹, distanzierte sich der Gerichtshof ausdrücklich davon, Gebietstitel auf historische Konsolidierung zu stützen und betont, das Konzept sei nicht Teil seiner gefestigten Rechtsprechung geworden, da es nur einmalig im *Fisheries*-Fall gebraucht worden sei. Weiterhin sei die Bemessung des Hoheitsgewässers nicht mit der Situation der Etablierung eines Titels über Landgebiete zu vergleichen. Im *Fisheries case* offenbart sich, dass der Rechtserwerb aufgrund von tatsächlichem Verhalten vielerlei Unklarheiten über Mechanismen und Begrifflichkeiten birgt, die der Gerichtshof in seiner folgenden Rechtsprechung jedenfalls zum Teil beseitigte.

⁶⁴⁹ Individual Opinion of Judge Alvarez, ICJ Reports 1951, S. 145 (150).

⁶⁵⁰ Dissenting Opinion of Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1951, S. 158 (183).

⁶⁵¹ Vgl. *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports 2002, S. 303 (352, Rz. 65).

10. The Minquiers and Ecrehos case⁶⁵² (1953)

Beide Parteien waren der Ansicht, sie hätten jeweils einen originären Titel in Bezug auf die umstrittenen, im Ärmelkanal zwischen England und Frankreich belegenen Inseln. Während das Vereinigte Königreich geltend machte, einen historischen (*ancient*) Titel zu besitzen, der durch effektiven Besitz unterstützt worden sei, war Frankreich der Ansicht, einen originären Titel innezuhaben, den es durch effektive Hoheitsausübung bestätigt habe.⁶⁵³ Hilfsweise stützte das Vereinigte Königreich seinen Titel auf die effektive Hoheitsausübung allein, d. h. auf die tatsächliche langandauernde Ausübung der Hoheitsmacht.⁶⁵⁴ Es unterschied also zwischen einem sogenannten *ancient title* und einem Titel auf Grund einer lang andauernden effektiven Besetzung, wobei der *ancient title* durch eben jene Hoheitsausübung nachgewiesen werden könne.

Den inhaltlichen Unterschied zwischen zwei derartigen Titeln erläutert das Schiedsgericht im Schiedsspruch *Eritrea – Yemen*: während im ersten Fall die lange Bekanntheit des Titels selbst den Titel begründe (also die Bekanntheit des Titels zugunsten eines Staates), beruhe im zweiten Fall der Titel auf der effektiven, kontinuierlichen und friedlichen Hoheitsausübung. Beides werde als „historischer Titel“ bezeichnet.⁶⁵⁵

Das Konzept der Ersitzung wurde deshalb nicht zur Begründung herangeführt, da es sich aus Sicht der Parteien nicht um „adverse possession“, d. h. nicht um Besitz entgegen einer bereits bestehenden Hoheitsmacht handelte, dies aber ihrer Ansicht nach Voraussetzung für Ersitzung gewesen wäre.⁶⁵⁶

Der Gerichtshof hielt die über einen gewissen Zeitraum bis zum Datum des Entstehens der Streitigkeit tatsächlich ausgeübte Hoheitsmacht eines Staates für streitentscheidend und titelbegründend. Er stellte zunächst fest, dass die im Mittelalter geschlossenen Verträge nicht eindeutig ergaben, ob die Inseln zum Gebiet des englischen oder des französischen Königs gehören sollten. Aus anderen Dokumenten leiteten sich Indizien dafür ab, dass das Vereinigte

⁶⁵² The Minquiers and Ecrehos case (France/United Kingdom), Judgment of November 17th, 1953, ICJ Reports 1953, S. 47, im Folgenden *Minquiers/Ecrehos*.

⁶⁵³ ICJ Reports 1953, S. 47 (50, 51).

⁶⁵⁴ Vgl. Anträge des Vereinigten Königreichs, ICJ Reports 1953, S. 47 (50).

⁶⁵⁵ *Eritrea – Yemen*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage – Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, S. 1 (32, Rz. 106), abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>.

⁶⁵⁶ Vgl. *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 26.

Königreich die Kanalinseln in ihrer Gesamtheit mit der Herrschaft über die Normandie besessen hätten. Einen definitiven Schluss zog das Gericht jedoch daraus nicht:

„What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates **directly to the possession** of the Ecrehos and Minquiers groups.“⁶⁵⁷

Anhand dieser Kriterien fand es einen originären Titel zugunsten des Vereinigten Königreichs, den dieses nicht verloren hatte. Den Beweis sah das Gericht darin, dass das Vereinigte Königreich während früherer Jahrhunderte als Herrscher über die Inselgruppen angesehen und behandelt wurde und dass britische Behörden während des 19. und des 20. Jahrhunderts staatliche Funktionen ausübten, wie etwa Strafrechtspflege, das Führen von Grundstücksregistern und der örtlichen Verwaltung.⁶⁵⁸ Frankreich dagegen habe keinen derartigen Beweis erbracht. Frankreich hatte seit über mehr als 75 Jahren Bojen um Minquiers installiert, um die Schifffahrt entlang der gefährlichen Riffe zu erleichtern. Weiterhin hatte es hydrographische Untersuchungen angestellt und hydroelektrische Kraftwerke in der Region der Minquiers-Inseln errichtet. Diese Handlungen, so das Gericht, lieferten aber keine Indizien dafür, dass Frankreich die Inseln als Souverän beherrschen wolle. Vielmehr habe der französische Botschafter in London im Jahre 1820 eine Nachricht des französischen Marineministeriums zusammen mit einer Landkarte an das französische Außenministerium übermittelt, wonach die Minquiers in englischen Besitz seien. Die Ecrehos-Inseln seien gemäß einer Markierung auf der bereits erwähnten französischen Karte zum Teil englisches Gebiet, zum Teil *terra nullius* gewesen; Frankreich habe erst im Jahre 1885 die Inseln selbst beansprucht.

Damit folgt das Gericht der Linie des Richters *Max Huber* (s.o., *Island of Palmas*) und der Entscheidung *Eastern Greenland*, indem ein etwaiger feudaler Titel wegen des Effektivitätserfordernisses gegenüber dem tatsächlich ausgeübten Besitz zurücktritt. Anhand dieser Kriterien fand es einen originären Titel

⁶⁵⁷ ICJ Reports 1953, S. 47 (57).

⁶⁵⁸ Siehe ICJ Reports 1953, S. 60-70; *Johnson*, Cambridge Law Journal 13/2 (1955), S. 215 (220); zitiert nach *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965, S. 26.

zugunsten des Vereinigten Königreichs, den dieses nicht verloren hatte. Eine dogmatische Einordnung des Titels nahm das Gericht nicht vor.

11. Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land⁶⁵⁹ (1959)

Im Fall behandelte der Gerichtshof die Möglichkeit des Erwerbs eines Gebietstitels entgegen einer bestehenden Grenzkonvention durch Ausübung von Hoheitsgewalt. Die Entscheidung ist besonders deshalb von Interesse, da sie als eine der wenigen für die Zwecke dieser Arbeit relevanten Streitigkeiten im kontinentaleuropäischen Inland verortet war und daher koloniale Einflüsse auf die Ersitzung wie der *uti possidetis*-Grundsatz nicht die Bewertung verändern konnten (s. u.).

Es handelte sich um einen Streit zwischen Belgien und Niederlanden über ein bestimmtes Grenzgebiet nördlich von Turnhout. Unklar war die Inhaberschaft an kleinen und erst spät (1906) mit einigen Höfen besiedelten Enklaven auf unstrittig niederländischem Territorium. Ursprünglich waren die Niederlande und Belgien ein gemeinsames Königreich gewesen, das mit dem Vertrag von London im Jahre 1839 getrennt wurde. Schon in den 1820er Jahren versuchten die beiden Gemeinden (das niederländische Baarle-Nassau und das belgische Baerle-Duc), auf deren Gebiet sich die Enklaven befanden, die Grenze, auch bezüglich der Enklaven, festzulegen. Eine sogenannte „Communal Minute“ wurde zu diesem Zweck 1841 unterzeichnet und in zwei Originalen zu Händen beider Parteien ausgefertigt. In der von den Niederlanden im Schiedsstreit vorgelegten Ausfertigung waren die Enklaven den Niederlanden zugeordnet. Im Jahre 1843 vereinbarten die Parteien eine verbindliche Grenzkonvention, die nach ihrem Wortlaut den *status quo* der Gebiete erhalten sollte. Eine „Descriptive Minute“, die den Wortlaut der „Communal Minute“ Wort für Wort aufnehmen sollte, sowie eine detaillierte Karte waren der Konvention angefügt und Teil der Vereinbarung. Die „Descriptive Minute“ wich aber insofern von der von den Niederlanden vorgelegten Ausfertigung der „Communal Minute“ ab, als die fraglichen Gebiete Belgien zugeordnet wurden.

⁶⁵⁹ Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land (Belgium/Netherlands), Judgment of 20 June 1959, ICJ Reports 1959, S. 209, im Folgenden *Certain Frontier Land*.

Die Niederlande vertraten hauptsächlich, dass der Text der Konvention auf einem Übertragungsfehler beruhte und daher der entsprechende Artikel der „Descriptive Minute“ nichtig sei. Hilfsweise brachten sie vor, dass, selbst wenn Belgien ursprünglich einen Titel aufgrund der Konvention gehabt haben sollte, es diesen wegen der Nichtausübung seiner Rechte und der „acquiescence“⁶⁶⁰ in Bezug auf die Ausübung der Hoheitsrechte durch die Niederlande verloren habe. Tatsächlich hatten die Niederlande Landübertragungen erfasst, Steuern erhoben und Geburten, Todesfälle und Eheschließungen registriert. Belgien hatte die Gebiete sporadisch im Liegenschaftskataster geführt und im Jahre 1892 in einer nichtratifizierten Konvention die Enklaven an die Niederlande abgetreten. Nachdem es entdeckt hatte, dass diese auch in den niederländischen Registern erfasst waren, leitete Belgien ab 1914 Untersuchungen ein; nach Ende des Ersten Weltkrieges herrschte offiziell Streit über die Inhaberschaft. Der Gerichtshof stellte zunächst (aus in diesem Zusammenhang nicht relevanten Gründen) fest, dass die Grenzkonvention von 1843 trotz der Abweichung von der niederländischen „Communal Minute“ wirksam sei. Daher ging es anschließend auf das niederländische Hilfsvorbringen des Erwerbs durch *acquiescence* ein, das es aus zwei Gesichtspunkten ablehnte:

Es bewertete einerseits das Verhalten der Niederlande nicht als ausreichend, um eine vertragsmäßig festgelegte Souveränität Belgiens abzubedingen, da es sich um routinemäßige Verwaltungshandlungen der örtlichen Behörden gehandelt habe:

„The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by **local officials** and a consequence of the inclusion by the the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. **They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention**“⁶⁶¹

Damit äußerte sich der Gerichtshof aber auch indirekt dahingehend, dass es die Abdingbarkeit vertraglicher Titel durch fremde Hoheitsausübung prinzipiell für möglich erachtete. Neu an dieser Entscheidung ist, dass der Gerichtshof Anforderungen an die Art und Weise einer solchen rechtsübertragenden Hoheitsausübung (wenn auch negativ) formuliert: Nach seinem Schiedsspruch wäre es im Umkehrschluss möglich, durch final auf das fragliche Gebiet

⁶⁶⁰ ICJ Reports 1959, S. 209 (227).

⁶⁶¹ ICJ Reports 1959, S. 209 (229).

gerichtete Einzelfallmaßnahmen staatlicher, in der Hierarchie höher angesiedelten Behörden eine fremde, bilateral vertraglich festgelegte Souveränität zu verdrängen.

In diesem Sinne argumentierte auch Richter *Sir Hersch Lauterpacht* in einer Erklärung im Anschluss an das Urteil. Im vorliegenden Fall bestehe, so *Lauterpacht*, kein Raum für die Anwendung der anspruchsvollen bzw. erhöhten („*exacting*“⁶⁶²) Regeln für den Fall einer *prescription* entgegen einem Titel, der durch einen klaren und eindeutigen Vertrag erworben worden sei. Der Grund dafür sei aber nicht, dass eine solche Ersitzung prinzipiell abzulehnen sei, sondern, dass die Konvention von 1843 die Kriterien eines eindeutigen und klaren Vertrags nicht erfülle.⁶⁶³ Es sei aber angemessen

„that a decision be rendered by reference to the fact that, which is not disputed, that at least **during the fifty years** following the adoption of the Convention there had been no challenge to the exercise, by the Government of the Netherlands and its officials, of **normal administrative authority** with regard to the plots in question.“⁶⁶⁴

Die Tatsache, dass die niederländischen Verwaltungshandlungen auf der geographischen Lage der Enklaven beruhten, lieferten einen zusätzlichen Grund, dass keine Notwendigkeit bestehe „to disturb the existing state of affairs“.⁶⁶⁵

Lauterpacht hält *prescription* also für einen Gebietserwerbstitel und setzt sie mit dem gleich, was der Gerichtshof unter dem Stichwort „displacing sovereignty“ durch Hoheitsakte prüft.⁶⁶⁶ Gegenüber einem vertraglichen Titel sind die Anforderungen an Ersitzung erhöht. Bei Fehlen eines klaren vertraglichen Titels genügen normale und unangefochtene Ausübung der Verwaltungstätigkeit über einen längeren Zeitraum, vorliegend ca. 50 Jahre zwischen 1843 und 1892 für den Titelerwerb. Ob *Lauterpacht* aber letzteren Titelerwerb ebenfalls als *prescription* auffasst, ist unklar. Ebensovwenig ist deutlich, ob es sich dabei um einen originären oder derivativen Erwerb handelt. Das Prinzip *quieta non movere* klingt

⁶⁶² ICJ Reports 1959, S. 209 (231).

⁶⁶³ ICJ Reports 1959, S. 209 (231, 232).

⁶⁶⁴ ICJ Reports 1959, S. 209 (231).

⁶⁶⁵ ICJ Reports 1959, S. 209 (232).

⁶⁶⁶ ICJ Reports 1959, S. 209 (227).

in dieser Situation an. Bemerkenswert ist aber, dass *Lauterpacht* von der Existenz der „prescription“ als adverbem Recht ausgeht. Die Entscheidung selbst belegt die mögliche Ersetzung belgischer Souveränität nicht mit einem dogmatischen Begriff.

Das Verhalten Belgiens wertete der Gerichtshof auf der anderen Seite nicht als *acquiescence*, da es durch die Formulierung der, wenn auch nicht ratifizierten, Konvention von 1892 gegenüber den Niederlanden deutlich gemacht habe, dass es der Ansicht sei, die Gebiete zu besitzen und die Niederlande diese Überzeugung bis 1922 nicht angegriffen hätten. Die vier Richter, die abweichend von der Mehrheitsmeinung zugunsten eines Gebietstitels der Niederlande stimmten, waren von der Geltung der Konvention von 1843 in Bezug auf die Belgien begünstigende Klausel nicht überzeugt und sahen daher einen originären Titel der Niederlande durch lang andauernde, friedliche Hoheitsausübung als gegeben.

12. Right of Passage over Indian Territory (1960)⁶⁶⁷

Im Fall ging es um das Bestehen portugiesischer Durchgangsrechte über indisches Territorium zu portugiesischen Enklaven. Unstreitig bestand schon seit Ende des 18. Jahrhunderts die indische Praxis, den Portugiesen Durchgang zu den Enklaven gewähren; zunächst durch die indischen Herrscher, anschließend durch die britischen Kolonialherren, die auch die Souveränität Portugals über die Enklaven anerkannten. Ein Vertrag von 1878 regelte die Durchgangsrechte näher, er galt aber nur bis 1892. Portugal berief sich vor dem Gerichtshof sowohl auf regionales Gewohnheitsrecht, als auch auf generelles Völkergewohnheitsrecht und auf von den Kulturvölkern anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze zur Begründung des Rechts auf Transit.

Wegen ihres eingeschränkten Gegenstandes (Durchgangsrechte) im Vergleich zu einem vollen Souveränitätserwerb kann die *Right of Passage over Indian Territory*-Entscheidung von vornherein Erkenntnisse in Bezug auf einen Gebietserwerb durch akzeptierte Praxis nur indirekt liefern, wenn sie Aussagen über die „Grundzutaten“ träge, aus denen sich ein „Titel durch effektive Hoheitsausübung“ konstituiert.

⁶⁶⁷ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, S. 6, im Folgenden *Right of Passage over Indian Territory*.

Der Gerichtshof war der Ansicht, es habe sich im Laufe der Zeit eine klare Praxis zwischen beiden Staaten etabliert, die entscheidungserheblich sei. Die Bedenken Indiens, eine bilaterale, wechselseitig akzeptierte Praxis sei nicht als Rechtsquelle anzuerkennen, teilte der Gerichtshof nicht:

„It is difficult to see why the number of States between which a **local custom** may be established on the basis of long practice must be necessarily larger than two. The Court sees no reason why **long continued practice** between two States accepted by them as regulating their relations should not form the **basis of mutual rights and obligations** between the two States.⁶⁶⁸ „

Eine abweichende Richtermeinung (die Abweichung bezieht sich allein auf die fehlende Kongruenz von Antrag an den Gerichtshof und Tenor des Urteils) behandelt ausführlich das *Effektivitätsprinzip* sowie das Prinzip *quieta non movere*, die als mögliche Faktoren einer Ersitzung in Betracht kommen. Richter *Armand-Ugon* führt zur Rechtsqualität der Bindungen zwischen Indien und Portugal aus:

„What ‘is’ becomes what ‘must be’. The concept of effectiveness is of great importance in international law. In the present case the effectiveness of the fact of passage should be regarded from the standpoint of its duration and of its acceptance by the two Governments concerned. This effective exercise of passage to the enclaves, regularly kept up, contributes towards the establishment of a right. **This notion of effectiveness has been regarded as a decisive factor** in the solution of certain problems arising out of relations between States. The Court relied upon it in the *Nottebohm* case (I.C.J. Reports 1955, pp. 56 *et seq.*, 62 and 299), and, at an earlier date, in the *Minquiers and Ecrehos* case (I.C. J. Reports 1953, pp. 60-66, 67-70). Legal opinion is faithful to this concept. **The continual repetition of an act over a long period** does not weaken this usage; on the contrary, it strengthens it; a relationship develops between the act and the will of the States which have authorized it. The recurrence of these acts over so long a

⁶⁶⁸ ICJ Reports 1960, S. 6 (39), Hervorhebung auch im Folgenden hinzugefügt.

period engenders, both in the State which performs them and in the State which suffers them, a belief in the respect due to this long-established practice (**Article 38 (1) (b)** of the Statute of the Court).⁶⁶⁹

„A right of passage, like territorial sovereignty, may be acquired on the basis of an effective practice. **A fact observed over a long period** of years, as in the present instance, **acquires binding force and assumes the character of a rule of law**. The Portuguese regularly travelled to and from the enclaves without opposition for 170 consecutive years. The effectiveness of access to the enclaves created a legal *status quo* which no State can unilaterally infringe. This legal *status quo* is the work of States over a long period of years and **has the force of an agreement**. A change in the situation would alter a practice and a usage traditionally admitted, accepted and tolerated. [...] ‘it is a settled principle of the law of nations that **a state of things** which actually exists and has existed for a long time **should be changed as little as possible** [...].’⁶⁷⁰

Sowohl die Mehrheitsmeinung des Gerichtshofs als auch Richter *Armand-Ugon* vertreten, dass wechselseitige Rechte und Pflichten aus der lang andauernden Praxis entstehen. Effektive Praxis wachse also in den Status einer bindenden Vereinbarung hinein. Als Rechtsquelle benennt *Armand-Ugon* explizit das Völkergewohnheitsrecht gem. Art. 38 I b IGH-Statut, und zwar in Form eines bilateralen Rechtsverhältnisses, dem er die Kraft einer Vereinbarung zugesteht. Es ist fraglich, ob es zur Konstruktion einer Bindungswirkung in diesem Verhältnis eines Rückgriffs auf das Völkergewohnheitsrecht bedarf. Wenn sich zwei Staaten über längere Zeit hinweg gegenseitig Rechte gewähren, ist dies das objektive Anzeichen der entsprechenden Staatswillen, die konkludent geäußert wurden.⁶⁷¹ Die daraus folgende Bindungswirkung folgt nicht (nur) aus dem „Effektivitätsprinzip“, wie *Armand-Ugon* meint, oder dem Prinzip des *quieta non movere*, sondern schon aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, da zwei übereinstimmende Willenserklärungen eine Vereinbarung konstituieren. Hinsichtlich der Bindung zweier miteinander kommunizierender Staaten bedarf es daher, jedenfalls im vorliegenden Fall, nicht des Rückgriffs auf das

⁶⁶⁹ Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon, ICJ Reports 1960, S. 76 (82).

⁶⁷⁰ Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon, ICJ Reports 1960, S. 76 (83).

⁶⁷¹ Siehe Kapitel C. III. 1.

Völkergewohnheitsrecht.

Als Ergebnis der Entscheidung bleibt festzuhalten, dass die in einem bilateralen Verhältnis durch andauernde Praxis entstehenden Bindungen als lokales Völkergewohnheitsrecht qualifiziert werden können.⁶⁷² Das heißt aber nicht, dass dies in jedem Fall geschehen muss; in anderen Entscheidungen qualifiziert der Gerichtshof bilaterale Bindungen als konkludente bzw. stillschweigende Vereinbarungen (z. B. *Temple of Preah Vihear; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*). Für die dogmatische Einordnung einer etwaigen völkerrechtlichen Ersitzung lassen sich daher keine eindeutigen Erkenntnisse gewinnen.

Blum sieht den Fall als Bestätigung der Existenz von nicht-exklusiven speziellen Gewohnheitsrechten (historischen Rechten im uneigentlichen Sinne), die nicht *erga omnes*, sondern nur gegenüber einem anderen Staat zur Geltung kommen und die unterhalb der Schwelle voller Souveränität angesiedelt seien – z. B. der Erwerb von Transit- oder Fischereirechten. Solche Rechte würden auch als internationale Servitute bezeichnet.⁶⁷³ Später erkannte auch das Schiedsgericht in *Eritrea – Yemen* unter Berufung auf *Blum* die Entstehung von „historic titles“ durch einen Prozess der „historical consolidation“ über mehrere Jahrzehnte an, die eine Art internationale Servitute darstellten, aber nicht an territoriale Souveränität heranreichen.⁶⁷⁴

13. Temple of Preah Vihear⁶⁷⁵ (1962)

Im Fall ging es um die Inhaberschaft an dem Gebiet des Tempels *Preah Vihear* an der Grenze zwischen Thailand (vormals „Siam“) und Kambodscha (bis 1953 unter französischer Kolonialherrschaft). Er wird als eines der herausragendsten Beispiele der IGH-Rechtsprechung zur Grenzbestimmung anhand von *subsequent*

⁶⁷² Zur Existenz regionalen Völkergewohnheitsrechts siehe Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports 1950, S. 266 (S. 267 ff.).

⁶⁷³ *Blum*, Historic Titles in International Law, 1965, S. 58, 59.

⁶⁷⁴ *Eritrea – Yemen*, abrufbar auf der Seite des Permanent Court of Arbitration, <http://www.pca-cpa.org/>, S. 1 (38).

⁶⁷⁵ Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962, S. 6, im Folgenden *Temple of Preah Vihear*.

conduct, acquiescence, estoppel und zum Vertrauensschutz herangezogen.⁶⁷⁶ Elemente, die allesamt die Ersitzung berühren. Auch zur völkerrechtlichen Lehre der Willenserklärung und der Willensmängel – und auch diese ist für das genaue Verständnis der Ersitzung unabdingbar – liefert der *Temple of Preah Vihear*-Fall wesentliche Erkenntnisse, die Eingang in die Wiener Vertragsrechtskonvention von 23.05.1969 fanden.⁶⁷⁷

Die historische Tempelanlage *Preah Vihear* befindet sich auf einem Vorgebirge innerhalb der östlichen Dangrek-Bergkette, die Thailand im Norden von Kambodscha im Süden trennt.⁶⁷⁸ Das Vorgebirge ragt über die zu Kambodscha gehörende Ebene. Die religiöse und historische Bedeutung der Tempelanlage wurde erst etwa um 1950 wiederentdeckt. Zwischen 1904 und 1908 bemühten sich Frankreich und Siam um die Feststellung der Grenzen. Am 13. Februar 1904 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Grenze in der östlichen Dangrek-Region. In Artikel 1 des Vertrags legten die Parteien fest, dass die Grenze einer bestimmten Wasserscheide folgen sollte. In Artikel 3 vereinbarten sie die Einsetzung einer gemischten Kommission zur Grenzziehung im in Artikel 1 benannten Bereich. Aus zahlreichen Indizien schließt das Gericht, dass eine solche Grenzkommision auch tatsächlich eingesetzt wurde und sie ihre Arbeit erfolgreich abschloss. Jedoch existieren keine Unterlagen über die Arbeitsweise und die Ergebnisse der Kommission. Der letzte Schritt der Grenzziehung bestand in der Erstellung und Publikation von Landkarten. Da die siamesische Regierung dafür nicht über ausreichende Mittel verfügte, bat sie offiziell Frankreich darum. Im Herbst 1907 hatte Frankreich die Karten, wiederum, wie sich nur aus Indizien ableiten ließ, nach den Vorgaben der gemischten Kommission erstellt und leitete sie der siamesischen Regierung zu. Die Karten waren dem siamesischen Innen- und Außenminister nachweislich bekannt und wurden durch die siamesische Regierung an ihre Gesandtschaften und andere interessierte Kreise versandt, etwa an führende geologische Gesellschaften im Ausland. In der Karte, die die Dangrek-Region bezeichnete, war der Grenzverlauf klar erkennbar nördlich des Preah-Vihear-Vorgebirges eingezeichnet, sodass das Tempelgebiet in Kambodscha (damals Frankreich) lag.

⁶⁷⁶ *Shaw*, International Law, 6. Aufl. 2008, S. 518; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 393, § 615; *Martin*, L'estoppel en droit international public, 1979, S. 295, 296; *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 39, 43 ff.; siehe oben.

⁶⁷⁷ *Rensmann*, in: Schmalenbach/Dörr (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Article 48, S. 817, 818, Rz. 7, 8.

⁶⁷⁸ Zum Sachverhalt siehe ICJ Reports 1962, S. 6 (15-21).

Eine ablehnende Reaktion gegenüber Frankreich durch Thailand erfolgte nicht. 1930 besuchte der ehemalige Innenminister Siams, Prinz Damrong, im Rahmen einer halb-offiziellen Rundreise historische Stätten, unter anderem die Tempelanlage. Dort empfing ihn der französische Regierungsvertreter der Provinz Kambodscha, wobei die französische Flagge gehisst war. Auch dieses Verhalten hinterfragte Thailand nicht. 1934/35 führte Thailand eine Erkundung der Dangrek-Region durch und fand, wie es behauptete, eine Abweichung der tatsächlichen Wasserscheide vom in der Karte verzeichneten Grenzverlauf. Ohne die Abweichung auf der Karte gehöre das Gebiet zu Thailand. Dennoch verwendete Thailand auch bei offiziellen Anlässen weiterhin die französische Karte und bestätigte 1937 gegenüber Frankreich die gemeinsamen Grenzen. Auch fortan brachte Thailand das Thema der Grenzziehung in der Preah Vihear-Region gegenüber Frankreich nicht auf. Erst in den Jahren 1949-1954 positionierte Thailand vier Wächter und anschließend eine oder mehrere Polizeieinheiten auf dem Tempelgebiet. Auf diplomatische Noten Kambodschas, die Aufforderungen zur Erklärung und Abstellung dieses Verhaltens enthielten, reagierte Thailand nicht. Thailand behauptete vor Gericht, sich über den Inhalt der Karten geirrt zu haben, da es nicht gewusst habe, dass tatsächlich eine Abweichung von der Wasserscheide vorlag. Hätte es dies gewusst, hätte es die Karten nicht widerspruchslos verwendet.

Der Gerichtshof urteilte, dass Kambodscha aufgrund des Grenzvertrags von 1904 im Zusammenspiel mit dem nachfolgenden Verhalten beider Parteien, das von thailändischer Seite den Rechtsschein der Zustimmung bzw. Akzeptanz erzeugte, einen vertraglichen Titel über das Grenzgebiet erhielt, in dem sich die Tempelanlage auch heute noch befindet. Dagegen hätten die einzelnen hoheitlichen Handlungen Thailands nicht dazu geführt, den Rechtsschein wieder zu vernichten, der durch Handeln der obersten Behörden (Außenminister, Innenminister) bzw. siamesischer Gesandter im Ausland erzeugt worden war. Damit betrachtet der Gerichtshof die thailändischen Hoheitsakte auf dem Tempelgebiet lediglich als potentiell in der Lage, den Rechtsschein des gegenteiligen bisherigen Handelns Thailands zu neutralisieren:

„The real question is whether they [die Hoheitsakte Thailands] sufficed to efface or **cancel out the clear impression of acceptance** of the frontier

line at Preah Vihear to be derived from the various considerations already discussed.⁶⁷⁹

Der Gerichtshof stellte fest, dass eine offizielle Bestätigung der französischen Landkarten seitens Thailands niemals erfolgt war. Jedoch war er der Ansicht, dass Thailand durch positive Akte (offizielle Verwendung und Versendung der geografischen Karten) konkludent zugestimmt habe, dass die Karte den Grenzverlauf zwischen beiden Staaten bezeichne. Damit sei die Karte Bestandteil des Vertrags von 1904 geworden. Den Parteien sei klar gewesen, dass die Bestimmung in Artikel 1, wonach der Grenzverlauf der Wasserscheide folgen solle, nur eine generelle Verortung darstellen sollte. Die zusätzliche Einrichtung einer Grenzkommission in Artikel 3 zeige, dass sich die Parteien bewusst waren, mit der Bestimmung der Wasserscheide allein keine ausreichend sicher feststellbare Grenzziehung erreichen zu können. Die genauere Bestimmung oblag der Kommission bzw. den beiden Regierungen. Durch das nachfolgende Verhalten sei die Grenze, wie sie in der Karte erkennbar war, bindend geworden und gehe im Falle einer möglichen Abweichung von der tatsächlichen Wasserscheide der relevanten Vertragsklausel vor:

„It cannot be said that this process involved a departure from, and even a violation of, the terms of the Treaty of 1904, wherever the map line diverged from the line of the watershed [...] the map (whether in all respects accurate by reference to the true watershed line or not) was accepted by the Parties in 1908 and thereafter as constituting the result of the interpretation given by the two Governments to the delimitation which the Treaty itself required [...] In other words, the Parties at that time adopted an interpretation of the treaty settlement which caused the map line, in so far as it may have departed from the line of the watershed, to prevail over the relevant clause of the treaty.“⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ ICJ Reports 1962, S. 6 (30), Hervorhebungen auch im Folgenden hinzugefügt

⁶⁸⁰ ICJ Reports 1962, S. 6 (34). Wie Richter *Fitzmaurice* schlüssig in seinem Sondervotum darlegt, liegt darin keine echte Vertragsänderung, sondern nur eine Inhaltsbestimmung einer Klausel: „not in the legal sense a departure from the treaty provision concerned, but the mutual acceptance of a certain result as being its actual outcome, irrespective of the precise conformity of that outcome with the treaty criterion.“, Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, ICJ Reports 1962, S. 52 (55); dagegen führt *Müller* aus: „Nach Ansicht des IGH vermochte das spätere schlüssige Verhalten der Parteien das in Art. 1 des Vertrages von 1904 vorgesehene Grenzkriterium außer Kraft zu setzen und insofern den Grenzvertrag *abzuändern*.“, kursiv im Original. *Johnson* sei in seiner Urteilsbesprechung zu demselben Ergebnis gekommen, *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 46 (m. w. N.) Diese Differenzierung ist aber für die Frage nach der Ersitzung unerheblich, da in jedem Falle der Gebietstitel weiterhin auf

Der Gerichtshof führt weiter aus, dass, selbst wenn keine konkludente Zustimmung durch positives Tun („acknowledgment by conduct“⁶⁸¹) angenommen würde, Thailand doch durch das fortdauernde Stillschweigen angesichts der klar erkennbaren, von Frankreich auf den Karten vorgenommenen Zuordnung des Tempelgebiets stillschweigend die Rechtslage akzeptiert habe („even if it were otherwise, it is clear that the circumstances were such **as called for some reaction**, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree with the map or had any serious question to raise in regard to it. They did not do so, either then or for many years, and thereby **must be held to have acquiesced**. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*“⁶⁸²; „the inference must be [...] **that she accepted** the [...] Annex I map“⁶⁸³, „it appears to have amounted to a tacit recognition“⁶⁸⁴).⁶⁸⁵

Außerdem sei Thailand, das über Jahrzehnte hinweg von der Sicherheit der Grenze profitiert und Vertrauen auf die Unstreitigkeit der Grenzziehung bei Frankreich bzw. Kambodscha geweckt habe, nun daran gehindert, entgegen dem eigenen Verhalten die Grenze in Zweifel zu ziehen:

„Thailand is now **precluded by her conduct** from asserting that she did not accept it.“⁶⁸⁶

Das Argument Thailands, die ganze Zeit über im Irrtum über die Richtigkeit der Karte gewesen zu sein, weist der Gerichtshof zurück: Spätestens seit der eigenen Erkundung der Gegend durch Thailand hätte die angebliche Abweichung bekannt sein müssen. Dagegen, dass Thailand die ganze Zeit im Irrtum war, spreche auch die Tatsache, dass es, vorgeblich als Ausdruck eigener Souveränität, Personen auf der Tempelanlage stationiert habe. Hätte Thailand zu diesem Zeitpunkt die Karte immer noch für richtig gehalten, hätte es die Grenzziehung als richtig akzeptiert, und die Stationierung wäre eine offene Verletzung der aus der Karte hervorgehenden kambodschanischen Souveränität gewesen.⁶⁸⁷

vertraglicher Grundlage beruht. Es handelt sich nicht um einen außervertraglichen, adversen Rechtserwerb, da auf subjektiver Seite beider Parteien (jedenfalls wie sie sich dem objektiven Beobachter zeigte) Übereinstimmung darüber herrschte, dass in Anwendung des Vertrags gehandelt werde.

⁶⁸¹ ICJ Reports 1962, S. 6 (23).

⁶⁸² ICJ Reports 1962, S. 6 (23); Hervorhebung im Original.

⁶⁸³ ICJ Reports 1962, S. 6 (28).

⁶⁸⁴ ICJ Reports 1962, S. 6 (30, 31).

⁶⁸⁵ Trotz dieser klaren Trennung zwischen konkludenter Zustimmung durch positives Handeln einerseits und passiver *acquiescence* andererseits behauptet *Müller*, der IGH habe sowohl passives als auch aktives Verhalten unter dem Gesichtspunkt der *acquiescence* gewürdigt, *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 39.

⁶⁸⁶ ICJ Reports 1962, S. 6 (32), Hervorhebung hinzugefügt.

⁶⁸⁷ ICJ Reports 1962, S. 6 (33).

Der Gerichtshof trennt also zwischen ausdrücklicher Zustimmung, konkludenter Zustimmung und stillschweigender Akzeptanz (*acquiescence*). In der Entscheidung *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* überträgt der Gerichtshof diese Prüfungsreihenfolge auf die Frage nach einem Titel durch territoriale Hoheitsausübung in Verbindung mit *acquiescence*, wobei er einen vertraglichen Titel vorrangig prüft.

Hinsichtlich der stillschweigenden Zustimmung ist der Gerichtshof nicht der Ansicht, dass für den Eintritt einer Bindungswirkung ein tatsächlich vorhandener innerer Wille notwendig ist. Vielmehr wird unabhängig von der inneren Willensbildung an das äußerlich Wahrnehmbare angeknüpft: *videtur, inference, appear* zeigen dies. Ob die Anfechtung, d. h. die nachträgliche Vernichtung der so durch den Rechtsschein erzeugten Bindung wegen eines Irrtums oder wegen der Nichtexistenz eines inneren Willens, überhaupt eine Willenserklärung abzugeben, ausgeschlossen ist, ist eine davon getrennte Frage. Der Gerichtshof beschäftigt sich mit der Geltendmachung des Irrtums und deren Rechtswirkungen im Völkerrecht. Grundsätzlich erkennt er die Möglichkeit an, durch einen „plea of error“ einen Konsens zunichtezumachen („vitiating consent“⁶⁸⁸). Dies sei aber dann nicht möglich, wenn sich der Irrtum auf die Bedeutsamkeit eines Gebietes beziehe (gewissermaßen: unbeachtlicher Motivirrtum⁶⁸⁹) oder wenn die irrende Partei den Irrtum selbst mitverschuldet habe.⁶⁹⁰ Befindet sich die Partei nicht im Irrtum über ein Faktum, wollte aber gar keine Willenserklärung abgeben, scheint der Gerichtshof weniger deutlich, aber doch indirekt ebenfalls von der Möglichkeit der Geltendmachung dieses Umstandes auszugehen. Dies sei aber ausgeschlossen, wenn die ‘anfechtende’ Seite Vorteile gezogen und die Gegenseite auf den Rechtsschein vertraut habe (Prinzip des *estoppel*):

⁶⁸⁸ ICJ Reports 1962, S. 6 (26).

⁶⁸⁹ Siehe zum Thema des „error in motivation“ *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2012, Article 48, S. 820 f., Rz. 18, m. N. zu Judge *Fleischhauer*, Dissenting Opinion zu *Kaskili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, ICJ Reports 1999, S. 1196 (1203, Rz. 63).

⁶⁹⁰ ICJ Reports 1962, S. 6 (25, 26), Die *Temple of Preah Vihear*-Entscheidung prägte wesentlich Art. 48 WVK von 1969 (siehe *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2012, Article 48, S. 817 f.). Art. 48 Error
1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.
2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error. [...].

„[Thailand] has, for fifty years, enjoyed such benefits [...]. France, and through her Cambodia, relied on Thailand's acceptance of the map. [...] **It is not now open to Thailand [...] to deny** that she was ever a consenting party to it.“⁶⁹¹

Ob bei fehlendem *estoppel* der Vertrag infolge der Geltendmachung des Nichtwollens nichtig wäre, bleibt offen.⁶⁹² Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen *acquiescence* und *estoppel* bietet der *Temple of Preah Vihear*-Fall aber eine wichtige dogmatische Schlussfolgerung: Durch den *estoppel* selbst wird keine Bindung erzeugt, sondern die bereits vorher aufgrund des Rechtsscheins eingetretene Bindung wird lediglich irreversibel.

Dem einmal begründeten Titel Kambodschas gesteht der Gerichtshof eine gewisse Festigkeit zu. Ein besonderes Maß an Hoheitsausübung durch Kambodscha fordert er nicht: Schon durch einige sehr vereinzelte Routineverwaltungsakte in dem spärlich besiedelten Gebiet und durch die diplomatischen Noten habe Kambodscha „in view of her title founded on the Treaty of 1904“⁶⁹³ unzweideutig seine Souveränität ausgeübt. Hinsichtlich dieser Sicherungsfunktion des Titels schwächt der Gerichtshof insofern die Position des Richters *Max Hubers (Island of Palmas, s. o.)* ab, als letzterer vertrat, ein erworbener Gebietstitel müsse in gleichem Maße wie zum Erwerb durch Hoheitsausübung aufrecht erhalten werden (These: gleiche Voraussetzungen für Begründung und die „maintenance“ eines Rechts).

Daher verwundert es nicht, dass Kambodscha mit diplomatischen Noten allein gegenüber den militärischen Aktionen Thailands auf dem umstrittenen Grund und Boden „bestehen“ konnte, dass letzteren so wenig Gewicht zuerkannt wurde.⁶⁹⁴ Dagegen schreibt *Müller*: „[Es] ist erstaunlich, wie wenig Bedeutung der Gerichtshof in seinem Urteil den polizeilichen und militärischen Aktionen beimißt“⁶⁹⁵. Er erkennt daraus eine Tendenz, im Rahmen von *acquiescence* dem diplomatischen Verkehr eine höhere Bedeutung zuzuerkennen als machtmäßiger

⁶⁹¹ ICJ Reports 1962, S. 6 (32), Hervorhebung hinzugefügt.

⁶⁹² Art. 48 WVK liefert auf diese Frage ebensowenig eine Antwort. Von der Irrtumslehre ist diese Konstellation nicht erfasst.

⁶⁹³ ICJ Reports 1962, S. 6 (30, 31).

⁶⁹⁴ Erstaunt darüber ist aber *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 47, m. w. N. zu *Jennings*, der die geringe Bedeutung der ausgeübten Souveränität ebenfalls betont.

⁶⁹⁵ *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 47.

Durchsetzung effektiver Herrschaft.⁶⁹⁶ Grund für die geringe Bedeutung der militärischen Aktionen liegt nach Ansicht des Gerichtshofs aber wohl eher (neben der Beständigkeit des Titels) darin, dass der Gerichtshof nach dem Urheber des Rechtsscheins durch konkludente Handlungen bzw. Stillschweigen fragt und hierarchisch differenziert: Während einige thailändische lokale Kräfte an Ort und Stelle des Tempels tatsächliche Hoheitsgewalt ausübten, hatten die obersten Behörden Siams die Karten verwendet und dem Anspruch Kambodschas auch nicht auf diplomatischem Weg widersprochen: „the Court finds it difficult to regard such local acts as overriding and negating the consistent and undeviating attitude of the central Siamese authorities to the frontier line as mapped.“⁶⁹⁷ Auch an anderer Stelle (siehe *Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land*) vertritt der Gerichtshof, dass den Handlungen regionaler Akteure weniger Gewicht zukommt als dem Handeln auf oberster Regierungsebene.

Der Gerichtshof behandelt im *Temple of Preah Vihear*-Fall ausschließlich die Frage nach der Möglichkeit einer Vertragsgestaltung bzw. -Modifizierung durch nachfolgendes Verhalten beider Parteien⁶⁹⁸, und dies gerade nicht durch die tatsächliche Ausübung von Hoheitsgewalt auf einem Territorium.

Die Frage, ob darüber hinausgehend ein Erwerb unabhängig von Verträgen allein durch die Ausübung von Hoheitsgewalt möglich gewesen wäre, behandelt der Gerichtshof nicht. Thailand selbst hatte zugegeben, dass, sofern Kambodscha einen Titel durch das Vertragswerk von 1904 erworben haben sollte, es diesen nicht wieder aufgegeben habe und sich Thailand auch nicht auf einen Prozess der „acquisitive prescription“ berufen könne. Daraufhin lag diese Frage außerhalb des durch den Gerichtshof zu klärenden Umfangs des Falls.⁶⁹⁹

14. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (1984)⁷⁰⁰

Es herrschten ein unklarer Grenzverlauf zwischen den USA und Kanada im Golf von Maine und Unstimmigkeit darüber, welche Methode zur Ermittlung des

⁶⁹⁶ Müller, ebd., S. 48.

⁶⁹⁷ ICJ Reports 1962, S. 30.

⁶⁹⁸ Vgl. Art. 31 III b WVK.

⁶⁹⁹ ICJ Reports 1962, S. 30.

⁷⁰⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment of 12 October 1984, ICJ Reports 1984, S. 246, im Folgenden *Gulf of Maine*.

Grenzverlaufs angewandt werden sollte. Völkerrechtliche Verträge waren nicht einschlägig, da sowohl der Festlandssockel als auch Fischereigebiet betroffen waren. Bilaterale Vereinbarungen gab es nicht. Angesichts der Ausbeutung von Kohlenwasserstoffvorkommen in der Grenzregion seit den 1960er Jahren, für die zunächst Kanada Konzessionen erteilte, gewann die unklare Grenzsituation an Potential für eine völkerrechtliche Streitigkeit. Dem Gerichtshof oblag es, den Grenzverlauf festzulegen. Zunächst musste er jedoch der Frage nachgehen, ob sich bezüglich der Feststellung des Grenzverlaufs aus dem Verhalten der Parteien eine Verpflichtung der einen oder der anderen ergab, die Grenzziehung der jeweils anderen Partei zu akzeptieren. Kanada war der Ansicht, das Verhalten der USA begründe entweder eine echte stillschweigende Zustimmung (*acquiescence*), jedenfalls aber eine de-facto-Grenze (*modus vivendi*), hilfsweise Indizien dafür, was die Parteien als gerecht ansehen. Die USA lehnten einen derartigen Erklärungsgehalt ihrer Handlungen ab.⁷⁰¹

Der Gerichtshof erläutert die Rechtsprinzipien, die der Schlussfolgerung einer rechtlichen Verpflichtung aus dem Verhalten von Staaten zugrunde liegen; *acquiescence*, *estoppel* und *preclusion*. *Acquiescence* bedeute die stillschweigende Anerkennung durch einseitiges Handeln (rechtsbegründendes Element), die die andere Partei als Zustimmung interpretieren dürfe, während *estoppel* mit dem Ausschluss der Geltendmachung eines Anspruchs verbunden sei:

„The Chamber observes that in any case the concepts of acquiescence and estoppel, irrespective of the status accorded to them by international law, both follow from the fundamental principles of good faith and equity. They are, however, based on different legal reasoning, since acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent, while estoppel is linked to the idea of preclusion. According to one view, preclusion is in fact the procedural aspect and estoppel the substantive aspect of the same principle“⁷⁰².

