

Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten.

Dr. **Gerhard Leibholz**, Landrichter, Privatdozent an der Universität Berlin, Referent am Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

I.

Theoretische Begründung.

Wie neben dem geschriebenen Verfassungsrecht ungeschriebene Verfassungsrechtssätze bestehen, ohne deren Kenntnis ein zutreffendes Bild des Verfassungslebens eines Landes nicht entwickelt werden kann, so gibt es auch im Völkerrecht neben dem kodifizierten Recht einen ungeschriebenen Normenkreis. Würde man diesen, — weil viele der in den Völkerrechtskompendien als Völkergewohnheitsrecht bezeichneten Sätze in Wirklichkeit nicht bestehen, — weitgehend leugnen wollen, so würde jeder Staat, soweit er nicht durch eine konkrete Staatenvereinbarung und einen tatsächlich feststehenden Gewohnheitsrechtssatz rechtlich gebunden wäre, jeden beliebigen Willkürakt setzen und sich darüber hinaus noch darauf berufen können, daß sich sein Verhalten mit den vom Völkerrecht an ihn gestellten Anforderungen im Einklang befunden habe.

Eine solche Annahme würde aber durch die Völkerrechtspraxis selbst Lügen gestraft werden. Das zwischenstaatliche Leben bewegt sich auch dort, wo die Berufung auf das geschriebene Normenmaterial und das feststehende Gewohnheitsrecht versagt, — von dem Kriege und dem bisher nur rudimentären Kriebsrecht sehe ich ab, — überwiegend nicht in der rechtsfreien, sondern der rechtlich gebundenen Sphäre. Selbst die Staaten, die — wie etwa die diktatorförmig regierten Länder — vielfach im Verhältnis zu den eigenen Rechtsunterworfenen nicht rechtsstaatlich organisiert sind, bewegen sich in rechtlichen Formen und lassen sich von rechtlichen Erwägungen leiten, sobald sie in Beziehungen zu anderen Mitgliedern der Staatengemeinschaft oder deren Angehörigen treten. Das weist darauf hin, daß es auch im Völkerrecht unabhängig vom Vertrags- und Gewohnheitsrecht Sätze gibt, die positiv rechtliche Ver-

pflichtungskraft für die Staaten besitzen. Dies sind die jeder Rechtsordnung immanenten Rechtssätze. Zu ihnen zählt vor allem der hier zur Diskussion gestellte, der Landesrechts- ebenso wie der Völkerrechtsordnung immanente Satz, daß kein Staat sich außerhalb der Rechtsordnung stellen darf, daß Willkür verboten und rechtswidrig ist ¹⁾).

Der Willkürbegriff ist in seiner rechtlichen Relevanz nicht ein formaler, sondern material gebundener Wertbegriff. Er ist das gegensätzliche Korrelat von Gerechtigkeit und bedeutet deren radikale absolute Verneinung. In diesem Sinne ist der Willkürbegriff ein Grenzbegriff, ein Begriff der äußersten Sphäre des Rechtes. Er kann daher, so wenig wie der Gerechtigkeitsgedanke inhaltlich näher eindeutig fixierbar ist, jeweils allgemeingültig definiert werden. Der sich mit ihm verbindende Sachinhalt ist vielmehr dauernden Wandlungen unterworfen.

Jede positive Rechtsordnung, die ihren Namen zu Recht trägt, d. h. dahin tendiert, die durch die jeweilige Stoffbezogenheit konkretisierte Rechtsidee zu verwirklichen, muß ein bestimmtes Minimum an Gerechtigkeit gewährleisten. Sie muß zum mindesten inhaltlich Willkür in jeglicher Gestalt ausschließen. Läßt sich für einen im formellen Rechtsgewand erscheinenden Satz ein vernünftiger, sachlich berechtigter Grund schlechthin nicht ausfindig machen, besteht überhaupt kein innerer Zusammenhang zwischen der getroffenen Bestimmung und dem durch dieselbe erstrebten Zweck, oder besteht zwar ein solcher, aber in einem völlig unzulänglichen Verhältnis, so können diese Sätze nicht als Rechtssätze bezeichnet werden. Sie entbehren ihrer wesensnotwendigen materialen Grundlage.

Aufschluß über die Willkürlichkeit eines positiven Rechtssatzes ebenso wie über seinen Gerechtigkeitsgehalt gibt der Rechtsinstinkt oder das Rechtsbewußtsein der eine Rechtsordnung erlebnismäßig konstituierenden Gemeinschaft. Dadurch werden Gerechtigkeits- wie Willkürbegriff nicht subjektivistisch verflüchtigt, sondern wird nur klargestellt, daß als Medium, das uns über den objektiven, wenn auch inhaltlichen Wandlungen unterworfenen Bestand der jenseits des Rechtsbewußtseins existentiellen Rechtsidee zu vergewissern vermag, allein das menschliche Gewissen, das Rechtsgefühl oder wie man es sonst nennen will fungieren kann. In diesem Sinne ist das Gewissen, das Rechtsgefühl höchste, schöpferische Quelle auch des Völkerrechts ²⁾).

¹⁾ Zu dem Folgenden näher meine Arbeit über »Die Gleichheit vor dem Gesetz« 1925 S. 53 ff., 72 ff., 88 ff., in der ich eine ausführliche Begründung des im Text nur andeutungsweise Gesagten gegeben habe.

²⁾ Laun, Recht und Sittlichkeit i. Hamb. Universitätsreden 1924 S. 27 ff., der in dem Rechtsgefühl der Menschen auch etwas außerhalb ihres eigenen Seins Liegendes, ihnen objektiv Gegebenes sieht (29), bezeichnet in diesem Sinne Gewissen und Rechts-

Die Gewähr, daß das Rechtsbewußtsein der jeweils zur Völkerrechtsgemeinschaft gehörenden Staaten sicher und richtig gegen Willkürakte reagiert, ist durch die hohe Intensität der Negation des Gerechtigkeitsgehaltes, die bei einem willkürlichen Verhalten der Staaten vorausgesetzt wird, gegeben. Damit soll nicht geleugnet werden, daß man bei der Anwendung des Willkürverbotes als eines Satzes des allgemeinen Völkerrechts häufig zu anderen Ergebnissen gelangen wird wie bei der Zugrundelegung des gleichen Satzes in einer mehr partikularen, von einer Mehrheit von Staaten getragenen Rechtsordnung eines bestimmten Kulturkreises. Das Rechtsbewußtsein der zur westeuropäischen Kulturgemeinschaft gehörenden Staaten ist z. B. in seiner Struktur einheitlicher als das der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft und vermag daher in der Praxis auch Aufschluß in Fällen zu geben, wo ein Zurückgehen auf das gemeinsame Rechtsbewußtsein aller zivilisierten Völker versagt. Dieses hat sich vielfach — das allgemeine Völkerrecht befindet sich entwicklungsgeschichtlich eben nicht auf der Stufe des partikularen — noch nicht von den Bedingtheiten des Kulturkreises, in den die Staaten zufälligerweise hineingestellt sind, von den Verschiedenheiten der Vorstellungen und Wertüberzeugungen der einzelnen Staaten und Staatengruppen lösen können. Das beweist aber nur, daß inhaltlich der Umfang des für alle zivilisierten Nationen geltenden Völkerrechts gegenüber der Fülle der partikularen Völkerrechtssätze der einzelnen Rechtskreise beschränkt ist. Immerhin, es gibt — gleich wie weit man im einzelnen auch den Rahmen des allgemeinen Völkerrechts spannen will — einen beträchtlichen, wenn vielleicht auch noch rudimentären Bestand von Sätzen, die aus dem Verbot der Willkür abgeleitet sind und alle zivilisierten Staaten binden. Insoweit ist man in Verbindung mit dem allerdings beschränkten, allgemeinen Vertrags- und Völkergewohnheitsrecht auch befugt, die Völkerrechtsgemeinschaft trotz ihrer empirischen Vielspältigkeit und Zerfahrenheit als eine geistige Einheit vernunftbegabter, real wirkender Völkerverbände zu bezeichnen.

Gewiß sind bei der Entscheidung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten als willkürlich zu kennzeichnen ist, Grenzfälle denkbar, bei denen eine sichere Dezision in dem einen oder anderen Sinne schwierig ist. Dies spricht aber nicht gegen die praktische Verwertbarkeit des Willkürbegriffes im Völkerrecht. Jede auch noch so positivistisch eingestellte Rechtsbetrachtung muß zugeben, daß die einzelne konkrete Rechtsordnung — und zwar gerade bei ihren wichtigsten Sätzen — auf solche rational nicht näher formulierbaren Begriffe Bezug nehmen muß. Es sei beispielsweise nur auf die so durch formale Kriterien nicht

gefühl als die »nur metaphysisch erfaßbare Fähigkeit, ein Sollen zu erleben, . . . als das potenzielle Sollen des Individuums« (32), auf das letzten Endes die »Autonomie des Rechtes« (Laun a. a. O.) zu gründen ist.

näher bestimmbareren Begriffe der guten Sitten und von Treu und Glauben im Privatrecht sowie des Gemeinwohls und des öffentlichen Interesses im öffentlichen Recht erinnert.

Ja, der Willkürbegriff selbst spielt bereits — wenn auch teilweise in formal anderer Gestalt — im Rechtsleben der einzelnen Länder eine große Rolle. Man denke vor allem an das Verbot des Rechtsmißbrauches (*abus de droit*), das — inhaltlich mit dem der Willkür übereinstimmend — allen positiven Rechtsordnungen und somit auch, wie im übrigen schon von Politis im Haag grundsätzlich klargestellt worden ist³⁾, dem Völkerrecht rechtssatzmäßig zugrunde liegt.

Dagegen ist der im Staats- und Verwaltungsrecht verschiedener Staaten entwickelte Satz vom Verbot des Ermessensmißbrauches nur ein, allerdings sehr wichtiger, vielleicht der wichtigste konkrete Anwendungsfall des Willkürverbotes. Es gibt demnach ein willkürliches oder mißbräuchliches Verhalten, das nicht einen Ermessensmißbrauch darzustellen braucht, — man denke beispielsweise an eine willkürliche Interpretation von Rechtsnormen —, nicht aber umgekehrt einen Ermessensmißbrauch, der nicht zugleich eine Verletzung des Willkürsatzes enthalten würde.

So erklärt es sich auch, warum der von den Verwaltungsgerichten entwickelte Begriff des Ermessensmißbrauches sich inhaltlich nahezu völlig mit dem hier allerdings nur andeutungsweise skizzierten Willkürbegriff deckt. Es sei beispielsweise nur an die in Frankreich als eine der Formen des »*excès de pouvoir*« entwickelte Lehre vom *détournement de pouvoir*⁴⁾ erinnert, auf Grund deren ein Verwaltungsakt vom Staatsrat kassiert wird, wenn die Behörde »*a usé de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux, en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué*«. Ähnlich, nur noch deutlicher unterscheidet die maßgeblich durch die französische Rechtsprechung beeinflusste italienische Judikatur zwischen »*excesso*« und »*sviamento di potere*«⁵⁾.

3) Vgl. Politis, *Le Problème des Limitations de la Souveraineté et la Théorie de l'Abus des Droits dans les Rapports Internationaux* i. *Recueil des Cours d. Académie de Droit Intern.* 1925 I insbes. S. 86 ff. Dort auch der zutreffende Satz, daß »la notion de l'abus du droit . . . est en quelque sorte inhérente au système juridique de toute société humaine, si incomplète, si rudimentaire qu'en soit l'organisation«.

4) Dazu etwa Politis i. *Recueil* a. a. O. 83 f. sowie die dort erwähnte Literatur; d. Nachweise b. Leibholz, *Gleichheit* a. a. O. 90 f.; Duguit, *Le motif impulsif et le but déterminant dans l'acte juridique public* i. *Revue internationale de la théorie du droit* Bd. I S. 227 ff.

5) Vgl. dazu etwa Orlando, *La giustizia amministrativa in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* 1901 Bd. III S. 800 f. Das »*sviamento di potere*« ist in Italien die wichtigste Erscheinungsform des »*excesso di potere*«. Soweit man noch besondere Formen des »*excesso di potere*« kennt wie z. B. das »*Travisamento di fatto*« und »*Mancanza di nesso logico fra le premesse dello atto e la parte dispositiva di*

Die belgische Rechtsprechung, die die Lehre vom *détournement de pouvoir* nicht übernommen hat⁶⁾, kommt neuerdings bei der Frage, wann eine »*responsabilité de la puissance publique*« begründet ist, zu einem erweiterten Begriff der öffentlichen Gewalt⁷⁾ und so mittelbar auch zur Bejahung der Haftung, wenn es sich im Sinn der französischen Lehre um ein *détournement de pouvoir* handelt. Ebenso sind auch die deutschen Verwaltungsgerichte überwiegend zur Überprüfung eines etwaigen Ermessensmißbrauchs der Verwaltungsbehörden befugt. Sie untersuchen im Einzelfalle, ob die Behörden von ihrem freien Ermessen einen rechts- und damit pflichtgemäßen Gebrauch gemacht haben, oder ob sie willkürlich verfahren sind. Dabei wird es auch hier entscheidend darauf abgestellt, ob der zur richterlichen Kognition gestellte Verwaltungsakt auf einer sachfremden Motivation beruht oder nicht. Fehlt in concreto das maßgebliche Motiv, wird ein unsachgemäßer Zweck verfolgt, so ist der staatliche Eingriff willkürlich, weil ein vernünftiger, die angegriffene Maßnahme rechtfertigender Grund nicht vorhanden ist⁸⁾. In diesem Sinn hat schließlich auch die der Theorie vorangegangene Judikatur der nordischen Länder, insbesondere des norwegischen höchsten Gerichtshofs, in den letzten Jahrzehnten den Satz anerkannt, daß eine Verwaltungsbehörde durch Verfolgung eines dem Gesetz entgegenstehenden sachfremden Zwecks mißbräuchlich verfahren könne⁹⁾.

Die Umschreibung des Willkürbegriffs unterscheidet sich von der des Ermessensmißbrauchs durch die Praxis der Verwaltungsgerichte in der Formulierung lediglich dadurch, daß es bei dem Willkürbegriff

esso«, handelt es sich nur um formalisierte Anwendungsfälle des »*sviamento di potere*«. Denn vom Gesetzgeber wird hier als Voraussetzung für den Rekurs an den Staatsrat selbständig zwischen *incompetenza*, *eccesso di potere*, *violazione di legge* unterschieden (so Art. 26 d. Ges. über den Staatsrat v. 26. 6. 1924 n. 1054), während in Frankreich neben dem »*détournement de pouvoir*« auch die »*violation de la loi*« und die »*incompétence*« als Erscheinungsformen des *excès de pouvoir* betrachtet werden.

6) Vgl. z. B. Bourquin, *Traité sur la protection des droits individuels contre les abus du pouvoir etc.* 1912 S. 81 f. No. 57—59.

7) Vgl. etwa das Urteil des Kassationshofes v. 5. März 1917 *Pasicrisie belge* 1917 I. S. 122 f.; ebenso v. 16. Dezember 1920 *Pasicrisie belge* I S. 65 f., 69; Urteil vom Cour d'Appel de Bruxelles v. 7. März 1924 ebenda 1924 I S. 167.

8) Ebenso wird in Italien als *eccesso di potere* z. B. betrachtet, wenn der Verwaltungsakt »*qualcosa di illogica e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge*« enthält, oder wenn es sich um die »*repressione del vizio d'ingiustizia manifesta*« handelt; die näheren Nachweise bei Orlando a. a. O. 808.

9) Praktisch von Bedeutung wurde dieser Satz in der Rechtsprechung vor allem, als die Verwaltungsbehörden die ihnen durch das Alkoholgesetz gegebenen Befugnisse mißbräuchlich ausübten; nähere Belege, auch zur Rechtsprechung Dänemarks und Schwedens bei P. Andersen, *Om Ugyldige forvaltnings akter* 1924 (deutsche Übersetzung von Pappenheim 1927 § 28 S. 268 f.).

Z. ausl. öff. Recht u. Völkerr. Bd. I, T. 1: Abb.

6

nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Verwaltungsbehörde in concreto sich tatsächlich hat mißbräuchlich motivieren lassen, sondern ob der zur Kognition gestellte staatliche Hoheitsakt unabhängig von der faktisch nachweisbaren behördlichen Motivation objektiv mißbräuchlich erscheint¹⁰⁾. Praktisch fällt diese Unterschiedlichkeit der Formulierung nicht ins Gewicht; denn eine tatsächlich mißbräuchliche Motivation wird in den überwiegenden Fällen auch objektiv nicht haltbar und deshalb willkürlich sein. Immerhin sind in der Praxis — auch des Völkerrechts — Fälle möglich, in denen die unterschiedliche Formulierung von Wichtigkeit werden kann. Denn kommt es bei der Feststellung des Willkürtatbestandes nur auf die objektiv erschließbare Motivation an, so ist das Schulselement aus dem Willkürbegriff eliminiert¹¹⁾. Damit besteht die Möglichkeit, das Verhalten eines staatlichen Organs (einer verwaltenden Behörde ebenso wie das des Parlaments oder eines Gerichtshofs) unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten als willkürlich zu kennzeichnen und in dem Verhalten des Staates ein Delikt zu sehen, ohne daß ein subjektives Verschulden der für den Staat kompetenzmäßig oder -widrig handelnden Einzelperson oder Personeneinheit vorzuliegen braucht¹²⁾.

¹⁰⁾ Mit Recht gegen das subjektive Moment im Begriff des Ermessensmißbrauches auch Scheuner, Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte im Verwaltungsarchiv Bd. 33 (1928) S. 73 f., der im übrigen auch darauf aufmerksam macht, daß die »motifs déterminants« des »détournement de pouvoir« neuerdings von der französischen Theorie mehr im objektiven Sinne verstanden werden. Zu eng faßt dagegen in der Regel das deutsche Reichsgericht den Willkürbegriff. Nach ihm (vgl. vor allem RGE. i. Ziv. S. Bd. 99. S. 256, Bd. 106 S. 219, Bd. 113 S. 20 und neuerdings Jur. Woch. 1928 S. 2021; richtig dagegen RGE. i. Ziv. S. Bd. 111 S. 329) gibt es auch »einen sachlich nicht zu rechtfertigenden Gebrauch« des freien Ermessens, einen Ermessensmißbrauch, der nicht eine »durch nichts zu rechtfertigende Willkürhandlung« zu sein braucht.

¹¹⁾ Näher zum Text Leibholz, Gleichheit 92 ff. Unrichtig ist, wenn Politis a. a. O. zum Begriff des mit dem Willkürbegriff identischen »abus de droit« (über dessen Verhältnis zum »détournement de pouvoir« s. S. 4) im Privatrecht eine »base subjective de l'abus« für erforderlich, im öffentlichen Recht dagegen für entbehrlich hält ((a. a. O. 81) 85). Der Begriff des »abus de droit« kann in seiner Grundsätzlichkeit und Allgemeingültigkeit im Privatrecht nicht anders wie im öffentlichen Recht bestimmt werden. Hier wie dort spielt das Schulselement keine Rolle. Lediglich auf das objektiv erschließbare Motiv kommt es an. In diesem Sinne vor allem auch Campion, La Théorie de l'Abus des Droits 1925, der bei seiner ausführlichen Untersuchung über den Geltungsbereich des Satzes vom Verbot des Rechtsmißbrauchs für das Privatrecht zu dem Satze gelangt: das subjektive Element »n'est pas le criterium de l'exercice antisociale« (S. 306, nr. 424). Dementsprechend wird der »Abus des Droits« definiert als »exercice antisocial d'une faculté reconnue par la loi, chaque fois que l'intérêt social lésé par cette exercice apparaitra comme plus considérable que l'intérêt social s'attachant à l'intangibilité de cette faculté« (S. 329 Nr. 454). Vgl. ferner noch Josseland, De l'Escrit des Droits etc. 1927 S. 385 f.

¹²⁾ Übereinstimmend die neuere völkerrechtliche Literatur, nach der eine deliktische Haftung des Staates nur auf Grund des Erfolges, somit allein auf Grund eines objektiv

Ebensowenig wie die Verwaltungsbehörden dürfen Justiz und Legislative willkürlich verfahren. Praktisch besteht vor allem bei den gesetzgebenden Instanzen die Gefahr, daß sie bei der Rechtsetzung den weiten Rahmen ihres freien Ermessens nach »außen« oder »innen« überschreiten. Um einem solchen etwaigen Ermessensmißbrauch des Gesetzgebers zu begegnen, hat in einzelnen Staaten, vor allem den bundesstaatlich organisierten Demokratien, der Richter sogar das Recht, Akte der Legislative auf ihre Willkürlichkeit hin zu prüfen¹³⁾. So hat z. B. das Schweizer Bundesgericht aus Art. 4 der Bundesverfassung, der die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz proklamiert, auch das Verbot des Erlasses willkürlicher Kantonalgesetze hergeleitet. Und der Supreme Court in den Vereinigten Staaten hat auf Grund der Verfassungsbestimmung »nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws« in ständiger Rechtsprechung gefordert, daß jeder verfassungsmäßig zustande gekommenen gesetzlichen Bestimmung »some reasonable ground« zugrunde liegen müsse und »not a mere arbitrary selection« darstellen dürfe. Auch die deutsche nachrevolutionäre Staatsrechtslehre ist auf Grund des tiefgehenden Strukturwandels der Grundrechte allmählich zu der Erkenntnis gelangt, daß das zwischen Individuum und Staat bestehende Beziehungsverhältnis nicht mehr im Sinne des autoritären Ethos des vorrevolutionären konstitutionellen Verfassungsrechts bewertet werden darf. Der im Wortlaut mit dem Art. 4 der Schweizer Bundesverfassung übereinstimmende Gleichheitssatz der deutschen Reichsverfassung (Art. 109 Abs. 1) verbietet so jetzt dem Gesetzgeber jede willkürliche Differenzierung der Individuen mit der Maßgabe, daß eine diesem Verbot zuwider statuierte Rechtsnorm vom Richter als verfassungswidrig erachtet werden muß.

