

Die Martens'sche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts

F. Münch

1. Als Martens'sche Klausel bezeichnet man den Abs. 9 des Vorspruchs der Mantelkonvention zur Haager Landkriegsordnung (HLKO) von 1899, Abs. 8 des Textes von 1907, in der amtlichen deutschen Übersetzung wie folgt lautend¹⁾:

»So lange, bis ein vollständigeres Kriegsgesetzbuch festgestellt werden kann, halten es die hohen vertragschließenden Theile für zweckmäßig, festzusetzen, daß in den Fällen, die in den von ihnen angenommenen Bestimmungen nicht vorgesehen sind, die Bevölkerungen und Kriegführenden unter dem Schutze und den herrschenden Grundsätzen des Völkerrechts bleiben, wie sie sich aus den unter gesitteten Staaten geltenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens herausgebildet haben« (1907): »... wie sie sich ergeben aus ...«.

Es ist ein seltsames Mißverständnis, wenn im *Krupp*-Urteil des Amerikanischen Militärtribunals III in Nürnberg²⁾ die Klausel auf einen belgischen Delegierten Mertens zurückgeführt wird, den es nicht gegeben hat. Wohl waren es belgische Einwände gegen die Abgrenzung des Kombattantenbegriffs und die Behandlung dessen, was wir heute Partisanenkrieg nennen, die den russischen Delegierten F. v. Martens bewogen haben, auf der Ersten Haager Friedenskonferenz zur Beruhigung

¹⁾ RGBl. 1901, S. 423; 1910, S. 107. Der spätere deutsche Text weicht in Kleinigkeiten ab; der maßgebende französische Wortlaut ist bis auf die Orthographie identisch. Das gilt auch von den beiden vorangehenden Absätzen, die unten wiedergegeben sind.

²⁾ Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals Bd. 9, S. 1341; der Irrtum ist übergegangen in das Vorwort, das Lord Wright of Durley dem Bd. 15 der Law Reports of Trials of War Criminals mitgegeben hat (S. XII f.).

eine Erklärung³⁾ abzugeben, die dann auf Verlangen des belgischen Delegierten Beernaert fast wörtlich in den Vorspruch des Abkommens eingegangen ist⁴⁾ und die Zustimmung zu den umstrittenen Art. 1 und 2 HLKO ermöglichte⁵⁾. Das ist der Grund, weshalb die Klausel den Namen trägt.

Ihr Verständnis erleichtern die beiden vorangehenden Absätze des Vorspruchs, die ebenfalls dem Sinne nach in jener Erklärung Martens' enthalten waren:

»Es war indessen nicht möglich, sich schon jetzt über Bestimmungen zu einigen, die sich auf alle in der Praxis vorkommenden Fälle erstrecken.

Andererseits konnte es nicht in der Absicht der hohen vertragschließenden Theile liegen, daß die nicht vorhergesehenen Fälle, in Ermangelung eines schriftlichen Übereinkommens, der willkürlichen Beurtheilung der militärischen Befehlshaber überlassen bleiben«.

Die drei Absätze der Präambel haben in diesem Falle eine rechtliche Bedeutung und besagen, daß die HLKO nicht als vollständige Regelung des Landkriegsrechts angesehen werden darf. Mit anderen Worten besteht in den Lücken der Ordnung keine Handlungsfreiheit, es wird vielmehr der Kriegführende an die Grundsätze des ungeschriebenen Völkerrechts gebunden. Diese Grundsätze wiederum werden auf drei Elemente zurückgeführt, die sonst in der Auseinandersetzung über die Quellen des Völkerrechts nicht erwähnt zu werden pflegen.

Außerdem darf man der Klausel entnehmen, daß die rechtsbildende Kraft der drei Elemente auch in der Zukunft sich betätigen soll. Die deutsche Übersetzung »wie sie sich . . . herausgebildet haben« gibt das französische «tels qu'ils résultent» mißverständlich wieder und ist für die Fassung von 1907 ersetzt durch »wie sie sich ergeben«. Im angelsächsischen Bereich findet man "derived from"⁶⁾, "as they result from"⁷⁾ und "deducible from"⁸⁾. Eine niederländische Ausgabe der HLKO bringt

³⁾ Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 mai–29 juillet 1899 (Aufl. 1907) Teil III (2. Ausschuß), S. 120 f., Sitzung des 2. Unterausschusses am 20. 6. 1899. Ausführlich G. Leitolf, Das Problem des Freischärlerkrieges auf den Haager Friedenskonferenzen (Würzburg 1971).

⁴⁾ A. a. O., S. 125; Bericht der Unterkommission, S. 26 f., und a. a. O. Teil I, S. 36; Bericht des Redaktionsausschusses der Plenarkonferenz Teil I, S. 152.

⁵⁾ Jedoch täuschte sich der belgische Delegierte. Die HLKO wurde meist dahin ausgelegt, daß der Aufstand im besetzten Gebiet und der Partisanenkrieg unstatthaft seien; darüber siehe unten S. 355.

⁶⁾ Übersetzung im britischen Manual of Military Law (1929), S. 371.

⁷⁾ Im amerikanischen Field Manual FM 27–10 (Ausgabe 1956) Ziff. 6.

⁸⁾ T. E. Holland, The Laws of War on Land (1908), S. 109.

“voortvloeien”, womit das Bild einer Quelle deutlich vorgeführt und ihre ständige Tätigkeit bezeichnet wird. Es ist also in der Martens'schen Klausel nicht etwa ein Völkerrechtsstand von 1899 oder 1907 rezipiert.

Das gibt denn auch den Anlaß, die Martens'sche Klausel oder besser: die in ihr genannten Elemente auf ihre Brauchbarkeit als Völkerrechtsquelle zu untersuchen, und zwar nicht nur für das Landkriegsrecht, sondern für das Völkerrecht überhaupt. Gedanken in dieser Richtung hatte schon *Strebel*⁹⁾ geäußert.

Freilich ist die Bedeutung der Martens'schen Klausel nicht allgemein in diesem Sinne akzeptiert¹⁰⁾.

*Strupp*¹¹⁾ hatte an der Martens'schen Klausel mangelnde Schärfe gerügt; neben dem geschriebenen Recht stehe das Gewohnheitsrecht, und dieses sei identisch mit den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen. Die Gebräuche ihrerseits entwickeln sich aus den Gesetzen der Menschlichkeit und den Forderungen des öffentlichen Gewissens. *T. E. Holland*¹²⁾ ging eigene Wege, indem er das ungeschriebene Kriegsrecht aus dem Gefühl der Menschlichkeit, aus dem Spruch des Ehrgefühls und aus “considerations of general convenience” hervorgehen ließ. In den USA wirkte der Lieber-Code¹³⁾ nach, dessen Ziff. 4 jeden, der Kriegsrecht handhabt, an die Grundsätze der Gerechtigkeit, Ehre und Menschlichkeit band. Daraus ergaben sich später im Basic Field Manual — Rules of Land Warfare (Ausgabe 1940) Ziff. 4 als Auslegungsbehelf für das geschriebene Recht und als Richtlinie im unregelmäßigem Bereich drei große Prinzipien: militärische Notwendigkeit, Menschlichkeit, Ritterlichkeit. Die Ausgabe 1956 Ziff. 3 faßt das kürzer, drängt die militärische Notwendigkeit mehr in den Hintergrund und schreibt allgemein Menschlichkeit und Ritterlichkeit bei der Durchführung der Feindseligkeiten vor.

Auf der anderen Seite hat bereits *Louis Renault* als Berichterstatter des Redaktionsausschusses der Zweiten Haager Friedenskonferenz¹⁴⁾ sagen können, man habe den Vorspruch des Abkommens von 1899 — also haupt-

⁹⁾ Stichwort »Martens'sche Klausel«, in: *Strupp-Schlochauer, Wörterbuch* Bd. 2, S. 484.

¹⁰⁾ Siehe die Polemik *Strebel's* a. a. O. gegen *Schwarzenberger, The Legality of Nuclear Weapons* (1958).

¹¹⁾ *K. Strupp, Das internationale Landkriegsrecht* (1914), S. 27 Anm. 1.

¹²⁾ *Holland, a. a. O. (Anm. 8), S. 1.*

¹³⁾ Auch zu finden als Anhang zu *Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten* (3. Aufl. 1878).

¹⁴⁾ In der 10. Sitzung des Plenums am 17. 10. 1907, *Deuxième Conférence de la Paix — Actes et Documents* Bd. 1, S. 581.

sächlich die Martens'sche Klausel — als «partie intégrante» angesehen; er habe die Annahme der HLKO beeinflusst, und deshalb habe man ihn in die neue Fassung übernommen. Das bedeutet, der Klausel und den von ihr gebotenen Verweisungen den Charakter als positives Recht beizulegen.

2. Es fragt sich, wie die Klausel den harten Widerstand gegen einen Kodifikationsvorschlag brechen und allgemein angenommen werden konnte. Den Grund wird man in einem ganz allgemeinen Zivilisationsglauben, Fortschrittsoptimismus und Reformeifer zu finden haben, der die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts beherrscht hat.

Gewiß gehen Bemühungen um eine Humanisierung und Regulierung des Krieges weit zurück¹⁵); Treuga Dei und Landfrieden, die kirchlichen Ansichten und Vorschriften, sogar Militärreglements (wenn vielleicht auch nur aus Gründen der Disziplin) enthalten Hemmungen der *licentia in hostem*. Aber anscheinend hat keine Zeit wie diejenige der Friedenskonferenzen mit solchem Nachdruck auf einer Regulierung und damit Verbesserung des Kriegsrechts bestanden. Wohl gibt es Stimmen, die jene Bestrebungen für unnütz und gar schädlich hielten¹⁶), aber die Initiativen und Verhandlungen über die Genfer Konvention von 1864, die Petersburger Deklaration von 1868¹⁷), die Brüsseler Konferenz von 1874¹⁸) und das Oxford Manual des Institut de Droit international von 1880¹⁹) hallen wider von Berufungen auf Fortschritt, Zivilisation, Menschlichkeit, Gewissen

¹⁵) Kurz zusammengefaßt etwa bei H. Coursier, *L'évolution du droit international humanitaire*, RdC Bd. 99 (1960 I), S. 361 ff.; L. Friedman, *The Law of War, A Documentary History*, Bd. 1 (1972), S. 3–15. Für Teilbereiche vgl. C. Lueder, *Die Genfer Convention* (1876), S. 11 ff. mit weiterem Schrifttum und Beispielen; J. G. Helm, *Die Rechtsstellung der Zivilbevölkerung im Kriege in ihrer geschichtlichen Entwicklung* (Frankfurt a. M. 1957).

