

# Völkerrecht als Rechtsordnung II

## Politische und Rechtsstreitigkeiten

Viktor Bruns

### I. Die Vertragspraxis und ihre Grundlagen

Den meisten der modernen Schiedsgerichts- und Vergleichsverträge liegt die Absicht zugrunde, alle Streitigkeiten jeder Art zwischen zwei Staaten in einem geregelten Verfahren vor einer internationalen Instanz behandeln zu lassen. Als Verfahrensarten sind vorgesehen das Vermittlungsverfahren, das zu einem die Parteien nicht bindenden Vergleich führt, und das Gerichtsverfahren, das mit einem die Parteien bindenden Rechtsspruch endet. Übereinstimmung findet sich schließlich noch darin, daß das Gerichtsverfahren nicht für alle Streitigkeiten vorgesehen ist.

Die deutsche Regierungsdenkschrift zu dem deutsch-schweizerischen Schieds- und Vergleichsvertrag <sup>1)</sup> bezeichnet es mit Recht als eine der umstrittensten Fragen der ganzen Schiedsvertragspolitik, zu bestimmen, in welcher Weise die gerichtsfähigen Streitigkeiten von den nicht-gerichtsfähigen sondern nur vergleichsfähigen Streitigkeiten abgegrenzt werden sollen und wie Meinungsverschiedenheiten der beiden Staaten über die Gerichtsfähigkeit eines einzelnen Falls zu behandeln seien.

Die Vertragspraxis scheint dieser Schwierigkeiten auch heute noch nicht Herr geworden zu sein und zeigt gerade diesen beiden Problemen gegenüber ein merkwürdiges Schwanken und große Unsicherheit.

#### 1. Die Entscheidbarkeit nach Rechtsnormen

Nicht selten werden auch heute noch als Rechtsstreitigkeiten die Streitfälle bezeichnet, die durch Anwendung von Rechtsregeln entschieden werden können. Nach dieser Auffassung ist das Wesen der Rechtsstreitigkeit in einem objektiven Merkmal zu suchen, nämlich eben in der Anwendbarkeit von Rechtsnormen. Somit sind alle Streitigkeiten, für deren Entscheidung es keine Rechtsregeln gibt,

<sup>1)</sup> Reichstag 1. Wahlperiode 1921, Nr. 3455, S. 6.

Z. ausl. öff. Recht u. Völkerr. Bd. 3, T. 1: Abh.

Nichtrechtsstreitigkeiten, Streitigkeiten, bei denen der Rechtsweg ausgeschlossen ist <sup>2)</sup>).

Dies scheint z. B. die Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika anzunehmen, denn in den bekannten zahlreichen Schiedsgerichtsverträgen wird die schiedsgerichtliche Erledigung einer Streitigkeit davon abhängig gemacht, daß sie »justiciable in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law or equity« ist <sup>3)</sup>, während der panamerikanische Schiedsvertrag davon spricht, daß die Streitigkeit sein muß »juridical . . . by the application of the principles of law« <sup>4)</sup>).

Der vielumstrittene Artikel 28 der Generalakte drückt sich noch deutlicher aus; er verpflichtet das tribunal arbitral beim Mangel vertraglicher Vereinbarung die in Artikel 38 des Courstatuts erwähnten Arten von Rechtsregeln anzuwenden: »En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera ex aequo et bono« <sup>5)</sup>).

Es ist nur folgerichtig, wenn Marshall-Brown und Politis in ihrem 1922 dem Institut de droit international erstatteten Bericht erklärt haben, daß dieses System zunächst mit einer Definition der Rechtsregel zu beginnen habe und sodann die Aufstellung einer Liste der allgemein als verbindlich anerkannten Völkerrechtsregeln erforderlich mache, was einer Kodifikation des Völkerrechts gleichkomme <sup>6)</sup>).

Dies System macht die Entscheidung über die Existenz der Rechtsregel, auf die der Kläger seinen Anspruch gründet, zur Vorfrage über die Kompetenz des Gerichts. Nach dieser Auffassung kann das Gericht in die Lage kommen, ein non liquet in der Form einer Unzuständigkeitsklärung aussprechen zu müssen <sup>7)</sup>).

