

Betrachtungen über politisches Recht.

Ein Beitrag zum Völkerrecht, Staatsrecht und Verwaltungsrecht.

Carl Bilfinger, Professor an der Universität Halle.

Die großen Bewegungen des gegenwärtigen Zeitalters haben zu einer Neubelebung und Verschärfung des praktischen und theoretischen Problems des politischen Rechts geführt. Es kommt zunächst nicht an auf die Form, in welcher die Frage bisher gestellt wurde. Es kann zunächst auch auf sich beruhen, in welchem näheren Sinn der Ausdruck »politisches Recht« als eine erst neuerdings und nur gelegentlich gebrauchte Bezeichnung von der deutschen Staatsrechtslehre verwendet wird. Die Frage des politischen Rechts ist auch gemeint, wo von der Zweideutigkeit, dem Trug und der Ungerechtigkeit völkerrechtlicher Normierungen die Rede ist, oder etwa davon, daß das Recht durch seine »Politisierung« oder die Politik durch ihre »Juridifizierung« kompromittiert erscheine. Es ist schließlich, um eine konkrete Einzelfrage anzudeuten, nichts anderes als die Aufrollung des politischen Rechtsproblems, wenn im Zusammenhang des Völkerbundsrechts die Hegemonie als eine dem Satz von der Gleichheit der Staaten widersprechende Rechtserscheinung erneut zur Erörterung gestellt worden ist. Sicher ist, daß in einer Epoche der Gewalt und der Umwälzungen, zugleich einer Erneuerung des Nationalismus der Ruf nach dem Rechte als das Symptom einer natürlichen Reaktion sich einstellt. Die so belebte normativistische Tendenz hat wiederum zu Gegenströmungen, zu einer Betonung und Apologie des Politischen, sei es als eines Gegensatzes zum Recht, sei es in Gestalt von Rechtslehren geführt. Der erneute Versuch einer Ausschaltung des politischen *Staates* aus der Theorie der Rechtsordnung, wie ihn im Ergebnis die »reine Rechtslehre« darbietet, läßt sich nicht mehr durch die bloße, wenn auch noch so entschiedene Ablehnung, nur negativ, würdigen; ebensowenig genügt es, gewisse Rechtsnormgebiete durch den kurzen Hinweis auf den Gesichtspunkt des »politisch Möglichen« herauszuheben. Solcher Erkenntnis tragen die Versuche Rechnung, welche heute auf verschiedenen Wegen, in der Sache demselben Ziele einer Art von System des politischen Rechtes zustreben.

Lassen sich so immerhin einige Andeutungen über die Ursachen und die Tendenzen der Entwicklung des politischen Rechtsproblems während der letzten Jahre machen, so erscheint es doch als ein kaum durchführbares Unterfangen, den überreichen Stoff nach einem einheitlichen Plan zu ordnen. Die rapid anwachsende Fülle des historischen Tatsachenmaterials und der positivrechtlichen Normgruppen läßt sich längst nicht mehr übersehen. Die mannigfachen theoretischen Untersuchungen gelten teils Einzelfragen, Ausschnitten aus dem Gesamtproblem, teils werden sie als grundsätzliche über das deutsche Staatsrecht, wie in den großangelegten neuesten Arbeiten von R. Smend und C. Schmitt, angestellt, wobei die Verfasser sowohl nach dem konkreten Gesichtspunkt wie nach der Methode stark voneinander abweichen.

Dennoch, gerade bei diesem Stand der Dinge, bietet der Gedanke, wenigstens das Programm zu einer zusammenfassenden und ordnenden Behandlung des politischen Rechtsproblems zu entwerfen, einen gewissen Anreiz. Zu der Erkenntnis, daß die Fragestellung wesentlich für die Disziplinen des *Völkerrechts*, *Staatsrechts* und *Verwaltungsrechts* hier eine *einheitliche* sein muß, soll die folgende Skizze beitragen. Das politische Recht ist eine nur empirisch zu erfassende Erscheinung. Es muß mit seinen charakteristischen und typischen Abstufungen auf den Rechtsgebieten aufgesucht werden, welche vornehmlich sich mit der Unterwerfung des politischen Staates unter das normative Recht befassen.

I. Die Erkenntnis des politischen Rechts aus der Anpassung geschriebener Normen an die Gegensätzlichkeit des Politischen und des Rechts.

1. Der Versuch der Unterscheidung einer besonderen Kategorie »politisches Recht« läßt sich umschreiben, aber nicht rechtfertigen durch den Hinweis, daß hierunter alles Recht begriffen werden solle, dessen Gegenstand eben das Politische sei. Denn das Politische als eine spezifische und akzentuierte Aussage über gewisse Erscheinungen innerhalb der Sphäre des Staates und der Staatenwelt überschneidet in seiner Relation zum Recht die Grenzen der überlieferten oder doch in neuerer Zeit anerkannten Rechtsgebiete, deren Gegenstand der Staat und seine Funktionen, sowie die Beziehungen zwischen den Staaten bilden. Man könnte vielleicht insoweit an Parallelen wie etwa an das Arbeitsrecht denken; jedoch ist mit dem »Sonderrecht« der im Lohnarbeitsverhältnis stehenden Berufsklassen ein relativ, annähernd fest bestimmter Gegenstand gegeben, dessen greifbare Substanz und anerkannte Bedeutung als Unterlage der besonderen Kategorie zu dienen vermag. Das gleichsam Amorphe, das Flüssige, Dynamische, das der *politischen* Staatsbetrachtung anhaftet, scheint dagegen der Verwertung

als Kriterium für die Charakteristik eines Ausschnitts, einer besonderen Kategorie des Rechts unüberwindliche Hindernisse zu bereiten.

2. Soll der Versuch dennoch gewagt werden, so kann hiernach nicht der problematische Begriff des Politischen den Ausgangspunkt bilden. Die Methode muß vielmehr, indem man das Politische als einen zwar gegebenen, aber positiv nicht faßbaren Faktor voraussetzt, von einem wesentlichen, wenn freilich nur negativen Kriterium des Politischen ausgehen, nämlich von seiner *Gegensätzlichkeit zum Begriff des Rechtes*, so, wie dieser Begriff heute überwiegend, insbesondere in der Praxis der Rechtssetzung verwendet wird.

Die Möglichkeit, ja die Notwendigkeit, den *politischen* Staat vorauszusetzen, ist geschaffen durch die heute gegebene und rechtlich positivierte Vorstellung, daß nicht nur der Einzelne, der Staatsbürger, sondern auch der Staat selbst der Bindung durch Rechtsnormen unterliege. Zwar konnte die herrschende liberale Rechtsstaatsidee den politischen Staat selbst, als geschichtlich gegebene Realität, nicht erst schaffen, aber sie hat ihn evident ¹⁾ gemacht. Sie hat damit einen Beitrag zur Erkenntnis des Politischen geliefert, dessen Wert alle Versuche, das Politische gewissermaßen aus sich selbst heraus zu definieren, bei weitem übertrifft. Das Merkmal des so betrachteten Politischen ist eben seine *Gegensätzlichkeit*, sein Widerstreben gegenüber dem Rechtlich-Normativen. Es ist also nicht nur und schlechthin der Dualismus Staat und Recht, der alsbald und unbedingt gegeben ist, sobald man den Staat als durch die Normen des Rechts gebunden betrachtet. Vielmehr ist zugleich mit jenem Dualismus der spezifische Gegensatz gegeben zwischen dem politischen Staat und der Anschauung, daß er als der sein Leben behauptende und durchsetzende Staat durch jene Normen so lange gebunden sei, als ihr formales Bestehen dauert. Und zwar läßt sich dieses Gegensätzliche nach zwei Richtungen hin behaupten.

Einmal: der Staat als politischer Staat widerstrebt der Rechtsnorm als solcher, insofern er sein Lebensbedürfnis dem rechtlichen Sollen überall da entgegengesetzt, wo dieses Sollen als ein positiv-rechtliches sich mit jenen Interessen, den politischen Interessen, nicht deckt, — eine Lage, welcher kein positives Rechtsnormensystem in allen Fällen auszuweichen vermag.