¹⁶) Man hat nicht nur den Brief Moltkes an Bluntschli vom 11. 12. 1880 (Bluntschli, *Denkwürdiges aus meinem Leben* Bd. 3 [1884], S. 471, und *Gesammelte kleine Schriften*, Bd. 2 [1881], S. 271, Moltke, *Gesammelte Schriften und Denkwürdigkeiten*, Bd. 5 [1892], S. 194 — Moltkes, der sich in jüngeren Jahren zum Pazifismus bekannt hatte!), sondern im Institut de Droit international auch die Bemerkungen von Montague Bernard und Beach Lawrence zur Brüsseler Konferenz von 1874, siehe in *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 7 (1875), S. 448 ff., 470, 521, 526.

¹⁷) Die Verhandlungen in Martens N. R. G. Bd. 18, S. 450 ff., der Wortlaut S. 474 f.

¹⁸) *Actes de la Conférence de Bruxelles* (1899).

¹⁹) *Ann. IDI (éd. nouvelle abrégée)* Bd. 1, S. 20 ff., 62 ff., 185, 700–727. Interessant ist auch die Stellungnahme des Institut zu den Vorgängen im russisch-türkischen Krieg von 1877/78, a. a. O., S. 186–195, 205–210.

und öffentliche Meinung durch die große Mehrheit der Teilnehmer und Kommentatoren.

Nun ist zu unterscheiden: Ermahnungen an das Gewissen und Gefühl nehmen ein sehr hartes Recht hin, wie etwa bei Grotius das Naturrecht, abgeleitet aus antiken Präzedenzen, barbarisch bleibt²⁰⁾ und nur *inter Christianos* verdrängt wird. So trachteten auch die Begründer des Roten Kreuzes zunächst nur danach, den privaten Helfern der Verwundeten einen Schutz und eine »Neutralität« zu verschaffen. Der Status der Kranken und Verwundeten, ihrer Pfleger und Anstalten ist erst in einer zweiten Etappe wirksamer in das Kriegerrecht eingebaut worden. Etwas anderes ist dann schon die Einschränkung der *licentia in hostem*, der Kriegsnotwendigkeit und des Kriegsbrauchs durch Vorschriften, die als Völkerrecht verbindlich sein sollten. Das ist am Anfang auch nicht ganz klar; verschiedentlich wurde gesagt, daß der gegenwärtige Kriegsbrauch die humanitären *desiderata* bereits enthalte²¹⁾ und man an ihm nichts zu bessern brauche. Die Mehrheit war aber überzeugt, daß man mit den Verbesserungen weitergehen müsse, und ein Sprecher glaubte sogar, daß man eben deswegen das Kriegerrecht jetzt nicht kodifizieren dürfe, um die eingeleitete Entwicklung nicht zu bremsen²²⁾.

Beim Versuch, diese Auffassungen juristisch zu formulieren, trifft man nicht eben auf große Klarheit. Für manche scheint das Kriegsgeschehen überhaupt ohne Regel zu sein, und die Vorschläge wollen Schranken erst setzen²³⁾. Diese Meinung ist unhistorisch, weil es Kriegerrecht schon lange gegeben hat, wenn auch rudimentär und schwach. Ein heutiger Forscher erinnert daran, daß im Hundertjährigen Krieg eine Rechtsprechung zum Kriegerrecht stattfand und auch ein Schutz der Zivilbevölkerung dazu gehörte²⁴⁾. So findet man denn auch Äußerungen, nach denen das Empfinden der Menschlichkeit bereits positiv die Willkür im Kriege einge-

²⁰⁾ Das heben z. B. Albéric Rolin, *Le Droit moderne de la Guerre*, Bd. 1 (1920), S. 285, und Friedman, a. a. O. (Anm. 15), S. 15, hervor.

²¹⁾ Das war auch ein Gedanke Moltkes in dem oben Anm. 16 erwähnten Brief.

²²⁾ Travers Twiss, wiedergegeben in *Rev. droit int. lég. comp.*, Bd. 7, S. 450. So im Ergebnis wohl auch Montague Bernard, *ibid.*, S. 523 f.

²³⁾ So muß man wohl Moynier verstehen: *Etude sur la Convention de Genève* (1870), S. 322; Bericht ans Institut de Droit international 1879, Ann. IDI (éd. nouvelle abrégée), Bd. 1, S. 480; Bericht 1880, S. 703; Vorrede zum Manuel der Landkriegsregeln, S. 708 f. Die Kollegen folgen ihm da offenbar, denn die Vorrede ist vom Plenum gebilligt, und ein Bericht des 5. Ausschusses des Institut de Droit international von 1877 formuliert das Ziel auch in dieser Weise (S. 185).

²⁴⁾ M. H. Keen, *The Laws of War in the Late Middle Ages* (1965); Schutz der Zivilbevölkerung gelegentlich durchgesetzt, S. 190 ff.

schränkt habe und es also Kriegsmittel und Verhaltensweisen gebe, die rechtlich unzulässig seien²⁵⁾.

Das war aber doch recht unbestimmt, wenn auch der Hinweis auf Kriegsrecht und Kriegsbrauch häufiger wird. Eine nützliche Konkretisierung dieses Gedankens ist es, die Kriegsnotwendigkeit, die die Kriegshandlungen rechtfertigt, eng zu fassen, indem man als Kriegsziel die militärische (man würde fast sagen »militärisch-technische«) Überwindung der feindlichen Heeresmacht setzt. Was dazu dient und Kriegsrecht und Kriegsbrauch entspricht, ist erlaubt, was darüber hinausgeht, ist verboten.

Das findet sich etwa im Lieber-Code, §§ 11, 14, 16, systematischer dann in den Abs. 2 bis 5 des Vorspruchs der Petersburger Erklärung vom 11. Dezember 1868 gegen die Verwendung explosibler kleiner Geschosse²⁶⁾, in der russischen Vorlage zur Brüsseler Konferenz von 1874²⁷⁾ und im Entwurf den Beer Poortugael²⁸⁾ zur Realisierung der Brüsseler Ergebnisse. Das drückt sich in den Kodifikationen positiv u. a. durch die Abgrenzung des Kombattantenbegriffs aus und das Prinzip, daß die Kriegsparteien kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes haben²⁹⁾. Eine Anzahl spezieller Verbote sind bereits kodifiziert.

Aus dem Schrifttum wären in diesem Sinne zu erwähnen L u e d e r³⁰⁾,

²⁵⁾ So der Aufruf des Institut de Droit international aus Anlaß des russisch-türkischen Krieges von 1877, Ann. IDI (éd. nouvelle abrégée), Bd. 1, S. 186. Er richtete sich besonders gegen die Verwendung wilder Hilfstruppen (siehe S. 193, 208 f., 223), die weder damals noch später *expressis verbis* verboten war. Ferner H. Triepel, Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts, Zeitschrift für Litteratur und Geschichte der Staatswissenschaften, Jg. 2 (1894), S. 6 des Sonderdrucks.

²⁶⁾ Martens N. R. G., Bd. 18, S. 474; schon am Ende des ersten Absatzes der Eröffnungsrede der Konferenz erscheint die Wendung »sans utilité réelle pour le but de la guerre«, S. 451

²⁷⁾ Die §§ 3 und 4, siehe Actes de la Conférence de Bruxelles (1874), S. 9, auch Rev. droit int. lég. comp., Bd. 7, S. 97 Anm. 1.

²⁸⁾ Entwurf einer Deklaration, die das Institut de Droit international ausarbeiten sollte, um der Brüsseler Konferenz nachträglich zu einem Erfolg zu verhelfen, § III Abs. 1, Rev. droit int. lég. comp., Bd. 7, S. 461. Ihm entgeht in seinem Werk: Krijgsgebruiken in den Oorlog te Land (Oorlogsrecht) en de Rechten der Neutralen (1886), S. 35 f., allerdings nicht, daß die Bewertung der Notwendigkeit sehr subjektiv sein kann und gerade der schlechtere Soldat schärfer sein wird als der gute.

²⁹⁾ Manuel des Institut de Droit international, Ann. IDI (éd. nouvelle abrégée), Bd. 1, S. 710 ff., Art. 1, 2, 4; HLKO 1899 und 1907 Art. 1–3, 22.

³⁰⁾ C. L u e d e r, Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen, Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts, Bd. 4 (1889), S. 188, 193, 265, 388 ff.

Moynier³¹⁾, Heffter/Geffcken³²⁾ und Bluntschli³³⁾, während G. F. v. Martens/Vergé 1864³⁴⁾ noch nicht so präzise Formeln hat.

Es fällt nun auf, daß die Kriegsnotwendigkeit im Vorspruch zur HLKO nicht mehr ausdrücklich als Rechtfertigung der Kriegsmaßnahmen erscheint. Die Martens'sche Klausel verweist für die Lücken der Kodifikation – man möchte sagen nur noch – auf das Völkerrecht und gibt als dessen bestimmende Kräfte nicht die Kriegsnotwendigkeit, sondern die humanitären Elemente an. Das kann nicht bedeuten, daß die Kriegsnotwendigkeiten ausgeschaltet wären, sie sind aber nur noch vorausgesetzt innerhalb der vom Friedensrecht abweichenden Befugnisse, die der Kriegszustand den Kriegführenden rechtlich gibt.

Man darf also wohl sagen, daß die Martens'sche Klausel insofern den Abschluß einer Entwicklung anzeigt. Das Kriegsrecht selbst ist bereits im wünschenswerten Maße humanisiert; insofern ist die These Moltes³⁵⁾ und den Beer Portugal's³⁶⁾ wahr geworden, und die ausführlichen Darstellungen des Kriegsrechts vor 1899 zeigen es auch. Ebenso wenig neu sind die in der Klausel genannten Elemente. In der Auseinandersetzung der vorangehenden dreißig Jahre kehren das Verhalten zivilisierter Staaten³⁷⁾, die Menschlichkeit³⁸⁾, das Gewissen³⁹⁾ und die öffentliche Mei-

³¹⁾ Er zitiert in *Etude*, a. a. O. (oben Anm. 23), S. 322, Audiganne in diesem Sinne; siehe dann Abs. 2 des Vorspruchs seines Entwurfs einer Deklaration von 1875, *Rev. droit int. lég. comp.*, Bd. 7, S. 512.