Mit diesen nur exemplifikativ gedachten Hinweisen wird jedenfalls der so oft erhobene Einwand entkräftet, daß der Willkürbegriff nicht praktikabel verwertbar sei. Überhaupt ist zu bedenken, daß der Beurteiler nicht rein subjektiv und disziplinlos entscheiden darf nach dem, was er für seine Person für ungeeignet, zweckwidrig, willkürlich hält, sondern daß er die Frage rein objektiv in der Weise stellen muß und in der Praxis meist auch stellt, ob unter dem bestimmten Gesichtspunkt, unter dem ein staatliches Verhalten oder ein Rechtssatz zu prüfen ist, ein nach dem Rechtsbewußtsein der

völkerrechtswidrigen Tatbestandes, ohne Rücksicht auf ein Verschulden der im Staatsgebiet für den Staat handelnden Individuen, eintritt; vgl. z. B. Anzilotti, *La Responsabilité Internationale des Etats* i. *Revue génér. de Droit intern. publ.* Bd. 13 (1906) S. 14; Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt* 1920 S. 45 f., der allerdings für Unterlassungshandlungen grundsätzlich noch an dem Verschuldensprinzip festhält (52 f.).

¹³⁾ Näher zum Folgenden Leibholz, *Gleichheit a. a. O.*

Völkerrechtsgemeinschaft als maßgeblich zu erachtender, den Akt rechtefertiger Grund ausfindig gemacht werden kann.

Im Folgenden sind nun einzelne auch für den Willkürsatz bedeutende, durch die individuelle Struktur des Völkerrechts bedingte Besonderheiten hervorzuheben. Das Völkerrecht ist zwischenstaatliches Recht¹⁴⁾, berechtigt und verpflichtet daher nur die Staaten. Das Individuum ist somit nur das protegierte wie das möglicherweise von der Völkerrechtsverletzung betroffene Herrschaftsobjekt, niemals aber — auch heute nicht¹⁵⁾ — Subjekt eigener völkerrechtlicher Rechte und Pflichten¹⁶⁾. Daher ist es völkerrechtlich gesehen auch unerheb-

¹⁴⁾ Statt aller Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* 1899 S. 11 ff. und *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*, *Recueil des Cours d. Haager Akademie* 1923 I. 79 ff.

¹⁵⁾ Die Möglichkeit eines künftigen Strukturwandels des Völkerrechts soll damit nicht in Abrede gestellt werden.

¹⁶⁾ Doch wird vielfach die Völkerrechtssubjektivität des Individuums — wenn auch in partiell verschiedenem Umfange — behauptet; so z. B. W. Kaufmann, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts* 1899 S. 28 ff., 77 f.; Diena, *L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international* (Extrait de la *Revue générale de droit international public* S. 14 f.); Schücking, *Das Werk vom Haag Bd. I, Der Staatenverband der Haager Konferenzen* 1912 S. 141 ff.; Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* 1920 S. 120 ff., 162 f.; Ebers, *Mitteilungen der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 1926 H. 7 S. 7 ff.; neuestens Spiropoulos, *L'individu en Droit International* 1928 vor allem S. 32 ff. Man beruft sich zur näheren Begründung dieser Auffassung vor allem darauf, daß das Individuum auch als selbständig berechtigte Partei, etwa vor Schiedsgerichten, dem Staat gegenüberzutreten kann, wie darauf, daß Individuen wie z. B. bei der Seeräuberei, Blockade, beim Kriege völkerrechtliche Normen verletzen können, ohne zugleich gegen das Landesrecht zu verstoßen. In Wirklichkeit handelt es sich bei diesen angeblich völkerrechtlichen Rechten der Individuen nur um Reflexwirkungen konkreter, objektives Völkerrecht schaffender Staatenvereinbarungen. Wird z. B. auf Grund eines Niederlassungsvertrages für die Angehörigen des einen Staates das »Recht« begründet, im Gebiet des anderen Teiles sich aufzuhalten, zu reisen, Handel und Gewerbe zu treiben, oder erhalten auf Grund eines Vertrages wie z. B. jüngst des Versailler Friedensvertrages (vgl. insbes. Art. 297 ff.) Private das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen einen Staat vor einer internationalen Instanz zu verklagen, so ist dieses »Recht« inhaltlich Bestandteil der konkreten Staatenvereinbarung und rechtlich nicht anders zu bewerten wie jede andere in dieser enthaltene Abmachung. So erklärt es sich auch, warum alle diese »Individualrechte«, die auch nach Sinn und Zweck des Vertrages gar nicht begründet werden sollen, jederzeit rechtswirksam durch eine Staatenvereinbarung wieder aufgehoben oder geschmälert werden können. — Auch als völkerrechtliches Pflichtsubjekt fungiert das Individuum nicht. Vielmehr handelt es sich bei Seeräuberei, Blockade und ähnlichen Fällen stets um die Ausübung einer auf einer Staatenvereinbarung beruhenden völkerrechtlichen Befugnis; die durch sie jeweils persönlich betroffenen Individuen verwirklichen einen Tatbestand, der ihnen auf Grund objektiven Völkerrechts zugerechnet wird, und der die Staaten zu einem bestimmten Handeln gegen die — völkerrechtlich gesehen — insoweit recht- und schutzlosen Individuen (s. auch die Staatenlosen) berechtigt. Hierzu näher etwa Jerusalem, *Welche Bedeutung haben zwischenstaatliche Verträge für die innerstaatliche Gesetzgebung in den Verhandlungen des zweiten tschechoslowakischen Juristentages*

lich, ob ein Staat innerhalb seines eignen Wirkungsbereiches gegen seine Staatsangehörigen oder ein anderer Staat mit Einwilligung des Heimatsstaates gegen die für ihn fremden Individuen willkürlich verfährt¹⁷⁾. Diese Befugnis der Staaten, völkerrechtlich nach Belieben mit den eignen Staatsangehörigen zu verfahren, gehört noch im Sinne der jüngsten Schiedsverträge zu den von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossenen »Fragen, die nach Völkerrecht im ausschließlichen Bereich der Zuständigkeit der Staaten liegen«¹⁸⁾, der auch noch vom Statut des Völkerbundes¹⁹⁾ ja sogar von dem Genfer Protokoll ausdrücklich gewährleistet worden ist²⁰⁾. Nur wenn man hypothetisch ein von der

1925 S. 144 f. Wie hier noch jüngst Heilborn, Die Stellung des Menschen im Völkerrecht. 1927 S. 5 ff.; Knubben, Die Subjekte des Völkerrechts 1928 S. 493, 500, 514 f.

Zu welchen Konsequenzen die abweichende Ansicht führen muß, wird z. B. bei Rehm, Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht 1907, I, S. 55 deutlich, der, um Theorie und Rechtswirklichkeit miteinander zu versöhnen, zwischen »Subjekten« und »Mitgliedern« der Völkerrechtsgemeinschaft unterscheidet. Ebenso Fauchille, Traité de droit international public 1922, Bd. I. Teil I. S. 207 f. (Die Individuen sind »personnes internationales«) und vor allem Hamburger, Die Theorie von den Subjekten und Mitgliedern der Völkerrechtsordnung in Niemeyer's Zeitschrift f. intern. Recht Bd. 36 S. 121 ff., vor allem 133 f., 140. Die Annahme eines Subjekts des Völkerrechts, das nicht zur Völkerrechtsgemeinschaft gehören soll, ist aber innerlich widerspruchsvoll.

17) Abweichend vor allem Spiropoulos, L'individu en Droit International S. 55 ff.

18) So z. B. Art. 1 des Vergleichs- und Schiedsvertrages zwischen der Schweiz und Polen vom 7. März 1925 in Martens-Triepel, Nouveau Recueil général de Traités 1927, Bd. 16, S. 64; ähnlich auch Art. 1 des Schiedsvertrages zwischen den Vereinigten Staaten und Schweden vom 24. Juni 1924 i. Martens-Triepel, Nouveau Recueil a. a. O. Bd. 14, S. 122. — Vielfach werden die »Angelegenheiten, die die Unabhängigkeit, die Unversehrtheit des Gebiets oder andere höchste Lebensfragen eines Staates betreffen« heute einem Vergleichsverfahren unterstellt; vgl. etwa Art. 4 des zwischen Deutschland und der Schweiz abgeschlossenen Schieds- und Vergleichsvertrages in Martens-Triepel a. a. O. 1924, Bd. 12, S. 75 f. und Art. 4 des Vertrages zwischen Deutschland und Finnland, Martens-Triepel a. a. O. Bd. 15, S. 71. Die Schweiz hat sogar in den letzten Jahren in einzelnen Verträgen (Vgl. den Vertrag zwischen der Schweiz und Brasilien v. 23. Juni 1924 in Bundesblatt der Schweiz. Eidgenossenschaft 1924, III, S. 661 f.) den Grundsatz der generellen obligatorischen Schiedsgerichtsbarkeit akzeptiert; aber selbst dieser Vertrag enthält im Art. 1 den nur in der Terminologie den südamerikanischen Schiedsverträgen angepaßten Vorbehalt, daß »die Streitigkeiten die Verfassungsgrundsätze des einen oder anderen Staates nicht berühren« dürfen. Diese Klausel fehlt allerdings im italienisch-schweizerischen Schiedsvertrag (Bbl. d. Schw. Eidgen. III, 1924, S. 671 f.) Aber auch hier heißt es in der Botschaft des Bundesrates usw. (a. a. O. Bund.-Bl. 668) charakteristischerweise, »daß die restlose Anwendung der Grundsätze des Rechts und der Billigkeit auf die zwischenstaatlichen Beziehungen die nationale Staatshoheit in keiner Hinsicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil deren beste Gewähr bedeutet«.

19) Vgl. Art. 15, Abs. 8 des Pacte de la Société des Nations; dazu näher Schücking-Wehberg, Die Satzung des Völkerbundes 1924, S. 590—92.

20) Vgl. Art. 5, Abs. 2 und 3 des nicht in Kraft getretenen Genfer »Protocole pour le Règlement pacifique des différends internationaux«, das ebenfalls für den ausschließlichen Kompetenzbereich der Staaten die Schiedsgerichtsbarkeit völlig ausgeschaltet hatte

gegenwärtigen Struktur völlig verschiedenes, herrschaftsmäßig organisiertes, die Staaten umfassendes und ihnen übergeordnetes Völkerrecht voraussetzen würde, würde das Völkerrecht die Angehörigen eines Staates auch gegenüber dem eigenen Staate schützen können²¹⁾.

Aus der koordinations-, nicht herrschaftsrechtlichen Struktur des Völkerrechts folgt weiter, daß im Gegensatz zum Landesrecht, in dem potentiell jeder staatliche Hoheitsakt mit dem Willkürsatz kollidieren kann, — staatlich organisierte Gemeinschaft und Individuum stehen sich hier stets gegensätzlich einander gegenüber²²⁾ —, ein großer Teil der spezifisch völkerrechtlichen Normen, nämlich grundsätzlich das gesamte Vertrags- und Gewohnheitsrecht, nicht der Gefahr einer Kollision mit dem Willkürsatz ausgesetzt ist.

Eine gewohnheitsrechtlich legitimierte Norm kann niemals willkürlich sein, da die faktische Übung, die allmählich zum Gewohnheitsrecht führt, stets von dem Rechtsbewußtsein der Rechtsgemeinschaft getragen wird. Nicht die »fortdauernde Übung erzeugt die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung²³⁾«, sondern umgekehrt die gemeinsamen Rechtsvorstellungen, die allgemeinen Rechtsüberzeugungen ermöglichen erst ein rechtlich relevantes, sinnerfülltes Handeln der Gemeinschaft und damit in der Folge die Bildung eines Gewohnheitsrechtes. Das Rechtsbewußtsein kann aber niemals sich selbst widersprechen.

Ebensowenig kann das auf dem ausdrücklich erklärten Staatswillen beruhende, völkerrechtliche Vertragsrecht jemals willkürlich sein, vorausgesetzt daß es frei gesetzt ist, also nicht etwa auf vis absoluta, böswilliger Täuschung des Vertragspartners oder ähnlichen Einwirkungen beruht²⁴⁾ und ferner nicht Rechte dritter Staaten berührt werden. Denn nach dem Rechtsbewußtsein der jeweils zur Völkerrechtsgemeinschaft gehörenden Staaten hat jeder Staat — jedenfalls heute noch — das Recht, seine rechtlichen Beziehungen zu dritten Staaten frei nach seinem Belieben zu gestalten. Daher ist auch, ebenso wie völkerrechtlich das Landesrecht eines Staates rechtsstaatlich geordnet sein kann, aber nicht muß, der Inhalt der von einer mehr oder weniger großen Anzahl von Staaten auf Grund ihrer eigenen, freien Willensentscheidung miteinander getroffenen Vereinbarungen — völkerrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Willkür gesehen — belanglos.

²¹⁾ Erst dann würde jede willkürliche Beeinträchtigung von Freiheit, Leben und Eigentum — man denke nur etwa an die heute diktatorförmig regierten Staaten — stets auch eine Völkerrechtsverletzung enthalten.

²²⁾ Dies gilt auch von der rechtsstaatlich organisierten Demokratie.

²³⁾ So statt vieler Jellinek, Allgemeine Staatslehre 1919, S. 339.

²⁴⁾ In diesen Fällen ist ein Zurückgehen auf den Willkürsatz wieder möglich und notwendig.

Daher kann eine konkrete Staatenvereinbarung mit Wirkung *inter partes* auch geltendes allgemeines Völkergewohnheits- oder Vertragsrecht derogieren. So könnten z. B. bei Annahme eines allgemeinen völkerrechtlichen Gewohnheitssatzes, nach dem eigene Staatsangehörige überhaupt nicht und Ausländer wegen politischer Delikte ihrem Heimatsstaat nicht ausgeliefert werden dürfen, zwei Staaten miteinander eine Auslieferungspflicht auch in bezug auf eigene Staatsangehörige oder eine solche wegen politischer Delikte vereinbaren. Ebenso würde eine an sich völkerrechtswidrige Ausweisung ihren Makel verlieren, wenn der Heimatsstaat des Ausgewiesenen zuvor sein Einverständnis mit der Ausweisung dem anderen Staate gegenüber bekundet haben würde. Umgekehrt kann eine an sich völkerrechtlich zulässige Ausweisung etwa dadurch den Makel der Rechtswidrigkeit erhalten, daß in einem Niederlassungsvertrage die betreffende Ausweisung für unzulässig erklärt wird.

So kann auch die Frage, ob die Staaten innerhalb des gesetzten Rechts zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auf den Willkürsatz Bezug nehmen dürfen, beantwortet werden. Maßgeblich ist die Auslegung der konkreten Vereinbarung. Sollten durch die Kodifizierung einer bestimmten Materie die Beziehungen der Staaten ausschließlich geregelt werden, so ist über das geschriebene Recht hinaus eine Bezugnahme auf den Willkürsatz unzulässig. Wenn z. B. ein Niederlassungsvertrag zwischen zwei Staaten abgeschlossen wird, so geschieht dies in der Regel jedenfalls auch deshalb, um die Rechtsgründe zu fixieren, die einen Staat zur Ausweisung der Staatsangehörigen des fremden Staates berechtigen sollen. Hat die enumerative Aufzählung der Rechtsgründe der Ausweisung diese limitative Bedeutung, so kann der Staat sich bei einer Ausweisung, die sich nicht auf die in der Vereinbarung aufgezählten Gründe stützt, nicht auf das Nicht-Willkürliche seiner Handlungsweise berufen.

Umgekehrt kann dieser auf den Willkürsatz dann rekurrieren, wenn die Kodifizierung nicht ausschließlichen Charakter trägt. Das gilt vor allem dort, wo sich im Völkerrecht im Laufe der Zeit bestimmte gewohnheitsrechtliche Sätze entwickelt haben. So kann sich z. B. ein Staat in Ermangelung ausdrücklich gesetzten Völkerrechts bei einer Ausweisung darauf berufen, daß diese nicht willkürlich erfolgt sei. Denn die gewohnheitsrechtliche Kodifizierung hat hier nicht in dem Sinne ausschließliche Bedeutung, daß nur die so rationalisierten Rechtsätze die zwischenstaatlichen Beziehungen regeln sollen.

Ist nun einmal allgemeines oder partikulares Völkergewohnheits- oder Vertragsrecht rechtswirksam entstanden, so kann dieses, ohne den Willkürsatz zu verletzen, grundsätzlich nicht mehr einseitig beliebig geändert oder aufgehoben werden. Dabei ist es gleichgültig,

ob man bei einem solchen einzelstaatlichen Verhalten von einer Verletzung des Willkürsatzes oder im Sinne des Sprachgebrauches der inhaltlich jeweils näher bestimmten Rechtsnormen spricht. Denn das geschriebene Völkerrecht hat ja insoweit nur die Funktion, den allgemeinen Willkürsatz nach der positiven Seite hin zu rationalisieren und zu formalisieren. Jede materiellrechtliche Verletzung einer völkerrechtlichen Norm setzt stets eine solche des Willkürverbotes voraus. Eine nicht willkürliche Verletzung eines Völkerrechtssatzes ist somit eine *contradictio in adjecto* ²⁵⁾.

Die Feststellung, daß jede einseitige Aufhebung resp. Abänderung eines Vertrages eine Kollision mit dem Willkürsatz involviert, ist vor allem rechtstheoretisch von Bedeutung. Gegen die Lehre, die das Völkerrecht auf den Staatswillen oder den Gemeinwillen einer Vielheit von Staaten zurückführt, hat bekanntlich insbesondere die von Kelsen geführte österreichische Schule eingewandt, daß sie den Normcharakter der völkerrechtlichen Sätze nicht zu erklären vermag. In der Tat kann man die Völkerrechtswidrigkeit z. B. eines Vertragsbruchs nur begründen, wenn außerhalb der konkreten Staatenvereinbarung eine die Staaten verpflichtende Norm besteht, die den Bruch des Vertrages mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet ²⁶⁾. Die österreichische Schule — die Selbstverpflichtungslehre mit Recht bekämpfend — sucht diese Rechtsverbindlichkeit des positiv-völkerrechtlichen Normenmaterials mit Hilfe einer Hypothese, nämlich dem Satze *pacta sunt servanda*, zu erweisen ²⁷⁾.

Problematisch bleibt bei dieser Annahme nur die Frage, woher diese sog. Grundnorm selbst ihren normativen Charakter haben soll ²⁸⁾.

²⁵⁾ Verpflichtet sich so z. B. ein Staat zur Lieferung von Naturprodukten oder Industrieerzeugnissen, die nur auf seinem Staatsgebiet gewonnen resp. hergestellt werden können, und kann der Staat seine Verpflichtungen infolge Mißernte, Erdbeben, Zerstörung seiner Fabriken nicht erfüllen, so liegt eine materiellrechtliche Verletzung des Vertrages nicht nur deshalb nicht vor, weil seine Nichterfüllung nicht schuldhaft, sondern auch objektiv nicht willkürlich ist.

²⁶⁾ In diesem Sinn trotz aller gegensätzlichen Behauptungen schon grundsätzlich Bodinus, *De re publica* 1650 L. I Cap. VIII, den die mit Recht unterstrichene Unmöglichkeit der Selbstverpflichtung des *principis* nicht hindert, mehrfach zu betonen, daß »*legibus divinis ac naturalibus principes omnes ac populi aequae obligantur*« und daß das »*summum imperium legibus solutum . . . nihil ad divinas, aut naturae leges pertinet*« (so z. B. 134/135).

²⁷⁾ Vor allem Kelsen, *Das Problem der Souveränität a. a. O.* S. 102 ff. (besonders deutlich z. B. S. 137); in abgewandter Form auch Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* 1926, S. 29 f., 31 f., 127 f.; in diesem Sinn aber auch Thoma, *Niemeyer's Zeitschr. f. intern. Recht* Bd. 34, S. 179 ff.; Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale* 1928 I S. 42 f., 65.

²⁸⁾ Verdross, *Verfassung a. a. O.* S. 32 selbst betont die Notwendigkeit einer weiteren und zwar wertbezogenen Grundlegung und glaubt diese letzten Endes im »Ur-

Denn auf das Gewohnheitsrecht, das den Satz »pacta sunt servanda« in der Gegenwart ganz gewiß sanktioniert hat, kann man rechtstheoretisch letzten Endes deshalb nicht rekurrieren, weil eine solche gewohnheitsrechtlich fundierte Norm, um ihrerseits ihre rechtsverpflichtende Kraft erweisen zu können, wiederum durch eine ihr übergeordnete Norm — und so weiter fort in unendlicher Stufenfolge — legitimiert werden muß²⁹⁾. Kann aber der Rechtsatzcharakter der Grundnorm näher nicht begründet werden, so erweist sich die zugrundegelegte Hypothese in Wahrheit als eine das Problem nur verschiebende, aber nicht klärende Fiktion³⁰⁾.

Außerdem bleibt, selbst wenn man die Norm *pacta sunt servanda* in ihrer hypothetischen Gestalt dem Völkerrecht zugrunde legen wollte, immer noch eine Reihe von Normen bestehen, die mit dem Hinweis auf die Grundnorm selbst nicht erklärt werden können³¹⁾. Die Bindung an die Verträge setzt nämlich deren rechtswirksamen Abschluß voraus; d. h. all die formellen und materiellen Fragen, die die Gültigkeit des Vertrages selbst betreffen wie z. B. Rechtsfähigkeit der Parteien, Willensübereinstimmung, Zulässigkeit des Vertragsinhalts müssen schon vorher rechtssatzmäßig ohne Bezugnahme auf die Grundnorm selbst entschieden werden können³²⁾. In der gleichen Weise setzt auch die Interpretation des völkerrechtlichen Vertragsrechts eine Mehrheit von dem positiven Rechte transzendenten, mit der Grundnorm nicht identischen Rechtssätzen voraus³³⁾.

Es liegt nicht im Rahmen dieses Aufsatzes, des näheren die Fülle der Rechtssätze zu formulieren und zu begründen, die zwangsläufig

grunde des Kosmos« finden zu können. Im *Recueil des Cours* 1927 Bd. I (*Le Fondement du Droit International*) S. 286 wird so der Satz *pacta sunt servanda* nicht nur »als simple norme juridique«, sondern zugleich auch als »règle éthique, c'est à dire une valeur évidente« bezeichnet.

²⁹⁾ Vgl. auch Verdross, *Verfassung* a. a. O. 29. Auch versagt jene Erklärung — schon empirisch technisch gesehen — für eine Zeit, für die ein Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar ist.

³⁰⁾ So mit Recht schon Triepel, *Droit interne et Droit International* a. a. O. 87; vgl. auch Verdross, *Recueil* a. a. O. 280; C. Schmitt, *Verfassungslehre* 1928 S. 69.