Im Unterschied von dieser Seite des Politischen, welche ein Essentiale des *Rechtsnorm*begriffes selbst, nämlich eben das rechtliche Sollen, tangiert, wird durch das zweite gegensätzliche Moment ein *Rechtsgrundsatz* berührt, welcher mit der heute herrschenden Rechtsvorstellung unlöslich verbunden ist, nämlich der aus dem Naturrecht

¹⁾ Vgl. die Gegenüberstellung von »Rechtlichkeit und Normativität« einerseits und von »Staat« andererseits bei Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, b. Duncker und Humblot, 1928, S. 125.

hergeleitete *Gleichheitsatz*²⁾. Die politisch betrachteten Staaten sind unter sich nach Macht und Größe, nach der Intensität und Art ihres Lebens von Grund aus ungleich — und dennoch sind sie von der herrschenden Völkerrechtslehre als gleich und daher gleichberechtigt vorausgesetzt. Ebenso sind Staat und Bürger grundsätzlich und vollkommen ungleiche Norm-Adressaten; darf man von den Einzelnen und ihren Lebensverhältnissen immerhin aussagen, daß sie unter sich wenigstens relativ gleich seien, so gilt dies nicht von dem überlegenen, von dem »Herrscher-Staat« im Verhältnis zum Staatsbürger: sie sind inkommensurabel. In beiden Fällen aber, in der Sphäre des Völkerrechts wie des innerstaatlichen Rechts, geht die herrschende Rechtslehre von der grundsätzlichen These aus, daß die Adressaten der Rechtsnormen gleich zu behandeln seien, weil sie eben gleich seien, gleich als Untertanen des so verstandenen Rechts.

Wenn man so das Recht in seiner Front gegenüber dem Politischen als eine Verbindung des Gedankens der Norm und des Gedankens der Gleichheit betrachten darf, so liegt hierin vielleicht mit eine Erklärung für die heute kaum mehr verkennbare Verbindung der Gegensätze des Normpositivismus und des naturrechtlichen Denkens³⁾.

Da nun die positiven Normen und Normkomplexe regelmäßig vom Staat selbst durch seine Organe gesetzt werden, da ferner die Folgen jenes doppelten Widerstreits zwischen dem Politischen und dem Rechtlichen — insbesondere der etwaige Ungehorsam des politischen, lebendigen und mächtigen Staates gegenüber dem Recht als erfahrungsmäßige gegeben sind, so ist die Gesetzgebungspraxis bestrebt, zur Wahrung der nun einmal herrschenden These von der Rechtsunterworfenheit des Staates *die zu setzenden Normen von vornherein jener Lage anzupassen und so dem Faktor des Politischen Rechnung zu tragen*:

Normen solcher Art sind politisches Recht.

Zunächst bedarf diese Beschränkung des Begriffes auf die ausdrücklich gesetzten Normen der Rechtfertigung. Der, freilich nicht korrekten, Übung entsprechend, wird den ausdrücklich gesetzten, den in diesem Sinne »geschriebenen« Normen der Sammelbegriff des »Gewohnheitsrechts« gegenübergestellt. Die Sätze des so verstandenen Gewohnheitsrechts passen sich in den Fällen konstanter Übung ebenso wie bei der Wandlung (vgl. die »Verfassungswandlung« im Sinne von Georg Jellinek), soweit sie das Politische betreffen, automatisch an die

²⁾ Vgl. Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Veröffentl. d. Vereinigung d. deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, 1927, b. W. de Gruyter u. Co., S. 3 f., S. 6 oben.

³⁾ Vgl. über diese Verbindung, in anderem Zusammenhang, z. B. Kelsen, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, Charlottenburg, Pan-Verlag 1928, S. 15 und, zu der oben angedeuteten Vorstellung, S. 67: »Das Ideal des juristischen Positivismus: auf die Theorie des positiven Rechtes keinerlei politischer Tendenz Einfluß zu gewähren«.

Lebensbedürfnisse des Staates an. Die Staatspraxis in der besonderen Bedeutung eines Gegensatzes zum Verfahren nach geschriebenem Rechtsverfahren, schafft in ihren Sätzen zuvörderst jeweils einen *modus vivendi*; der Frage des Rechtscharakters solcher Sätze schenkt die Praxis selten Beachtung. Während nun bei den gesetzten politischen Rechtsnormen der Gegensatz des Politischen und des Normativen in dem ad hoc formulierten Norminhalt selbst aufgesucht werden kann, gilt dies für jene »ungeschriebenen« Sätze gerade nicht: hier zeigt sich bei der von der Wissenschaft alsbald zu stellenden Frage, ob man es in concreto wirklich mit rechtsnormativen Sätzen, mit »Gewohnheitsrecht« und nicht lediglich mit nur faktischen Regelungen der politischen Praxis zu tun hat, Unsicherheit und die Gefahr einer Verdunklung und Verwischung gerade des Gegensatzes zwischen dem Politischen und dem Normativen. Es gilt dies nicht nur für den völkerrechtlichen »modus vivendi«. Ist der Satz, daß die Minister auf ein Mißtrauensvotum des Parlaments hin zurückzutreten haben, auch dann Recht, wenn er ungeschrieben ist? Bedeutet die Praxis der sogenannten »Durchbrechung« der Weimarer Verfassung eine Änderung des Art. 76 selbst? Die Beispiele ließen sich häufen. Man könnte in solchen Fällen, nach einer Formulierung von Smend, von rechtlicher Positivierung des Politischen⁴⁾ sprechen. Da aber diese Positivierung hier nicht in der gewöhnlich verstandenen Weise, nämlich nicht durch geschriebenen Rechtssatz, erfolgt, so fehlt es gerade an der Möglichkeit evidentester Feststellung, gewissermaßen des Ablesens des Gegensätzlichen zwischen dem Politischen und dem Recht, mithin an dem Erkenntnismittel, welches die geschriebene politische Rechtsnorm bietet.

Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, die Untersuchung vorerst wesentlich auf das geschriebene Recht zu beschränken und die behauptete besondere Kategorie in diesem Rahmen aufzusuchen.

II. Politische Völkerrechtsnormen.

1. Die bloße Feststellung, zum Beispiel, daß völkerrechtlich vereinbartes Recht aus politischen Gründen zuweilen gebrochen werde, oder etwa, daß das Reich rechtliche Verpflichtungen gegenüber den deutschen Ländern nicht einhalte, oder daß, umgekehrt ein deutsches Land sich über die Reichsverfassung hinwegsetze, kurz der Ungehorsam des politischen Staates gegenüber dem Recht vermag, für sich allein betrachtet, die Rechtsnorm selbst nicht zu tangieren. Auch die Annahme, durch die Erfahrung lasse sich etwa eine derogierende Wirkung:

⁴⁾ Vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, b. Duncker u. Humblot, 1928, S. 21, 97 und hierzu Bilfinger, Verfassungsrecht als politisches Recht, in Zeitschr. f. Politik XVIII Jahrgang, Heft 5 (1928) S. 289.

der Nichtbefolgung gerade von politischen Rechtsnormen bestätigen, kann in die außerrechtliche Sphäre verwiesen werden.

Anders liegt es da, wo der Gegensatz zwischen dem politischen Staat und dem Recht im Sollensgehalt rechtlicher Sätze selbst zum Ausdruck kommt. Wenn die Rechtsnormen dem Wesen, dem Lebensvorbehalt ihres »politischen« Gegenstandes entsprechen, indem sie auf den Widerstand des Politischen gegen rechtliche Bindung durch Abmilderung und Schwächung der gewöhnlichen und in diesem Sinne normalen Intensität des rechtlichen *Sollens* zugeschnitten sind, bis schließlich zu der Grenze hin, wo ihr Normcharakter als Sollenscharakter überhaupt problematisch wird, — so wird hier die Kategorie des politischen Rechtes offenbar.