Die Annahme, daß die Völkerrechtsordnung in ihrem heutigen Zustand nicht für alle Streitfragen unter den Staaten Rechtssätze enthalte, geht von der Vorstellung aus, daß es wirkliche Lücken in der Völkerrechtsordnung gäbe <sup>8)</sup>). Auf den nicht geregelten Gebieten würde es den

<sup>2)</sup> Aus der Literatur vgl. etwa Castberg, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 6 (1925), S. 158. Hostie, ebendort Bd. 9 (1928), S. 267 und Marshall-Brown und Politis, *Annuaire de l'Institut* Bd. 29, S. 25ff.

<sup>3)</sup> Diese Zeitschrift Bd. I, Teil 2, S. 438.

<sup>4)</sup> Diese Zeitschrift Bd. I, Teil 2, S. 450.

<sup>5)</sup> Diese Zeitschrift Bd. I, Teil 2, S. 379.

<sup>6)</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international* 1922, S. 25.

<sup>7)</sup> Vgl. Salvioli, *Studi di diritto pubblico e corporativo*. Anno 1, Nr. 6, S. 250.

<sup>8)</sup> Aus der Literatur vgl. etwa Rolin, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bd. 35, S. 501; Hostie, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 9 (1928), S. 267ff.; Politis, *La justice internationale*, S. 170; Verzijl, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 6 (1925), S. 753. Aus den Völkerbundsverhandlungen vgl. z. B. Erich, C. 165. M. 50. 1928, IX, S. 26; Lord Cushendun ebendort S. 50; Lauterpacht, *Rec. des Cours*, Bd. 34, S. 531.

Staaten möglich sein, ihr Verhalten nach freiem Belieben einzurichten. Ihr Verhalten könnte vom Standpunkt der Völkerrechtsordnung aus in keiner Weise bewertet werden und weder als ein erlaubtes noch als ein nicht verbotenes Verhalten bezeichnet werden. Dieses von der Völkerrechtsordnung nicht erfaßte, also der staatlichen Souveränität vorbehaltene Gebiet ergäbe sich aus dem Fehlen von Rechtsnormen und nicht aus der Zuweisung der Völkerrechtsordnung an den Einzelstaat. Darum spricht man hier von einer »situation qui n'est ni légale ni illégale«<sup>9)</sup>.

Weiter setzt eine solche Annahme voraus, daß die Völkerrechtsordnung überhaupt keine allgemeinen ungeschriebenen Rechtsgrundsätze enthält oder doch jedenfalls nicht die hier in Betracht kommenden Sätze, die Bestandteil jeder Rechtsordnung sind, nämlich die, daß jeder Staat tun und unterlassen darf, was ihm nicht verboten ist, und daß kein Staat sich einen Eingriff gefallen zu lassen braucht, den nicht ein Völkerrechtssatz gestattet. Denn wären in der Völkerrechtsordnung diese beiden Sätze enthalten, so könnte jede Streitigkeit auf Grund eines Rechtssatzes entschieden werden. Es gäbe dann keine Lücken.

Und schließlich hat diese Theorie häufig Anlaß zu Unklarheiten gegeben. So wird vielfach unter dem Mangel einer rechtlichen Entscheidungsnorm das Fehlen einer gerechten Spezialnorm verstanden, die den speziellen Interessenkonflikt in billiger Weise zu entscheiden ermöglicht. Man erblickt die Unvollkommenheit und Lückenhaftigkeit der Völkerrechtsordnung darin, daß es auf vielen Gebieten noch an einer vertraglichen Begrenzung der staatlichen Freiheit fehlt. So ist wohl z. B. der Beschluß der Völkerbundsversammlung vom 26. September 1928 aufzufassen: »Convaincue que l'effort actuellement poursuivi, au moyen de la codification progressive du droit international, pour en diminuer les incertitudes et en combler les lacunes, facilitera grandement l'acceptation de la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour . . .«<sup>10)</sup>.

Mit dieser Auffassung scheint übereinzustimmen die Ansicht des schweizerischen Bundesrats, die er in seiner Botschaft vom 1. März 1921 über die Errichtung eines Ständigen Internationalen Gerichtshofs niedergelegt hat. Dort heißt es: »Nun ist es richtig, daß das Völkerrecht sehr unvollkommen und lückenhaft ist. Es schützt unsere Lebensinteressen unvollständig, soweit wir auf andere Staaten angewiesen sind, z. B. in Bezug auf unsere Zufuhren in Kriegszeiten, aber es schützt uns völlig in Bezug auf unsere Unabhängigkeit im eigenen Lande.«

Die Behauptung von der Lückenhaftigkeit des Völkerrechts ist also häufig garnicht eine Leugnung der Geschlossenheit der Völker-

<sup>9)</sup> Marshall-Brown und Politis, *Annuaire de l'Institut*, Bd. 29, S. 31.