³¹⁾ Hierauf hat vor allem schon Ottolenghi, *Rivista di diritto internazionale* 1925, Bd. 17 S. 462 f. mit Nachdruck hingewiesen.

³²⁾ Wenn Verdross, *Verfassung* 30 f. — Ottolenghi replizierend — die Ermächtigung zum Vertragsabschluß und die positiven Vorschriften, die über das rechtswirksame Zustandekommen eines solchen entscheiden, zugleich in der Grundnorm enthalten sieht, so hat er damit seine ursprüngliche These aufgegeben. Denn man kann nicht, wie schon Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts* 1928 S. 65 Anm. richtig bemerkt, eine Summe von selbständigen Rechtssätzen auf Grund einer eigenen Terminologie als *eine* Norm, als *die* Grundnorm bezeichnen.

³³⁾ Dies hat schon Schreier, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte* 1927 z. B. S. 9, 53 f. dargetan.

vorausgesetzt werden müssen, um rechtswirksam eine völkerrechtliche Vereinbarung zur Entstehung und Anwendung gelangen zu lassen. Vielmehr genügt in diesem Zusammenhang die Bemerkung, daß der wichtigste Satz dieser ungeschriebenen, »schon von vornherein mit der Tatsache der Rechtsgemeinschaft gegebenen«³⁴⁾ völkerrechtlichen Normen, der Satz »pacta sunt servanda«, seine Rechtsverbindlichkeit aus dem Verbot der Willkür herleitet. Eine Rechtsordnung könnte nicht bestehen, wenn allgemein gestattet sein würde, sich einseitig von vertraglich übernommenen Bindungen zu befreien. Insofern ist jener Satz nicht nur eine logisch vorausgesetzte, hypothetische Grundnorm, sondern ein positiver Rechtsatz, der als ein integrierender Bestandteil einer jeden Rechtsordnung, dem Landesrecht ebenso wie dem — gleichgültig ob mehr partikular oder universal gedachten — Völkerrecht³⁵⁾ immanent ist³⁶⁾ 37).

34) So Nippold, Der völkerrechtliche Vertrag 1894 S. 90, nach dem der Vertragsbegriff zu den »allgemeinen Begriffen« gehört, »die ein Gemeingut aller Rechtsgebiete bilden« (84 f.), und die allgemeinen Vertragsnormen zu den positiven Völkerrechtssätzen zählen (insbes. S. 86). Sehr richtig ferner Ebers, Mittel. d. Ges. f. Völkerrecht a. a. O. S. 21 ff. nach dem der Satz »pacta sunt servanda« zu jenen Sätzen gehört, die »von den Staaten nicht erst geschaffen, sondern vorgefunden werden ... Diese Anerkennung ist nicht eine frei widerrufliche Rezeption durch staatlichen Rechtssatz, sondern Bekenntnis zu jenen Sätzen, Unterwerfung unter sie.

35) Auch in der Praxis des Völkerrechts hat man sich ausdrücklich zu diesem Satz bekannt. Man denke vor allem an die bekannte, auf der Londoner Konferenz von 1870 einstimmig von den Großmächten gefaßte Resolution, die sich gegen die einseitige Lossagung Rußlands von den im Pariser Frieden im Jahre 1856 übernommenen Verpflichtungen gerichtet hat.

36) Unerheblich ist es somit, daß im Völkerrecht im Gegensatz zum Landesrecht eine Gemeinschaftsautorität fehlt, die den Rechtsbrecher ev. sogar durch unmittelbaren Erfüllungszwang zur Einhaltung seiner Verpflichtungen anhält.

Auch der Umstand, daß der völkerrechtliche Satz »pacta sunt servanda« in abgewandelter Form möglicherweise innerstaatliche Geltung beanspruchen kann, spricht nicht für den Primat des Völkerrechts im Sinne der monistisch-theoretischen Grundkonzeption vor allem der Wiener Schule. Denn jener Satz würde innerstaatlich nur auf Grund einer autoritativen Willensentscheidung der maßgeblichen einzelstaatlichen Gesetzgebungsfaktoren gelten können. Daß auch unter Berücksichtigung des hier nicht zu erörternden Art. 4 RV. und diesem inhaltlich entsprechender Verfassungsrechtssätze jener Satz nicht zu den landesrechtlich transformierten, völkerrechtlichen Sätzen gehört, hat im übrigen jüngst Walz, Die Abänderung völkerrechtsgemäßen Landesrechts 1927 a. a. O., insbesondere über Art. 4 RV. S. 98 f. ausführlich dargetan.

37) Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 1927 S. 374 ff. spricht neuerdings dem völkerrechtlichen Vertrag seine positivrechtliche Verbindlichkeit ab, da Rechtssätze über das positive Vertragsrecht im Völkerrecht nicht nachweisbar seien (z. B. 393, 395, 396). Die Einhaltung des Vertrages soll nicht mehr Sache des positiven, sondern des richtigen Rechts sein. Übersehen wird dabei nur, daß die Verbindlichkeit des völkerrechtlichen Vertragsrechts letzten Endes ja nicht auf der Grundnorm, sondern dem Willkürverbot beruht, das sich in seiner rechtlich verpflichtenden Kraft nun nicht aus den jeweils konkret vereinbarten Normen, sondern der Existenz einer gegebenen

Mit dieser grundsätzlichen Einstellung ist auch die Lehre von der *Clausula rebus sic stantibus*, soweit sie ihrem Kern nach berechtigt ist, vereinbar. Die *Clausula* gilt rechtsatzmäßig, nicht also als ein rechtlicher Erfassung unzugängliches »faktisch wirksames Gesetz«³⁸⁾, dann, wenn die Bindung der Staaten an die einmal gesetzte völkerrechtliche Vereinbarung mit den Anforderungen des Völkerrechts selbst schlechthin nicht mehr vereinbar ist. Die Anwendung der *Clausula* setzt somit stets eine Kollision zwischen der Herrschaft des Rechtes und dem durch das Recht bedrohten Lebensgut voraus, das — ähnlich wie im Strafrecht — gerade nun wieder vom Recht in seinem Bestande höher bewertet wird als die Bindung an das bestehende Normenmaterial³⁹⁾.

Eine solche Kollision wird naturgemäß nur in seltenen Fällen wenn besonders gewichtige Gründe vorliegen, in Frage kommen; so, etwa dann, wenn — ich knüpfe an die üblichen Formulierungen an — die von den kontrahierenden Staaten bei Vertragsschluß einverständlich gesetzten Voraussetzungen sich so wesentlich verändert haben, daß die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen nach dem Willen beider Kontrahenten einem der Staaten nicht mehr zugemutet werden kann oder durch sie das Daseins- oder Existenzrecht eines der Staaten tatsächlich aufgehoben oder ernstlich gefährdet werden würde⁴⁰⁾.

Rechtsordnung ergibt. Über diesen Satz wacht auch nicht (vgl. z. B. Burckhardt 383) die einzelstaatliche Autorität, sondern das Rechtsbewußtsein der die Völkerrechtsgemeinschaft jeweils konstituierenden Rechtsgenossen (näher Text), das durch eine etwa vorhandene richterliche Entscheidungsinstanz inhaltlich auch näher konkretisiert werden kann.

³⁸⁾ So Bruno Schmidt, Die völkerrechtliche *Clausula rebus sic stantibus* 1907 S. 96, nach dem in der *Clausula* eine »allgemein dem abstrakten Recht durch das reale Leben unübersteigbar gesetzte Schranke zu empirischem Ausdruck« (a. a. O. 98) kommt. In diesem Sinn auch Salvioli, *Rivista di diritto internazionale* 1914. Serie II. Bd. 3, S. 275. — Hiergegen überzeugend schon E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die *Clausula rebus sic stantibus* 1911 insbes. S. 45 f.

³⁹⁾ Dazu näher Bonucci, Die *clausula rebus sic stantibus* im zwischenstaatlichen Recht in der *Zeitschr. f. Völkerrecht und Bundesstaatsrecht* 1910, Bd. 4, S. 465 f. — Eine ähnliche Wertkollision liegt auch der völkerrechtlichen Intervention zugrunde. Sie ist nur zulässig, wenn das durch das Verhalten eines Staates gefährdete Interesse eines anderen Staates oder einer Staatengruppe von dem Rechtsbewußtsein der in concreto zur Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten höher bewertet wird als das grundsätzlich rechtsatzmäßig gewährleistete Prinzip der Nichtintervention.

⁴⁰⁾ Vgl. noch die Formulierungen bei Kaufmann a. a. O. 110; Nippold, Der völkerrechtliche Vertrag S. 238; Cavaglieri, La funzione della *Clausula* »*Rebus sic stantibus*« nei trattati internazionali (Estratto dell' *Archivio giuridico* — Filippo Serafini — Vol. XII. der neuen Serie S. 106 f.) 1903 S. 20; Oppenheim, *International Law* Bd. I, 1920, S. 689—691 (Vital change of circumstances); Pohl, Deutsche Prisengerichtbarkeit 1911, S. 198 f. u. *Archiv d. öff. Rechts* Bd. 30, S. 301 f. (Interessen- und Ehrenklausel). Das richtige Prinzip schon bei Klüber, »*Droit des gens modernes de l'Europe* 1861, S. 214 § 165.

Nur innerhalb dieser Grenzen kann mit Recht von einer »Immanenz«⁴¹⁾ der *clausula* im Rahmen des völkerrechtlichen Vertragsrechts gesprochen werden. In diesem Sinn hebt z. B. der Kriegeausbruch, der typische von der Völkerrechtspraxis auch anerkannte Anwendungsfall der *clausula*, die Verpflichtungen, die sich aus den zwischen den kriegführenden Staaten bestehenden Verträgen ergeben, in weitgehendem Maße auf⁴²⁾. Ja, es wäre Willkür, würde man umgekehrt einen Staat im Kriege noch allgemein an die im Frieden, also unter völlig anderen Voraussetzungen, mit den Gegnern geschlossenen Verträge (z. B. Handels-, Niederlassungs-, Freundschaftsverträge) binden wollen.

Völkerrechtlich letzte Entscheidungsinstanz über die objektive Recht- oder Unrechtmäßigkeit eines solchen formalen Bruches völkerrechtlicher Normen ist auch hier stets nicht der sich einseitig auf die *clausula* berufende Staat⁴³⁾, sondern das Rechtsbewußtsein der jeweils zur Völkerrechtsgemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten: daher möglicherweise auch ein aus diesem Rechtsbewußtsein unmittelbar schöpfender, internationaler Gerichtshof wie z. B. ein Schiedsgericht, das nach den neuesten Schiedsverträgen vielfach ja auch über den Bestand von Staatsverträgen, also auch über deren eventuelle Aufhebung durch die *clausula* zu befinden hat⁴⁴⁾.

41) Dieser Ausdruck z. B. bei Pohl, *Prisengerichtsbarkeit* 200; E. Kaufmann, *Clausula* a. a. O. 204.

42) Selbst Lammasch, *Vertragstreue im Völkerrecht*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1915, Bd. II, S. 1 f., 31, der generell die Existenz der *clausula* leugnet, gibt a. a. O. S. 28 zu, daß es im Kriege Situationen gibt, die zu einer Lösung der Verträge berechtigen. Er spricht in diesem Zusammenhang nicht von einem materiellen, sondern nur »formellen Bruch der Vertragstreue«, für den der Staat »vor dem Urteil der übrigen Staaten und der Geschichte Indemnität erlangen wird«.

43) In diesem Sinne z. B. E. Kaufmann, 198 f., 204; Pohl, a. a. O. 201; jüngst auch Heller, *Die Souveränität* 1927, S. 167. Und zwar soll der Staat auch über die der *clausula* gezogenen Schranken völkerrechtlich souverän entscheiden können. Damit verlieren die dem Selbsterhaltungsrecht der Staaten gezogenen Begrenzungen — das Selbsterhaltungsrecht soll auch nach dieser Lehre »seine Grenze an der Erforderlichkeit oder Notwendigkeit der Handlungen für den Zweck der Selbsterhaltung« haben (so Kaufmann 200; vgl. auch Pohl 201; Heller 172/173) — ihre Bedeutung. Wie soll man zu einem Urteil, das die Berufung auf die *clausula* durch einen Staat als mißbräuchlich und völkerrechtswidrig brandmarkt, gelangen können, wenn nach dem Völkerrecht der Staat selbst autoritativ allein darüber entscheiden soll, ob das Selbsterhaltungsrecht sein Verhalten gefordert hat? In Wirklichkeit umkleidet man, wenn man in diesen Fällen die Entscheidungsbefugnis ausschließlich den Staaten vindiziert, nur eine allerdings vielfach geübte Praxis mit dem Schein des Rechts — eine Praxis, die tatsächlich nur die Folge der heute noch bestehenden technischen Unvollkommenheit des Völkerrechts, nämlich die Folge dessen ist, daß eine stets präsente, überstaatliche autoritative Entscheidungsinstanz fehlt, die in allen Streitigkeiten des Völkerrechts eine eindeutige und verpflichtende Entscheidung zu fällen vermag.

44) Z. B. Art. 2 des Deutsch-Schweizerischen Schiedsvertrages vom 28. Februar 1922 i. RGBl. S. 218; Art. 2 des Schiedsvertrages mit Schweden und Finnland vom

Hiernach wird ein Staat, der sich einseitig völkerrechtlich bindend übernommenen Verpflichtungen entzieht, in der Regel völkerrechtswidrig, unter Umständen dagegen auch rechtmäßig handeln. Die einseitige Aufhebung eines Staatsvertrages ist somit ein durch das Völkerrecht gebundener, staatlicher Ermessensakt. Der Staat darf innerhalb bestimmter, ihm durch das Völkerrecht gezogener Grenzen ein gegenständlich auf die Aufhebung resp. Abänderung einer völkerrechtlichen Norm gerichtetes Recht geltend machen. Überschreitet er diese Grenze, so mißbraucht er sein freies Ermessen, handelt willkürlich und damit rechtswidrig. Diese Feststellung ist zugleich von allgemeinerer Bedeutung. Denn die Sphäre des freien Ermessens ist bei Lichte besehen die eigentliche Domäne, in der das völkerrechtliche Verbot, willkürlich zu handeln, für die Staaten praktikabel wird.

Die Völkerrechtswissenschaft ist sich durch die fast ausschließliche Beschäftigung mit dem positiven völkerrechtlichen Normenmaterial überwiegend der großen Bedeutung des rechtlich gebundenen freien Ermessens der Staaten nicht bewußt geworden. Und doch spielt gerade dieses in der Staatenpraxis eine nicht minder bedeutende Rolle als das kodifizierte Vertragsrecht und das unkontrollierbaren Einflüssen ausgesetzte, in Wirklichkeit oft nicht nachweisbare Gewohnheitsrecht. Auch in Zukunft wird sich, wenn nicht Vertrags- und Gewohnheitsrecht das freie Ermessen zugunsten einer weiteren rechtlichen Gebundenheit der Staaten eingeengt haben, dieses nicht ändern. In diesem grundsätzlichen Sinne die staatliche »*domaine réservée*« der staatlichen »*domaine de la liberté limitée*« gegenübergestellt zu haben, ist das besondere Verdienst von Politis 45).

Der Begriff des freien Ermessens selbst ist ein spezifischer Rechtsbegriff. Er wird entscheidend durch Wahlmöglichkeiten charakterisiert, die auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen. Die Zahl der Möglichkeiten, innerhalb deren der Staat die ihm am zweckmäßigsten erscheinende frei wählen kann, — diese Entscheidung unterliegt auch nicht irgend wie einer rechtlichen Nachprüfung —, hängt im Einzelnen von der zugrunde liegenden Ermächtigungsnorm ab. Diese kann geschrieben oder ungeschrieben sein, sich aus der Natur der Sache ergeben, kann dehnbare Begriffe des freien Ermessens verwenden, kann aber die Grenzen auch enger abstecken. Am einfachsten liegen in dieser Beziehung die Verhältnisse im Verwaltungsrecht 46), wo in der 29. August 1925 i. RGBl. Teil II, S. 864 resp. 873. Vgl. ferner in dieser Richtung noch den Artikel 19 der Völkerbundsatzung.

45) Ausführlich Politis aaO. insbes. S. 43 ff. Diese staatliche »*domaine réservée*« ist aber nicht mit dem Belieben zu verwechseln, nach dem die Staaten völkerrechtlich mit ihren eigenen Staatsangehörigen verfahren können; dazu näher S. 85.

46) Jèze, *Théorie générale des motifs déterminants* i. d. Rev. du Droit publ. etc. 1920, S. 378 f., insbes. S. 393 f. hat, soweit ich die Literatur übersehe, am aus-

Regel bestimmte geschriebene Normen bestehen, die einer Behörde innerhalb eines mehr oder minder fest umgrenzten Rahmens die Betätigung des freien Ermessens gestatten. Komplizierter ist dagegen die Lage im Staats- und Völkerrecht. Hier bestehen in der Regel nur mehr allgemein gehaltene Normen, die das Verbot der Willkür und damit auch des Ermessensmißbrauchs sanktionieren. Daher kann auch in diesen Fällen die Frage, wann ein Akt als willkürlich bezeichnet werden darf, nur ganz allgemein beantwortet werden. Ein Staat mißbraucht sein freies Ermessen und handelt willkürlich im Sinne eines typischen »abus de droit« und der von Dicey entwickelten Ultra vires-Lehre 47), wenn dem staatlichen Hoheitsakt unter objektiver Würdigung aller Umstände im Widerspruch zum Rechtsbewußtsein der jeweils zur Völkerrechtsgemeinschaft gehörenden Staaten ein objektiv erschließbares Motiv zugrunde liegt, dem Maßgeblichkeit für die Determinierung des staatlichen Aktes im konkreten Falle durch das Völkerrecht nicht zuerkannt ist. Eine nähere Konkretisierung ist erst bei unmittelbarer Anwendung dieses allgemein gefaßten Prinzipes und Rechtssatzes möglich 48). Dieses soll in der Folge an Hand einer Reihe nicht erschöpfend gedachter Beispiele verdeutlicht werden.

II.

Die Konsequenzen für die Völkerrechtspraxis.

Grundsätzliche Bedeutung hat das Willkürverbot vor allem für das Fremdenrecht. Dies ist nicht immer klar erkannt worden. Man kann insbesondere nicht, wie dies häufig geschieht, aus der staatlichen Souveränität das Recht, nach Belieben etwa Fremden Gesetze zu erlassen oder Ausweisungen vorzunehmen, ableiten 49). Vielmehr findet

fürhlichsten die allgemeinen Gründe katalogisiert, die im Einzelfalle einen Verwaltungsakt als »illicite« determiniert und damit fehlerhaft erscheinen lassen können.

47) Diese allerdings nicht ins Grundsätzliche getriebene Lehre beruht unbewußt auf den Gedanken, die auch der Darstellung bei Politis sowie der eigenen im Texte gegebenen Skizze zugrunde liegen. Nach Dicey, *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws* 1924, S. 23, ist kein Staat berechtigt, »to exceed its acknowledged legislative authority« und gibt es »cases of legislative action, which may be considered ultra vires«. Insbesondere hat der Staat »no authority to legislate for, or adjudicate upon, things or persons (unless they are its subjects) not within its territory«.

48) Doch ist im Völkerrecht zahlenmäßig die Möglichkeit eines Rechtsmißbrauchs erheblich geringer als im Landesrecht. Dazu s. S. 86 f.

49) Aus der neueren Literatur z. B. de Louter, *Le Droit International public positif* 1920, I, S. 295; v. Frisch, *Art. Fremdenrecht im Wört. des Völkerrechts und der Diplomatie* 1924, I, S. 332. Die Fremden Gesetzgebung ist — so heißt es hier — ein »keinem souveränen Staat« bestreitbares Recht; »handelt es sich dabei doch um den Schutz vitaler politischer und ökonomischer Interessen, die jeder Staat auch mit Durchbrechung von Regeln des allgemeinen Völkerrechts zu schützen be-

der Staat hier die Grenze seiner Macht unbeschadet der konkreten Weite seiner freien Ermessenssphäre in dem generellen Verbot, sein Ermessen zu mißbrauchen⁵⁰⁾.

Für die Ausweisung ist die Einführung des Willkürbegriffes besonders wichtig. Denn hier ist man sich fast einmütig darüber klar, daß die Gründe, die einen Staat — vom Völkerrecht aus gesehen — zur Ausweisung Fremder berechtigen, nicht enumerativ erschöpfend aufgezählt werden können⁵¹⁾. Selbst wenn man sie katalogartig klassifizieren und man etwa zwischen politischen, polizeilichen und anderen Gründen unterscheiden wollte, so bliebe doch immer eine Reihe von zur Ausweisung berechtigenden Gründen übrig, die nicht in dieser Weise zusammengefaßt, vielmehr nur durch die Bezugnahme auf den Willkürbegriff inhaltlich näher begrenzt werden können. Dazu kommt, daß der Willkürbegriff zugleich der wohl auch allseits zugegebenen Wandlungsmöglichkeit der zur Ausweisung berechtigenden Gründe Rechnung trägt und als ein inhaltlich gedachter Begriff zugleich die sichere Gewähr dafür bietet, daß der in dem Ausweisungsbefehl von den Verwaltungsbehörden formell angegebene Grund auch tatsächlich materiell zu Recht besteht. So erklärt sich die Bedeutung, die der Satz vom Verbot willkürlicher Ausweisungen in der Völkerrechtspraxis gehabt hat, und die am deutlichsten durch die Fülle der Staatenkonflikte belegt wird, über die im einzelnen Borchard⁵²⁾ und Politis⁵³⁾ näher berichten.

Nur ein Anwendungsfall dieses Rechtssatzes ist auch das Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger. Eine derartige Ausweisung ist, ganz unabhängig von ihrer konkreten staatsrechtlichen Beurteilung, letzten Endes deshalb völkerrechtswidrig, weil ein solches Verhalten eines Staates zum mindesten potentiell Pflichten für dritte Staaten begründet und damit in deren Rechtssphäre eingreift, ohne

rechtigt sein muß«. Worin bei einer solchen Auffassung die Bedeutung des Grundsatzes von der doch offenbar auch rechtlich gedachten Verpflichtung der Staaten zur Aufnahme und zum Schutz Fremder (so auch Frisch aaO.) bestehen soll, bleibt unklar.