³²⁾ Heffter/Geffcken, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart* (7. Aufl. 1882), § 119; schon Heffter in der 1. Aufl. 1844.

³³⁾ Bluntschli, *Völkerrecht*, a. a. O. (oben Anm. 13), § 549, weniger klar die Erläuterung zu § 534.

³⁴⁾ G. F. v. Martens, *Précis du Droit des Gens*, französisch von Vergé (2. Aufl. 1864), § 270.

³⁵⁾ Siehe oben Anm. 16.

³⁶⁾ *Rev. droit int. lég. comp.*, Bd. 7, S. 461.

³⁷⁾ Bluntschli, a. a. O. (oben Anm. 13), § 542; angedeutet im Vorspruch zum *Manuel des Institut de Droit international*, Ann. IDI (éd. nouvelle abrégée), Bd. 1, S. 707 f.

³⁸⁾ In den Verhandlungen zu Petersburg 1868 (siehe oben Anm. 17) und in Abs. 6 des Vorspruchs zur Deklaration; im Vorspruch des *Manuel des Institut de Droit international* drittelzter Absatz und in der Beschränkung der Repressalie, *Manuel Art. 86 Abs. 3*, a. a. O., S. 709 und 727. Die Repressalie ist in der HLKO nicht geregelt worden.

Bluntschli, a. a. O., § 542. Heffter/Geffcken, a. a. O. (oben Anm. 32), § 119 (Menschlichkeit als Regulativ).

³⁹⁾ In den Verhandlungen des *Institut de Droit international* über sein *Manuel*, a. a. O., S. 62, 188, 191 f., und in dessen Vorspruch S. 706, 708. Moynier, *Etude*, a. a. O. (Anm. 23), S. 322.

nung⁴⁰⁾ immer wieder, freilich eher als Motive der Gesetzgebung, weniger als treibende Kräfte oder gar Quellen einzelner Regeln (vgl. Abs. 2 des Vorspruchs zur Mantelkonvention der HLKO).

Hier hat die Klausel Neues und bannt gleichzeitig für den Bereich der Lücken in der Kodifikation die Gefahr, das Recht festzuschreiben und seine Reform zu erschweren. Für den kodifizierten Teil hatte darum schon das Institut de Droit international angeregt, ihn von Zeit zu Zeit zu ergänzen⁴¹⁾.

3. Für die Zeit beim Ausbruch des ersten Weltkrieges könnte man demnach das System der HLKO und der Martens'schen Klausel wie folgt beschreiben:

Unter den Parteien der Mantelkonvention und unter der Bedingung *si omnes* (Allbeteiligungsklausel des Art. 2) gelten die Einzelschriften der HLKO so lange, bis sie geändert sind. Jenseits des Wortlauts gilt allgemeines Völkerrecht, und dort ist *a priori* kein *si omnes* möglich. Allgemeines Völkerrecht gilt für den ganzen Bereich des Kriegsrechts, wenn Kriegsparteien nicht an die HLKO gebunden sind oder von ihr wegen der Allbeteiligungsklausel frei werden. Das allgemeine Völkerrecht bestimmt sich nach der Martens'schen Klausel, denn die Mantelkonvention wird nicht durch die Allbeteiligung bedingt.

Die Praxis des ersten Weltkrieges und die Entwicklung der Folgezeit haben dazu folgende Änderungen und Ergänzungen gebracht:

Die Allbeteiligungsklausel wird gegenstandslos, niemand hat von ihr Gebrauch gemacht, obwohl die Möglichkeit vorhanden gewesen wäre⁴²⁾. Die Frage wird aber unpraktisch, weil sich das allgemeine Völkerrecht nicht vom kodifizierten unterscheidet, und zwar entweder weil in das letztere nur die allgemein anerkannten Sätze übernommen seien⁴³⁾ oder weil es all-

⁴⁰⁾ Den Beer Poortugael, *Revue droit int. lég. comp.*, Bd. 7, S. 465.

⁴¹⁾ Entschließung von 1875, Ziff. IV am Ende, *Ann. IDI* (éd. nouvelle abrégée), Bd. 1, S. 63; L. Neumann, *Revue droit int. lég. comp.*, Bd. 7, S. 469; de Parieu, *ibid.*, S. 519, schlug eine Revision alle zehn Jahre vor.

⁴²⁾ A. Waltz, *Recht der Landkriegsführung* (1942), S. 9 Ziff. IV; Giese/Menzel, *Deutsches Kriegsführungsrecht* (1940), S. 7 f. Hingegen nehmen Verdross, *Völkerrecht* (1. Aufl. 1937), S. 292, und H. F. Röder, *Kriegsvölkerrecht* (1940), sie noch ernst. So auch Rolin, a. a. O. (oben Anm. 20), S. 3 f., 261, der aber die HLKO 1899 für anwendbar hielt.

⁴³⁾ J. L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht* (1935), S. 21; Waltz, a. a. O., S. 9 Ziff. II.

gemeine Anerkennung erworben habe⁴⁴⁾.

Die Auslegung der HLKO ist eng, und darum ist eigenartigerweise der Zweck gar nicht erreicht worden, den die kleineren Staaten mit dem Einbringen der Martens'schen Klausel verfolgt hatten. Der Aufstand im besetzten Gebiet und der Partisanenkrieg sind als verboten⁴⁵⁾ angesehen worden und nicht als Erscheinungen, über die die HLKO schweigt und die also der Martens'schen Klausel unmittelbar zugänglich wären. Man kann zum Fall Löwen 1914⁴⁶⁾ verschiedene Gesichtspunkte tatsächlicher und rechtlicher Art diskutieren; noch nach Abschluß des zweiten Weltkriegs haben die Nürnberger Gerichte bestätigt, daß Aufstand im besetzten Gebiet und Partisanenkrieg nicht regulär sind⁴⁷⁾. Erst die dann einsetzende Reform der Texte⁴⁸⁾ hat das Recht geändert.

Allerdings enthält auch das geschriebene Kriegsrecht stellenweise die Vorschrift der menschlichen Behandlung. Sie hat sich von Art. 4 Abs. 2 HLKO (betreffend die Kriegsgefangenen) ins gesamte Kriegsrecht verbreitet, so in die Abkommen vom 27. Juli 1929 über die Kriegsgefangenen (Art. 2 Abs. 2) und Verwundeten (Art. 1 Abs. 1) und in jedes der Genfer Rotkreuzabkommen vom 12. August 1949 (Abkommen I und II Art. 12 Abs. 2, Abkommen III Art. 13 Abs. 1, 89 Abs. 3, Abkommen IV Art. 27 Abs. 1), ferner jeweils in Art. 3 Nr. 1 zugunsten der Personen, die von einem nicht internationalen bewaffneten Konflikt betroffen sind.

Es ist nicht leicht zu sehen — die Erläuterungsbücher lassen da im Stich —, was konkret folgt, weil die Texte gleichzeitig immer detaillierter geworden sind und aus dem Prinzip selbst praktische Folgerungen gezogen

⁴⁴⁾ Verdross, Völkerrecht (5. Aufl. 1964), S. 445 f., und die Rechtsprechung in Nürnberg: I. M. T. (deutsche Ausgabe) Bd. 1, S. 284 f., 378; Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Bd. 9, S. 1340; Bd. 11, S. 532 f., 535.

⁴⁵⁾ Oppenheim/Lauterpacht, International Law, Bd. 2 (5. Aufl. 1935), S. 177 f., 211, 456 f.; Jürg H. Schmid, Die völkerrechtliche Stellung der Partisanen im Kriege (1956), S. 85 f., 124 — bemerkenswert, daß man in der Schweiz nach anfänglichen Bedenken den Landsturm dennoch für erlaubt hielt; P. C. Mayer-Tasch, Guerillakrieg und Völkerrecht (1972), S. 12, er will die Beurteilung geändert sehen.

⁴⁶⁾ Dazu Ch. Meurer, Der Volkskrieg und das Strafgericht über Löwen, Zeitschrift für Völkerrecht, Bd. 8 (1914), S. 609, 631.

⁴⁷⁾ Trials, a. a. O. Bd. 4, S. 492; Bd. 11, S. 1243 ff., 1268 f.; Bd. 14, S. 464. Bei der Abwehr ist viel Unerlaubtes getan worden, und weil die Materie der Geiseln und der Repressalie im unkodifizierten Bereich verläuft, war hier die Martens'sche Klausel anwendbar. Aber sie hat nicht zu einer breiten Auslegung der Art. 1 und 2 der HLKO geführt.

⁴⁸⁾ Einen Versuch, die Art. 1 und 2 HLKO mit Hilfe der Martens'schen Klausel auf einen länger dauernden Aufstand zu erweitern, macht A. R. Werner, La Croix-Rouge et les Conventions de Genève (1943), S. 265.

haben. Diese positiven Vorschriften der menschlichen Behandlung könnten als Generalklauseln und Ergänzungen⁴⁹⁾ angesehen werden; der offizielle Rotkreuz-Kommentar zu den Abkommen von 1949 (jeweils zu Art. 3) sieht in ihnen den Hinweis auf die breitere Bedeutung des Prinzips fürs gesamte Kriegsrecht.

Dennoch steht die menschliche Behandlung nun einmal in einem positiven Artikel neben anderen Vorschriften, und im konkreten Fall muß daher die Behandlung einer geschützten Person das Prädikat bekommen können, daß sie menschlich sei. Hier steckt eine Schwierigkeit für das Verständnis nicht nur der Martens'schen Klausel, sondern auch aller Generalklauseln im Recht. W u s t hat verdienstvollerweise die Menschlichkeit, die auch anderen⁵⁰⁾ zu unbestimmt war, in Rechtsgrundsätzen konkretisiert, mit denen sich nach der juristischen Technik arbeiten läßt; der unmittelbaren Anwendung der Humanität auf den Einzelfall hat er nur eine sehr kurze Betrachtung gewidmet⁵¹⁾. Richtig ist freilich, daß die einleuchtendste Methode zur konkreten Brauchbarkeit die Deduktion ist, und ihr ist man denn auch zunächst gefolgt.