So gesehen, ist das politische Völkerrecht typisch unvollkommen. Die Unvollkommenheit besteht, gleichviel ob sie an einem Einzelsatz oder nur im Zusammenhang bestimmter, jeweils als Ganzes zu betrachtender Normkomplexe erkennbar wird, zunächst immer in einer Lockerung des Sollens zugunsten politischer Ermessensfreiheit. Ausdrückliche Vorbehalte reservieren eine bindungsfreie Sphäre. Eine charakteristische Tendenz zur Verschwommenheit und Vieldeutigkeit der Begriffsformulierung leistet denselben Dienst. Die Neigung zur Akzentuierung der Versprechensform, wodurch die Scheidung rechtsnormativer Zusagen vom unverbindlichen Versprechen erschwert wird, soll der späteren Auslegung im Sinne des politischen Bedürfnisses die Bahn freihalten.

Der Staat, insofern er als sich selbst bindender Gesetzgeber vorgestellt wird, ist grundsätzlich und unbeschadet der außerrechtlichen Schranke des Möglichen, in der Lage, seine Bindung nach dem Grade ihrer Intensität selbst zu bestimmen; er steht unter der Rechtsordnung als *seiner* Rechtsordnung. Vergleicht man unter diesem Gesichtspunkt Völkerrecht und innerstaatliches Recht, so erklärt sich daraus eine legislatorische Bevorzugung politischer Rechtsnormen für den Kreis der Völkerrechtsordnung. Der Staat bindet sich durch die Setzung völkerrechtlicher Normen, die ihn selbst verpflichten sollen, nach außen hin, ohne die *rechtliche* Möglichkeit einseitiger Änderung oder Beseitigung dieser Lage. Diese besondere Gebundenheit des völkerrechtlichen Gesetzgebers entfällt für den Staat, wenn es sich um lediglich landesrechtliche Gesetze handelt. Deshalb sind es vor allem die gesetzten *Völkerrechtsnormen*, in deren Formulierung dem Politischen Rechnung getragen werden muß. Die politischen Völkerrechtsnormen sind so, gemessen am politischen Landesrecht, politische Rechtsnormen *κατ' ἑξοχήν*, nicht aber unter dem anfechtbaren Gesichtspunkte, daß gerade das Völkerrecht sich wesentlich mit dem Politischen befaßt.

Der Versuch einer entsprechenden Abstufung kann — wie hier

vorweggenommen sei — auch für das Verhältnis der *Verfassungsgesetzgebung* und der anderweitigen politischen Landesrechtssetzung gemacht werden. Denn die Verfassungsgesetzgebung unterliegt in der Regel erschwerten Verfahrensformen, durch welche die gesetzgeberische Aktionsfreiheit des Staates entsprechend beschränkt wird; freilich ist die Situation hier insofern eine besondere, als, im Gegensatz zum Völkerrecht, der Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung grundsätzlich das Politische ist. Immerhin kann in diesem Zusammenhang der schon erwähnten »Verfassungsdurchbrechung« gedacht werden, als einer Methode, Gesetze, deren Inhalt vom Inhalt der Weimarer Verfassung abweicht, mit den »verfassungsändernden Mehrheiten« und ohne Änderung des Verfassungstextes beschließen zu lassen. Durch diese Methode wird die politische Bewegungsfreiheit des Reiches auf Kosten der korrekten Einhaltung des verfassungsmäßigen Verfahrens gestärkt. Der politische Staat siegt so im Wege der Verfassungsumgehung über die betont normative und daher sinnentsprechende Auslegung des Verfahrensrechts der Verfassung, nach welcher die Änderung der Verfassung an ihrem Texte erkennbar werden muß. Die Vorstellung, daß alles, was im Ergebnis mit dem doppelten Quorum beschlossen werde, eine »Abänderung der Verfassung« sei, ist gerade nicht normativ gedacht; sie dient in Wahrheit als politischer Behelf, welchen sich die Routine der Reichsgesetzgebung, entgegen dem Sinn der neuen Verfassung, eröffnet hat.

Der oben aufgestellte Satz von der typischen Unvollkommenheit der politischen Rechtsnormen verleiht dem Wort von der »Unvollkommenheit« schlechthin des Völkerrechts einen besonderen Akzent, welcher sich mit der herkömmlichen Betonung mangelnder Erzwingbarkeit nicht deckt. Zunächst ist freilich zu sagen, daß der Mangel oder doch eine wesentliche Schwäche der Realisierbarkeit des Rechtszwanges dann stets nahe liegt, wenn eben der politische Staat und seine Organe als Rechtsverpflichtete erscheinen sollen. Wenn zum Beispiel die Reichsabgabenordnung da, wo der steuerrechtliche Verwaltungszwang grundsätzlich geregelt ist, ausdrücklich erklärt »Gegen öffentliche Behörden sind Zwangsmittel nicht zulässig« (§ 202 Abs. 5), so ist dies nur eine besonders augenfällige Konkretisierung eines allgemeinen politischen Rechtsgedankens. Vom Gesichtspunkt des Zwanges aus gesehen, ist darum auch das politische Völkerrecht nicht *spezifisch* unvollkommen. Vielmehr beruht jene seine spezifische Unvollkommenheit auf der hier besonders gesteigerten Abschwächung der Sollensintensität der gesetzten Norm unabhängig von der Frage der Erzwingbarkeit.

a) *Die Klausel der Existenz* ist die ausgeprägteste Erscheinungsform des politischen Völkerrechts.

Die zunächst zu stellende Vorfrage nach einem ungeschriebenen völkerrechtlichen Generalvorbehalt des allgemeinen *droit à l'existence* (Fauchille) ist zu verneinen. Schon durch die Unbestimmtheit dieses rein politischen Begriffes wird seine Verwendung als einzige Grundlage einer generellen Norm ausgeschlossen. Wenn unter dem Existenzrecht zum Beispiel auch das »Recht zur Entfaltung der industriellen und kommerziellen Macht«, das »Recht der freien Entwicklung« usw. verstanden wird, so bedarf ein solcher Katalog angeblicher Expansionsrechte keines Kommentars. Aber auch Thesen der Art, es könne zwar das Recht auf Unabhängigkeit, als eine Negation des Völkerrechts, nicht bestehen, doch könne das Recht auf Selbsterhaltung im Völkerrecht nicht vermißt werden⁵⁾, lassen sich heute durch keine Modifikation miteinander in Einklang bringen. Im modernen Völkerrecht ist zwar die Existenz der Staaten vorausgesetzt, aber sie ist nicht durch einen generellen Sollenssatz garantiert. Der Kampf der Staaten um ihre Existenz kann doch nicht etwa in der Weise rechtlich gewürdigt werden, daß man behauptet, jeder der Kämpfer sei rechtlich verpflichtet, die Existenz des Gegners zu achten.

Die Existenz erlangt rechtliche Bedeutung als Gegenstand ausdrücklicher Rechtsgarantie und weiter als *Gegenstand ausdrücklicher Vorbehalte innerhalb geschriebener Normen*. In den letzteren Fällen erklären die Staaten ausdrücklich, daß sie dann, wenn eine Angelegenheit gewisse existentielle Interessen berühre — etwa die nationale Ehre, die Unabhängigkeit des Gebietes, höchste Lebensinteressen —, sich an die Normen des zwischen ihnen gesetzten Rechts, insbesondere an den vereinbarten Schiedsvertrag (in arbitrable Fälle) nicht gebunden halten wollen. Die Staaten legen so Wert darauf, eben nicht auf eine ungeschriebene Generalklausel sich berufen zu müssen, weil sie den Vorwurf des Rechtsbruchs als politischen Nachteil fürchten. Selbst die Geltendmachung des sogenannten *droit de défense* findet sich als geschriebene Klausel in den Locarno-Verträgen, die Abrüstungsverpflichtung des Artikels 8 der Völkerbundsatzung wird ausdrücklich auf das mit der nationalen Sicherheit zu vereinbarende Minimum beschränkt, und die Begleitnoten des Kelloggpaktes betonen wiederum ausdrücklich das Selbstverteidigungsrecht oder sie enthalten Klauseln, durch welche die vereinbarte Rechtsbindung bezüglich »gewisser Gegenden der Welt« ausgeschlossen wird. Soweit hierbei auf generelle »Rechte«, insbesondere der Selbstverteidigung, als schon von vornherein und *implicite* gegebene Rechtsklauseln hingewiesen wird, liegt darin lediglich die rechtliche Statuierung im Wege der politischen Norm, daß die *rechtsfreie* Sphäre der Existenz auch durch den gegenwärtigen Vertrag nicht berührt

⁵⁾ Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911, S. 195 f.

werden solle. Ferner sind Vorbehalte eines behaupteten politischen Machtanspruchs, wie der Monroelehre, als einseitige wohl eine Klausel zugunsten der Bindungsfreiheit des einen Teiles, doch bedeutet die Stipulierung einer solchen Klausel nicht darüber hinaus ihre positive Anerkennung durch den anderen Teil.