<sup>10)</sup> Diese Zeitschrift Bd. 1, Teil 2, S. 369.

rechtsordnung, vielmehr liegt in ihr der Vorwurf, daß sie zu einseitig die Unabhängigkeit des einzelnen Staates schütze und zu wenig den berechtigten Interessen anderer Staaten Rechnung trage<sup>11)</sup>. Es darf freilich nicht verkannt werden, daß nicht selten, wenn von der Lückenhaftigkeit des Völkerrechts gesprochen wird, darunter auch der Mangel jeglicher Vorschriften für bestimmte Gebiete verstanden wird<sup>12)</sup>.

## 2. Die Aufzählung der Rechtsstreitigkeiten in Artikel 13 des Völkerbündstatuts und Artikel 36 des Courstatuts

Die Definition der Rechtsstreitigkeiten als Streitigkeiten, die durch Rechtsnormen entschieden werden können, findet sich heute meist nur noch in den von den Vereinigten Staaten abgeschlossenen Verträgen. In den europäischen Verträgen ist man vorwiegend dem Vorgang des Völkerbündstatuts (Art. 13) und des Courstatuts (Art. 36) gefolgt und hat die dem Rechtsverfahren unterworfenen Streitigkeiten durch Aufzählung der wichtigsten Arten zu beschreiben gesucht. Dabei ist man sich darüber einig, daß die Abfassung des Artikels 13 wenig klar und geschickt ist und die Aufzählung nicht abschließend gemeint ist. Leider hat die Haager Juristenkommission es nicht gewagt, diesen Text zu verbessern oder auch nur entsprechend den Erklärungen von de Lapradelle der ursprünglichen Absicht seiner Verfasser anzupassen. Nach ihm sollte durch Artikel 36 die Verpflichtung schiedsgerichtlicher Erledigung für folgende Fälle begründet werden:

1. les questions dépendant d'un traité;
  2. les questions dépendant du droit international général;
  3. les questions de fait d'où peuvent découler des responsabilités juridiques;
  4. les questions concernant le quantum dans le cas où l'obligation est reconnue<sup>13)</sup>.
- Artikel 36 des Courstatuts hat eine Menge Zweifelsfragen hervorgerufen, von denen hier nur erwähnt sein mag, daß die Worte »différends d'ordre juridique« nicht eine selbständige Definition neben der Aufzählung der Streitarten geben wollen, sondern nur als Erklärung des Charakters der dann aufgeführten Streitarten dienen sollen<sup>14)</sup>.

Da die Aufzählung dieser vier Arten von Streitigkeiten keine erschöpfende sein soll, muß aus den Verträgen die weitere Bestimmung

<sup>11)</sup> Verdross, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 70 (rechtspolitische Lücken); Gihl, a. a. O. S. 62; Roden, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 12, S. 763. 773.

<sup>12)</sup> Vgl. Verdross, a. a. O. S. 70ff., über die verschiedenen Lückenbezeichnungen.

<sup>13)</sup> *Procès-verbaux* S. 285.

<sup>14)</sup> So Hammarskjöld, *Annuaire de l'Institut*, Bd. 33, S. 819. Vgl. auch Sir John Fischer Williams, *Chapters on Current International Law*, S. 36.

über die vom Gericht anzuwendenden Rechtsnormen, über seine Befugnis, Lücken zu ergänzen usw. herangezogen werden, um zu bestimmen, was der Vertrag als Rechtsstreitigkeit behandelt wissen will. Für die meisten Verträge ist auch hier wiederum das Courstatut maßgebend gewesen, das in der weiten Fassung seines Artikels 38 jede Streitigkeit nach Rechtssätzen zu entscheiden ermöglicht. Der in Artikel 28 der Generalakte vorgesehene Fall, daß Artikel 38 keine auf die einzelne Streitigkeit anwendbare Rechtsnorm liefert, ist nicht denkbar. Den Verfassern von Artikel 28 der Generalakte mußte bekannt sein, daß Artikel 38 des Courstatuts ja gerade mit Rücksicht darauf so weit gefaßt wurde, den Ständigen Internationalen Gerichtshof nicht in die Lage kommen zu lassen, ein *non liquet* auszusprechen<sup>15)</sup>.