⁵⁰⁾ Der richtige Gedanke angedeutet schon bei Fauchille, *Traité de Droit International public* Bd. I, 1, S. 928 f.; Hatschek, *Völkerrecht* 1923, S. 221; Lißt-Fleischmann, *Das Völkerrecht* 1925 S. 178 f.; vgl. vor allem aber Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* 1922, der schon aaO. 49 davon spricht, daß das Ausweisungsrecht »cannot be exercised indiscriminately or arbitrarily«. Vgl. auch 51, 55. — Unrichtig Frisch, *Das Fremdenrecht* 1910, S. 168, nach dem »selbstverständlich immer nur der ausweisende Staat allein darüber zu entscheiden hat, ob ein Ausweisungsgrund vorliegt oder nicht«. Nicht der Staat, sondern das Rechtsbewußtsein der jeweils zur Völkerrechtsgemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten entscheidet letzten Endes über die Rechtmäßigkeit der Ausweisungen.

⁵¹⁾ Vgl. auch v. Frisch, *Fremdenrecht* aaO. S. 163/4.

⁵²⁾ Vgl. Borchard, *Diplomatic Protection* aaO. 57 f.

⁵³⁾ Politis, *Recueil* aaO. 101 ff.

daß für diesen Eingriff ein völkerrechtlich relevanter Grund ausfindig gemacht werden kann. Der Makel der Rechtswidrigkeit fehlt einer solchen Ausweisung nur dann, wenn die von ihr betroffenen Staaten sich ausdrücklich oder implizite mit ihr einverstanden erklärt haben.

Der Geltungsumfang des Willkürverbotes bezieht sich aber nicht nur auf die Ausweisung, sondern auch die anderen völkerrechtlich relevanten Tatbestände der Aufenthaltsregelung Fremder, somit vor allem neben der Internierung auch auf die Abweisung.

Allerdings wird vielfach behauptet, daß das Völkerrecht an die Staaten bei der Verhinderung des Zutritts Fremder zum Staatsgebiet weniger schwere Anforderungen stelle als bei der Ausweisung. In dieser Allgemeinheit trifft diese Behauptung aber nicht zu. Denn ein Staat darf grundsätzlich ebensowenig willkürlich Fremde von dem Betreten seines Landes ausschließen, wie Individuen, die sich bereits auf seinem Gebiet aufhalten, aus seinem Herrschaftsbereich entfernen⁵⁴). Hiernach darf man eine Ausweisung dann nicht als willkürlich bezeichnen, wenn die gleiche Motivation eine Abweisung Fremder völkerrechtlich gestatten würde. Oder umgekehrt ausgedrückt, eine Fremdenabweisung kollidiert stets dann mit dem Völkerrecht, wenn der von ihr verfolgte Zweck nicht möglicherweise auch im gleichen Umfang eine Ausweisung rechtfertigen würde. Eine Differenzierung in der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von Aus- und Abweisung ist nur in den Fällen erlaubt, in denen zur Erreichung des gleichen, völkerrechtlich an sich zulässigen Zweckes eine der Maßnahmen, die Ausweisung oder die Abweisung, genügen würde. Denn es wäre Willkür, würde der Staat von dem Mittel der Ausweisung, die ja stets bereits nähere Beziehungen der Fremden zum Aufenthaltsstaat voraussetzt, eher Gebrauch machen als von dem der Abweisung. In diesem Fall würde die Willkür in der grundlosen Wahl einer die Individuen unverhältnismäßig schwer treffenden Maßnahme bestehen.

Aber auch sonst — abgesehen von Internierung, Aus- und Abweisung — kann ein Staat gegenüber den Fremden in seinem Lande in der verschiedensten Weise willkürlich verfahren. Er kann diese

⁵⁴) Daher ist z. B. auch der von Isay, Das Deutsche Fremdenrecht 1923, S. 248 (vgl. auch 203/4) aufgestellte Satz, daß eine Massenausweisung im Frieden generell völkerrechtlich unzulässig, eine Massenabweisung dagegen statthaft sei, in dieser Allgemeinheit unrichtig. Auch Massenabweisungen sind, wenn nicht für sie ebenso wie für die Ausweisung ein völkerrechtlich durchschlagender Grund angeführt werden kann, willkürlich und deshalb rechtswidrig. Läßt sich aber eine solche Massenabweisung sachlich motivieren — etwa wie in den Vereinigten Staaten (Erhaltung des eigenen Volkstums) —, so ist unter der gleichen Voraussetzung auch eine Massenausweisung erlaubt. Eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung ist nur dann am Platz, wenn eine der Maßnahmen zur Erreichung des als berechtigt erkannten Zweckes genügen würde (dazu näher Text).

z. B. ohne stichhaltigen Grund ihres Lebens, ihrer Freiheit berauben, sie internieren oder deportieren, ihr Vermögen, vor allem ihr Eigentum entschädigungslos konfiszieren oder sonstwie beschränken. Alle diese unzähligen Eingriffsmöglichkeiten werden von dem völkerrechtlichen Verbot der Willkür betroffen⁵⁵⁾.

Dies wird schwerlich bestritten werden können für die Fälle, in denen die Fremden schlechter als die eigenen Staatsangehörigen gestellt werden. Denn hier tritt, sofern nicht ein vom Völkerrecht als maßgeblich anerkannter, vernünftiger Grund für die Differenzierung der Ausländer gegenüber den Inländern geltend gemacht werden kann, die Willkürlichkeit der staatlichen Maßnahme offen zutage. Gleiches gilt aber auch dann, wenn die Fremden eine zwar inländergleiche, aber doch nicht minder willkürliche Behandlung erfahren. Die Berufung, daß Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung auch die eigenen Staatsangehörigen in gleicher Weise trifft, kann die Staaten nicht von ihrer völkerrechtlichen Verantwortung befreien. Denn sonst wäre jeder Staat in der Lage, sich seiner völkerrechtlichen Pflichten zu entledigen, indem er das Landesrecht seines rechtsstaatlichen Charakters entkleiden würde⁵⁶⁾. Diese offenbar unrichtige Annahme beruht auf der irrigen Vorstellung, als ob die an den Staat zu stellenden, völkerfremdenrechtlichen Anforderungen sich nach dem Landesrecht bestimmen, dessen Gestaltung in Wirklichkeit für das völkerrechtlich relevante Fremdenrecht gänzlich unerheblich ist.

Diese Erkenntnis beginnt sich denn auch in der neueren Völker-

55) Material dafür, daß nach der Staatenpraxis wie den Staatsverträgen schon vor dem Weltkrieg vor allem das Privateigentum von Ausländern nur gegen angemessene Entschädigung enteignet worden ist, bei Loewenfeld, *Der Schutz wohl-erworbener Rechte von Ausländern in Zeitschrift f. Ostrecht* Bd. I (1927) S. 1347 ff. Auch die Verfasser des Versailler Vertrages sind bei der Statuierung der Ausnahmevorschriften des Art. 297 i von der selbstverständlichen Geltung dieses Satzes im Völkerrecht ausgegangen. Ob man im ganzen das bisherige Material zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes für ausreichend erachtet, ist eine Frage für sich, die hier nicht entschieden zu werden braucht; dagegen z. B. Marburg, *Der rumänisch-ungarische Optantenstreit vor dem Gemischten Schiedsgericht und dem Völkerbund* 1928, S. 105. Denn das Willkürverbot — und das wird häufig übersehen (so z. B. neuestens von Richter, *Zeitschrift für Völkerrecht* Bd. 14, S. 513 f.) — gilt unabhängig von seiner etwaigen gewohnheitsrechtlichen Legitimierung; dazu S. 77 ff., 117 f.

56) Diese Feststellung ist auch für das Strafrecht wichtig. Viele seiner allgemeinen Sätze wie z. B. der Satz *nulla poena sine lege* und *ne bis in idem* sind auch völkerrechtlich bedeutsam. Ein Ausländer kann sich z. B. auf diese Sätze auch dann berufen, wenn diese nicht innerstaatliche Geltung besitzen sollten. Deshalb war z. B. der allerdings nicht Gesetz gewordene Art. 6 des Gesetzes *conc. provvedimenti per la difesa dello Stato* (zit. n. *Popolo d'Italia* v. 6. Nov. 1926) völkerrechtlich zu beanstanden, nach dem gewisse Delikte — von Ausländern im Ausland begangen — der italienischen Strafjurisdiktionsgewalt selbst dann unterworfen sein sollten, wenn die Straftaten bereits im Ausland abgeurteilt waren.

rechtswissenschaft und Praxis immer mehr mit Erfolg durchzusetzen. In der Theorie ist es vor allem die Lehre von den völkerrechtlich geschützten wohlerworbenen Rechten der Ausländer gewesen, die zu dieser Annahme geführt hat. Insbesondere Borchard hat darauf hingewiesen, daß eine gleiche Behandlung von Fremden und eigenen Staatsangehörigen nicht immer den völkerrechtlichen Anforderungen Genüge leistet und daß ein Fremder »is not bound, to accept the treatment accorded to nationals if such treatment is in violation of the ordinary principles of civilized justice«⁵⁷⁾.

Und in der Praxis war es vor allem die schon vor dem Krieg (1911) von Italien geplante Monopolisierung der hauptsächlich in ausländischen Händen befindlichen Lebensversicherungen gewesen, die zu einer Einigung der divergierenden Auffassungen geführt hat. Die zahlreichen — auch faktisch von Erfolg begleiteten — Gutachten kamen hier übereinstimmend zu dem Ergebnis (Nr. 7 d. Clunetschen These), daß die Stellung der Fremden sich nicht nach Landes-, sondern Völkerrecht bestimme und die Ausländer daher unter Umständen eine bessere Behandlung erfahren müßten als die eigenen Staatsangehörigen. Neuerdings ist diese Frage besonders wieder in dem ungarisch-rumänischen Optantenstreit diskutiert worden. Man hat hier den gleichen Gedanken in die Lehre vom internationalen Lebensstandard gekleidet⁵⁸⁾, der »un certain minimum de droits«, nämlich »les droits indispensables à la jouissance de la vie, de la liberté et de la propriété« gewährleistet⁵⁹⁾, und dessen Beeinträchtigung eine Völkerrechtsverletzung involvieren soll. »The only exception to this rule«, daß der Fremde eine Vorzugsbehandlung nicht für sich in Anspruch nehmen kann, gilt, wenn »the local law falls below the standard of civilized justice. No state may

57) So Borchard, *Dipl. Protection* aaO. 107. Der § 44 dieses Buches ist geradezu überschrieben »Equality of Alien and National not always Internationally Sufficient«. Vgl. auch noch Anzilotti, *Rivista di Diritto Internazionale* Bd. XIV, S. 179 An.: Wenn »lo Stato prenda delle misure incompatibili con quel minimum, che il diritto internazionale gl' impone, non basta a legittimarle il fatto che esse colpiscono indistintamente cittadini e stranieri«; zuvor schon in bezug auf den Rechtsschutz auch Tosti, *Rivista di Diritto Internazionale* Bd. IX, S. 409 f.

58) Vgl. etwa E. Kaufmann, *Der ungarisch-rumänische Streit über die rumänische Agrarreform vor dem Völkerbundsrat i. d. Zeitschrift für Ostrecht* Bd. I (1927), S. 1260; V. Bruns, *Gutachten über die Fragen der Ernennung der Ersatzrichter zum ungarisch-rumänischen Schiedsgericht durch den Völkerbundsrat, 1928*, S. 11; vgl. ferner die Nachweise in den beiden folgenden Anmerkungen. Sachlich übereinstimmend z. B. auch noch de Lapradelle, *Zeitschrift für Ostrecht* Bd. I, S. 1274 f.

59) So Borchard, *Les Principes de la Protection diplomatique des Nationaux à l'étranger*, 1924, S. 19; im gleichen Sinn etwa noch Fauchille, *Traité I*, 1, S. 928 ff.; Oppenheim, *International Law 1920*, Bd. I, S. 376; Anzilotti, *Rivista di Diritto Internazionale* Bd. XIV, S. 179, An.; C. G. Bruns, *Minderheitenrecht als Völkerrecht*, 1928, S. 15/16, vor allem im Hinblick auf das Eigentumsrecht.

by domestic legislation violate the rule of international law«⁶⁰). Hiermit in Übereinstimmung ist auch die International Law Association 1926 in Wien zu dem Schluß gekommen, daß ein Staat nicht nur interventionsberechtigt ist, wenn seine Angehörigen schlechter als die des Aufenthaltsstaates gestellt sind, sondern bei »actual injustice« auch dann, »if there is no such discrimination«⁶¹). Diese Feststellung ist heute insbesondere von Wichtigkeit für die autoritär regierten Staaten, die den völkerrechtlich gewährleisteten Mindeststandard von Individualrechten ihren eigenen Staatsangehörigen gegenüber nicht als zu Recht bestehend anerkennen.

Außer dem Fremdenrecht gehört vor allem das Staatsangehörigkeitsrecht völkerrechtlich gesehen zu den dem Landesrecht vorbehaltenen Materien. Dieses entscheidet frei darüber, an welche Voraussetzungen der Staatsangehörigkeitserwerb der Individuen geknüpft werden soll. Auch hier ist ein Ermessensmißbrauch möglich und zwar in verschiedener Richtung⁶²).

Vor allem dürfen die Tatbestände, die zwangsmäßig, also unabhängig vom Willen der Menschen (z. B. Geburt), oder umgekehrt gerade auf Grund eines freien Willensaktes der Individuen (z. B. Naturalisation) diesen den Erwerb der Staatsangehörigkeit vermitteln, nicht willkürlich gewählt werden. Es haben sich — getragen von dem Rechtsbewußtsein der Völker — mit der Zeit in der Praxis bestimmte Prinzipien herausgebildet, die allein der Indigenatsgesetzgebung der Staaten zugrunde gelegt werden dürfen und faktisch auch fast immer zugrunde gelegt werden. Die Staatsangehörigkeit muß heute stets in irgendeiner Richtung, unmittelbar oder mittelbar (so vor allem bei der Abstammung), an das Gebiet anknüpfen. Das gilt nicht nur für den durch Geburt vermittelten Staatsangehörigkeitserwerb — hier kommt nur das jus sanguinis, das jus soli oder eine diese beiden Prinzipien kombinierende Mischform in Frage, die der einzelne Staat der gesetzlichen Regelung zugrunde legen darf, — sondern auch für die andern Tatbestände des Staats-

⁶⁰) Borchard, Opinion on the Roumanian-Hungarian Dispute before the Council of the League of Nations 1927, S. 5; zuvor schon Dipl. Protection aaO. 106; vgl. auch Simons, Revue de Droit international (Sottile) 1928, S. 45. Von den »ordinary standards of civilisation« ist im übrigen auch bei der Claims Commission, United States and Mexico in Opinions of Commissioners 1927, S. 105 die Rede.

⁶¹) Vgl. Report of the thirty-fourth Conference 1927, S. 247.

⁶²) Die Möglichkeit eines Ermessensmißbrauches im Staatsangehörigkeitsrecht wird von der herrschenden Völkerrechtslehre sehr zu Unrecht meist ignoriert. Die richtige Auffassung, soweit ich sehe, nur bei Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. I, S. 170; Triepel, Virtuelle Staatsangehörigkeit 1921 S. 31; Isay, De la Nationalité i. Recueil des Cours d. Haager Akademie 1924, Bd. IV, S. 440 f.; Kunz, Zum Problem der doppelten Staatsangehörigkeit i. Zeitschr. f. Ostrecht Jahrg. 2 (1928), S. 406 f. Vgl. auch meinen Artikel Staatsang. u. Naturalisation i. Wörterb. d. Völkerrechts usw. 1925, Bd. II, S. 589.

angehörigkeitserwerbes. Fehlt diese unmittelbare oder mittelbare Gebietsbeziehung, so ist völkerrechtlich der Erwerbsgrund der Staatsangehörigkeit nicht zu rechtfertigen. So wäre z. B. ein Staatsangehörigkeitsgesetz, das etwa aus machtpolitischen Gründen, z. B. um die Zahl der Staatsangehörigen zu mehren, den Erwerb der Staatsangehörigkeit an sprachliche Merkmale oder aus religiösen Gründen an konfessionelle Kriterien knüpfen würde, heute als völkerrechtswidrig zu qualifizieren⁶³). Das gleiche würde von einer Naturalisation gelten müssen, bei der der Naturalisierte nicht in räumlich nahe Beziehungen zu dem Staat, dessen Angehörigkeit er neu erworben hat, treten würde, oder bei der er nicht auf Grund der Abstammung Beziehungen nachweisen könnte, die der Naturalisation den sonst an ihr haftenden Makel der Willkürlichkeit zu nehmen geeignet wären.

Soweit ein Staat die Staatsangehörigkeit an ein im eben ange-deuteten Sinne völkerrechtlich zulässiges Merkmal knüpft, kann eine Verletzung des Völkerrechts selbst dann nicht behauptet werden, wenn die konkrete Regelung — etwa durch Schaffung von *sujets mixtes* — in die Rechtssphäre dritter Staaten eingreifen sollte. Denn die völkerrechtlich anomalen Erscheinungen der *sujets mixtes* wie der Heimatlosigkeit sind insoweit nur die unausweichlichen Konsequenzen eines heute noch unvollkommenen Rechtes, die ohne eine umfassende Staatenvereinbarung wie gleichmäßige Gestaltung des Landesrechts auch nicht zu beseitigende Folge des zusammenhanglosen Nebeneinanderstehens der verschiedenen einzelstaatlichen, materiellen Staatsangehörigkeitsnormen⁶⁴).

Auch soll nicht in Abrede gestellt werden, daß die Zukunft vielleicht zu einer von der gegenwärtigen Beurteilung abweichenden rechtlichen Bewertung der für das Staatsangehörigkeitsrecht maßgeblichen Prinzipien zwingen kann. Damit wird wiederum die hohe Praktikabilität des Willkürbegriffes deutlich. Denn durch die Elastizität des Willkürbegriffes ist die Gewähr gegeben, daß eine vom Rechtsbewußtsein der Staaten getragene, möglicherweise radikale Wandlung der Grundprinzipien des Staatsangehörigkeitsrechtes auch rechtlich erfaßt werden kann. Ja, man kann heute vielleicht sogar mit einem gewissen Recht auf den Beginn einer Rechtsentwicklung hinweisen, die das Werden eines neuen Staatsangehörigkeitsprinzipes verheißt. In den Friedensverträgen, insbesondere in den Verträgen von St. Germain und Trianon, hat man den vom Staatsangehörigkeitswechsel betroffenen Individuen, wenn sie sich durch bestimmte Eigenschaften von der Mehrheit der

⁶³) Vgl. auch Hall, *International Law* 1924, S. 275; vor allem aber Triepel, *Virtuelle Staatsangehörigkeit* S. 31.

⁶⁴) Über die verschiedenen Versuche zur Vermeidung der Doppelstaatsangehörigkeit etwa Kunz, *Zeitschr. f. Ostrecht* Bd. II, S. 416 ff.

Bevölkerung unterscheiden, deren Staatsangehörigkeit sie neu erworben haben, ein Optionsrecht zugunsten des Staates eingeräumt, dem sie ihrer nationalen Eigenart nach angehören. Würde dieser Gedanke einer maßgeblich durch das Nationalitätenprinzip bestimmten Staatsangehörigkeit vom Völkerrecht weiter fortgebildet werden, so könnte sich möglicherweise in Zukunft so ein durch die nationale Volkszugehörigkeit bestimmtes, neues Staatsangehörigkeitsprinzip entwickeln ⁶⁵⁾.

Willkürliche Völkerrechtsverletzungen sind im Staatsangehörigkeitsrecht aber auch noch in anderer Weise möglich. Wenn z. B. — ich greife nur einige Beispiele heraus — in einem Zessionsvertrag Bestimmungen über den Staatsangehörigkeitswechsel der Bewohner des Gebietszessums nicht enthalten sein sollten, auch die Sinninterpretation des Vertrages versagen würde, so würde nach allgemeinem Völkerrecht der Erwerberstaat willkürlich und damit rechtswidrig verfahren, wenn er etwa nur die ihm genehmen Individuen als Angehörige in seinen Staatsverband aufnehmen, dagegen den Personen, die in dem Gebietszessum wohnen und aus ihm abstammen, die Staatsangehörigkeit nicht zuerkennen wollte. Ebenso wäre es unabhängig von einer etwaigen Vertragsverletzung willkürlich, wenn ein Staat den mit einer Gebietsveränderung verbundenen Wechsel der Staatsangehörigkeit etwa einseitig auf einen vom Zessionsvertrag abweichenden, früheren Zeitpunkt zurückdatieren würde. Denn mit einer solchen, lediglich durch machtpolitische Erwägungen bestimmten Maßnahme wird maßgeblich und ohne sachlich berechtigten Grund in die Rechtssphäre des das Gebiet zedierenden Staates, oft auch noch dritter unbeteiligter Staaten eingegriffen. Diese Erkenntnis ist z. B. für die Entscheidung der durch die Rechtsprechung des deutsch-französischen Schiedsgerichtshofs strittig gewordenen Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der auf den Frankfurter Frieden zurückdatierten virtuellen Staatsangehörigkeit der Elsaß-Lothringer von maßgeblicher Bedeutung gewesen ⁶⁶⁾.

Auch kann die heute wieder vielfach (z. B. in Rußland, Italien) beliebte Aberkennung der Staatsangehörigkeit zu Strafzwecken und aus politischen Gründen möglicherweise zu einem als völkerrechtswidrig zu bezeichnenden Verhalten der Staaten führen. Dies würde vor allem der Fall sein, wenn der Heimatsstaat sich weigern würde, die ihm gegenüber seinen früheren Staatsangehörigen obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtungen — man denke insbesondere an die Wiederaufnahme — zu erfüllen ⁶⁷⁾. Würde man den Fortbestand

⁶⁵⁾ Dazu mein Art. Staatsang. und Friedensvertrag im Wörterbuch d. Völkerrechts Bd. 3 (1926), S. 124 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁶⁾ Ausführlich hierzu Triepel, Virtuelle Staatsangehörigkeit aaO.

⁶⁷⁾ So schon von Martitz, Das Recht der Staatsangehörigkeit im intern. Recht i. d. Annalen des Deutschen Reiches 1875, Sp. 800, nach dem durch die Ex-



dieser Pflichten negieren, so wäre der Staat in der Lage, einseitig durch die Aberkennung der Staatsangehörigkeit eine völkerrechtliche Pflichtenverschiebung herbeizuführen und so die Koexistenz der anderen Staaten zu negieren, die in Wirklichkeit eine völkerrechtliche Schranke für die Machtausübung jedes einzelnen Staates darstellt ⁶⁸⁾.