4. Der erste Versuch einer stärkeren Positivierung der Martens'schen Klausel, wenn man es so nennen darf, wurde auf der Friedenskonferenz von Versailles 1919 gemacht. Der Ausschuß für die Verantwortung der Kriegsurheber⁵²⁾ hatte u. a. die Aufgabe, Verletzungen der «lois et coutumes de la guerre» zu untersuchen; er berichtete dann aber, reiches Material über Verletzungen der «lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité» bekommen zu haben. Er stellte fest, daß die Mittelmächte den Krieg nach barbarischen oder rechtswidrigen Methoden unter Verletzung der «lois et coutumes établies de la guerre et des principes élémentaires de l'humanité» geführt hätten. Anders als die Schuld am Kriege sollten diese Vergehen von Militärgerichten der Alliierten oder von einem besonderen

⁴⁹⁾ Werner, a. a. O., S. 179, 279; F. Wust, Der gewohnheitsrechtliche Humanitätsgrundsatz im Friedensvölkerrecht (Erlangen 1968), S. 41, 51.

⁵⁰⁾ A. a. O., S. 85 bei Anm. 5 und 365 f.; siehe ferner Strupp, oben Anm. 11, und die amerikanischen Mitglieder des Kriegsschuld-Ausschusses der Friedenskonferenz von 1919 (R. Lansing und J. Brown Scott), siehe unten Anm. 54. E. Menzel, Legalität oder Illegalität der Anwendung von Atomwaffen (1960), S. 18 f., findet die Humanität ebenfalls einen zu weiten Begriff; seine Konkretisierung auf Schutz der Zivilbevölkerung (S. 19 ff.) und Verbot der Perpetuierung der Kriegseinwirkungen (S. 28 ff.) scheint aber nicht weit genug zu gehen.

⁵¹⁾ A. a. O., S. 383 f.

⁵²⁾ Sein Bericht in Kraus/Rödiger, Urkunden zum Friedensverträge von Versailles, 2. Teil (1921), S. 1243, englisch in AJIL Bd. 14 (1920), S. 93.

Hohen Gericht abgeurteilt werden; für dieses wird als Maßstab gefordert die Martens'sche Klausel⁵³⁾.

Die amerikanischen Mitglieder dieses Ausschusses⁵⁴⁾ wandten sich gegen diese Ausdehnung und wollten lediglich die Kriegsregeln und -bräuche als Maßstab für eine rechtliche Beurteilung gelten lassen. Die Grundsätze oder Gesetze der Menschlichkeit waren ihnen zu unbestimmt. Sie versuchten, ihrerseits aus den positiven Regeln eine Abgrenzung des Erlaubten vom Exzeß in neun Punkten zu formulieren⁵⁵⁾. Das erklärt sich wahrscheinlich daraus, daß für die Amerikaner der Lieber-Code das Kriegsrecht darstellte, der nicht die Lücken der HLKO aufwies und vollständig zu sein schien. Wenn man die 32 Tatbestände, die der Ausschuß als Konkretisierung von Vergehen gegen das Recht im Kriege aufstellte, und die dazu gegebenen Vorkommnisse⁵⁶⁾ überprüft, so fallen die allermeisten unter die formulierten Vorschriften der HLKO⁵⁷⁾.

Überhaupt blieb diese Auseinandersetzung akademisch, weil schließlich doch nur die Verstöße gegen die *lois et coutumes de la guerre* verfolgt werden sollten⁵⁸⁾. Auch im Katalog der jedenfalls zu ersetzenden Zivilschäden⁵⁹⁾ gingen nur einige Punkte auf Verletzung des Kriegsrechts zurück, und auch diese kann man unter das geschriebene Kriegsrecht einordnen.

⁵³⁾ Kraus/Rödiger, a. a. O., S. 1243 Ziff. 2, 1257, 1258, 1260, 1262, 1263 Ziff. 3, 1264, 1331 (Art. 1 und 2 eines Entwurfs für die Bestrafung der Kriegsverbrecher als Bestandteil des Friedensvertrages), AJIL Bd. 14, S. 95 Ziff. 2, 113, 115, 117 f., 121, 122 Ziff. 3, 123 f., 153 (Art. 1 und 2).

⁵⁴⁾ Ihre ausführlichen Vorbehalte bei Kraus/Rödiger, a. a. O., S. 1313, AJIL Bd. 14, S. 127.

⁵⁵⁾ Kraus/Rödiger, a. a. O., S. 1329, AJIL Bd. 14, S. 150.

⁵⁶⁾ Kraus/Rödiger, a.a.O., S. 1257 f., Annex I, S. 1266 ff., AJIL Bd. 14, S. 114 f. — dort ist die Tabelle der Einzelfälle nicht abgedruckt.

⁵⁷⁾ Außen bleiben nur die übermäßigen Repressalien und die Geiselnahmen (Punkte 1 und 2), für die in der Tat die Martens'sche Klausel maßgebend gewesen wäre. Insofern war die amerikanische Kritik nur dann haltbar, wenn man annimmt, die positiven Kriegsregeln decken diese Materien bereits mit genügender Klarheit. Die Anmaßung souveräner Rechte und die Eingriffe ins Währungssystem (Punkte 10 und 16) haben keine Beziehung zu den Martens'schen Elementen und sind allenfalls mit Art. 43, 45 HLKO zu erfassen.

⁵⁸⁾ Versailles Art. 228, St. Germain Art. 173, Trianon Art. 157, Neuilly Art. 118, Sèvres Art. 226, Martens N. R. G. 3. Serie Bd. 11, S. 478, 735; Bd. 12, S. 464, 352, 719. Von der Verfolgung des Kaisers vor einem besonderen Tribunal eher moralisch-politischen Charakters sei hier abgesehen; sie fand ohnehin nicht statt.

⁵⁹⁾ Anlage I zu Versailles Art. 232, St. Germain Art. 178, Trianon Art. 162, a.a.O., S. 486, 740, 468. Bulgarien und der Türkei wurden diese Entschädigungen nicht auferlegt.

Immerhin bleibt bemerkenswert, daß die große Mehrheit des Ausschusses ein Ungenügen empfand, sehr wahrscheinlich deshalb, weil die revoltierenden Maßnahmen von ihren Urhebern mit Kriegsnotwendigkeiten verteidigt wurden und deren Grenze auch im geschriebenen Kriegsrecht nicht klar feststand. Es genügte nicht davon auszugehen, daß dieses die Humanität bereits in sich aufgenommen habe; man wünschte es allgemein durch die Elemente der Martens'schen Klausel einzuschränken.

In diesem Sinne ging in der Tat die Entwicklung weiter. Zwar ließ das Protokoll vom 17. Juni 1925 gegen Giftgase und bakteriologische Kriegsmittel (LNTS Bd. 94, S. 65) die Berufung auf die öffentliche Weltmeinung und das Gewissen der Nationen noch in den Abs. 1 und 3 des Vorspruchs stehen. Aber die Rotkreuzkonventionen vom 12. August 1949 verwandten sie in den Kündigungsartikeln⁶⁰⁾. Der kündigende Staat blieb gebunden an die Verpflichtungen aus den Grundsätzen des Völkerrechts,

»wie sie sich aus den unter zivilisierten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben«.

Streng genommen bewegen sich diese Artikel in einem logischen Zirkel; denn wenn ein Abkommen gekündigt wird, fällt auch die Bindung an sie dahin. Aber sie enthalten ganz abgesehen von ihrer formalen Geltung eine Festsetzung, die vermöge der weltweiten Beteiligung als eine solche der Völkerrechtsgemeinschaft und als Ausdruck des allgemeinen Völkerrechts selbst gelten kann.

Es scheint nicht, daß bis jetzt die Klausel auf ihrem ursprünglichen Gebiet des Kriegsrechts einen weiteren Fortschritt gemacht hat. Die Entschließungen der Vereinten Nationen 2444 (XXIII) vom 19. Dezember 1968 und 2675 (XXV) vom 9. Dezember 1970 über Menschenrechte im Krieg und den Schutz der Zivilbevölkerung mit den dazugehörigen Berichten des Generalsekretärs vom 20. November 1969 (A/7720) und 18. September 1970 (A/8052)⁶¹⁾ bringen sachlich nichts Neues. Die Ächtung der Atomwaffe ist zwar allgemein gewünscht⁶²⁾, aber nicht Völkerrecht geworden; die Bemühungen führen nur zu einem Monopol Weniger an der Waffe. Die Aufwertung des sog. Unabhängigkeitskampfes führt praktisch zu einer legalisierten Barbarisierung des Kleinkrieges, und bei der Ent-

⁶⁰⁾ Abkommen I Art. 63, II Art. 62, III Art. 142, IV Art. 158, jeweils Abs. 4 Satz 2. Die Anregung gab P. de Geouffre de LaPradelle, siehe *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Bd. 2 Sect. B, S. 69; das weitere Verfahren siehe S. 108 und 370.

⁶¹⁾ Bei Friedman, a.a.O. (oben Anm. 15), S. 699, 755, 701, 732.

⁶²⁾ Darüber Menzel, a.a.O. (oben Anm. 50).

schließung gegen den internationalen Terrorismus — 3034 (XXVII) — hat sich die Generalversammlung sogar zu einem Vorbehalt zugunsten derartiger Untergrundbewegungen verstanden.

5. Die Rechtsprechung gegen Kriegsverbrecher gibt im ganzen keine brauchbaren Erkenntnisse für unser Problem. Zwar unterscheiden die Texte am Ende des zweiten Weltkrieges⁶³⁾ die Schuld am Kriege, die Verletzung des *ius in bello* und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit; aber die Kasuistik⁶⁴⁾ der beiden letzten Kategorien überdeckt sich, und eine systematische Grenze zwischen ihnen konnte von der Rechtsprechung nicht gefunden werden⁶⁵⁾. Ein Beweggrund zu scheiden war der Wunsch, auch die Grausamkeiten gegen Teile der eigenen Bevölkerung (Juden) zu treffen.

Es schließt sich daran die allgemeine Bestrebung, Menschenrechte überhaupt, auch gegen den eigenen Staat und im Frieden zu sichern. Sie hat in den Vereinten Nationen mannigfachen Ausdruck gefunden, u. a. in der Menschenrechtsdeklaration von 1948 und den Charten von 1966, in der Konvention gegen den Völkermord; man kann dennoch nicht behaupten, daß bisher das allgemeine Völkerrecht davon eine Ausdehnung grundsätzlich erfahren habe.