Da nun jeweils die beteiligten Rechtsunterworfenen, mangels entgegenstehender, ausdrücklicher Bestimmung, sich die Entscheidung, ob der Ausnahmefall der Klausel vorliege, nach dem eigenen subjektiven und freien Ermessen vorbehalten, so hängt die Geltendmachung des Vorbehalts nicht von rechtlichen Bindungen, sondern lediglich vom Grade der politischen Opportunität und der politischen Machtchance ab. Hierin liegt zunächst eine Gefahr für die der tatsächlichen Völkerrechtsgeltung, eine Gefahr vergleichbar faktischen Bedrohungen der Landesrechtsgeltung. Die *Sollensnorm* aber ist lediglich abgeschwächt in dem Maß und Umfang, welcher sich aus ihrer Verflechtung mit der Klausel ergibt.

Es läßt sich — stets von der gegebenen Völkerrechtsbetrachtung aus — zwar nicht leugnen, daß existentielle Fragen zum Gegenstand normativer Bindung gemacht werden können. Das *Widerstreben des Politischen* pflegt sich alsdann in den *Klauseln* zu zeigen. Betrifft nun eine Norm oder ein Normkomplex nur Existentielles, so kann durch die zugleich ausgesprochenen Vorbehalte — wie zum Beispiel im Kelloggpackt —, die Norm insoweit ihres Sollensgehaltes im wesentlichen beraubt sein, ja, es kann das Ganze, trotz der angewendeten Rechtssetzungsform, in Wahrheit eine Nichtnorm sein.

Von den völkerrechtspolitischen Lebensklauseln im Zusammenhang vereinbarten Schiedsverfahrensrechtes ist gesagt worden ⁶⁾, sie setzen für den Streitfall voraus, daß die Streitenden eben wirklich die friedliche Erledigung wünschen, diesfalls könnten die Parteien aber dasselbe Ziel auch ohne Vertrag erreichen. Vielleicht ist hier doch die Bedeutung der Tatsache des »Vertrags« übersehen. Das rechtliche Sollen entfällt allerdings, soweit im Ergebnis normiert würde, daß jeder das zu tun verpflichtet sei, was er für seine Lebensinteressen tragbar halte. Die Rechtsbindung wäre also insoweit nur Schein, das Ganze aber aus der Tatsache zu werten, daß die Kontrahenten es nützlich fanden, in der Form, wenn auch nicht in der Sache, sich einer völkerrechtlichen Ordnung zu unterwerfen.

Ein *Vergleich mit dem Staatsrecht* zeigt dort gleichfalls Erscheinungen, die in einem weiteren Sinne als geschriebene Existenzvorbehalte oder als politische Klauseln angesprochen werden können. Die verfassungsrechtlich geschriebenen Institute der Notverordnung und der Diktatur sind Notrechtsnormen, bestimmt für den Ausnahmefall;

⁶⁾ Vgl. Edmunds, *The Lawless Law of Nations*, Washington 1925, S. 224 f.

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

wenn die überwiegende staatsrechtliche Lehre dagegen ein ungeschriebenes Staatsnotrecht bestreitet und dasselbe in die Sphäre des Faktischen verweist, so geht diese Ansicht parallel der Verweisung des *droit à l'existence* in die rechtsfreie Sphäre der Existenz des Staates. Als weiteres Beispiel sei erwähnt eine politische Ausnahmenorm auf dem Gebiet des Beamtenrechts. In Artikel III des Reichsgesetzes über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik, vom 21. Juli 1922 ist vorgesehen: »Durch Reichs- oder Landesgesetz kann *über die bestehenden Vorschriften hinaus* bestimmt werden, daß *im Interesse der Festigung der verfassungsmäßigen republikanischen Staatsform* nicht-richterliche Beamte, die . . . *politische*⁷⁾ Entscheidungen zu treffen haben, jederzeit durch die vorgesetzte oberste Reichs- oder Landesbehörde mit Gewährung des gesetzlichen Wartegeldes einstweilen in den Ruhestand versetzt werden können«. Der Gegensatz des Politischen zum rein Normativen tritt hier besonders klar hervor, die normale Norm wird zugunsten des Politischen und politischer Ermessensfreiheit der Staatsleitung abgeschwächt.

b) Die Entwicklung des *Schiedsgerichtswesens seit dem Ende des Weltkriegs* zeigt in steigendem Maße eine *Abkehr von den ausdrücklichen Existenzvorbehalten und politischen Klauseln*. Für die gegenwärtige Epoche partikulärer und kollektiver Friedensordnungen ist bezeichnend das Bestreben, das Politische nicht ausdrücklich zu nennen. Der Vorbehalt des Politischen jedenfalls wird auch da, wo er der Sache nach ungemindert aufrecht erhalten bleibt, in verschleierter Formulierung untergebracht. Die wohlabgewogene Technik dieser Rechtsetzungsverträge gestattet zwar nicht den Vorwurf, es werde vor dem Politischen eine trügerische Fassade des Rechtes aufgerichtet; die zumeist nicht gänzlich beseitigte, politische Klausel soll nicht etwa durch zweideutige Formeln gefährdet werden. Eher könnte man von einer gewissen Scheu sprechen, in deren Konsequenz der nackte Egoismus der Staaten, da, wo er offen bekannt werden müßte, verhüllt werden soll. Die Fortbildung und Häufung der Schiedsordnungen läßt sich verstehen zunächst als ein bedeutsames Symptom dafür, daß die verantwortlichen Regierungen mit der, durch den Krieg und die ungelösten Spannungen der Nachkriegszeit begünstigten Friedensbewegung als einem realpolitischen Faktor rechnen. Die einzelnen Schiedsverträge ebenso wie der Völkerbund selbst und die von ihm derivierenden friedensrechtlichen Ordnungen, daneben zugleich die völkerrechtlichen Aktionen gegen den Krieg bedeuten überall eine und dieselbe Linie eines mit den Mitteln der rechtshinormativen Methode geführten Angriffes, welcher die Staaten dazu drängt, ihre Selbstbehauptung in den abgesteckten Grenzen politischer Rechtsformulierungen zu suchen, und zwar so, daß die Selbstbehauptung

⁷⁾ Unterstreichungen vom Verfasser.

tung als eine legale, rechtsnormenmäßige erscheint. Die Antwort auf die Frage, ob dies in Wahrheit einen Fortschritt der Idee des Friedens durch Recht bedeute oder etwa das Gegenteil, setzt eine Distanz von den Dingen voraus, in welcher wir uns heute noch nicht befinden.