Die Kriterien, an die der Staat in personeller Hinsicht die Staatsangehörigkeit knüpfen darf, sind auch die entsprechend maßgeblichen Anknüpfungspunkte für die Ausübung der Staatsgewalt in sachlicher Richtung — vor allem für das Steuerrecht und damit weitergehend das Finanzrecht. Das Nebeneinanderstehen der einzelstaatlichen Steuerrechtsordnungen führt nämlich zwangsläufig — entsprechend den Erscheinungen der *sujets mixtes* im Staatsangehörigkeitsrecht — zu Besteuerungen, bei denen mehrere Staaten aus den gleichen Gründen das gleiche Gut einer bestimmten Person dem staatlichen Steuerzugriff unterwerfen (sog. Doppelbesteuerung ⁶⁹⁾). Diese Doppelbesteuerungen sind heute noch, wo das internationale Vertragsrecht die Mißstände nicht gänzlich zu beheben vermag ⁷⁰⁾, unvermeidlich und völkerrechtlich nicht zu beanstanden ⁷¹⁾ — vorausgesetzt, daß die Staaten ihr freies Ermessen auch hier nicht mißbrauchen, d. h. entweder unmittelbar (wie z. B. beim Grundbesitz, Gewerbebetrieb, Erwerbstätigkeit) oder mittelbar an das Gebiet, also an die Person des

patriierung »selbstverständlich ... keinem Nachbarstaat die Übernahmepflicht der solchergestalt Expatriierten aufoktroiert werden« kann. — Zu weitgehend dagegen neuerdings die französischen Gerichte, wenn sie schlechterdings erklären, daß die auf ihrem Gebiet ansässigen Individuen russischer Staatsangehörigkeit, die diese nach ihrer Heimatgesetzgebung verwirkt haben, in Wirklichkeit »n'ont pas perdu leur nationalité«. Denn »un État qui se débarrasse ainsi, en masse, de ses nationaux agit contre le droit des Gens, et les autres États ne peuvent assurer aucun effet à cette mesure«; so *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* Bd. 46 (1926), S. 470.

⁶⁸⁾ Die sachliche Bedeutung des Willkürsatzes für das Staatsangehörigkeitsrecht wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß man ihn formalisiert und die so herausgestellten Sätze als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht ausgibt. So spricht man z. B. vielfach von einem Völkerrechtssatz, nach dem ein Staat auch seine Staatsangehörigen aufzunehmen hat, eine einseitige Rückdatierung der Staatsangehörigkeit unzulässig ist usw. Erschöpfend formalisierbar ist jedenfalls der Willkürbegriff durch ein solches Verfahren nicht; s. dazu noch näher unten S. 122 ff.

⁶⁹⁾ Zur Definition dieses Begriffes etwa Dorn, 33. Deutscher Juristentag, Verhdlg. (1924) S. 503 und Guggenheim, *L'imposition des Successions en Droit International et le problème de la double imposition* 1928, S. 16 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

⁷⁰⁾ Über die Entwicklung des internationalen Vertragsrechts Dorn aaO. 523 ff. u. i. Vierteljahrsschrift f. Steuer- u. Finanzrecht Bd. I (1927), S. 236 ff. (dort auch über die Arbeiten des Völkerbundes); Stalder, *Die internationale Doppelbesteuerung* Dissert. 1927 S. 84 ff.; über die Versuche der Staaten, insbes. eine mehrfache Besteuerung des Nachlasses zu vermeiden Guggenheim aaO. 69 ff.

⁷¹⁾ Übereinstimmend etwa Dorn, Juristentag aaO. S. 495 f.

Steuerpflichtigen, die Steuerpflicht knüpfen ⁷²⁾). Werden andere Kriterien wie etwa Rasse, Konfession, Sprache dem Steuertatbestand zugrunde gelegt, ist die Motivation des nationalen Steuergesetzgebers eine sachfremde, etwa eine politische, so ist die hierdurch begründete Steuerpflicht und damit fast zwangsläufig verbundene Doppelbesteuerung willkürlich, d. h. mit dem Völkerrecht nicht vereinbar.

Der Satz vom Verbot der Willkür ist ferner für die völkerrechtlichen Schutzverhältnisse zwischen Staaten, die sogen. Protektorate, von Wichtigkeit. Die Schutzherrschaft darf auch mit Einverständnis des beschützten »Unterstaates« nicht an nach dem heutigen Bewußtsein der Völkerrechtsgemeinschaft willkürliche Merkmale geknüpft werden. Deshalb waren z. B. die europäischen Staaten im Recht, als sie insbesondere im letzten Jahrhundert auf Grund der ihrerseits mit der Türkei abgeschlossenen Verträge und Kapitulationen das von Frankreich als ein ausschließliches, über alle Christen beanspruchte Religionsprotektorat bekämpften und das Schutzrecht gegenüber ihren eigenen Angehörigen im Orient selbst durch ihre diplomatischen Vertreter ausübten ⁷³⁾). Und es ist weiter Einspruch dagegen zu erheben, wenn von Frankreich auch in der Gegenwart noch in allerdings beschränktem Umfange das Protektorat über die christliche Bevölkerung in der Levante in Anspruch genommen wird ⁷⁴⁾). Denn es ist völkerrechtlich nicht mehr zulässig, daß auf Grund der Religionszugehörigkeit ein Protektorat begründet oder auch nur ein rechtswirksam begründetes weiter fortgeführt wird, das nicht nur Ange-

⁷²⁾ Weitergehend offenbar Guggenheim aaO. S. 16 f., der anscheinend in allen Fällen, »où le même contribuable se trouve imposé par le même impôt et pour un même objet à la fois dans différents États faisant partie de la Communauté du Droit des Gens«, eine Verletzung des Völkerrechts annimmt.

⁷³⁾ Über das französische Religionsprotektorat näher etwa Lammeyer, Das französische Protektorat über die Christen im Orient, Diss. 1919, S. 57 ff.; Bertola, Il Protettorato Francese su Cattolici nel Levante in *Politica* 1927, Bd. IX, S. 245 f. Über die Bekämpfung des Protektorates durch die europäischen Staaten insbes. Lammeyer aaO. 83 ff.

⁷⁴⁾ Daß der religiöse Protektoratsanspruch von Frankreich auch in der Gegenwart noch nicht fallen gelassen ist, geht deutlich aus den am 4. Dez. 1926 zwischen dem Heiligen Stuhl und Frankreich geschlossenen Abkommen »relativement aux honneurs liturgiques« hervor. Vgl. den Text dieser Abkommen in den *Acta Apostolicae Sedis* 1927, Bd. 19, S. 9 f. Während das eine sich auf die Länder bezieht, »où s'exerce le protectorat religieux français«, erstreckt sich das andere auf die Länder, »où les capitulations sont abrogées ou non appliquées«. Diese Unterscheidung setzt den Fortbestand des französischen Protektoratsanspruchs für die Länder, in denen die Kapitulationen noch bestehen, voraus. Aufgehoben sind dieselben für die Türkei, die sich einseitig schon 1914 von den Kapitulationen losgesagt hatte, ausdrücklich durch den Art. 28 des Lausanner Vertrages. Die »non application« der Kapitulationen ist vorgesehen für Syrien (Art. 5 des Mandates), Palästina (Art. 8 des Mandates) und Irak (Art. 9 des Vertrages zwischen Großbritannien und Irak).

hörige des Protektors und des Schützlings, sondern auch solche dritter Staaten umfassen soll. Denn hiermit wird in die Rechtssphäre dritter Staaten eingegriffen, ohne daß für die Entziehung des staatlichen Schutzrechtes gegenüber den eigenen Staatsangehörigen ein plausibler und daher völkerrechtlich verpflichtender Grund nachgewiesen werden kann. Dieser Vorwurf richtet sich im übrigen zugleich auch gegen die Akte des Heiligen Stuhles, wenn dieser die apostolischen Delegierten jedweder Nationalität im Disziplinarwege anweist, sich in einem Konfliktfalle mit den weltlichen Behörden nur an die französischen diplomatischen Vertreter zu wenden ⁷⁵⁾).

Der Willkürsatz vermag ferner auch darüber Aufschluß zu geben, inwieweit die sog. *jura quaesita*, von denen die Cour jüngst mit Recht bemerkt hat ⁷⁶⁾, daß »aucune disposition conventionnelle n'est nécessaire pour protéger les droits et pour maintenir les obligations de cette nature«, den Nachfolgestaat völkerrechtlich verpflichten ⁷⁷⁾. Nach der herrschenden Lehre findet dieser Satz von der Unverletzbarkeit subjektiver Rechte, die das Individuum auf Grund der privaten oder öffentlichen Rechtsordnung im Altstaat erworben hat, — entsprechendes gilt schon seit langem im Landesrecht ⁷⁸⁾ — an dem *ordre public* ⁷⁹⁾ des Folgestaates die Grenze seiner Wirksamkeit ⁸⁰⁾. Ist »le droit régulière-

⁷⁵⁾ Ich denke insbesondere an das Rundschreiben der Sacra Congregatio di Propaganda vom 22. Mai 1888. Nur dank dieser Haltung des Heiligen Stuhls vermochte Frankreich seine religiöse Vorrangstellung auch tatsächlich im Orient sich zu erhalten; dazu Lammeyer aaO. 77 f.; Bertola aaO. 258 f.

⁷⁶⁾ Recueil des Avis Consultatifs (1923) Série B. Nr. 6, S. 38.

⁷⁷⁾ Neuestens über diesen Fragenkomplex wieder Pillet, La Théorie générale des Droits acquis im Recueil des Cours der Haager Akademie 1925, III, S. 489 ff. Über den Begriff der wohlerworbenen Rechte vgl. noch Descamps, La définition des Droits acquis in der Revue générale du Droit public 1908, S. 385 f., insbes. S. 390 und Triepel, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 40, S. 358 f., insbes. 365.

⁷⁸⁾ Vgl. für das deutsche Staatsrecht etwa von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts 1865, S. 35 f.; G. Meyer, Der Staat und die wohl-erworbenen Rechte 1895 aaO., insbesondere S. 14 f., 36 f.

⁷⁹⁾ Neuestens über diesen Begriff Healy, Théorie générale de l'ordre public im Recueil des Cours der Haager Akademie 1925, Bd. 4, S. 412 f., insbesondere S. 463—480.

⁸⁰⁾ Auf diesen Satz lassen sich auch die von Dicey, A Digest of the Law of England aaO. S. 27 f. näher formalisierten Thesen zurückführen. Jede Kollision der wohlerworbenen Rechte a) »with any statute of the Imperial Parliament intended to have extraterritorial operation, b) with the policy of English Law (d. h. wenn sie in Konflikt geraten, with the fundamental ideas on which English Law is grounded or ... with the maintenance of English institutions aaO. 29) or with the moral rules upheld by English law or with the maintenance of English political and judicial institutions, c) where the enforcement of such right involves interference with the authority of a foreign state within the limits of its territory« enthält stets zugleich auch eine Verletzung des »ordre public« des Folgestaates.

Auch Pillet (Recueil des Cours a. a. O. 520; Pillet-Niboyet, Manuel de droit international privé 1924 S. 437), nach dem eine weitere »exception au respect du droit

ment acquis à l'étranger contraire à l'ordre public dans le pays, où on demande son execution⁸¹⁾, so ist der Folgestaat zur einseitigen Aufhebung der wohlerworbenen Rechte legitimiert⁸²⁾. Voraussetzung ihrer Aufhebung ist somit, daß tatsächlich die wohlerworbenen Rechte der gesamten Rechtsauffassung des Folgestaates widerstreiten. Ist die Berufung auf den ordre public durch den Folgestaat nur eine formelle, so benimmt diese der Entziehung der wohlerworbenen Rechte nicht den Makel der Rechtswidrigkeit.

In diesem Zusammenhang interessiert nur die grundsätzliche Feststellung, daß der Folgestaat nicht allmächtig ist, vielmehr seinem Eingriffsrecht Grenzen gezogen sind. Nach Pillet darf »l'exception tirée de l'ordre public ne . . . jamais aller au delà de la mesure nécessaire pour que l'ordre public menacé soit garanti⁸³⁾«. Was in diesen und ähnlichen Wendungen zum Ausdruck gelangt, ist letzten Endes nichts anderes als die Anerkennung des hier zur Diskussion gestellten Satzes vom Verbot der Willkür⁸⁴⁾. Damit ist zugleich gesagt, daß eine allgemeingültige rationale Formulierung der Sätze, die den Folgestaat binden — angesichts der Wandelbarkeit des ordre public eine Selbstverständlichkeit — in dem hier erörterten Zusammenhang nicht möglich ist⁸⁵⁾. Die positivistisch formalistische Rechtsbetrachtung versagt auch hier. Die Frage, ob der Folgestaat bei seinem etwaigen Eingriff in die jura quaesita noch innerhalb des durch den ordre public bestimmten Rahmens des freien

internationalement acquis« bestehen soll, wenn »le droit acquis à l'étranger ne corresponde à aucun droit organisé dans le pays où l'on prétend de faire valoir« übersieht, daß, wenn sich für ein wohlerworbenes Recht nicht ein entsprechendes Korrelat in den Rechtsinstituten des Folgestaates findet, die Geltendmachung eines solchen Rechtes naturgemäß mit dem ordre public des Folgestaates kollidieren muß. Bei der Vollstreckung ausländischer Urteile im Inlande wird dies besonders deutlich; diese hängt stets davon ab, daß der Inhalt des zu vollstreckenden Urteils nicht gegen den ordre public des Landes verstößt, in dessen Bereich die Vollstreckung erfolgen soll; vgl. z. B. § 328 Z. 4 der Deutschen Zivilprozeßordnung. Eine besondere Klausel im Sinn der von Pillet formalisierten »exception« besteht hier nicht.

⁸¹⁾ So Pillet a. a. O. 514; entsprechend Pillet, *Traité pratique de droit international privé* 1923 Bd. I S. 123 und Pillet-Niboyet *Manuel de droit intern. privé* a. a. O. 438 f.

⁸²⁾ Vgl. etwa in diesem Sinne auch Huber, *Staatensukzession* 1898 S. 57; Moore, *A Digest of International Law* 1906 Bd. I S. 429; Descamps, *Revue générale de droit intern. public* a. a. O. Bd. 15 S. 398 f.; Nys, *Le droit international* 1912 Bd. 2 S. 36; Ruedger, *Privatrechtliche Begriffe i. Völkerrecht i. Niemeyer's Zeitschrift f. intern. Recht* Bd. 28 S. 461; E. Kaufmann, *Deutsche Hypothekenforderungen i. Polen* 1922 S. 33 f., 39 f.; Guggenheim, *Beiträge zur völkerrechtlichen Lehre von der Staatensukzession* 1925 S. 123 f.

⁸³⁾ *Recueil* S. 524 a. a. O.

⁸⁴⁾ Vgl. auch Guggenheim a. a. O. 125; Ruedger a. a. O. 460; G. Meyer a. a. O. 43.

⁸⁵⁾ So mit Recht Erich Kaufmann, *Hypothekenforderungen* a. a. O. 40.

Ermessens gehandelt oder dasselbe mißbraucht hat und damit willkürlich verfahren ist, kann somit nicht generell, sondern nur im Hinblick auf eine ganz bestimmte konkrete Situation eindeutig beantwortet werden.

Hingewiesen werden soll hier nur noch auf die Möglichkeit, daß die Verletzung wohlerworbener Rechte auch darin bestehen kann, daß (wie insbesondere vielfach bei den kraft öffentlichen Rechts erworbenen Rechten) trotz an sich zulässiger Entziehung durch den Folgestaat den hiervon Betroffenen die Entschädigung willkürlich versagt wird⁸⁶⁾. Ein solch willkürliches Verhalten wird insbesondere dann regelmäßig angenommen werden dürfen, wenn bei sonst gleichen Voraussetzungen nach dem geltenden Landesverfassungsrecht eine Enteignung gegenüber den eigenen Staatsangehörigen nur gegen angemessene Entschädigung ausgesprochen werden darf. Von besonderer Bedeutung ist dieser Gedanke vor allem in den Vereinigten Staaten gewesen, wo man von jeher die entschädigungslose Entziehung wohlerworbener Rechte durch den Folgestaat als eine Verletzung des »modern usage of nations which has become law«, des »sense of justice and of right which is acknowledged by the whole civilized world« gebrandmarkt hat⁸⁷⁾ 88).

⁸⁶⁾ Dazu auch Kaufmann a. a. O. 41; Guggenheim a. a. O. S. 129 f.

⁸⁷⁾ So bereits der Chief Justice Marshall anlässlich der Abtretung Floridas an die Vereinigten Staaten im Fall *United States v. Perchemann* 7 Peters 51, 86 im Jahre 1833. Über den Schutz der wohlerworbener Rechte im allgemeinen durch die amerikanischen Gerichte etwa Bellot, *The protection of private property in Revue de Droit International* 1926, S. 9 f. Nach Bellot ist der Satz von der Unverletzbarkeit des Privateigentums auch im Verhältnis des Staats zu seinen Individuen Bestandteil des Völkerrechts (z. B. a. a. O. 15 Z. 1 u. 2). Er gelangt zu diesem Satz, indem er gleichlautende Normen verschiedener einzelstaatlicher Ordnungen zusammenstellt und aus diesen im Wege der Abstraktion den völkerrechtlichen Satz von der Unverletzbarkeit des Privateigentums ableitet — ein methodisch unzulässiges Verfahren, da das Völkerrecht als selbständige Rechtsordnung seine Rechtssätze nicht im Wege der Abstraktion aus strukturmäßig anders gearteten Rechtsordnungen gewinnt.

⁸⁸⁾ Von der Cour Permanente wird der »Abus de droit« noch in dem Arrêt S. A., Nr. 7 (1926) S. 37 f. beiläufig erörtert. Es handelt sich hier um die von Polen aufgeworfene, von der Cour verneinte Frage, ob das Deutsche Reich bei der vor dem Souveränitätswechsel erfolgten Veräußerung der »dans le territoire plébiscité« gelegenen Güter rechtsmißbräuchlich verfahren war.

Das Willkürverbot spielt ferner noch eine Rolle bei der Intervention im Völkerrecht. Die Gründe, die zu einer Intervention führen, dürfen nicht willkürlich sein. Daher entscheidet über diese nicht der intervenierende Staat, sondern die konkrete Rechtsgemeinschaft, in die der intervenierende Staat jeweils hineingestellt ist. Aber auch dann ist eine Kollision mit dem Willkürsatz noch möglich, — nämlich dann, wenn der an sich zu Recht intervenierende Staat ein im offenbaren Mißverhältnis zu den Voraussetzungen der Intervention stehendes Mittel zur Anwendung bringt; so auch Liszt-Fleischmann, *Völkerrecht* S. 441 f. und Hettlage, *Die Intervention im System des modernen Völkerrechts* in *Zeitschr. f. intern. Recht* Bd. 37, S. 57.

Auch die rechtssatzmäßig legitimierte Freiheit des Seeverkehrs ist, worauf Politis, *Recueil des Cours*, Band 1925 S. 94 f. aufmerksam macht, der Gefahr eines Ermessens-

Schließlich ist der Satz vom Verbot der Willkür — in Fortführung einer bereits sich im letzten Jahrhundert anbahnenden Entwicklung⁸⁹⁾ — in den neuen Minoritätenschutzvereinbarungen ausdrücklich als partikuläre Rechtsnorm anerkannt werden. Zu dem das Willkürverbot implizierenden Satz der Gleichheit vor dem Gesetz haben sich weiterhin eine Reihe von Staaten wie z. B. die russischen Randstaaten bekannt, indem sie gelegentlich ihres Eintritts in den Völkerbund feierlich erklärten, die durch die Minoritätenschutzverträge gewährleisteten Rechte auch ihren Minderheiten einzuräumen⁹⁰⁾. Eine weitere Ausdehnung des Minderheitenschutzes und damit des Geltungsumfanges des Gleichheitssatzes wird nicht nur vom Völkerbund⁹¹⁾, sondern auch von anderen maßgeblichen völkerrechtlichen Organisationen angestrebt, die den Minderheitenschutz entweder durch den Abschluß einer weiteren Reihe partikulärer Vereinbarungen⁹²⁾ oder sogar durch eine alle Staaten umfassende »Convention générale«⁹³⁾ vervollständigen wollen.

Durch den Minderheitenschutz ist nicht die Grundstruktur des Völkerrechts, nach der nur Staaten und nicht Individuen Subjekte des Völkerrechts sind, verändert worden. Die Minderheiten besitzen auch heute nicht völkerrechtliche Rechtssubjektivität⁹⁴⁾. Damit mißbrauches ausgesetzt. Die Staaten dürfen nämlich die Seehäfen nur schließen, wenn sich für diese Maßnahme ein sachlich berechtigter, also nicht willkürlicher Grund nachweisen läßt. Dies ist nicht nur für den Frieden, sondern unter Umständen auch für den Krieg sowie den »guerre civile« wichtig. Der Krieg berechtigt zwar zur Blockade feindlicher Häfen — aber doch auch nur in den Formen, die sich im Völkerrecht allmählich zum Schutze der Freiheit des Seeverkehrs herausgebildet haben. Die Blockade muß, wie man zu sagen pflegt, effektiv sein und den von ihr betroffenen Staaten notifiziert werden. Andernfalls handelt der blockierende Staat mißbräuchlich und ist völkerrechtlich zum Schadensersatz verpflichtet; vgl. auch *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1900 Bd. 18 S. 254. — Ein weiterer Hinweis auf einen »Abus de droit« im Neutralitätsrecht bei Guggenheim, *Die Schweizerische Neutralität* usw. i. d. *Zeitschrift f. öff. Recht* 1928 Bd. VII S. 270.

⁸⁹⁾ Ich erinnere insbesondere an den Berliner Vertrag vom 13. Juli 1878 (Art. 5, 27, 44, 62). Über die historische Entwicklung des Minderheitenschutzes vgl. etwa Fouques-Duparc, *La protection des minorités* 1922 S. 73 f.; Lucien-Brun, *Le problème des minorités* 1923 S. 3 f.