⁷⁰¹ ICJ Reports 1984, S. 246 (303, 304), Hervorhebungen in fett hinzugefügt.

⁷⁰² ICJ Reports 1984, S. 246 (305, Rz. 130).

Kanada fügte dieser Definition in seiner Argumentation das Element der tatsächlichen oder unterstellten Kenntnis des stillschweigenden Staates von den Aktivitäten des anderen Staates für die Begründung von *acquiescence* hinzu.⁷⁰³

Der Unterschied, so der IGH, zwischen *acquiescence* und *estoppel* liege im Element des Schadens bzw. der Beeinträchtigung liege, die dadurch entstehen, dass ein Staat sein Verhalten auf die Verhaltensweisen des anderen ausrichtet.⁷⁰⁴ Dies sei nur für *estoppel* Voraussetzung.⁷⁰⁵ Beide Konzepte setzten eine klare und konsistente Verhaltensweise voraus.⁷⁰⁶

Der Gerichtshof sah die Anforderung, dass das Verhalten der nachgebenden Partei ausreichend klar, andauernd und konsistent zu sein hat, um Aussagekraft zu entfalten, hinsichtlich der USA als nicht erfüllt.⁷⁰⁷ Der Gerichtshof kam nach der Subsumtion verschiedener Verhaltensweisen der USA und Kanada unter die zuvor aufgestellten Kriterien zum Ergebnis, dass aus dem Verhalten beider Parteien keine Verpflichtungen die Grenze betreffend erwachsen. Einzelne „unklug“ Unterlassungen während relativ kurzer Zeit (von 1965 bis 1972), etwa gegen die durch Kanada erteilten Erlaubnisse zur Erforschung des Rohstoffvorkommens im Grenzgebiet nicht zu protestieren, ergebe noch kein klares Bild zugunsten Kanadas, an das die rechtlichen Folgen einer Gebietssouveränität geknüpft werden könnten:

„Furthermore, while it may be conceded that the United States showed a certain imprudence in maintaining silence after Canada had issued the first permits for exploration on Georges Bank, any attempt to attribute to such silence, a brief silence at that, legal consequences taking the concrete form of an *estoppel*, seems to be going too far.“⁷⁰⁸

Zusammenfassend ist der Fall *Gulf of Maine* für die Definition von *acquiescence* und *estoppel* von Bedeutung, die der IGH auch in der folgenden Rechtsprechung beibehielt.⁷⁰⁹ Beide Konzepte sind für die Erklärung der Ersitzung maßgeblich,

⁷⁰³ ICJ Reports 1984, S. 246 (304).

⁷⁰⁴ ICJ Reports 1984, S. 246 (305, 309).

⁷⁰⁵ Für die Definition von *estoppel* zieht der Gerichtshof *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports 1969, S. 3 (26), heran.

⁷⁰⁶ ICJ Reports 1984, S. 246 (305, 309).

⁷⁰⁷ ICJ Reports 1984, S. 246 (309).

⁷⁰⁸ ICJ Reports 1984, S. 246 (308).

⁷⁰⁹ Zu *acquiescence* insb. Kapitel E. I. 24.

siehe dazu Kapitel G. *Acquiescence* kann bzgl. einer Gebietsübertragung nur bei klarem, dauerhaftem und konsistentem Verhalten entstehen. Einzelne Verhaltensweisen reichten nicht aus, um einen Rechtsschein zu erzeugen, der stark genug ist, um einen Gebietsverlust zu rechtfertigen.

15. Frontier Dispute (Burkina Faso/ Republic of Mali)⁷¹⁰ (1986)

Im richtungsweisenden Urteil *Frontier Dispute, Burkina Faso/Mali* gab der IGH Auskunft zur Funktion von sogenannten *effectivités* und ihrem Verhältnis zu Titeln. Die Thesen des IGH können nicht isoliert von der Einordnung der Streitigkeit in den kolonialen Kontext betrachtet werden. Die Rechtssteitigkeit entstand vor dem Hintergrund der Dekolonisierung des afrikanischen Kontinents. Sowohl Burkina Faso als auch Mali sind aus ehemaligen französischen Kolonien in Französisch-Westafrika (Haute Volta und Soudan Français) hervorgegangen. Die Parteien waren bei dem Versuch gescheitert, die gesamte gemeinsame Grenze für die postkoloniale Zeit vertraglich neu festzulegen bzw. deren bislang undeutlichen Verlauf nachzuvollziehen und, soweit nötig, klar zu bestimmen.⁷¹¹ Hinsichtlich einer bestimmten Region blieb der Grenzverlauf streitig.

Die Parteien fixierten in der Präambel zum „Special Agreement“, der Vereinbarung darüber, das Verfahren vor den IGH zu bringen, die Streitbeilegung „should be based in respect for the principle of the intangibility of frontiers inherited from colonization“⁷¹². Dieses Prinzip, die während der Kolonialzeit festgelegten Grenzen zu respektieren, auch *uti possidetis*⁷¹³ genannt, sei, so der IGH, zum einen ein fest etabliertes Rechtsgrundsatz des Völkerrechts, der sich in Lateinamerika herausgebildet habe und auf all jene Konstellationen Anwendung finde, in denen Staaten unabhängig werden:

„Although there is no need, for the purposes of the present case, to show that this is a **firmly established principle of international law where decolonization is concerned**, the Chamber nonetheless wishes to emphasize its general scope, in view of its exceptional importance for the

⁷¹⁰ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986, S. 554, im Folgenden *Burkina Faso/Mali*.

⁷¹¹ ICJ Reports 1986, S. 554 (562, 563).

⁷¹² ICJ Reports 1986, S. 554 (557).

⁷¹³ ICJ Reports 1986, S. 554 (564, 565).

African continent and for the two Parties. In this connection it should be noted that the principle of *uti possidetis* seems to have been first invoked and applied in Spanish America, inasmuch as this was the continent which first witnessed the phenomenon of decolonization involving the formation of a number of sovereign States on territory formerly belonging to a single metropolitan State. Nevertheless the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a **general principle**, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs. Its obvious purpose is to prevent the independence and stability of new States being endangered by fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power."⁷¹⁴

Daher habe das Prinzip bereits Geltung beansprucht, als Mali und Burkina Faso im Jahre 1960 unabhängig geworden seien. Später hätten die afrikanischen Staaten auch noch einmal das in der Charta der Organisation für Afrikanische Einheit⁷¹⁵ nur angedeutete Prinzip der Beachtung der in der Kolonialzeit gezogenen Grenzen ausformuliert: Im Jahre 1964 erklärten die Mitgliedstaaten in der in Kairo verabschiedeten Resolution AGH/Res 16 (I)⁷¹⁶, „to respect the frontiers existing on their achievement of national independence“.⁷¹⁷

Das Prinzip gilt danach nicht nur für die Grenzen zwischen Kolonien verschiedener Souveräne, sondern auch für administrative Grenzen zwischen mehreren Kolonien eines einzigen Souveräns. Letzteres qualifiziert das *uti possidetis*-Prinzip als spezieller im Vergleich zum Prinzip der Kontinuität der Grenzen im Falle der Staatensukzession, die nur für die Rechtsnachfolge in völkerrechtliche Verträge gilt.⁷¹⁸ Ausgangspunkt zur Beurteilung des Grenzverlaufs ist nach *uti possidetis* die zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigkeit („critical date“⁷¹⁹) bestehende Gebietssituation. Die Rechtmäßigkeit der kolonialen Grenzziehung spielt für die Beurteilung dieser

⁷¹⁴ ICJ Reports 1986, S. 554 (565), Hervorhebung in fett hinzugefügt. Zur Frage des *uti possidetis* als allgemeiner Rechtsgrundsatz siehe Kapitel C. III. 6.

⁷¹⁵ Organisation of African Unity, gegründet am 25.5.1963 in Addis Abeba von den damals 32 unabhängigen Staaten Afrikas ohne Togo und Marokko, seit 2002 in die Afrikanische Union (African Union) überführt.

⁷¹⁶ Resolution AGH/Res 16 (I).

⁷¹⁷ ICJ Reports 1986, S. 554 (564).

⁷¹⁸ Zeller, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 288.

⁷¹⁹ ICJ Reports 1986, S. 554 (568).

Situation keine Rolle⁷²⁰, da *uti possidetis* das faktisch Bestehende in eine rechtliche Ausgangssituation umwandelt.⁷²¹ So bewirkt *uti possidetis* gewissermaßen die Festlegung eines neuen Ursprungs in einem territorialen Koordinatensystem, dessen bisherige Nullstelle nicht mehr ermittelt werden kann oder soll.

Die Parteien selbst hatten sich zur Unterstützung ihrer Ansprüche auf die sogenannten *effectivités* berufen, d. h. auf die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden als effektive Hoheitsausübung während der Kolonialzeit. Nach Ansicht Burkina Fasos könnten die *effectivités* zwar keinen Titel ersetzen, aber einen aus kartographischem Material oder aus schriftlichen Zeugnissen festgestellten Titel unterstützen. Mali sah die Bedeutung der *effectivités* darin, dass sie im Falle eines unklaren, nicht durch Konvention oder Gesetz beschriebenen Grenzverlauf essentiell für die Feststellung der Grenze seien. Dagegen könnten die *effectivités* nicht ausschlaggebend sein, sofern sie im Widerspruch zu einem vertraglichen Text stünden. Der Gerichtshof brachte Klarheit in die Angelegenheit, indem er zwischen vier möglichen Ausgangssituationen differenzierte,

„For this purpose, a distinction must be drawn among several eventualities. Where the act corresponds exactly to law, where **effective administration is additional** to the *uti possidetis juris*, the only role of *effectivité* is to confirm the exercise of the right derived from a legal title. **Where the act does not correspond to the law**, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, **preference should be given to the holder of the title**. In the event that the *effectivité* **does not co-exist with any legal title**, it must invariably be taken into consideration. Finally, there are cases where the legal **title is not capable of showing exactly** the territorial expanse to which it relates. The *effectivités* can then play an essential role in showing how the title is interpreted in practice.“⁷²²

⁷²⁰ ICJ Reports 1986, S. 554 (568).

⁷²¹ Zeller, Ex Facto Ius Oritur, 2006, S. 300 ff.

⁷²² ICJ Reports 1986, S. 554 (586, 587), kursiv im Original, fett hinzugefügt. Dies wurde zur ständigen Rspr., siehe Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 68); Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of 12 July 2005, ICJ Reports 2005, S. 90 (127, Rz. 75-78); Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (706).

Entsprechen sich Titel und Hoheitsausübung (Variante 1), wird der Titel nur bestärkt. Widersprechen sich Titel und Hoheitsausübung (Variante 2), überwiegt der Titel. Besteht kein anderweitiger Titel (Variante 3) oder ist der Titel nicht klar in Bezug auf das entsprechende Gebiet (Variante 4), spielt die tatsächliche Hoheitsausübung eine wesentliche Rolle für die Bestimmung der Gebietshoheit bzw. die Interpretation des Titels.

Die Aussage des IGH in Bezug auf Variante 2 scheint auf den ersten Blick den bisher gewonnenen Erkenntnissen aus den Fällen *Island of Palmas* (s. o.) und *Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land* (s. o.) zu widersprechen, wonach erst ein Schiedsgericht, dann der IGH selbst es für möglich befunden hatten, dass sogar ein vertragsmäßig festgelegter Titel – wenn auch unter erhöhten Anforderungen – durch tatsächliche Hoheitsausübung abbedungen werden könne. Nun heißt es, „preference should be given to the holder of the title“. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn diese Aussage in ihr Umfeld gestellt wird: Es geht dem Gerichtshof in *Burkina Faso/Mali* ausschließlich um solche Streitigkeiten, die das Verhältnis eines durch das Prinzip *uti possidetis* begründeten Titel zu einer tatsächlichen Hoheitsausübung betreffen: Seine Aufgabe sei es, zu klären

„[...] what legal relationship exists between such acts and the titles on which the implementation of the principle of *uti possidetis* is grounded.“⁷²³

Sinn und Zweck des Prinzips *uti possidetis* sei es, dem erhöhten Bedürfnis nach Rechtssicherheit von soeben unabhängig gewordenen und damit in besonderem Maße fragilen Staaten Rechnung zu tragen und durch eine klare Regelung Grenzkonflikten und Bürgerkriegen vorzubeugen:

„[...] the maintenance of the territorial *status quo* in Africa is often seen as the wisest course. The essential requirement of stability in order to survive, to develop and gradually to consolidate their independence in all fields has

⁷²³ ICJ Reports 1986, S. 554 (586), kursiv im Original.

induced African States to consent to the maintenance of colonial boundaries or frontiers [...]“⁷²⁴

Daher misst *uti possidetis* dem Titel eine derart starke Sicherungsfunktion bei, dass er (während der Kolonialzeit) nicht mehr durch entgegenstehende Hoheitsausübung verändert werden kann.

„The first aspect [of the principle of *uti possidetis juris*] is found in the **pre-eminence accorded to legal title over effective possession** as a basis of sovereignty.“⁷²⁵

Nach dem kritischen Datum unterliegt aber der durch *uti possidetis* zunächst fixierte Titel wie jeder andere auch der Möglichkeit der Veränderung, z. B. durch *acquiescence*.⁷²⁶ Damit wird deutlich, dass die *uti possidetis*-Regel als *lex specialis* in den Situationen soeben unabhängig gewordener Staaten die allgemeinen Regeln verdrängt, die, wie oben gezeigt, in einem Zusammenspiel die Rechtsfolge des Titelübergangs zugunsten eines Staates an dessen adverse effektive Hoheitsausübung entgegen einem (vertraglichen) Titel eines anderen Staates knüpfen. Das Motiv der Rechtssicherheit, das üblicherweise für das Entstehen eines Titels zugunsten des zunächst widerrechtlich handelnden Staates streitet, erzeugt in dieser speziellen Situation einen Vorrang der bereits fixierten Grenzen.

In seiner späteren Entscheidung *Benin/Niger* (2005) stellt der Gerichtshof die fehlende Eignung der **kolonialen** *effectivités* zum Erwerb eines adversen Titels klar⁷²⁷ und führt damit die in *Burkina Faso/Mali* begonnene Linie fort:

⁷²⁴ Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) Judgment of 22 December 1986, S. 172, <http://www.icj-cij.org/docket/files/69/6449.pdf>, kursiv im Original.

⁷²⁵ ICJ Reports 1986, S. 554 (566).

⁷²⁶ „[...] the work of a Mediation Commission of the Organization of African Unity which sat in 1975. According to Burkina Faso, Mali accepted as binding the solution to the dispute outlined by that Commission. **Since this argument from acquiescence would, if correct, make it unnecessary to endeavour to establish the frontier inherited from the colonial period**, it should be dealt with at the outset as a preliminary question“, ICJ Reports 1986, S. 554 (570), Hervorhebung hinzugefügt; siehe auch Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening, Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, S. 351 (401).

⁷²⁷ Auch im Urteil von 2002, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* dienen die *effectivités* nicht zur Begründung eines adversen Rechts, siehe Kapitel E. I. 22.

„*effectivités* can only be of interest in a case in order to complete or make good doubtful or absent legal titles, but **can never prevail over titles with which they are at variance.**“⁷²⁸.

16. El Salvador/Honduras (1992)

In der Streitigkeit zwischen El Salvador und Honduras⁷²⁹ befürwortete der IGH die nachträgliche Veränderlichkeit der *uti possidetis*-Grenzen.⁷³⁰ Eine durch *uti possidetis* geschaffene Position könne sowohl durch Adjudikation und Vertrag, genauso aber auch durch Anerkennung oder *acquiescence* qualifiziert, d. h. verändert werden.⁷³¹

Honduras und El Salvador hatten mehrfach (und für einige Bereiche erfolgreich) versucht, nach ihrer Unabhängigkeit von der spanischen Kolonialherrschaft im Jahre 1821 die während der Kolonialzeit entstandenen Grenzen genau zu bestimmen und ggf., sofern erforderlich neu zu regeln. Hinsichtlich eines bestimmten Abschnitts war zwischen den Parteien lange Zeit unstrittig, dass die Grenze zwischen gewissen Punkten verlaufe (zwischen den Landgebieten von Ocotopeque und Citala), was sich aus einem 1776 verliehenen „Titel“, einem sogenannten *titulo ejidal*, der Spanischen Krone ergebe. Honduras wandte sich erst 1972 gegen diese Interpretation des spanischen Titels. Der IGH urteilte, er müsse sich mit dessen richtiger Auslegung nicht befassen. Denn selbst die Richtigkeit der von Honduras im Jahre 1972 vorgetragenen Auslegung unterstellt, habe Honduras während einer „lengthy period“⁷³² von 1881 bis 1972 mit der stillschweigenden Akzeptanz der anderslautenden Auslegung ein Verhalten gezeigt, das *acquiescence* in Bezug auf den Grenzverlauf bedeute und ihn jedenfalls damit so begründet habe:

„**Even on the hypothesis** that Honduras's analysis of the legal effect, under Spanish colonial law, of the grant of the Citala *titulo ejidal* is correct, so that from 1776 onward the provincial boundary remained to the south-west of the land comprised in that title (and followed the line E-FG'-H-J-A), the

⁷²⁸ ICJ Reports 2005, S. 90 (149), Hervorhebung in fett hinzugefügt.

⁷²⁹ Land, Island and Maritime Frontier (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, S. 351, im Folgenden *El Salvador/Honduras*.

⁷³⁰ ICJ Reports 1992, S. 351 (401).

⁷³¹ ICJ Reports 1992, S. 351 (401, Rz. 67).

⁷³² ICJ Reports 1992, S. 351 (408, Rz. 80), Hervorhebung in fett hinzugefügt.

conclusion does not follow that that is the course of the international frontier today. The situation was susceptible of modification by acquiescence in the lengthy intervening period; and the Chamber finds that the conduct of Honduras from 1881 until 1972 may be regarded as amounting to such acquiescence in a boundary [...]“⁷³³.

Eine weitere Fragestellung des Falls betraf die territoriale Souveränität bezüglich gewisser Inseln im Golf von Fonseca. Dem Gerichtshof gelang es nicht, die Inseln bestimmten Verwaltungseinheiten der spanischen Herrschaft während der Kolonialzeit zuzuordnen, da deren Abgrenzung durch legislative und administrative Akte konfus und widersprüchlich war. Es stand fest, dass eine Partei Erbe des durch die Spanische Krone begründeten Titels sein musste, nur welche dies war, blieb auch nach gründlicher Untersuchung unklar. Da die Inseln jedenfalls nicht mehr *terrae nullius* waren, schied eine (Neu)-Begründung eines Titels durch Okkupation aus. Da auch die kolonialen *effectivités* zu vage und uneindeutig waren, um eine Entscheidung darauf zu stützen, prüfte der Gerichtshof, ob sich aus dem postkolonialen Verhalten (u. a. dem effektiven Besitz) Aufschluss auf die **damalige** Vorstellung über die Grenzen ergab:

„Where the relevant administrative boundary was ill-defined or its position disputed, in the view of the Chamber the behaviour of the two newly independent States in the years following independence may well serve as a guide to where the boundary was, either in their shared view, or in the view acted on by one and acquiesced in by the other.“⁷³⁴

„*acquisition* of territory by occupation was not possible; but the effective possession by one of the Gulf States of any island of the Gulf could constitute an *effectivité*, though a post-colonial one, throwing light on the contemporary appreciation of the legal situation“⁷³⁵

Diese postkolonialen *effectivités* waren also insofern vergangenheits- und damit kolonialzeitbezogen, als sie vor allem als Indikator für die damalige Auslegung des Titels lieferten, als sie beide Seiten, oder aber eine Seite mit dem

⁷³³ ICJ Reports 1992, S. 351 (407, 408).

⁷³⁴ ICJ 1992, S. 351 (565); siehe zur Bedeutung nachfolgenden Verhaltens für die Interpretation von Verträgen Art. 31 III WVK.

⁷³⁵ ICJ Reports 1992, S. 351 (566), kursiv im Original.

stillschweigenden Einverständnis der anderen vertrat. Hingegen zog der Gerichtshof die *effectivités* nicht zur Begründung eines Gebietstitels im Anschluss an die Kolonialzeit heran.

Es irritiert dennoch, dass der Gerichtshof den Begriff der *effectivités* für die postkoloniale Zeit verwendet, obwohl er allein für die Feststellung der Grenzen in der „Stunde Null“ der Unabhängigkeit geprägt worden war. *Perrin* sieht dies als Indiz dafür, dass der Gerichtshof in *El Salvador/Honduras* (ICJ Reports 1992, S. 563-566) die Überlegungen von *effectivités* und Titel auf die nachkoloniale Zeit ausdehnt.⁷³⁶ Dies bestätigt sich allerdings nicht in der Rechtsprechung der Folgezeit. In späteren Entscheidungen (*Cameroon v. Nigeria, Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, Nicaragua v. Honduras*⁷³⁷, *Nicaragua v. Colombia*⁷³⁸) werden zwar postkoloniale Handlungen als *effectivités* bezeichnet. Jedoch entschließt sich der Gerichtshof nicht dazu, die Überlegung aus *Burkina Faso/Mali*, wonach im Konfliktfall zwischen einem Titel und *effectivités* ersterem der Vorzug zu geben ist, auf die postkoloniale Zeit zu übertragen. In dieser Hinsicht bleibt er bei der wesentlichen Aussage von *El Salvador/Honduras*, dass nach der Unabhängigkeit die durch *uti possidetis* zunächst eingefrorenen Grenzen wieder den Veränderungsprozessen des Völkerrechts unterworfen sind. Demnach, wie bereits gezeigt, können auch vertraglich fixierte Titel unter gewissen Umständen durch Hoheitsausübung und Stillschweigen derogiert werden.⁷³⁹

17. Eritrea – Yemen (1998)

Das Schiedsgericht, das die Parteien Eritrea und Jemen zur Beilegung ihres Streits u. a. bezüglich der territorialen Souveränität über bestimmte, im Roten Meer belegene Inseln angerufen hatten, erkannte die Existenz von historischen Titeln an.⁷⁴⁰ Diesen räumt es eine zweifache Bedeutung ein. Zum einen seien damit „ancient“ Titel gemeint, die seit so langer Zeit in der öffentlichen Wahrnehmung vorhanden seien, dass die Bekanntheit selbst den Titel konstituiere,

⁷³⁶ Dazu *Perrin*, AFDI 48 (2002), S. 322 (338).

⁷³⁷ *Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (706).

⁷³⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, S. 624 (652 ff.).

⁷³⁹ Siehe dazu vor allem das Urteil *Malaysia/Singapore*, Kapitel E. I. 24.

⁷⁴⁰ Eine konzise Zusammenfassung der Entscheidung des Schiedsgerichts bzgl. des Souveränitätsstreits liefert *Despeux*, Das Schiedsurteil Jemen gegen Eritrea II vom 17. Dezember 1999: Entscheidung über die Seeabgrenzung, ZaöRV 2000, S. 451 (451-457).

„The notion of an historic title is well-known in international law, not least in respect of ‘historic bays’, which are governed by rules exceptional to the normal rules about bays. Historic bays again rely upon a kind of ‘ancient title’: a title that has so long been established by common repute that this common knowledge is itself a sufficient title.“⁷⁴¹

Zum anderen bezeichne der Begriff einen Titel, der auf einem Prozess der historischen Konsolidierung durch einen kontinuierlichen Prozess während des Ablaufs einer langen Zeitspanne basiere.⁷⁴² Weitere Begriffe für die historische Konsolidierung seien „acquiescence“ und „prescription“:

„But an historic title has also another and different meaning in international law as a title that has been created, or consolidated, by a process of prescription, or acquiescence, or by possession so long continued as to have become accepted by the law as a title. These titles too are historic in the sense that continuity and the lapse of a period of time is of the essence.“⁷⁴³

Diese zweite Art der historischen Titel beruhte auf

„the demonstration of use, presence, display of governmental authority, and other ways of showing a possession which may gradually consolidate into a title; a process well illustrated in the *Eastern Greenland* case, the *Palmas* case, and very many other well-known cases.“⁷⁴⁴

Das Schiedsgericht stellt zunächst fest, dass keine der Parteien einen historischen Titel der ersten Art an den fraglichen Inseln darlegen könne. Die Inseln hätten dem Osmanischen Reich bzw. der Türkei bis zum Vertrag von Lausanne aus dem Jahre 1923 (seit 1926 in Kraft) gehört, in dem sie auf die Souveränität über die Inseln verzichtete. Artikel 16 des Vertrags von Lausanne habe vorgesehen, dass die Frage der Souveränität über die fraglichen Inseln durch die interessierten

⁷⁴¹ Eritrea – Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage – Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, im Folgenden *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 1 (32, Rz. 106).

⁷⁴² Das Schiedsgericht zieht für diese Theorie *Charles de Visscher* heran, *Eritrea – Yemen*, S. 126, Rz. 451.

⁷⁴³ *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 32, Rz. 106.

⁷⁴⁴ *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 125, Rz. 450, Hervorhebung im Original.

Staaten zu regeln sei. Eine solche Regelung sei nicht getroffen worden, sodass Art. 16 fortgegolten habe. Eine Änderung des *status quo* sei erst nach der Beendigung der kolonialen Herrschaft möglich gewesen. Jemen und Eritrea als einzige interessierte Parteien waren seitdem in der Lage, durch effektive und friedliche Ausübung von staatlichen Funktionen Souveränität bzgl. der Inseln zu erwerben (historischer Titel im zweiten Sinne). Das Schiedsgericht basiert seine Entscheidung daraufhin auf die Ausübung von Akten *à titre de souverain*, auf die Theorie der geographischen Proximität und schließlich auf die Theorie der natürlichen Einheit.

Das Schiedsgericht versteht den Begriff der „acquisitive prescription“ nicht als *adverses* Recht, sondern als eine Art des originären Titelerwerbs, insofern, als sie einen Erwerb *an terra nullius* ermöglicht:

„The correct analysis of Article 16 [des Vertrags von Lausanne] is, in the Tribunal’s view, the following: in 1923 Turkey renounced title to those islands over which it had sovereignty until then. They did not become *res nullius* – that is to say, open to **acquisitive prescription** – by any state, including any of the High Contracting Parties (including Italy).“⁷⁴⁵

Die Theorie der historischen Konsolidierung von Rechten und Titeln, der das Schiedsgericht folgt, lehnt der Internationale Gerichtshof im Urteil *Cameroon v. Nigeria* (s. u.) später für einen Erwerb von Gebieten entschieden ab.

18. Kaskili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)⁷⁴⁶ (1999)

Botswana und Namibia, beides ehemalige Kolonien, stritten über den gemeinsamen Grenzverlauf, insbesondere im Gebiet der und in Hinblick auf die territoriale Souveränität über die Insel Kaskili bzw. Sedudu. Botswana hatte am 30.09.1966 die Unabhängigkeit von der britischen Kolonialherrschaft erlangt, Namibia, ehemals deutsche Kolonie, anschließend unter der Verwaltung durch Südafrika, am 21.03.1990. Der Grenzverlauf basierte auf einem Deutsch-Britischen Vertrag von 1890 zur Abgrenzung von Interessensphären. Botswana

⁷⁴⁵ *Eritrea – Yemen*, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>, S. 50, Rz. 165, Hervorhebung in fett hinzugefügt.

⁷⁴⁶ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) Judgment of 13 December*, ICJ Reports 1999, S. 1045, im Folgenden *Kaskili/Sedudu*.

und Namibia waren sich einig darüber, dass dieser Vertrag Grundlage auch für die heutige Grenze sein sollte (die Parteien bekannten sich im *Special Agreement* zum Prinzip des *uti possidetis*). Nach dem Wortlaut des Vertrags verlief die Grenze entlang des „main channel“ des Flusses Chobe. Streitig zwischen den Parteien war, welcher als der Hauptkanal gelten sollte; der nördliche oder der südliche Kanal. Von dieser Interpretation hing ab, welchem Staat die Insel zugeordnet würde (wenn nördlich, Botswana, wenn südlich, Namibia). Die Parteien, selbst keine Signatarstaaten der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969, hatten deren Bestimmungen insoweit akzeptiert, als sie Völkergewohnheitsrecht normierten.

Für die Auslegung des Vertrags zog der Gerichtshof verschiedene Kriterien wie die Tiefe, die Breite, die Flussgeschwindigkeit, die Sichtbarkeit und die Schiffbarkeit beider Kanäle heran. Er kam zu dem Ergebnis, dass nach der gewöhnlichen Bedeutung („ordinary meaning“) des Vertrags der nördliche Kanal als Grenze dienen sollte. Namibia brachte zur Begründung seines Anspruchs vor, aufgrund des anschließenden Verhaltens der Parteien müsse diese Interpretation zugunsten des südlichen Kanals geändert werden, gem. Art. 31 III b Wiener Vertragsrechtskonvention.⁷⁴⁷ Hilfsweise berief sich Namibia daneben auf einen eigenständigen, vom Vertrag losgelösten Anspruch auf das Gebiet aufgrund von „prescription, acquiescence und recognition“⁷⁴⁸. Das Verhalten, auf das sich Namibia berief, waren die Kontrolle und die Nutzung der Insel durch Stammesleute der Masubia von Caprivi, was der deutschen Kolonialmacht, die im Wege der *indirect rule* das Gebiet verwaltet habe, zuzurechnen sei. Weiter berief sich Namibia auf die Ausübung von Gerichtsbarkeit durch namibische Behörden und das Stillschweigen Botswanas und seiner Vorgänger während fast eines Jahrhunderts in voller Kenntnis dieser Vorgänge:

„by virtue of continuous and exclusive occupation and use of Kaskili Island and **exercise of sovereign jurisdiction** over it from the beginning of the century, with full **knowledge, acceptance and acquiescence** by the

⁷⁴⁷ Art. 31 WVK *General rule of interpretation*

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; [...].

⁷⁴⁸ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1103).

governing authorities in Bechuanaland and Botswana, Namibia has **prescriptive title** to the Island.⁷⁴⁹

Der Gerichtshof erklärte, sich solange nicht mit dem Argument der „prescription“ zu beschäftigen, wie er nicht die mögliche Vereinbarung einer anderweitigen Auslegung des Vertrags durch anschließendes Verhalten überprüft habe, durch „subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation“.⁷⁵⁰ Dazu müssten zwei subjektive Kriterien auf Seiten der Parteien erfüllt sein, die es erlaubten, eine Änderung der Vertragsauslegung zu begründen:

„To establish such practice, at least two criteria would have to be established: first, that the occupation of the Island by the Masubia war **linked to a belief** on the part of the Caprivi authorities that the boundary laid down by the 1890 Treaty followed the southern channel of the Chobe; and second, that the Betchuanaland authorities **were fully aware of it and accepted it as a confirmation** of the Treaty boundary.“⁷⁵¹

Der Gerichtshof kam aber zu dem Schluss, die friedliche und öffentliche Besiedelung der Insel durch die Masubia-Stammesleute sei in keiner Weise mit den namibischen bzw. deutschen Hoheitsträgern in Verbindung zu bringen und habe so kein anschließendes hoheitliches Verhalten Namibias darstellen können, das die Auslegung des Vertrags zu seinen Gunsten ändern konnte. Hinsichtlich der Ersitzung schickt der Gerichtshof voraus, dass er sich nicht mit ihrem Status im Völkerrecht oder mit ihren Voraussetzungen befassen werde, da die durch Namibia selbst vorgetragenen Bedingungen nicht erfüllt seien. Aus dem gleichen Grund wie bei der Änderung der Vertragsauslegung, nämlich wegen des Fehlens von Akten „à titre de souverain“, lehnt er einen Titelerwerb Namibias durch „acquisitive prescription“ ab.⁷⁵²

⁷⁴⁹ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1101), Hervorhebung hinzugefügt.

⁷⁵⁰ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1094).

⁷⁵¹ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1094).

⁷⁵² ICJ Reports 1999, S. 1045 (1105); *Kohen*, GYIL 43 (2000), S. 253 (265), bemerkt, dass der Gerichtshof hinsichtlich der Prüfung von Souveränitätsakten nicht berücksichtigt habe, dass die Masubia sich als auf caprivischem (namibischen) Gebiet befindlich betrachteten und ihre Oberhäupter Funktionen örtlicher Verwaltung ausübten. Hinzu komme die Passivität Betschuanalands (Botswana) sowie die Tatsache, dass auf den ersten Landkarten der Region die Inseln als zu Namibia gehörig verzeichnet waren. Der Gerichtshof habe diese Punkte nicht gründlich geprüft, um einen Weg zu finden, der umstrittenen Frage, ob die Ersitzung Teil des Völkerrechts sei, aus dem Weg zu gehen; dies habe er vermieden, um eine klare Mehrheitsentscheidung nicht zu gefährden.

Der Gerichtshof prüft also in einer Stufenfolge zunächst den Vertrag in seiner gewöhnlichen Auslegung, dann, im Einklang mit der Entscheidung *Temple of Preah Vihear*, die Änderung der Auslegung eines Vertrags durch schlüssiges Verhalten (und bleibt damit noch auf der vertraglichen Ebene), bevor er sich der Möglichkeit des Erwerbs durch Ersitzung zuwendet. Aus dieser Reihenfolge wird deutlich, dass der Gerichtshof vertraglichen Bestimmungen Vorrang gegenüber ausschließlich tatsächlichem Handeln einräumt. Dies gilt aber zunächst nur für die Ermittlung eines Titels und betrifft nicht die Frage nach dem Titelübergang.

Beide Parteien stimmten darin überein, dass die Ersitzung im Völkerrecht anerkannt sei und bestimmte Kriterien für sie erfüllt zu sein hätten:

1. The possession of the ... state must be exercised *à titre de souverain*
2. The possession must be peaceful and uninterrupted
3. The possession must be public
4. The possession must endure for a certain length of time”⁷⁵³

Allerdings scheinen die Parteien darüber uneins zu sein, ob es sich bei der Ersitzung um einen Mechanismus zum Erwerb eines „adversen Rechts“ handelt. Botswana lehnte die Ersitzung schon deshalb ab, da es vorliegend um Vertragsauslegung gehe, die Ersitzung aber ein Instrument sei,

„the purpose of which is to destroy and to supplant a pre-existing title“⁷⁵⁴,

machte also die Ersitzung als „adversen“ Titel aus. Dagegen betonte Namibia die Unabhängigkeit des hilfsweise geltend gemachten Titels aufgrund von Ersitzung vom vertraglichen Titel, deren Voraussetzungen zeitlich deckungsgleich mit dem Vertrag erfüllt (seit 1890) worden seien.⁷⁵⁵ Dies spricht dafür, dass Namibia die Ersitzung als originären Titel verstand. Damit stimmt überein, dass Prof. *Jean-Pierre Cot* in seinem Plädoyer vom 18. Februar 1999 erläuterte, dass die

⁷⁵³ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1103).

⁷⁵⁴ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1093).

⁷⁵⁵ ICJ Reports 1999, S. 1045 (1092).

Ersitzung nur den vertraglichen Titel von 1890 ergänzen solle, der für sich allein genommen nicht zur Grenzziehung ausreiche.⁷⁵⁶

Aus der Entscheidung *Kaskili/Sedudu*⁷⁵⁷ lassen sich Schlüsse für die Abgrenzung zwischen Ersitzung einerseits und der Modifikation eines vertraglichen Titels bzw. die Modifikation seiner Auslegung durch nachfolgendes Parteiverhalten andererseits ziehen. Ein Unterschied gilt im Hinblick auf die subjektive Seite staatlichen Handelns: Im Fall eines Erwerbs von „adversen Rechten“ muss der erwerbende Staat mit dem Willen zur Hoheitsausübung handeln („à titre de souverain“), während der wirkliche Wille zur Übertragung für den anderen, stillschweigenden Staat als Ausschlussgrund in Betracht kommt (Staat macht geltend, er wollte entgegen dem Rechtsschein gar nicht Gebiet übertragen, was häufig durch *estoppel* präkludiert ist). Dagegen müssen die Parteien bei einem Erwerb *conformiter lege*, also durch Modifikation des bestehen bleibenden vertraglichen Titels bzw. seiner Auslegung, ihr eigenes und das Verhalten der Gegenseite als Ausdruck des Willens betrachten, im Einklang mit dem Vertrag zu handeln.

So sah der Gerichtshof im *Temple of Preah Vihear*-Fall den Vertrag und seine Auslegung durch „spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“, bestimmt. Kambodscha (bzw. Frankreich) hatte seine routinemäßigen Hoheitsakte auf dem Gebiet sowie die Veröffentlichung der Landkarten unter dem Eindruck vorgenommen, einen Titel an dem Gebiet zu besitzen („in view of her title founded on the Treaty“⁷⁵⁸).

Im folgenden Fall *Eritrea/Ethiopia* nahm das Schiedsgericht Rekurs auf die Entscheidung *Kaskili/Sedudu*.

⁷⁵⁶ Plädoyer vom 18.2.1999, CR 99/5, 17, zitiert bei *Kohen*, GYIL 43 (2000), S. 253 (260).

⁷⁵⁷ In Verbindung mit den Entscheidungen *Eastern Greenland*, *Temple of Preah Vihear*, *Malaysia/Singapore*.

⁷⁵⁸ ICJ Reports 1962, S. 6 (30).

19. Eritrea and Ethiopia Boundary Commission⁷⁵⁹ (13.4.2002)

Die Parteien hatten das Schiedsgericht nach blutigen Auseinandersetzungen beauftragt, die zwischen ihnen aus der Kolonialzeit stammenden Grenzen zu bestimmen, und zwar unter Berücksichtigung des Prinzips *uti possidetis* und damit der kolonialen Verträge sowie des übrigen Völkerrechts. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur Eritrea bis 1952 unter (italienischer und anschließend britischer) Kolonialherrschaft gestanden hatte und anschließend bis zu seiner Unabhängigkeit im Jahre 1993 Teil Äthiopiens gewesen war. Die Parteien waren sich darüber einig, dass drei Verträge das gesamte fragliche Gebiet abdeckten; ein Vertrag von 1900 betraf den zentralen Sektor, ein Vertrag von 1902 den westlichen und einer von 1908 den östlichen Sektor. Im Vorbringen der Parteien spielte das anschließende Verhalten eine wesentliche Rolle.

Das Schiedsgericht befasste sich zunächst damit, welche Bedeutung letzterem zukommen kann. Es geht davon aus, dass auch durch völkerrechtliche Verträge im Umfang festgelegte Titel durch anschließendes Verhalten („subsequent conduct“⁷⁶⁰) der Staaten variiert und eigentlich anwendbare Klauseln aufgehoben werden können. Dies gelte auch dann, wenn es sich bei dem Verhalten nicht um Vertragsinterpretation durch eine Anwendung des Vertrags handle oder eine Vereinbarung der Parteien konstituiere.⁷⁶¹ Diese Möglichkeit der Abänderung bzw. Außerkraftsetzung eines Vertrags durch nachfolgendes Verhalten geschehe durch „prescription and acquiescence, even if such rules might involve a departure from the position of the relevant treaty provision“.⁷⁶² „Effectivités“, also Aktivitäten eines Staates auf dem Boden des umstrittenen Gebiets legislativer, administrativer oder gerichtlicher Art zur Bestätigung der eigenen Autorität, könnten dazu führen, dass eine vertraglich bestimmte Grenze abgeändert werde.⁷⁶³

⁷⁵⁹ Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea and Ethiopia), 13 April 2002, RIAA XXV, S. 83, im Folgenden *Eritrea and Ethiopia*.

⁷⁶⁰ RIAA XXV, S. 83 (110).

⁷⁶¹ RIAA XXV, S. 83 (110, 111): „The function of such practice is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the Treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties **although it cannot be said to be practice in the application of the Treaty or to constitute an agreement between them** [...] Thus, the effect of subsequent conduct may be so clear in relation to matters that appear to be the subject of a given treaty that the application of an otherwise pertinent treaty provision may be varied, or may even cease to control the situation, regardless of its original meaning.“, Hervorhebung hinzugefügt.

⁷⁶² Daher kritisiert *Kohen*, in: ders. (Hrsg.), 2007, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, S. 767, S. 772, insofern das Schiedsgericht, als dessen postulierter Vorrang tatsächlichen Handelns gegenüber dem Vertrag der Vision des IGH von Grenzsicherheit widerspreche und auf eine Verpflichtung hinauslaufe, Verträge durch nachfolgendes Verhalten zu bestätigen.

⁷⁶³ RIAA XXV, S. 83 (116, 117).

Prescription und *acquiescence* kategorisiert das Schiedsgericht als Teil des Völkerwohnheitsrechts. „Prescription“ bzw. „prescriptive conduct“ werden zur Grundlage eines adversen Titels. Das dahinter stehende Prinzip werde durch unterschiedliche Termini beschrieben, ihm lägen aber immer dieselben Voraussetzungen zugrunde, die der Internationale Gerichtshof im *Temple of Preah Vihear*-Fall beschrieben habe:

„The nature and extent of the conduct effective to produce a variation of the treaty is, of course, a matter of appreciation by the tribunal in each case. The decision of the International Court of Justice in the *Temple* case is generally pertinent in this connection. There, after identifying conduct by one party which it was reasonable to expect that the other party would expressly have rejected if it had disagreed with it, the Court concluded that the latter was estopped or precluded from challenging the validity and effect of the conduct of the first. **This process has been variously described by such terms, amongst others, as estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement.** But in each case the ingredients are the same: an act, course of conduct or omission by or under the authority of one party indicative of its view of the content of the applicable legal rule – whether of treaty or customary origin; the knowledge, actual or reasonably to be inferred, of the other party, of such conduct or omission; and a failure by the latter party within a reasonable time to reject, or dissociate itself from, the position taken by the first. Likewise, these concepts apply to the attitude of a party to its own conduct: it cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct”⁷⁶⁴

Wie dieses Zitat zeigt, war die scharfe dogmatische Konturierung einzelner Begriffe (*prescription*, *preclusion*, *estoppel* etc.) nicht das Ziel der Entscheidung *Eritrea and Ethiopia*, stattdessen ging es dem Schiedsgericht generell darum, die Bedeutung des anschließenden Partieverhaltens hervorzuheben.

⁷⁶⁴ RIAA XXV, S. 83 (111), Hervorhebungen hinzugefügt.

Das Schiedsgericht zitierte zur Unterstützung neben dem *Temple of Preah Vihear*-Fall den Internationalen Gerichtshof in der Entscheidung *Kaskili/Sedudu*⁷⁶⁵:

„the Court [in *Kaskili/Sedudu*] accepted the possibility that an attribution of territory following from its interpretation of the relevant boundary treaty could be varied by operation of the customary international law **rules relating to prescription.**“⁷⁶⁶

Wie bereits gesehen (s. o.), traf aber der Internationale Gerichtshof in *Kaskili/Sedudu* keine eigene Aussage über die Ersitzung, sondern referierte nur die Ansichten der Parteien und lehnte eine eigene Befassung mit diesem Prinzip sogar ausdrücklich ab, da bereits am Maßstab eigenen Vorbringens seitens Namibia die Voraussetzungen der Ersitzung nicht erfüllt seien.⁷⁶⁷ Richtig ist, dass der Gerichtshof unter Berufung auf Art. 31 III b WVK anerkannte, dass nachfolgendes Verhalten der Parteien, das eine Vereinbarung bezüglich der Auslegung eines Vertrags konstituiert, bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags berücksichtigt werden muss. Diese Frage ist der Prüfung eines Erwerbs durch Ersitzung aber, wie der Gerichtshof ausführt, vorgelagert;⁷⁶⁸ dagegen vermischte das Schiedsgericht Auslegungsänderung und Ersitzung.