Das Amerikanische Militärgericht Nr. IV A hat im Fall *v. Weizsäcker u. a.*⁶⁶⁾ auch nur Allgemeinheiten aus der Menschlichkeit abgeleitet. Wenig hilfreich ist die amerikanische Rechtsprechung zu den Übergriffen beim Kampf gegen den philippinischen Aufstand 1901, die Friedman⁶⁷⁾ gesammelt hat, weil offenbar positive Vorschriften des amerikanischen Militärrechts die Grundlage der Bestrafungen und Disziplinarmaßnahmen bilden. Hingegen hat damals der Supreme Court nach Erwägung zahlreicher Präzedenzen und historischer Belege, die nicht ohne Lücken übereinstimmten, die Befreiung der Küstenfischer vom Prisenrecht für einen alten Brauch "gradually ripening into a rule of international law" und "an established rule of international law, founded on considerations

⁶³⁾ Abkommen über das IMT und Statut vom 8. 8. 1945, UNTS Bd. 82, S. 279, 284; IMT for the Far East, Proclamation vom 19. 1. 1946, bei Friedman, a.a.O. (oben Anm. 15), S. 883, 894, 908; Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. 12. 1945, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 50.

⁶⁴⁾ Art. 5 Buchst. b. Das Statut des Tokioter IMT bringt für die Verletzungen des *ius in bello* keine Kasuistik, sondern spricht kurz von *conventional war crimes*.

⁶⁵⁾ Vgl. Heinze/Schilling, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale (1952), S. 209 Anm. 107, und die Leitsätze Nr. 937, 938, 970, 973–976.

⁶⁶⁾ Trials of War Criminals, a.a.O., Bd. 14, S. 436.

⁶⁷⁾ A.a.O. (Anm. 15), S. 799 ff.

of humanity to a poor and industrious order of men" gehalten⁶⁸).

Das neuere Schrifttum bringt kaum größere Klarheit⁶⁹); interessant ist allenfalls, wie von der Heydte⁷⁰) meint, daß auch ohne die einschlägigen Verträge die Kriegführenden an die humanitären Grundsätze gebunden sein würden.

Das öffentliche Gewissen, jenes andere Element der Martens'schen Klausel, wird ebenfalls gelegentlich berufen, so wenn R. Schlosser⁷¹) aus ihm das Recht des Freischärlers auf ein gerichtliches Verfahren, wenn auch etwas zweifelnd, herleitet⁷²) oder wenn F. Kalshoven⁷³) in ihm eine wichtige Garantie der Beachtung des Kriegsrechts überhaupt sieht — nicht ohne die Gefahr zu bemerken, daß es durch Propaganda manipuliert wird. Man kann vielleicht sagen, daß man dem öffentlichen Gewissen die eher verfahrensmäßigen Schranken der Willkür verdankt, so wenn der Vorwurf erhoben wurde, es habe schon der Verdacht genügt, Personen als Partisanen zu verurteilen und zu exekutieren⁷⁴).

Das öffentliche Gewissen erscheint aber der theoretischen Betrachtung als der breitere Begriff, weil die Forderungen der Menschlichkeit gewiß von ihm umfaßt sind.

6. Die Einbringung dieses Elements der Martens'schen Klausel ins Friedensvölkerrecht deutet sich — wenn das Paradox gestattet ist — schon ein Vierteljahrhundert vor ihrer Geburt an. Die erste Satzung des Institut de Droit international enthielt unter den Aufgaben des Institut (Art.1 Abs. 2 Ziff. 1):

«favoriser le progrès du droit international, en s'efforçant de devenir l'organe de la conscience juridique du monde civilisé»⁷⁵).

⁶⁸) *The Paquete Habana* (ebenso in *The Lola*), 175 US 677.

⁶⁹) N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law* (1959), insbesondere S. 60 ff.

⁷⁰) *Der moderne Kleinkrieg* (1972), S. 43.

⁷¹) *Das völkerrechtliche Problem des Partisanenkriegs* (Mainz 1959), S. 298 ff. Anders W. Schätzel, *Le franc-tireur capturé a-t-il droit à un jugement régulier?*, *Revue internationale du droit des gens*, Bd. 17, S. 5, der die Verfahrenspflicht gegen den Spion und die breitere Verfahrenspflicht des Lieber-Code für einen Ausfluß der Menschlichkeit (S. 9, 11, 19) und eine Forderung des modernen liberalen Staats hält (S. 9).

⁷²) Positiv war ein Verfahren vorgeschrieben in *Kriegsstrafverfahrensordnung* vom 17. 8. 1939, RGBI. I, S. 1457, § 1 Abs. 4, § 2 Nr. 4b, zum Teil 1944 aufgehoben.

⁷³) *The Law of Warfare* (1973), S. 118.

⁷⁴) Heinze/Schilling, a.a.O. (Anm. 65), Nr. 982, 988 f.

⁷⁵) *Rev. droit int. lég. comp.*, Bd. 5 (1873), S. 708.

Die heutige Fassung sagt das etwas bescheidener, aber im selben Sinne: «favoriser le progrès du droit international a) en travaillant à formuler les principes généraux de la science, de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé».

Als 1920 der Art. 38 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs beraten wurde, versuchte Baron Descamps folgende Formel für die Ziff. 1c zu empfehlen: «les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés»⁷⁶); er berief sich dabei ausdrücklich auf die Martens'sche Klausel und hob hervor, daß sie *a fortiori* für das Recht im Frieden gelten müsse⁷⁷). Er fand aber mehr Widerspruch als Zustimmung und trat schließlich dem Vorschlag Root-Phillimore bei⁷⁸), der zum Buchstaben c von Art. 38 Abs. 1 des Statuts geworden ist: «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées».

Zum Ausdruck kam aber der Gedanke in der Erklärung des Institut de Droit international über die Kodifikation des Völkerrechts, New York 1929⁷⁹). Nach dem vorletzten Absatz soll sich das Institut um die Grundprinzipien bemühen, «qui résultent des conditions actuelles de la vie des peuples et du développement du sentiment de justice dans la conscience internationale». Obwohl auch die Vorarbeiten keinen erkennbaren Zusammenhang mit der Martens'schen Klausel dartun, Alvarez als Berichterstatter sogar das Gewissen als Quelle von Einzelschriften verworfen hatte⁸⁰), klingt doch ein Element der Klausel durch.

Eine andere Äußerung in dem Sinne, daß die Martens'sche Klausel nicht nur das Kriegsrecht bestimme, sondern alles Recht, findet sich 1949 bei Lord Wright of Durlley⁸¹).

Ein Fall in diesem Zusammenhang ist der des *Korfu-Kanals*. Der IGH begründete Albaniens Pflicht, die Schifffahrt vor dem Minenfeld zu warnen, nicht auf die Haager Seekriegskonvention von 1907, sondern «sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considéra-

⁷⁶) CPJI, Comité Consultatif de Juristes, Procès-Verbaux, 16. 6.—24. 7. 1920, S. 306, 310, 311, 318.

⁷⁷) S. 324.

⁷⁸) S. 332, 344.

⁷⁹) Ann. IDI, Bd. 35 II, S. 312.

⁸⁰) Bericht Alvarez, a.a.O., Teil I, S. 1—154, hier bes. S. 37. Er nennt 7 Quellen, S. 42, und beschäftigt sich besonders mit der *morale internationale*, S. 71, 74 ff. Diskussion Teil II, S. 272—290, zum wiedergegebenen Satz S. 289.

⁸¹) Vorwort zu den Law Reports of Trials of War Criminals, Hrsg. UN War Crimes Commission, Bd. 15, S.XIII.

tions élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre», ferner auf die Freiheit der Verbindungen zur See und auf das Verbot, das Staatsgebiet zu schädlichen Akten verwenden zu lassen⁸²⁾.

7. Unter diesen Umständen erheben sich zwei Fragen:

a) Können die Elemente der Martens'schen Klausel im System des Art. 38 IGH-Statut untergebracht werden?

b) Wie gelangt man mit ihnen zu Sätzen, die einen Streit- oder Zweifelsfall lösen?

Der Art. 38 IGH-Statut wird oft als eine Quellenlehre des Völkerrechts aufgefaßt, aber es gibt dazu Widerspruch⁸³⁾. Er unterstellt, daß vom Gerichtshof auf einen Fall unmittelbar die aufgezählten Kategorien von Normen angewandt werden können. Von den Verträgen (*lit. a*) leuchtet das ohne weiteres ein; ebenso vom internationalen Brauch, wenn man ihn als Sammelbezeichnung für die Normen des Gewohnheitsrechts versteht (*lit. b*). Schwieriger wird das bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (*lit. c*), weil man geneigt ist, in ihnen Formeln höherer Abstraktion zu sehen. In der ganzen ausgedehnten Erörterung scheint aber das Merkmal der Allgemeinheit eher auf die geographische Verbreitung abzustellen; denn was als Ergebnis vorgewiesen wird, sind meistens recht konkrete Normen⁸⁴⁾, allenfalls einige Generalklauseln, wie sie auch sonst in kodifizierten Texten noch vorkommen. Die *lit. d*), um das Bild abzurunden, meint ganz deutlich Rechtssätze wie in a) und b).

⁸²⁾ CIJ Rec. 1949, S. 22.

⁸³⁾ Sereni, *Diritto internazionale* (1956), S. 161; M. Sørensen, *Les sources du droit international* (1946), S. 28, 249, 252; Alf Ross, *A Text Book of International Law* (1947), S. 83; G. Fitzmaurice, *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, in: *Symbolae Verzijl* (1958), S. 173, 176 Ziff. 9, der insbesondere darauf drängt, Quellen von Verpflichtungen (und Rechten) und Quellen von Normen zu unterscheiden (S. 154 ff.); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (1965), S. 57, 109, und andere, die den Begriff von Völkerrechtsquellen überhaupt verwerfen, siehe unten Anm. 89. Für unzureichend hält den Art. 38 *Pescatore*, in: *Judicial Settlement of International Disputes* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 62) (1974), S. 62 f. Ein ganz neues Werk, M. Giuliano, *Diritto internazionale* (1974), verwendet offenbar auch nicht den Art. 38 als Quellenlehre, sondern geht eigene Wege zur Findung des Völkerrechts, siehe besonders S. 301 ff.

⁸⁴⁾ "... not so much generalizations ... as particularizations of a common underlying sense of what is just in the circumstances ...", Sh. Rosenne, *The International Court of Justice* (1957), S. 423. Siehe auch Parry, a.a.O., S. 85, oder das Stichwort im Index der *Fontes Juris Gentium A I 4* und 5. Teils Obersätze, teils konkrete Normen findet man im Inhaltsverzeichnis von Bin Cheng, *General Principles of Law* (1953).