⁹⁰⁾ Diese Erklärungen auch bei Kraus, *Das Recht der Minderheiten* 1927 S. 121 f., 174 f., 188 f.

⁹¹⁾ Auch die durch Vertragsnormen nicht gebundenen Staaten sollen ihren Minderheiten eine den Schutzverträgen entsprechende gleiche Behandlung gewähren; vgl. die Resolution der Völkerbundsversammlung vom 21. September 1922 in *Journal Officiel, Supplément spécial* Nr. 9 S. 35 f.

⁹²⁾ Vgl. so z. B. die *résolution I de Vienne de l'Union int. des Associations pour la Société des Nations* s. *Compte rendue des travaux de la 7. Conférence* 1923 S. 127 f.

⁹³⁾ So z. B. die *Déclaration des droits et des devoirs des minorités* beigefügte erste Resolution: *Compte rendu de la 21. Conférence interparlementaire tenue à Copenhague* du 15. au 17. août 1923 S. 367.

⁹⁴⁾ Teilweise abweichend z. B. Knubben, *Subjekte des Völkerrechts* S. 454 ff. Würde die völkerrechtliche Rechtssubjektivität der Minderheiten anerkannt werden, so würde

ist zugleich gesagt, daß das positive Minderheitenrecht in seiner gegenwärtigen Gestalt nicht Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann⁹⁵⁾. Die ethischen, den Schutz religiöser und nationaler Minderheiten bezweckenden Rechtsgrundsätze, die im Rechtsbewußtsein vor allem des abendländisch-europäischen Kulturkreises lebendig sind, müssen erst durch die Staaten positiviert werden, um für sie recht-

der Begriff der staatlichen Souveränität, an die das Völkerrecht heute noch anknüpft, tatsächlich aufgehoben sein. Vgl. z. B. die *Rapports sur l'avant-projet pour l'institution de la Cour Permanente de Justice Internationale, présenté au Conseil de la Société, au nom du Comité Consultatif des Juristes, par A. de Lapradelle, Documents de la première Assemblée de la Société des Nations Nr. 44, S. 44/45*, nach denen »les parties«, die ihre Streitigkeiten der Cour zu unterbreiten berechtigt sein sollen, »ne sauraient être de simples particuliers«. Denn die Zulassung von Individuen, also auch der Minderheiten als Prozeßparteien würde — dies ist allerdings unrichtig (s. auch S. 84 An. 16) — die Tendenz in sich tragen, »à mettre en question la Souveraineté, l'Indépendance et même l'Existence des États«. Aus dem gleichen Grunde sträuben sich auch der Völkerbund wie die Staaten, die völkerrechtliche Partei- und Prozeßfähigkeit anzuerkennen. Vgl. auch Krstitch, *Les Minorités, l'État et la Communauté Internationale* 1924 S. 308 f.; Gerber, *Minderheitenprobleme* 1927 S. 59.

Daß von einer Rechtssubjektivität der Minderheiten in der Gegenwart nicht gesprochen werden kann, geht schon aus ihrer tatsächlichen Stellung sowie dem Verfahren hervor, in dem die Minoritätenfragen heute vor dem Völkerbund behandelt werden. Im wesentlichen beschränkt sich die Tätigkeit der Minderheiten darauf, dem Völkerbund Petitionen einzureichen (dazu die Resolution des Völkerbundsrates vom 22. Oktober 1922), auf deren weiteres Schicksal sie gänzlich ohne Einfluß sind. Über die Rechtsschutzgarantien des Minderheitenrechtes, insbesondere das Verfahren vor dem Völkerbund vgl. vor allem Mandelstam, *La Protection des Minorités, Recueil des Cours der Haager Akademie* 1923 Bd. I S. 447—497; Szagunn, *Mitteilungen d. D. Gesellschaft f. Völkerrecht* 1923 H. 4 S. 45 ff.; ferner Wertheimer, *Deutschland, die Minderheiten und der Völkerbund* 1926 S. 43 f.; Löwenfeld, *Der Rechtsschutz vor dem Völkerbund i. d. Zeitschrift f. öffentliches Recht* Bd. V 1926 S. 281 f. (Übersetzung von Brunet und Löwenfeld, *De la Protection des Minorités par la Société des Nations, Paris, 1925*); Laun, *Wörterbuch d. Völkerrechts* Bd. II S. 103 f.; Brunet, *Le Statut des Minorités Nationales au point de vue du Droit International privé* im *Journal du Droit International* 1926 S. 294 f. und Fouques-Duparc, *Le Développement de la Protection des Minorités i. Revue de Droit International et de la Législation Comparée* 1926 Bd. 7 S. 509 f. Über die Verhandlungen des Juristenkomitees, in denen vereinzelt auch die Zulassung von Privatpersonen als Prozeßparteien (so z. B. von de Lapradelle, Loder) befürwortet wurde, s. noch *Procès-Verbaux des Séances du Comité* 15 juin—24 juillet 1920 avec Annexes 1920 S. 204 f. und die geplanten später weggelassenen (a. a. O. 579 f.) Entwurfbestimmungen des Art. 28 S. 523 und Art. 27 Abs. III S. 566.

Daß das Minderheitenschutzverfahren in seiner heutigen Gestalt unzulänglich ist, wird fast allseitig zugegeben. Eine befriedigende Reform und eine Perfektionierung des heute noch unvollständigen Rechtsschutzes wäre nur möglich, wenn es gelänge, den Minderheiten als Kollektiveinheiten Prozeßrechte einzuräumen, ohne hiermit die Anerkennung ihrer völkerrechtlichen Rechtssubjektivität zu verbinden.

⁹⁵⁾ Abweichend offenbar C. G. Bruns, *Minderheitenrecht als Völkerrecht a. a. O.*, der von einer »Allgemeingültigkeit und allseitigen Verbindlichkeit« der Minderheitenverträge im Sinne einer »inneren Verpflichtung« spricht (so z. B. 41 f.).

liche Verbindlichkeit zu erlangen⁹⁶⁾. Daher sind die Staaten außerhalb des Rahmens ihrer positiv-völkerrechtlichen Verpflichtungen auch heute noch befugt, landesrechtlich mit ihren eigenen Staatsangehörigen nach Belieben zu verfahren.

Das spezifisch Neue des Minderheitenschutzes besteht vielmehr in der Erweiterung des Geltungsumfangs des völkerrechtlichen Schutzrechtes⁹⁷⁾ und damit vor allem des Willkürverbotes. Zum erstenmal verpflichten hier partikuläre Völkerrechtsnormen die Minderheitenstaaten ganz allgemein, ihre eigenen Staatsangehörigen, soweit sie zur Minderheit gehören, nicht willkürlich zu behandeln, d. h. etwa sie allein aus religiösen oder nationalen Motiven heraus schlechter zu stellen als die Mehrheit. Daher kann auch ein Staat sich nicht mehr völkerrechtlich mit einer willkürlichen Behandlung seiner Minderheit durch einen dritten Staat einverstanden erklären, da hierin zugleich die Einwilligung zu einem völkerrechtlich verbotenen, willkürlichen Verhalten liegen würde. Und der Aufenthaltsstaat seinerseits würde die Pflicht haben, das etwa so erklärte Einverständnis des Heimatsstaates zu ignorieren, weil dieses — selbst mit einem Makel behaftet — das der eignen Handlungsweise innewohnende Moment der Rechtswidrigkeit nicht beseitigen und daher auch nicht von dem Vorwurf eines das Recht verletzenden Verhaltens befreien könnte.

Daß das in dem Gleichheitssatz enthaltene Verbot, die Minderheit willkürlich zu differenzieren, das sich nicht nur an die Verwaltung, sondern nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Minderheitenschutzverträge auch an den Gesetzgeber wendet⁹⁸⁾, tatsächlich das Essentiale der Minoritätenschutzverträge ist⁹⁹⁾, geht auch schon daraus hervor, daß die bisher praktisch gewordenen, das Minderheitsrecht berührenden Streitigkeiten letzten Endes fast immer auch irgendwie auf die Frage zurückgehen, ob eine Verletzung der Rechtsgleichheit vorliegt oder nicht. Insbesondere ist dieser Satz durch die Bodenreformen der im Gefolge des Krieges neu entstandenen Staaten häufig verletzt worden.

Die Verwaltungsbehörden haben so z. B. die Agrargesetze entweder

⁹⁶⁾ Zur Unterscheidung von logischen und ethischen Rechtsgrundsätzen sowie von Rechtsgrundsatz und Rechtssatz Heller, *Souveränität* S. 48 f, 127 f.

⁹⁷⁾ Dazu auch Kraus i. *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 1927 S. 20 f.

⁹⁸⁾ Vgl. auch *Recueil des Avis Consultatifs* 1923 Nr. 6 betreffend die ehemals deutschen Ansiedler in Polen.

⁹⁹⁾ In der fast unübersehbar gewordenen Literatur des Minderheitenrechtes wird der Gleichheitssatz überwiegend — wenn überhaupt — nur beiläufig erörtert. Ein näherer Hinweis auf die Bedeutung des Gleichheitssatzes etwa bei Visscher, *The Stabilization of Europa* 1924 S. 29 f. Zum Mittelpunkt seiner Erörterungen über das Minderheitenrecht hat ihn erst neuerdings verdienstvollerweise C. G. Bruns, *Minderheitenrecht* a. a. O. 20 ff. gemacht.

von vornherein oder doch überwiegend nur auf die Minderheit angewandt — so ist z. B. 1926 in Posen—Westpreußen der deutsche Grundbesitz mit über 90% zur Enteignung herangezogen worden, trotzdem prozentual der enteignungsfähige polnische Grundbesitz überwog¹⁰⁰⁾ — oder die Exekutive hat den Gleichheitssatz dadurch verletzt, daß der an sich ordnungsmäßig enteignete Grund und Boden zum Nachteil der Minderheit willkürlich überwiegend der Mehrheit zugeteilt worden ist. So hat z. B. in der Tschechoslowakei die Minderheit, der 90% des beschlagnahmten Bodens gehört hat, bei der Zuteilung nur 57% erhalten¹⁰¹⁾.

Darüber hinaus sind die Bodengesetze aber auch selbst mit dem Willkürsatz in Konflikt geraten. Allerdings haben in der Regel die Gesetze nach außen eine offene Verletzung des Gleichheitssatzes vermieden. Doch ist dies unerheblich. Denn es ist der selbstverständliche, hier nicht näher zu begründende Sinn des Gleichheitssatzes, daß er materielles Unrecht verbietet^{101a)} — unabhängig davon, ob dieses Unrecht die Form des Rechtes gekleidet wird oder nicht¹⁰²⁾. In diesem Sinn

¹⁰⁰⁾ Nach C. G. Bruns, Minderheitenrecht als Völkerrecht a. a. O. 30.

¹⁰¹⁾ So Brunet, *Journal du droit international* a. a. O. 290/291. Über die Verwaltungspraxis der rumänischen Behörden in Transsylvanien etwa Cabot, *The racial Conflict in Transsylvania* 1926 S. 77 f.

^{101a)} Das Gleiche gilt völkerrechtlich überall, wo ein Staat sich zur rechtsgleichen Behandlung von anderen Staaten ausdrücklich verpflichtet, also das Gebot der Rechtsgleichheit nicht schon ohnehin rechtsatzmäßig verpflichtend besteht. Vor allem ist hier an das Handelsvertragsrecht zu denken, das nach freiem Belieben von den Staaten geschaffen und inhaltlich ausgestaltet werden kann. Hat sich aber ein Staat etwa durch Einfügung der Meistbegünstigungsklausel zu einer rechtlichen Gleichbehandlung des Vertragspartners mit anderen Staaten verpflichtet, so ist jener gehalten, diesen nicht nur formell, sondern auch materiell rechtsgleich zu behandeln. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Rechtsmäßigkeit der heute vielfach geübten Staatenpraxis zu bezweifeln, nach der zwar die Meistbegünstigungsklausel und damit die rechtliche Gleichbehandlung der Staaten weitgehend vertraglich garantiert wird, die Klausel zugleich aber durch andere einseitig-staatliche Maßnahmen in ihrem faktischen Geltungsbereich eingengt, ja oft geradezu in ihrem Werte völlig aufgehoben wird. So besteht z. B. einer der Zwecke der Spezialisierung der Zolltarife heute darin, in einem formell, nicht aber materiell rechtsgleichen Verfahren die meistbegünstigten Staaten von den in den Tarifverträgen vereinbarten Zollermäßigungen auszuschließen. In der gleichen Weise wirkt etwa auch die von einer sachfremden Motivation getragene, einseitig ungleiche Behandlung der Verkehrsrichtungen (z. B. Bevorzugung der Land- oder See-Einfuhr, verschieden hohe Festsetzung der Eisenbahntarife von verschiedenen Grenzpunkten aus), Betonung des ausländischen Charakters eingeführter Waren, Deckung des öffentlichen Bedarfs lediglich bei bestimmten Staaten. Zu dieser zum mindesten völkerrechtlich bedenklichen Praxis referierend etwa Meine, *Die Beschränkungen in den Meistbegünstigungsklauseln* 1928 S. 77 ff. mit weiteren Literaturnachweisen. Näher auf die völkerrechtlichen Konsequenzen der heutigen Staatenpraxis wird eine Arbeit von K. Bonhoeffer hinweisen.

¹⁰²⁾ Auch die Bewohner von Südtirol werden, wie die stereotypen Wendungen der fascistischen Presse lauten, von dem allerdings vertraglich nicht gebundenen italienischen

heißt es auch in den Minderheitenverträgen in einer den Gleichheitssatz inhaltlich wiederholenden Bestimmung ausdrücklich, daß die Angehörigen der Minderheit »jouiront du même traitement et des mêmes garanties en droit et *en fait* que les autres ressortissants«¹⁰³). Hiernach muß somit ein Gesetz als willkürlich auch dann bezeichnet werden, wenn von diesem eigene Staatsangehörige betroffen werden, wenn nur feststeht, daß offensichtlich und in unzweifelhafter Weise der objektiv erschließbare Zweck des Gesetzes im ganzen darauf gerichtet war, die Minderheiten zugunsten der der Nationalität nach eignen Staatsangehörigen schlechter zu stellen¹⁰⁴).

In diesem Sinne hat die Cour Permanente auch mit Fug die Rechtswirksamkeit des ihrer Kognition unterstellten polnischen Gesetzes vom 14. Juli 1920 bestritten, das in äußerlich korrekten und allgemein gehaltenen Formen in Wirklichkeit ausschließlich die von den früheren deutschen Ansiedlern erworbenen Rechte hat schmälern wollen¹⁰⁵). Auch das estnische und das weniger radikale lettländische

Staat wie die anderen italienischen Staatsbürger d. h. eben nur formell rechtsgleich behandelt. Dazu näher Reut-Nicolussi, Zur Frage der Rechtsgleichheit in Südtirol i. d. D. Jur. Zeit. 1928 Bd. 33 Sp. 482 f.

¹⁰³) Z. B. Art. 8 d. Vertrages mit Polen, der Tschechoslowakei, Jugoslawien usw. Vgl. auch Friedmann, Le Problème des Minorités Ethniques 1927 S. 115.

¹⁰⁴) Die Cour Permanente hat in anderem Zusammenhang ausdrücklich bemerkt, daß der Mangel einer Differenzierung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen einen Staat nicht seiner völkerrechtlichen Pflichten enthebt. Vgl. Recueil des Arrêts S. A. Nr. 7 (1926) S. 33: »L'expropriation sans indemnité est certainement contraire au titre III de la Convention; or, une mesure défendue par la Convention ne saurait devenir légitime au regard de cet instrument du fait que l'Etat l'applique aussi à ses propres ressortissants«.

¹⁰⁵) Vgl. hierzu Recueil des Avis Consultatifs Nr. 6 S. 24: Die Cour Permanente erklärt es hier als den »point primordial et fondamental . . . que les personnes, dont les droits sont actuellement contestées, sont dans l'ensemble de race allemande . . .«. Gegen diesen Satz Brunet a. a. O. S. 292 f. mit dem Bemerkten, daß nicht schon deshalb, weil die von einem Gesetz betroffene Mehrheit der Bevölkerung der Minderheit angehört, von einer Verletzung des Gleichheitssatzes gesprochen werden kann. Erforderlich sei noch »d'un aute trait, qui ait pour but d'aggraver ou qui aggrave en fait ces effets à l'égard des minorités« (a. a. O. S. 294). Gewiß muß ein Gesetz nicht schon deshalb mit dem Gleichheitssatz kollidieren, weil von demselben der Mehrheit nach die Minderheit betroffen wird. Hinzu kommen muß stets, daß das Gesetz auf einer sachfremden Zweckverfolgung beruht. Brunet will durch die eben angeführten formalen Kriterien auch lediglich die Richtigkeit des in concreto zu fallenden Urteils sicherstellen. Ein absolut sicheres Kriterium enthalten aber auch sie nicht. Entscheidend sind immer die konkreten Umstände. In der Regel wird die Tatsache, daß von einem Agrargesetz ausschließlich oder überwiegend die Minderheit betroffen wird, genügen, um ein solches Gesetz als willkürlich erscheinen zu lassen. Denn man muß bedenken, daß die Kläger sich geradezu in einem Beweisnotstande befinden. Wenn also nicht gewichtige Umstände vom Beklagten vorgebracht werden, die diese präsumtive Regel entkräften, wird man es daher bei der bewährten Praxis belassen müssen.

Agrargesetz von 1919 resp. 1920 ¹⁰⁶⁾, nach denen ¹⁰⁷⁾ in Estland die Rittergüter völlig, in Lettland zu einem großen Teile — bisher entschädigungslos — enteignet worden sind, hatten in Wirklichkeit nur das Ziel, die in Estland und Lettland domizilierte deutsche Minderheit zu entrechten, in deren Händen sich ganz überwiegend der zu expropriierende Großgrundbesitz befand. Auch hier ist der soziale Charakter der Agrarreform nur das äußere Gewand, in das eine ausgesprochen national-politische Maßnahme gekleidet wurde, um die völlige Herrschaft der estnischen und lettländischen Bevölkerungsteile über die deutschen sicherzustellen ¹⁰⁸⁾.

In diesen Zusammenhang gehört ferner — jedenfalls soweit es sich um rumänische Staatsangehörige ungarischer Nationalität handelt, die nicht für Ungarn optiert haben — auch das auf Transsylvanien sich beziehende rumänische Bodengesetz vom 31. Oktober 1921, nach dem die »Absentisten« ¹⁰⁹⁾ nahezu entschädigungslos ¹¹⁰⁾ enteignet worden sind ¹¹¹⁾. Denn auch hier handelt es sich trotz formal gleicher Behandlung aller Bewohner Transsylvaniens materiell um ein politisches Ausnahmegesetz gegen die Grundbesitzer ungarischer Nationalität ¹¹²⁾. Das geht schon daraus hervor, daß der Grund und Boden in Transsylvanien überwiegend in den Händen von der Nationalität nach ungarischen Grundbesitzern war und das transsylvanische Bodengesetz gegenüber dem allgemeinen Agrargesetz erhebliche, sachlich nicht zu motivierende Verschärfungen enthält ¹¹³⁾. Vor allem richtet sich die in das Gesetz eingefügte Abwesenheitsklausel der für die Enteignung maßgeblichen

¹⁰⁶⁾ Hierzu näher Krause, Die Agrarreform in Lettland und Estland 1927 S. 13 f., 17 f.

¹⁰⁷⁾ Von dem estnischen Gesetz von 1925 sehe ich hier ab.

¹⁰⁸⁾ Vgl. zur Kritik der Bodengesetze auch Krause a. a. O. 40 f.

¹⁰⁹⁾ D. h. Personen, die vom 1. Dezember 1918 bis 28. März 1921 sich nicht auf ihren Gütern aufhielten (§ 6 c). — Eine deutsche Übersetzung des Agrargesetzes bei Fenner-v. Lösck, Die neuen Agrargesetze der ost- und südeuropäischen Staaten 1923 S. 196 ff.

¹¹⁰⁾ § 50 d. Agrargesetzes setzt den heute völlig entwerteten Leu als Goldleu der ungarischen Krone gleich. Den Grundbesitzern wird so nahezu nur 1% des realen Grundstückswertes vergütet.

¹¹¹⁾ Da überwiegend die Grundbesitzer für Ungarn optiert haben, dreht sich der materiell völkerrechtliche Streit über die Rechtsgültigkeit des Agrargesetzes primär um die Frage, ob die Enteignung mit dem Art. 250 des Friedensvertrages von Trianon vereinbart ist, der auf den früher zu Österreich-Ungarn gehörenden Gebieten eine Liquidation verbietet. Dazu etwa Marburg, Der rumänisch-ungarische Optantenstreit a. a. O. 53 ff.; dort auch S. 1 ff. der Tatbestand.

¹¹²⁾ Dazu auch Brunet, Journal de Droit international privé Bd. 53 S. 286 f.

¹¹³⁾ So ist z. B. hier abweichend vom gemeinen Recht auch eine Enteignung des Kleinbesitzes und weiter eine Enteignung zu Zwecken zulässig, die eine Expropriation in Alt-Rumänien nicht gestatten würden. Hierzu näher Kaufmann, Zeitschrift für Ostrecht Bd. I S. 1258 f.; de Lapradelle ebenda 1273.

Zeitspanne ausschließlich gegen die Grundbesitzer ungarischer Abstammung, da durch die Absperrung der Grenzen sowie der Verweigerung der Einreise es den ungarischen Grundbesitzern faktisch so gut wie nicht möglich war, während dieser Zeitspanne rumänischen Boden in Transsylvanien zu betreten. Daß das Gesetz in seiner heutigen Gestalt nicht erlassen worden wäre, wenn von dem Gesetz in demselben Umfang wie ungarische etwa französische oder englische Grundbesitzer betroffen worden wären, wird endlich dadurch zur Gewißheit, daß tatsächlich vereinzelt von der Enteignung betroffenen Engländern und Franzosen das 40fache der Entschädigung gewährt worden ist ¹¹⁴⁾. — Im übrigen bewegen sich in der gleichen oder doch einer ähnlichen Richtung auch die Agrargesetze anderer Minderheitenstaaten ¹¹⁵⁾.