Das Schiedsgericht orientierte sich insgesamt stark an der Linie *Max Hubers*, der für die Aufrechterhaltung eines völkerrechtlichen Titels die Effektivität nicht nur der begründenden Akte, sondern auch des anschließenden Handelns forderte. Dementsprechend misst es, anders als der Internationale Gerichtshof, einem vertraglichen Titel keine besondere Sicherungsfunktion zu, die durch das Prinzip *uti possidetis* noch verstärkt wird.

Auch bei der Ermittlung der *uti possidetis*-Grenzen anhand von Verträgen aus der Kolonialzeit kam es nach Aussage des Schiedsgerichts darauf an, was aus den Vereinbarungen tatsächlich gemacht wurde – dem Credo des IGH in *Burkina Faso* „preference should be given to the holder of the title“ schloss es sich nicht an, wonach im Anwendungsbereich des *uti possidetis* ein Titel die tatsächliche

⁷⁶⁵ ICJ Reports 1999, 1101, 1102, Rz. 91-93; zitiert in RIAA XXV, S. 83 (112).

⁷⁶⁶ RIAA XXV, S. 83 (112).

⁷⁶⁷ Dass das Schiedsgericht den IGH insoweit falsch versteht, sieht auch *Kohen*, in: ders. (Hrsg.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, 2007, S. 767, 772.

⁷⁶⁸ *Kaskili/Sedudu*, ICJ Reports 1999, S. 1045 (1094), siehe dazu Kapitel E. I. 19.

Hoheitsausübung überwiegt. Vielmehr untersuchte das Schiedsgericht, ob und wieweit die vertraglichen Titel noch vor der Unabhängigkeit durch anschließendes Verhalten bestätigt oder aber außer Kraft gesetzt worden seien.⁷⁶⁹ Als maßgebliches Datum für die Festlegung der Grenze durch *uti possidetis* wertete das Schiedsgericht die Unabhängigkeit Eritreas im Jahre 1993.⁷⁷⁰ Danach eingetretene Entwicklungen zog es nicht zur Begründung seiner Entscheidung heran, es sei denn, es handele sich um eine Fortsetzung bereits begonnenen Verhaltens oder um eine ausdrückliche Vereinbarung.

20. Cameroon v. Nigeria⁷⁷¹ (10.10.2002)

Nigeria und Kamerun stritten über den gemeinsamen Grenzverlauf. Beide Parteien standen vormals unter europäischer Kolonialherrschaft und waren 1960 auf Basis der Berücksichtigung der in der Kolonialzeit festgelegten Grenzen unabhängig geworden.⁷⁷² Damit fällt die Streitigkeit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Prinzips *uti possidetis*. Für den Bereich des Tschad-Sees berief sich Nigeria für die Entstehung seines Titels auf drei verschiedene rechtliche Grundlagen, die seiner Ansicht nach jeweils ausreichten, um einen Titel zu begründen: das Konzept der historischen Konsolidierung, die effektive Hoheitsausübung sowie die Manifestation von Souveränität in Verbindung mit *acquiescence* seitens Kameruns.⁷⁷³

Der Gerichtshof stellte fest, dass für den Bereich des Tschad-Sees vertragliche Vereinbarungen aus der Kolonialzeit bezüglich der Grenze galten, die für Nigeria und Kamerun fortwirkten.⁷⁷⁴ In einigen Bereichen der Region, die Kamerun den Verträgen nach zustand, waren nigerianische Siedlungen entstanden, die ab 1987 auch von einer lokalen nigerianischen Verwaltung unterstützt wurden. Schulen, Gesundheitsvorsorgeeinrichtungen, Polizeieinheiten und auch Gerichtsverfahren wurden auf diesen Gebieten von der nigerianischen Verwaltung unterhalten bzw.

⁷⁶⁹ Z. B. *Eritrea and Ethiopia*, RIAA XXV, S. 83 (171).

⁷⁷⁰ *Eritrea and Ethiopia*, RIAA XXV, S. 83 (118). *Kohen*, in: ders. (Hrsg.), 2007, Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, S. 767, S. 775, schlägt dagegen vor, die außergewöhnliche Situation Eritreas wie folgt zu behandeln: „Hence, the *uti possidetis iuris* is applicable to Eritrea at the end of its colonial status in 1952 and opposable to Ethiopia after the Eritrean independence in 1993.“

⁷⁷¹ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002, S. 303, im Folgenden *Cameroon v. Nigeria*.

⁷⁷² ICJ Reports 2002, S. 303 (332).

⁷⁷³ ICJ Reports 2002, S. 303 (349).

⁷⁷⁴ ICJ Reports 2002, S. 303 (344, Rz. 55).

durchgeführt; Akte, die der Gerichtshof grundsätzlich als hoheitlich, *à titre de souverain*, ansieht:

„Some of these activities – the organization of public health and education facilities, policing, the administration of justice – could normally be considered to be acts *à titre de souverain*.“⁷⁷⁵

Der Gerichtshof setzte sich mit den von Nigeria vorgebrachten Argumenten auseinander und lehnte zunächst die Möglichkeit eines Titelerwerbs durch eine historische Konsolidierung ab. Er begründete dies damit, dass das Konzept erstens hoch kontrovers sei und nicht die herkömmlichen Erwerbstitel des Völkerrechts ersetzen könne, dass zweitens die Berücksichtigung des Konzepts für die Entscheidung *Fisheries* (s. o.) einen Einzelfall darstellt und drittens die historische Konsolidierung überdies nicht auf Landgebiete übertragbar sei. Schließlich sei der Zeitraum von 20 Jahren viel zu gering, um einem „historischen“ Element Rechnung zu tragen:

„The Court notes that the theory of historical consolidation is highly controversial and cannot replace the established modes of acquisition of title under international law, which take into account many other important variables of fact and law. It further observes that nothing in the *Fisheries* Judgment suggests that the ‘historical consolidation’ referred to, in connection with the external boundaries of the territorial sea, allows land occupation to prevail over an established treaty title. Moreover, the facts and circumstances put forward by Nigeria with respect to the Lake Chad villages concern a period of some 20 years, which is in any event too short, even according to the theory relied on by it.“⁷⁷⁶

In Bezug auf das nigerianische Argument des Titelerwerbs durch effektive Hoheitsausübung verweist der Gerichtshof auf das Urteil *Burkina Faso/Mali*, in dem er das Verhältnis zwischen Titel und *effectivités* beleuchtet hatte:

„Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than

⁷⁷⁵ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 67).

⁷⁷⁶ ICJ Reports 2002, S. 303 (352, Rz. 65).

the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivité does not co-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration' (I.C.J. Reports 1986, p. 587, para 63; see also Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 38, paras. 75-76)⁷⁷⁷

Bei der Streitigkeit zwischen Nigeria und Kamerun handele es sich um ersteren Fall, da bereits ein vertraglicher, aus der Kolonialzeit stammender Titel zugunsten von Kamerun bestanden habe. Die Hoheitsakte Nigerias seien damit, so der Gerichtshof ausdrücklich, *contra legem* erfolgt.⁷⁷⁸

Möglich sei es aber, dass der vertragliche Titel durch *acquiescence* in der Weise geändert worden sei, dass er auf Nigeria überging:

„Hence the conduct of Cameroon in that territory has pertinence only for the question of whether it acquiesced in the establishment of a change in treaty title, which cannot be wholly precluded as a possibility in law (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*), Judgment, I.C. J. Reports 1992, pp. 408-409, para. 80)⁷⁷⁹,

„The Court notes, however, that, as there was a pre-existing title held by Cameroon in this area of the lake, the pertinent legal test is whether there was evidenced acquiescence by Cameroon in **passing the title** from itself to Nigeria.⁷⁸⁰

Der Titel sei aber im Ergebnis auch nicht durch die Ausübung von *effectivités*, verbunden mit *acquiescence*, auf Nigeria übertragen worden. In der fraglichen Region und Zeit (1984-1994) habe Kamerun zum einen sporadisch Hoheitsrechte ausgeübt und gegen einzelne Aktionen Nigerias protestiert, zum anderen habe Kamerun die Tätigkeiten Nigerias als im Rahmen einer vertraglichen Einigung durchgeführt angesehen und nicht als Ausübung von eigenen Hoheitsrechten. Schließlich habe Kamerun in einer *Note verbale* vom 21.4.1994 ausdrücklich

⁷⁷⁷ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 68).

⁷⁷⁸ ICJ Reports 2002, S. 303 (351, Rz. 64).

⁷⁷⁹ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 67), kursiv im Original.

⁷⁸⁰ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, Rz. 67), Hervorhebung auch im Folgenden hinzugefügt.

gegen die angebliche Souveränität Nigerias über Darak protestiert (Nigeria hatte in einer diplomatischen Note vom 14.4.1994 die Souveränität beansprucht).⁷⁸¹ Insgesamt, so der Gerichtshof, hätten die Fakten gezeigt,

„that there was no acquiescence by Cameroon in the **abandonment of its title in the area in favour of Nigeria**. Accordingly, the Court concludes that the situation essentially was one where the effectivités adduced by Nigeria did not correspond to the law, and that accordingly ‘preference should be given to the holder of the title’⁷⁸².”

Auch in *Burkina Faso/Mali* gestand der Gerichtshof zu, dass das Prinzip *uti possidetis* nicht dazu führen muss, dass die zum Zeitpunkt der Unabhängigkeitserlangung bestehenden Grenzen für alle Zeit zementiert werden. Hätte Mali die Ergebnisse der Schiedskommission zur Grenzziehung aus dem Jahre 1975 akzeptiert (auch stillschweigend, durch *acquiescence*), hätte dies die *uti possidetis*-Grenzen verdrängt.⁷⁸³ Ebenso befand der Gerichtshof in der im vorliegenden Fall zitierten Entscheidung *El Salvador/Honduras*⁷⁸⁴, eine durch *uti possidetis* geschaffene Position könne sowohl durch Adjudikation und Vertrag, genauso aber auch durch Anerkennung oder *acquiescence* qualifiziert, d. h. verändert werden.⁷⁸⁵

Indem der Gerichtshof im Fall *Cameroon v. Nigeria* die Abänderung eines bestehenden Titels durch die Ausübung von territorialer Hoheitsgewalt und fehlenden Protest für möglich erachtet, schwächte er die Sicherungsfunktion eines aus der Kolonialzeit erworbenen Titels (*uti possidetis*). Jedoch bezieht sich der Vorrang des Titels gegenüber dem effektiven Besitz nur auf den Zeitpunkt der Unabhängigwerdung selbst und hat keine „Nachwirkung“ auf die postkoloniale Zeit, die für den Fall relevant ist. Schon deshalb ist allerdings die Verwendung des ebenfalls mit *uti possidetis* verknüpften Begriffs der *effectivités* für die postkoloniale Zeit ungewöhnlich. Er wird allerdings in den späteren Fällen *El Salvador/Honduras*⁷⁸⁶, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*⁷⁸⁷,

⁷⁸¹ ICJ Reports 2002, S. 303 (353, 354, Rz. 68, 69).

⁷⁸² ICJ Reports 2002, S. 303 (354, 355, Rz. 70).

⁷⁸³ Wurde vom IGH als Vorfrage vor der Untersuchung der *uti possidetis*-Grenzen behandelt, ICJ 1986, S. 554 (570).

⁷⁸⁴ ICJ Reports 1992, S. 351.

⁷⁸⁵ ICJ Reports 1992, S. 351 (401, Rz. 67); siehe dazu Kapitel E. I. 17.

⁷⁸⁶ ICJ Reports 1992, S. 351 (566); siehe oben Kapitel E. I. 17.

*Nicaragua v. Honduras*⁷⁸⁸ und *Nicaragua v. Colombia*⁷⁸⁹ ebenfalls so gebraucht, sodass *Cameroon v. Nigeria* die Tendenz einläutete, den Begriff einer breiteren Verwendung zuzuführen.

Dadurch, dass der Gerichtshof in *Cameroon v. Nigeria* für den Titelübergang durch *acquiescence* keinen langen Zeitraum voraussetzt (in Abgrenzung zur historischen Konsolidierung, die er u. a. wegen des zu kurzen Zeitraums von 20 Jahren ablehnt, hält er *acquiescence* vorliegend prinzipiell für möglich), sondern ihn nur an der Art und Weise der Hoheitsausübung und des Protestes bestimmt, zeigt wiederum, dass nach Ansicht des Gerichtshofs für den Titelübergang nicht der Ablauf einer bestimmten Zeit, sondern die Stärke des erzeugten Rechtsscheins ausschlaggebend ist. Damit bewegt sich der IGH in der Tradition der „Vattelianer“ (nach *Blum*, s. o.) und der Common-Law-Schule, die im Zeitablauf keine Voraussetzung für die Ersitzung, sondern nur eine Beweistatsache sehen.⁷⁹⁰ In dieser Hinsicht liegt diese Entscheidung auf der Linie der in vorherigen Entscheidungen entwickelten Grundsätze, wie zum Beispiel *Temple of Preah Vihear*.

21. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)⁷⁹¹ (17.12.2002)

Indonesien (früher unter niederländischer Kolonialherrschaft) und Malaysia (früher unter britischer Kolonialherrschaft) beanspruchten jeweils den Titel an zwei kleinen, nur teilweise besiedelten Inseln in der Celebessee namens Pulau Ligitan und Pulau Sipadan.

Indonesien berief sich in erster Linie auf eine zwischen Großbritannien und den Niederlanden im Jahre 1891 geschlossene Konvention, als deren Rechtsnachfolger es den Titel erworben habe. Sogenannte „effectivités“ hätten den vertraglichen Titel verstärkt. Hilfsweise argumentierte Indonesien, dass in dem Falle, dass sich aus der 1891-Konvention kein Titel für es ableiten lasse, es

⁷⁸⁷ ICJ Reports 2002, S. 351 (682, Rz. 134); siehe Kapitel E. I. 22.

⁷⁸⁸ *Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (706).

⁷⁸⁹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, S. 624.

⁷⁹⁰ Vgl. *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 11, 12, 18.

⁷⁹¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment of 17 December 2002, ICJ Reports 2002, S. 625, im Folgenden *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*.

Rechtsnachfolger des Titels des Sultans von Bulungan sei, der die Inseln einst beherrscht habe. Malaysia berief sich vorrangig auf einen Titelübergang in der Folge einer Kette vorheriger Titelinhaber, die sich auf den Sultan von Sulu zurückführen lasse. Dieser Titel sei durch „effectivités“ verstärkt worden. Hilfsweise stütze Malaysia seinen Anspruch auf „effectivités“, die, für den Fall, dass die Niederlande ursprünglich einen Titel hatten, diesen ersetzt hätten.⁷⁹²

Der Gerichtshof befand, keine der Parteien sei hinsichtlich der streitigen Gebiete Rechtsnachfolger eines vertraglichen Titels zwischen Großbritannien und den Niederlanden, da die Herrschaft über die Inseln gar nicht Gegenstand von Grenzregelungen der Kolonialmächte gewesen seien. Ebensowenig seien die Parteien als Endglied einer ununterbrochenen Kette von Titelübergängen vorheriger Mächte anzusehen. Daher müsse er die spezifisch in Bezug auf die Inseln ausgeübten Hoheitsakte betrachten,⁷⁹³ wobei er zugunsten Malaysias vor allem die Regulierung des Schildkröteneiersammelns (wie behauptet, während langer Zeit die wirtschaftlich bedeutsamste Tätigkeit auf Sipadan) sowie die 1933 vorgenommene Errichtung eines Vogelschutzgebiets als wichtige Indikatoren von Herrschaftsausübung ansieht. Aufgrund hoheitlicher Akte der verschiedenen Staatsgewalten während und nach der Kolonialzeit in dem Willen, Staatsfunktionen auszuüben, und über längere Zeit hinweg habe Malaysia einen Titel erworben:

„The Court notes that the activities relied upon by Malaysia [...] are modest in number but that they are diverse in character and include **legislative, administrative and quasi-judicial acts**. They cover a **considerable period of time** and show a pattern revealing an **intention to exercise State functions** in respect of the two islands [...].“⁷⁹⁴

Dagegen sei es Indonesien nicht gelungen, Handlungen nachzuweisen, die die Intention eines hoheitlichen Tuns reflektierten. Darüber hinaus sei auch der fehlende Protest Indonesiens gegen die malaysischen (bzw. niederländischen) Hoheitsakte zu berücksichtigen. Als Basis des Titels Malaysias sieht der Gerichtshof schließlich die *effectivités*, den er mit dem in *Eastern Greenland*

⁷⁹² ICJ Reports 2002, S. 625 (643).

⁷⁹³ ICJ Reports 2002, S. 625 (682, 683, Rz. 136).

⁷⁹⁴ ICJ Reports 2002, S. 625 (685), Hervorhebungen hinzugefügt.

beschriebenen „‘claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority’“⁷⁹⁵ gleichsetzt. Er zieht jedoch nur solche *effectivités* heran, die sich speziell auf das umstrittene Gebiet bezogen, bzw. solche generellen Verwaltungsakte, die sich erweislich auch auf die Inseln bezogen.⁷⁹⁶

a) Effectivités und uti possidetis

Die Parteien hatten im „Special Agreement“ als vom Internationalen Gerichtshof anwendbares Recht die in Art. 38 des IGH-Statuts aufgezählten Rechtsquellen vereinbart. Obwohl der Gerichtshof in seinem Urteil *Burkina Faso/Mali* das Prinzip *uti possidetis* als allgemeines Völkerrechtsprinzip für unabhängig gewordene Staaten identifiziert hatte, befasst sich das Urteil damit nicht ausdrücklich.⁷⁹⁷ Inhaltlich spielen dennoch die für die Dekolonialisierung geprägten *effectivités* eine Rolle und wird auch das Urteil *Burkina Faso/Mali* zum Verhältnis von Titel und *effectivités* zitiert.

b) *Effectivités* in postkolonialer Zeit

Während sich jedoch diese Fragestellung in allen anderen Fällen (außer in *Cameroon v. Nigeria*) immer auf die Ermittlung der zum Zeitpunkt der Unabhängigwerdung bestehenden kolonialen Grenzen bezieht, prüft der Gerichtshof vorliegend die *effectivités* bis zum „critical date“ der Entstehung des Streits im Jahre 1969, während die Parteien schon früher (Indonesien 1949 und Malaysia endgültig 1963)⁷⁹⁸ unabhängig geworden waren. *Effectivités*, die nach dem kritischen Datum vorgenommen wurden, zieht der IGH nur insofern heran,

⁷⁹⁵ ICJ Reports 2002, S. 625 (682, Rz. 134).

⁷⁹⁶ ICJ Reports 2002, S. 625 (683): „relevant display of authority which leaves no doubt as to their specific reference to the islands in dispute as such“. Diese Formulierung griffen Nicaragua und der IGH in Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012, S. 624 (654).

⁷⁹⁷ *Perrin*, AFDI 48 (2002), S. 322 (324, 325, 337 ff.), erklärt das damit, dass *uti possidetis* keine Hilfe sei, wenn weder in der Kolonialzeit noch danach eine wie auch immer geartete Regelung über die später den unabhängig gewordenen Staaten zugeordneten Gebiete getroffen worden sei, wie im vorliegenden Fall bezüglich der Inseln, die nicht von einer solchen Regelung erfasst gewesen seien; a. A. IGH in *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports 1986, S. 554 (586, 587). Überdies sei das Prinzip *uti possidetis* im Gegensatz zu Lateinamerika und Afrika nicht von den asiatischen Staaten anerkannt worden. Dennoch greife der Gerichtshof implizit durch die Prüfung eines Titels aufgrund von *effectivités de facto* auf *uti possidetis* zurück. Die Begriffsverwendung „effectivités“ hat aber seit dem Urteil *Cameroon v. Nigeria* eine Erweiterung erfahren und ist daher nicht zwingend *uti possidetis* zuzuordnen, s. o.. Weiterhin ist der Anwendungsbereich des Titels aufgrund tatsächlichen Hoheitshandelns nicht auf die Kolonialzeit und *uti possidetis* beschränkt, s. o.

⁷⁹⁸ ICJ Reports 2002, S. 625 (682).

als sie eine Fortführung der vorherigen Handlungen darstellen und als sie nicht nur aus dem Grund unternommen wurden, die Position in einem etwaigen Verfahren zu verbessern.⁷⁹⁹ Wiederum ist auffällig, dass der Gerichtshof den Begriff der *effectivités* in diesem Sinne auch für die postkoloniale Zeit verwendet.⁸⁰⁰ Zwar gebrauchte der Gerichtshof in *El Salvador/Honduras* den Begriff der *effectivités* ebenfalls für die postkoloniale Zeit, allerdings nicht, um darauf einen allein auf effektiver Hoheitsausübung basierenden Titel zu begründen, sondern um *ex post* die damaligen Verhältnisse zu beleuchten.⁸⁰¹ Dagegen waren im Fall *Sovereignty over Pulau Ligitan and Sipadan* die beiden Inseln gar nicht sicher von der kolonialen (oder sonstigen Herrschaft) erfasst, sodass diese Indikatorfunktion ausscheidet.

c) Subjektives Element für *effectivités*

Anders als im späteren Urteil *Benin/Niger* setzte der Gerichtshof die *effectivités* mit der im Urteil *Eastern Greenland* entwickelten Definition von „‘continued display of sovereignty’“⁸⁰² uneingeschränkt gleich, die aus der tatsächlichen Handlung und dem Willen zum hoheitlichen Handeln besteht:

„The Court concludes that the activities relied upon by Indonesia do not constitute acts *à titre de souverain* reflecting the **intention and will** to act in that capacity.“⁸⁰³

Dagegen entschied der Gerichtshof in *Benin/Niger*, ein subjektives Element für die *effectivités* sei entbehrlich, da man Völkerrecht (dazu zitiert er wiederum dieselbe Stelle des Urteils *Eastern Greenland*) und Kolonialrecht nicht ohne weiteres gleichsetzen könne. Als Grund für diesen Unterschied kommt in Betracht, dass sich die Anforderungen an „effectivités“ unterscheiden, je nachdem, in welcher Variante der in *Burkina Faso/Mali* beschriebenen Ausgangssituationen sie auftreten: Während es bei *Benin/Niger* um die Konkretisierung eines unklaren Titels durch die effektive Verwaltung ging („cases where the legal **title is not capable of showing exactly** the territorial expanse to

⁷⁹⁹ ICJ Reports 2002, S. 625 (682).

⁸⁰⁰ Siehe zu diesem Thema Kapitel E. I. 17, 21.

⁸⁰¹ Siehe dazu Kapitel E. I. 17.

⁸⁰² ICJ Reports 2002, S. 625 (682), zitiert Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway) PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21 (45-46).

⁸⁰³ ICJ 2002, S. 625 (683), Hervorhebung hinzugefügt.

which it relates.“), handelt es sich vorliegend um die Situation, dass die „*effectivité does not co-exist with any legal title*“⁸⁰⁴ In diesem letzten Fall stellt der Gebietserwerb durch *effectivités* einen originären Erwerb dar und muss demnach die in *Island of Palmas* und *Eastern Greenland* benannten und bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts auf der Berliner Kongo-Konferenz (1884/1885) formulierten zweifachen Anforderungen erfüllen (Wille zur Beherrschung und tatsächliches, effektives Handeln). Da ein Rückgriff auf koloniales Recht zur Abgrenzung von Kolonien gar nicht möglich ist, handelt es sich bei dieser Variante also um eine rein völkerrechtliche Fragestellung. Anders als in *Cameroon v. Nigeria* (nachträglicher Erwerb eines „adversen Rechts“ entgegen einem zuvor anhand *uti possidetis* festgestellten Titel) betrachtet der Gerichtshof in *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* die *effectivités* damit als Element eines originären Titelwerbs.

d) *Effectivités* und Protest

Der Gerichtshof betrachtet, konsequent, wie bei *Eastern Greenland*, ob der Titel der Beanspruchung durch einen anderen Staat ausgesetzt war, d. h. ob Indonesien bzw. sein Vorgänger Niederlande gegen die Hoheitsakte Malaysias (bzw. Großbritanniens) auf den Inseln protestiert hatte. Dies war nicht der Fall, sodass dem Erwerb nichts entgegen stand. Der Gerichtshof nahm auch noch später auf dieses Kriterium aus *Eastern Greenland* Bezug, in *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*⁸⁰⁵. *Perrin* sieht den fehlenden Protest als zusätzliches Erfordernis einer Okkupation, die in der heutigen Zeit erfolgt, da es keine *res nullius* mehr gebe und Gebiet immer in einer Konkurrenzsituation erworben werde. Daher müsse „acquiescement“ der anderen interessierten Partei hinzukommen, um ein Gebiet durch effektive Inbesitznahme zu erwerben.⁸⁰⁶ Dies trifft zwar das Ergebnis der Rechtsprechung des IGH, allerdings ist die Begründung *Perrins* nicht überzeugend: Die Berliner Kongo-Konferenz zeigt, dass die europäischen Staaten sich schon früher ihre Gebiete streitig machten, auch diejenigen, die als *terra nullius* galten. Der Gerichtshof folgt, wenn auch in eingeschränktem Maße, der Theorie *Max Hubers*⁸⁰⁷, wonach es keine

⁸⁰⁴ ICJ Reports 1986, S. 554 (586, 587), kursiv im Original, fett hinzugefügt.

⁸⁰⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, ICJ Reports 2008, S. 12 (35).

⁸⁰⁶ *So Perrin*, AFDI 48 (2002), S. 322 (337).

⁸⁰⁷ RIAA II, S. 829.

unangreifbaren abstrakten Gebietstitel im Völkerrecht gibt, und daher insbesondere ein durch Ausübung von Hoheitsgewalt zu erwerbender Titel gegen konkurrierende Hoheitsausübung abgewogen werden muss. Eine Zustimmung des konkurrierenden Staates ist aber nur dann vonnöten, sofern dieser bisheriger Inhaber der territorialen Souveränität war.⁸⁰⁸

22. Frontier Dispute (Benin/Niger)⁸⁰⁹ (2005)

Benin und Niger waren als ehemalige Kolonien im Territorium Französisch-Westafrikas (Benin unter dem Namen Dahomey) bestrebt, im Gebiet der Flüsse Mekrou und Niger, insbesondere in Bezug auf die im Fluss Niger belegene fruchtbare Insel Lété den gemeinsamen Grenzverlauf zu klären. Beide Parteien erlangten im August 1960 die Unabhängigkeit und waren bei mehreren Versuchen gescheitert, durch gemeinsame Kommissionen den Grenzverlauf festzulegen. Die spezielle Vereinbarung der Parteien in Bezug auf das Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof schrieb vor, dass der Streit mit Rücksicht auf die aus der Kolonialzeit übernommenen Grenzen entschieden werden sollte (*uti possidetis*). Der Gerichtshof befasste sich zunächst mit der Grenzziehung durch verschiedene „regulative or administrative“ Akte während der Kolonialzeit und stellte für den Bereich des Niger fest, dass die französische Kolonialverwaltung in verschiedenen Gouverneurserlassen (*arrêtés*) und anderen Dokumenten, auf die sich die Parteien stützten, keine eindeutigen Abgrenzungen getroffen hatte.

„In view of the foregoing, the Chamber concludes that **neither of the Parties has succeeded** in providing evidence of **title on the basis of regulative or administrative acts** during the colonial period.“⁸¹⁰

Daher ging der Gerichtshof anschließend auf die *effectivités* als ausschlaggebendes Kriterium für die Grenzziehung ein und legte dabei die subjektiven Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Handlung als *effectivité* dar.

⁸⁰⁸ Siehe *Cameroon v. Nigeria* (s. o.), *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* (s. u.).

⁸⁰⁹ Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of 12 July 2005, ICJ Reports 2005, S. 90, im Folgenden *Benin/Niger*.

⁸¹⁰ ICJ Reports 2005, S. 90 (127, Rz. 75-78), Hervorhebungen in fett auch im Folgenden hinzugefügt, kursiv im Original.

„Therefore, the Chamber will now consider whether the evidence furnished by the Parties with respect to *effectivités* can provide the basis for it to determine the course of the frontier in the sector of the River Niger and to which of the two States each of the islands in the river belongs, in particular the island of Lété.

The Chamber recalls in this regard that the Court has previously ruled in a number of cases on the **legal relationship between *effectivités* and title**. The passage most pertinent to the present case can be found in the Judgment in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case, in which the Chamber of the Court, having noted that „a distinction must be drawn among several eventualities” when evaluating the legal relationship between *effectivités* and title, stated, *inter alia*, that:

‘[i]n the event that the *effectivité* does not co-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration’ (*I.C.J. Reports 1986*, p. 587, para. 63; see also *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1994*, p. 38, paras. 75-76; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria : Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 353, para. 68; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 678, para. 126).”⁸¹¹

Da die *effectivités* nicht mit einem rechtlichen Titel koexistierten, müssten sie zur Grenzbestimmung betrachtet werden. Für die Qualifizierung einer Handlung als *effectivité* im Rahmen der Anwendung des Prinzips *uti possidetis* komme es allein auf die Effektivität der ausgeübten Kontrolle an, nicht auf die Intention des Staates, die Akte als Hoheitsakte auszuüben. Dies hatte Benin hinsichtlich der Akte Nigerias bestritten:

„Benin contends that, even if the local authorities in Niger did administer Lété and other islands during the period between 1914 and 1954, they could not have done so in the belief that they were acting „as of right”. In Benin’s

⁸¹¹ ICJ Reports 2005, S. 90 (127, Rz. 75-78).

view, the *modus vivendi* was merely a temporary and practical arrangement, pending a definitive settlement of the boundary issue. By its very nature, **it precluded the existence of an intention to act „as of right” and these administrative acts cannot therefore be relied on as *effectivités***. As regards the period after 1954, Benin contends that Niger had, in the letter of 27 August 1954, relinquished any intention to act „as of right.”⁸¹²

Diese subjektiven Anforderungen seien, so der IGH, nur Teil des Völkerrechts in Bezug auf die nicht-koloniale Souveränitätsausübung, wie sie etwa der Ständige Internationale Gerichtshof im Fall *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)* (PCIJ 1933, Series A/B, No. 53, S. 45-46) beschrieben habe. Sie ließen sich aber nicht uneingeschränkt auf das koloniale Recht übertragen.⁸¹³ Für diesen Verzicht auf subjektive Anforderungen im Anwendungsbereich des *uti possidetis*-Prinzips lässt sich argumentieren, dass für die Herstellung des Rechtsfriedens anhand der ehemaligen Kolonialgrenzen das Erfordernis der Feststellung eines subjektiven Elements nicht förderlich wäre; sicherer kann die Abgrenzung nach objektiven Kriterien erfolgen. Danach, so der IGH, stelle der schiffbare Hauptkanal des Niger die Grenze dar und habe Niger die tatsächliche Hoheit zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit u. a. über die Insel Lété ausgeübt.

Für den Bereich des Mekrou-Flusses fand der Gerichtshof dagegen eine Grenzbestimmung zwischen beiden Kolonien durch verschiedene koloniale administrative Beschlüsse. Unter diesen Umständen

„[...] it is unnecessary to look for any *effectivités* in order to apply the *uti possidetis* principle, **since *effectivités* can only be of interest in a case in order to complete or make good doubtful or absent legal titles, but **can never prevail over titles with which they are at variance.****“⁸¹⁴

Eindeutig und sogar noch klarer als in der Entscheidung Burkina Faso/Mali benennt der Gerichtshof damit die Funktion der *effectivités*, die im Falle einer unklaren Grenzziehung darin besteht, den Umfang der in der Kolonialzeit abgesteckten Gebiete zu ermitteln. Keinesfalls können sie zur Begründung eines

⁸¹² ICJ Reports 2005, S. 90 (132, 133).

⁸¹³ ICJ Reports 2005, S. 90 (132, 133).

⁸¹⁴ ICJ Reports 2005, S. 90 (149).

„adversen Rechts“ herangezogen werden.⁸¹⁵ Damit scheiden sie (jedenfalls in der Begriffsverwendung im Zusammenhang mit *uti possidetis*) als Element einer als adverses Recht konzipierten Ersitzung aus.

23. Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (Malaysia/Singapore)⁸¹⁶ (2008)

Im Fall *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* war ein Titel über eine Felseninsel ursprünglich durch andauernde, friedliche und unbestrittene Ausübung von Hoheitsgewalt erworben worden. Durch die Kombination aus Ausübung von Hoheitsgewalt des neu erwerbenden und Stillschweigen des bisherigen Inhabers der Gebietshoheit ging der Titel über. Den Titelübergang qualifiziert der Gerichtshof indirekt als *prescription*.

Ursprünglich hatte, wie der Gerichtshof zunächst feststellt, Malaysia die Souveränität über die kleine Felseninsel Pedra Branca/Pulau Batu Puteh inne. Zu den Anforderungen der Entstehung eines originären Titel durch lang andauernde friedliche Hoheitsausübung durch Malaysia, bzw. dessen Vorläufer, das Sultanat Johor, beruft sich der Gerichtshof auf die in *Eastern Greenland* festgelegten Kriterien:

„Having considered the actual historical and geographical context of the present case relating to the old Sultanate of Johor, the Court concludes that as far as the territorial domain of the Sultanate of Johor was concerned, it did cover in principle all the islands and islets within the Straits of Singapore, which lay in the middle of this kingdom, and did thus include the island of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. **This possession** of the islands by the old Sultanate of Johor **was never challenged** by any other Power in the region and can in all the circumstances be seen as satisfying the condition of „**continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States)**“ (*ibid.*, p. 839). 69. The Court thus

⁸¹⁵ Auf dieser Linie entschied der IGH später auch im Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment, 16 April 2013, ICJ Reports 2013, S. 44 (84, Rz. 98): „[...] for the purposes of the *uti possidetis* principle, the *effectivités* as established at the critical date may serve to compensate for the absence of a legal title or to complete a defective title“; S. 79, Rz. 79: „such an *effectivité* could not, in any event, have overridden the legal title constituted by the 1927 *Arrêté*“; Hervorhebungen im Original.

⁸¹⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment of 23 May 2008, ICJ Reports 2008, S. 12, im Folgenden *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*.

concludes that the Sultanate of Johor had **original title** to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.⁸¹⁷

In Betracht kam laut Gerichtshof ein Übergang des Titels durch die Aktivitäten Singapurs seit den 1840er Jahren auf der Insel im Zusammenspiel mit dem Verhalten Malaysias. So errichtete Singapur auf der Insel einen Leuchtturm, unterhielt ihn und hisste britische und singapurische Flaggen. Dies allein stellte nach Ansicht des Gerichtshofs noch keine Ausübung von Hoheitsgewalt dar. Hinzu kam, dass singapurische Beamte die Felsinsel besuchten. Singapur untersuchte Schiffswracks in den Hoheitsgewässern der Insel, gewährte 1978 Erlaubnisse im Zusammenhang mit einer Begutachtung der Hoheitsgewässer, installierte eine Relaisstation für eine militärische Rundfunkstation, veröffentlichte Landkarten, die die Insel Singapur zuordneten und führte weitere Handlungen durch, die nach Ansicht des Gerichtshofs üblicherweise Ausdruck von Gebietshoheit sind. Malaysia hatte in einem Brief des stellvertretenden Außenministers im Jahre 1953 gegenüber Singapur bekannt gegeben, keine Inhaberschaft an Pedra Branca zu beanspruchen. Es erhob keine Proteste gegen die durch Singapur vorgenommenen Handlungen (wobei hinsichtlich der Relaisstation streitig ist, ob Malaysia Kenntnis von ihr hatte) und gab seinerseits zwischen 1962 und 1975 Landkarten heraus, die die Gebietshoheit Singapurs über die Insel zu bestätigen schienen. Hinsichtlich der Landkarten bemerkt der Gerichtshof, der Tatsache, dass Malaysia gegen die Karten Singapurs nicht protestiert habe, sei „much less weight“ zuzuordnen als dem eigenen Herausgeben von Karten.⁸¹⁸ All dies zusammengenommen führte nach Ansicht des Gerichts dazu, dass der Titel im Rahmen eines konvergierenden evolutionären Prozesses spätestens seit 1980 auf Singapur übergegangen war:

„The Court concludes, especially by reference to the conduct of Singapore and its predecessors *à titre de souverain*, taken together with the conduct of Malaysia and its predecessors including their failure to respond to the conduct of Singapore and its predecessors, that by 1980 sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh had passed to Singapore.“⁸¹⁹

⁸¹⁷ ICJ Reports 2008, S. 12 (37, siehe auch 35), Hervorhebungen in fett hinzugefügt.

⁸¹⁸ ICJ Reports 2008, S. 12 (95).

⁸¹⁹ ICJ Reports 2008, S. 12 (96).

Der Gerichtshof legt sich damit nicht fest, auf welchem Rechtsgrund genau der Übergang des Titels beruht. Er fasst zwei Varianten unter dem Oberbegriff „passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties“⁸²⁰ zusammen. Vorrangig nennt er die stillschweigende Vereinbarung,

„Any passing of sovereignty might be by way of agreement between the two States in question. Such an agreement might take the form of a treaty, as with the 1824 Crawford Treaty and the 1927 Agreement referred to earlier (paragraphs 22, 28 and 102). **The agreement might instead be tacit and arise from the conduct of the Parties. International law does not, in this matter, impose any particular form. Rather it places its emphasis on the parties' intentions** (cf. e.g. *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1961*, pp. 17, 31).“⁸²¹

In der zitierten Entscheidung betont der IGH allerdings, dass strenge Anforderungen an das Verhalten der Parteien bestehen, um den Schluss auf ihre Absichten zuzulassen; diese müssen klar zum Ausdruck kommen.⁸²²

Weiter, so der Gerichtshof, komme eine Gebietsübertragung als Konsequenz eines Staates in Betracht, der es versäumt, auf die territorialen Hoheitsakte eines anderen Staates zu reagieren. Die Abwesenheit einer Reaktion könne stillschweigende Anerkennung eines Verhaltens einer Partei durch einseitiges Verhalten, „acquiescence“, bedeuten, wobei er betont, dass bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung nur eine klare und zweifelsfreie Manifestation des Staatswillens zu einer stillschweigenden Gebietsübertragung führen könne (dieses Kriterium hatte er schon in *Gulf of Maine* formuliert, s. o.):

„Under certain circumstances, sovereignty over territory might **pass as a result of the failure of the State which has sovereignty to respond to**

⁸²⁰ ICJ Reports 2008, S. 12 (51).

⁸²¹ ICJ Reports 2008, S. 12 (50).

⁸²² Ebenso Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (735, Rz. 253) in Bezug auf die stillschweigende Vereinbarung einer Seegrenze: „[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling“, so auch der IGH in: Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, 27.1.2014, S. 36, 37, Rz. 91. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, S. 6 (18, 19) bezüglich der Vereinbarung der Zuständigkeit des IGH, m. w. N.

conduct à titre de souverain of the other State or, as Judge Huber put it in the *Island of Palmas* case, to concrete manifestations of the display of territorial sovereignty by the other State (*Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, *RIAA*, Vol. II, (1949) p. 839). Such manifestations of the display of sovereignty may call for a response if they are not to be opposable to the State in question. The absence of reaction may well amount to **acquiescence**. **The concept of acquiescence ‘is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent . . .’** (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130). That is to say, **silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response.**

Critical for the Court’s assessment of the conduct of the Parties is the central importance in international law and relations of State sovereignty over territory and of the stability and certainty of that sovereignty. Because of that, any passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties, as set out above, **must be manifested clearly and without any doubt by that conduct and the relevant facts. That is especially so if what may be involved, in the case of one of the Parties, is in effect the abandonment of sovereignty over part of its territory.**”⁸²³

Zum Konzept der *prescription* nimmt der Gerichtshof anschließend indirekt selbst Stellung. Er referiert das Vorbringen Singapurs, das sich hilfsweise, für den Fall, dass der Gerichtshof einen originären Titel zugunsten Malaysias feststellen sollte (nach Diktion Singapurs einen „historic title“, den der Gerichtshof auch bestätigte, wenn auch ohne Bezeichnung als „historic“) auf eine Verdrängung dieses Titels durch Hoheitsausübung berief:

„Singapore would still possess sovereignty over Pedra Branca since Singapore has exercised continuous sovereignty over the island while Malaysia has done nothing”⁸²⁴

⁸²³ ICJ Reports 2008, S. 12 (50, 51), Hervorhebungen in fett hinzugefügt.

⁸²⁴ ICJ Reports 2008, S. 12 (51).

Dieses Argument, so der Gerichtshof, habe Singapur vorgetragen, obwohl es zuvor vertreten habe, der Gedanke der „prescription“ spiele keine Rolle für die Streitigkeit; allerdings sei dies konsistent, da Singapur letzteres nur von seinem hauptsächlich vertretenen Ausgangspunkt aus behauptet hatte, dass die Insel *terra nullius* gewesen sei. Malaysia habe „in response to this argument on prescription“⁸²⁵ die Ersitzung zwar nicht als mögliche Begründung eines Titels anerkannt, da Singapur ‘quite properly’ anerkannt habe, dass Ersitzung keine Rolle für den Rechtsstreit spiele, sich aber inhaltlich dennoch ausführlich mit den Hoheitsakten Singapurs auseinandergesetzt. Folglich („Accordingly“) beschäftige sich der Gerichtshof nun mit dem Verhalten der Parteien, um festzustellen, ob die Souveränität übergegangen sei.⁸²⁶

Aus diesem Abschnitt des Urteils lässt sich herauslesen, dass der Gerichtshof selbst unter „prescription“ den Erwerb eines adversen Gebietstitels durch fortgesetzte Hoheitsausübung und Stillschweigen des anderen Staats versteht.⁸²⁷ Weniger klar ist, ob der Gerichtshof auch den Übergang aufgrund eines „tacit agreement“ (erste Variante der Gebietsbertragung aufgrund von „conduct“) als Ersitzung sieht. In diesem Sinne interpretieren die Richter *Simma* und *Abraham* das Urteil, die es in ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung bedauern, dass der Gerichtshof, anstatt für den Titelübergang auf ein „tacit agreement“ und auf „acquiescence“ abzustellen, nicht das Konzept der Ersitzung verwendet habe⁸²⁸, das in gewisser Weise beides umfasse:

„One may, however, wonder whether the more relevant concept regarding the transfer of territorial sovereignty — rather than tacit agreement or acquiescence — is **acquisitive prescription**, which in a way encompasses the other two notions and which regrettably the Judgment does not mention.“⁸²⁹

Inhaltlich seien aber sowohl Singapur als auch der Gerichtshof auf die Ersitzung eingegangen:

⁸²⁵ ICJ Reports 2008, S. 12 (51).

⁸²⁶ ICJ Reports 2008, S. 12 (51, 52).

⁸²⁷ Siehe dazu Einzelmeinungen der Richter.

⁸²⁸ Auch Richter *Ranjeva* kritisiert, dass der Gerichtshof sein Verständnis des Titelübergangs, der ohne ausdrücklichen Rückgriff auf die Ersitzung auskam, nicht näher erläutert habe, da ein Titelübergang im Völkerrecht nicht unterstellt werden könne, Declaration of Judge Ranjeva, ICJ Reports 2008, S. 103 (104).

⁸²⁹ Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham, ICJ Reports 2008, S. 116 (119); Hervorhebung hinzugefügt.

„But mere avoidance of a word designating a legal notion is not enough to make it disappear from the argument.“⁸³⁰,

„Although it did not mention prescription, as we have said, the Court would not seem to have intended to apply criteria other than those [objektiv und subjektiv „à titre de souverain“, „peaceful and continuous“, „public“, „for quite a long period“⁸³¹ vorgenommene Handlungen] in the present case.“⁸³².