Der bedeutendste Nachkriegsvertrag, der deutsch-schweizerische Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag, zählt im Anschluß an das Völkerbundsstatut Artikel 13 und das Courstatut Artikel 36 die Hauptarten der Rechtsstreitigkeiten auf und trifft durch seinen Artikel 5 Vorsorge, daß alle Streitigkeiten nach Rechtsnormen entschieden werden können. Dieser Artikel bestimmt in seinem zweiten Absatz: »Soweit im einzelnen Fall die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regeln des internationalen Rechts sein sollten. Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung«<sup>16)</sup>. Man wird wohl dem Bericht von Borel und Politis<sup>17)</sup> folgen dürfen und als Aufgabe der Richter nach dieser Bestimmung anzusehen haben, daß sie nur berechtigt sind »de trouver dans le droit international ce que, selon leur conscience et leur jugement, il contient déjà, sans que cela ait été encore officiellement exprimé«.

Aus dieser Auffassung und aus der in Artikel 5 getroffenen Regelung lassen sich zwei Schlüsse auf den Willen der Parteien ziehen. Einmal ist das Gericht verpflichtet, jede Rechtsstreitigkeit zu entscheiden und darf die Entscheidung nicht unter Berufung auf die Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung ablehnen, sondern hat die Lücke durch Rechtsfindung zu ergänzen. Und weiter: eine Lückenergänzung kommt jedenfalls dann nicht in Frage, wenn für die Entscheidung des Falls eine Völkerrechtsregel, insbesondere eine Vertragsvorschrift, vorhanden ist. Das Gericht würde sie anzuwenden haben, auch wenn es die Bestim-

<sup>15)</sup> Über den Artikel 28, dessen Fassung nicht auf rechtlichen Erwägungen beruht, vgl. unten S. 453 *Journal officiel, supplément spécial* Nr. 65 (1928), S. 62, 76ff. und dazu Brierly, *British Yearbook of International Law* 1930, S. 124ff.

<sup>16)</sup> Vgl. Hammarskjöld, *Revue de droit int. et de législ. comp.*, Bd. 9, S. 96; Schindler, *Recueil des cours*, Bd. 25, S. 331; Verdroß, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 74; Gihl, *Nordisk Tidsskrift for international Ret*, Bd. 3, Heft 2, S. 54.

<sup>17)</sup> *Annuaire de l'Institut* 1927, Bd. 33, Teil 2, S. 757f.

mung für unzumutbar oder ungerecht hält. Von Lückenergänzung kann also nur die Rede sein in den Fällen, in denen eine unmittelbar auf den Tatbestand anzuwendende Spezialnorm fehlt.

Wie nun aber soll der Richter die Regel zur Ergänzung der Lücke finden? Soll er ebenso frei gestellt sein wie bei einer *ex aequo et bono*-Entscheidung auf Grund der Zustimmung beider Parteien, oder bedeutet die getrennte Behandlung beider Fälle in verschiedenen Absätzen des Artikels 5 und der verschiedene Wortlaut, daß seine Freiheit bei der Lückenergänzung enger zu bemessen ist?

Die Botschaft des schweizerischen Bundesrats bemerkt zu dieser Frage: »In Anbetracht der Lückenhaftigkeit des internationalen Rechts ist die rechtsschöpferische Tätigkeit des Gerichtes in möglicher Übereinstimmung mit dem klassischen Artikel 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches geregelt. Damit ist der Schiedsgerichtsbarkeit eine ihrer höchsten und für die Rechtsentwicklung wichtigsten Aufgaben zugewiesen.«