Man muß sich dann noch daran erinnern, daß in Art. 25 GG die »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« als konkret anwendbare Normen gedacht sein müssen, weil sie sonst nicht die ihnen zugedachte Funktion erfüllen könnten⁸⁵⁾.

Vergleicht man damit, was die Martens'sche Klausel selbst sagt, so sind in der Tat die unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuche das Gewohnheitsrecht der *lit. b*)⁸⁶⁾; die »Gesetze der Menschlichkeit« klingen recht konkret; die Forderungen des öffentlichen Gewissens lassen sich sogar auf den isolierten Einzelfall beziehen, wenn man daran denkt, daß Gewissensentscheidungen nicht notwendig logisch abgeleitet oder generell sind, sondern daß sich der Gewissensbiß (die nachträgliche Überlegung) sehr konkret und dazu eher irrational einstellt. Aber gemeint ist das alles als »Quelle« oder Grund von Sätzen des Völkerrechts, die ihrerseits erst das Verhalten der Kriegführenden bestimmen sollen. Wenn dem so ist, bedeutet auch das erste Element der Klausel eben nicht das positive Gewohnheitsrecht — die Klausel soll ja Lücken füllen —, sondern den Leitgedanken der Zivilisation, so wie das zweite Element den Leitgedanken der Humanität und nicht ein bereits positiviertes Gesetz meint.

Steht man so vor dem Ergebnis, daß Art. 38 IGH-Statut Normenkategorien⁸⁷⁾ aufzählt, die Klausel aber Leitgedanken enthält, aus denen Normen erst hervorgehen sollen, so scheint ein brauchbares System vorhanden zu sein. Es wird dadurch verdunkelt und vielleicht gar dementiert, daß das Wort »Grundsätze« den Anschein hervorruft, als handele es sich nicht um die Normen, sondern um höhere Abstraktionen. Daß dies für Art. 38 Abs. 1 (c) IGH-Statut unwahrscheinlich ist, wurde oben ausgeführt, und für die Klausel ist es auch nicht zwingend — denn sonst käme man zur dreifachen Stufenleiter: Leitgedanken (oder Elemente, wie bisher gesagt) — Grundsätze — Sätze. Aber die »Grundsätze« in der Klausel sollten von unmittelbarer Anwendung sein, um so mehr als die menschliche Behandlung in Einzelnormen eingegangen ist.

In dieser Verwirrung müßte man sich zunächst des Pleonasmus entledigen, mit dem man von Normen, Sätzen, allgemeinen Regeln und Rechtsgrundsätzen durcheinander redet. Das alles bedeutet den Rechtssatz mit Tatbestand und Rechtsfolge, der zwar in einem Gesetzbuch oder einem

⁸⁵⁾ B. A u b i n hat, wohl zu recht, bemerkt, daß es in Art. 25 GG heißen muß: Regeln des allgemeinen Völkerrechts, Juristenzeitung 1954, S. 119 bei Anm. 5.

⁸⁶⁾ Strupp, oben Anm. 11.

⁸⁷⁾ S ø r e n s e n, a.a.O. (Anm. 83), S. 249; auch angedeutet bei P a r r y, a.a.O. (Anm. 83), S. 57.

völkerrechtlichen Kodifikationstext nicht immer so ausgesprochen ist, den man dann aber aus mehreren Aussagen (auch definitorischen und systematisierenden) zusammensetzen kann.

Im nicht kodifizierten Völkerrecht — sogar im kodifizierten, wenn sich fragt, ob eine Bestimmung neu ist und nur *inter partes* gilt oder ob sie das allgemeine Völkerrecht richtig wiedergibt — ist, bevor man den Sachverhalt unter den Tatbestand des Rechtssatzes subsumiert, der Rechtssatz nachzuweisen. Dazu hat man sich der Quellenlehre bedient, solange die deduktive Methode der Rechtsfindung vorherrschte. Man mußte aber bemerken, daß das Wort »Quelle« von Recht und Rechtssätzen mehrdeutig ist; am meisten scheint folgende Ordnung der Quellenbegriffe⁸⁸⁾ brauchbar:

- a) Grund, warum es überhaupt Recht und Rechtsordnung gibt — also etwa die Soziabilität und Solidarität der Menschen;
- b) Urheber der Rechtsordnung, ihrer Teile oder einzelner Normen — fürs Völkerrecht wird oft die Übereinstimmung der Staaten genannt;
- c) Prozedur, mit der eine Norm oder ein Komplex von Normen in die Welt gesetzt wird — Gewohnheit, Gesetzgebung, Vereinbarung, Vertrag;
- d) Nachweis oder Fundstelle — wie ein Historiker von Quellen spricht.

Wenn man nun Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut liest, so stellt sich heraus, daß er verschiedene Quellenbegriffe vermengt und überhaupt nur Normen meint, die sich aus verschiedenen Quellen herleiten, wobei Rechtsprechung und Rechtslehre nur Hilfsmittel und nicht Ursprung sein sollen. Gleichzeitig wird allerdings ein Quellenbegriff mitgeteilt, so für die Verträge und das Gewohnheitsrecht im Sinne der Entstehungsart (oben *lit. c*), für die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne der Urheberchaft (oben *lit. b*), nämlich die Anerkennung der zivilisierten Staaten.

Endlich wurde der Verdacht wach, daß es noch Normen gibt, die angewandt werden und notwendig sind, sich aber nicht oder nur mit Schwierigkeiten in die Kategorien des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut zwängen lassen. Das alles hat dazu geführt, daß einige Schriftsteller den Begriff der Quelle von Völkerrecht überhaupt verwerfen⁸⁹⁾. Wenn man ihnen

⁸⁸⁾ In Anlehnung an P. E. Corbett, *The Consent of States and the Sources of the Law of Nations*, *British Year Book of International Law*, Bd. 6 (1925), S. 20 ff. Drei Begriffe der Quelle hat F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd. 1 (1960), S. 37; viele Varianten bietet Giuliano, a.a.O. (Anm. 83), S. 196 f.

⁸⁹⁾ Corbett, a.a.O., S. 30; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (5. Aufl. 1968), S. 107; R. Ago, *RdC* Bd. 90 (1956 II), S. 891, 929 f., und *Annuaire français de droit international*, Bd. 3 (1957) S. 42 f., 46; G. Schwarzenberger, *The Province of Doctrine in International Law, Current Legal Problems*, Bd. 9 (1956), S. 236, 249; auch

folgt, ist man auf einen induktiven Weg der Ermittlung von Normen verwiesen.

Nach allem läßt sich die Martens'sche Klausel nur dann mit Art. 38 IGH-Statut vereinbaren, wenn man entweder einen der Texte (oder gar beide) nicht ernst nimmt oder wenn man zwei Unterstellungen voraussetzt:

a) die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 (c) IGH-Statut sind als Normen zu verstehen, die ungeschrieben und ohne den Hinzutritt einer nachgewiesenen allgemeinen Übung gelten⁹⁰;

b) die Martens'sche Klausel ist durch Art. 38 zum Teil überholt, behält aber ihre Bedeutung insofern, als sie »Quellen« für die Normenkategorie des Art. 38 Abs. 1 (c) angibt, die nicht in diesem Artikel genannt werden.

Man hätte also in der Martens'schen Klausel zu betonen, daß die Gebräuche der gesitteten Staaten zur Norm werden, nicht nur die allgemein anerkannten und geübten Gebräuche, daß die Menschlichkeit auch ohne Anerkennung und eingewurzelte Übung Normen hervorbringt und daß das öffentliche Gewissen verbindliche Forderungen stellen kann.

Eine logische Schwierigkeit bleibt dennoch, weil auch Art. 38 Abs. 1 (c) von den zivilisierten Staaten redet und man mit der Ausdehnung der Völkerrechtsgemeinschaft alle Staaten als zivilisiert fingiert, also zu dem untersten Standard als Norm gelangen müßte⁹¹). Die Entstehung der Martens'schen Klausel widerspricht aber solche Überlegung; die Väter des Textes wollten entschiedenen Fortschritt im Sinne dessen, was sie als gemeinsames Ordnungsprinzip verstanden und mit dem sie sich als Vortrupp der Entwicklung sahen.

8. Will man nun der Martens'schen Klausel und ihren Elementen einen Anteil an der Gestaltung des Völkerrechts geben, so stößt man sich an der heute verbreiteten Abneigung gegen die deduktive Argumentation. Sie bleibt zwar immer noch nahegelegt durch die Art, wie man die Grundsätze der Vereinten Nationen entfaltet, die Menschenrechtstexte aus-

Giuliano, weil er, a. a. O., S. 301 ff., einen ganz anderen Weg zur Erkenntnis der Normen einschlägt. Ferner Fitzmaurice, a.a.O. (Anm. 83), S. 161, 164; Parry, a.a.O. (Anm. 83), S. 2, 4 f., 27.

Manche bemerken die Verworrenheit des Sprachgebrauchs, verwenden dann aber das Wort »Quelle« nach einer gewählten Definition — etwa P. Mathijsen, *Le droit de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier* (1958), S. 7 ff.

⁹⁰ Hierfür lassen sich Autoritäten anführen, z. B. A. Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts* (1973), S. 20 f., 24.

⁹¹ Im Jahre 1974 sollte man sich nach allen Erfahrungen nicht genieren, das hier angedeutete Problem anzugehen.

arbeitet, die Kriegsverbrechen und Genozidatbestände definiert. In Wahrheit sind das alles keine bloß logischen Operationen, sondern sie ergeben sich aus der Betrachtung der Lebenssachverhalte im Lichte der Prinzipien Selbstbestimmung, Koexistenz, Humanität usw. Schwarzenberger geht auf der anderen Seite zu weit, wenn er die Ausfächerung der Prinzipien in konkretere Grundsätze und Normen für einen Trick erklärt, mit dem man aus dem Oberbegriff herausholt, was man vorher hineingelegt habe⁹²). Denn die Prinzipien, hier Elemente der Martens'schen Klausel genannt, sind keine Generalisationen von Sachverhalten, sondern Wertmaßstäbe. Mit ihnen kann man, und manche Schriftsteller tun das⁹³), gewissermaßen schrittweise an die Sachverhalte herangehen, indem man typisch verallgemeinerte Sachverhalte aufstellt und sie bewertet; wenn das als ein Rechtsgrundsatz gelten kann, folgt die Detaillierung in konkrete Normen, und dem kann die Kasuistik durch die Erfahrungen der Subsumtion angehängt werden. Die Zufälligkeiten dieser Methode haben sich bei den Bemühungen um die Explizierung der friedlichen Koexistenz gezeigt, wo die zahlreichen Vorschläge, die literarischen Präzedenzen⁹⁴) und der endliche Abschluß in der Entschließung der Generalversammlung der Vereinten Nationen 2625 (XXV) vom 24. Oktober 1970 mit sieben Prinzipien und jeweils mehreren erläuternden Folgesätzen ein interessantes Beispiel bieten. Aber auch ein anderes Generale, die Souveränität, findet man oft in Grundrechte der Staaten zerlegt und aus ihnen Normen abgeleitet⁹⁵).