Auch die übrigen Einzelmeinungen befürworten größtenteils die Existenz der Ersitzung. Richter *Dugard* lehnt die Begründung der Entscheidung auf Ersitzung nicht grundsätzlich, sondern wegen fehlender Publizität der Hoheitsansprüche Singapurs ab.⁸³³ Er prüft anschließend den Titelübergang durch konkludente Vereinbarung und durch Stillschweigen. *Dugard* warnt davor, angesichts des Grundsatzes, dass die Beschränkung staatlicher Souveränität nicht vermutet werden dürfe, eine konkludente Vereinbarung vorschnell anhand einzelner unklarer Handlungen und Indizien anzunehmen; dasselbe gelte für *acquiescence*.⁸³⁴ Ebenso hält Richter *Sreenivasa Rao* grundsätzlich Ersitzung hinsichtlich des Erwerbs eines adversen Rechts für anwendbar, aber nicht im vorliegenden Fall. Da Johor (Malaysia) von Anfang an keinen Titel am Gebiet besessen habe, sondern nur einen unvollständigen („inchoate“) Titel, sei die Ersitzung sei deshalb nicht einschlägig, weil es sich beim Rechtserwerb entgegen einem unvollständigen Titel nicht um den Erwerb eines echten „adversen“ Rechts gehandelt habe und Singapur seine Handlungen als rechtmäßig eingestuft habe.⁸³⁵ Wie im Fall *Island of Palmas* sei der unvollständige Titel Johors durch die fortwährende Hoheitsausübung Singapurs verdrängt worden. Unter den Einzelmeinungen ist einzig Richter *Parra-Aranguren* grundsätzlich vom Konzept des Titelübergangs durch *acquiescence* deshalb nicht überzeugt, weil Johor angesichts seines bestehenden historischen Titels keinerlei Verpflichtung unterlegen sei, irgendeine Handlung gegen das britische Vorgehen vorzunehmen;

⁸³⁰ Ebd., S. 116 (121).

⁸³¹ Ebd., S. 116 (122).

⁸³² Ebd., S. 116 (122).

⁸³³ Dissenting Opinion of Judge Dugard, ICJ Reports 2008, S. 133 (146).

⁸³⁴ Dissenting Opinion of Judge Dugard, ICJ Reports 2008, S. 133 (148, 149).

⁸³⁵ Separate Opinion of Judge Sreenivasa Rao, ICJ Reports 2008, S. 153 (171).

er scheint eine abstraktes Bestehen(bleiben) der völkerrechtlichen Titel anzunehmen.⁸³⁶

Im Urteil *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* ist der Internationale Gerichtshof nur noch um Haaresbreite davon entfernt, die Ersitzung als Teil des geltenden Völkerrechts anzuwenden, und zwar als adverses Recht, entgegen einer zuvor bestehenden Rechtsordnung. Die Einzelmeinungen der Richter bestätigen in Klarschrift die Andeutungen der Mehrheitsentscheidung.

24. Nicaragua v. Colombia⁸³⁷ (2012)

Nicaragua und Kolumbien stritten über die Souveränität bezüglich mehrerer Inseln und Riffe in der westlichen Karibik sowie über den maritimen Grenzverlauf zwischen den beiden Staaten. Beide Parteien waren ehemalige spanische Kolonien und erlangten die Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert. 1928 hatten sie einen Vertrag geschlossen, der die Souveränität über einige der Inseln sowie über einen Küstenstreifen festlegte. Artikel 40 dieses Vertrags wies Kolumbien die Souveränität ausdrücklich über die größeren Inseln *San Andrés*, *Providencia* und *Santa Catalina*, weiterhin über die übrigen Inseln zu, die das *San Andrés*-Archipel formten.⁸³⁸ Welche der Inseln aber zu dieser Inselgruppe zählen sollten, war zwischen den Parteien streitig. Nicaragua war der Ansicht, die von Kolumbien beanspruchten Inseln seien geographisch so weit von *San Andrés* entfernt, dass sie nicht als zur Inselgruppe gehörig angesehen werden könnten. Die Riffe *Roncador*, *Quitassueño* und *Serrana* waren vom Vertrag ausgenommen (Artikel 40 Abs. 2), da deren Zugehörigkeit zwischen Kolumbien und den USA streitig war. Nicaragua deutete dies als Erklärung dahingehend, dass diese Riffe nicht zum *San Andrés*-Archipel gehörten. Weiterhin existiere keine historische Beschreibung des Archipels als Gruppe derjenigen Inseln, die Kolumbien nun beanspruche. Kolumbien trug u. a. vor, dass die historischen Materialien nur die größeren, auch vom Vertrag erfassten Inseln erwähnten, die kleineren Riffe aber dennoch zu dem Archipel gehörten und dass die Ausnahme dreier der Riffe im Gegenteil bedeute, dass sie grundsätzlich zum Archipel zählten.

⁸³⁶ Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren, ICJ Reports 2008, S. 107 (114).

⁸³⁷ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, S. 624; im Folgenden *Nicaragua v. Colombia*.

⁸³⁸ ICJ Reports 2012, S. 624 (646, Rz. 40-42).

Der Gerichtshof befand, dass die historischen Materialien keinen sicheren Schluss zuließen, welche Inseln das *San Andrés*-Archipel ausmachten.⁸³⁹ Der Vertrag von 1928 sei nicht eindeutig. Die Ausnahme der drei Riffe in Art. 40 Abs. 2 des Vertrags bedeute nicht zwingend, dass diese Riffe nicht zum Archipel zählten. Der Gerichtshof konnte auch keine Zuordnung auf Grundlage von *uti possidetis* treffen, da die kolonialen Dekrete sich nicht explizit auf die Inseln bezogen.⁸⁴⁰ Damit blieb die Bestimmung der Souveränität anhand von *effectivités*, auf die sich ausschließlich Kolumbien berufen hatte. Zunächst stellte der IGH klar, dass er nur diejenigen *actes à titre de souverain* heranziehen werde, die vor dem kritischen Datum des Kristallisierens der Streitigkeit vorgenommen wurde, bzw. nur solche späteren *effectivités*, die sich als Fortführung früherer Handlungen erwiesen und nicht nur vorgenommen worden seien, um die Prozessstellung zu verbessern.⁸⁴¹

Kolumbien machte geltend, bis zum kritischen Datum und danach umfangreiche Hoheitshandlungen auf dem beanspruchten Gebiet vorgenommen zu haben. Es habe Gesetze und Verordnungen bezüglich Fischerei, wirtschaftlicher Tätigkeiten, Immigration, Such- und Rettungsaktionen, öffentlicher Einrichtungen und Umweltbelangen erlassen, Strafrecht bezüglich des gesamten Archipels durchgesetzt, seit Mitte des 19. Jahrhunderts Aktivitäten im gesamten Archipel überwacht und kontrolliert, dritten Parteien Konzessionen für die Suche nach Öl im Meeresgebiet des Archipels gewährt, wissenschaftliche Forschung hinsichtlich der Nutzung und Bewahrung der Naturschätze des Archipels durchgeführt und öffentliche Einrichtungen betrieben, wie Leuchttürme, Marinestützpunkte, Einrichtungen für Fischer und Installationen für Radiostationen.⁸⁴² Der Gerichtshof erkannte diese Handlungen als *actes à titre de souverain* an.⁸⁴³ Ein Teil der Hoheitsakte habe sich auch spezifisch auf die streitigen Gebiete bezogen.⁸⁴⁴ Er erinnerte daran, dass die Begründung von Souveränität über kleine Inseln nur ein „relatively modest display of State powers in terms of quality and quantity“ erfordere. Allerdings sei zu untersuchen, ob noch ein anderer Staat

⁸³⁹ ICJ Reports 2012, S. 624 (649, Rz. 55).

⁸⁴⁰ ICJ Reports 2012, S. 624 (651, Rz. 65).

⁸⁴¹ ICJ Reports 2012, S. 624 (652, Rz. 67, 68). Der IGH zitiert diesbezüglich die Urteile *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (697-698, Rz. 117) und *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, ICJ Reports 2002, S. 625 (682, Rz. 135).

⁸⁴² ICJ Reports 2012, S. 624 (653, Rz. 74).

⁸⁴³ ICJ Reports 2012, S. 624 (655-659), Rz. 80-84.

⁸⁴⁴ ICJ Reports 2012, S. 624 (655, Rz. 81). Dieses Kriterium hatte der IGH im Urteil *Indonesia/Malaysia* aufgestellt, ICJ Reports 2002, S. 625 (683).

einen „superior claim“ durch die Ausübung von Hoheitsakten geltend mache, wie der Ständige Internationale Gerichtshof in *Eastern Greenland* es untersucht habe.⁸⁴⁵ Nicaragua könne aber keine entsprechenden Hoheitsakte nachweisen. Diese Fakten böten sehr starke Unterstützung für Kolumbiens Anspruch.

Ergänzend untersuchte der Gerichtshof das Verhalten Nicaraguas. Nicaragua habe die Ansprüche Kolumbiens zwar nicht anerkannt, aber „failed to make any protest“⁸⁴⁶. Auch das Verhalten von Drittstaaten reiche nicht für die Annahme einer Anerkennung aus, liefere aber gewisse Unterstützung für Kolumbiens Ansprüche. Zuletzt bewertet der Gerichtshof Landkarten der Region, unter dem Vorbehalt, dass Landkarten selbst keine Dokumente mit rechtlicher Wirkung darstellten, die einen Gebietstitel begründen könnten. Auch als Nachweis eines Gebietstitels hätten sie nach gefestigter Rechtsprechung nur begrenzte Wirkung. Kolumbianische und sogar einige nicaraguanische Landkarten wiesen zugunsten Kolumbiens jedenfalls einige der umstrittenen Inseln als kolumbianisch aus, was Kolumbiens Anspruch unterstütze. Auf der Grundlage aller Argumente und Beweise bestätigte der IGH schließlich Kolumbiens Souveränität über die umstrittenen Inseln.

Die Entscheidung betrifft einen originären Gebietserwerb durch die effektive Beherrschung, die

- bei je nach Art des Gebiets auch nur relativ moderat ausfallen muss
- die relativ stärkere Hoheitsmacht im Vergleich zu konkurrierenden Staaten sein muss
- jedenfalls zum Teil oder in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Auswirkungen spezifisch auf das Gebiet bezogen sein muss

Sofern ein konkurrierender Staat keine Hoheitsakte ausgeübt hat, dienen dessen fehlender Protest sowie das Verhalten von Drittstaaten als Unterstützung des Titels. Der IGH benennt diese Art des Titelerwerbs nicht als „Okkupation“ und untersucht als Tatbestandsvoraussetzung nicht, ob die Inseln dem originären Erwerb zugänglich waren, d. h. *terra nullius*. Diese Frage war auch nicht entscheidungserheblich, da der IGH das Bestehen eines Gebietstitels, der nicht auf

⁸⁴⁵ ICJ Reports 2012, S. 624 (655, Rz. 80).

⁸⁴⁶ ICJ Reports 2012, S. 624 (659, Rz. 88).

einem Vertrag oder *uti possidetis* beruht, d. h. Okkupation oder Ersitzung, in jedem Fall anhand friedlicher, öffentlicher, andauernder, effektiver Beherrschung feststellen konnte (im Sinne einer Wahlfeststellung).

Effectivités setzt der IGH mit *actes à titre de souverain* gleich und zählt dazu auch solche Hoheitshandlungen, die außerhalb der Kolonialzeit geschehen. Dies führt die Tendenz des IGH fort, den im Zusammenhang mit der Doktrin *uti possidetis* in *Burkina Faso/Mali* geprägten Begriff auf andere Sachverhalte anzuwenden und synonym mit dem *acte à titre de souverain* zu gebrauchen.⁸⁴⁷

II. Kernthesen der Fälle

1. *Boundary Dispute*: Vertraglich war Ersitzung vereinbart, aber ob dies als Ausdruck geltenden Rechts oder als Abweichung vom geltenden Recht geschah, bleibt unklar.
2. *Meerauge Arbitration*: Unvordenkliche Verjährung streitentscheidend als Beweisregelung, jedoch war die Herrschaft beider Parteien nie unbestritten.
3. *Behring Sea/Alaska Boundary*: Uneinigkeit der Schiedsrichter darüber, ob Ersitzung ein Prinzip des Völkerrechts ist. Bedeutsamkeit von *acquiescence* und *estoppel*.
4. *Grisbadarna*: Gebietserwerb durch effektive Nutzung und Hoheitsakte und wegen eines historischen Rechts wegen schon immer bestehender Nutzung durch Private.
5. *Chamizal*: Ersitzung gerade wegen der Grenzvereinbarung durch Vertrag ausgeschlossen. Keine Diskussion, ob der Vertrag durch Hoheitsausübung modifiziert worden sein könnte. Kriterien für Ersitzung werden definiert, aber keine Aussage darüber getroffen, ob sie als Prinzip anerkannt ist.

⁸⁴⁷ So auch in ICJ Reports 1992, S. 351 (566); siehe Kapitel E. I. 17; ICJ Reports 2002, S. 303 (354, 355, Rz. 70), siehe Kapitel E. I. 21; ICJ Reports 2002, S. 625 (682), Rz. 134; siehe Kapitel E. I. 22.

6. *Lotus Case*: Basierung jeglichen Völkerrechts auf dem Willen der Staaten. Einschränkung: Für die anderen Staaten ist das maßgeblich, was nach außen als Wille erscheint (Bindung an Rechtsschein).
7. *Island of Palmas*: Kontinuierliche und friedliche Hoheitsausübung ist so gut wie ein Titel. Effektive Hoheitsausübung notwendig zur Aufrechterhaltung eines Titels, Anforderungen differieren je nach Gebiet. Intertemporale Grundsätze.
8. *Eastern Greenland*: Anforderungen an originären Titelerwerb: Wille zum hoheitlichen Handeln und hoheitliches Handeln selbst. Begründung eines Titels durch Ausübung von Hoheitshandeln. Die Beherrschung muss die im Vergleich zu rivalisierenden Staaten stärkere sein.
9. *Fisheries*: Titelerwerb an einem Gemeinschaftsgut, Hohe See, durch historische Konsolidierung einer Abgrenzungsmethode des Hoheitsgewässers und wegen lange bestehender privater Fischereirechte: Dies wird von einem Teil der Richterschaft kritisiert, da letzteres keine hoheitlichen Handlungen gewesen seien.
10. *Minquiers/Ecrehos*: Originärer Titelerwerb durch tatsächliche Hoheitsausübung (wie *Eastern Greenland*). Entscheidend sind nicht Vorgänge in ferner Vergangenheit, sondern die stärkere Hoheitsausübung in einer längeren Phase vor dem Kristallisieren der Streitigkeit.
11. *Certain Frontier Land*: Vertraglicher Titel zugunsten einer Partei festgestellt; dieser ist nicht durch adverse Hoheitsausübung ersetzt worden („displaced“), da nur einzelne Handlungen untergeordneter Behörden dies nicht vermögen. Verlust des Titels ist aber grundsätzlich möglich.
12. *Temple of Preah Vihear*: Vertragsschluss, Irrtumslehre, Vereinbarung (ausdrücklich, konkludent, stillschweigend), Rechtsscheinhaftung, *estoppel*, Vertragsänderung bzw. Ausgestaltung durch nachfolgendes Verhalten. Sicherungsfunktion eines vertraglichen Titels gegenüber Hoheitsakten des nichtberechtigten Staates.

13. *Right of Passage over Indian Territory*: Mögliche Rechtsquelle staatlicher Rechte und Pflichten ist bilaterales Gewohnheitsrecht.
14. *Gulf of Maine*: Nur klares und konsistentes Verhalten kann den Rechtsschein der *acquiescence* erzeugen, nicht einzelne unkluge Verhaltensweisen. Verhältnis von *acquiescence*, *estoppel*, *preclusion*.
15. *Burkina Faso/Mali*: Verhältnis von *effectivités* und Titel im Anwendungsbereich des *uti possidetis*-Prinzips: Vertrag vorrangig vor tatsächlicher Hoheitsausübung wegen Friedenssicherungsfunktion der Berücksichtigung kolonialer Grenzen.
16. *El Salvador/Honduras*: Im Anschluss an die Unabhängigkeit können durch *uti possidetis* ermittelte Grenzen auf alle völkerrechtlich bekannten Arten verändert werden; die „Zementierung“ der Verhältnisse zur Stunde Null der Unabhängigkeit zeitigt keine Nachwirkung. „Effectivités“ der nachkolonialen Zeit können herangezogen werden, um *ex post* die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigwerdung zu beleuchten.
17. *Eritrea – Yemen*: Zweifache Bedeutung des Begriffs der historischen Titel: zum einen die Begründung des Titels durch die lange Bekanntheit des Titels selbst, zum anderen der Erwerb von Gebiet durch kontinuierliche, friedliche Hoheitsausübung in Verbindung mit Stillschweigen. Letzteren Prozess bezeichnet das Schiedsgericht als historische Konsolidierung und sieht *prescription* bzw. *acquiescence* als Elemente dieses Vorgangs.
18. *Kaskili/Sedudu*: Kolonialer Vertrag (Abgrenzung von Interessens-sphären) wirkt zugunsten einer Partei, aber Auslegung einer Klausel durch anschließendes Verhalten geändert, nämlich durch tatsächliche Hoheitsausübung? Nein, da nur Handlungen Privater, die nicht mit staatlicher Macht in Verbindung zu bringen sind (Widerspruch zu *Grisbadarna* und *Fisheries*, bzw. Anschluss an die damaligen Kritiker).

19. *Eritrea/Ethiopia*: Abbedingen eines Vertrags ist durch anschließendes Verhalten in Form von territorialer Hoheitsausübung möglich.
20. *Cameroon v. Nigeria*: Historische Konsolidierung wird als Rechtsgrund eines Gebietserwerbs abgelehnt, u. a. wegen eines zu kurzen Zeitraums. Zeitfaktor ist dagegen für *acquiescence* zur Gebietsübertragung nicht entscheidend. Begriff der *effectivités* wird auch für die postkoloniale Zeit verwendet.
21. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*: Gebietserwerb durch tatsächliche Hoheitsausübung, der Staatswille zur Souveränitätsausübung ist subjektive Voraussetzung (anders als in *Benin/Niger*); Unterschied: Gebiet war nicht von kolonialen Grenzen erfasst (daher i. E. Ausgangssituation wie bei *Eastern Greenland*). Hoheitsakte müssen spezifisch auf das umstrittene Gebiet bezogen sein oder jedenfalls dort tatsächlich wirken.
22. *Benin/Niger*: Bestätigung der Rspr. in *Burkina Faso/Mali*, keine subjektiven Voraussetzungen (d. h. Wille zur Herrschaft) an *effectivités* zur Feststellung einer bestehenden, aber unklaren Grenze aus der Kolonialzeit.
23. *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*: Übergang der Souveränität durch anschließendes Verhalten, vorher war Titel durch lang anhaltende Hoheitsausübung erworben worden. Indirekte Qualifizierung des Titelübergangs als Ersitzung. „Passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the parties“ in zwei Varianten: Konkludenter Vertrag oder einseitige Anerkennung der fremden Ansprüche durch *acquiescence*.
24. *Nicaragua v. Colombia*: Erwerb eines originären Titels an Gebiet einer ehemaligen Kolonialmacht durch die lang andauernde Ausübung von Hoheitsmacht, sog. *effectivités* oder *actes à titre de souverain*. Bestätigung von *Eastern Greenland*: Beherrschung muss relativ stärker als die rivalisierender Staaten sein, moderate Ausübung von Hoheitsmacht reicht bezüglich unbedeutender Gebiete aus, Bestätigung von *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*: Hoheitsakte

müssen spezifisch auf das umstrittene Gebiet bezogen sein oder jedenfalls dort tatsächlich wirken. Nur diejenigen *actes à titre de souverain* können herangezogen werden, die vor dem kritischen Datum des Kristallisierens der Streitigkeit vorgenommen wurden, bzw. nur solche späteren *effectivités*, die sich als Fortführung früherer Handlungen erwiesen und nicht nur vorgenommen worden sind, um die Prozessstellung zu verbessern.

III. Auswertung

1. Begriffsverwendung

Eine einfache und endgültige Aussage über die Existenz von Ersitzung im Völkerrecht bietet die internationale Rechtsprechung (leider) nicht. Vielmehr hat sie ein feines Netz von Aussagen über die Übertragung territorialer Souveränität durch das Verhalten von Staaten gesponnen. Die Begriffsverwendung durch Parteien und Gerichte ist nicht völlig konsistent. Die Parteien und auch Schiedsgerichte sprechen durchaus von *prescription*. Sie meinen damit aber nicht immer einen adversen Erwerb, sondern etwa einen originären Titel durch lang andauernde, friedliche Hoheitsausübung, oder aber einen Titel durch die lange Bekanntheit selbst (womit der Unterschied zur *immemorial possession* verwischt wird).⁸⁴⁸ Die Abgrenzung der *prescription* vom *historic title* ist unklar. Der durch effektive andauernde Hoheitsausübung geschaffene Titel wird zum Beispiel in *Eritrea – Yemen; Fisheries; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* als historischer Titel bezeichnet. Ein Titel, der aufgrund der Unvordenklichkeit einer anderen Situation zugunsten eines Staates besteht (*Fisheries; Eritrea – Yemen; Minquiers/Ecrehos*), firmiert ebenfalls als historischer Titel oder als *ancient*. Die Parteien und Schiedsgerichte verwenden die Begriffe historischer Titel, historische Konsolidierung, *uti possidetis* und *effectivités*, ohne dass klar wird, in welchem Verhältnis sie zur Ersitzung stehen. Die undogmatische Verwendung des Begriffs *prescription* und der übrigen Begriffe, die eine zeitliche Komponente nahelegen, sind von der gemeinsamen Überzeugung getragen, dass dasjenige so bleiben müsse, was schon lange bzw. immer so war (*quieta non movere*).

⁸⁴⁸ Österreich im Fall *Meerauge Arbitration*, Parteien in *Behring Sea Arbitration; Grisbadarna*; s. o.

Der IGH scheut sich, zu den verhaltensbasierten Arten eines Titelerwerbs dogmatisch klar Stellung zu beziehen. Daher vermeidet er auch, eine bestimmte Konstellation des Titelerwerbs als *prescription* zu bezeichnen. Allerdings ist der Wunsch nachvollziehbar, sich aus dogmatischen Streitigkeiten herauszuhalten, solange die Stellungnahme zu dem theoretischen Problem nicht entscheidungserheblich ist. Die Akzeptanz einer getroffenen Entscheidung ist möglicherweise höher, sofern das Ergebnis nicht auf eine Figur gestützt wird, die nach Ansicht einer oder beider Parteien nur eine fragwürdige Verankerung im Völkerrecht hat. Die Frage, ob es einen ursprünglichen Inhaber der territorialen Souveränität tatsächlich gegeben hat und wer dies war, ist in vielen Fällen irrelevant. Sollte ein Staat einen konkurrierenden Anspruch auf das Gebiet geltend machen bzw. ein früherer Inhaber territorialer Souveränität auszumachen sein, ist dessen Verhalten nur für die Frage von Bedeutung, ob dessen Recht der stärkeren Hoheitsausübung des anderen Staates unterliegt; insbesondere, ob er durch Stillschweigen (*acquiescence*) den Titel verloren hat.⁸⁴⁹ Gefragt wird nach der relativ stärkeren Begründung des Titels durch die lang andauernde, effektive, friedliche Ausübung von Hoheitsakten (insofern ist dies „as good as a title“).

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 bezieht sich der Gerichtshof aber auf die Argumente einer Partei (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*) zum Erwerb eines adversen Rechts durch territoriale Hoheitsausübung und fasst sie als Begründungselemente einer Ersitzung auf; damit gesteht er indirekt zu, dass dies auch sein eigenes Verständnis von Ersitzung ist. Die Einzelmeinungen der Richter zu diesem Urteil befürworten überwiegend ausdrücklich die Existenz der Ersitzung und drücken ihr Bedauern aus, dass der Gerichtshof sich nicht zu einer klaren eigenen Verwendung des Begriffs durchgerungen hat. Stattdessen verwendet der Gerichtshof *acquiescence* und *estoppel* als Schlüsselbegriffe für ein „passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties“⁸⁵⁰. Widersprüchliches Verhalten eines Staates schließt es aus, dass dies zu seinen Gunsten geschieht (*preclusion*).

⁸⁴⁹ RIAA II, S. 829 (869).

⁸⁵⁰ ICJ Reports 2008, S. 12 (51).

2. Grundaussagen über die Wirkung lang andauernder Hoheitsausübung

Ausgangspunkt der gerichtlichen Befassung mit der Ersitzung ist eine Grundaussage über die Wirkung von unbestrittener, lang andauernder und öffentlicher territorialer Souveränitätsausübung. *Max Huber*, Richter im Fall *Island of Palmas*, misst ihr eine titelähnliche Eigenschaft bei. „Continuous and peaceful display of sovereignty“, das im Bewusstsein und mit dem Willen der Hoheitsausübung geschieht, ist so gut wie ein Titel. Solche Handlungen, konkrete Manifestationen staatlicher territorialer Herrschaft, werden auch als *actes à titre de souverain* bezeichnet.⁸⁵¹ *Huber* selbst bezeichnet diese Wirkung der Ausübung von Hoheitsrechten (in der Situation, dass bestehende Hoheitsrechte verdrängt werden) als „so-called prescription“.⁸⁵² Sie sei eine in internationaler rechtswissenschaftlicher Doktrin und Praxis weit akzeptierte Annahme.⁸⁵³

Die These *Hubers* bietet aus dem Grund Anhaltspunkte für die Untersuchung einer völkerrechtlichen Ersitzung, dass die Möglichkeit, Rechtswirkungen durch territoriales hoheitliches Handeln zu erzeugen, einem wie auch immer gearteten Konzept von Ersitzung (und im Übrigen auch allen anderen Gebietserwerbstiteln) zugrunde liegt; sei sie als originäres, sei sie als derivatives Recht verstanden.

Schiedsgerichte und der Internationale Gerichtshof greifen die besondere Wirkung der effektiven, friedlichen Hoheitsausübung auf und entwickeln diesbezüglich Grundsätze weiter, ohne dass sie dogmatisch präzise eingeordnet würden. Der Internationale Gerichtshof wendet sie unverändert in den Situationen an, in denen kein sonstiger Gebietstitel zugunsten eines Staates festgestellt werden kann (*Eastern Greenland*).⁸⁵⁴ Anforderungen an das Maß der ausgeübten Hoheitsgewalt für den Erwerb eines Titels hängen auch nach Ansicht des StIGH und des IGH von den geographischen Gegebenheiten des Gebiets und dem Grad ab, zu dem das Gebiet auch von anderen Staaten beansprucht wird (*Island of Palmas*; *Eastern Greenland*; *Sovereignty over Pulau Litigan and Sipadan*; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*; *Nicaragua v. Colombia*). Strukturell stellt der so

⁸⁵¹ ICJ Reports 2008, S. 12 (50).

⁸⁵² RIAA II, S. 829 (868).

⁸⁵³ *Island of Palmas*, RIAA II, S. 829 (839, 840); diese Formulierung erinnert an Art. 38 I b IGH-Statut (Völkergewohnheitsrecht).

⁸⁵⁴ War das Gebiet erwiesenermaßen *terra nullius*, d. h. unter keiner staatlichen Souveränität, stellt sich der effektive Besitz für die Rechtswissenschaft als Element einer Okkupation dar, s. o., unter anderem *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 134, 146 ff., 168. Die Rechtsprechung vermeidet ebenso wie den Begriff der *prescription* die eindeutige Klassifizierung eines Titels als Okkupation.

erworbene Titel nur ein besseres Recht an dem Gebiet im Vergleich zu denen konkurrierender Staaten dar. Die Frage nach der ursprünglichen Rechtslage in Bezug auf das Gebiet stellt sich für die Gerichte nicht; sie ist für die Beurteilung der Souveränität zum kritischen Zeitpunkt der Entscheidung nicht erheblich. Gelingt es den Parteien, effektive, lang andauernde und unbestrittene Hoheitsausübung in Bezug auf ein Gebiet nachzuweisen, sind damit sowohl die Voraussetzungen für eine etwaige Okkupation als auch für eine (so man sie denn anerkennt) Ersitzung gegeben. Das Gericht muss sich daher nicht auf einen bestimmten Titel festlegen bzw. die Parteien sind nicht gezwungen, umfassend über Vorgänge in der fernen Vergangenheit zu recherchieren. Der durch Hoheitsausübung erworbene Titel ist subsidiär zu einem vertraglichen Titel (*Chamizal; Island of Palmas; Kaskili/Sedudu; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*).

Für den Fall, dass eine vertragliche Regelung besteht, erkennt der IGH ihr allerdings (stärker als *Huber*) eine Sicherungsfunktion zu. Diese ist zwar nicht absolut, verschafft aber doch dem begünstigten Staat einen erheblichen Vorteil in einer Konkurrenzsituation. Der Staat kann sich grundsätzlich durch administrative Routineakte in seiner Stellung als Souverän halten. *Huber* dagegen fordert allein für die Aufrechterhaltung des Titels während der gesamten Dauer der Inhaberschaft der territorialen Souveränität dieselbe Intensität an Hoheitsausübung wie zur Begründung des Rechts.⁸⁵⁵ Auch dem IGH zufolge können die in der *Huberschen* Entscheidung genannten Mechanismen greifen, die dazu führen, dass entgegen einer bestehenden Rechtslage ein Titelübergang auf Basis des Verhaltens der Staaten eintritt. Dies ist sogar im Falle einer vertraglichen Gebietszuordnung möglich, wenn der konkurrierende Staat die erhöhten Anforderungen für den Erwerb entgegen einem Vertrag erfüllt, *i. e.* über längere Zeit gezielt hoheitliche Tätigkeit von in der staatlichen Hierarchie hoch angesiedelten Stellen auf dem fremden Gebiet ausübt (*Temple of Preah Vihear; Sovereignty over Certain Frontier Land*). Es entsteht ein „adverses Recht“⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ RIAA II, S. 829 (839).

⁸⁵⁶ *Blum*, *Historic Titles in International Law*, 1965, S. 53.

3. Acquiescence als Schlüssel zum Titelübergang bzw. Titelbegründung

Im *Temple of Preah Vihear*-Fall (und bereits im *Lotus*-Fall) wird deutlich: Grundsätzlich folgt der IGH (bzw. schon der StIGH) einer voluntaristischen Theorie des Gebietserwerbs, d. h. Rechtsänderungen treten nur als Folge des Ausdrucks staatlichen Willens ein. Als Einschränkung gilt aber, dass der sich dem objektiven Beobachter bietende Rechtsschein bindend wirkt. Der Staat muss sich an ihm festhalten lassen, als habe er eine Willenserklärung abgegeben. Folgen des Rechtsscheins können entweder das Entstehen eines *tacit agreement* oder aber einer einseitigen Anerkennung, *acquiescence*, sein (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*). Für die Erzeugung von Rechtsschein ist ein klares und konsistentes Verhalten erforderlich, insbesondere wenn es um den Verlust eines Titels geht (*Gulf of Maine*). *Acquiescence* (zu Deutsch „Akquieszenz“⁸⁵⁷, oder nur unpräzise als „stillschweigende Zustimmung“ zu übersetzen) bedeutet die Erzeugung eines Rechtsscheins der einseitigen Anerkennung durch einen Staat, auf dessen Gebiet durch einen anderen Staat zunächst widerrechtlich Hoheitsakte als Zeichen des Willens vorgenommen werden, das Gebiet zu beherrschen. Die Bindung eines Staates durch die Erklärung einseitiger Akzeptanz ist formfrei möglich und im Völkerrecht anerkannt (*Nuclear Tests; Temple of Preah Vihear*).⁸⁵⁸ Der Rechtsschein begründet sich durch das Unterlassen von Protesten („failure [...] to respond“⁸⁵⁹) und setzt die Kenntnis des beeinträchtigten Staates bzw. das Kennenmüssen der Umstände voraus. Der Rechtsschein entsteht, da widerrechtliche Handlungen des auf fremdem Gebiet tätigen Staates den Protest herausfordern („call for a response“⁸⁶⁰). *Estoppel* bezeichnet die endgültige Bindung des Staates an den durch ihn selbst erzeugten Rechtsschein, die aus Vertrauensschutz-gesichtspunkten dann eintritt, wenn sich der andere Teil auf die Akzeptanz während längerer Zeit verlassen hat und/oder der stillschweigende Staat selbst während längerer Zeit Vorteile aus der Situation gezogen hat. Die im innerstaatlichen anglo-amerikanischen Recht bekannte Voraussetzung des guten Glaubens nennt die Rechtsprechung nicht für den völkerrechtlichen *estoppel*.

⁸⁵⁷ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 154, *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, 2. Aufl. 1989, Bd. I/1, S. 348-354, § 54.

⁸⁵⁸ *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*; Judgment, ICJ Reports 1974, S. 457 (472, Rz. 46): „unilateral acts [...] may have the effect of creating legal obligations“; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, ICJ Reports 1961, S. 17 (31): „the law prescribes no particular form“.

⁸⁵⁹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, ICJ Reports 2008, S. 12 (50).

⁸⁶⁰ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, ICJ Reports 2008, S. 12 (50); ähnlich *Temple of Preah Vihear*, ICJ Reports 1962, S. 6 (23): „called for some reaction“.

Preclusion wiederum ist der prozessuale Aspekt des materiellen *estoppel*-Prinzips.

Nach Ansicht des Internationalen Gerichtshofs ist für den Titelübergang der Ablauf einer bestimmten Zeitspanne nicht erforderlich. Der Ablauf von Zeit dient nur als weiteres Kriterium dazu, die Stärke des erzeugten Rechtsscheins zu bemessen (*Cameroon v. Nigeria*). Der Rechtsschein verstärkt sich durch den Zeitablauf, sodass bei kurzen Vorgängen im Regelfall aus dem Stillschweigen noch nicht auf eine Anerkennung geschlossen werden kann (*Gulf of Maine*). Damit bewegt sich der Internationale Gerichtshof in der Tradition der „Vattelianer“ (nach *Blum*, s. o.) und der Common-Law-Schule, die im Zeitablauf keine tatbestandliche Voraussetzung für die Ersitzung, sondern nur eine Beweistatsache sehen.

Das Maß des Protestes eines beeinträchtigten Staates, um *acquiescence* zu verhindern, ist nicht absolut (z. B. Anrufung eines Gerichts), sondern richtet sich nach der Stärke des erzeugten Rechtsscheins, mit dem Vorgehen einverstanden zu sein (*Chamizal; Temple of Preah Vihear; Certain Frontier Land*), sowie nach dem, was vernünftigerweise erwartet werden kann (*all that could be reasonably required*). Dabei wird sowohl nach der Hierarchie der staatlichen Organe differenziert, von denen das widerrechtliche Handeln ausgeht, als auch nach dem Entstehungsgrund und der Sicherheit des Titels. Damit entsteht die zunächst verwirrende Situation, dass sich die Stärke des Rechtsscheins nicht nach dem nach außen gezeigten Verhalten des beeinträchtigten Staates richtet (dies ist immer gleich, nämlich Stillschweigen), sondern nach der Stärke der Beeinträchtigung des anderen Staates. Gewissermaßen als Echo löst sie eine „Herausforderung“ zum Protest aus, die sich bei Ausbleiben eines Protests in Rechtsschein umwandelt.

Jeder Titel kann durch entgegenstehendes Handeln „overruled“, d. h. außer Kraft gesetzt werden, auch ein vertraglich festgelegter (*Island of Palmas; Certain Frontier Land*). Jedoch gibt es erhöhte Anforderungen bei letzterer Situation (*Lauterpacht*, „*exacting rules*“), da dem vertraglichen Titel eine starke Sicherungsfunktion zukommt. Deshalb genügt es, angesichts des klaren Signals des Titels, routinemäßiges Verwaltungshandeln auf dem eigenen Gebiet weiter durchzuführen, um einen Erwerb durch den anderen Staat zu vermeiden (*Certain Frontier Land; Temple of Preah Vihear; Cameroon v. Nigeria*). Bei vertraglich nicht klar festgestellten Grenzverläufen oder gar bei einem originären Erwerb

allein durch effektive Hoheitsausübung müssen effektive Gegenmaßnahmen ergriffen werden, um damit klarzustellen, dass ein Titelerwerb des anderen Staates nicht akzeptiert wird (*Chamizal; Eastern Greenland; Island of Palmas; Gulf of Maine; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*). Ist die Gegenwehr also zu schwach, bleibt es bei der Zustimmungswirkung der *acquiescence*.

Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der durch einen einseitigen Akt bzw. Unterlassung erzeugten Bindungswirkung durch *acquiescence* spricht vieles dafür, sie als Völkergewohnheitsrecht oder als allgemeinen Rechtsgrundsatz zu qualifizieren. Danach wäre Art. 38 I b oder c IGH-Statut einschlägig.⁸⁶¹ Dem IGH in den *Nuclear Tests*-Fällen zufolge begründet sich die Bindungswirkung wie auch die Regel im Vertragsrecht *pacta sunt servanda* auf dem Prinzip des guten Glaubens (*good faith*); einem „fundamentalen“ Prinzip des Völkerrechts.⁸⁶² Auch aus der Differenzierung zwischen Vertragsrecht und einseitiger Erklärung überhaupt spricht, dass der IGH die einseitige bindende Erklärung jedenfalls nicht dem Recht der Verträge zuordnet.⁸⁶³

4. Abgrenzung zu anderen Begriffen

Weitere Begriffe, die in den Entscheidungen der Gerichte für die Feststellung von Gebietsouveränität eine Rolle spielen, sind *effectivités*, *uti possidetis*, die *historische Konsolidierung* und die stillschweigende Vereinbarung, *tacit agreement*. Sie stehen mit dem vorgestellten Titelübergang aufgrund von Verhaltens in Beziehung, liefern nach der IGH-Rechtsprechung keine alternative Begründung für den Mechanismus zum Erwerb eines adversen Rechts.⁸⁶⁴

a) Effectivités

Die Bezeichnung *effectivités* könnte dazu führen, dass sie als Elemente eines

⁸⁶¹ *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 232, konzidiert, dass unklar sei, worauf die Rechtsverbindlichkeit von einseitigen Akten beruht; *Hobe* verweist auf *Fiedler*, *Unilateral Acts in International Law*, in: Bernhardt (Hrsg.), *EPIL* 4 (2000), S. 1019 ff.; *Nuclear Tests*-Fälle: *Australia v. France*, Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253 (267) und *New Zealand v. France*, Judgment, ICJ Reports 1974, S. 457 (472); *Zemanek*, in: Wellens (Hrsg.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honor of Eric Suy*, 1998, S. 209 (210 f.).

⁸⁶² *Gulf of Maine*, ICJ Reports 1984, S. 246 (305).

⁸⁶³ *Oellers-Frahm*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012, Vol. 2, Article 92, S. 1897 (1938), sieht das Recht der internationalen Vereinbarungen als Recht der Vertragsparteien über wechselseitige Rechte und Pflichten. Damit scheidet eine einseitige Verpflichtung für diese Kategorie aus.

⁸⁶⁴ Siehe zur Abgrenzung der Ersitzung von anderen Rechtsprinzipien Kapitel C. III.

„Effektivitätsprinzips“ im Sinne einer eigenen titelbegründenden Kraft im Völkerrecht missverstanden werden.⁸⁶⁵ Der Internationale Gerichtshof verwendet den Begriff aber in einem spezifischen Zusammenhang und meinte damit ursprünglich effektive Administrationsakte auf einem Kolonialgebiet durch eine Kolonialmacht. Sie dienten der Feststellung der durch *uti possidetis* „eingefrorenen“ Grenzen zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigkeit ehemaliger Kolonialstaaten. Seit den 1990er Jahren hat sich die Begriffsverwendung über den Anwendungsbereich von *uti possidetis* hinaus ausgedehnt. Der Gerichtshof verwendet *effectivités* synonym mit *actes à titre de souverain*, die unabhängig von der Kolonialzeit wesentlich für die Entstehung eines Gebietstitels sind (siehe *Nicaragua v. Colombia*; *Nicaragua v. Honduras*⁸⁶⁶; *Sovereignty over Pulau Ligatan and Sipadan*; *Cameroon v. Nigeria*). Häufig wird der Begriff der *effectivités* auch von den Richtern in ihren Einzelmeinungen verwendet.⁸⁶⁷

b) Uti possidetis

Uti possidetis stellt eine Ausnahme zum oben erläuterten *acquiescence*-System dar. Im Falle eines bestehenden vertraglichen Titels setzt *uti possidetis* den Mechanismus, durch den auch solche Titel durch territoriale Hoheitsausübung aufgehoben werden können, außer Kraft:

„The first aspect [...] the **pre-eminence accorded to legal title over effective possession** as a basis of sovereignty. The essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved.“⁸⁶⁸

Entscheidendes Gewicht kommt im Anwendungsbereich des *uti possidetis* also immer dem vertraglichen Titel anstatt der tatsächlichen Hoheitsausübung zu. Nur

⁸⁶⁵ Im Sinne der Theorie, die Effektivität als gewissermaßen übergesetzliches Prinzip des Völkerrechts versteht, s. o., *Touscoz*, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, 1964, siehe oben Kapitel D. III. 1. d.

⁸⁶⁶ Getrennte Prüfung zunächst der kolonialen *effectivités* zur Beurteilung eines Titels anhand von *uti possidetis*, anschließend der postkolonialen *effectivités*, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (710, 711).

⁸⁶⁷ Z. B. Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham, ICJ Reports 2008, S. 116 (118).

⁸⁶⁸ *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports 1986, S. 554 (566); ebenso in: *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (706); *Benin/Niger*; *Cameroon v. Nigeria*; *El Salvador/Honduras* (siehe Kapitel E. I. 23.; 21.; 17.).

wenn keine oder keine deutliche Zuordnung der Gebiete zu einer Hoheitsmacht durch Verträge oder administrative Akte einer Kolonialmacht erkennbar ist, wird die tatsächliche Hoheitsausübung als entscheidendes Kriterium der Grenzziehung herangezogen. *Uti possidetis* gilt aber nur für die Situation der Dekolonisierung. Der Internationale Gerichtshof qualifiziert *uti possidetis* als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts, der in Afrika Eingang in eine (nicht rechtsverbindliche) Resolution der *Organization of African Unity* AGH/Res (I), Cairo 1964) gefunden hat. *Uti possidetis* bewirkt, dass eine zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit rechtliche und/oder faktische bestehende Gebietsituation fortgeschrieben wird. Dass auch allein faktisch bestehende Gebietszuordnungen perpetuiert werden, qualifiziert *uti possidetis* als eine *lex specialis* im Vergleich zum Regel der Kontinuität der Grenzen im Falle der Staatensukzession, die nur für die Rechtsnachfolge in völkerrechtliche Verträge gilt.⁸⁶⁹ *Uti possidetis* gilt nicht nur für die Grenzen zwischen Kolonien verschiedener Souveräne, sondern auch für administrative Grenzen zwischen mehreren Kolonien eines einzigen Souveräns. Ausgangspunkt zur Beurteilung des Grenzverlaufs ist nach *uti possidetis* die zum Zeitpunkt der Erlangung der Unabhängigkeit („critical date“⁸⁷⁰) bestehende Gebietsituation. Die Rechtmäßigkeit der kolonialen Grenzziehung spielt für die Beurteilung dieser Situation keine Rolle⁸⁷¹, da *uti possidetis* das faktisch Bestehende in eine rechtliche Ausgangssituation umwandelt.⁸⁷²

Im Urteil *Cameroon v. Nigeria* hält der Internationale Gerichtshof es allerdings prinzipiell für möglich, dass ein aus der Kolonialzeit gemäß *uti possidetis* übernommener Titel durch anschließende territoriale Hoheitsausübung *contra legem* in Verbindung mit *acquiescence* auf den anderen Staat übergehen könne. Dies lässt sich damit begründen, dass ab dem kritischen Zeitpunkt der Unabhängigkeit die Grenzen ganz „normale“ Territorialgrenzen sind und sie „nach dem allgemeinen Völkerrecht modifiziert“⁸⁷³ werden können, also auch durch territoriale Hoheitsausübung (so bereits in *El Salvador/Honduras*). Es ist fraglich, ob *uti possidetis* trotz der Einordnung des Gerichtshofs in *Burkina Faso/Mali* als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für Asien gilt. Der Gerichtshof

⁸⁶⁹ Zeller, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 288.

⁸⁷⁰ *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports 1986, S. 554 (568).

⁸⁷¹ *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports 1986, S. 554 (568).

⁸⁷² Zeller, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 300 ff.