Die grundsätzliche Bedeutung des Gleichheitssatzes im Minderheitenrecht zeigt sich weiter darin, daß sich die meisten anderen Vertragsbestimmungen auf diesen Satz zurückführen lassen. Dieser wird überwiegend wenn nicht inhaltlich wiederholt ¹¹⁶⁾, so doch an Hand einer Reihe nicht erschöpfend gedachter Beispiele näher umschrieben. Mit dieser Einsicht beheben sich zugleich manche Schwierigkeiten, die bisher einer sinnhaften Interpretation des Minderheitenrechts entgegenstanden.

Man hat z. B. unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte und aus der Tatsache, daß die Minderheitenschutzverträge nur der Freiheit und des Lebens Erwähnung tun, schließen wollen, daß das Eigentum der Minderheiten einen weniger qualifizierten Rechtsschutz als deren Freiheit und Leben genieße ¹¹⁷⁾. In Wirklichkeit ergibt sich das Gegenteil schon aus der grundsätzlichen Bedeutung des Gleichheitssatzes ¹¹⁸⁾, der sich nach den Minderheitenschutzverträgen ausdrücklich auf die

¹¹⁴⁾ Das hier Gesagte ist auch für die materielle Entscheidung des Optantenstreites aus Art. 250 FV. von Wichtigkeit, da, wie auch der zweite Grundsatz des Rapport des Dreierkomitees mit Recht hervorhebt, auch unter diesem Gesichtspunkt keine Ungleichheit zwischen Ungarn und Rumänien »soit dans les termes de la loi agraire, soit dans la manière, dont elle est appliquée« bestehen darf (der Rapport bei Marburg a. a. O. 41 ff.; vgl. hier Z. 2 S. 48).

¹¹⁵⁾ Zur tschechoslovakischen Bodengesetzgebung etwa das ausführliche Buch von Worliczek, Grundlagen, Grundgedanken und Kritik der tschechoslovakischen Bodenreform 1925 insbes. S. 155 ff.; über das jugoslawische Bodengesetz, das auch mit auf nationalpolitische Motive zurückzuführen ist, Matl, Die Agrarreform in Jugoslawien 1927 a. a. O. 30 ff.

¹¹⁶⁾ Vgl. vor allem die Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 des polnischen Minderheitenschutzvertrages und in der gleichen Formulierung die entsprechenden Bestimmungen in den anderen Verträgen.

¹¹⁷⁾ Selbst C. G. Bruns, Minderheitenrecht a. a. O. 26 behauptet, daß aus »den Minderheitenverträgen ein Schutz des Eigentums in seinem strengsten Begriff nicht herausgelesen werden kann«.

¹¹⁸⁾ Dazu auch Krstitch, Les Minorités, l'État etc. a. a. O. S. 210/211.

politischen und bürgerlichen Rechte, somit auch auf das Eigentum, erstreckt. Willkürliche Beschränkung oder Entziehung des Eigentums ist geradezu der typische Tatbestand, den der Gleichheitssatz verbietet. Ihn hier seiner Wirksamkeit entkleiden, heißt, ihn seiner wesentlichsten Funktionen berauben und die Bedeutung der Minoritätenschutzverträge in der Praxis auf ein Minimum reduzieren.

Des weiteren hat man z. B. gesagt, daß eine tatsächliche und rechtliche Gleichheit nicht immer ausreicht, um den Minderheiten den erforderlichen rechtlichen Schutz zu gewähren. Man verweist hier hauptsächlich auf die in den Minderheitenverträgen enthaltene Sonderregelung einzelner Materien (wie Sprache, Religion, Unterricht). So bezeichnet man etwa die Bestimmungen über den privaten und öffentlichen Unterricht, die Staatsbürgerschaft und die Sprachenfrage als Sätze, die über den durch den Gleichheitssatz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewährten allgemeinen Schutz hinausgehen, als »*prérogatives*« der Minderheit¹¹⁹⁾. Hier wird aber übersehen, daß der Gleichheitssatz als das inhaltlich und nicht formal zu denkende Verbot der Willkür nicht nur dadurch verletzt werden kann, daß äußerlich gleichgelagerte Tatbestände ungleich behandelt werden, sondern auch dadurch, daß ungleiche Tatbestände willkürlich der gleichen rechtlichen Norm unterworfen werden. Daher kann auch die formelle »Gleichbehandlung« der Mehrheit und Minderheit eine Verletzung des Gleichheitssatzes involvieren. Dies wäre der Fall, wenn die Nichtdifferenzierung auf einer willkürlichen d. h. durch die konkrete Situation sachlich nicht gerechtfertigten Erwägung beruhen würde — so z. B. wenn etwa die kulturellen Besonderheiten der Minderheiten von der nationalen Rechtsordnung radikal mißachtet werden würden¹²⁰⁾.

Schließlich ist die Einsicht, die dazu führt, den Gleichheitssatz in den Mittelpunkt des Minderheitenrechtes zu stellen, auch für die Staatsangehörigkeit der Minderheiten in den Rand- und Nachfolgestaaten von Bedeutung. Minderheitenschutz ist nur möglich, wenn die Minderheiten die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, dem sie gegenüber Schutz genießen sollen. Daher verfahren die Minderheitenstaaten willkürlich, wenn sie — abgesehen von den in den Friedens- und Minderheitenschutzverträgen selbst vorgesehenen Fällen — die zur Minderheit gehörigen Personen vom Erwerb der Staatsangehörigkeit ausschließen oder ihnen nachträglich dieselbe wieder entziehen. Handelt

¹¹⁹⁾ So z. B. Giraud, *Le Droit des Nationalités etc.* Extrait de la *Revue générale de Droit International public* 1924 S. 33; Brunet, *Journal a. a. O.* 276; Gerber, *Minderheitenprobleme* S. 26.

¹²⁰⁾ Vgl. unter diesem Gesichtspunkt zu dem geltenden Rechtszustand in den Minderheitenstaaten etwa Mandelstam, *Protection des Minorités etc.* *Recueil a. a. O.* 1923 Bd. I S. 420 ff.

es sich um eine nachträgliche Entziehung der Staatsangehörigkeit, so ergibt sich dies schon zwingend aus dem Wortlaut des Gleichheitssatzes, der generell eine willkürliche Differenzierung nicht gestattet. Erhalten die Angehörigen der Minderheit von vornherein nicht die Staatsangehörigkeit des Nachfolgestaates, so ergibt sich das gleiche aus Inhalt und Sinn des Gleichheitssatzes. Man würde sich dem Vorwurf einer formalistisch an dem Wortlaut haftenden, innerlich unberechtigten Unterscheidung zweier gleichgelagerter Tatbestände aussetzen, wenn man es entscheidend in der Beurteilung darauf abstellen wollte, ob das der Minderheit zustehende Recht auf Erwerb der Staatsangehörigkeit¹²¹⁾ oder die Staatsangehörigkeit selbst willkürlich durch den Vertragsstaat entzogen werden würde. Man würde sonst — dem Sinn der Verträge offenbar zuwider — den Minderheitsstaaten von Rechts wegen die Möglichkeit an die Hand geben, auf Grund einer Entziehung der Staatsangehörigkeit die zur Minderheit gehörigen Individuen als Fremde, ja sogar als Feinde zu behandeln und diese damit rechtlich bloßzustellen¹²²⁾.

Durch diese bisher erwähnten, nicht erschöpfend gedachten Beispiele ist die praktische Bedeutung des Satzes vom Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im Völkerrecht zur Genüge verdeutlicht worden.

III.

Die Konsequenzen für die Rechtsquellenlehre im Völkerrecht, vor allem die »*principes généraux*«.

Aufzuwerfen bleibt nun noch die Frage, welche Konsequenzen das bisher Gesagte für die Rechtsquellenlehre im Völkerrecht und damit zugleich die Rechtsprechung der internationalen Gerichte hat.

Der Artikel 38 des Haager Statutes, der enumerativ die Quellen aufzählt, aus denen die Cour Permanente ihr Recht schöpft, erwähnt bekanntlich neben dem völkerrechtlichen Vertrags- und Gewohnheitsrecht in Ziffer 3 die »*principes généraux reconnus par les nations civilisées*«. Dieser Satz, der bereits zuvor in mehr oder weniger abgewandelter Form in der Völkerrechtspraxis vor allem in der schiedsgerichtlichen Judikatur¹²³⁾ eine bedeutsame Rolle spielte, findet sich in inhaltlicher Übereinstimmung bereits in anderen völkerrechtlich bedeutsamen Urkunden, so z. B. in der Präambel des Haager Landkriegsab-

¹²¹⁾ Ein solches hat die Cour Permanente gegenüber Polen z. B. als zu Recht bestehend anerkannt.

¹²²⁾ Man denke insbesondere an das Liquidationsrecht auf vermögensrechtlichem Gebiet. Übereinstimmend wohl auch C. G. Bruns, Minderheitenrecht a. a. O. 18 f.

¹²³⁾ Vgl. über den Haager Schiedshof etwa Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes 1923 S. 120 f.; weitere Belege bei Spiropoulos, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze a. a. O. S. 1 ff.

kommens von 1907, in dem projektierten Statut der propagierten »Cour-Permanente Internationale Criminelle¹²⁴⁾ und neuerdings auch in einer Reihe von Schiedsverträgen wie z. B. im deutsch-schweizerischen und deutsch-schwedischen Schiedsvertrag¹²⁵⁾.

Über die rechtliche Natur dieser allgemeinen Rechtsprinzipien besteht weithin Unklarheit. Ganz deutlich tritt diese etwa in den Beratungen des Juristenkomitees über den Art. 38 des Statuts zutage. Hier — und in der Folge auch in der Literatur — sind die verschiedensten Auffassungen über die Bedeutung der principes généraux vertreten worden. Man hat ihnen jegliche Bedeutung abgesprochen¹²⁶⁾, in ihnen im Sinne einer Interpretationsregel die rechtliche Grundlage insbesondere zur Bezugnahme auf die Analogie und das argumentum e contrario gesehen¹²⁷⁾ oder in ihnen schließlich Rechtsgrundsätze oder Rechtssätze erblickt, deren rechtlicher Charakter und Geltungsumfang jedoch streitig oder doch zum mindesten im Unklaren blieb¹²⁸⁾.

Die herrschende Lehre steht heute auf dem Standpunkt, daß es sich bei den principes généraux um sog. allgemeine Rechtsgrundsätze handelt¹²⁹⁾, die nicht positives Völkerrecht darstellen und daher höchstens sittliche, aber nicht rechtliche Verpflichtungskraft für die Staaten haben. Über den spezifischen Inhalt dieser Rechtsgrundsätze gehen allerdings die Ansichten nach wie vor auseinander. Man weiß nicht, ob diese Rechtsgrundsätze eine mehr ethische oder logische Struktur besitzen oder ob sie auf »Rechtsvorstellungen oder Rechtssätze ver-

¹²⁴⁾ Vgl. Art. 23 Z. 3. Ebenso das Projekt eines internationalen Prisengerichtshofs v. 1907 (Art. 7).

¹²⁵⁾ Vgl. RGBl. 1922 I S. 218 Art. 5 (Schweiz); RGBl. 1925 T. II S. 865 Art. 5 (Schweden); ferner etwa RGBl. 1925 T. II S. 874 Art. 5 (Finnland); RGBl. 1927 II S. 33 Art. 4 (Niederlande) und ebenda S. 41 (Dänemark).

¹²⁶⁾ Vgl. vor allem Cavaglieri, *Concetti e caratteri del diritto internazionale generale* in *Rivista di Diritto Internazionale* 1922 Vol. 14 S. 504 Anm. 3. Ferner Ricci-Busatti, *Procès-Verbaux des Séances du Comité* 16 juin bis 24 juillet 1920 avec Annexes 1920 S. 314, nach dem alles, was »das positive Völkerrecht« nicht verbiete, erlaubt, die Ziff. 3 daher grundsätzlich (vorbehaltlich gewisser Ausnahmen) entbehrlich sei — in Wirklichkeit eine offene *petitio principii*, da es sich ja gerade darum handelt, festzustellen, ob die allgemeinen Prinzipien der Ziffer 3 positives Völkerrecht enthalten oder nicht. Vgl. auch Salvioli, *La Corte permanente di Giustizia Internazionale* in *Rivista di Diritto Internazionale* 1924 Bd. 16 S. 280; dazu noch Verdross, *Völkerrechtsverfassung* S. 63.

¹²⁷⁾ So vor allem Salvioli, *Rivista di Diritto intern.* S. 282/84; vgl. auch noch Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale* 1928 Bd. I S. 106.

¹²⁸⁾ Hierzu vgl. etwa Descamps, *Procès-verbaux a. a. O.* S. 310 f., 318, 323; Fernandez a. a. O. 345, 346; Ricci-Busatti 315; Phillimore a. a. O. 295, 316.

¹²⁹⁾ Vgl. vor allem etwa Anzilotti, *Corso a. a. O.* I S. 106; Heller, *Die Souveränität a. a. O.* 137 f.; Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung i. Zeitschrift für intern. Privatrecht* Bd. I S. 17 f. Ähnlich auch Magyari, *Die intern. Schiedsgerichtsbarkeit i. Völkerbund* 1922 S. 150.

weisen, die außerhalb des Völkerrechts im Schatze des Rechtsbewußtseins der Völker leben«¹³⁰⁾.

Ebenso wie nach der herrschenden Lehre sind auch nach der Auffassung der Cour Permanente die »*principes généraux*« nicht eine dem Vertrags- und Gewohnheitsrecht koordinierte Rechtsquelle. Der die Staaten verpflichtende Wille offenbart sich allein »dans les conventions ou dans les usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendentes . . .«¹³¹⁾.

Wieweit dies richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben, da eine grundsätzliche Analyse der *principes généraux* nicht Gegenstand der Erörterung ist. Nur soviel darf in diesem Zusammenhang gesagt werden, daß die ausschließliche Beschränkung der *principes généraux* im Sinne der herrschenden Lehre auf die Rechtsgrundsätze unzulässig, ihr Geltungsbereich in Wirklichkeit ein weiterer ist. Er umfaßt auch Rechtssätze, die ihre normative Kraft nicht aus Verträgen oder Gewohnheitsrecht herleiten, so vor allem das hier näher umschriebene Verbot der Willkür, das als ein jeder Rechtsordnung immanentes Prinzip in seiner Rechtsgrundsätzlichkeit auch im Völkerrecht zugleich rechtsatzmäßig gilt¹³²⁾ — jedenfalls dann, wenn das Spezifische des Rechtsgrundsatzes in seiner Nichtrechtsatzqualität bestehen soll¹³³⁾.

Damit ist zugleich gesagt, daß das Verbot der Willkür im Völkerrecht nicht etwa deshalb rechtsatzmäßig gilt, weil dieser Satz ein Be-

¹³⁰⁾ So Rabel a. a. O. 18. Auch Anzilotti denkt (a. a. O. 106) abgesehen von den »*principi generali dell' ordinamento giuridico internazionale*« an die »*principi universalmente ammessi nelle legislazioni dei popoli civili*«; dazu noch die Nachweise S. 118 An. 134 und 135.

¹³¹⁾ Série A. Recueil des Arrêts Nr. 10 (1927) S. 18 (Lotusfall).

¹³²⁾ In diesem Sinne allgemein etwa Koster, Les fondements du droit des Gens 1925, S. 216; vor allem Ebers, Mitt. d. d. Ges. f. Völkerrecht H. 7, S. 22, der in den »*principes généraux*« die höhere von dem Willen der Staaten unabhängige objektive Rechtsordnung sieht, in der das Vertrags- und Gewohnheitsrecht wurzelt; ferner C. G. Bruns, Minderheitenrecht aaO. 9, nach dem die »*principes généraux*« Grundregeln enthalten, »die auch ohne konkrete Festlegung durch Vertrag und Gewohnheit fähig sind, auf die Entscheidung konkreter Rechtsfragen Anwendung zu finden«; Richter, Die Möglichkeit und Bedeutung einer allgemeinen Rechtslehre für das internationale Recht in Blätter f. intern. Privatrecht 1928, Sp. 147 ff., nach dem es »bestimmte Rechtsnormen (al. *principes généraux*)« gibt, die aus der gegenwärtigen Kulturordnung der menschlichen Gesellschaft nicht fortgedacht werden können, ohne diese Kulturordnung selbst zu verneinen«, und denen eine bestimmte »kulturelle Wertfunktion« (151 f.) zugeschrieben wird; wohl auch del Vecchio, Sui principi generali del diritto 1921, S. 48 f. (spezifisch landesrechtlich gesehen). Zu weitgehend Verdross, Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft 57 ff., der in den *principes généraux* eine Verweisung auf die »internationale Gerechtigkeit« sieht, die dem Vertrags- und Gewohnheitsrecht ebenbürtig als »dritte Völkerrechtsquelle« (59) zur Seite gestellt wird.

¹³³⁾ Vgl. so richtig Heller, Souveränität 48, 51; Spiropoulos, Allgemeine Rechtsgrundsätze S. 26.

standteil der einzelstaatlichen Rechtsordnungen ist, wie dies neuerdings ganz allgemein im Hinblick auf die »principes généraux« von Spiropoulos in seiner nicht widerspruchslösen Problemdarstellung¹³⁴⁾ wie von anderen¹³⁵⁾ behauptet worden ist. Denn ein Rechtssatz wird dadurch, daß eine Reihe von Staaten ihn im innerstaatlichen Recht anerkennt, noch nicht zu einer Norm des Völkerrechts. Das Völkerrecht als eine von der Staatsrechtsordnung grundsätzlich in Struktur und Wesen verschiedene Rechtsordnung gewinnt seine Normen nicht aus generalisierenden Abstraktionen einzelstaatlicher Rechtssätze¹³⁶⁾. Ein Staat kann trotz aller Wesenszusammenhänge, die insbesondere in kultureller und entwicklungsgeschichtlicher Hinsicht zwischen Landes- und Völkerrecht bestehen, gegenüber den ihm rechtlich unterstellten Individuen einen Rechtssatz gelten lassen, dem er die Anerkennung im Völkerrecht versagt und umgekehrt¹³⁷⁾. Außerdem zeigt sich bei einer näheren Betrachtung, daß die äußerlich inhaltlich übereinstimmenden Sätze des Landesrechts in ihrer praktischen Verwirklichung meist ein von

¹³⁴⁾ Nach Spiropoulos, Allg. Rechtsgrundsätze S. 26 sind die »principes généraux«, auf die auch der Artikel 38 Z. 3 des Haager Statuts verweist, jene »allgemeinen Rechtsgrundsätze, deren Inhalt aus den in den staatlichen Rechtsordnungen positiv gewordenen Anschauungen allgemeiner Natur besteht«. Nach Spiropoulos handelt es sich somit bei den principes généraux ebenfalls um Rechtsgrundsätze. Ja, er betont ausdrücklich, daß diese Rechtsgrundsätze sich inhaltlich durch den Mangel ihrer Positivität von den typischen Rechtssätzen unterscheiden. Hiermit im Widerspruch steht aber der Satz aaO. 63 f., daß es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen »um eine von jeher für die Staaten . . . verbindliche Rechtsquelle« handelt und daß der Art. 38, Z. 3 »die allgemeinen Rechtsgrundsätze als für die Staaten von vornherein verbindliches Recht betrachtet«. Denn sind die principes généraux des Völkerrechts verbindliches Recht, so sind sie auch positives Recht. So schon richtig Schindler i. Zeitschrift f. öff. Recht Bd. VII (1928), S. 622 und wohl auch Richter i. Zeitschr. f. Völkerrecht Bd. 14, S. 606, dessen Ausführungen aber ebenfalls terminologisch nicht klar sind.

¹³⁵⁾ Auf das übereinstimmende Landesrecht verweist auch Verdross, Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft 57, 62 und Richter, Bl. f. intern. Recht 1928 Sp. 149 f., der aber immerhin zwischen der rein zufälligen Parallelität der positiven Rechtssätze und der durch die übereinstimmende »kulturelle Wertfunktion« des Rechts geforderten unterscheidet. Keinesfalls annehmbar ist die Ansicht von Magyari, Schiedsgerichtsbarkeit aaO. 153, nach dem die Cour über Ziffer 3 hinaus sogar nationales Recht soll anwenden dürfen, »wenn sich die Anwendung dieser Norm als notwendig erweist«. Dazu näher Text.

¹³⁶⁾ Nicht zutreffend — wenn auch von der Grundeinstellung aus folgerichtig — Spiropoulos, Rechtsgrundsätze aaO. 31, nach dem zur Erkenntnis der allgemeinen Rechtsgrundsätze in erster Linie die in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen in positiven Rechtssätzen enthaltenen Rechtsgedanken ermittelt werden sollen — ein Weg, der allerdings auch nach Spiropoulos aaO. 32 nicht nötig sein soll, wenn es sich um Rechtsanschauungen handelt, die wegen ihrer Allgemeingültigkeit »integrierende Bestandteile einer jeden Rechtsordnung« sind.

¹³⁷⁾ Vgl. schon S. 77, 85.

dem geschriebenen Recht völlig abweichendes und daher insgesamt uneinheitliches Bild geben. Die rezeptive Verwertung übereinstimmenden Landesrechts durch das Völkerrecht ist so auch technisch gesehen sehr viel schwieriger, als es äußerlich betrachtet oft den Anschein hat.

Soweit eine richterliche Instanz wie etwa die Cour Permanente hiernach auf den völkerrechtlichen Satz vom Verbot der Willkür oder die diesem Verbot eingebetteten Sätze rekurriert, befindet sich diese in der gleichen Lage wie gegenüber dem völkerrechtlichen Vertrags- und Gewohnheitsrecht. Der Richter wendet somit ebenso wie der Landesrichter bereits vorhandene positive Rechtssätze an und übt nicht gesetzgeberische Funktionen aus in dem Sinne, daß anlässlich eines konkreten Streitfalles und nur für diesen verbindlich die anzuwendenden Sätze rechtsschöpferisch gefunden und Rechtsgrundsätze positiviert werden ¹³⁸⁾. Vielmehr ist der Inhalt der richterlichen Entscheidung bereits maßgeblich durch den Inhalt des vorhandenen positiven Normenmaterials bestimmt ^{138a)}. Dabei soll nicht verkannt werden, daß der Willkürsatz, um unmittelbar rechtswirksam zu werden, noch eine nähere Dezision durch den Richter voraussetzt. Doch ist dies eine der Rechtsanwendung ganz geläufige Erscheinung, da jedem richterlichen Urteil stets entscheidend auch ein rechtssetzendes Element zugrundeliegt ^{138b)}.