Bei diesem Vorgang bleiben Lücken, und die Ausfächerung des Prinzips ergibt bei jedem Autor und in jedem Text ein anderes Bild. In einer alten Rechtsordnung mit intensiver Praxis setzt sich mit der Positivierung ein verbindliches Schema durch, und der Rückgriff auf hohe Prinzipien

⁹²) A.a.O. (Anm. 10), S. 243 f.

⁹³) Doch wohl auch Menzel, a.a.O. (Anm. 50), wenn er aus der Humanität ableitet den Schutz der Zivilbevölkerung (S. 19 f.), und zwar den direkten und den indirekten (S. 26), und das Verbot der Perpetuierung der Kriegseinwirkungen (S. 28 ff.) mit den Unterfällen der verbrannten Erde und der erbbiologischen Schäden (S. 29, 30). Bei Wust ist der Weg seiner Argumentation umgekehrt, das Ergebnis, S. 86 ff. und 374 f., illustriert aber recht gut das hier Gemeinte.

⁹⁴) Hierzu F. Münch, *Coups d'oeil rétrospectifs sur la coexistence*, ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 529.

⁹⁵) Interessant dort, wo mit der Koexistenz abgestimmt, wie bei A. Rivier, *Programme d'un Cours de Droit des Gens* (1889), S. 62 ff.; A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart* (1844), S. 12 — Koexistenzgedanke — und dann die §§ 26–39.

wird selten notwendig. Man gewinnt aber grundsätzlich nicht mehr, wenn man ganz induktiv arbeitet und aus den positivierten Normen zweifelloser Geltung die Prinzipien destillieren will. Denn man muß die Einzelnormen allererst *sub specie* des Prinzips rekognoszieren und ihre Zusammengehörigkeit feststellen⁹⁶).

Am besten scheint es, das Völkerrecht als eine Ordnung des zwischenstaatlichen Lebens auch in dem Sinne aufzufassen, daß sie existiert, dem Juristen vorgegeben ist, von ihm erkannt, systematisiert und gewahrt wird. Insbesondere italienische Autoren sind der Meinung, daß die Lebensordnung vorhanden ist und festgestellt werden kann und daß sich ihre Einzelnormen beweisen lassen⁹⁷).

Das soll nicht heißen, das tatsächliche Verhalten soziologisch aufzunehmen und für die Norm zu erklären. Es muß die Untersuchung hinzukommen, ob das Verhalten als Ordnungselement gilt. Man hat also die *opinio iuris*, die in der Lehre vom Gewohnheitsrecht eine so große Rolle spielt, gewissermaßen zu objektivieren. In der bisherigen Erörterung hing an ihr meist ein Zirkelschluß, wenn es um die Entstehung einer Norm ging⁹⁸). Er entfällt, wenn man eine überwiegende Verhaltensweise vom Standpunkt der Gesamtordnung bewertet und sie für notwendig hält.

Die Notwendigkeit, daß eine Verhaltensweise zur Rechtsregel⁹⁹) gemacht und also mit irgendeiner Sanktion versehen wird, scheidet das Recht von Moral, Sitte, Ethik und religiösen Geboten, wenn auch in diesen letzteren Bereichen Reaktionen der Umwelt möglich sind und manchmal rechtsähnliche Formen annehmen.

Folgt man dieser Art von Erklärung der Rechtsordnung, so muß man einen wirklichen oder erdachten Sachverhalt mit der Ordnung konfrontieren und das Verhalten bestimmen, das in die Ordnung paßt. Man wird instinktiv aus der Lebensordnung zur Entscheidung kommen¹⁰⁰) und dann zu bewerten haben, ob das nicht passende Verhalten mit den Rechtsbehelfen und -methoden unterdrückt werden muß. Die Fallentscheidung ist demnach das Primäre, sie wird beim Juristen aber generalisiert und typisiert und in einen Rechtssatz gebracht. Dies ist

⁹⁶) Das sagt Menzel, a.a.O. (Anm. 50), S. 19, nicht ausdrücklich, er sieht aber die Wahl der Methode eher vom Zweckmäßigkeit Gesichtspunkt.

⁹⁷) Am präzisesten neuestens Giuliano, a.a.O. (Anm. 83), S. 301, aber auch Parry, a.a.O. (Anm. 83), S. 2 Ziff. 4.

⁹⁸) R. Quadri im großen Völkerrechtskurs, RdC Bd. 113 (1964 III), S. 324, 327.

⁹⁹) Anlehnung an R. Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. 2 (1854), S. 27–31.

¹⁰⁰) Quadri, RdC Bd. 113, S. 325.

offenbar das, was *droit instinctif*¹⁰¹⁾ und *diritto spontaneo*¹⁰²⁾ heißt und sich unter der letztgenannten Bezeichnung einen gewissen Anhang verschafft hat. Dasselbe ist gemeint, wenn von »latenten« Normen gesprochen wird¹⁰³⁾, die erst ins Bewußtsein gebracht werden.

Auf diese Weise läßt sich in der Tat die Frage bejahen, ob mit so allgemeinen Ideen wie es die Elemente der Martens'schen Klausel sind, Rechtssätze praktischer Anwendbarkeit sich finden lassen. Die Kasuistik geht hier dem Rechtssatz voraus; es ist nicht grundsätzlich nötig, wie Wust es tut, Analogieverfahren anzuwenden¹⁰⁴⁾. Es ist gewissermaßen der Geist der Ordnung, der von Fall zu Fall neben den konsolidierten und formulierten Sätzen wirkt¹⁰⁵⁾, der aber auch bewirken soll, daß ergänzende Rechtssätze gebildet werden. So wird dann der Gedanke der Klausel wahr, wenn man ihre Elemente als Leitideen der zwischenstaatlichen Lebensordnung versteht.

¹⁰¹⁾ Vergé, Einleitung zu G. F. v. Martens, *Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe* (2. Aufl. 1864), S. VII f.

¹⁰²⁾ Ausgehend wohl von Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internazionale* (1943); Ago, *Science juridique et droit international*, RdC Bd. 90 (1956), S. 929 ff., und *Diritto positivo e diritto internazionale*, *Comunicazione e Studi*, Bd. 7 (1955), S. 90 ff., deutsch *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 6 (1956/7), S. 301 ff.; Spertuti, *Norme giuridiche primarie e fondamento del diritto*, *Rivista di diritto internazionale*, Bd. 39 (1956), S. 13; Barile, *Diritto internazionale e diritto interno*, *ibid.*, S. 457, 471; Giuliano, *I diritti e gli obblighi degli stati* (1956), S. 33, 39, und *Diritto Internazionale*, Bd. 1 (1974), S. 235, 238, 301; Bentivoglio, in: *Novissimo Digesto Italiano*, Bd. 5 (1960), S. 922; Quadri, RdC Bd. 113, S. 325, und *Diritto internazionale pubblico* (5. Aufl. 1968), S. 27 f., 229; Truyol y Serra, *Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle*, in: *Festschrift Guggenheim* (1958), S. 15; G. J. Bidart Campos, *Filosofía del derecho constitucional* (1969), S. 97 ff.; Herb. Günther, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht* (1970), S. 53 ff. — zusammenfassend bei Pecourt García, *Tendencias actuales de la doctrina italiana de derecho internacional público* (1965), S. 113 ff., 157 ff.

¹⁰³⁾ Fernandes im *Comité Consultatif de Juristes*, C.P.J.I. 1920, S. 332; Strebel, a.a.O. (Anm. 9), S. 485, und *Was ist positives Völkerrecht?*, in: *Festschrift Bilfinger* (1954), S. 485. Wust, a.a.O. (Anm. 49), S. 86, bezeichnet, anders, die induzierten Obersätze als latent.

¹⁰⁴⁾ Wust, a.a.O., S. 83 f.

¹⁰⁵⁾ Erinnert sei an die Charakterisierung des römischen und des englischen Rechts als »Fallrecht«, etwa bei Kaser, in: *Gedächtnisschrift für R. Dietz* (1973), S. 14 und *passim*. Vielleicht gehört hierzu eine Bemerkung K. Doehring's, daß die rudimentären allgemeinen Regeln sich erst differenzieren, wenn Konflikte auftreten. Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (*Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 39) (1963), S. 37.

9. Hier entsteht allerdings das Bedenken, ob diese Elemente, Zivilisation, Menschlichkeit, jeweilige Forderungen des öffentlichen Gewissens, eindeutig genug sind, um die aus ihnen abgeleitete Fallentscheidung objektiv einleuchtend zu machen — ein Erfordernis der Rechtsanwendung, dem normalerweise vermöge der rechtslogischen Ableitung aus einem juristisch formulierten Obersatz genüge zu tun versucht wird.

Man muß zugeben, daß in verschiedenen Kreisen und in verschiedenen Zeiten die Werte, die hinter diesen Elementen stehen, verschieden hoch gesteigert sind. In verschiedenen Kulturkreisen kann die Rangfolge der Werte verschieden sein, ohne daß man den einen oder anderen heruntersetzen dürfte. Darum wird auch Wert darauf gelegt, daß im Internationalen Gerichtshof, in der ILC und in den privaten Vereinigungen der Rechtswissenschaft alle Rechtssysteme vertreten seien.

Die Elemente der Martens'schen Klausel untereinander zu scheiden, ist schwierig und scheint wenig sinnvoll. Die Menschlichkeit ist heute wohl der Leitgedanke, der zu den konkretesten Anwendungen führt, zumal das vertraglich ausgestaltete humanitäre Kriegsrecht den Weg vorgezeichnet hat. Die Arbeit von Wust¹⁰⁶⁾ und eine von K. Hailbronner¹⁰⁷⁾ zeigen, wie reich die Ausbeute sein kann. Dabei fällt aber wieder auf, daß die Ableitungen nicht logisch und begrifflich sind, man formuliere denn den Leitgedanken der Menschlichkeit dahin, daß möglichst wenig unnötiger Schaden angerichtet werden darf. Zum Schaden gehört dann aber auch die Verletzung immaterieller Güter und sogar der Gefühle; neuerdings begreift man unter die Humanität auch den Umweltschutz, und eine Entschließung der Seerechtskonferenz von 1958 handelt vom "Humane Killing (!) of Marine Life"¹⁰⁸⁾.