⁸⁷³ Zeller, *Ex Facto Ius Oritur*, 2006, S. 339, 340.

verzichtet auf Ausführungen zu dem Prinzip in einem Urteil, dessen Sachverhalt in Asien verortet ist, wobei er dennoch auf die Hoheitsakte während und nach der Kolonialzeit eingeht und sie als „effectivités“ bezeichnet (*Sovereignty over Pulau Ligatan and Sipadan*).

c) Historical consolidation

Das Prinzip der „historical consolidation“ lehnt der Internationale Gerichtshof jedenfalls für den Erwerb von Landgebieten ausdrücklich ab (*Cameroon v. Nigeria*), obwohl er das Konzept im *Fisheries*-Urteil herangezogen hatte (dort aber für den Erwerb eines Rechts an der hohen See). Dagegen akzeptiert das Schiedsgericht in *Eritrea – Yemen* die historische Konsolidierung als Rechtsprinzip, das es als *historischen Titel* versteht und zu dessen Begründung u. a. „prescription“ herangezogen wird. Entscheidend seien effektive, lang anhaltende, friedliche Hoheitsausübung, wie es der Internationale Gerichtshof in *Island of Palmas* bzw. *Eastern Greenland* dargelegt habe. Damit versteht das Schiedsgericht Ersitzung als Element eines originären Titelerwerbs. Historische Konsolidierung bedeutet in der Verwendung des Schiedsgerichts nichts anderes als das *Hubersche* Prinzip der titelbegründenden Kraft von Hoheitsausübung.

d) Estoppel

Der IGH definierte vor allem in den Urteilen *Temple of Preah Vihear*, *North Sea Continental Shelf* und *Gulf of Maine Area* die Bedeutung von *estoppel*. Sie liegt darin, einen eigentlich Berechtigten daran zu hindern, sein Recht oder seinen wirklichen Willen geltend zu machen, weil er sich in einer Weise verhalten hat, die einen anderen darauf hat vertrauen lassen, er werde dies auch in Zukunft unterlassen.⁸⁷⁴ Beim Mechanismus der Ersitzung greift *estoppel* dann ein, wenn es darum geht, dass der verlierende Staat sich auf die Widerrechtlichkeit der Handlungen des erwerbenden Staates berufen will, um einen Gebietstitelübergang zu verhindern bzw. rückgängig zu machen. Dazu müsste der verlierende Staat geltend machen können, er habe durch sein Stillschweigen nur einen Rechtsschein der Zustimmung ausgelöst, jedoch keinen entsprechenden Willen gehabt. Im *Temple of Preah Vihear*-Fall verhinderte dies das Prinzip des *estoppel*, da der verlierende Staat über eine lange Zeit hinweg von der Stabilität der Grenze

⁸⁷⁴ Siehe dazu oben Kapitel C. III. 3.

profitiert habe. Der IGH befürwortet nicht das in der Literatur vorgebrachte Erfordernis des guten Glaubens des erwerbenden Staates. Hinsichtlich der Folgen des Vertrauens auf das Stillschweigen des anderen reicht es nach Ansicht des IGH aus, dass der stillschweigende Staat selbst von der Situation profitiert hat. Ein Schaden des vertrauenden Staates muss nicht unbedingt eingetreten sein.

e) Tacit agreement

Problematisch für die dogmatische Begründung der Ersitzung wäre, wenn man, was der IGH im Fall *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* andeutet, aber offen lässt, auch das *tacit agreement* in den Bereich der Ersitzung, als Überbegriff für ein „passing of sovereignty on the basis of conduct“ mit einbezieht. Für die Ersitzung kommt allein ein außervertragliches Handeln in Betracht, da andernfalls der ursprüngliche Vertrag Rechtsgrund des Titels bliebe. Eine Form des außervertraglichen Handelns könnte der Abschluss eines neuen, entgegenstehenden Vertrages darstellen: Bei der Annahme eines *tacit agreement* im Anschluss an einen bereits bestehenden Grenzvertrag wäre das Handeln aber nur schwer einzuordnen: Soll der ursprüngliche Vertrag modifiziert werden, oder eine neue, entgegenstehende Vereinbarung getroffen werden? Da dies bei einer nur konkludent getroffenen Vereinbarung nicht deutlich herauszulesen ist, sich der nachfolgende Vertrag nicht sinnvoll isoliert vom alten Vertrag lesen lässt, also niemals völlig „außerhalb“ von ihm steht und das Völkerrecht eine Form für Handlungen insoweit vorsieht, als darin die Intentionen der Parteien klar zum Ausdruck kommen müssen⁸⁷⁵, ist das *tacit agreement* nicht als Element der völkerrechtlichen Ersitzung geeignet. Es hat eine Funktion für den Fall, dass noch keine vertragliche Regelung getroffen wurde, sowie zur Modifizierung bzw. Auslegung eines bestehenden Vertrags.

Es ist daher eine Unterscheidung zwischen einer Änderung eines Grenzvertrags bzw. einer Konkretisierung einer unklaren Klausel oder Vertragsauslegungsänderung i. S. d. Art. 31 III b WVK durch anschließendes Verhalten der Parteien und einem Gebietserwerb entgegen einem vertraglichen Titel notwendig. Die Abgrenzung richtet sich der Rechtsprechung zufolge nach den subjektiven

⁸⁷⁵ *Nuclear Tests*, ICJ Reports 1974, S. 253 (267 f., Rz. 45); *Temple of Preah Vihear*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1961, S. 17 (31, 32). *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, 27.1.2014, Rz. 91; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659 (735, Rz. 253).

Elementen auf Seiten beider Parteien. Im Fall eines Erwerbs von „adversen Rechten“ muss der erwerbende Staat mit dem Willen zur Hoheitsausübung handeln (*à titre de souverain*), während der wirkliche Wille zur Übertragung für den anderen, stillschweigenden Staat als Ausschlussgrund in Betracht kommt (Staat macht geltend, er wollte entgegen dem Rechtsschein gar nicht Gebiet übertragen, was häufig durch *estoppel* präkludiert ist). Dagegen müssen die Parteien bei einem Erwerb *conformiter lege*, also durch Modifikation des bestehenden vertraglichen Titels bzw. seiner Auslegung, ihr eigenes und das Verhalten der Gegenseite als Ausdruck des Willens betrachten, im Einklang mit dem Vertrag zu handeln. Beide Seiten müssen das Handeln als vertragsgemäß einstufen (*Kaskili/Sedudu*). Auch für diese Beurteilung kommt es auf dasjenige an, was sich dem objektiven Empfänger darbietet: Schließen etwa Staaten eine Vereinbarung über eine Gebietszuordnung, die der Klarstellung einer älteren, mehrdeutigen Vertragsklausel dienen soll, geben sie damit nach außen zu verstehen, dass sie sich innerhalb des Rahmens der vertraglichen Vereinbarung bewegen wollen (*Kaskili/Sedudu*) und gerade nicht *contra legem*. Eine Berufung auf Ersitzung ist dadurch ausgeschlossen (*Chamizal*). Der Gerichtshof prüft vorrangig gegenüber einem außervertraglichen Titelerwerb, ob sich das Handeln der Staaten als Auslegung eines bestehenden Vertrags verstehen lässt (*Temple of Preah Vihear; Kaskili/Sedudu*).

5. Voraussetzungen einer völkerrechtlichen Ersitzung

Aus dem bislang Dargelegten kondensieren sich die Voraussetzungen für eine völkerrechtliche Ersitzung (bzw. eines Mechanismus zur Übertragung von Gebiet durch territoriale Hoheitsausübung und Stillschweigen):

- „1. The possession of the ... state must be exercised *à titre de souverain*.
2. The possession must be peaceful and uninterrupted
3. The possession must be public
4. The possession must endure for a certain length of time“⁸⁷⁶.

Während sich die Kriterien 1 und 4 sich allein auf den erwerbenden Staat

⁸⁷⁶ Kriterien aus ICJ Reports 1999, S. 1103 (Vorbringen der Parteien), Hervorhebung im Original; dieselben Voraussetzungen in Joint Dissenting Opinions of Judges Simma and Abraham, ICJ Reports 2008, S. 116 (122, Rz. 17).

beziehen, betreffen Kriterien 2 und 3 auch den ursprünglichen Titelinhaber. Die Friedlichkeit des Besitzes zeichnet sich durch dessen fehlenden Protest (*acquiescence*) aus. Die Öffentlichkeit des Handelns korrespondiert mit der Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen des beeinträchtigten Staates.

IV. Fazit: Use it or lose it⁸⁷⁷

Die Tendenz zur Anerkennung der Ersitzung als Teil geltenden Völkerrechts ist beim Internationalen Gerichtshof vorhanden. Momentan erklärt er die Rechtsfolge des Titelübergangs allerdings (noch) durch eine Kombination allgemeinerer Rechtsprinzipien, die er auf die spezifische Gebietsituation anwendet. Mit den Worten aus *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* kann dies, etwas sperrig, als „passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the parties“⁸⁷⁸ bezeichnet werden. Allerdings umfasst dies auch den Titelübergang aufgrund eines konkludenten Vertrages. Das entsprechende Verhalten besteht bei der „Ersitzung“ aus dem Versagen des Staates, der die Souveränität innehat, „to respond to conduct *à titre de souverain* of the other State“⁸⁷⁹.

Die Diskussion der Schiedsrichter in der *Behring Sea Arbitration* (1893) und dem *Alaskan Boundary Dispute* (1903) ist noch immer aktuell: Der Vorschlag von Senator *Morgan*, sich angesichts einer passenden Gelegenheit klar zur Ersitzung zu positionieren, ist auch nach 100 Jahren – jedenfalls vom IGH – noch nicht in die Tat umgesetzt worden. Die Schiedsgerichte hingegen verfolgen keine stringente Linie; es bestehen zwar weniger Hemmungen, den Begriff der Ersitzung zu verwenden, allerdings sind Bedeutung und Verwendung nicht klar dogmatisch ausdifferenziert. Eines wird aus der Analyse der Gerichtsentscheidungen jedoch sehr deutlich: Gebietserwerb und -Verlust sind eng mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verknüpft. Das Völkerrecht fordert die Staaten auf, sich um ihr Gebiet tatsächlich zu kümmern. Ein bloß papiernes Recht an einem Gebiet akzeptiert das Völkerrecht nicht.

⁸⁷⁷ Der Ausdruck wird vor allem in der Psychologie und der Biologie verwendet, z. B. *Carr*, in: *Psychology today*, online, 5. Mai (2014). *Huang/Mackem*, *Evolutionary developmental biology*, Use it or lose it, in: *Nature* 511 (2104), S. 34–35.

⁸⁷⁸ ICJ Reports 2008, S. 12 (51).

⁸⁷⁹ ICJ Reports 2008, S. 12 (50 f.).

F. Spannungsfeld Souveränität und Ersitzung

I. Obliegenheiten im nationalen Recht und im Völkerrecht

Welche Erkenntnisse können aus der Betrachtung älterer und modernerer Literatur und aus der Rechtsprechung über das Verständnis von Souveränität gewonnen werden? Beschränkt die Anerkennung der Ersitzung als Völkerrechtskonzept das Konzept der Souveränität als Inbegriff der Macht eines Staates und damit auch der Entscheidungsmacht, den Gebietstitel eben nicht durch Hoheitsakte zu bestätigen?

Das Völkerrecht knüpft an den Tatbestand der Ersitzung die Rechtsfolge des Verlustes des Gebietstitels. Sofern der wirkliche Wille des verlierenden Staates entgegensteht, ist er im Ergebnis nicht frei, sich folgenlos so zu verhalten, wie er es wollte, nämlich passiv. Möglicherweise erlegt das Völkerrecht den Staaten eine Obliegenheit zur Nutzung und Verteidigung des eigenen Gebiets auf, deren Sanktionsfolge der angesprochene Verlust des Titels ist.

Liegt der Gedanke der Obliegenheit dem Rechtssatz der Ersitzung zugrunde? Laut *Schulze* zeichnet sich eine Obliegenheitsnorm folgendermaßen aus:

„Die durch eine Obliegenheitsnorm geschützte Norm begünstigte Person besitzt kein Recht und mithin auch keinen Anspruch auf das geforderte Verhalten des Belasteten. Kennzeichen der Obliegenheit ist die Sanktionsfolge. Der **Belastete verliert eigene Rechtspositionen** im Falle des Verstoßes, ist aber keinen primären Leistungs- und sekundären Einstandspflichten des Begünstigten ausgesetzt. [...] **Das Interesse des Begünstigten** ist gleichsam **nur** ein **Akzessorium** bei der Interessenwahrnehmung des Belasteten und daher auch nur durch den eigenen Rechtsverlust sanktioniert.“⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 345, 346, Hervorhebungen hinzugefügt. Die Obliegenheit als Rechtsbegriff des gesamten Zivilrechts, anstatt allein des Versicherungsrechts, wurde geprägt von *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953.

Obliegenheiten können also dann entstehen, wenn der Rechtsinhaber in einer Rechtsbeziehung zu einem oder mehreren anderen Rechtssubjekten steht, deren Interessen vom Handeln oder Nichthandeln des Inhabers beeinflusst werden, ohne dass mit dem Schutz der Interessen eine einklagbare Rechtsposition einhergeht.⁸⁸¹ Stattdessen wird nach Ablauf einer gewissen Zeit wegen der Bildung eines Vertrauenstatbestandes oder im Interesse des Rechtsverkehrs das Interesse des Obliegenheitsbegünstigten über das des Obliegenheitsbelasteten gestellt.

Solche Situationen finden sich auch im Völkerrecht: Hinsichtlich der Bindung an neues Völkergewohnheitsrecht „trifft ihn [den Staat] die Obliegenheit, sein Fernbleiben von vorhandenem oder sich abzeichnendem Konsens außer Zweifel zu stellen.“⁸⁸² Andernfalls ist die Rechtsfolge im Interesse des Völkerrechtsverkehrs, dass der Staat an das neue Völkergewohnheitsrecht gebunden ist. Der Protest allgemein wird im Völkerrecht nicht als Pflicht, sondern allenfalls als Obliegenheit verstanden, da der nicht erhobene Protest ausschließlich zulasten des schweigenden Staates geht.⁸⁸³

Die „Zwillingschwester“ der *acquisitive prescription*, die *extinctive prescription*, erweist sich ebenfalls als Obliegenheit. Sie enthält das Gebot, ein gegenüber einem anderen bestehendes Recht in angemessener Zeit geltend zu machen. Es entsteht für den Schuldner einer Forderung nach Ablauf einer gewissen Zeit und unter gewissen Umständen ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass der Gläubiger sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Existenz und Voraussetzungen der *extinctive prescription* sind ebenso streitig wie die der Ersitzung. Einige sehen das IGH-Urteil *Certain Phosphate Lands of Nauru* als Bestätigung der völkerrechtlichen Anerkennung der *extinctive prescription*.⁸⁸⁴ Der IGH bestätigte, dass das Völkerrecht den Zeitablauf als Unzulässigkeitsgrund auch unabhängig von einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung kenne. Anders als im nationalen Recht existiere im Völkerrecht keine spezifische Frist, sondern müsse das Gericht die Gesamtumstände jedes einzelnen Falls würdigen:

⁸⁸¹ Siehe Henß, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, 1988, S. 97.

⁸⁸² Kunig, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 116, Rz. 143.

⁸⁸³ Breutz, Der Protest im Völkerrecht, 1997, S. 157.

⁸⁸⁴ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, S. 67, 68; Tams, *Waiver, Acquiescence, and Extingtive Prescription*, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 1035 (1046), mit umfangreichen Nachweisen zu Schiedssprüchen, die die *extinctive prescription* anwenden.

„The Court recognizes that, even in the absence of any applicable treaty provision, delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible. It notes, however, that international law does not lay down any specific time-limit in that regard. It is therefore for the Court **to determine in the light of the circumstances of each case whether the passage of time renders an application inadmissible.**“⁸⁸⁵

In zahlreichen Entscheidungen von Schiedsgerichten wird die *extinctive prescription* als so benanntes Rechtsprinzip angewandt.⁸⁸⁶ Ebenso wenig wie der IGH stellen die Schiedsgerichte allein auf den Zeitablauf ab. Es muss hinzukommen, dass sich der Klagegegner berechtigterweise darauf verlassen hat, der Kläger werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen, und dass ihm durch den Zeitablauf ein prozessualer Nachteil entstanden ist (wie z. B., dass Beweismittel untergegangen sein könnten).⁸⁸⁷ In die Entwurfsartikel über Staatenverantwortlichkeit hat die *extinctive prescription* dagegen keinen Eingang gefunden. In ihrem Kommentar zum Entwurf der Artikel zieht die *International Law Commission* den Fall Nauru als Beleg für „acquiescence“ gem. Art. 45 II heran.⁸⁸⁸

Die Abgrenzung zum völkerrechtlichen Prinzip des *estoppel* ist schwierig, wonach ein Staat gehindert ist, sich auf Tatsachen zu seinen Gunsten zu berufen, wenn er durch sein Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen eines anderen Staates dahingehend ausgelöst hat („detrimental reliance“), er werde dies nicht tun.⁸⁸⁹ Das Motiv ist in beiden Fällen dasselbe: *venire contra factum proprium* ist auch im Völkerrecht nicht erlaubt.

⁸⁸⁵ Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1992, S. 240 (253, 254, Rz. 32), Hervorhebung hinzugefügt. Wörtlich darauf Bezug nehmend: Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005, S. 168, (267, Rz. 295).

⁸⁸⁶ Auflistung bei *Tams*, Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 1035 (1046), inhaltliche Wiedergabe auf S. 1047, 1048. Die richtungweisende Entscheidung sei der Fall *Gentini* (1903), RIAA X, S. 551.

⁸⁸⁷ *Wouters/Verhoeven*, Prescription, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL* 2012, S. 420 (422, 423), mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁸⁸⁸ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, YBILC, 2001, Vol. 2, Part Two, S. 122 (Abschn. 6, 7).

⁸⁸⁹ *Bowett*, BYBIL 33 (1957), S. 176 (176) mit Nachweisen zu den Ansichten bzgl. *estoppel* als materielles oder prozessuales Prinzip (letzte Ansicht u. a. *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, 1927, S. 203: erstere Ansicht zur Zeit des Aufsatzes laut *Bowett* die vorherrschende im amerikanischen und englischen nationalen Recht).

II. Ersitzung als Folge einer Obliegenheitsnorm?

Aus der oben genannten Definition von Obliegenheiten ergeben sich drei zu prüfende Tatbestandsmerkmale. Damit die Ersitzung als Folge einer Obliegenheitsnorm qualifiziert werden kann, muss erstens ein Verhaltensgebot bestehen, zweitens der Rechtsverlust als Rechtsfolge bei Nichtbefolgen vorgesehen sein, die einseitig zu Lasten des Obliegenheitsbelasteten geht und drittens muss eine Rechtsbeziehung zu anderen Subjekten geregelt werden, deren Interessen schutzwürdig sind.

1. Verhaltensgebot und Rechtsfolge

Als Verhaltensgebot kommt das Gebot in Betracht, dass ein Staat sein Gebiet effektiv beherrschen muss. Die Rechtsfolge bei Nichtbefolgen besteht im Verlust des Titels. In unterschiedlichem Maße knüpfen Rechtsprechung und Lehre den Erwerb, die Erhaltung und den Verlust von Gebietstiteln im Völkerrecht an die tatsächliche effektive Ausübung der Hoheitsmacht.⁸⁹⁰ *Huber* formulierte diese These in strikter Form:

„continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title. The growing insistence with which international law, ever since the middle of the 18th century, has demanded that the occupation shall be effective would be inconceivable, if **effectiveness** were **required only for the act of acquisition** and not **equally for the maintenance of the right.**”⁸⁹¹

Mit dem Verlust der effektiven Beherrschung geht also der Verlust des Rechts einher. Diese Annahme wirft Fragen in Bezug auf das Verständnis *Hubers*, aber auch der aktuellen Völkerrechtslehre und -Praxis von (territorialer) Souveränität auf. Geht nicht mit dem Erfordernis der tatsächlichen Hoheitsausübung als Bedingung dafür, den eigenen Gebietstitel zu behalten, eine Beschränkung der Souveränität einher? Jedenfalls wenn man sie als Inbegriff der umfassenden Freiheit der Entscheidung eines Staates versteht, müsste Souveränität die Kompetenz einschließen, die Gebietshoheit nicht auszuüben, nicht zu handeln und

⁸⁹⁰ Z. B. *Touscoz, de Visscher*.

⁸⁹¹ *Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (839).

gegebenenfalls das eigene Territorium ohne negative Konsequenzen „brach“ liegen zu lassen.⁸⁹²

Jedoch gehen, wie gesehen, Lehre und Rechtsprechung (mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen) davon aus, dass unter gewissen Umständen die Untätigkeit eines Staates auf dem eigenen Gebiet bei gleichzeitiger, effektiver Hoheitsausübung eines fremden Staates auf diesem Gebiet dazu führt, dass der Gebietstitel und damit die territoriale Souveränität auf den letzteren übergehen (Ersitzung). Wie *Verdross/Simma/Geiger* ausführen, kann zwar im Falle der Diskrepanz zwischen Titularstaat und dem Staat, der tatsächlich Hoheitsgewalt ausübt, die territoriale Souveränität des ersteren als *nudum ius* bestehen bleiben. Dies ist dann möglich, wenn sich beide Parteien darüber einig sind, dass der handelnde Staat aufgrund der Ermächtigung des Titularstaates tätig ist, dessen Gebietshoheit aber unter Umständen wieder aufleben wird (z. B. bei Pacht, Verwaltungszession oder Staatsservituten).⁸⁹³ In diesem Fall wird aber die Gebietshoheit effektiv ausgeübt; sie wird nur vom Titularstaat gewissermaßen delegiert. Anders ist die Lage, wenn der Titularstaat die Ausübung der Gebietshoheit ganz unterlässt.

Auch diejenigen Ansätze, die im weitesten Sinne den Konsens eines Staates fordern, damit der Gebietstitel auf denjenigen übergehen kann, der die effektive Hoheitsgewalt auf seinem Gebiet ausübt, gehen nicht davon aus, dass ein Titel ohne Manifestation von Hoheitsmacht bestehen bleibt. In ihren Konzeptionen entsteht aus der Untätigkeit und dem Stillschweigen eines Staates die Vermutung des Konsenses, da die widerrechtliche Tätigkeit des anderen Staates zu einer Antwort herausfordere. Im Ergebnis sehen also auch diese Ansätze eine Obliegenheit des Staates, seine Gebietshoheit auszuüben und den Gebietstitel mit Leben zu füllen. Besonders klar kommt das Erfordernis der Ausübung der Gebietshoheit bei denjenigen Ansätzen zum Ausdruck, die den Übergang des Gebietstitels allein oder überwiegend auf die effektive Ausübung von Hoheitsgewalt stützen.⁸⁹⁴

⁸⁹² So *Martens, G. F.*, Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe, Tome premier, 1858, S. 188. In diesem Sinne vertritt auch *Zimmer* die Möglichkeit der territorialen Souveränität als „*nudum jus*“, vgl. *ders.*, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, 1971, S. 185 ff. Siehe dazu Kapitel D. III.

⁸⁹³ *Verdross/Simma/Geiger*, Österr. Z. für öffentl. Recht und Völkerrecht 31 (1980), S. 223 (225 ff.), mit zahlreichen Beispielen aus der Staatenpraxis.

⁸⁹⁴ Dazu siehe Kapitel D. III.

Zurückkehrend auf die Definition der Obliegenheiten ergibt sich, dass die Rechtsfolge der Obliegenheit – nämlich der Rechtsverlust – hinsichtlich des Gebotes der effektiven Nutzung eigenen Staatsgebiets angesichts konkurrierender Ansprüche zutrifft. Doch es bleibt die Frage nach dem zweiten Tatbestandsmerkmal, das heißt, ob es einen oder mehrere von der Norm Begünstigte gibt und was ihre geschützten Interessen sind.

2. Schutzgüter/Begünstigte

a) Rechtssicherheit angesichts zwischenstaatlicher Konkurrenz

Die Begründung für das Erfordernis tatsächlicher Manifestation von Herrschaftsgewalt für den Erwerb und Erhalt von Gebietstiteln ist vielschichtig. *Fisch* ist der Ansicht, dass sich im 19. Jahrhundert ein Wandel von einem Verständnis der Souveränität als Potential eines Staates hin zur Summe der tatsächlich ausgeübten Rechte vollzogen habe:

„Die Souveränität wird nun überhaupt anders definiert als früher. Sie besteht in der Ausübung einer Summe von Rechten, während sie traditionell in der Befugnis zur Ausübung dieser Rechte bestand, nicht in ihrer Ausübung. Die Ausübung gehörte selbst zur Souveränität; sie war nicht deren Bedingung, sondern Folge. Kein souveräner Staat war verpflichtet, alle Souveränitätsrechte auszuüben.“⁸⁹⁵

Hintergrund dieses Wandels ist, dass es im 19. Jahrhundert zum einen zur Ausbildung des modernen Völkerrechts als Koexistenz- und Kooperationsrecht verschiedener Staaten in der Völkerrechtsgemeinschaft kam. Zum anderen sorgte der begrenzte Raum in Europa dafür, dass die Staaten ihre Macht durch Erwerb von „Ausweichflächen“ in Übersee vergrößern wollten. Als auch jene Gebiete umkämpft waren (Stichwort: Wettlauf um Afrika), erkannten die Staaten, dass bloß papierne Recht, wie sie durch Entdeckung entstanden, nicht dazu geeignet

⁸⁹⁵ *Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht, 1984, S. 302.

waren, eine friedliche und damit effektive Aufteilung des Territoriums zu bewirken.⁸⁹⁶

Als Begründung für das Machtausübungserfordernis wird von einigen Autoren die geringere Rechtssicherheit im Völkerrecht und die fehlende Entscheidungsmacht eines den Staaten übergeordneten Souveräns genannt.⁸⁹⁷ An dieser Stelle kommt wiederum zum Tragen, dass die Staaten nicht in einer völlig autonomen Sphäre existieren, sondern in ihren Handlungen aufeinander bezogen sind. Die tatsächliche Nutzung eines Gebiets wird damit zu einem tauglichen Abgrenzungskriterium zwischen konkurrierenden Staaten. Begünstigte der Obliegenheitsnorm der Ersitzung ist daher die Staatengemeinschaft, deren geschützte Interessen die der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens sind.

b) Rechtssicherheit durch Ordnung im Innern

Die Anforderung, die aus dem Gebietstitel folgenden Rechte auch tatsächlich auszuüben, hat aber noch eine andere Dimension. So erkennt etwa *Huber* in *Island of Palmas* neben der Exklusionsfunktion der territorialen Souveränität eine korrespondierende Pflicht, die Hoheitsmacht so auszuüben, dass andere Staaten ebenso wie Individuen tatsächlich den Schutz des Völkerrechts genießen können. Grund für diese Pflicht sei, dass die territoriale Souveränität dazu diene, den begrenzten Raum zwischen den Staaten und Menschen aufzuteilen; implizit fordert er damit, dass angesichts dieser Begrenzung der verfügbare Raum sinnvoll genutzt werden muss und dass der Staat nur solange einen Anspruch auf Raum hat, wie er ihn völkerrechtsgemäß verwendet:

„Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. **This right has as corollary a duty:** the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner

⁸⁹⁶ *Fisch*, Africa as terra nullius: The Berlin Conference and International Law in: Förster/Mommsen/Robinson (Hrsg.), Bismarck, Europe, and Africa, 1988, S. 347 (348 ff.); *Geiss*, Free Trade and Internationalization of the Congo Basin, and the Principle of Effective Occupation, in: Förster/Mommsen/Robinson (Hrsg.), Bismarck, Europe, and Africa, 1988, S. 263 (269-271).

⁸⁹⁷ Etwa *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl. 1966, revised and ed. by Tucker, S. 425, 426.

corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. **Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed**, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian.“⁸⁹⁸

Diese von *Huber* angesprochene staatliche Pflicht⁸⁹⁹ stellt eine Weiterentwicklung der früheren naturrechtlichen Vorstellungen dar, wonach ein Volk nur das an Gebiet beanspruchen kann, was es für die Ernährung und Unterkunft seiner Mitglieder benötigt (Vertreter dieser Ansicht waren z. B. *Vattel*, *Phillimore*⁹⁰⁰). In diesem Sinne kam eine Nicht-Nutzung eigenen Staatsgebiets einem Bekenntnis gleich, diesen Teil des Gebiets zur Fortexistenz des Volkes nicht mehr zu benötigen oder die Verpflichtung zur sinnvollen Nutzung des Gebiets nicht erfüllen zu wollen. Dadurch entfielen die Berechtigung, weiterhin Inhaber des Gebietes zu sein.

Diese Argumentation hat ihre Ursprünge im Privatrecht. Ein wesentliches Element zur Begründung der Ersitzung ist, dass ein tatsächlicher Besitzer anstelle des eigentlichen Rechtsinhabers die Sache durch zweckentsprechende Nutzung ihrer natürlichen Bestimmung zuführt. Dadurch ist gleichzeitig dem Allgemeininteresse gedient, da die Summe der beweglichen und unbeweglichen Sachen ein öffentliches Gut darstellt. Die Zuordnung zum Einzeleigentümer dient dazu, dass dieser gewissermaßen als Sachwalter der Allgemeinheit den Nutzen aus der Sache zieht. Sehr klar kommt dies bereits bei *Ortolan* zum Ausdruck, der in dieser Hinsicht den Eigentümer in der Pflicht sieht:

⁸⁹⁸ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4. April 1928, RIAA II, S. 829 (839), Hervorhebungen hinzugefügt. Ebenso *Ortolan*, Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations, 1851, S. 117, das Recht der Gebietsinhaberschaft habe als notwendiges Korrelativ ein „devoir d'activité“.

⁸⁹⁹ *Huber* verwendet den Begriff der Pflicht, duty, obligation. Wie in diesem Kapitel gezeigt wird, ist damit aber kein einklagbarer Anspruch eines bestimmten Gläubigers verbunden. Vielmehr handelt es sich um eine staatliche Obliegenheit.

⁹⁰⁰ Siehe *Phillimore*, Commentaries upon International Law, Bd. 1, 1854, S. 200, 201; *Vattel*, Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, 1758, § 208: „Mais c'est une question de savoir si une nation peut s'appropriier ainsi, par une simple prise de possession, des pays qu'elle n'occupe pas réellement, et s'en réserver de cette manière beaucoup plus qu'elle n'est **capable de peupler et de cultiver**. Il n'est par difficile de décider qu'une pareille prétention serait absolument contraire au droit naturel, et opposé aux vues de la nature, qui, destinant toute la terre aux besoins des hommes en général, ne **donne à chaque peuple le droit de s'approprier un pays, que pour les usages qu'elle en tire**, et non pour empêcher que d'autres en profitent.“, Hervorhebungen hinzugefügt; siehe auch § 209.

„[...] le droit de propriété a pour corrélatif rationnel et indispensable certains **devoirs d'action** de la part du propriétaire sur sa chose. Quand le propriétaire [...] délaisse l'exercice de son droit [...] déjà il manque à ses fonctions, et l' **intérêt général éprouve un préjudice**, puisqu'un élément de la richesse se trouve rendu inutile par cette inactivité.“⁹⁰¹

Die Ansätze, wonach die Ersitzung auf der Vermutung beruht, dass der Eigentümer sein Recht widerrief oder dass in der Vergangenheit eine Übertragung stattgefunden hat, deren Spuren verlorengegangen seien, lehnt *Ortolan* als ebensowenig tragfähig ab wie die Begründung, dass Ersitzung aus Gründen des Rechtsfriedens notwendig sei. Während die auf den Vermutungen basierenden Ansätze angreifbar seien und zu einer Verlängerung der Kontroverse führten, sei eine Eigentumszuordnung, die allein geschehe, um eine Prozessflut zu verhindern und die Sachen zirkulationsfähig zu erhalten, utilitaristisch und keine Manifestation des Rechts.⁹⁰² Das wirkliche und fundamentale Prinzip hinter der Ersitzung sei dasjenige, dass der tatsächliche (widerrechtliche) Besitzer die Rolle desjenigen erfülle, der seine Pflichten vernachlässige:

„[...] le droit se reporte sur le possesseur dont l'activité a rempli et conquis le rôle de propriétaire, et où ce possesseur ne pourrait plus être dépouillé sans injustice“⁹⁰³

Das Eigentumsrecht des Privaten ist ein zwar weitestgehend privatnütziges Recht, d. h. der Eigentümer kann mit der Sache grundsätzlich nach Belieben verfahren, sie nutzen, aber auch verfallen lassen. Grenzen werden ihm im deutschen Recht u. a. durch Art. 14 II GG gezogen, wonach der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Allgemeinwohl dienen soll. Ausformuliert ist diese Anforderung in speziellen ordnungsrechtlichen Vorschriften wie etwa denen des Denkmalschutzes. Diese verbieten gewisse Verhaltens- bzw. Untätigkeitsformen des Eigentümers, um zum Beispiel ein historisch wertvolles Gebäude für nachfolgende Generationen zu erhalten.⁹⁰⁴ Der Blick in andere Rechtsordnungen hat gezeigt, dass auch die nationalen Vorschriften anderer Staaten bei der

⁹⁰¹ *Ortolan*, Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations, 1851, S. 99, Hervorhebungen hinzugefügt.

⁹⁰² *Ortolan*, ebd., S. 102, 103.

⁹⁰³ *Ortolan*, ebd., S. 100. Dasselbe gelte auch im Völkerrecht, S. 117, 118, in dem sich in der Sphäre des Territoriums der Schutz der Allgemeininteressen entfalte.

⁹⁰⁴ Siehe zum Beispiel §§ 6, 9 Nieders. DenkmalSchG; §§ 7, 9 DenkmalSchG nrw.

Normierung der Ersitzung oder dem Erwerb von herrenlosen Sachen, insbesondere von Grundstücken, den Wert des Eigentums für die Gemeinschaft im Sinn hatten (z. B. die ursprüngliche dänische *haevd*, die nach der Durchführung eines Bewirtschaftungszyklus des landwirtschaftlichen Grundstücks eintrat; das Gebot des islamischen Rechts, das Eigentum zu nutzen).

Im Völkerrecht schützt die territoriale Souveränität – in der Lehre als Äquivalent zum Eigentumsrecht des Privatrechts betrachtet⁹⁰⁵ – nicht nur die staatliche Handlungsfreiheit, sondern reflektorisch ebenfalls die Interessen der Bevölkerung sowie die der Staatengemeinschaft. Sie ermöglicht es, auf einem Gebiet staatliche Strukturen zu errichten und damit prinzipiell, Ordnung statt Anarchie zu schaffen. Im Völkerrecht wird mit der territorialen Zuordnung eines Gebiets zu einem Souverän die Grundlage des Genusses staatlicher Organisationsstrukturen für die Bevölkerung gelegt. Hinzu tritt die friedenssichernde Funktion einer Gebietszuordnung, die wiederum der Bevölkerung sowie der Staatengemeinschaft zugute kommt.

Das Vorhandensein einer staatlichen Ordnung ist Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit des Staates im Völkerrechtsverkehr einerseits (vgl. die gegenteilige Situation der „failed states“⁹⁰⁶), andererseits für die Rechtsstaatlichkeit im Innern. Natürlich gibt es Staatsformen und Herrscher, die geradezu das Unrecht zum Prinzip machen, sodass weder die Bevölkerung noch die Staatengemeinschaft von ihrer effektiven Herrschaft profitieren. Dennoch anerkennt das Völkerrecht auf einer übergeordneten, abstrakten Ebene, dass die hoheitliche effektive „Bewirtschaftung“ eines Gebiets grundsätzlich dem Machtvakuum vorzuziehen ist. In dieselbe Richtung geht auch die Voraussetzung einer effektiven Staatsgewalt zur Begründung der Staatsqualität im Rahmen der Drei-Elemente-Lehre: Sie soll garantieren, dass die Regierung in der Lage ist, eine innerstaatliche Rechtsordnung zu schaffen und durchzusetzen sowie auf der internationalen Ebene die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen zu gewährleisten.⁹⁰⁷ Dies bedeutet die zweckentsprechende Nutzung des Gebiets im Völkerrecht.

⁹⁰⁵ *Kau*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 180.

⁹⁰⁶ Dazu siehe *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, S. 100.

⁹⁰⁷ *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, S. 88-91.

Dahm/Delbrück/Wolfrum sprechen implizit diese Dimension der Gemeinnützigkeit der völkerrechtlichen Souveränität an, wenn sie die Effektivität der staatlichen Herrschaft als Voraussetzung für den Erwerb verschiedener Gebietstitel diskutieren. Sie erkennen als Motiv der Effektivitätsvoraussetzung, dass diese ein für Staaten und Bevölkerung nachteiliges Machtvakuum verhindern soll:

„Bei der Okkupation bedarf es der effektiven Ausübung von Hoheitsgewalt, um überhaupt eine völkerrechtlich anerkannte Staatsgewalt entstehen zu lassen, im Falle der Ersitzung, um eine neue Gewalt an die Stelle der alten rücken zu lassen. **Beide Male gilt es, ein unerwünschtes Vakuum zu verhindern.** Aus demselben Grunde knüpft das Völkerrecht bei der Entstehung neuer Staaten an die Effektivität der neuen Staatsgewalt an. Bei der Abtretung dagegen ist eine neue Staatsgewalt schon vorhanden, an die sich die neue Staatsgewalt **lückenlos** anschließen kann.“⁹⁰⁸

Auch die neuere Entwicklung des Völkerrechts zeigt deutlich, dass die Stellung als territorialer Herrscher nicht nur Rechte, sondern auch eine rechtlich verankerte Verantwortung mit sich bringt. Aus der territorialen Herrschaft folgen gewisse Schutzpflichten des Staates, die der IGH in seiner Rechtsprechung immer weiter ausdifferenziert.⁹⁰⁹ Der Staat ist verpflichtet, von seinem Territorium ausgehende Beeinträchtigungen der Rechte anderer Staaten zu verhindern (*prevention principle*). Der dabei anzulegende Maßstab ist der der *due diligence*, das den Umständen angemessene Maß an Sorgfalt.⁹¹⁰

⁹⁰⁸ *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht: Die Grundlagen. Die Völkerrechtssubjekte, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 372 f., § 58, Hervorhebung hinzugefügt.

⁹⁰⁹ Siehe zu aus der Souveränität folgenden staatlichen Schutzpflichten *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater, 1992, S. 206, 207, m. w. N.. Sie zitiert ebenfalls den o. g. Abschnitt aus *Island of Palmas* und verweist auf *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia*, ICJ Reports 1971, S. 16 (54, Rz. 118); *Corfu Channel*, ICJ Reports 1949, S. 4 (18, 22). Die Schutzpflichten sind eine Untergruppe der positiven Handlungspflichten des Staates, siehe *Stahl*, Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik, 2010, S. 36, 37.

⁹¹⁰ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, S. 14 (55, Rz. 101: „The Court points out that the **principle of prevention**, as a customary rule, has its origins in the **due diligence** that is required of a State in its territory. It is ‘**every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States**’ (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 22). A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State. This Court has established that this obligation ‘is now part of the corpus of international law relating to the environment’ (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 242, para. 29)“), Hervorhebungen hinzugefügt.

Konkret betrifft die Schutzverantwortung z. B. die Pflicht, Angriffe auf die territoriale Unversehrtheit anderer Staaten durch private Terrorgruppen zu verhindern⁹¹¹ oder bei einem Risiko für signifikante schädliche Umweltauswirkungen von Industrievorhaben auf andere Staaten eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen und mit den Staaten zu kooperieren⁹¹². Die Schutzpflicht erstreckt sich auch auf den Cyber Space: Die Staaten sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Netzwerk-Infrastrukturen in staatlicher oder privater Hand nicht zum Nachteil anderer Staaten missbraucht werden.⁹¹³ 2004 trat die Konvention des Europarats über Computerkriminalität in Kraft, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, Regelungen hinsichtlich der Verhütung und Kriminalisierung von Computerangriffen zu treffen.⁹¹⁴ Auch die Vereinten Nationen sehen die Notwendigkeit, dass Staaten es unterlassen müssen, Terroristen einen sicheren Hafen für das Initiieren von Cyber-Attacks zu gewähren.⁹¹⁵

Die Annahme entsprechender staatlicher Pflichten beruht auf der Ausschließlichkeit staatlicher Kontrolle über das betreffende Territorium.⁹¹⁶ In speziellen Bereichen erwächst, wie zu sehen ist, die allgemeine Obliegenheit, das Gebiet effektiv zu verwalten, sogar in echte Pflichten, deren Verletzung ein

⁹¹¹ Damit ist eine „duty of vigilance“ verbunden, siehe *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo/Uganda)*, ICJ Reports 2005, S. 168 (226, Rz. 162, 268, Rz. 300, 301) – die Unzugänglichkeit des betroffenen Gebiets kann die Verantwortlichkeit des Staates für das Handeln der Truppen ausschließen. Eine andere Frage ist die, ob das Handeln Privater dem Staat so zugerechnet werden kann, als hätten Staatsorgane gehandelt, siehe *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, S. 62-65, Rz. 109-115) – ein ausreichendes Maß an Abhängigkeit auf der einen und Kontrolle auf der anderen Seite über die privaten Gruppen ist für die Zurechnung des Handelns Privater zum Staat erforderlich. Bei der Schutzverantwortung findet eine solche Zurechnung nicht statt, stattdessen wird die Völkerrechtsverletzung des Staates an die Vernachlässigung seiner Sorgfaltspflicht angeknüpft, siehe auch *von Arnould*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, S. 167, 168.

⁹¹² *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, S. 14 (55, 56, Rz. 101-104), S. 83, Rz. 204: „it may now be considered a requirement under general international law to undertake an **environmental impact assessment** where there is a risk that the proposed industrial activity may have a **significant adverse impact in a transboundary context**, in particular, on a shared resource. Moreover, **due diligence**, and the **duty of vigilance and prevention** which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.“, Hervorhebungen hinzugefügt. Siehe dazu *Dörr*, Kompendium des Völkerrechts, 2. Aufl. 2015, i. E.. Die Schutzverantwortung wurzelt nicht nur im allgemeinen Völkerrecht, sondern findet auch in mehreren völkerrechtlichen Instrumenten Ausdruck, z. B. in Art. 3 der ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (2001), YBILC 2001, Vol. 2, S. 148; Deklarationen der UN von Stockholm (1972), A/CONF.48/14, S. 2-65, Abs. 6 der Präambel, Prinzip 2, und Rio, A/CONF.151/26 (Vol. 1), General Assembly, 12 August 1992, Prinzip 15.

⁹¹³ *Gross*, Cornell International Law Journal 48 (2015), S. 481, 491, 492, 494.

⁹¹⁴ Convention on Cybercrime, Council of Europe, November 23, 2001, ILM41, S. 282, UNTS2296, S. 167. Die Konvention wurde u. a. auch von den USA, Kanada, Australien und Japan ratifiziert.

⁹¹⁵ Nachweise bei *Gross*, Cornell International Law Journal 48 (2015), S. 481, 494.

⁹¹⁶ *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater, 1992, S. 206 m. w. N.

betroffener Drittstaat klageweise geltend machen kann. Wie der IGH ausführte, ist für diese Pflichtenstellung die „physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title“⁹¹⁷ ausschlaggebend.

Auch im Bereich des Selbstverteidigungsrechts aus Artikel 51 UN-Charta kommt der Aspekt der Verantwortung für das Territorium zum Tragen. Die Ausgangslage ist die, dass private Terrorgruppen einen anderen Staat angreifen, während der Staat, von dessen Gebiet aus sie operieren, sie nicht unterdrücken kann oder will. Der Staat ist „unwilling or unable“, in einer Umkehrformulierung des Artikels 4 Abs. 1, letzter Halbsatz UN-Charta, seiner Schutzverantwortung nachzukommen. Diesbezüglich wird zum Teil befürwortet, dies für eine Zurechnung der aggressiven Handlungen Privater zum betreffenden Staat ausreichen zu lassen mit der Folge, dass das Selbstverteidigung durch den Opferstaat oder kollektiv ausgeübt werden kann. In Anbetracht fehlender ausdrücklicher Ermächtigungen durch den Sicherheitsrat erscheint dies beispielsweise als eine mögliche Rechtsgrundlage für das Einschreiten fremder Mächte in Syrien gegen die Terrororganisation „Islamischer Staat“.⁹¹⁸

Eine weitere aus der Souveränität folgende Schutzpflicht betrifft die „responsibility to protect“.⁹¹⁹ Danach ist jeder Staat verpflichtet, seine eigene Bevölkerung vor systematischen Menschenrechtsverletzungen zu schützen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, ist die internationale Gemeinschaft gehalten, an seiner Stelle Maßnahmen zu ergreifen.⁹²⁰ Die Generalversammlung der UN erkannte im Schlussdokument des UN-Weltgipfels von 2005 – rechtlich unverbindlich – diese Schutzverantwortung an. Die kanadische Kommission über

⁹¹⁷ Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, ICJ Rep. 1971, S. 16 (54, Rz. 118).