Daß diese Auslegung der principes généraux auch der des Haager Statuts entspricht, ergibt sich aus Wortlaut und Aufbau des Art. 38 ¹³⁹⁾. Die unmittelbar anwendungsfähiges Recht voraussetzende Z. 3 wird ausdrücklich der Z. 4 gegenübergestellt, deren »décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés« nur »comme moyen auxi-

¹³⁸⁾ Abweichend vor allem Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale 107: »questa norma non esiste nell' ordinamento internazionale; è il giudice che la crea per il caso speciale e per esso soltanto« und Heller, Souveränität aaO. 140 f.

^{138a)} Zur Abgrenzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung jetzt vor allem C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung in der zu erwartenden Reichsgerichtsfestschrift, dessen verfassungstheoretische Bemerkungen auch entsprechend für das Völkerrecht gelten.

^{138b)} Zur Unterscheidung des autoritär-politischen vom richterlichen Dezisionismus ebenfalls C. Schmitt aaO.

¹³⁹⁾ Vgl. auch die Einleitungsworte (»La Cour applique«). Noch deutlicher wäre die von dem Baron Descamps vorgeschlagene Fassung gewesen. Nach ihm hätte Ziffer 3 des Artikels 38 lauten sollen: »les règles de droit international, telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisées«. Hier ist zugleich auf den Beurteilungsmaßstab Bezug genommen, der über die Normgemäßheit oder Normwidrigkeit des einzelstaatlichen Verhaltens entscheidet. Dazu noch Descamps, Procès-verbaux aaO. 310 f., 323: »il s'agit de la loi fondamentale du juste et de l'injuste . . . qui reçoit son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés«. Vgl. auch noch Thoma, Niemeyer's Zeitschr. f. intern. Recht Bd. 34, S. 183, der ebenfalls auf die Notwendigkeit, bei dem Art. 38 »das lebendige Rechtsgefühl zu Rate zu ziehen«, hinweist.

liaire de détermination des règles de droit« bezeichnet werden. Auch der letzte Absatz des Art. 38, nach dem erst bei Einverständnis der Parteien der Gerichtshof berechtigt ist, ex aequo et bono zu entscheiden, wäre nicht verständlich, wenn schon ohnehin der Richter zu einer freien rechtsschöpferischen Tätigkeit legitimiert sein würde ¹⁴⁰⁾. Diese Auslegung entspricht zugleich einem regulativen Prinzip der Interpretation, das nach einer Sinnhaftigkeit der auszulegenden Norm strebt, im übrigen auch dem Willen der Staaten, die ihr Verhalten an dem bestehenden völkerrechtlichen Normenkreis gemessen wissen, nicht sich aber einer autonomen Willensentscheidung der Cour unterwerfen wollten ¹⁴¹⁾ und schließlich der der Völkerrechtspraxis bereits des längeren geläufigen Differenzierung des Quellenmaterials.

Es fragt sich nun, ob die Stellung und Tätigkeit des einen Staatenkonflikt beurteilenden Richters, der auf den Satz vom Verbot der Willkür rekurriert, der des Landesrichters, der den gleichen Satz zur Anwendung zu bringen hat, parallel ist oder wodurch diese sich etwa von ihr unterscheidet. Von einer Parallelität kann man vor allem bei den Feststellungsklagen sprechen. Ebenso wie der Landesrichter etwa festzustellen hat, ob eine Norm mit der Verfassung vereinbar ist oder nicht, kann die Tätigkeit eines Schiedsgerichtes im Sinne eines »Akzessoriums« ^{141a)} darauf beschränkt sein, in einem primär subsumierenden Verfahren festzustellen, ob ein Staat sein Ermessen in concreto mißbraucht hat und damit willkürlich und völkerrechtswidrig verfahren ist. Dagegen unterscheidet sich die Stellung des völkerrechtlichen Richters von der des Landesrichters, wenn es sich um Leistungsklagen, etwa Klagen auf Schadensersatz, handelt. Denn im Völkerrecht fehlt im Gegensatz zum Landesrecht ein bereits allseitig rational formulierter und insoweit äußerlich — denn tatsächlich existiert er — unmittelbar anwendungsfähig erscheinender Normenkreis. Dies weist darauf hin, daß inhaltlich der Geltungsbereich des in den principes généraux enthaltenen Satzes vom Verbot der Willkür im Völkerrecht ein sehr umfassender ist und eine nicht nur negative (wie meist im Landesrecht), sondern auch positive Funktion hat. Dieser Satz verbietet dem Richter, innerhalb seiner rechtsprechenden Kompetenzsphäre sich selbst in irgendeiner Form in den Dienst der Willkür zu stellen. Dies wäre nicht nur bei einem etwaigen excès de pouvoir ¹⁴²⁾, sondern z. B. auch dann der Fall, wenn ein Staat etwa wegen

¹⁴⁰⁾ In diesem Sinne schon Verdross, Völkerrechtsgemeinschaft aaO. 61.

¹⁴¹⁾ So auch fast einmütig das Juristenkomitee; vgl. z. B. de Lapradelle, Procès-verbaux aaO. 296; Root aaO. 286, 293 f., 309.

^{141a)} Dieser auch hier gut verwertbare Ausdruck zuerst bei Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit i. d. Veröffentl. d. deutschen Staatsrechtslehrervereinigung Heft 5. Separ.-Abdruck S. 16; vgl. auch C. Schmitt aaO.

¹⁴²⁾ Ein solcher das Urteil oder den Schiedsspruch annullierender Fehler (so schon

Nichterfüllung vertraglich übernommener Verpflichtungen Schadensersatz von dem Rechtsbrecher begehren und das Schiedsgericht oder die Cour im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeit die Klage wegen Fehlens materiell-völkerrechtlicher Normen abweisen würde. Denn es wäre willkürlich, wenn eine Rechtsordnung nicht an einen rechtswidrig zugefügten Schaden die Rechtsfolge des Schadensersatzes knüpfen würde. In diesem Sinne hat auch die Cour im Chorzow-Fall mit Recht von einem »principe de droit international« gesprochen, nach dem »la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate . . . sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la Convention même«¹⁴³).

Hiernach befinden sich heute Praxis wie Theorie im Irrtum, wenn diese noch glauben, daß das von den Staaten vereinbarte Vertragsrecht stets zugleich einen Rechtsschöpfungsakt darstelle. Viele der Sätze, die angeblich erst durch einen Willensakt der Staaten zu positivem Völker-

der Art. 27 des Projektes zur »solution pacifique des différends internationaux« d. Institut de Droit International i. Annuaire 1877 Bd. I, S. 133; weitere Nachweise bei Schücking, Zeitschr. f. Ostrecht Bd. II, S. 171 f.) liegt nach den oft zitierten Worten von Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle* L. II Chap. XVIII § 329 dann vor, wenn das Urteil des Schiedsgerichts »manifestement injuste et contraire à la raison« ist — eine Umschreibung, die sich mit der des Willkürbegriffes inhaltlich vollkommen deckt. Allerdings besitzt nach der heute herrschenden Lehre (vgl. z. B. neuestens etwa Schätzel, Rechtskraft und Anfechtung der Entscheidungen internationaler Gerichte 1928, S. 86 ff., die dort aaO. 87 An. 25 näher Zit. (vor allem Lammasch, Mérignhac, Pradier-Fodéré, Meurer) und Verdross, *L'excès de pouvoir du juge arbitral dans le Droit International public* i. *Revue de Droit International etc.* 1928 Bd. IX, S. 225 ff., insbes. 235 f., 242) das Schiedsgericht die »Interpretationskompetenz« (Schätzel), d. h. das Recht, seine Kompetenz nach dem Schiedsvertrag selbst zu interpretieren. In diesem Sinne auch schon die Art. 48 resp. 73 der Conventions de la Haye de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des Conflits internationaux, nach denen das Schiedsgericht seine Kompetenz selbst feststellt, »en interprétant le compromis ainsi que les autres actes et documents qui peuvent être invoqués dans la matière«. Übersehen wird hier nur die Möglichkeit, daß auch das Recht, die eigene Zuständigkeit autoritativ zu bestimmen, mißbraucht werden kann. In diesem Sinne s. auch die einschränkenden Bemerkungen bei Fiore, *La Sentence Arbitrale* i. *Revue gén. d. Droit Intern. publ.* Bd. 17, S. 241 f. und bei Schätzel aaO. 89 f. Bedenkt man, daß sich in der Praxis der Schiedsgerichte wohl stets ein etwaiger excès de pouvoir in das formelle Gewand einer Kompetenzinterpretation des Kompromisses kleiden wird, so erscheint es zweckmäßiger, es bei der von Vattel gegebenen Bestimmung des excès de pouvoir (resp. im Sinne des Textes bei der des Willkürbegriffes) zu belassen.

¹⁴³) Vgl. *Recueil des Arrêts Série A* Nr. 9 (1927), S. 21. Ob man diese Verpflichtung zur Schadensersatzleistung unmittelbar aus dem Willkürsatz oder, wie offenbar die Cour will, um diesem »principe« eine eigene Bedeutung zu leihen, aus einem angeblich selbständigen Prinzip des Völkerrechts herleitet — es handelt sich in Wirklichkeit tatsächlich nur um eine Formalisierung des Willkürsatzes —, ist sachlich nicht von Bedeutung. Dazu die folgenden Seiten des Textes.

recht transformiert werden, gelten in Wirklichkeit schon vor einer solchen partikulären Kodifikation rechtsatzmäßig bindend für die Staaten. Verpflichtet sich z. B. ein Staat vertraglich zur Schadensersatzleistung für den Fall der nicht oder nicht gehörigen Vertragserfüllung oder wie in den Reparatrierungsverträgen zur Wiederaufnahme ehemaliger eigener Staatsangehöriger oder wie in den Niederlassungs- und Handelsverträgen zu einer bis in die Einzelheiten oft formalisierten rechtsgleichen Behandlung der Angehörigen des anderen Vertragsteils, so ist dies nur eine rein deklaratorische Bedeutung besitzende Bestätigung einer schon ohnehin für den Staat bestehenden rechtlichen Verpflichtung, die sich jeweils aus dem Willkürverbot und den diesem Verbot eingebetteten Sätzen, den »*principes généraux*«, ergibt. Die ohnehin zwischen den Staaten bestehenden Rechtsbeziehungen erfahren somit durch den Abschluß einer solchen Staatenvereinbarung nicht annähernd eine so tiefgehende Veränderung, wie in der Regel angenommen wird.

Ist das Gesagte richtig, so muß auch die übliche Auffassung von dem Verhältnis, in dem die Rechtsquellen des Völkerrechts zueinander stehen sollen, einer Revision unterworfen werden. Soweit die *principes généraux* nur Rechtsgrundsätze und nicht positive Rechtsätze enthalten, ist es selbstverständlich, daß man auf diese erst zurückgeht, wenn das positive Vertrags- und Gewohnheitsrecht für die Entscheidung des Streitfalles versagt. Wenn und soweit dagegen die *principes généraux* wie z. B. bei dem Willkürsatze verbindliches Recht darstellen, gilt dieser — ebenso wie etwa heute der Satz von Treu und Glauben im Zivilrecht der Kulturstaaten — nicht subsidiär hinter dem geschriebenen oder durch Gewohnheit legitimiertem Recht, sondern gleichwertig und gleichberechtigt neben diesem¹⁴⁴). Vertrags- und Gewohnheitsrecht werden meist in judiciabler Form praktisch garnicht angewendet werden können, ohne daß man zum mindesten stillschweigend auf den Willkürsatz und die in ihm eingeschlossenen und durch ihn bedingten ungeschriebenen Rechtssätze rekurriert, die in Wirklichkeit das ganze, angeblich geschlossene positive Völkerrechtssystem tragen und durchleuchten.

Der Grund, warum der völkerrechtlich bedeutsame Satz vom Verbot der Willkür bisher noch nicht in seiner grundsätzlichen Bedeutung klargestellt worden ist, liegt in der von der Praxis meist kritiklos übernommenen Lehre vom völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht beschlossen. Die völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtssätze leiten nämlich bei Lichte besehen vielfach ihre normative

¹⁴⁴) So bereits Llanas, *Fuentes del Derecho Internacional segun el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia* i. d. *Revue de Droit International* usw. 1923, S. 298; abweichend vor allem del Vecchio, *Principi generali* aaO. 49, 50.

Kraft primär nicht aus der faktischen Übung, sondern dem Willkürsatze her. Das Gewohnheitsrecht beschränkt sich in diesen Fällen lediglich darauf, die konkreten, schon ohnehin rechtsatzmäßig geltenden Formalisierungen des Willkürsatzes nachträglich zu sanktionieren. So stellt z. B. der Satz, daß ein zwischen zwei Staaten ergangener Schiedsspruch als *res judicata* in Rechtskraft erwächst, unabhängig von seiner etwaigen gewohnheitsrechtlichen Legitimierung durch die Staaten verpflichtendes Recht dar, weil es Willkür wäre, wenn ein Staat einen ordnungsmäßig ergangenen Schiedsspruch nicht anerkennen und ihn etwa durch eine anderweite Entscheidung ersetzt wissen wollte. Die Präjudizien — hier also vor allem etwa die in dem kalifornischen Kirchengüterstreit ergangene Entscheidung des Haager Schiedshofes aus dem Jahre 1902 ¹⁴⁵⁾ — können daher stets nur eine deklaratorische, nicht aber, wie häufig angenommen wird, konstitutive Bedeutung beanspruchen.

Als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht werden aber vielfach auch Sätze ausgegeben, die in der behaupteten Gestalt überhaupt nicht positives Recht sind. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Willkürsatz auf einen bestimmten völkerrechtlich relevanten Tatbestand bezogen, für diesen inhaltlich formalisiert und die so gefundene konkrete Formalisierung des Willkürsatzes als generell verpflichtendes Gewohnheitsrecht ausgegeben wird. Übersehen werden bei einem derartig allgemein gefaßten Gewohnheitsrechtssatz die zahlreichen Ausnahmetatbestände, für die die aufgestellte Regel rechtsatzmäßig nicht Geltung beanspruchen kann. Wird, um ein Beispiel statt vieler herauszugreifen, z. B. gesagt, daß ein Gewohnheitsrechtssatz eine Massenausweisung Fremder im Frieden verbietet, so wird übersehen, daß es eine ganze Reihe von Umständen wie etwa Hungersnot, durch Ausländer herbeigeführte innere Unruhen, unter Umständen auch durch Ausländer verbreitete Epidemien u. a. gibt, die den Staat zur Durchbrechung dieser formalisierten Regel berechtigen. Man müßte daher hier, wenn man ein wirkliches Bild des positiven Normenmaterials geben wollte, dem so allgemein formulierten Satz gegenüber auch auf all die rechtsatzmäßig geltenden Sonderregeln hinweisen, die eine Massenausweisung Fremder im Frieden gestatten würden. In dieser Weise läßt sich so für die meisten der angeblichen Gewohnheitsrechtssätze pyramidenförmig eine Anzahl sie in *concreto* derogierender Regeln herausstellen ¹⁴⁶⁾. Ignoriert man diese zahlenmäßig garnicht ab-

¹⁴⁵⁾ Näher etwa Scott in Schücking, Werk vom Haag, Zweite Serie 1912, Bd. I, S. 47 ff.; Lammasch, Die Rechtskraft internationaler Schiedssprüche 1923, S. 92 ff.

¹⁴⁶⁾ Nur dort, wo den allgemein formulierten Rechtsregeln ebenso abstrakt gefaßte Ausnahmesätze gegenüberstehen, ist es möglich — partiell jedenfalls —, ein

zuschätzenden Ausnahmesätze, so wird der für eine bestimmte Situation rechtsatzmäßig geltende, durch seine generelle Formalisierung aber vergewaltigte Willkürsatz unter der Hand seines normativen, damit auch seines etwaigen gewohnheitsrechtlichen Charakters entkleidet und wird zu einem mehr für die Praxis bedeutsamen *Leitsatz*, der bei einem völkerrechtlich relevanten neuen Tatbestande unter Umständen durchbrochen werden kann, ohne daß diese Durchbrechung eine materielle Völkerrechtsverletzung zu involvieren braucht ¹⁴⁷⁾.

Aufschluß darüber, warum die in concreto präzisierten Regeln ein wirklich erschöpfendes Bild über die Tatbestände, die denkbarerweise mit dem Willkürsatz kollidieren können, nicht geben, gibt die enge Verflochtenheit des Willkürbegriffes mit den Imponderabilien des Lebens, die eine generelle Formalisierung des Willkürsatzes ausschließen. Selbst wenn es — hypothetisch — gelingen sollte, für eine konkrete historische Situation einen den Willkürsatz erschöpfenden formalisierten Katalog von Sätzen aufzustellen, so würde dieser — unbeschadet seiner grundsätzlichen theoretischen Bedeutung, die bestehen bleiben würde — auch seine praktische Bedeutung wieder erhalten, wenn das Recht sich infolge des kontinuierlich strömenden Lebens gewandelt hätte und für die so veränderte Situation neue Rechtssätze formuliert werden müßten. Damit ist die Relativität der Geltung der jeweils so herausgestellten Sätze erwiesen und verdeutlicht, daß diese, auch wenn sie gewohnheitsrechtlich fundiert sind, letzten Endes auf den Willkürsatz zurückgehen, der sie trägt und sie gegebenenfalls auch wieder außerhalb des Bereichs der Rechts-Anwendung stellt ^{147a)}.

Ob man nun in concreto auf den allgemeinen Satz vom Verbot der Willkür oder die jeweils diesen Satz inhaltlich näher konkretisierenden Rechtsregeln zurückgeht die dann als solche auch möglicherweise gewohnheitsrechtlich sanktioniert sein können, ist für die praktische Entscheidung eines Rechtsstreites überwiegend ohne Belang. Wichtig ist das Grundsätzliche dieser theoretischen Feststellung nur dafür, daß es in der Praxis den oft mühsamen Nachweis eines Gewohnheitsrechtes entbehrlich macht, sowie daß ein einzelstaatliches Verhalten möglicher-

abstrakt annähernd erschöpfendes Bild des positiven Rechts zu geben. Man denke etwa an Sätze wie die von der rechtlich verpflichtenden Kraft der Verträge oder der Rechtskraft der Urteile, denen z. B. die *clausula rebus sic stantibus*, sowie die Lehre vom *excès de pouvoir* rechtsatzmäßig entgegenstehen.

¹⁴⁷⁾ Das gleiche gilt auch im Landesrecht bei der rechtsatzmäßig generellen Formulierung bestimmter Entscheidungen oberster Landesgerichte. Man denke beispielsweise z. B. an die vom Preußischen Oberverwaltungsgericht aus der Polizeiformel des Allgemeinen Landrechts (§ 10 II, 17) in der Praxis entwickelten Sätze, die rechtsatzmäßig allgemein formuliert Gefahr laufen, dieses Charakters entkleidet zu werden, da sie in Wirklichkeit nur für ganz bestimmte konkrete Situationen gelten.

^{147a)} In diesem Sinne auch Jossierand, *Revue Internationale de la Théorie du Droit* Bd. II S. 149 in bezug auf den »abus de droit«.

weise auch dann als willkürlich gekennzeichnet werden darf, wenn ein positiver Gewohnheitsrechtssatz überhaupt nicht nachgewiesen werden kann.

Daß unter der mangelnden Erkenntnis dieser Feststellung die Praxis tatsächlich leidet, zeigt sich besonders deutlich jüngst wieder an Hand der geradezu typischen Behandlung des Lotusfalles durch die Cour Permanente. Um den Streit zu entscheiden, ob die Strafjurisdiktionsgewalt der Türkei auch auf ein auf hohem Meer von einem Franzosen begangenes Delikt (fahrlässige Tötung) erstreckt werden kann, untersucht die Cour, ob der Türkei bei der Ausdehnung ihrer Strafgewalt ein verbietender Gewohnheitsrechtssatz entgegensteht¹⁴⁸⁾, um zu dem im einzelnen inhaltlich ausführlich begründeten Schluß zu gelangen, daß die von französischer Seite in concreto formulierten Gewohnheitsrechtssätze nicht bestehen oder doch jedenfalls nicht auf den zur Beurteilung stehenden Tatbestand Anwendung finden können¹⁴⁹⁾ — ein zum mindesten methodisch unzulässiges Verfahren, da es ja allein darauf ankommt, ob die Ausdehnung der Strafgewalt seitens der Türkei einen von einer sachfremden Motivation getragenen völkerrechtlichen Ermessensmißbrauch darstellt oder nicht.

Die Formalisierung des Willkürsatzes hat somit im Völkerrecht die gleichen Schranken wie im Staats- und Verwaltungsrecht. Eine eindeutig erschöpfende und generelle Geltung beanspruchende Formalisierung des Willkürsatzes ist hier wie dort nicht möglich. Jedenfalls ist zu vermeiden, daß die aus dem Willkürsatz abgeleiteten konkreten Rechtsregeln verallgemeinert oder sogar schlechthin mit dem Scheine eines Gewohnheitsrechts umkleidet werden. Denn dadurch wird in der Praxis der Glaube an das im Völkerrecht schon ohnehin so oft mißachtete Recht noch mehr durchlöchert und im Endeffekt gerade das Gegenteil erreicht, was gefühlsmäßig der Konstituierung solchen angeblichen Gewohnheitsrechts zugrundeliegt.

¹⁴⁸⁾ Rec. des Arrêts Série A Nr. 10, besonders deutlich S. 19, 21. Es ist zu prüfen, «s'il existe, oui ou non, une règle de droit international limitant la liberté des États d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à une situation réunissant les circonstances du cas d'espèce». Nach der Cour spricht, da das Territorialitätsprinzip in fast allen Staaten zugunsten einer Erstreckung der einheimischen Strafgewalt auch auf gewisse Kategorien von im Ausland begangenen Straftaten durchbrochen wird, die Vermutung für die Freiheit der strafrechtlichen Jurisdiktionsgewalt eines Staates. Mir scheint, wenn man überhaupt der Cour auf diesem Wege folgen will, eine solche eher für eine Beschränkung als für eine beliebige Ausdehnung der nationalen Strafgewalt zu sprechen. Denn die Durchbrechung des Territorialitätsprinzips sind stets Ausnahme- und nicht Regelercheinungen; übereinstimmend z. B. Loder in seinem abweichenden Gutachten Arrêt aaO. 34.

¹⁴⁹⁾ Arrêt aaO. 22 ff.