Von Beispielen neuerer Schiedsordnungen sei zunächst der Typus des sogenannten Mussolini-*Modellvertrags* genannt, wie er sich nach dem Vergleichs- und Schiedsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und dem Königreich Italien vom 29. Dezember 1926 darstellt. Durch den Vertrag wird in erster Linie das Vergleichsverfahren vorgesehen. Die schiedsgerichtliche Streiterledigung, also das Verfahren, welches grundsätzlich der rechtsverbindlichen Entscheidung nach Recht⁸⁾ dient, ist subsidiär. Ferner beschränkt der Vertrag, mit einer Formulierung, welche der konkreten Auslegung reichlichen Spielraum gewährt, beide Verfahren auf die Fälle, welche nicht »aus Tatsachen entsprungen sind, die zeitlich vor dem gegenwärtigen Verträge liegen und der Vergangenheit angehören« (Art. 1, Abs. 2): danach wird die Möglichkeit, auf Grund des Vertrags eine verfahrensmäßige Behandlung zu verlangen, schon dann entfallen, wenn eine Partei diesen Mangel einer Art Prozeßvoraussetzung behauptet. Im übrigen liegt nach den Artikeln 2. und 3 die schließliche Ausnahme von der Verpflichtung zu schiedsgerichtlicher Streiterledigung in dem Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten der Staaten. Es scheint, wie wenn hier ein Weg für die Partei, welche den politischen Fall dem schiedsgerichtlichen Verfahren entziehen möchte, sich öffnen könnte; daß die Einrede der inneren Angelegenheit in der Tat diesen Dienst leisten kann, ist aus der Entstehungsgeschichte des Art. 15 Abs. 8 der Völkerbundsatzung hinreichend bekannt. Immerhin wird eine ausdrückliche politische Klausel in der Schiedsordnung vermieden; die von den Kontrahenten derartiger bilateralen Vereinbarungen vorausgesetzte Lage mag für einen ernstlichen Verzicht oder doch für eine Abschwächung sprechen, und zwar um so eher, als durch die Befristung des Abkommens auf zehn Jahre auch eventuellen Änderungen dieser Lage in gewissem Grade Rechnung getragen wird. Ein Gegenstück bilden unbefristete, kollektive Verträge, die mit einer hinreichenden Solidarität der politischen Interessen aller verschiedenen Beteiligten nicht rechnen können und daher, wie die Völkerbundsatzung, das Prinzip des obligatorischen Schiedsgerichts überhaupt ablehnen.

In gewissen Vertragstypen werden nur die, wie man zu sagen pflegt, unpolitischen Streitigkeiten, unter der Bezeichnung als Rechtsstreitig-

⁸⁾ Der Gegensatz des Vergleichsverfahrens wird insoweit in Art. 7, insbesondere Abs. 5 daselbst klargestellt: »Der Bericht der Ständigen Vergleichskommission hat weder in bezug auf die Feststellung der Tatsachen noch in bezug auf die rechtlichen Fragen die Bedeutung einer endgültig bindenden Entscheidung.«

keiten oder etwa als justiziable Fälle der schiedsgerichtlichen Behandlung unterworfen, während die übrigen Streitigkeiten für den Versuch einer Beilegung auf andere Weise, insbesondere im Wege des Vergleichsverfahrens vorbehalten werden. Hier zeigt sich die normative Tendenz wesentlich an zwei Punkten: einmal äußerlich an dem Fehlen der Ausdrücklichkeit politischer Ausnahmeklauseln, ferner aber daran, daß auch die, nicht ausdrücklich als solche genannten, politischen Fälle wenigstens einem *Verfahren*, d. h. doch irgend welcher *Ordnung* unterworfen werden, welche auf die Würdigung gerade des politischen Einwandes durch Dritte hinauskommt; es tritt hinzu, daß die Parteien in der Regel verpflichtet sind, sich während des Verfahrens vorgegreifender, friedensstörender Maßnahmen zu enthalten.

Im *Vergleichs- und Schiedsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und den Vereinigten Staaten von Amerika* vom 5. Mai 1928 wird unter b) Art. I als Voraussetzung schiedsgerichtlicher Behandlung einer Streitigkeit u. a. statuiert, der Fall müsse, in der daselbst näher dargelegten Weise, *justiziabel* sein. Da dieses Abkommen ferner den rein politischen und imperialistischen Vorbehalt der Monroe-Klausel und weiterhin, unter b) art. IIa, die, im Sinne einer politischen Generalklausel verwertbare,⁹⁾ Ausnahme der domestic affairs enthält, bietet es nicht gerade ein Musterbeispiel fortschrittlicher Betonung des Rechtsgedankens.

Durch die Verträge nach der Art etwa des *deutsch-dänischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags* vom 2. Juni 1926 werden die Streitigkeiten, welche eine Rechtsfrage betreffen, auf Verlangen einer Partei der schiedsgerichtlichen Erledigung zugewiesen; Streitigkeiten anderer Art sind bei Zustimmung beider Parteien nach irgendwelchem Modus im Sinne friedlicher Regelung, eventuell, auf Verlangen einer Partei, im Vergleichsverfahren zu behandeln. Die Vorfrage, ob der Fall eine Rechtsstreitigkeit sei oder nicht, ist nach Art. 2, Abs. 2 der Entscheidung im Schiedsgerichtsverfahren unterworfen. Indessen ergeben sich Zweifel darüber, ob diese Bestimmung eine normativ ausreichende Einschränkung der politischen Klausel an dem Punkte bedeutet, auf den allein es für die praktische Probe ankommt, nämlich in Zweifelsfällen der Art, daß eine Partei die Klausel subjektiv behauptet und mit diskutablen Gründen verfißt. Unter Geltendmachung solcher Gründe könnte die gegen die schiedsgerichtliche Behandlung ankämpfende Partei der zu ihren Ungunsten auf Grund des Abs. 2 getroffenen Entscheidung den Einwand des sog. *excès de pouvoir* entgegensetzen. Diesem Einwand gegenüber könnte lediglich eine *höhere* Instanz, in der Art eines obligatorisch zuständigen Kompetenzgerichtshofs durch-

⁹⁾ Vgl. hierzu Hudson, *The New Arbitration Treaty with France*, *American Journal of International Law*, 1928 S. 371 über den Ersatz der früheren Klausel als Lebensinteressen durch die Klausel der domestic jurisdiction.

greifen. Da eine solche Einrichtung, entsprechend der Gesamtstruktur des Völkerrechts, fehlt, so wäre mit dem Widerstand der unterlegenen Partei auf Grund des von ihr dargelegten Standpunktes, es liege ein *excès de pouvoir* vor, zu rechnen; es wird alsdann in der Regel nicht möglich sein, solchen Widerstand als völkerrechtliches Delikt zu charakterisieren¹⁰⁾. Insofern hilft auch die von *Politis*¹¹⁾ aufgestellte These nicht weiter, nach welcher nur bei sicherem und indiskutablen *excès* die Vollziehung abgelehnt werden könne; denn durch diese Definition wird die Frage: *quis iudicabit sc.* über den »Mißbrauch« der Einrede? — nicht aus der Welt geschafft. Dazu kommt weiter, daß die Unterscheidung der *Nur*-Rechtsfrage von der *auch* politischen Frage, sobald Zweifel geltend gemacht werden, überaus schwierig¹²⁾, wo nicht unmöglich ist. Das Politische läßt sich ja nicht als lediglich statisch gegeben vorstellen, vielmehr kann es gleichsam »fließend« auftreten. So ist es nach den Erfahrungen der Praxis einseits möglich, daß das Politische im Laufe eines Streits sich als von Anfang gegeben herausstellt, ebenso aber auch, daß es sich erst einstellt; in diesem letzteren Fall *wird* der Streit ein politischer. Man könnte soweit gehen zu sagen, sobald eine Partei in ihrem Teil den politischen Gesichtspunkt ernstlich einwendet und darlegt, wird der Fall infolge davon eben ein politischer. In derartigen Lagen wird der Schiedsgerichtshof Bedenken tragen, die Verantwortung zu übernehmen, welche ihm aus der Verneinung des politischen Falles erwächst. Ist aber die Streitigkeit als politische anerkannt oder festgestellt, so ist die Weiterbehandlung qua verfahrensmäßige zwar der normativen Sphäre noch nicht völlig entrückt; das Verfahren selbst jedoch, als Vergleichsverfahren, bedeutet ein Stadium des Übergangs in die Sphäre der nur politischen Erledigung. Das Ergebnis ist, daß selbst durch die Unterwerfung der Frage, ob Rechtsstreitigkeit oder nicht, unter das Schiedsgerichtsverfahren keine ausreichende rechtliche Sicherung im Sinne der — normativ zu postulierenden — *objektiven* Erörterung und bindenden Beurteilung