⁹¹⁸ Siehe *Deeks*, Virginia Journal of International Law 52 (2012), S. 483, zum Zurechnungsgrund der Unfähigkeit oder Unwilligkeit; *Hakimi*, International Law Studies 91 (2015), S. 1, zur Anwendbarkeit auf die militärischen Operationen in Syrien S. 20-30.

⁹¹⁹ Siehe dazu Bericht der *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001, <http://www.iciss.ca/menu-en.asp>; Abschlussbericht der Generalversammlung zum Weltgipfel 2005, UN Doc. A/RES/60/1 vom 24. Oktober 2005, Abs. 138 f., UN Doc. S/RES/1674 (2006) vom 28. April 2006, Abs. 4; *Reinold*, Sovereignty and the responsibility to protect: the power of norms and the norms of the powerful, 2013 (i. E.); *dies.*, Die Friedens-Warte 84 (2009), 1, S. 101; *Verlage*, Responsibility to Protect, 2009; *von Arnould*, Die Friedens-Warte 84 (2009), S. 11-52; w. N. bei *Bothe*, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 573 (593); *Vashakmadze*, in: Simma et al. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, Vol. 1, Responsibility to Protect, S. 1203 ff., mit einem Überblick über die Staatenpraxis in Konfliktsituationen seit 2006.

⁹²⁰ *Bothe*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.) Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 573 (593). Zu Existenz, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *rtp* ist gegenwärtig noch keine gefestigte *opinio iuris* vorhanden, insbesondere dazu, ob ein Eingreifen ohne Mandat des Sicherheitsrates gerechtfertigt ist, *Vashakmadze*, in: Simma et al. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, Vol. 1, Responsibility to Protect, S. 1201 (1212).

Intervention und staatliche Souveränität, deren Ergebnisse maßgeblich in die Resolution einfließen, definierte die Souveränität als Verantwortung.⁹²¹ Der Kommission zufolge beruht die *rtp* auf den Verpflichtungen, die dem Konzept von Souveränität inhärent seien, sowie der Verantwortung des Sicherheitsrates für die Aufrechterhaltung internationalen Friedens und Sicherheit unter Art. 24 der UN-Charta, sowie spezifischen rechtlichen Verpflichtungen aus Menschenrechtserklärungen, Verträgen, Abkommen, humanitärem und nationalem Recht.⁹²²

Die *rtp* ist vorrangig dem Bereich der internationalen Organisation der Vereinten Nationen zuzuordnen⁹²³ und erlaubt daher nur in eingeschränktem Maße eine Aussage über das allgemeine Völkerrecht. Dennoch findet sich auch hier in der von der Kommission angesprochenen Verankerung der Schutzverantwortung sowohl in UN-Rechtsinstrumenten als auch im Konzept der Souveränität an sich ein Fingerzeig, dass territoriale Souveränität darauf ausgerichtet ist, dass der Staat seine Machtstellung dazu verwendet, schädigendes Verhalten im Innern wie im Äußeren zu verhindern bzw. zu unterbinden. Nur derjenige Souverän kann dieser Verantwortung nachkommen, der sein Gebiet effektiv beherrscht. Es scheint daher tatsächlich im Interesse der Bevölkerung wie der Völkerrechtsgemeinschaft zu liegen, demjenigen, der diese Rolle anstelle des eigentlichen Titelinhabers ausfüllt, nach Ablauf einer gewissen Zeit auch die entsprechende Rechtsstellung zu gewähren.

Was bedeutet dies für die Begründung der Ersitzung als Obliegenheitsnorm? Die Möglichkeit und das Gebot zur effektiven Herrschaft sind untrennbar miteinander verbunden. Der Gebietstitel ermöglicht rechtlich eine effektive Herrschaft und enthält aus diesem Grund als Kehrseite das Gebot, sich um das Gebiet effektiv zu kümmern. *Prima facie* ist damit der Titelinhaber verpflichtet. Das Gebot knüpft aber an die reale Machtposition an, entsprechend zu handeln. Daher trifft die Pflicht denjenigen Staat, der widerrechtlich, aber effektiv ein Gebiet anstelle des Titelinhabers beherrscht. Auf der anderen Seite „zieht“ gewissermaßen die aus der

⁹²¹ Bericht der *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001, <http://www.iciss.ca/menu-en.asp>.

⁹²² Bericht der *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001, S. XI, <http://www.iciss.ca/menu-en.asp>. Zur Rechtsgrundlage *Verlage*, *Responsibility to Protect*, 2008, S. 43 ff. (Kapitel 2).

⁹²³ *Von Arnould*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2014, S. 125, „eine Erfindung der *International Commission on Intervention and State Sovereignty*“.

effektiven Beherrschung erwachsende Pflicht die rechtliche Legitimation durch den Titel nach sich. *Ortolan* zufolge beruht die Ersitzung in diesem Sinne „sur une sorte de compensation du travail primitif, origine du droit de propriété, par le travail nouveau du possesseur durant l’inertie du propriétaire“⁹²⁴. Krieger formuliert diese wechselseitige Verknüpfung wie folgt: „[...] die Inanspruchnahme von Rechtspositionen durch Herrschaftsverbände [setzt] das tatsächliche Ausüben von Herrschaftsgewalt voraus [...] und [...] umgekehrt [wirkt] das tatsächliche Ausüben von Herrschaftsgewalt auf die Zuerkennung einer entsprechenden Rechtsposition hin [...]“⁹²⁵

Diese Interessenlage bewirkt, dass bei lang andauerndem Stillschweigen des Titelinhabers das rechtliche Interesse des herrschenden Staates überwiegt und negative Konsequenzen für den Titelinhaber folgen. Die Ersitzung begünstigt als Obliegenheitsnorm also sowohl die Staatengemeinschaft als auch die Bevölkerung hinsichtlich ihrer Interessen an Rechtsfrieden und dem Vorhandensein staatlicher Strukturen.

III. Ergebnis

Es ist festzustellen, dass das Gebot effektiver Nutzung des Gebietes eine völkerrechtliche Obliegenheit darstellt. Die Souveränität bewirkt in ihrem Aspekt der territorialen Souveränität zwar eine absolute und exklusive Zuordnung von Gebiet zu einem Staat. Diese kann aber nicht abstrakt unbeschränkt aufrechterhalten werden, sofern ein anderer Staat die Rolle des Titelinhabers während längerer Zeit ausfüllt. Insofern ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass die umfassende Handlungsfreiheit des Staats nicht in vollem Maße die Freiheit bedeutet, Handlungen zu unterlassen.⁹²⁶

⁹²⁴ *Ortolan*, Des moyens d’acquérir le domaine international ou propriété d’état entre les nations, 1851, S. 125.

⁹²⁵ *Krieger*, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht, 2000, S. 473.

⁹²⁶ Soweit das *ius cogens* reicht, sind der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit ohnehin Grenzen gezogen.

G. Konstruktion einer völkerrechtlichen Ersitzung

I. Gemeinsamkeiten aller Funktionsäquivalente

Für die Gesamtauswertung lohnt sich eine Rückkehr zum Ausspruch *Phillimores*: „In seeking an answer to this important question, it is necessary to keep clear of all subtle subdisquisitions with which the subject has been perplexed; [...] The effect of the *lapse of time* upon the property and right of one nation relatively to another is the real subject for our consideration. And if this is borne steadily in mind, it will be found, on the one hand, in the highest degree irrational to deny that Prescription is a legitimate means of International Acquisition“⁹²⁷.

Wenn man alle theoretischen Erwägungen zusammenfügt, deren subtile Unterschiede beiseite lässt und, mit der Fragestellung *Phillimores* fest im Blick, auf den gemeinsamen Nenner bringt, zeigt sich Folgendes: Jeder Theorie der Ersitzung (im weiten Sinne, es ist jede Theorie gemeint, die das – unstreitige – Credo des *quieta non movere* hinsichtlich einer ursprünglich unklaren oder widerrechtlichen, aber durch effektive Herrschaft aufrechterhaltenen Gebietssituation vertritt) ist ein gewisser „schwarzer Fleck“ zu eigen, ein Moment der „Magie“, der als wahr unausgesprochen vorausgesetzt wird, sich aber hartnäckig der Erklärung entzieht.

Dieser Dreh, der die Ersitzung eigentlich ausmacht, ist der, dass widerrechtliches Handeln, aber auch Handeln eines zweier Konkurrenten um ein Gebiet, ein Aktivwerden, Protest, lautstarke Empörung herausfordert. Wäre dies nicht so, könnte keine Vermutungswirkung bzw. ein Rechtsschein der Zustimmung eintreten. Dies zeigt sich in den verschiedenen Ansätzen auf unterschiedlichen Ebenen. Bei der Theorie der Ersitzung bzw. historischen Rechte als (allgemeines oder spezielles) Völkergewohnheitsrecht entsteht nach einem gewissen Zeitablauf ohne Widerspruch (jedenfalls nach überwiegender Ansicht) die *opinio iuris*, die Rechtsüberzeugung.⁹²⁸ Bei der Theorie der Ersitzung als einseitige Zustimmung (*acquiescence*) ist der Anknüpfungspunkt, dass Schweigen spricht, aber doch nur, weil die Situation zu einer Antwort herausfordert. Die Theorie, derzufolge die

⁹²⁷ *Phillimore*, Commentaries upon International Law, 2. Aufl. 1871, Bd. 1, S. 216, 217.

⁹²⁸ *MacGibbon* erachtet für die Entstehung eines völkergewohnheitsrechtlichen Rechts allein die *acquiescence* als Reaktion auf das Handeln eines Staates ausreichend, s. o.

Ersitzung Ausfluss des Effektivitätsgrundsatzes ist, konstruiert das Widerspruchserfordernis dadurch, dass effektiver adverser Besitz Rechtsfolgen auslöst, es sei denn, sie werden durch ebenso effektiven Protest verhindert.

Warum fordert nun das beeinträchtigende Verhalten zu einer Reaktion heraus und warum geht eine Nicht-Reaktion zu Lasten des beeinträchtigten Staates?

Die aus dem Privatrecht bekannte Willensautonomie, die einschließt, an eine Nicht-Äußerung keine Rechtsfolge zu knüpfen, ist nur in einem System denkbar, in dem ein übergeordnete Organ entscheidet, was im Falle einer Enthaltung geschehen soll. Ein solches ist im Koordinationssystem Völkerrecht aber nicht vorhanden. Nicht nur in zwischenpersönlichen Situationen, sondern auch im Völkerrecht gilt: Man kann nicht nicht kommunizieren.⁹²⁹ Stattdessen gilt der Grundsatz, dass das, was gewollt ist, auch nach außen sichtbar sein muss. Andersherum spricht eine Vermutung dafür, dass das nach außen Sichtbare – oder eben nicht Sichtbare – auch gewollt ist. Dies ist die Anforderung der Effektivität, die die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts abbildet. Anders als *Kelsen* meint, existiert der Grundsatz der Effektivität nicht in erster Linie auf Völkergewohnheitsrecht, sondern ist der Struktur des Völkerrechts immanent. Ebenfalls anders, als von *Kelsen* postuliert, führt die generelle Akzeptanz des Effektivitätsgrundsatzes durch die Völkerrechtsgemeinschaft nicht zur Unerheblichkeit des staatlichen Willens für eine Rechtsänderung im Einzelfall. Vielmehr muss er effektiv geäußert werden. Im Falle des rein tatsächlichen Handelns wird daher ein zugrunde liegender staatlicher Wille angenommen. So beantwortet sich auch die Frage, warum der Protest (klar erkennbar als „nein“ zur Forderung des anderen Staates) nach der Ansicht vieler Autoren (und der Rechtsprechung) effektiv sein muss, um einen Titelübergang zu verhindern. Dies liegt daran, dass Titel in einem gewissen Maße von ihrer Ausübung abhängen. Noch prägnanter: Weil Recht im Völkerrecht den Fakten folgt, da die Fakten die Vermutung des Willens in sich tragen.⁹³⁰ Der Wille (zum Beispiel der des Behaltenwollens) ist ohne eine Manifestation nichts wert. Das Völkerrecht kommt

⁹²⁹ *Watzlawick/Beavin/Jackson*, *Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien*, 1969, S. 79 ff.: „Man kann nicht nicht kommunizieren, denn jede Kommunikation (nicht nur mit Worten) ist Verhalten und genauso wie man sich nicht nicht verhalten kann, kann man nicht nicht kommunizieren.“

⁹³⁰ Dazu *Lauterpacht*, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, S. 380, „[...] the accurate principle on the subject consists in regarding all uniform conduct of Governments (or, in appropriate cases, the abstention therefrom) as evidencing *opinio necessitatis juris* except when it is shown that the conduct in question was not accompanied by any such intention“.

im Zweifel ohne den wirklichen Willen aus (Rechtsschein), aber nie ohne die Fakten. Dies ist genau der Widerspruch, der die Formierung von Völkergewohnheitsrecht beherrscht.

Dies erklärt, warum die Ausübung von Hoheitsakten auf fremdem Gebiet als Willenserklärung aufgefasst wird, das Gebiet beherrschen zu wollen, und als solche eine Reaktion herausfordert. Warum wird die anschließende, länger andauernde Passivität dem beeinträchtigten Staat zum Verhängnis? Die Vermutung, der Staat wolle ein Gebiet aufgeben, ist, wie *Ortolan* bereits bemerkte, eher der Ausnahme- als der Regelfall. Eine Vermutung betreffe aber gerade die Ableitung des Willens nach demjenigen, was im Regelfall gewollt ist.⁹³¹ Es muss also eine weitere Regel hinzutreten, die dieses Verhältnis umkehrt. In dem Moment, in dem der andere Staat sein Gebiet beansprucht, stehen beide Staaten in einer Rechtsbeziehung. In dieser Situation können auf beiden Seiten schutzwürdige Interessen entstehen. Wen die Last trifft, zu handeln, bemisst sich nach dieser Interessenlage. Wie in Kapitel F. ausgeführt, besteht eine Obliegenheit zulasten des Inhaberstaates, sein Gebiet effektiv zu nutzen. Geschieht dies nicht, sind die Interessen des tatsächlich herrschenden Staates schützenswerter als die des eigentlichen Titelinhabers. Wegen dieses Handlungsgebots erscheint die Passivität als Zustimmung zum Handeln des anderen Staates.⁹³²

Der auf den ersten Blick unbeschränkte Vorrang der Fakten mag in einer Rechtsordnung erschrecken, von der man erwartet, dass in ihr das Recht über die Fakten herrscht: dies ist aber nur möglich, wenn sich die Fakten unter ein bereits geschaffenes Rechtssystem subsumieren lassen. Da es im Völkerrecht keinen übergeordneten Rechtssetzer gibt, folgt notwendigerweise aus dem Handeln, dem

⁹³¹ *Ortolan*, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations*, 1851, S. 110.

⁹³² *Wieling*, AcP 176 (1976), S. 334 (352) nimmt bzgl. des deutschen Zivilrechts an, dass das Gesetz bei der Obliegenheitsverletzung die unwiderlegliche Vermutung einer rechtsgeschäftlichen Rechtsaufgabe aufstellt. Dagegen wendet *Hähnchen*, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, 2010, S. 15, ein, diese Behauptung wirke „[g]eradezu absurd“. Die Richtigkeit der Annahme *Wielings* im Zivilrecht soll hier nicht untersucht werden. Für das Völkerrecht gilt sie jedenfalls in abgewandelter Form: Im Völkerrecht ist anders als im nationalen Recht kein Gesetzgeber vorhanden, der Rechtsfolgen an die Untätigkeit eines Rechtsunterworfenen knüpft. Wenn aber ein Handlungsgebot des territorialen Souveräns völkerrechtlich anerkannt ist, kann aus dem Nichterfüllen des Sollens ein Nichtwollen der eigenen Stellung als Souverän und damit angesichts des Konkurrenten ein Einverständnis mit dessen Handeln – zunächst – geschlossen werden. Dem Staat steht es aber frei, seinen wirklichen Willen zu äußern. An der Anfechtung des Rechtsscheins ist er unter Umständen nicht deshalb gehindert, weil die Vermutung unwiderleglich ist (so aber *Wieling* bzgl. der Anfechtung im Zivilrecht, ebd., 352, 353), sondern weil er aus Vertrauensschutzgründen daran festgehalten wird (*estoppel*).

In-Kontakttreten mit den anderen Staaten das Recht; eine andere Möglichkeit gibt es nicht. Selbst bei einer völkerrechtlichen Vereinbarung (scheinbar die Verkörperung reinen Willens, des *meeting of wills*), müssen die Staaten physisch aktiv miteinander aushandeln, was zukünftig als Recht gelten soll.

Auf der anderen Seite gilt: Trotz des Hierarchieverhältnisses von Fakten und Willen besteht eine Rückbindung der Fakten an den Staatswillen; dieser kann immer, wenn er (begleitet von Fakten, d. h. effektiv) geäußert wird, die Vermutungswirkung aufheben und dann selbst im Vordergrund stehen. Die Effektivität erfüllt also eine Vermittlerrolle zwischen Recht und Fakten, zwischen dem Staatswillen und dem Staatshandeln. Im Wege der „praktischen Konkordanz“ führt die Effektivität zum Ausgleich der Interessen. Das Prinzip der Effektivität ist selbst nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen des Völkerrechts wirksam. Im Bereich der Ersitzung wirkt der konkurrierende Anspruch des beeinträchtigten Staates auf das Gebiet als eine Begrenzung des Effektivitätsprinzips. Da die Effektivität andernfalls Rechte eines Staates auslöschen würde (was dem *Rechts*charakter des Völkerrechts widerspräche), bedarf es in dieser Situation des Konsenses, nach dem Motto, dass nur dem *volenti non fit iniuria*. Die Effektivität wiederum wirkt aber auch auf die Anforderung des Konsenses als Beschränkung insofern, als bereits das objektive „Stillhalten“, nicht erst eine ausdrückliche Willenserklärung, als Zustimmung gewertet werden kann. Andernfalls wäre der beeinträchtigte Staat in der Lage, eine nicht durch tatsächliche Handlungen bestätigte Rechtslage aufrecht zu erhalten (seinen Gebietstitel), obwohl in der Wirklichkeit längst ein anderer Staat das Gebiet beherrscht.

Die Staaten sind der Ersitzung auch nicht ohnmächtig ausgeliefert. Am Beispiel des gewohnheitsrechtlichen und in vielen Schiedsklauseln ausdrücklich befürworteten Prinzips *uti possidetis* zeigt sich, dass die Staaten selbst entscheiden können, ob sie den Vorrang der Fakten für gewisse Situationen außer Kraft setzen wollen. Insofern zeigt sich: Staaten können sich selbst helfen, indem sie aktiv kommunizieren. Die Ersitzung ist nichts mehr als eine Lösung für den Fall, dass eine aktive Kommunikation fehlgeschlagen ist oder gar nicht erst versucht wurde.

II. Verhältnis zur Okkupation und zur unvordenklichen Verjährung

Theoretisch sind Okkupation und Ersitzung als völkerrechtliche Gebietserwerbstitel klar unterscheidbar: Die Okkupation ist möglich an Gebiet, das erwiesenermaßen *terra nullius* ist. Die Ersitzung ist möglich an Gebiet, das erwiesenermaßen unter der territorialen Souveränität eines Staates steht.⁹³³

Schwieriger ist die Situation, wenn ein Staat nur den ersten Schritt zur Gebietsinhaberschaft gemacht hat (z. B. Entdeckung, als diese noch ein gültiger Gebietserwerbstitel war), jedoch keine weiteren Hoheitsakte hat folgen lassen. Kann ein derartiger „inchoater“ Titel zugunsten eines Staates durch einen anderen, der das Gebiet anschließend lange Zeit effektiv beherrscht, mittels Okkupation oder Ersitzung überwunden werden? Da die Sicherungsfunktion des Titels m. E. erst bei vollständigem Titelerwerb eintreten sollte, findet bei einem erst rudimentären Titel Okkupation anstelle einer Ersitzung statt. Bestand einmal ein Titel, und übt der Titularstaat keine staatlichen Funktionen mehr aus, dafür aber ein anderer Staat, handelt es sich eben wegen der Sicherungsfunktion des Titels um Ersitzung, nicht um Okkupation (a. A. *Beckett*, der diese Situationen als gleichartig betrachtet: *animus* vorhanden, aber nicht *corpus* der Herrschaft, ebenso *Johnson*⁹³⁴).

In der Praxis tritt häufig die Situation auf, dass sich die Parteien über ein Gebiet streiten, dessen Zuordnung unklar ist: Das heißt, dass sich unter Umständen nicht beweisen lässt, wem das Gebiet ursprünglich zuzuordnen war. Dementsprechend lässt sich auch keine Aussage darüber treffen, ob es einem originären oder einem derivativen Gebietserwerb zugänglich war. Die Unmöglichkeit einer präzisen Nachforschung über Vorgänge in der Vergangenheit erlaubt es nicht, in diesem Fall einen Erwerb durch Ersitzung für möglich zu halten (so aber *Jennings*⁹³⁵), da ansonsten die Unterscheidbarkeit zwischen Okkupation und Ersitzung aufgehoben wird. Ebenso wenig kann in diesem Fall ein nicht näher einzuordnender Titel

⁹³³ Wie hier *Beckett*; *MacGibbon*; *Blum*; *Johnson*; *Shaw*; *Kohen*; *Kelsen*; *Brownlie* und *Milano*, *Unlawful Territorial Situations in International Law: Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*, 2006, S. 88. A. A. *Schwarzenberger*; *Touscoz*; *Pinto*; *de Visscher*, jedes Gebiet ist mögliches Objekt der Ersitzung, unabhängig von seiner bisherigen Zuordnung; *Jennings*; *Verdross/Simma*, ein Gebiet, dessen Zuordnung unklar oder umstritten ist; siehe Details in Kapitel D. III.

⁹³⁴ *Johnson*, BYBIL 27 (1950), S. 332-354, abgedruckt in *Shaw*, *Title to Territory*, 2005, S. 273-295 (290 ff.).

⁹³⁵ *Jennings*, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1961, S. 23.

aufgrund Besitzes (*possession*) erworben werden, wie postuliert wird.⁹³⁶ Richter *Anzilotti* stellte bereits in seiner abweichenden Meinung zur Entscheidung *Eastern Greenland* klar: „To say that the title resides in possession and not in occupation is a verbal quibble, for possession of a territory which formerly belonged neither to the State possessing it nor to any other State is nothing else than occupation considered at a moment subsequent to the original act of occupying“⁹³⁷.

Vielmehr bedeutet der lang andauernde, friedliche Besitz eines Gebietes sowohl die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Okkupation als auch der Ersitzung, weshalb eine „Wahlfeststellung“ des Titels in Betracht kommt (Ersitzung oder Okkupation). In diesem Sinne ist laut *Huber* der lang andauernde, friedliche Besitz „as good as a title“, aber nicht der Titel selbst.

Für den Nachweis eines Titels anhand lang andauernden, friedlichen Besitzes ist nicht erforderlich, dass der diesen geltend machende Staat beweisen kann, dass bis zum Anbeginn der Zeit keine anderweitige Gebietszuordnung galt; es ist stattdessen nur eine lange, nicht näher bestimmbare Zeit vonnöten. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Seefahrer eines bestimmten Staates haben nachweislich eine Insel im 16. Jahrhundert entdeckt und der Staat hat die Insel eine Zeitlang verwaltet, aber anschließend keinerlei Hoheitsakte auf dem Inselgebiet ausgeübt. Ein anderer Staat kann seit dem 18. Jahrhundert eine kontinuierliche, friedliche Nutzung des Gebiets nachweisen. In diesem Fall ist unerheblich, ob ersterer Staat seinen durch Entdeckung erworbenen Titel derelinquiert hat (dann wäre der spätere Titel der der Okkupation), oder aber die nachfolgende Nutzung den ursprünglichen Titel verdrängt hat (dann handelte es sich um Ersitzung). Die unvordenkliche Verjährung (*immemorial possession*); d. h. die völlige Nichterweislichkeit einer jemals anderen Gebietszuordnung stellt daneben eine typisierte Form des Beweises eines Gebietstitels dar.

III.Rechtsquelle der Ersitzung

Obwohl die Ersitzung im weitesten Sinne konsensual geschieht, spricht gegen eine Kategorisierung als Vertrag, dass die Staaten konkludent jeweils einseitige

⁹³⁶ *Brownlie*, siehe Kapitel D. III. 3. e.

⁹³⁷ *Anzilotti, Eastern Greenland*, PCIJ A/B Series No. 53, S. 21 (84).

Erklärungen abgeben, es aber nicht zu einer Willensübereinstimmung im Sinne von Angebot und Annahme kommt.

Die Ersitzung ist in einer klar ausdifferenzierten dogmatischen Form wohl auch noch kein Völkergewohnheitsrecht geworden. Sowohl in der Lehre als auch der Staatenpraxis wird Folgendes befürwortet: An die effektive Hoheitsausübung eines Staates auf (eindeutig oder möglicherweise) fremdem Staatsgebiet, die ohne vorherige Zustimmung des bisherigen bzw. des ebenfalls einen Anspruch auf das Gebiet anmeldenden Souveräns und mit dem Willen zur Herrschaft erfolgt, wird nach Ablauf einer gewissen Zeit die Rechtsfolge des Titelübergangs geknüpft. Die Rechtsüberzeugung ist aber nicht einheitlich bezüglich der Frage, von welchem Mechanismus diese Rechtsfolge ausgelöst wird. Das heißt: *opinio iuris* und *consuetudo* sind bezüglich der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolge zu beobachten; jedoch nicht hinsichtlich der Zusammenfassung dieses Mechanismus als so bezeichnete „Ersitzung“ und auch nicht bezüglich der dogmatischen Bewertung der Strukturelemente des Titelübergangs. Einer Einordnung der Ersitzung als völkergewohnheitsrechtliches „fertiges“ Konzept steht also entgegen, dass die durch die Rechtsprechung nachgewiesene Staatenpraxis nicht überwiegend und einheitlich ein gemeinsames Verständnis von Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ersitzung erarbeitet hat. Die Existenz eines auf Fakten basierenden, mit dem Ablauf der Zeit verbundenen Gebietserwerbstitels ist allerdings unbestritten. Die Ersitzung lässt sich aber mit Mitteln beschreiben, die im Völkergewohnheitsrecht verankert sind, da ihre Existenz stillschweigend vorausgesetzt wird und sie überwiegend einheitlich verwendet werden, wie der Grundsatz, dass Stillschweigen Rechtsfolgen auslösen kann (im Falle der rein passiven *acquiescence* oder der konkludenten *tacit recognition manifested by unilateral conduct*. *Estoppel* erzeugt die Unwiderruflichkeit einer solchen Willenserklärung).

Die Ersitzung könnte ein allgemeiner Rechtsgrundsatz (general principles of law recognized by the civilized nations) i. S. d. Art. 38 I c IGH-Statut sein.⁹³⁸ Quelle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist nach üblicher Lesart dessen Induktion aus den nationalen Rechtsordnungen. Einige Rechtsgrundsätze sind Teil fast aller Rechtsordnungen der Welt und stellen sich als Ausdruck eines universell gültigen

⁹³⁸ *Johnson* und *Verykios* qualifizieren die Ersitzung als allgemeinen Rechtsgrundsatz, siehe Kapitel D. III. 2. a.

Rechtsprinzips heraus, das im Völkerrechtssystem Geltung beansprucht, sofern es auch dessen systemspezifische Probleme lösen kann.⁹³⁹ Nicht jeder allgemeine Rechtsgrundsatz lässt sich, u. a. wegen der unterschiedlichen Bedingungen im Völker- und nationalen Recht aber auf das nationale Recht zurückführen (z. B. das Selbstbestimmungsrecht der Völker); auch wenden Gerichte allgemeine Rechtsgrundsätze an, ohne in jedem Fall einen umfassenden Rechtsvergleich anzustellen, um zu überprüfen, ob ein Rechtsgrundsatz allgemeine Geltung in den meisten Rechtskreisen hat.⁹⁴⁰ Einige Autoren lösen sich daher von der ursprünglichen Intention des Art. 38 I c IGH-Statut und befürworten als weitere Quellen der allgemeinen Rechtsgrundsätze deren eigenständige Akzeptanz im Völkerrecht⁹⁴¹ sowie naturrechtliche Begründungen. Aus der Logik des Völkerrechtssystems folgten Grundsätze, die dem System inhärent seien.⁹⁴² Wo das Völkerrecht noch nicht ausdifferenziert genug ist, wirken einem Ansatz zufolge naturrechtliche Rechtsgrundsätze als Lückenfüller.⁹⁴³ Anders als das Völkergewohnheitsrecht ist diesen Ansätzen zufolge ein allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht davon abhängig, dass er durch die Staatenpraxis bestätigt wird. Er muss ein gemeinsames Rechtsbewusstsein zum Ausdruck bringen, das sich in vielfältiger Weise im rechtlichen Handeln verschiedener Völkerrechtsakteure zeigen kann.⁹⁴⁴

⁹³⁹ Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 217. Die für den Entwurf des Art. 38 I c IGH-Statut Verantwortlichen wollten durch die Aufnahme der allgemeinen Rechtsgrundsätze einen Rückgriff auf das *forum domesticum* ermöglichen, um befürchtete Lücken im Vertrags- und Gewohnheitsrecht im Hinblick u. a. auf Verfahrensgrundsätze zu schließen, siehe Hulsroj, Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999) S. 219 (244); Pellet, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Hrsg.) The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, 2006, Article 38, S. 677 (765 ff.); Lord Phillimore, der Autor der finalen Version des Art. 38 I c, definierte: „[T]he general principles referred to in point 3 were these which were accepted by all nations in *foro domestico*, such as certain principles of procedure, the principle of good faith, and the principle of *res judicata*, etc.“, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists (1920), Annex No. 3, S. 335, zitiert nach Pellet (ebd., S. 768 f.), Hervorhebungen im Original.

⁹⁴⁰ Pellet, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, 2006, Article 38, S. 677 (770), mit Nachweisen zu Rechtsprechung.

⁹⁴¹ Voigt, Nordisk Juridisk Tidsskrift 31 (2008), S. 3 (8), mit Nachweisen zu Hulsroj, Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 219 (245); Simma/Alston, AYBIL 12 (1988/89), S. 82 (102, Fn. 85). Die Gegenansicht vertritt u. a. Bogdan, Nordisk Tidsskrift for International Ret 46 (1977), S. 37 (43): „Since the general principles of law must belong to the positive legal systems, they are no ‘natural law’ (*‘droit naturel’*) and no ‘principles of justice and equity’“. Siehe Pellet, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, 2006, Article 38, S. 677 (768 Fn. 678), zu weiteren Nachweisen für beide Auffassungen.

⁹⁴² Voigt, ebd. (7 f.) mit Nachweisen zu Anzilotti, Cours de droit international, 1929, S. 117; Castberg, La méthodologie du droit international public, Recueil des Cours 43 (1933-I), S. 309 (313); Verzijl, International Law in Historical Perspective, Vol. 1, 1968, S. 62 f.

⁹⁴³ Voigt, ebd. (3, 9).

⁹⁴⁴ „common legal conscience“, Voigt, ebd. (8 ff.), m. N. zu Herczegh, General Principles of International Law and the International Legal Order, 1969, S. 36; „common legal consciousness“, Hulsroj, ebd. (220, 247). Der Nachweis dieses Bewusstseins, gesteht Hulsroj (ebd., S. 247 ff.) selbst ein, bringt allerdings dieselben Schwierigkeiten wie der Nachweis der *opinio iuris* für Völkergewohnheitsrecht mit sich. Das Merkmal der Generalität bzw. Abstraktheit des Grundsatzes spiele im Vergleich zu dem des gemeinsamen rechtlichen Bewusstseins keine realistische Rolle.

Ein Problem der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist, welche Bedeutung das Kriterium der „Allgemeinheit“ hat. Einer Deutung zufolge soll dies die nahezu universelle Geltung der Rechtsgrundsätze ausdrücken. Nach einem anderen Verständnis bezieht sich das Adjektiv auf die Rechtsgrundsätze selbst und kennzeichnet diese als fundamental und abstrakt; in Abgrenzung zu deren Umsetzung in spezifische Rechtssätze. Letztere Variante spräche gegen eine Einordnung der Ersitzung als allgemeinen Rechtsgrundsatz, da diese nicht das fundamentale Prinzip, sondern eine spezifische Regel darstellt.

Andere kritisieren überzeugend eine solche Deutung des Kriteriums der Allgemeinheit. Zunächst sei es schwierig bis unmöglich festzustellen, welcher Grad der Abstraktheit eines Prinzips ausreiche, um dessen Qualifizierung als „allgemein“ zu ermöglichen, was zur Rechtsunsicherheit führen würde. Weiter sei kein Grund erkennbar, weshalb das Völkerrechtssystem einen übereinstimmenden rechtlichen Willen der Staaten nicht anerkennen sollte, nur weil der Abstraktionsgrad nicht hoch genug sei. Schließlich entstünden für internationale Tribunale Schwierigkeiten bei der Anwendung fundamentaler allgemeiner Rechtsgrundsätze auf einen Streit. Bei einem hohen Abstraktionsgrad wären diese nicht unmittelbar als streitentscheidende Normen brauchbar. Die Gerichte müssten ein in den nationalen Rechtsordnungen gefundenes gemeinsames Prinzip auf ein fundamentaleres Prinzip zurückzuführen, um dann ein neues, spezielleres (und zum nationalen Recht gleichlautendes) Prinzip für die Anwendung im Völkerrecht zu erschaffen.⁹⁴⁵

Stattdessen können die Gerichte gleich das in den nationalen Rechtsordnungen gefundene gemeinsame Prinzip anwenden, es sei denn, die Übereinstimmung erweise sich als rein zufällig (was sehr unwahrscheinlich sei).⁹⁴⁶ Der IGH hat in der *Gulf of Maine*-Entscheidung verdeutlicht, dass er die Begriffe Regeln und Grundsätze synonym versteht, wobei die Grundsätze fundamentalerer Natur seien. Dies spricht für eine untechnische Auslegung von Art. 38 I c IGH-Statut.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ *Hulsroj*, Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 219 (246, 247); *Bogdan*, Nordisk Tidsskrift for International Ret 46 (1977), S. 37 (48, 49); jeweils mit Nachweisen zur Gegenansicht.

⁹⁴⁶ *Bogdan*, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 46 (1977), S. 37 (49).

⁹⁴⁷ Dazu *Pellet* in: Zimmermann et al. (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, 2006, Article 38, S. 677 (766, 767), Nachweis zu ICJ Rep. 1984, S. 246, 288-290, Rz. 79.

Dennoch ist zuzugeben, dass das Merkmal der Allgemeinheit in Verbindung mit dem Begriff „Grundsatz“ bzw. „principle“ für einen „wide-ranging character“ der Grundsätze spricht.⁹⁴⁸ Die Tatsache, dass Ersitzung Tatbestand und Rechtsfolge hat und damit eine Rechtsregel darstellt, kein Prinzip,⁹⁴⁹ steht ihrer Begründung auf einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (*general principle*) nicht entgegen. Wie der Blick in die deutsche und ausländische Rechtsordnungen ergeben hat, ist die Ersitzung oder ein Funktionsäquivalent nicht nur im Völkerrecht, sondern in allen innerstaatlichen Rechtsordnungen bekannt, wenn sie sich in Details auch unterscheiden. Sie haben ein „shared underlying principle“⁹⁵⁰, wonach der effektive, adverse Besitz nach Ablauf einer gewissen Zeit zu der rechtlichen Sicherung dieses Besitzes führt. Dieses Prinzip hat zwar einzelne, differenzierbare Merkmale, ist aber dennoch nicht zu detailliert, um ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sein zu können. Es basiert auf einem noch fundamentalen Grundsatz, der offenbar Teil des gemeinsamen rechtlichen Bewusstseins und entscheidend für die Annahme von „acquiescence“ ist, wie sich in der Analyse der Literatur und Rechtsprechung gezeigt hat: Die Obliegenheit, das eigene Gebiet effektiv zu nutzen, um keine „*erreuer préjudiciable*“⁹⁵¹, keinen schädlichen Irrtum, hervorzurufen. Ebenso ist im gemeinsamen Rechtsbewusstsein verankert, dass die Folge der Verletzung dieser Obliegenheit den Verlust des Gebietstitels nach sich ziehen kann.

Unabhängig davon, ob man allgemeine Rechtsgrundsätze als Derivate des *forum domesticum* betrachtet oder aber ihre selbständige völkerrechtliche Existenz befürwortet, kann die Ersitzung als allgemeiner Rechtsgrundsatz qualifiziert werden. Die Unterschiede der nationalen Regelungen sowie die Unmöglichkeit, im Völkerrecht eine starre Frist aufzustellen, nach deren Ablauf die Ersitzung eintritt, wenden einige Autoren dagegen ein (s. o.). Dies sind m. E. keine validen Gegenargumente. Es muss nur die „Essenz“⁹⁵² der nationalen Regelungen ins Völkerrecht übernommen werden (können), wobei den spezifischen Bedingungen dieses Rechtssystems Rechnung getragen werden muss.⁹⁵³ Im Falle der Ersitzung

⁹⁴⁸ *Pellet* in: Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, Article 38, S. 677 (766, 767).

⁹⁴⁹ Zum Unterschied zwischen Regeln und Rechtsgrundsätzen siehe *Voigt*, *Nordisk Juridisk Tidsskrift* 31 (2008), S. 3 (9, 10), Nachweis zu *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* 1977, 19th reprint 2002, S. 25-26.

⁹⁵⁰ *Bogdan*, *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 46 (1977), S. 37 (49).

⁹⁵¹ *Martens, G. F.*, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Tome premier 1858, S. 191.

⁹⁵² So schon *Bogdan*, ebd., S. 50, „the essence of legal rules“.

⁹⁵³ Judge *Tanaka* in *South West Africa, Second Phase, Judgment*, ICJ Reports 1966, S. 6, S. 250 (295): „analogies drawn from these laws should not be made mechanically, that is to say, to borrow the

ist anders als in den nationalen Rechtsordnungen kein übergeordneter Rechtssetzer vorhanden, der eine starre Frist vorschreiben könnte. Dennoch können die Gerichte die Hoheitshandlungen auf die Stärke des ausgelösten Rechtsscheins überprüfen und eine Ermessensentscheidung darüber treffen, ob eine ausreichende Zeit vergangen ist. Die Entscheidungen des IGH überzeugen davon, dass eine „Transposition“ der Regeln über Ersitzung in das Völkerrecht gelingt.

IV. Konstituenten einer völkerrechtlichen Ersitzung

Die hier vertretene Konstruktion der Ersitzung soll dasjenige darstellen und theoretisch untermauern, was bereits zum Bestand des Völkerrechts zählt. Wie bereits erwähnt, ist es dafür notwendig, dass der wissenschaftliche Vorschlag mit der in der Rechtsprechung Ausdruck findenden Staatenpraxis vereinbar ist. Die internationalen (Schieds-) Gerichte ziehen die unten genannten objektiven und subjektiven Elemente zur Beurteilung der Gebietsinhaberschaft heran. Zu den zugrunde liegenden dogmatischen Figuren nehmen sie aber nur in begrenztem Maße Stellung, was vor allem ihrer Aufgabe als Streitschlichter geschuldet ist. Der IGH betont allerdings die Bedeutung von *acquiescence* und *estoppel* für eine Situation, in der nicht vorrangig ein ausdrücklicher oder stillschweigend geschlossener Vertrag für die Feststellung der Gebietszuordnung einschlägig ist.

Der folgende Vorschlag erweitert das in der Entscheidungspraxis der Gerichte ansatzweise erkennbare dogmatische Fundament. Es ergeben sich folgende Erkenntnisse für die Konstruktion einer völkerrechtlichen Ersitzung:

- Die Ersitzung schafft ein *adverses, derivatives* Recht, den Titelübergang vom ehemaligen auf einen neuen Souverän.
- In objektiver Hinsicht erfordert sie eine lang andauernde, effektive, öffentliche, friedliche Hoheitsausübung auf dem fremden Staatsgebiet. Die Friedlichkeit ist durch die Abwesenheit von Gewalt (Art. 2 (4) UN-

expression of Lord McNair, 'by means of importing private law institutions 'lock, stock and barrel' ready-made and fully equipped with a set of rules'". (ICJ Reports 1950, p. 148.)“, zustimmend *Bogdan*, ebd., S. 51. Siehe *Pellet* in: Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, Article 38, S. 677 (772, 773) zur „transposability“ von nationalem ins Völkerrecht. Vgl. auch *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2003, S. 181, 182, Rz. 412, 413.

Charta) einerseits, das Fehlen eines effektiven Protests des beeinträchtigten Staates andererseits gekennzeichnet.

- Wegen des Rechtscharakters und der prinzipiellen Willensgebundenheit des Völkerrechts bedarf es neben objektiven Tatbestandsmerkmalen auch subjektiver Elemente, die die Rückbindung der Fakten an den Staatswillen beider Seiten bewirken.
- In subjektiver Hinsicht erfordert die Ersitzung also vom erwerbenden Staat den Willen zur Herrschaft (*animus domini*), vom verlierenden Staat Zustimmung. Dabei sind keine überspannten Anforderungen an die Feststellung eines solchen Staatswillens zu stellen. Der Effektivitätsgrundsatz, der das Völkerrecht beherrscht, wirkt sich insofern folgendermaßen aus: Sind die objektiven Umstände gegeben, erzeugt eine Nichtäußerung des anderweitigen Willens den Rechtsschein des entsprechenden Willens. Der erwerbende Staat gibt konkludent die (einseitige) Willenserklärung ab, das Gebiet für sich zu beanspruchen; der verlierende Staat stimmt dem durch eine einseitige Erklärung zu, durch sein stillschweigendes, passives Verhalten (*acquiescence*).
- Der Übermacht des Faktischen wird dadurch entgegengewirkt, dass der beeinträchtigte Staat seinen etwaig entgegenstehenden Willen äußern kann. Dies ist ihm nicht nur als unmittelbare Reaktion möglich, sondern solange, bis er aus Vertrauensschutzgesichtspunkten (*estoppel*) daran gehindert ist.
- Der Protest des beeinträchtigten Staates verhindert die Ersitzung, da der Rechtsschein der Zustimmung durch die effektive Äußerung des tatsächlichen Staatswillens zerstört wird. Dabei ist es m. E. aus Gründen der Gleichordnung der Völkerrechtssubjekte nicht erforderlich, eine bestimmte völkerrechtliche Entscheidungsinstanz anzurufen, da dies mehr zum Behaltendürfen des Titels als zu seinem adversen Erwerb erfordern würde. Schließlich wäre es auch dem konkurrierenden Staat möglich, die Differenz bezüglich des Gebietstitels gerichtlich beizulegen, statt hoheitliche Handlungen auf dem fraglichen Gebiet auszuüben. In der Rechtsprechung lässt sich die Forderung nach der Anrufung einer Entscheidungsinstanz für die Effektivität des Protests nicht wiederfinden.

- Die erforderliche Zeitdauer ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls. Der Zeitablauf verstärkt den Rechtsschein der Zustimmung, hat aber selbst keine eigene rechtsschöpferische Funktion. Der Rechtsschein entsteht gewissermaßen als Echo der aktiven, widerrechtlichen Handlung des erwerbenden Staates. Je nach Intensität der Beeinträchtigung und Akteur (hohe staatliche Ebene oder untergeordnete Verwaltungsebene) bemisst sich die „Last“ für den beeinträchtigten Staat, zu reagieren. Ist diese hoch, entsteht in kürzerer Zeit der Rechtsschein der Zustimmung. Vereinzelt widerrechtliche Handlungen untergeordneter Stellen dagegen erzeugen als Echo noch keinen Rechtsschein der Zustimmung zum Gebietswechsel. Insofern entfaltet der bestehende Gebietstitel eine Sicherungsfunktion zugunsten des bisherigen Gebietsinhabers (als eine Art Rechtsschein des Besitzes, der das Behaltenwollen indiziert).