Vielleicht wäre das der Punkt, in dem der Leitgedanke der Zivilisation von Wert wird, weil er weniger auf die Vorstellung eines Nachteils ausgeht als auf die der Haltung. Darum sind die Folgerungen aus ihm sehr unbestimmt; immerhin wäre hinzuweisen auf die Bedeutung, die man der Zivilisation in den Auseinandersetzungen der Generation beigemessen hat, von der die Martens'sche Klausel konzipiert worden ist. Man denke

¹⁰⁶⁾ Siehe oben Anm. 49.

¹⁰⁷⁾ Entführte Flugzeuge auf fremdem Staatsgebiet und die analoge Anwendung humanitärer Grundsätze im Völkerrecht, ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 265, 270, 279 f., 283, 292 f.

¹⁰⁸⁾ UNTS Bd. 450, S. 62. Der Begriff wird dahin erläutert, daß weitestmöglich Leiden erspart werden soll; das ist ein Gesichtspunkt, der im Tierschutz beim Umgang mit Nutztieren auch hervortritt, schon in der gesetzlich nicht geregelten Praxis (Gnadschuß für kranke Tiere) und in der Standesübung der Jäger.

an die Titel der Werke Bluntschli's »Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten« und Fiore's »Nuovo diritto internazionale pubblico secondo i bisogni della civiltà moderna«¹⁰⁹). Hier ist ganz gewiß der Gedanke und die Forderung einer höheren Qualität lebendig, die nicht zulassen würde, daß das tatsächliche Verhalten rein soziologisch-empirisch – im Völkerrecht unter Staaten rein historisch-politologisch – zur Grundlage der Rechtsordnung gemacht wird. Wenn die Rechtsprechung nachträglich über Vorgänge in verworrenen Zeiten zu urteilen hat, sind ihre Ansprüche hohe; das zeigt sich bei der Verfolgung der Kriegsunataten und der Kollaboration und in der deutschen Nachkriegsrechtsprechung am Beginn, als sie das Naturrecht wiederzubeleben schien. In dieser Linie scheint auch Rosenne zu stehen, wenn er in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Art. 38 IGH-Statut ein unentbehrliches nicht-positives Element sieht und sie nicht auf den wirklichen Konsens der Staaten zurückführt, sondern auf die Meinung des IGH, daß die Staaten sie anerkennen sollten¹¹⁰).

Man hat im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts angenommen, daß die strengen Maßstäbe der Humanität und der Zivilisation im öffentlichen Gewissen lebendig seien. Man hat das Gewissen, das uns eher als eine Äußerungsform von Werten erscheint, offenbar mit bestimmten Inhalten versehen gedacht und es so in der Martens'schen Klausel aufgeführt. Daß es aber mit den anderen Elementen verquickt scheint, darf man aus einem Satz des programmatischen Artikels von G. Rolin-Jacquemyns¹¹¹) schließen: wahrer internationaler Gesetzgeber, Richter und manchmal Vollstrecker sei »la conscience des hommes éclairés«.

Als Rechtsquelle nennt das Gewissen Rud. Laun¹¹²); die Berufung auf das Gewissen, das Rechtsempfinden und das Kulturbewußtsein findet sich in einer Arbeit über wenig geklärte Punkte des Luftkrieges¹¹³). Um ein ganz neues Werk zu nennen, stützt Giuliano das *diritto spontaneo* auf das Gewissen¹¹⁴).

¹⁰⁹) D. Dudley Field gründet 1872 seine private Kodifikation des Völkerrechts auf die Erfordernisse der gereiften Zivilisation der Gegenwart, siehe die kurze von H. W. Briggs verfaßte Biographie, in: Institut de Droit International, Livre du Centenaire 1873–1973, S. 70.

¹¹⁰) Rosenne, a.a.O. (Anm. 84), S. 423.

¹¹¹) De l'étude de la législation comparée et du droit international, im ersten Band der Rev. droit int. lég. comp. 1868, S. 237; ähnlich später *ibid.* Bd. 4, S. 508.

¹¹²) Die Haager Landkriegsordnung (5. Aufl. 1950), S. 27, 133. In seinem Werk: Der Wandel der Ideen Staat und Volk als Ausdruck des Weltgewissens (1933), wirkt das Gewissen nicht positiv auf das Recht, sondern auf übergeordnete Vorstellungen.

¹¹³) E. Spetzler, Luftkrieg und Menschlichkeit (1956), S. 150, 384 ff., 389 Ziff. 2.

¹¹⁴) A.a.O. (Anm. 83), Bd. 1, S. 196 f., 239, 302.

Das läuft darauf hinaus, den Einzelfall zuerst nach einem Wertmaßstab zu beurteilen und von da aus erst die abstraktere Norm zu konstruieren, von der dann wieder auf ähnliche künftige Fälle mit einem dem logischen Schlußverfahren ähnlichen Raisonement deduziert wird. Die letztere Prozedur ist diejenige, die dem Juristen im täglichen Dienst geläufig ist¹¹⁵); eben derjenige, der sich um die wissenschaftliche Erfassung des juristischen Denkens bemüht, kann mit allem Ernst dagegen sein, Wertvorstellungen — Einfallstore subjektiver Willkür — einfließen zu lassen. Indessen hat doch der Gesetzgeber die von ihm verfaßten Normen wegen ihres Ordnungswertes erlassen; und ohne diesen Wert zu kennen und ihn aufzunehmen, kann der Jurist die Norm nicht richtig anwenden. Problematisch wird das bei den Generalklauseln, in denen ein Wert vorausgesetzt, aber in der Annahme seiner Allgemeinverständlichkeit nicht definiert wird.

Nimmt man das Völkerrecht als Rechtsordnung ernst, wie es Viktor Bruns in seinem ebenfalls programmatischen Aufsatz am Anfang der Tätigkeit dieses Instituts¹¹⁶) gefordert hat, so folgt daraus nicht nur die Lückenlosigkeit und das Verbot des *non liquet*¹¹⁷), sondern auch das Wirken von Wertvorstellungen. Dies für Lücken des Kriegsrechts gezeigt und verlangt zu haben, ist das Verdienst der Urheber der Präambel zur Mantelkonvention der Landkriegsordnung. Es aber auch für Lücken des gesamten Völkerrechts einsichtig zu machen, ermuntert die Bemerkung Ch. De Visschers, daß bei der neuerdings beobachteten raschen Entstehung völkerrechtlicher Normen ein «*souci d'ordre inspiré d'une représentation de valeurs*» wirke¹¹⁸). Und wenn dem so ist, hat man auch das bestehende ausgebaute Völkerrecht als das Werk der Elemente der Martens'schen Klausel zu verstehen — zwar nicht so, als ob aus ihnen die Einzelsätze logisch abzuleiten seien, sondern so, daß diese der Ausdruck der Menschlichkeit, Zivilisation und des Gewissens sind.

Daraus folgt weiter, daß eine Wandlung dieser drei Elemente das Recht wandelt. Die Urheber der Martens'schen Klausel haben daran

¹¹⁵) Im *common law* wird offenbar vom Präzedenzfall unmittelbar *per analogiam* argumentiert, aber auch das ist ein logisches Verfahren.

¹¹⁶) Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV Bd. 1 I, S. 1; Bd. 3 I, S. 445.

¹¹⁷) Heute wohl allgemein anerkannt. Vgl. H. Lauterpacht, Some Observations on the Prohibition of "Non Lique" and the Completeness of the Law, in: Symbolae Verzijl (1958), S. 196.

¹¹⁸) Les effectivités du droit international public (1967), S. 65 f. Ziccardi, a. a. O. (Anm. 102), S. 373, spricht von den «*valutazioni giuridiche individuali*» als «*norme del caso concreto*».

die Erwartung geknüpft, daß das Völkerrecht besser werde, und sie haben lange recht behalten. Das Völkerrecht hat Krisen in der tatsächlichen Beachtung überwunden und sich trotz großen Kriegen und Umwälzungen im Sinne der Klausel entwickelt. Es kann aber auch der Weg umgekehrt verlaufen: Die mindere Qualität von Menschen, Kultur und Gewissen hat schon in den Entschliefungen der Vereinten Nationen eine Rebarbarisierung des Völkerrechts angebahnt. Paradoxerweise wäre auch diese Entwicklung ein Beweis für die Richtigkeit und Bedeutung der Martens'schen Klausel.

Summary

The Martens' Clause and the Basis of International Law

The so-called Martens' clause, *i. e.* para. 8 of the preamble to the Convention covering the Hague Rules of Land Warfare, provides for subsidiary application of principles of international law as they result from the usages of civilized States, from the laws of humanity and from the demands of public conscience. The question is whether these three elements can be considered as sources of international law.

The history of the clause, before and after 1899/1907, the attempts to specify concrete rules during the quests for punishment of war crimes, and some general clauses in new texts of humanitarian war law suggest a positive answer, but the outcome up until today has not been significant in so far as the law of war is concerned. Consequently, it is problematic to introduce the clause into the theory of general international law, as it has been proposed by Baron Descamps, Lord Wright of Durley and H. Strebél, and as it appears to be alluded to in the first Statute of the Institut de Droit international.

However, the author thinks that such an attempt is not prejudiced by any existing doctrine on the sources of international law. Art. 38 of the ICJ Statute is not such a consistent and generally accepted doctrine. There is even, in particular among Italian authors, a tendency to reject the notion of sources of international law.

Therefore, it is proposed to have recourse to the three elements of the Martens' clause in identifying rules of international law as they arise out of concrete situations. They allow to appreciate the alternatives of behaviour as conform or contrary to good World Order. This would lead to build the corpus of international law by induction, not from facts but from values. Martens' clause stems from a strong belief in values, and this does not militate against its assimilation into the doctrine, if we concede at first that lawgiving and judging is evaluation of behaviour. The relativity of law in time and space need not be disregarded, but it points to differences in time and space of the standards of civilization, humanity and conscience. Such differences can be observed presently, if we compare the ideas of the fathers of the clause with to-day's majority view.