¹⁰⁾ Vgl. dazu Marburg im Wörterbuch des Völkerrechts (1929) Seite IIII2, zweite Spalten unten über die Haltung Rumäniens im ungarisch-rumänischen Optantenstreit. Soweit in den sehr beachtenswerten Darlegungen Marburgs der Gedanke angedeutet ist, es komme zunächst auf die *subjektiv* zu verstehende Begründung des Einwandes an, trete ich bei; denn der Einwand der Zuständigkeitsüberschreitung des *Gerichts* wird eben regelmäßig politischen und damit eben zunächst und wesentlich subjektiven Charakter haben, weil der von der Praxis als »souverän« gedachte Staat den Anspruch erhebt, seine subjektive Subsumtion des Politischen sei die maßgebende.

¹¹⁾ *Politis*, La Justice Internationale 1924, Seite 91 f. Dazu auch Erich Kaufmann in Zeitschrift für Ostrecht, erster Jahrgang, 1927, Seite 1246.

¹²⁾ Vgl. Strupp, Schiedsgerichts- usw. Verträge, bei Stilke, 1929, S. 68 f., Anmerkung 1 daselbst: man muß »sich nach den jüngsten Erfahrungen hüten, eine *strenge* Grenzlinie zwischen politischen und rechtlichen Streitigkeiten ziehen zu wollen, die man ja so vergeblich hat versucht zu finden.«

der politischen Klausel geschaffen wird. Über den Einwand des Politischen, der seinem Wesen nach zunächst stets als ein subjektiver geltend gemacht wird, läßt sich objektiv nur durch eine *übergeordnete* Instanz, mithin durch eine die *staatliche, nicht die völkerrechtliche* Organisation voraussetzende Stelle *entscheiden* ¹³⁾.

Der formale äußerliche Fortschritt des deutsch-dänischen Vertrags gegenüber dem Typus etwa des *deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags* vom 3. Dezember 1921 ist immerhin deutlich zu erkennen. Hier sind im entsprechenden Zusammenhang noch ausdrücklich erwähnt die Einrede der Unabhängigkeit der Unversehrtheit des Gebietes, sowie die Generalklausel, die Angelegenheit betreffe andere höchste Lebensinteressen oder die Angelegenheit sei von überwiegend politischer Bedeutung und eigne sich deshalb nicht für eine Entscheidung nach ausschließlich rechtlichen Grundsätzen.

c) Während so die hergebrachten politischen Klauseln als ausdrückliche aus den Schiedsordnungen mehr und mehr zu verschwinden scheinen, treten zu gleicher Zeit in der Ära *völkerrechtlicher Aktionen gegen den Krieg neue Arten ausdrücklicher Existenz-Klauseln und Existenzvorbehalte* auf, sei es im Tenor der Verträge selbst, sei es in der Gestalt von Vorbehalten i. e. S., nämlich zusätzlicher Noten außerhalb des Vertragstextes. Es werden Ausnahmen gemacht zugunsten des Gesichtspunkts der nationalen Sicherheit, des *droit de légitime défense* oder de *défense personnelle* u. s. f. Die Normierung von Vereinbarungen, welche ausschließlich die Existenz betreffen, geschieht unter gleichzeitiger Wahrung der Existenz selbst; durch die Ausnahme zugunsten der Existenz wird die Bindung der Existenznorm gänzlich oder weithin entwertet. Dazu kommt ferner die Wahrnehmung, daß diese Pakte, gerade weil sie spezifisch Politisches zu ihrem Gegenstande haben, in den von ihnen vorausgesetzten oder behandelten Tatbeständen und Zwangsmitteln, sich einer Diktion bedienen müssen, welcher die Elastizität und Verschwommenheit politischer Termini und zugleich das Moment des subjektiv zu verstehenden, dem eigenen Werturteil der Normadressaten unterworfenen Sinnes anhaftet. Wenn die Norm begründete Zweifel über die Bedeutung zum Beispiel des Angriffes, der Verteidigung, der feindseligen Handlung, der erforderlichen Maßnahmen offen läßt, und wenn sie zugleich die Entscheidung über die Subsumtion in das Ermessen des einzelnen Kollektiv-Beteiligten stellt, ist sie insoweit noch imstande, den Erfordernissen des Rechtssatzes zu genügen?

Man wird zwar die Individualisierung und Positivierung rechtlicher Sätze, die Bestimmtheit der Rechtsbegriffe doch immer nur als eine

¹³⁾ Vgl. Marburg a. a. O. Ferner Marburg in »Der rumänisch-ungarische Opantantenstreit«, Frankfurter Abhandlungen zum Kriegsverhütungsrecht 1928 S. 63.

relative¹⁴⁾ postulieren können; die Bezeichnung bestimmter Waffengattungen kann relativ klar, die Wendung »Sont interdits... le maintien de toutes facilités matérielles de mobilisation¹⁵⁾ kann vielleicht noch loyaler Auslegung durch unbeteiligte Dritte fähig sein. Die wesentliche Schwierigkeit liegt in der gerade hier häufig statuierten Freiheit des einzelnen Normadressaten, die Frage, ob der Fall der Ausnahme oder des Vorbehaltes gegeben ist, selbst zu entscheiden. Diese Freiheit entspricht dem in Wahrheit eminent subjektiven Gehalt der Existenzklausel, welche daher einen objektiven Charakter erst durch irgend welche Objektivierung von außen her erlangen kann. Der Gesichtspunkt der Unzulässigkeit des Ermessensmißbrauchs kann demnach für sich allein im Zusammenhang von Existenzklauseln kein rechtlich normativer¹⁶⁾ sein, vielmehr nur im Rahmen einer ad hoc vorgesehenen, wenn auch noch so lose organisierten *Ordnung*. Die letztere kann nur gefunden werden in der Art eines *Verfahrens*, das zur Entscheidung einer unparteiischen Instanz oder doch zur Anrufung des Rates Dritter oder eines Dritten führt. Der als gegeben vorauszusetzende Staatsegoismus bestimmt die Subsumtion

¹⁴⁾ Hierüber vgl. Bilfinger, Verfassungsrecht als politisches Recht, in Zeitschr. f. Politik 1928, 18. Bd. S. 290 f.

Im Zusammenhang unpolitischen Völkerrechts finden sich zuweilen Definitionen und Individualisierungen, die allen normativen Wünschen entsprechen könnten, wie folgendes Beispiel zeigt.

In dem deutsch-portugiesischen Handelsübereinkommen vom 28. April 1923 hatte die Deutsche Regierung sich verpflichtet, für Sardinien in Öl portugiesischer Erzeugung in luftdichten Behältnissen keinen höheren Zoll als 30 RM. für den Doppelzentner zu erheben. In Ausführung dieser Verpflichtung wurde das Warenverzeichnis in einem Erlaß des Reichsministers der Finanzen durch folgende Definition der Sardinien ergänzt: «Als Sardinien im Sinne der Vertragsbestimmung zu Ziff. 4 sind nur die echten Sardinien (*Pilcharde*, *Clupea pilchardus*, *Clupea sardina* Cuv., eine Fischart aus der Gattung der Alsen) anzusehen. Sie sind bis zu 20 cm lang, den Heringen ähnlich, aber kleiner und dicker, oben bläulich-grün bis dunkelblau, an den Seiten und unten silberweiß. Von anderen gleichgroßen Fischen unterscheiden sie sich u. a. dadurch, daß sie größere Schuppen haben. In Zweifelsfällen ist das Gutachten von Sachverständigen einzuholen». (Vgl. Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, Band 18, S. 37).