- Es handelt sich also bei der Ersitzung um den Titelerwerb durch die vermutete unilaterale Zustimmung des verlierenden Staates zur unilateralen, zunächst widerrechtlichen Handlung des erwerbenden Staates. *Estoppel* setzt anschließend ein und verhindert, dass der beeinträchtigte Staat seinen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geltend machen kann, indem er den Rechtsschein der Zustimmung nachträglich zerstört. Dafür ist erforderlich, dass der erwerbende Staat auf die Zustimmung des verlierenden Staates vertrauen durfte und der verlierende Staat während des Stillschweigens von der Situation profitiert hat. Dazu reicht es bereits aus, dass dem Staat während eines längeren Zeitraums die Stabilität bezüglich der Grenzen zugute kam.

- Die völkerrechtliche Ersitzung ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz i. S. d. Art. 38 I c IGH-Statut. Als Völkergewohnheitsrecht anerkannt ist bislang nur die Verknüpfung von lang andauernder, friedlicher, öffentlicher Hoheitsausübung auf einem Gebiet mit dem Erwerb eines Titels. Die klare Zuordnung dieser Wirkung zu einzelnen Gebietserwerbstiteln bzw. Beweisregeln anhand der Differenzierungen zwischen Okkupation, Ersitzung und unvordenklicher Verjährung ist dagegen noch nicht Bestandteil der *opinio iuris*. Der IGH ist allerdings mit der Entscheidung

Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh einen großen Schritt in Richtung der Anerkennung und Definition der Ersitzung gegangen.

- Handelt der beeinträchtigte Staat aktiv, verwendet er etwa offiziell die Landkarten der Gegenseite, auf denen das Gebiet dem anderen Staat zugeordnet ist, oder bestätigt er im diplomatischen Verkehr indirekt die Gebiets Herrschaft des anderen Staates, handelt es sich nicht um Ersitzung. In Betracht kommen diesbezüglich eine konkludente Vereinbarung (*tacit agreement*) oder eine konkludente Anerkennung. Beide sind vorrangig vor der Ersitzung, da stärker als beim Stillschweigen, das nach außen hin neutral ist, im positiven Handeln Anhaltspunkte für den wirklichen Willen des Staates erkennbar sind und die Berücksichtigung des staatlichen Willens in der *Rechtsordnung* des Völkerrechts Vorrang vor der reinen Fakten genießt.

In einigen Punkten weicht dieser Entwurf der völkerrechtlichen Ersitzung von den bisherigen ähnlich gerichteten Literaturmeinungen ab, die sie durch ein Zusammenspiel objektiver und subjektiver Faktoren begründen, insbesondere *Johnson* und *Jennings*. Anders als *Johnson* und *Jennings* vorschlagen, bietet sich eine Zusammenfassung von *immemorial possession* und *acquisitive prescription* aus dogmatischen Gründen nicht an. Während die Ersitzung ein echter Gebietserwerbstitel ist, handelt es sich bei der unvordenklichen Verjährung um eine Beweisregelung. Wie bereits erwähnt, ist für den beeinträchtigten Staat nicht (was aber *Johnson* vertritt) die Anrufung des IGH erforderlich, um effektiv zu protestieren.

Jennings Vorschlag hinsichtlich der Funktion von *acquiescence* als vermutete Zustimmung zum einseitigen Handeln des erwerbenden Staates und *estoppel* als Ausschlussgrund für das Geltendmachen des eigentlichen Willens ist, wie oben dargestellt, zu folgen. Ebenso ist der Aussage zuzustimmen, dass die Ersitzung ein oder mehrere bilaterale Verhältnisse zwischen Titelinhaber und konkurrierendem/n Staat/en betrifft, da die Zuordnung von Gebiet dem Titelinhaber die ausschließliche Verfügungsbefugnis verschafft. Daher ist (wie *Jennings* bereits darstellt) das Verhalten von Drittstaaten für den Gebietserwerb durch Ersitzung irrelevant.

Jennings erkennt allerdings eine eigene rechtlich konsolidierende Wirkung des hoheitlichen Besitzes, die über eine Willensäußerung des erwerbenden Staates hinausgeht und an sich zum Titelübergang beiträgt:

„the notion of consolidation introduces something over and above the notion of evidence of sovereign possession; for these factors of repute, acknowledgment and so on then become [...] not merely *evidences* apt for a situation apt for prescription but become *themselves* decisive ingredients in the process of creating title.“⁹⁵⁴

Dem kann nicht zugestimmt werden. M. E. bewirkt das Konsolidieren der tatsächlichen Verhältnisse, dass die Lage sich stabilisiert und die Bevölkerung beider Staaten von der – jedenfalls vorübergehend – etablierten Rechtssicherheit profitiert. Dies wiederum ist ein entscheidendes Kriterium dafür, dass nach einer gewissen Zeit der verlierende Staat aufgrund des *estoppel*-Grundsatzes daran gehindert ist, seinen eigentlich entgegenstehenden Willen geltend zu machen. Der tatsächliche hoheitliche Besitz allein kann wegen der im Völkerrecht geltenden Rückbindung der Fakten an den staatlichen Willen keine rechtlich konsolidierende Wirkung haben. Aus dem gleichen Grund sind diejenigen Theorien abzulehnen, die die „historische Konsolidierung“ als eigenständigen Erwerbsgrund befürworten. Der hoheitliche Besitz ist als tatsächliche Ausfüllung rechtlicher Tatbestände aber entscheidend zu berücksichtigen.

⁹⁵⁴ *Jennings*, The Acquisition of Territory in International Law, 1961, S. 25, Hervorhebungen im Original.

H. Aktueller Anwendungsfall? Senkaku/Diaoyu-Inseln

Gegen die Relevanz der Ersitzung im Völkerrecht mag man im ersten Moment einwenden, dass es wohl nur sehr wenige Gebiete der Welt geben wird, deren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staat noch unklar ist. Ähnlich den weißen Flecken auf Landkarten (*terrae incognitae*) scheint die Ersitzung zunächst ein Relikt der Vergangenheit zu sein. Jedoch sind auch heute noch Situationen zu beobachten, in denen die Gebietszuordnung zum Ausgangspunkt eines – nicht gewaltsamen – Disputes wird. Gerade die Frage der Inhaberschaft an Inseln, die bislang nicht im Fokus des staatlichen Interesses standen, kann aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen einen solchen Streit entfachen. Im Zuge dessen bringen die Parteien historische Argumente zur Untermauerung ihres Anspruchs vor. In diesem Zusammenhang ist es möglich, dass die Ersitzung zur tragenden Begründung eines Gebietstitels wird. Im Folgenden wird die Situation im ostchinesischen Meer zwischen den Akteuren Japan und China beleuchtet, um zu klären, inwiefern die völkerrechtliche Ersitzung eine Lösung des Gebietskonflikts liefern kann.

I. Die Situation

Aktuell besteht Streit zwischen Japan und China über die aus fünf unbewohnten Inseln und drei Riffen bestehende Felsengruppe *Senkaku* (japanisch) bzw. *Diaoyu* (chinesisch) in der Ostchinesischen See.⁹⁵⁵ Vor allem wirtschaftliche Interessen an reichen Fischfanggründen und an Öl- und Gasreserven in dem Gebiet bieten Anlass zur Differenz. 1968 hatte die UN-Wirtschaftskommission für Asien und den Fernen Osten einen Bericht veröffentlicht, wonach Öl- und Gasreserven unter dem Gewässer im Bereich der Inseln gefunden werden könnten.⁹⁵⁶ Daneben spielen die Inseln für die Grenzziehung eine Rolle, sind eng mit

⁹⁵⁵ Gesamtdarstellungen: *Swaine*, China Leadership Monitor 41 (2013), S. 1, Zeitleiste der Ereignisse bis Mai 2013 ab S. 17. *Pan*, Journal of Chinese Political Science, 12 (2007). Economist vom 25. August, 31 (2012), S. 9 f.

<http://www.spiegel.de/politik/ausland/japan-und-china-streit-um-senkaku-inseln-seit-jahrzehnten-ungeloest-a-856296.html> vom 17.09.2012, abgerufen am 01.09.2014. <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-11341139>, update vom 29.4.2013, abgerufen am 01.09.2014.

⁹⁵⁶ *Holland*, South China Morning Post, Artikel vom 10.7.2013, <http://www.scmp.com/business/article/1279071/theres-only-one-way-solve-diaoyusenkaku-dispute>, abgerufen am 01.09.2014.

national(istisch)en Gefühlen beider Staaten verbunden und betreffen sowohl die chinesischen Beziehungen mit den USA als auch diejenigen von Japan mit China.⁹⁵⁷ Der bereits seit den 1970er Jahren bestehende Disput bezüglich der Souveränität über die Inseln flammte Mitte der 1990er Jahre, 2010 und zuletzt im Herbst 2012 wieder auf, als die japanische Regierung drei der Inseln einem privaten Inhaber abkaufte (11. September 2012).⁹⁵⁸ China sah dies nicht als bloßen privatrechtlichen Eigentumserwerb, sondern als Erwerb von Hoheitsrechten und damit als Veränderung des *status quo* gegen seinen Willen an.⁹⁵⁹ Auch Taiwan erhebt Ansprüche auf die Inseln⁹⁶⁰ und protestierte wie China gegen den Kauf.⁹⁶¹

Seit dem Kauf der Inseln verschärft sich der Konflikt fortlaufend; beide Seiten führen Machtdemonstrationen durch. Schiffe der chinesischen Küstenwache drangen wiederholt in das Gewässer um die Inseln ein und wurden dort von japanischen Schiffen verfolgt. Japan präsentierte im August 2013 sein neues Kriegsschiff „Izumo“, das größte seit dem II. Weltkrieg und Namensvetter desjenigen Schiffes, das 1931 die japanische Flotte anführte, um die chinesische Mandschurei zu erobern.⁹⁶² Japan kündigte im Herbst 2013 an, unbewaffnete chinesische Drohnen im eigenen Luftraum abzuschießen, nachdem chinesische Kampfflugzeuge Kurs auf das den Inseln naheliegende Okinawa genommen, aber nicht den japanischen Luftraum verletzt hatten.⁹⁶³ Der US-amerikanische Kongress fügte im November 2012 eine Resolution in den *National Defence Authorisation Act* ein, in der die USA zur Frage der Souveränität über die Inseln zwar keine endgültige Stellung nahmen, aber deren japanische Verwaltung anerkannten. Einseitige Akte dritter Parteien, so die Gesetzesergänzung, änderten

⁹⁵⁷ *Manjiao*, *Pennsylvania East Asia Law Review* 6 (2011), S. 163 (166).

⁹⁵⁸ <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-11341139>, Artikel vom 29.04.2013, abgerufen am 01.09.2014. Zur früheren Diskussion: *Cheng*, *VJIL* 14 (1973-74), S. 248; *Okuhara*, *Japanese Annual of International Law* 15 (1971), S. 97; *Lee*, *Ocean Development and International Law* 18 (1987), S. 585; *Nieh*, *Der Streit um die Klippeninsel Tiaoyütai und das Problem des Festlandssockels im Ostchinesischen Meer*, *Verfassung und Recht in Übersee* 4 (1971), S. 443.

⁹⁵⁹ *Swaine*, *Chinese Views Regarding the Senkaku/Diaoyu Islands Dispute*, *China Leadership Monitor* 41 (2013), S. 5.

⁹⁶⁰ <http://www.handelsblatt.com/politik/international/inselstreit-tokio-bestellt-chinesischen-botschafter-ein/8610706.html>, Artikel vom 08.08.2013, abgerufen am 01.09.2014.

⁹⁶¹ *Manyin*, *Senkaku (Diaoyu/Diaoyutai) Islands Dispute: U.S. Treaty Obligations*, *Congressional Research Service*, 22.1.2013, 7-5700, R42761, <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R42761.pdf>, abgerufen am 01.09.2014, S. 1.

⁹⁶² *Lill*, *Der Tagesspiegel* online, <http://www.tagesspiegel.de/politik/china-und-japan-im-streit-provokation-fischfang/8660988.html>, Artikel vom 20.08.2013, abgerufen am 01.09.2014.

⁹⁶³ *Germis*, *FAZ* online, <http://www.faz.net/aktuell/politik/streit-um-senkaku-inseln-japan-droht-mit-abschuss-chinesischer-drohnen-12637810.html>, Artikel vom 28.10.2013, abgerufen am 01.09.2014.

daran nichts.⁹⁶⁴ Dies liest sich als Signal an China, dass dessen aktuelle Aktivitäten nicht von den USA anerkannt werden. Die Inseln fallen in den Geltungsbereich des Vertrags über gegenseitige Verteidigung und Sicherheit⁹⁶⁵, sodass im Falle eines Angriffs auf die Inseln die USA Japan verteidigen würden.⁹⁶⁶

Im November 2013 spitzte sich der Konflikt dadurch weiter zu, dass China im ostchinesischen Meer eine Flugüberwachungszone einrichtete, die die *Senkaku/Diaoyu*-Inseln einschloss. Alle Flugzeuge, die diese Zone passieren wollten, waren dadurch aus Chinas Sicht verpflichtet, sich bei den chinesischen Behörden zu melden. Auf die Proteste Japans und der USA hin forderte die chinesische Regierung Japan auf, die Territorialansprüche Chinas anzuerkennen und die USA, sich aus dem Streit herauszuhalten. Die USA demonstrierten kurz darauf ihre Allianz mit Japan, indem sie ohne Voranmeldung zwei Kampfflugzeuge durch die Zone fliegen ließen; nach offiziellen Angaben war dies ein bereits zuvor geplantes Routinemanöver. China seinerseits führte wenig später eine Übungsfahrt eines Flugzeugträgers an Taiwan vorbei in Richtung des südchinesischen Meers durch.⁹⁶⁷ Seither demonstrieren beide Seiten ihre Macht vor allem dadurch, dass sie Kampfflugzeuge im Luftraum über dem ostchinesischen Meer fliegen lassen.⁹⁶⁸

Weder Japan noch China nennen ausdrücklich Gebietserwerbstitel in der jeweiligen Begründung ihres Gebietsanspruchs. Jedoch treten

⁹⁶⁴ National Defence Authorisation Act for Fiscal Year 2013, H.R. 4310-15, Section 1286. Abrufbar unter <http://www.gpo.gov/fdsys/>.

⁹⁶⁵ Vgl. Art. 2 des Agreement between Japan and the United States of America Concerning the Ryukyu Islands and the Daito Islands vom 17.06.1971, 23 U.S.T. 446. Die Ryukyu-Inseln sind das heutige japanische Okinawa; Art. 5 Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America vom 19.01.1960, http://afe.easia.columbia.edu/ps/japan/mutual_cooperation_treaty.pdf, abgerufen am 01.09.2014.

⁹⁶⁶ Im Ergebnis ebenso *Nerlich*, <http://www.worldreview.info/de/content/japan-und-china-ruecken-wegen-senkaku-streit-einen-schritt-naeher-einen-krieg>, Artikel vom 5.2.13, abgerufen am 01.09.2014. Näheres bei *Manyin*, *Senkaku (Diaoyu/Diaoyutai) Islands Dispute: U.S. Treaty Obligations*, Congressional Research Service, 22.1.2013, 7-5700, R42761, <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R42761.pdf>, abgerufen am 01.09.2014, S. 4-6.

⁹⁶⁷ Artikel vom 23.11.2013, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/senkaku-inseln-pekings-errichtet-flugueberwachungszone-a-935235.html>; Artikel vom 25.11.2013, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/inselstreit-im-ostchinesischen-meer-china-wirft-usa-einmischung-vor-a-935412.html>; Artikel vom 26.11.2013, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/us-bomber-fliegen-in-chinesische-luftverteidigungszone-a-935828.html>; Artikel vom 27.11.2013, <http://www.spiegel.de/ausland/china-provoziert-mit-flugzeugtraegerfahrt-vor-taiwan-a-936062.html>; alle abgerufen am 01.09.2014. Artikel vom 26.11.2013, <http://www.theguardian.com/world/2013/nov/26/us-warplanes-defy-china-b-52-flyover>, abgerufen am 28.10.2014.

⁹⁶⁸ FAZ v. 13.06.2014, Zwischenfall im Inselstreit, Politik, S. 2; *Germis*, Sicherheitslage „zunehmend rauher“, in: FAZ v. 06.08.2014, S. 5.

Argumentationsmuster zutage, die an die Rechtsprechung des IGH und die Literatur zum Thema Gebietserwerb auf der Basis ausgeübter Hoheitsgewalt anknüpfen. Damit befindet sich der aktuelle Konflikt im „Einzugsbereich“ einer völkerrechtlichen Ersitzung. Ziel der Darstellung ist nicht, bezüglich der Frage nach der territorialen Souveränität über die *Senkaku/Diaoyu*-Inseln abschließend Stellung zu beziehen. Vielmehr sollen die Vorträge der Parteien rechtlich bewertet werden, indem die jeweils vorgetragenen Tatsachen als wahr unterstellt und das in dieser Arbeit erschlossene Verständnis der Gebietserwerbstitel zugrunde gelegt werden. Daran soll aufgezeigt werden, welchen Nutzen ein klar gefügtes Konzept von Ersitzung für diese und ähnliche Streitigkeiten haben könnte.

II. Position Japans

1. Japans Darstellung

Japan ist der Ansicht, Gebietsinhaber der Inseln zu sein. Es habe 10 Jahre lang, beginnend von 1885, erforscht, ob die acht Inseln unbewohnt sind, und sie dann als *terra nullius* am 14.01.1895 durch Errichtung einer territorialen Markierung formal in Besitz genommen, sowie anschließend effektiv verwaltet (Beispiele: Verpachtung an privaten Besitzer im Jahre 1896, Feldstudien der japanischen Zentralregierung und der Regierung der Präfektur Okinawa, während der Zeit der Treuhandschaft Ausübung der Kontrolle durch die USA, im Anschluss daran Rechtsdurchsetzung hinsichtlich illegaler Fischerei, Steuererhebung, Verwaltung als Staatseigentum, Forschungsprojekte bzgl. Fischerei, Tierwelt etc. der japanischen Zentralregierung und der Präfektur Okinawa). Seit der Inbesitznahme seien die Inseln als Teil der Nansei Shoto-Inseln betrachtet worden, die Japan gehören. Sie seien weder zu Taiwan (damals Formosa) noch zu den Pescadores-Inseln gehörig gewesen, die Japan durch Abtretung im Jahre 1895 von China im *Shimonoseki-Vertrag*⁹⁶⁹ (Artikel 2) erhalten habe. Japan gesteht aber selbst zu, dass die geografische Bezeichnung der abzutretenden Gebiete vage gewesen sei; jedoch habe es keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Senkaku-Inseln zu Taiwan gehörten. Im *San Francisco Peace Treaty*⁹⁷⁰ von 1951, demselben Vertrag, in dem es seine Ansprüche auf Taiwan und die Pescadores-Inseln zurückgenommen habe (Artikel 2), habe Japan die Nansei Shoto-Inseln

⁹⁶⁹ Treaties, conventions, etc., between China and Foreign States, 2. Aufl. 1973, Vol. 2, S. 590-596.

⁹⁷⁰ UNTS Vol. 136, S. 45; Vol. 163, S. 385; Vol. 184, S. 358; Vol. 199, S. 344, und Vol. 243.

einschließlich der Senkaku-Inseln in die Treuhandschaft der USA übergeben (Artikel 3).⁹⁷¹ Diese wurde im *Agreement between Japan and the United States of America Concerning the Ruyukyu Islands and Daito Islands vom 17.06.1971*⁹⁷² beendet und die Gebietshoheit an Japan rückübertragen.⁹⁷³

China habe nicht gegen die Übernahme der US-amerikanischen Gebietshoheit über die Inseln protestiert, sondern sogar selbst positive Handlungen vorgenommen, die die japanische territoriale Souveränität bestätigen (Dankesbrief des Konsuls der Republik Chinas in Nagasaki wegen Rettung Schiffbrüchiger auf einer Senkaku-Insel, die er als Teil des japanischen Reiches bezeichnete; Veröffentlichung von offiziellen Karten, die die Inseln Japan zuordneten, Artikel in einer Zeitung, die die Senkaku-Inseln als Teil der Ruyuku-Inselgruppe beschrieben). Erst 1970 habe China damit begonnen, die territoriale Souveränität für sich zu beanspruchen, nachdem eine Kommission der Vereinten Nationen nach einer Untersuchung im Jahre 1968 die Wahrscheinlichkeit von Rohstoffvorkommen (Petroleum) im Gebiet bestätigt habe. Im Friedensvertrag mit China von 1978⁹⁷⁴ sei ein Ausklammern des Disputs über die Inseln, wie China behauptet, nicht vereinbart worden, da die territoriale Zugehörigkeit der Inseln zu Japan nicht in Zweifel stand.⁹⁷⁵

2. Rechtliche Bewertung

Japan trägt vorrangig die Erfüllung derjenigen Voraussetzungen vor, die für eine Okkupation erforderlich sind. Die Inseln seien vor der Inbesitznahme durch Japan keinem anderen Staat zugeordnet gewesen, d. h. *terra nullius*. Hinzu kommt die Ausübung von Hoheitsakten im Bewusstsein und Willen der Gebietsinhaberschaft (*Eastern Greenland*). Gewissermaßen hilfsweise trägt Japan vor, dass selbst wenn

⁹⁷¹ Economist, Ausg. vom 25.08.2012, S. 9 f., 42, 45. Tatsächlich werden die Senkaku-Inseln in Art. 3 des Friedensvertrags nicht ausdrücklich genannt, sondern nur das Gebiet „Nansei-Shoto south of 29° north latitude (including the Ruyukyu Islands and the Daito Islands), [...]“; d. h. die Unterstellung der Inseln unter die US-amerikanische Treuhandschaft hängt davon ab, ob die Inseln, wie Japan behauptet, zu Nansei Shoto gehörten. Zu den politischen Hintergründen auch Economist, Ausg. vom 22.09.2012, S. 11 f.

⁹⁷² 23 U.S.T. 446.

⁹⁷³ Sowohl im Friedensvertrag von San Francisco als auch in der Vereinbarung über die Rückgabe der Gebietshoheit sei die Frage der territorialen Souveränität der Senkaku-Inseln nicht eindeutig behandelt worden, Economist, 31. Ausg. v. 25.08.2012, S. 9 f.

⁹⁷⁴ Abgedruckt in: Lee, Pacific Affairs 52 (1979), S. 420 (443-445).

⁹⁷⁵ Japanische Regierungsseite: <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/senkaku.html> und links auf dieser Seite (Q&A on the Senkaku Islands, The Basic View on the Sovereignty over the Senkaku Islands), abgerufen am 28.10.2014.

die Inseln ursprünglich China gehört hätten, wegen der langen Zeit (seit 1895 bis 1970) der japanischen Verwaltung, fehlenden Protests gegen offenkundige japanische Ansprüche und eigenen positiven Handelns China die territoriale Souveränität nicht mehr inne hätte. Das Verhalten Japans kann in Verbindung mit der Kenntnis und dem Verhalten Chinas über eine lange Zeitdauer hinweg als *passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the parties* (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*) gewertet werden. Entweder reichen die von Japan vorgetragene positiven konkludenten Handlungen Chinas aus, um ein *tacit agreement* beider Staaten zu rechtfertigen, wobei darauf abzustellen ist, ob die Intentionen der Parteien klar zum Ausdruck kamen (*Temple of Preah Vihear*). Jedenfalls kann der fehlende Protest Chinas angesichts einer lang andauernden, offenen, friedlichen Hoheitsausübung Japans als einseitige Anerkennung der von Japan geschaffenen Situation gewertet werden (*acquiescence*). Letzteres entspricht dem in dieser Arbeit vertretenen Konzept der völkerrechtlichen Ersitzung.

III. Position Chinas

1. Chinas Darstellung

China bringt im Wesentlichen vor, es habe bereits im 14. oder 15. Jahrhundert die Inseln entdeckt und benannt. Aus historischen Dokumenten des Ryukyu-Königreichs sowie der Ming-Dynastie gehe hervor, dass die Diaoyu-Inseln nicht zur Ryukyu gehörten. Die Inseln seien im 16. Jahrhundert von der Ming-Dynastie unter die chinesische Jurisdiktion hinsichtlich der Küstenabwehr unterstellt worden. Die Qing-Dynastie habe sie im 19. Jahrhundert der lokalen Verwaltung Taiwans zugeordnet. Weiter seien auf chinesischen sowie japanischen, französischen und britischen Landkarten, die zwischen dem 16. und dem 19. Jahrhundert herausgegeben worden seien, die Inseln in derselben Farbe wie das chinesische Festland dargestellt worden. Sie seien von alters her von chinesischen Fischern als Fischgründe genutzt worden. Historisch, geografisch und geologisch seien die Inseln China zuzuordnen. Japan habe die chinesische Souveränität bis zum späten 19. Jahrhundert anerkannt und erst ab 1884 begonnen, die Inseln heimlich in Besitz zu nehmen. Sie seien aber keineswegs, wie Japan auch bekannt

gewesen sei, *terra nullius*, sondern eindeutig unter chinesischer Souveränität gewesen.⁹⁷⁶

Nach dem japanisch-chinesischen Krieg habe Japan China gezwungen, Taiwan 1895 in dem ungleichen *Shimonoseki*-Vertrag mitsamt den zugehörigen Inseln (zu denen auch die *Diaoyu*-Inseln zählen) an Japan abzutreten. Nach dem 2. Weltkrieg habe China aber die betreffenden Gebiete im Einklang mit der Kairo- und der Potsdam-Erklärung wiedererlangt. 1945 habe Japan Art. 8 der Potsdam-Erklärung akzeptiert, wonach seine Souveränität sich auf gewisse Inseln, nicht aber auf Taiwan erstreckte. Hinzu komme, dass Japan im *San Francisco Peace Treaty* sämtliche Ansprüche auf Taiwan zurückgenommen habe. Die Vereinbarung zwischen Japan und den USA über die Mandatschaft auch über die *Diaoyu*-Inseln sei rechtswidrig („illegal backroom deals“) gewesen und China habe sich dem Gesetz der USA von 1953, wodurch sie ihre Jurisdiktion auf die Inseln ausdehnte, fest widersetzt. 1971 habe der chinesische Außenminister in einer feierlichen Erklärung verkündet, die Vereinbarung zwischen den USA und Japan, wonach die Gebietshoheit über die *Diaoyu*-Inseln an Japan zurückgegeben werde, sei rechtswidrig und ändere nichts an Chinas territorialer Souveränität. Verhandlungen 1972 mit Japan hätten zur Unterzeichnung des chinesisch-japanischen Friedensvertrags von 1978 geführt, in dem vereinbart worden sei, den Konflikt um die Inseln auszuklammern, um ihn einer späteren Lösung zuzuführen.

Seit 1970 habe China angesichts der wiederholten Verletzungen seiner territorialen Souveränität durch Japan nationale Gesetze erlassen, denen zufolge die *Diaoyu*-Inseln zu China gehören, entsprechende Meereskarten zum Küstengewässer der Inseln herausgegeben und diese bei den Vereinten Nationen hinterlegt. China habe Routinehoheitsakte im Gewässer der Inseln ausgeübt; Boote der Küstenwache und Boote der Fischereiverwaltung zur Einhaltung der Fischereivorschriften hätten patrouilliert; weitere Hoheitsakte hätten in der ozeanographischen Wetterbeobachtung und –Vorhersagen bestanden. Der Kauf

⁹⁷⁶ Cheng stellt weitere Argumente vor, die chinesische Rechtswissenschaftler zur Unterstützung des ursprünglichen chinesischen Anspruchs auf die Inseln vorbrachten: Chinesische Mediziner hätten dort eine seltene Heilpflanze geerntet. Die Kaiserwitwe *Tsu Hsi* habe als Dank dafür einem Arzt drei der Inseln übertragen, was die chinesische Souveränität belege. Chinesische Segler hätten die Inseln als Navigationshilfe sowie als Notunterkunft verwendet, Cheng, VJIL 14 (1974), S. 221 (254-258). Abgesehen davon, dass diese Akte nicht unzweifelhaft hoheitlich waren, ist der Verfasserin nicht bekannt, dass China selbst diese Argumente herangezogen hat.

dreier der Inseln durch die japanische Regierung im September 2012 verletze die territoriale Integrität Chinas.⁹⁷⁷

2. Rechtliche Bewertung

China macht einen Gebietstitel aufgrund von Entdeckung und anschließender Ausübung von Hoheitsrechten geltend, die in der Unterstellung der Inseln unter die Küstenabwehr sowie die Lokalverwaltung Taiwans liegen. Allenfalls ergänzend kann die althergebrachte Nutzung als Fischgründe zum Tragen kommen. (siehe *Grisbadarna, Fisheries*, dagegen *Kaskili/Sedudu*) Als Indizien der Exklusivität und Unbestrittenheit der Hoheitsausübung dienen die Darstellungen auf den Landkarten, wonach die Inseln zu China gehören. Zur Bedeutung von Landkarten sei auf den Schiedsspruch *Eritrea and Ethiopia* hingewiesen:

„In these instances it is not the maps „in themselves alone” (to use the language of the Chamber of the International Court of Justice in the Frontier Dispute case [Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), ICJ Reports 1986, at p. 583, para. 56]) which produce legally significant effects, but rather the maps in association with other circumstances. A map per se may have little legal weight: but if the map is cartographically satisfactory in relevant respects, it may, as the material basis for, e.g., acquiescent behaviour, be of great legal significance.“⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ Informationsbüro des Staatsrates, Weißbuch zur Position Chinas vom 26.09.2012, „Diaoyu Dao, an inherent territory of China“, abrufbar unter http://web.mit.edu/cis/pdf/White_Paper_China.pdf. Auf http://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/67/CN_en.pdf ist die Stellungnahme des chinesischen Außenministers Yang Jiechi während der 67. Sitzung der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 27.09.2012 zu lesen: „Diaoyu Dao and its affiliated islands have been an integral part of China's territory since ancient times,” he said. „China has indisputable historical and legal evidence in this regard.” According to him, Japan seized these islands in 1895 at the end of the Sino-Japanese War and forced the then Chinese government to sign an unequal treaty to cede these islands and other Chinese territories. After the Second World War, the Diaoyu Islands and other Chinese territories occupied by Japan were returned to China in accordance with the Cairo Declaration, the Potsdam Proclamation and other international documents, he said. The Chinese foreign minister noted that, by taking such unilateral actions as the so-called ‘island purchase’, the Japanese government has grossly violated China's sovereignty. ‘This is an outright denial of the outcomes of the victory of the world anti-fascist war and poses a grave challenge to the post-war international order and the purposes and principles of the Charter of the United Nations,’ he said. Yang emphasized that the moves taken by Japan are totally illegal and invalid, which can in no way change the historical fact that Japan „stole“ the Diaoyu Islands from China and the fact that China has territorial sovereignty over them. ‘The Chinese government is firm in upholding China's territorial sovereignty,’ he added. ‘China strongly urges Japan to immediately stop all activities that violate China's territorial sovereignty, take concrete actions to correct its mistakes, and return to the track of resolving the dispute through negotiation.’“

⁹⁷⁸ *Eritrea and Ethiopia*, RIAA XXV, S. 83 (114, 115).

Die Entdeckung allein kann wegen des seit Ende des 19. Jahrhundert geforderten Effektivitätskriteriums für den Gebietserwerb keinen Titel für China vermitteln (*Island of Palmas*, intertemporale Grundsätze *Hubers*). Die anschließende Verwaltung des Gebiets, die angesichts der Unbesiedeltheit, der abgeschiedenen Lage und der geringen Fläche nur gering ausfallen musste (*Island of Palmas*; *Eastern Greenland*), könnte als ausreichend effektive Nutzung angesehen werden, um einen Titel durch Okkupation zu begründen.

Diese effektive Nutzung muss sich grundsätzlich bis zum Kristallisieren der Streitigkeit (*critical date*) fortsetzen, sofern ein anderer Staat einen eigenen Anspruch auf das Gebiet geltend macht (*Island of Palmas*; *Minquiers/Ecrehos*: „What is of decisive importance...is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but evidence which relates directly to the possession of the Minquiers and Ecrehos groups“⁹⁷⁹). Im Zeitraum von 1884 bis 1895 nahm Japan die Inseln dadurch in Besitz, dass es Erkundungen durchführte und eine territoriale Markierung errichtete. China hat dagegen nicht vorgetragen, selbst in dieser Zeit Verwaltungshandlungen vorgenommen zu haben. Jedoch steht dem Titelerwerb Japans durch effektive Beherrschung entgegen, dass dessen Handlungen heimlich, d. h. nicht „open and public“ geschahen.

Von 1895 bis nach dem zweiten Weltkrieg war das Gebiet, wie China konzidiert, zwangsweise an Japan abgetreten. Der Vertrag von Shimonoseki war ein sogenannter „ungleicher“ Vertrag, da er auf der Unterlegenheit Chinas im ersten chinesisch-japanischen Krieg basierte. Das 1895 geltende und für die Beurteilung der Wirksamkeit des Vertragsschlusses relevante Völkerrecht (intertemporaler Grundsatz *Hubers*, *tempus regit actum*) knüpfte an einen auf Unterlegenheit einer Kriegspartei beruhenden Vertragsschluss nicht die Folge der Nichtigkeit des Vertrags.⁹⁸⁰ Japan nahm nach Ende des zweiten Weltkriegs seine Ansprüche auf Taiwan und die dazugehörigen Inseln zurück, sodass der Ausgangszustand von 1895 wieder eintrat – d. h. die chinesische territoriale Souveränität. Anschließend übergab Japan rechtswidrig die Inseln in US-amerikanische Mandatschaft und Verwaltung, wogegen China protestierte.

⁹⁷⁹ ICJ Reports 1953, S. 47 (57).

⁹⁸⁰ *Bluntschli*, *Modernes Völkerrecht der civilisirten Staaten*, 1868, S. 233: „Es wird angenommen, die Willensfreiheit des States sei nicht aufgehoben, wenn gleich der Stat in seiner Noth und Schwäche genöthigt ist, den Vertrag einzugehen, wie ihn ein übermächtiger anderer Stat ihm vorschreibt.“; *Phillimore*, *Commentaries upon International Law*, Vol. 2, 3. Aufl. 1882, S. 75; auch noch *Oppenheim*, *International Law: A Treatise*, Bd. 1, 1912, S. 547, 548.

Voraussetzung der Aufrechterhaltung des eigenen Titels ist die Durchführung von Verwaltungsakten, die der Art des fraglichen Gebiets angemessen sind und die sich auf das Gebiet beziehen oder dort wirken (*Eastern Greenland; Temple of Preah Vihear; Sovereignty over Certain Frontier Land; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*). Für die Zeit der Mandatschaft (ab 1951) bis zu den 1970er Jahren trägt China nicht vor, hoheitlich tätig geworden zu sein.⁹⁸¹ Nach eigenem Vortrag Chinas übt Japan seit 1951, bzw. die USA stellvertretend für Japan, bis heute Hoheitsgewalt über die Inseln aus.

Grundsätzlich sind nur diejenigen Hoheitsakte beider Parteien relevant, die vor dem Kristallisieren der Streitigkeit vorgenommen wurden (*Minquiers/Ecrehos*), d. h. bevor klar war, dass die Parteien konkurrierende Ansprüche auf die territoriale Souveränität erheben.⁹⁸² Allerdings können anschließende Hoheitsakte insofern herangezogen werden, als sie sich als Fortsetzung der bereits zuvor getätigten Handlungen darstellen und nicht nur zur Verbesserung der Prozessstellung vorgenommen wurden (siehe dazu *Nicaragua/Colombia*⁹⁸³, *Minquiers/Ecrehos*⁹⁸⁴). Aus dem Vortrag Chinas wird nicht klar, ab wann sich die Streitigkeit als solche um die territoriale Souveränität auszeichnete; als frühester Zeitpunkt erscheint die Ablehnung des US-Gesetzes 1953 (wobei China nicht vorträgt, wie und warum es sich widersetzt habe), als spätestes 1971, als der chinesische Außenminister verkündete, die Rückgabe an Japan ändere nichts an der territorialen Souveränität Chinas. Jedenfalls stellt sich das Verhalten Japans als Fortsetzung der bereits 1895 übernommenen und zeitweise an die USA delegierten Verwaltung der Inseln dar, während Chinas Handlungen nicht an eine frühere Situation anknüpfen. Das Patrouillieren der Boote der Küstenwache und der Fischereiüberwachung setzt keine vor mehr als hundert Jahren ausgeübten und

⁹⁸¹ Siehe auch *Ramos-Mrosovsky*, UPJIL 29 (2008), S. 903 (929): „the fact remains that from the end of the Sino-Japanese War to 1931, when Japan again invaded China, and from 1945 to 1971, a combined period of some 62 years, there is no record of any Chinese government advancing the slightest claim to the islands.“. *Hungdah*, An Analysis of the Sino-Japanese Dispute over the T'iyayutai Islets (Senkaku Gunto), Occasional Papers/Reprint Series in Contemporary Asian Studies 150 (1999), zufolge nutzten chinesische Fischer in der Zeit der US-amerikanischen Verwaltung die Inseln als Basis ihrer Tätigkeiten, S. 20. Eine sei sogar als Basis antikommunistischer Guerillakrieger verwendet worden, S. 19. Ersteres qualifiziert nicht als hoheitliche Tätigkeit, letzteres stellte keine hoheitliche Tätigkeit in der Absicht dar, die Inseln effektiv zu beherrschen, sondern bezog sich auf den an anderem Ort stattfindenden Bürgerkrieg.

⁹⁸² *Minquiers/Ecrehos*, ICJ Reports 1953, S. 47 (59).

⁹⁸³ *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports 2012, S. 624 (652, Rz. 67, 68).

⁹⁸⁴ *Minquiers/Ecrehos*, ICJ Reports 1953, S. 47 (59).

nicht näher spezifizierten Hoheitsakte Chinas fort, sondern stellt einen Neubeginn seiner Hoheitsausübung dar.

China schließt einen Souveränitätsübergang an Japan aufgrund dessen Hoheitsausübung aus, da China gegen die Verletzung territorialer Integrität protestiert habe bzw. den Protest nur aufgrund einer Vereinbarung mit Japan, die Lösung des territorialen Konfliktes auf einen späteren Zeitraum zu verschieben, eingestellt habe. Damit wendet sich China gegen einen Titelerwerb Japans aufgrund konkludenten Handelns bzw. gegen eine Ersitzung. Der behauptete Protest gegen Japan und die USA kann allein jedoch nicht verhindern, dass der Titel wegen der effektiven Verwaltung an Japan überging.

Ob der Zeitraum von ca. 20 Jahren ausreicht, um den Übergang des Titels an Japan zu begründen, ist fraglich. In *Cameroon v. Nigeria* hielt der IGH einen vergleichbaren Zeitraum für zu kurz, um einen „historischen“ Titel zu rechtfertigen, hielt es aber für möglich, dass der Titel auf Basis von „acquiescence“ überging. Zu fragen ist also, ob China den Rechtsschein gesetzt hat, der einseitigen Handlung Japans zuzustimmen. Die Untätigkeit erweckte den Anschein, China wolle den im 19. Jahrhundert zuletzt aktiv wahrgenommenen Titel nicht mit neuem Leben füllen und die Verantwortung als Souverän nicht übernehmen. Die behaupteten Proteste ändern daran nichts, da sie in der Gesamtschau mit dem übrigen Verhalten effektiv sein müssen – sofern der Protest erst erfolgt, nachdem der fremde Staat während einer längeren Zeit als Einziger Hoheitsakte ausgeübt hat, bringen die Proteste nicht überzeugend zum Ausdruck, dass sie vom eigentlichen Inhaber der territorialen Souveränität vorgetragen werden.

Möglicherweise könnte China zu seinen Gunsten geltend machen, dass es während des Zeitraums durch Bürgerkrieg und innere Unruhen daran gehindert war, Hoheitsakte und Protest durchzuführen. Ein Anhaltspunkt zur Beurteilung ergibt sich aus dem Völkervertragsrecht: Die Unmöglichkeit ist in der Wiener Vertragsrechtskonvention als Grund anerkannt, sich von einer vertraglichen Verpflichtung zu befreien (Art. 61 WVK). Die Unmöglichkeit wird allerdings objektiv dadurch definiert, dass ein Objekt untergegangen ist, das zur Vertragsdurchführung unentbehrlich ist. Subjektives Unvermögen eines Staates ist

dagegen nicht als Befreiungsgrund genannt.⁹⁸⁵ Diese Risikoverteilung schirmt den Gläubiger gewissermaßen von der „inneren Sphäre“ des Schuldners im Interesse der Rechtssicherheit und des Grundsatzes *pacta sunt servanda* ab.⁹⁸⁶ Eine sonstige Entschuldigung aus Gründen besonderer Härte ist im Völkerrecht nicht anerkannt.⁹⁸⁷

Diese Erwägungen lassen sich auf das Gebietsvölkerrecht übertragen: Sowohl das Interesse der Rechtsgemeinschaft als auch der Staatsbürger sind schützenswert, sodass innere Unruhen einen Staat nicht von dem allen Staaten auferlegten Gebot, sich um ihr Territorium angemessen zu kümmern (d. h. eine gewisse Ordnung aufrechtzuerhalten, durch die eigene und fremde Staatsangehörige geschützt werden; *Island of Palmas*), entbinden können. Der durch die Untätigkeit erzeugte Rechtsschein wird aus einer objektivierten Empfängersicht nicht durch die Kenntnis von den Unruhen vermindert. Insofern, als es sich bei dem Erfordernis der effektiven Beherrschung um eine Obliegenheit (d. h. eine Anforderung, deren Nichterfüllung ausschließlich zulasten desjenigen geht, an den sie gestellt wird⁹⁸⁸) handelt, kann die subjektive Unmöglichkeit ohnehin niemand anderem schaden als dem unvermögenden Staat selbst.

Das Völkerrecht stellt hinsichtlich der Erforderlichkeit des Protestes zwar auf die Öffentlichkeit der fremden rechtswidrigen Hoheitsakte und damit indirekt auf die zumindest mögliche Kenntnis des beeinträchtigten Staates ab. Dies ist aber die Folge davon, dass im Völkerrecht zwar aus dem Handeln oder Unterlassen des Staates Rückschlüsse auf seinen Willen gezogen werden können, dies sich aber logisch verbietet, sofern der Staat nichts von dem Ereignis weiß, das sein Wollen (und damit sein Handeln) beeinflussen könnte. Weitere subjektive Voraussetzungen des beeinträchtigten Staates sind nicht anerkannt. In der internationalen Rechtsprechung ist bislang auch nicht erkennbar, dass eine

⁹⁸⁵ Das Unvermögen einer einzigen statt aller Parteien wird dennoch als „subjective impossibility“ bezeichnet. Hinsichtlich dieser bewirkt nur die absolute Unmöglichkeit eine Befreiung, nicht aber die relative Unmöglichkeit. Die relative Unmöglichkeit besteht darin, dass die Erfüllung des Vertrags „excessively burdensome“ werde, etwa wegen einer Naturkatastrophe; siehe *Giegerich*, Article 61, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2012, S. 1057, 1058. Zum Ausschluss der Unmöglichkeit wegen schwerwiegender finanzieller Schwierigkeiten *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, S. 7 (63, Rz. 102).

⁹⁸⁶ Siehe *Giegerich*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2012, Article 61, S. 1059.

⁹⁸⁷ *Ramos-Mrosovsky*, UPJIL 29 (2008), S. 903 (916), „Nor does customary international law appear to have recognized hardship as an excuse for a country's failure to protest a rival's invasion of its sovereign rights“.

⁹⁸⁸ *Schulze*, *Die Naturalobligation*, 2008, S. 345, 346. Siehe Kapitel F.

entsprechende subjektive Ausnahme von der Pflicht zur Reaktion angenommen wird.⁹⁸⁹

Im Ergebnis ist Chinas eigener Vortrag unschlüssig, um einen Anspruch auf die Inseln zu begründen.