Diese Definition ist offenbar erschöpfend. Dennoch ist für den Zweifels- und Streitfall noch besonders vorgesorgt durch die Pflicht zur Einholung eines Sachverständigen-gutachtens.

¹⁵⁾ Vgl. Art. 5 Abs. 3 des Locarno-Hauptvertrags und Art. 43 des Versailler Vertrags.

¹⁶⁾ Dies läßt sich aus der Staatenpraxis, insofern sie regelmäßig zwischen Rechtsfragen und politischen Fragen unterscheidet, ableiten (s. o. S. 67 f, 70 und dazu etwa Art. 4 Abs. 2 S. 1 des deutsch-schweizerischen Schiedsvertrags von 1921). Wollte man, etwa mit Leibholz (S. 78 u. 119 unten) das Gegenteil behaupten, so hätte jene regelmäßige Unterscheidung keinen Sinn: Denn jeder Streit über existentielle Klauseln läßt sich auf den Gesichtspunkt eines »Willkürverbots« bringen, so daß es, wollte man einen »positiven Rechtssatz« des Willkürverbots annehmen, keinen Unterschied mehr zwischen Rechtsstreitigkeit und politischer Streitigkeit insofern gäbe: jeder politische Streit wäre alsdann ein Streit über die *Rechtsfrage* des Willkürverbots.

der politischen Ausnahme durch die eigene Regierung ausschließlich nach dem eigenen, egoistischen Bedürfnis. Daher bedarf es hier eines beschränkenden Gegengewichtes, bestehend in irgend welcher Organisation einer Kontrolle durch Dritte; es ist dies denkbar auch in der Form des Zusammenhanges mit einem umfassenden System, wie es der Völkerbund darstellt. Würde aber jede Verfahrensinstitution fehlen, so müßte aus diesem Mangel geschlossen werden, daß ein Minimum rechtlicher Beschränkung des Existenzvorbehalts weder gewollt, noch statuiert sei.

Hiernach wird man dem Kelloggspakt normativen Charakter absprechen müssen. Die Kriegsächtung als solche betrifft ein ausschließlich existentielles Thema. Der in den Begleitnoten betonte Vorbehalt des Verteidigungskriegs wird schon durch die Fassung des ersten Absatzes gedeckt. Die Bestimmung, daß die Streiterledigung durch friedliche Mittel erstrebt werden solle, entbehrt jeder Andeutung eines diesem Zwecke dienenden Verfahrens. Das Ganze ist eine programmatische Deklaration, welche das für politische Rechtsnormen erforderliche Mindestmaß rechtlicher Bindung nicht enthält.

Der Fall der nur scheinbaren politischen Rechtsnorm widerspricht indessen durchaus der von der Staatenpraxis befolgten Regel. Auch die spezifisch politischen Staatenvereinbarungen, wofern sie nur nach der Form des Abschlusses und nach der Sprache der Urkunde das äußere Bild rechtlicher Sätze gewähren, entbehren zumeist auch inhaltlich nicht eines rechtsnormativen Minimums. Das Völkerrecht ist ein Recht der Versprechensnormen und es bedient sich auch als geschriebenes Recht weithin der Form von Grundsätzen, vereinbart von insoweit Gleichgestellten und gerichtet an die Adresse dieser selbst. Schon aus diesem Grund ist es, nach dem Grade der Bindung betrachtet, im Vergleich zu den meisten Rechtsgebieten, »unvollkommen«, ein Analogon in gewisser Hinsicht bieten Sätze des innerstaatlichen Rechts, in welchen der Staat als sich selbst rechtlich verpflichtend gedacht wird. Aus dieser Eigenart des Völkerrechts folgt, daß der Maßstab der Bindung weitgezogen sein muß; »unvollkommenes Recht« bedeutet *hier*: schwächere Bindung gegenüber dem normalen Maßstab. Im besonderen Grade gilt dies für politische Völkerrechtsnormen. Der Gegenstand der Normierung betrifft das Politische, die Existenz des — politischen — Staats, welche normativen Fesseln widerstrebt. Durch diese Lage wird ein spezifisches Mindestmaß des Bindungswillens und der Bindung bedingt, aber sie enthebt nicht der Frage, ob überhaupt eine rechtliche Bindung gegeben sei, sie vermag für sich allein noch nicht die, freilich bequeme, a linime — Verneinung zu stützen. Es ist eine unbestreitbare Wahrnehmung, daß die Staatsleitungen, nicht erst seit heute, besonderen Wert auf die Möglichkeit rechtlicher Fundierung politischer Maßnahmen legen, durch die Betonung, man habe unter dem Recht oder nach dem

Recht gehandelt. Diese Behauptung der Rechtmäßigkeit politischer Aktionen läßt sich nicht verstehen ohne die Voraussetzung, daß die herrschende Rechtsanschauung die Möglichkeit politischer Rechtsbindung bejahe. Dem entspricht die Tendenz, das künftige politische Verhalten gewissermaßen im voraus rechtlich zu fundieren. Hieraus erklärt sich jene für politische Normkomplexe charakteristische und typische Akribie der Textredigierung dahin, daß zwar bindungsfreie Vorbehalte angestrebt, aber doch nur in dem Maße statuiert werden, welches noch Raum läßt für ein Minimum rechtlicher Bindung. Es wird gewissermaßen Vorsorge getroffen gegen die Kritik, das Ganze bedeute nur den Schein rechtlicher Normierung.

Die Auslegung der ersten beiden Absätze des Art. 8 der Völkerbundsatzung, als eines Beispiel unter vielen, mag dies veranschaulichen. Die Bundesmitglieder erkennen an, daß die Aufrechterhaltung des Friedens eine Herabsetzung der nationalen Rüstungen fordere. Die deutsche Übersetzung nennt dies mit einer leichten, technisch übrigens nicht erfordernten Abschwächung der fremden Texte einen »Grundsatz«, ein Wort, daß die maßgeblichen Texte nicht enthalten. Im Rahmen der Friedensordnung des Völkerbündpaktes läßt sich jenes Anerkenntnis nur deuten als die Statuierung einer Herabsetzungspflicht. Die vorhandene Bewaffnung wird als übermäßig stark und insofern friedensgefährdend vorausgesetzt, sonst hätte das Wort *réduction* keinen vernünftigen Sinn. Durch die Begrenzung der Herabsetzungspflicht auf das mit der nationalen Sicherheit usw. zu vereinbarende Mindestmaß wird diese Pflicht zugunsten der spezifisch politischen Klausel weithin abgeschwächt. Die stärkste Einbuße an normativem Gehalt wird jedoch durch die Bestimmung bewirkt, daß die schließliche Prüfung und Entscheidung über die vom Rat zu entwerfenden Abrüstungspläne je den verschiedenen Regierungen zustehen soll. Hiernach verbleibt lediglich die Rechtspflicht, mit Hilfe der Organisation des Rates ein Verfahren zur Prüfung des Maßes der Rüstungsreduktion zu betreiben. Man gewinnt den Eindruck, daß hier, entgegen der häufigen Wahrnehmung mangelnden Ineinandergreifens zerstreuter politischer Normgruppen, der Einleitung des Teiles V des Versailler Vertrages («*En vue de rendre possible la préparation...*»), nämlich dem Worte *préparation* gerade genügt werden soll.

Die normative Theorie wird daran festzuhalten haben, daß das Ganze noch einen normativen Rest enthalte, nämlich eben die organisierte Pflicht zur Vorbereitung einer Rüstungsherabsetzung. Die Frage ist nur, ob nicht gerade mit der Feststellung dieses Minimums rechtlicher Bindung der Gedanke der Rüstungsherabsetzung selbst dadurch in sein Gegenteil verkehrt wird, daß die Rechtsverpflichteten sich darauf berufen könnten, sie erfüllen ihre Rechtspflicht durch den formalen Be-

trieb des Vorbereitens. Durch die Normierung, genauer, Positivierung der doch offenbar beabsichtigten Rüstungsreduktion wäre demnach ihre Durchführung in Frage gestellt und zwar dadurch, daß der bestehende Bewaffnungsstatus nunmehr als *legaler* behauptet werden könnte, während er bisher lediglich als ein faktischer erschien.