IV. Ergebnis

Die Untersuchung zeigt, dass sich mithilfe einer klaren Konzeption des außervertraglichen Völkerrechts Gebietskonflikte wie derjenige zwischen China und Japan – jedenfalls rechtlich – lösen lassen. Eine vorhersehbare rechtliche Bewertung des eigenen Handelns mag die Parteien im besten Fall dazu veranlassen, ihre politischen Strategien entsprechend am Völkerrecht auszurichten. Damit würde Rechtssicherheit geschaffen, die der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft zugute käme. Momentan ist es den Staaten noch möglich, sich die Unbestimmtheit der Anforderungen für einen außervertraglichen Gebietserwerb zunutze zu machen und Gebiete als eigene zu beanspruchen, ohne dass dies spontan widerlegt oder als völkerrechtswidrig geächtet wird.⁹⁹⁰

Zu bedenken ist dennoch, dass die Befriedungswirkung des Völkerrechts, auch wenn es eindeutig zugunsten einer Partei spricht, Grenzen hat. Gerade im Fall des Konflikts zwischen China und Japan wird die „technische“ Lösung des Rechts den Gesamtkomplex der Probleme nicht ohne weiteres beheben. Auch wenn Japan die besseren rechtlichen Argumente haben sollte, geschah der Gebietserwerb doch im Zusammenhang mit der japanischen Überlegenheit nach dem chinesisch-japanischen Krieg, der chinesischen inneren Krise in den 1940er und 1950er Jahren und dem Abbruch diplomatischer Beziehungen zwischen

⁹⁸⁹ Heflin, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 18 (2000), S. 1 (19, 21); m. N. zu *Clipperton Island*.

⁹⁹⁰ Die Vagheit des Rechts des Gebietserwerbs beklagt aus diesem Grund auch Ramos-Mrosovsky, *UPJIL* 29 (2008), S. 903 (906, 907). Japan und China seien wegen der Unvorhersehbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht daran interessiert, den IGH anzurufen: „the vagueness of the international customary law of territorial acquisition encourages both sides to ground their claims in colorable legal arguments. Customary international law's ability to be all things to all parties betrays its dubious worth. All lawsuits involve a degree of uncertainty, but international sovereignty claims are especially chancy. Even if a court or arbitral panel chose to consider itself bound by decisions in past cases, there are simply too few cases and too many uncertain variables for the result of any adjudication of sovereignty over the Senkakus to be reliably predicted.“ (S. 937). Hinzu komme, dass die Anforderung, Souveränität auszuüben, um *acquiescence* zu vermeiden, in einem Klima nationalistischer Begehren dazu beitrage, einen Konflikt anzuheizen, anstatt ihn beizulegen. Das UNCLOS fördere zudem wegen der Anknüpfung der Zonen exklusiver Rechte an die territoriale Souveränität über eigentlich unbedeutende Inseln das Konfliktpotential. Die Völkerrechtsregeln vermischten die Regelung der Nutzung unterseeischer Rohstoffvorkommen mit dem emotional besetzten Thema der territorialen Souveränität und stellten weder einen Anreiz, noch eine Möglichkeit zur Lösung des Konflikts zur Verfügung.

China und Japan bis 1972.⁹⁹¹ Daher wird China einen eventuellen Schiedsspruch, der diese Vergangenheit mangels rechtlicher Relevanz außer Acht lässt, wohl nicht akzeptieren.

⁹⁹¹ Zum Hintergrund *Ramos-Mrosovsky*, UPJIL 29 (2008), S. 903 (930).

I. Fazit zur Ersitzung als Völkerrechtskonzept

Wie diese Arbeit gezeigt hat, zählt die Ersitzung zu den außervertraglichen Mechanismen im Völkerrecht, die einen Gebietstitel zugunsten eines Staates schaffen. Noch heute können Situationen entstehen, in denen die Frage der territorialen Souveränität über meist kleine Inselgebiete in einem allgemein angespannten Rivalitätsklima zwischen zwei Staaten zum Stein des Anstoßes wird, was durch das Beispiel der Senkaku/Diaoyu-Inseln illustriert wird:

„China is re-emerging after what it sees as 150 years of humiliation, surrounded by anxious neighbours, many of them allied to America. In that context, disputes about clumps of rock could become as significant as the assassination of an archduke. [...] The islands matter, therefore, less because of fishing, oil or gas than as counters in the high-stakes-game for Asia's future.“⁹⁹².

In diesen Situationen werden Fragen nach dem gültigen Gebietstitel relevant, wobei häufig Okkupation und Ersitzung eine tragende Rolle spielen. Das außervertragliche Völkerrecht des Gebietserwerbs ist jedoch momentan noch nicht ausreichend geklärt, um den Parteien eine sichere Richtschnur für ihr Handeln geben zu können:

„Governments see the general unpredictability and realise that their actions cannot be guided by a forecast of what non-treaty international law would dictate. And when disputes arise between states non-treaty international law will not provide unambiguous answers allowing conflicts to be avoided or settled at an early stage.“⁹⁹³.

⁹⁹² Economist, Ausgabe vom 22.-28.9.2012, S. 11. Dem entspricht auch die Erklärung des chinesischen Außenministeriums: „Long gone are the days when the Chinese nation was subject to bullying and humiliation from others. The Chinese government will not sit idly by watching its territorial sovereignty being infringed upon“, Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the Peoples' Republic of China, 10.09.2012, abrufbar unter <http://english.cntv.cn/20120911/100721.shtml>, abgerufen am 28.10.2014.

⁹⁹³ *Hulsroj*, Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 219 (227).

So ist für das Beispiel der *Senkaku/Diaoyu*-Inseln zu lesen, man solle lieber eine neue, klare Grenzlinie ziehen, anstatt historische Dokumente und Hergänge zu erforschen:

„Neither China or Japan should look to international law to settle the quarrel. The historical treaties both like to cite are largely irrelevant, the principles involved - the doctrine of acquisitive prescription, for example - are too fuzzy, and the legal precedents too various. If they want to sort things out, they should do what the Europeans did with the North Sea in the 1960s: draw a line equidistant between the nearest permanently inhabited land, and say „that side is yours, this side is mine“. Then they can get back to business - and get on with extracting any oil or gas they might find on their patch.“⁹⁹⁴

Diese Empfehlung stellt dem Völkerrecht ein Armutszeugnis aus; soll es doch gerade dann nicht für eine Lösung herangezogen werden, wenn die Situation rechtlich unklar ist. Es kann jedoch nicht von allen Akteuren erwartet werden, dass sie sich im Falle eines Gebietskonflikts derart besonnen verhalten, dass sie zu einer vertraglichen Regelung bereit sind. In einer solchen Situation hält das Völkerrecht mit der Ersitzung eine Auffangregelung bereit. Sie schafft gerade dann eine rechtliche Lösung, wenn eben nur an außervertragliches Handeln angeknüpft werden kann.

Wären die Voraussetzungen der Ersitzung eindeutig im Völkerrecht anerkannt, könnte dies dazu beitragen, dass Gebietsstreitigkeiten gar nicht erst entstehen oder wenigstens schneller beigelegt werden können als bisher, sofern die Parteien überhaupt ein Interesse an der friedlichen Beilegung haben. Da nicht in jedem Fall Staaten bereit sind, den Internationalen Gerichtshof anzurufen, ist erforderlich, dass die Rechtslage klar und vorhersehbar genug wäre, damit die Parteien frühzeitig und auch außergerichtlich eine Antwort auf das Problem finden. Eine größere Klarheit in der rechtlichen Bewertung trägt dazu bei, dass die

⁹⁹⁴ *Holland*, South China Morning Post, 10.7.2013, <http://www.scmp.com/business/article/1279071/theres-only-one-way-solve-diaoyusenkaku-dispute>, abgerufen am 01.09.2014. Die Zeitung ist die größte englischsprachige Tageszeitung Hongkongs. Eine pragmatische Lösung favorisiert auch *Ramos-Mrosovsky*, UPJIL 29 (2008), S. 903 (945), „In the case of the Senkakus, regional stability might be better served by throwing away the Dowager Empress' musty decrees and engaging in old fashioned pie-slicing unencumbered by the divisive language of legal entitlements.“

Völkerrechtswidrigkeit einer staatlichen Handlung deutlich festzustellen ist. Dies eröffnet wiederum die Möglichkeit, von dezentralen Durchsetzungsmöglichkeiten des Völkerrechts, zum Beispiel in Gestalt der Repressalie, Gebrauch zu machen, sofern die einvernehmliche Lösung scheitert.

Die Vereinheitlichung und Vereinfachung des außervertraglichen Gebietsvölkerrechts, indem die verschiedenen Erwerbsgründe auf eine einzige „historische Konsolidierung durch effektiven Besitz“ heruntergebrochen werden, scheint zwar auf den ersten Blick die einfachste Lösung für Gebietskonflikte zu sein.⁹⁹⁵ Bei näherer Betrachtung erweist sich dies aber als ein Konglomerat unbestimmter Rechtsbegriffe ohne jede dogmatische Schärfe – das Ergebnis davon ist, dass die Parteien jeweils historische Vorgänge vortragen, die belegen, dass sie irgendwann einmal etwas irgendwas in Bezug auf das fragliche Gebiet unternahmen. Dies erkennt die Gegenpartei naturgemäß nicht als rechtlich relevant an.

Soll die Ersitzung deutlicher definiert werden, schließt dies ein, auch den Gebietstitel der Okkupation scharf zu konturieren und insgesamt die Bedeutung verschiedener, momentan nach der Devise „viel hilft viel“ undifferenziert ins Feld geführter Begriffe wie die unvordenkliche Verjährung, historische Titel und die friedliche, kontinuierliche, offene Hoheitsausübung zu klären. Eine isolierte Betrachtung der außervertraglichen Titel ist nicht sinnvoll, da sie nur in koordinierter Form jede Fallgestaltung des Gebietserwerbs ohne Vertrag abzudecken vermögen. Das heißt aber nicht, dass sie nicht dogmatisch zu unterscheiden wären. Wie dies geschehen kann, hat diese Arbeit aufgezeigt. Sie müssen auch unterschieden werden, da das Völkerrecht Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schaffen will. Eine klar konturierte Ersitzung überführt den zunächst politisch geführten und häufig emotional aufgeladenen Streit in eine rechtlich bewertbare Situation. Der Ersitzung ist zwar auch ein unbestimmtes Element zu Eigen, nämlich das der Entstehung des notwendigen Rechtsscheins der Zustimmung. Dies ist aber kein schlagendes Argument gegen ihren Nutzen: Auch wenn jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, kann die Rechtsprechung Fallgruppen bilden, denen der Einzelfall angenähert werden kann.

⁹⁹⁵ Siehe Kapitel D. III. zu solchen Ansätzen.

Es bleibt zu hoffen, dass der Internationale Gerichtshof seine Rechtsprechungstendenz, die im Fall *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* bislang ihre Kulmination fand, weiterführt und noch ein wenig deutlicher akzentuiert. Damit würde die Ersitzung der „akward corner of international law“, dem Staub der Bibliotheken, endgültig entkommen und ins Scheinwerferlicht der in der Praxis unstreitig anerkannten Gebietstitel treten.

Danksagung

An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dörr, für seine wissenschaftliche und methodische Unterstützung während der gesamten Bearbeitungszeit meiner Dissertation. Ich danke ihm für sein stets offenes Ohr, konstruktive Anregungen und großes Verständnis nicht nur für fachliche Fragen und Probleme.

Meinem Kollegen und Büronachbarn, Herrn Marco Athen, danke ich dafür, dass er mich in zahlreichen fachlichen Diskussionen die rechtlichen Aspekte aus einer anderen Perspektive hat sehen lassen und so zur Verbesserung meiner Arbeit beigetragen hat. Ebenso danke ich ihm für die angenehme Atmosphäre in der „Völkerrechtsbude“.

Frau Marja Villmer danke ich für die Unterstützung in organisatorischen Fragen und die Einführung in die niederländische Sprache in den Kaffeepausen. All meinen Kollegen der dritten Etage des European Legal Studies Institute danke ich sehr herzlich für viele freundliche, wissenschaftliche wie nicht-wissenschaftliche Gespräche, die mir die Arbeit sehr erleichtert und das Institut zu einem besonderen Ort für mich gemacht haben. Insbesondere denke ich dabei an Herrn Dr. Jan Bernd Seeger, Herrn Dr. Jan Christian Urban, Frau Dr. Daniela Heinemann, Herrn Markus Stuke, Herrn Christian Hillen, Frau Christina Kamm, Frau Lisa-Kathrin Mannefeld und Frau Carina Behre.

Besonders möchte ich an dieser Stelle auch meinem Mann, Dr. Klaus Osterloh, meinen Eltern Gabriele und Matthias Kraemer, meinen Schwiegereltern Vera und Kurt Osterloh und meinem Bruder Dr. Tobias Kraemer für die unermüdliche Stärkung und Motivierung danken. Sie haben mir Rückhalt in schwierigen Zeiten gegeben, ohne den weder Fertigstellung, noch Abgabe der Dissertation möglich gewesen wäre.

Literaturverzeichnis

- Allenhöfer, Anke/Plagemann, Florian, Das Eigentum im Recht der Russischen Föderation, Berlin 2007
- Arminjon, Pierre/Nolde, Boris/Wolff, Martin, Traité de droit comparé Bd. 1, Paris 1950
- Anzilotti, Dionisio, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Einführung – Allgemeine Lehren, 3. Aufl. Berlin, Leipzig 1929, deutsche Übersetzung Bruns, Schmid
- Anzilotti, Dionisio, Cours de droit international, Paris 1929
- von Arnould, Andreas, Souveränität und die responsibility to protect, Die Friedens-Warte, 84 (2009), S. 11
- Audinet, Eugène, De la prescription acquisitive en droit international public, RGDIP 3 (1896), S. 313
- von Arnould, Andreas, Völkerrecht, Heidelberg et al., 2014
- Baade, Hans W., Intertemporales Völkerrecht, Jahrbuch für internationales Recht 7 (1956), S. 229-256
- Baker, Marcus, The Anglo-Venezuelan Boundary Dispute, reprinted from the National Geographic Magazine 11 (1900), S. 129.
- Bambale, Yahaya Y., Acquisition and Transfer of Property in Islamic Law, Lagos 2007
- Barale, Jean, L'acquiescement dans la jurisprudence internationale, AFDI 11 (1965)
- von Bar, Christian/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, München 2009
- Bellini, Vincenzo, Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale, Annuario di diritto internazionale comparato e di studi legislativi 27 (1951), S. 225
- Beckett, W.-E., Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale (juillet 1932-juillet 1934), Recueil des Cours 50 (1934-IV), S. 189
- Bentz, Jacques, Le silence comme manifestation de volonté en droit international public, RGDIP 67 (1963), S. 44
- Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, München 1960

- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Bd. 43, Teil 2, 1953, Nachdruck Philadelphia, 1991
- Bleckmann, Albert, *Das Souveränitätsprinzip im Völkerrecht*, AVR 23 (1985), S. 450
- Blum, Yehuda Zwi, *Historic Titles in International Law*, Den Haag 1965
- Blumenwitz, Dieter, *Uti possidetis iuris – uti possidetis de facto. Die Grenze im modernen Völkerrecht*, in: Horst Dreier, Horst, Forkel, Hans, Laubenthal, Klaus (Hrsg.): *Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, 2002, S. 377–389.
- Bluntschli, Johann Caspar, *Modernes Völkerrecht der civilisirten Staaten*, Nördlingen 1868
- Bluntschli, Johann Caspar. *Le Droit International Codifié*, 2. Aufl., Paris 1874
- Bogdan, Michael, *General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations*, *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 46 (1977), S. 37
- Bonfils, Henry, *Manuel de droit international public*, 7. Aufl., Paris 1914, ed. by Fauchille
- Bothe, Michael, *Friedenssicherung und Kriegsrecht*, in: Vitzthum, Wolfgang Graf/Proelß, Alexander (Hrsg.), *Völkerrecht*, Berlin/Boston, 6. Aufl. 2013, S. 573
- Bowett, Derek William, *Estoppel before International Tribunals and its relation to Acquiescence*, *BYBIL* 33 (1957), S. 176-202
- Breig, Burkhard, *Eigentum und andere dingliche Rechte in Russland unter besonderer Berücksichtigung der landwirtschaftlich genutzten Böden*, Berlin 2009
- Breutz, Iris, *Der Protest im Völkerrecht*, Berlin 1997
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., Oxford 2008
- Cahier, Philippe, *Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations*, in: *Faculté de droit et IUHEI, Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968, S. 237
- Calvo, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, Bd. 1, 5. Aufl. Paris 1896
- Carbone, Sergio M., *Promise in International Law: A Confirmation of its binding force*, *ItYBIL* 1 (1975), S. 166

- Carr, Dawn C., in: Psychology today, published on May 5, 2014
- Castberg, Frede, La méthodologie du droit international public, Recueil des Cours 43 (1933-I), S. 309
- Cedeño, Victor Rodriguez/Torres Cazorla, Maria Isabel, Unilateral Acts of States in International Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), MPEPIL 2012, S. 163-172
- Chang, Yun-Chien, Property Law with Chinese Characteristics: An economic and comparative analysis, Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal 1 (2012), S. 345
- Chang, Yun-Chien, Law and Economics of Possession, ed. by Chang, Yun-Chien, 2015
- Charpentier, Jean, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, Paris 1956
- Cheng, Tao, The Sino-Japanese Dispute over the Tiao-yu-tai (Senkaku) Islands and the Law of Territorial Acquisition, VJIL 14 (1974), S. 221
- Chretien, Alfred, Principes de droit international public, Paris 1893
- Conrads, Markus, Verjährung im englischen Recht, Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Bd. 18, Münster 1996
- Crawford, James R., The Creation of States in International Law, Oxford 1979
- Dahm, Georg, Völkerrecht, 3 Bände, 1. Aufl. Stuttgart 1958-1961
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger, Völkerrecht, Band I/1, 2. Auflage, Berlin 1989
- D'Amato, Anthony, International Law, Intertemporal Problems, in: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), EPIL 2, Amsterdam et al. 1995, S. 1234
- Das, Hans, L'estoppel et l'acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles, Revue belge de droit international 30 (1997), S. 607
- Darby, W. Evans, International tribunals. A collection of the various schemes which have been propounded, and of instances in the nineteenth century (bis 1903), London, 4. Aufl. 1904
- Debs, Richard A./Ziadeh, Farhat J./Dilger, Konrad, Der Begriff des Eigentums im islamischen Recht, in: Falaturi, Abdoldjavad et al. (Hrsg.), Beiträge zum islamischen Rechtsdenken, Wiesbaden 1986, S. 93
- De Louter, J., Le droit international public positif, Bd. 1, Oxford et al. 1920

- Deeks, Ashley S., "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012), S. 483
- Desai, Sunderlal T./Mulla Dinshah Fardunji, *Principles of Hindu Law*, Bombay, 15. ed. with supplement of 1986
- Despagnet, Frantz/De Boeck, Charles, *Cours de droit international public*, 4. Aufl., Paris 1910
- Despeux, Gilles, Das Schiedsurteil Jemen gegen Eritrea II vom 17. Dezember 1999: Entscheidung über die Seeabgrenzung, *ZaöRV* 60 (2000), S. 447
- Doehring, Karl, Effectiveness, in: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), *EPIL* 7, Amsterdam et al. 1984, S. 70
- Doehring, Karl, *Völkerrecht*, Heidelberg, 2. Aufl. 2004
- Dolzer, Rudolf, *Der völkerrechtliche Status der Falkland-Inseln (Malvinas) im Wandel der Zeit*, Heidelberg 1986
- Dowden, Malcolm, *Practitioner's Guide to the Land Registration Act 2002: The Unfinished Revolution*, London 2005
- Dörr, Oliver, *Kompendium des Völkerrechts*, Tübingen 2004
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Heidelberg et al., 2012
 - o Dörr, Oliver, Article 31, S. 521
 - o Giegerich, Thomas, Article 61, S. 1051
 - o Odendahl, Kerstin, Article 45, S. 765
 - o Rensmann, Thilo, Article 48, S. 815
- Dudley Field, David, *Projet d'un code international proposé aux diplomates, aux hommes d'Etat et aux jurisconsultes du droit international; contenant en outre, L'exposé du droit international actuel sur les matières les plus importantes: extradition, naturalisation, statuts personnel et réel, droit de la guerre etc.*, Paris 1910
- Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, 1977, Cambridge, Massachusetts, 19th reprint 2002
- Elias, Taslim Olawale, The Doctrine of Intertemporal Law, *AJIL* 74 (1980), S. 285
- Epiney, Astrid, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater*, Baden-Baden 1992

- Fauchille, Paul, *Traité de droit international public*, Tome 1, Paris, 8. Aufl. 1925
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte/Mazeaud, Denis (Hrsg.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, München 2008.
- Feltham, Piers/Hochberg, Daniel/Leech, Tom (Hrsg.), *The Law relating to Estoppel by Representation*, London, 4. Aufl. 2004
- Fiedler, Wilfried, *Unilateral Acts in International Law*, in: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), *EPIL 4*, Amsterdam et al. 2000, S. 1018
- Fiore, Pasquale, *Nouveau droit international public: suivant les besoins de la civilisation moderne*, 2. Aufl., Paris 1885
- Fisch, Jörg, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart 1984
- Fisch, Jörg, *Die Verteilung der Welt. Selbstbestimmung und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, München 2011
- Fisch, Jörg, *Africa as terra nullius*, in: Förster, Stig/Mommsen, Wolfgang J./Robinson, Robert (Hrsg.), *Bismarck, Europe, and Africa*, London 1988, S. 347
- Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, *BYBIL 30* (1953), S. 1
- La Fontaine, Henri, *Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, Bern 1902
- Funk, David, *Traditional Orthodox Hindu Jurisprudence: Justifying Dharma and Danda*, in: Ved. P. Nanda/Surya Prakash Sinha (Hrsg.), *Hindu Law and Legal Theory*, Aldershot (u. a.) 1996
- Geiss, Imanuel, *Free Trade and Internationalization of the Congo Basin, and the Principle of Effective Occupation*, in: Förster, Stig/Mommsen, Wolfgang J./Robinson, Robert (Hrsg.), *Bismarck, Europe, and Africa*, London 1988, S. 263.
- Geny, François, *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif* (2e édition, Paris 1919, tirage de 1954)
- Germis, Carsten, *FAZ online*, <http://www.faz.net/aktuell/politik/streit-um-senkaku-inseln-japan-droht-mit-abschuss-chinesischer-drohnen-12637810.html>, Artikel vom 28.10.2013, abgerufen am 01.09.2014

- Germis, Carsten, „Sicherheitslage „zunehmend rauher““, in: FAZ v. 06.08.2014, S. 5
- Greig, Donald W., Sovereignty, Territory and the International Lawyer's Dilemma, *Osgoode Hall Law Journal* 26 (1988), S. 127-175, abgedruckt in: Shaw, Malcolm N., *Title to Territory*, Aldershot 2005, S. 35-83
- Guckelberger, Annette, *Die Verjährung im Öffentlichen Recht, Jus Publicum*, Bd. 111, Tübingen 2004
- Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Bd. 1, Genf, 2. Aufl. 1967
- Gross, Oren, Cyber Responsibility to Protect: Legal Obligations of States Directly Affected by Cyber-Incidents, *Cornell International Law Journal* 48 (2015), S. 481
- Gupta, Shriniwas, *Textbook on The Limitation Act*, New Delhi 2010
- Günther, Herbert, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht*, Berlin 1970
- Hakimi, Monica, Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play, *International Law Studies, U.S. Naval War College* 91 (2015), S. 1
- Hall, William Edward, *A Treatise on International Law*, 7. Aufl., Oxford 1917, 8th ed., Oxford 1924
- Hähnchen, Susanne, *Obliegenheiten und Nebenpflichten: eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, Tübingen 2010
- Heffter, August Wilhelm, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, Berlin, 4. Aufl. 1861
- Heflin, William B., Diayou/Senkaku Islands Dispute: Japan and China, *Oceans Apart, Asian-Pacific Law & Policy Journal* 18 (2000), S. 1
- Henß, Olaf, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht*, Frankfurt a. M. et al., 1988
- Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, 13. Aufl., München 2014
- Heimburger, Karl Friedrich, *Der Erwerb der Gebietshoheit, Teil 1*, Karlsruhe 1888
- Herczegh, Géza, *General Principles of International Law and the International Legal Order*, Budapest 1969
- Hershey, Amos S., *Essentials of international public law*, New York 1919

- Von der Heydte, Friedrich August, Völkerrecht. Ein Lehrbuch, 2 Bände, Köln 1958-1960
- Higgins, Rosalyn, Time and the Law; International Perspectives on an Old Problem, *The International and Comparative Law Quarterly*, 46 (1997), S. 501
- Hillgruber, Christian, Souveränität – Verteidigung eines Schlüsselbegriffs, *JZ* (2002), S. 1072
- Hobe, Stephan, Einführung in das Völkerrecht, Tübingen, 10. Aufl. 2014
- Holland, Thomas Erskine, *Studies in International Law and Diplomacy*, Oxford 1898
Holland, Tom, *South China Morning Post*, Artikel vom 10.7.2013, <http://www.scmp.com/business/article/1279071/theres-only-one-way-solve-diaoyusenkaku-dispute>, abgerufen am 01. 09.2014
- v. Holtzendorff, Franz, *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 2, Hamburg 1887
- Huang, Bau-lin/Mackem, Susan, Evolutionary developmental biology, Use it or lose it, in: *Nature* 511 (2014), S. 34
- Hulsroj, Peter, Three Sources – No River: A Hard Look At The Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and "General Principles of Law" *Zeitschrift für öffentliches Recht* 54 (1999), S. 219
- Huixing, Liang (Hrsg.), *The Draft Civil Code of the People's Republic of China*, Leiden 2010
- Hungdah, Chiu, An Analysis of the Sino-Japanese Dispute over the T'iaoyutai Islets (Senkaku Gunto), *Occasional Papers/Reprint Series in Contemporary Asian Studies* 150 (1999), S. 1
- Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl., München 2014
- Isay, Hermann, *Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, Jena 1899
- Jamal, Yousuf, *Law of Property in Islam*, New Delhi/India 2011
- Jansen, J. E., Thieves and Squatters: Acquisitive and Extinctive Prescription in European Property Law; *European Property Law Journal* 1 (2012), S. 153
- Jennings, Robert Yewdall, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester 1963
- Jessup, Philip Conrad, *The Palmas Island Arbitration*, *AJIL* 22 (1928), S. 735

- Johnson, D. H. N., Acquisitive Prescription in International Law, BYBIL 27 (1950), S. 332, abgedruckt in Shaw, Malcolm N., Title to Territory, Aldershot 2005, S. 273
- Johnson, D. H. N., Consolidation as a Root of Title in International Law, The Cambridge Law Journal 13 (1955), S. 215
- Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, München, 19. Aufl. 2008
- Kaufmann, Erich, Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus Sic Stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts- und Vertragsbegriffe. Tübingen 1911
- Kegel, Gerhard, Verwirkung, Vertrag und Vertrauen, in: Festschrift für Klemens Pleyer, Köln et al. 1986
- Kelsen, Hans, Principles of International Law, 2nd edition revised and edited by Robert W. Tucker, New York etc., 1966.
- Klein, Eckart/Schmahl, Stefanie, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Vitzthum, Wolfgang Graf/Proelß, Alexander, 6. Aufl., Berlin/Boston 2013, S. 237
- Klüber, Johann Ludwig, Droit des gens moderne de l'Europe, Bd. 1, Stuttgart 1819
- Kohen, Marcelo G., *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Ile de Kaskili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice, GYIL 43 (2000), S. 253
- Kohen, Marcelo G., Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, Leiden 2007
- Kohen, Marcelo G., Possession Contestée et Souveraineté Territoriale, Geneve 1997
- Kotzur, Markus, Intertemporal Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), MPEPIL, Oxford 2012, S. 278
- Krause-Ablaß, Wolf-Dietrich, Intertemporales Völkerrecht, Hamburg 1970
- Krieger, Heike, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht, Berlin 2000
- Krüger, Herbert, Das Prinzip der Effektivität, oder: Über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts, Grundprobleme des internationalen Rechts, in: Festschrift für Jean Spiropoulos, Bonn 1957, S. 265
- Kunig, Philip, Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip, Baden-Baden 1981

- Lapradelle, Albert Geouffre/Politis, Nicolas, Recueil des arbitrages internationaux, 3 Bände (Bd. 1 1798-1855, Bd. 2 1856-1872, Bd. 3 1872-1875), Paris 1905, 1923, 1954
- Lauterpacht, Hersch, Private Law Sources and Analogies in International Law, London u. a. 1927
- Lauterpacht, Hersch, The Development of International Law by the International Court, London 1958, S. 380
- Lawrence, T. J., Les principes de droit international, trad. franc., Oxford et al. 1920
- Lee, Chae-Jin, The Making of the Sino-Japanese Peace and Friendship Treaty, Pacific Affairs 52 (1979), S. 420
- Lee, Wei-Chin, Troubles under the Water: Sino-Japanese Conflict of Sovereignty on the Continental Shelf in the East China Sea, Ocean Development and International Law 18 (1987), S. 585
- Lill, Felix, Der Tagesspiegel online, <http://www.tagesspiegel.de/politik/china-und-japan-im-streit-provokation-fischfang/8660988.html>, Artikel vom 20.08.2013, abgerufen am 01.09.2014
- Von Liszt, Franz von/Fleischmann, Max, Das Völkerrecht, systematisch dargestellt, 12. Aufl., Berlin 1925
- Loudwin, Bernd, Die konkludente Anerkennung im Völkerrecht, Berlin 1983
- Louis, Roger Williams, The Berlin Congo Conference, in: Gifford, Prosser/Louis, Roger Williams (Hrsg.), France and Britain in Africa, Imperial Rivalry and Colonial Rule, New Haven and London 1971
- MacGibbon, Ian C., Customary International Law and Acquiescence, BYBIL 33 (1957), S. 115
- MacGibbon, Ian C., Estoppel in International Law, The International and Comparative Law Quarterly 7 (1958), S. 468
- MacGibbon, Ian C., Some Observations on the Part of Protest in International Law, BYBIL 30 (1953), S. 293
- MacGibbon, Ian C., The Scope of Acquiescence in International Law, BYBIL 31 (1954), S. 143, abgedruckt in Shaw, Malcolm Nathan, Title to Territory, Aldershot 2005, S. 347

- Manjiao, Chi, The Unhelpfulness of Treaty Law in Solving the Sino-Japan Sovereign Dispute over the Diaoyu Islands, U. of Pennsylvania East Asia Law Review 6 (2011), S. 163
- Manyin, Mark E., Senkaku (Diaoyu/Diaoyutai) Islands Dispute: U.S. Treaty Obligations, Congressional Research Service, 22.1.2013, 7-5700, R42761, <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R42761.pdf>, abgerufen am 01.09.2014
- Marques Antunes, Nuno Sérgio, Acquiescence, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), MPEPIL, Oxford 2012, S. 53
- Martens, Friedrich von, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, 1. Bd., Berlin 1883, deutsche Ausgabe von Carl Bergbohm
- Martens, Georg Friedrich, Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe, Tome premier, Paris 1858
- Martens, Sebastian A. E., Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts, EuZW 14 (2010), S. 527-530
- Martin, Antoine, L'Estoppel en droit international public, Paris 1979
- Milano, Enrico, Unlawful Territorial Situations in International Law: Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy, Leiden u. a. 2006
- Mittwoch, Anne-Christin, Die Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa – auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch?, Juristische Schulung 9 (2010), S. 767
- Moore, John Bassett, History and digest of international arbitrations to which the United States has been a party, 6 Bände, Washington D. C. 1898
- Müller, Jörg P., Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln, Berlin 1971
- Münch, Fritz, La force normative des faits, in: Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Miaja de la Muela, Vol. I, Madrid 1979, S. 251
- Nerlich, Uwe, <http://www.worldreview.info.de/content/japan-und-china-ruecken-wegen-senkaku-streit-einen-schritt-naeher-einen-krieg>, Artikel vom 5.2.13, abgerufen am 01.09.2014
- Nys, Ernest, Le droit international: les principes, les théories, les faits, 3 Bände, 2. Aufl., Brüssel 1912

- Nieh Yu-Hsi, Der Streit um die Klippeninsel Tiaoyütai und das Problem des Festlandssockels im Ostchinesischen Meer, *Verfassung und Recht in Übersee* 4 (1971), S. 443
- Okafor, Obiora Chinedu, *Re-Defining Legitimate Statehood*, International Law and State Fragmentation in Africa, The Hague, Boston, London, 2000
- Okuhara, Toshio, The Territorial Sovereignty over the Senkaku Islands and Problems on the Surrounding Continental Shelf, *Japanese Annual of International Law* 15 (1971), S. 97
- Ompteda, Dieter Heinrich Ludwig, *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*, Vol. 2, Regensburg 1785
- Oppenheim, Lassa F. L., *International Law: A Treatise*, 2. Aufl., London et al. 1912
- Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2006
- Ortolan, Eugène, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les nations*, Paris 1851
- Ottolenghi, Giuseppe, Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale, in: Giappichelli, G. (Hrsg.), *Scritti vari di diritto internazionale*, Vol. 1, Turin 1959
- Pan, Zhongqi, Sino-Japanese Dispute over the Diaoyu/Senkaku Islands: The Pending Controversy from the Chinese Perspective, *Journal of Chinese Political Science*, Vol. 12 (2007), S. 71
- *Economist* vom 25. August, 31. Ausgabe 2012, S. 9
- Perrin, Delphine, Titre conventionnel et effectivités: l'affaire de la Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie), *ADFI* 48 (2002), S. 322
- Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, Bd. 1, 2. Aufl., London 1871
- Piekenbrock, Andreas, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen 2006
- Pinto, Roger, La prescription en droit international, *Recueil des Cours* 87 (1955-I) S. 387
- Pradier-Fodéré, Paul, *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, 8 Bände, Paris 1885-1906

- Ralston, Jackson H., Prescription, in: AJIL 4 (1910), S. 133
- Ramos-Mrosovsky, Carlos, International Law's unhelpful role in the Senkaku Islands, UPJIL 29 (2008), S. 903
- Reinold, Theresa, Sovereignty as responsibility? Die USA, der konditionale Souveränitätsbegriff und das jus ad bellum, Die Friedens-Warte, 84 (2009), S. 101
- Rivier, Alphons, Lehrbuch des Völkerrechts, Handbibliothek des Völkerrechts (Hrsg. von Kirchheim), Band 4, Stuttgart 1889
- Ross, Alf, A Textbook of International Law, London etc. 1947
- Säcker, Franz Jürgen/Riexecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB,
 - o Baldus, Christian, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 937
 - o Ernst, Wolfgang, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Einl. vor § 241
 - o Roth, Günter H./Schubert, Claudia, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 242
- Sauer, Ernst: Grundlehre des Völkerrechts, 3. Aufl., Köln 1955
- von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bände, Berlin 1840–1849
- Scelle, Georges, Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international, Recueil des Cours 55 (1936-I), S. 87
- Scelle, Georges, Règles générales du Droit de la Paix, Recueil des Cours 46 (1933-IV), S. 327
- Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Originalausgabe 1964, Oxford et al., Reprint 1991
- Schmidt, Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
- Schulze, Götz, Die Naturalobligation, Tübingen 2008
- Scholz, Franz, Die Rechtssicherheit, Berlin 1955
- Schwarzenberger, Georg, A Manual of International Law, 5. Aufl. 1967
- Schwarzenberger, Georg, The Fundamental Principles of International Law, Recueil des Cours 87 (1955-I), S. 195-383
- Schwarzenberger, Georg, Title to Territory: Response to a Challenge, AJIL 51 (1957), S. 308, abgedr. in: Shaw, Malcolm Nathan, Title to Territory, Aldershot 2005, S. 249
- Schweisfurth, Theodor, Völkerrecht, Tübingen 2006
- Schulze, Götz, Die Naturalobligation, Tübingen 2008
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Stein, Torsten, Völkerrecht, 10. Aufl., Köln et al. 2010

- Sharma, Surya P., Territorial Acquisition, Disputes and International Law, The Hague 1997
- Shaw, Malcolm N., Peoples, Territorialism and Boundaries, EJIL 3 (1997), 478 ff.
- Shaw, Malcolm N., International Law, 6. Aufl., Cambridge 2008
- Shaw, Malcolm N., Title to Territory, Aldershot 2005
- Simma, Bruno/Alston, Philip, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles, AYBIL 12 (1988/89), S. 82
- Simma, Bruno et al. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, Vol. 1, 3. Aufl., Oxford 2012
 - o Oellers-Frahm, Karin, Art. 92, S. 1897
 - o Randelzhofer, Albrecht/Dörr, Oliver, Art. 2 (4), S. 200-234
 - o Vashakmadze, Mindia, Responsibility to Protect, S. 1201
- Simmler, Christiane, Das uti possidetis-Prinzip. Zur Grenzziehung zwischen neu entstandenen Staaten, Berlin 1999
- Slouka, Zdenek J., International Custom and the Continental Shelf, Den Haag 1968
- Sørensen, Max, La prescription en droit international, Acta Scandinavia Iuris Gentium, Nordisk Tidsskrift for International Ret 3 (1932), S. 145
- Sprankling, John G., The International Law of Property, Oxford 2014
- Stagl, Jakob Fortunat, Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs, in: Altmeyden, Holger/Reichard, Ingo/Schermaier, Martin Josef (Hrsg.) in Verbindung mit Ernst, Wolfgang/Manthe, Ulrich/Zimmermann, Reinhard, Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, S. 1191
- Stahl, Sandra, Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik, Hamburg 2010
- Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
 - o Olzen, Dirk/Looschelders, Dirk, Buch 2, Neubearbeitung 2014, § 242
 - o Wiegand, Wolfgang, Buch 3, Neubearbeitung 2011, Vorbemerkungen zu §§ 937-945
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian, Völkerrecht, 13. Aufl., München 2012

- Stuyt, Alexander M., Survey of international arbitrations 1794-1970, New York 1972
- Suy, Eric, Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, Paris 1962
- Swaine, Michael D., Chinese Views Regarding the Senkaku/Diaoyu Islands Dispute, China Leadership Monitor 41 (2013), S. 1
- Tams, Christian J., Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription, in: Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, S. 1035
- Teisen, Axel, American Bar Association Journal 2 (1916), S. 189
- Thibaut, Anton Friedrich Justus, Über Besitz und Verjährung, Jena 1802
- Thirlway, Hugh, Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning, Recueil des Cours 294 (2002-I), S. 267
- Touscoz, Jean, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris 1964
- Treaties, conventions etc., between China and Foreign States. Second Edition, (Shanghai: by order of the Inspector General of Customs, 1917), , Vol. 2, New York 1973
- von Ullmann, Emanuel, Völkerrecht, 2. Aufl., Tübingen 1908
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea (Hrsg.), Digest of International Cases on the Law of the Sea, New York 2007
- Vattel, Emer de, Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, 1758, Schätzel, Walter (Hrsg.), Die Klassiker des Völkerrechts, Bd. 3, deutsche Übersetzung Dr. Wilhelm Euler, Tübingen 1959
- Verdross, Alfred, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, Berlin, 3. Aufl. 1984
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno/Geiger, Rudolf, Territoriale Souveränität und Gebietshoheit, Österr. Z. für öffentl. Recht und Völkerrecht 31 (1980), S. 223
- Verlage, Christopher, Responsibility to Protect, Tübingen 2009
- Verykios, Panayotis A., La prescription en droit international public, thèse, Paris 1934
- Verzijl, Jan Hendrik Willem, International Law in Historical Perspective, Vol. 1, Leyden 1968

- De Visscher, Charles, Theory and Reality in Public International Law, englische Übersetzung der 3. Aufl. durch Corbett, Princeton 1968 (Originaltitel Théories et Réalités en Droit International Public, Paris 1960)
- De Visscher, Charles, Observations sur l'effectivité en droit international public, RGDIP 62 (1958), S. 601
- Vitzthum, Wolfgang Graf/Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., Berlin/Boston 2013
- Voigt, Christina, The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law, Nordisk Juridisk Tidsskrift 31 (2008), S. 3
- Waldock, Humphrey, 2nd report on the Law of Treaties, Documents of the fifteenth session including the report of the Commission to the General Assembly, YBILC 2 (1963), S. 36, S. 39-40 zu Draft Article 4
- Watzlawick, Paul/Beavin, Janet/Jackson, Don D., Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien, Bern 1969
- Wengler, Wilhelm, Völkerrecht, Bd. 2, Berlin et al. 1964
- Wouters, Jan/Verhoeven, Sten, Prescription, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), MPEPIL, Oxford 2012, S. 420
- Zeller, Bernhard, Ex Facto Ius Oritur, Zur Bedeutung der ehemaligen deutschen Kolonialgrenzen in Afrika am Beispiel des Rechtsstreits zwischen Kamerun und Nigeria, Baden-Baden 2006
- Zemanek, Karl, Unilateral Legal Acts Revisited, in: Wellens, Karel (Hrsg.), International Law: Theory and Practice. Essays in Honor of Eric Suy, The Hague, Boston, London, 1998, S. 209
- Zimmer, Gerhard, Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, Berlin 1971
- Zimmermann, Andreas et al. (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, Oxford 2006
 - o Pellet, Alain, Art. 38, S. 677
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996

Liste der Fälle vor IGH und Schiedsgerichten

- Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about the sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it, 21 April 1870, RIAA XXVIII S. 131
- Behring Sea Arbitration Case, auch: Fur Seal Arbitration, Entscheidung vom 15. August 1893, RIAA XXVIII S. 263-276
- Boundary Dispute between British Guiana and Venezuela, Schiedsspruch vom 22.05.1899, BFSP 89 (1896/1897), S. 57
- Meerauge Arbitration, Entscheidung vom 13. September 1902, RIAA XXVIII, S. 379-396; RDILC (Deuxième série) 8 (1906), S. 196
- The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States) vom 20.10.1903, RIAA XV S. 481-540
- Gentini Case, RIAA X (1903), S. 551
- Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906, The Border Dispute between Honduras and Nicaragua, 23 December 1906, RIAA XI, S. 101-117
- The Grisbadarna Case between Norway and Sweden, Arbitral award in the question of the delimitation of a certain part of the maritime boundary between Norway and Sweden. The Hague. October 23, 1909, AJIL 4 (1910), S. 226
- Chamizal Arbitration, USA v. Mexico, Schiedsspruch vom 15.06.1911, RIAA XI, S. 309; AJIL 5 (1911), S. 782

- Affaire du “Lotus”, The Case of the S. S. "Lotus", 07.09.1927,
PCIJ Series A, No. 10

- Island of Palmas Case,
Netherlands, USA, 4. April 1928, RIAA II, S. 829

- Arbitral Award on the Subject of the Difference relative to the
Sovereignty over Clipperton Island, Decision rendered at Rome, January
28, 1931, AJIL 26 (1932), S. 390

- Legal Status of Eastern Greenland,
Judgment of April 5th, 1933, PCIJ, Series A/B, No. 53, S. 21

- Fisheries case (United Kingdom v. Norway),
Judgment of December 18th, 1951 ICJ Reports 1951, S. 116

- The Minquiers and Ecrehos case, (France/United Kingdom),
Judgment of November 17th, 1953, ICJ Reports 1953, S. 47

- Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land
(Belgium/Netherlands),
Judgment of 20 June 1959, ICJ Reports 1959, S. 209

- Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits),
Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, S. 6

- Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand),
Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961, ICJ Reports 1961, S.
17

- Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand),
Merits, Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962, S. 6

- North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands),
Judgment,

ICJ Reports 1969, S. 3

- Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, S. 253; Nuclear Tests (New Zealand v. France); Judgment, ICJ Reports 1974, S. 457
- Dubai-Sharjah Border Arbitration, Award of 19 October 1981, ILR 91 (1993), S. 543
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984, ICJ Reports 1984, S. 246
- Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986, S. 554
- Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, ICJ Reports 1992, S. 240
- Land, Island and Maritime Frontier (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, S. 351
- Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment of 3 February 1994, ICJ Reports 1994, S. 6
- Eritrea – Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage – Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, October 9, 1998, S. 1, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org/>
- Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment of 13 December 1999, ICJ Reports 1999, S. 1045
- Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea and Ethiopia), 13 April 2002, RIAA XXV, S. 83

- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria
(Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 10
October 2002, ICJ Reports 2002, S. 303

- Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia),
Judgment of 17 December 2002, ICJ Reports 2002, S. 625

- Frontier Dispute (Benin/Niger),
Judgment of 12 July 2005, ICJ Reports 2005, S. 90

- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the
Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras),
Judgment, ICJ Reports 2007, S. 659

- Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and
South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment of 23 May 2008, ICJ
Reports 2008, S. 12

- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia),
Judgment of 19 November 2012, ICJ Reports 2012, S. 624

- Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger),
Judgment of 16 April 2013, ICJ Reports 2013, S. 44

- Maritime Dispute (Peru v. Chile),
Judgment of 27 January 2014