Dieses Ergebnis widerspricht dem Sinn der geplanten Institution, es ist jedoch die Konsequenz des Versuchs, welcher ausschließlich der rechtsnormativen Regelung einer existentiellen Frage zu dienen bestimmt war. Die Pflicht zur Herabsetzung der Rüstung ergibt sich offenbar aus dem Sinn der bündischen Satzung des Völkerbündpaktes. Ihre Positivierung zur Rechtspflicht nach der Anschauung des Normativismus ist mit den Mitteln dieser Methode versucht, mit dem Ergebnis einer Gefährdung des Ganzen. Der Gegensatz wird sichtbar zwischen formal verstandener Rechtspflicht, welche zu formalem Rechtsgehorsam verbindet, und auf der anderen Seite, dem Sinn eines bündischen Instituts, welches von den Bundesmitgliedern loyal gebraucht werden soll. Hier Rechtspflicht, dort Pflicht zu bündischem Verhalten.

Dadurch wird das Problem des politischen Rechts in *anderem* als dem bisher erörterten Sinne aufgerollt. Es ist die Frage, ob nicht ungeschriebene oder nur angedeutete Grundsätze loyalen Verhaltens, der Bundesfreundlichkeit, der Pflicht zur Orientierung der Politik der Bundesmitglieder nach dem Sinne der Bundesordnung, als *Rechtssätze* behauptet werden können¹⁷⁾. Die herrschende Lehre kann und will solcher Anschauung nicht folgen; sie vermag in Wahrheit dem Gedanken des politischen Rechts nur in beschränktem Maße zu dienen, indem sie Lösungen auf dem Wege einer Methode sucht, die wohl für eine Ordnung des Wechselrechts oder des Zolltarifrechts passen kann, während sie den Widerstand des Politischen nicht zu meistern vermag. Will man versuchen, das Politische, soweit möglich dem Gedanken des Rechts einzuordnen, so kann dies eben nicht geschehen auf dem Wege des Normativismus. Vielmehr kann dies nur geschehen durch die Behauptung eines nicht positivistischen Rechtssatzbegriffes in jenem freieren Sinn, der auch in anderen Rechtsgebieten von der Gesetzgebungspraxis zugelassen wird; das Schulbeispiel ist hier der Rechtssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Schuldner verpflichtet sei, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Frage des so und nicht »normativistisch« verstandenen politischen Rechts soll indessen hier nicht weiter verfolgt werden; sie bleibt einer späteren Betrachtung vorbehalten.

d) Die politischen Völkerrechtsnormen wurden in Vorstehendem lediglich nach der Gegensätzlichkeit des Politischen zum Sollen im Sinne

¹⁷⁾ Vgl. Smend, ungeschriebenes Verfassungsrecht, i. d. Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, und Bilfinger, a. a. O. S. 289 ff.

der normativen Bindung untersucht, die Gegensätzlichkeit des Politischen zum Gleichheitssatz soll im nächsten Abschnitt dargelegt werden. Da indessen das Problem der Rüstungsreduktion auch diesen zweiten Punkt, die Gleichheit und Gleichbehandlung berührt, so kann eine Bemerkung über den *Zusammenhang von Bindung und Gleichheit* im Rahmen jenes konkreten Gegenstandes den Übergang vermitteln.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 8 der Völkerbundsatzung bietet das Bild eines Ringens bewaffneter Großmächte um die Rüstungsreduktion, welche, mit dem Plane der Friedensordnung des Völkerbunds, unter Führung der Vereinigten Staaten von Amerika zum Gegenstand kollektiver Rechtsbindung gemacht werden sollte. Diejenigen Staaten, welche als die eigentlichen Exponenten und Träger der Verhandlungen zu betrachten sind, haben diese Verhandlungen geführt in der Mentalität, daß durch die Vereinbarung die Frage der Selbstbehauptung des einzelnen Kontrahenten berührt werde. Ein *solidarisches* Interesse, so stark, daß es demgegenüber den für eine »normale« Normierung der Rüstungsreduktion notwendigen Konsens hätte herbeiführen können, war nicht gegeben. Es fehlte insoweit an einem Faktor, wie er für eine kollektive Rechtsvereinbarung nicht spezifisch politischen Gegenstandes so etwa bei der Konstituierung des Weltpostvereins, im Völkerrecht als Ersatz staatlicher rechtssetzender Macht von vornherein zur Verfügung stehen kann. Wenn die Staaten sich über die Begrenzung ihrer kriegerischen Machtmittel, mithin über einen ausschließlich existenziellen Gegenstand verständigen sollten, so konnte daher ein positives Ergebnis nur auf *andere* Weise herbeigeführt werden, nämlich durch eine überlegene Macht. Der Druck der Vereinigten Staaten von Amerika hätte so stark sein müssen, daß er den Widerstand der übrigen Großmächte zu brechen imstande war. Diesfalls wäre das Bild ähnlich einer *hegemonialen* rechtlichen Ordnung gewesen, die ja als solche ein *Übergangsphänomen zwischen staatlicher und internationaler rechtlicher Ordnung* bedeutet. Ordnungen, durch welche die Staaten auf dem Gebiet des Existentiellen gebunden werden, sind denkbar nur auf der Grundlage des Gesichtspunktes der überlegenen Macht, ähnlich der Überlegenheit der Macht des Staates gegenüber den Kräften des Individuums. Durch das Dominieren der einen Macht oder Machtgruppe wird alsdann die Interessensolidarität und der Konsens der Beteiligten gleichsam *uno actu hergestellt*. Es ist dies alsdann jedoch nicht eine Ordnung der Gleichbehandlung Gleichgestellter, sondern der Überordnung der stärkeren Rechtsgenossen vor den übrigen. Die Abrüstung, welche nach dem Modus des Versailler Vertrags, den Schwächeren auferlegt ist, bedeutet eine bis ins einzelne positivierte bindende Ordnung, allein nicht im Sinne gleichen Rechtes unter Gleichen; der Last strikter Bindung der einen Seite steht gegenüber ein weiter Spielraum für das freie Ermessen der

Gegenseite. Durch die Ordnung des Art. 8 ist die Gleichbehandlung der Waffenmächtigen, an welche er sich wesentlich wendet, nicht tangiert, aber diese Ordnung bedeutet eine Bindung geringsten Gehaltes.

Das Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen:

Politische Normgruppen und Ordnungssysteme des Völkerrechts, die, wie in den zuletzt behandelten Beispielen, wesentlich Existentielles zu ihrem Gegenstand haben, können mit normalem, d. h. dem für das Recht gewöhnlich vorausgesetzten — Bindungsgehalt nur zwischen Ungleichen unter entsprechender Preisgabe des Gleichbehandlungsprinzips zustande kommen; der bloßen Existenzgarantie zwischen Gleichen oder gleichen Gruppen wäre, gleich der Allianz, nur politischer Charakter, etwa im Sinne des foedus der duae civitates bei Spinoza¹⁸⁾ zuzuschreiben. Die heute üblichen Schiedsverträge dagegen enthalten politisches Recht insofern, als ihre Ordnung zwar nicht einer Regelung des Existentiellen gilt, wohl aber dem Gesichtspunkt des Existentiellen Rechnung trägt: Der Fall der Existenz, der politischen Streitigkeit, wird nicht ignoriert oder übersehen, sondern ausgenommen, als Ausnahmefall gewissermaßen abgekapselt oder zum Vergleichsverfahren verwiesen, so daß, entweder unmittelbar oder — durch die Institution des Vergleichsverfahrens — mittelbar, eine *rechtsfreie Sphäre* für Existenzfragen durch Normen abgegrenzt wird.

¹⁸⁾ Tractatus Politicus cap. III XIV.