Die deutsche Denkschrift stellt fest: »Das Völkerrecht weist in seinem gegenwärtigen Zustand zu viele Lücken auf, als daß von ihm eine zweifellose Beantwortung aller auftauchenden Fragen erwartet werden könnte. Die beiden Regierungen haben nicht gezögert, diese Lücken dadurch zu schließen, daß sie in dem Vertrage dem Schiedsgericht die Aufgabe der Weiterbildung des Völkerrechts übertragen. Das ist eine alte Forderung der anerkanntesten Vertreter des Schiedsgerichtsgedankens. Wollte man ihr nicht genügen, so wäre das Schiedsgerichtsverfahren nicht geeignet, die ihm überwiesene Aufgabe zu erfüllen. Das bedeutet nicht, daß dem subjektiven Ermessen der Schiedsrichter freier Spielraum gelassen würde. Die Schiedsrichter werden vielmehr an Hand der Wissenschaft und der Rechtsprechung den Rechtsgedanken zu folgen haben, die dem heutigen positiven Rechte zugrunde liegen. Es ist die Aufgabe des Schiedsgerichts, Recht zu sprechen, nicht dagegen nach billigem Ermessen einen Ausgleich zwischen den streitenden Parteien herbeizuführen. Das gilt auch da, wo das Schiedsgericht selbst die anzuwendende Rechtsregel erst festzusetzen hat. Wie Absatz 3 ausdrücklich feststellt, kann das Schiedsgericht nur dann, wenn die beiden Parteien ihre Zustimmung erteilen, den formellen Rechtsweg verlassen und seine Entscheidung nach billigem Ermessen treffen!«

Die beiden Denkschriften scheinen zu ergeben, daß unter Lücken der Rechtsgrundlagen im Sinne des Artikels 5 das Nichtvorhandensein von auf den konkreten Fall anwendbaren Rechtsregeln zu verstehen ist (vgl. zur Auslegung des Art. 5, Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, S. 74). Dagegen fassen die Denkschriften die Befugnisse des Richters zur Lückenausfüllung nicht gleich. Die schweize-

rische Botschaft scheint dem Richter die Stellung eines Gesetzgebers für den Einzelfall einräumen zu wollen. Die deutsche Denkschrift dagegen lehnt es ausdrücklich ab, daß Artikel 5 dem subjektiven Ermessen des Schiedsrichters freien Spielraum lasse. Nach ihr hat er den Rechtsgedanken zu folgen, die dem heutigen positiven Rechte zugrunde liegen. Nach der deutschen Denkschrift also darf der Richter nicht nach freiem Ermessen die ihm gerecht dünkende Entscheidung treffen, sondern hat im Falle des Fehlens von Spezialregeln aus den allgemeinen Grundsätzen der Völkerrechtsordnung die Entscheidung durch Konkretisierung auf den Einzelfall abzuleiten. Das freilich ist die Aufgabe jedes internationalen Richters, auch ohne daß ihm diese Befugnis ausdrücklich durch eine Bestimmung in der Art des Absatzes 2 von Artikel 5 des deutsch-schweizerischen Vertrages eingeräumt zu werden brauchte. Nach dieser Auffassung ist dem Richter eben nicht gestattet, was dem Gesetzgeber im staatlichen Recht und der Parteivereinbarung im Völkerrecht vorbehalten ist, nämlich eine Ausnahme von der Anwendung der allgemeinen Regel zu setzen oder bestehende Vorschriften aufzuheben. Das könnte auch nach dem deutsch-schweizerischen Schieds- und Vergleichsvertrag der Richter nur auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien tun, die ihn ermächtigen, von den Rechtsgrundsätzen abzuweichen und seine Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen: Gerade die besondere Anordnung in Absatz 3 des Artikels 5 wird uns veranlassen, dem Absatz 2 dieses Artikels einen engeren Sinn, nämlich die in der deutschen Denkschrift vertretene Auffassung zugrunde zu legen.

In Artikel 13 des deutsch-schweizerischen Vertrages werden den durch Artikel 2 bestimmten Rechtsstreitigkeiten die Streitigkeiten entgegengesetzt, die nach dem Vertrag nicht dem Schiedsverfahren unterworfen sind. Als Nichtrechtsstreitigkeiten wird man freilich mit Rücksicht auf den Artikel 5 des Vertrages kaum Streitigkeiten verstehen können, für die Rechtsregeln nicht vorhanden sind.

Dasselbe wird für alle Verträge gelten, die dem Richter in ähnlicher Weise wie Artikel 38 des Courstatuts die Rechtsanwendung vorschreiben, also z. B. für die Generalakte, denn diese Bestimmungen haben zum Ziel, den Richter zur Rechtsentscheidung jeder Streitigkeit instand zu setzen. Alle diese Verträge enthalten also kein objektives Merkmal für die Bestimmung der Rechtsstreitigkeit.

### 3. Der politische Charakter der Streitigkeit

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, den besonderen Charakter der politischen Streitigkeit zu bestimmen. Das interessanteste Beispiel aus der Vertragspraxis dürfte der inzwischen aufgehobene Artikel 4

des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags sein. Nach dem Absatz 2 dieses Artikels konnte eine Partei die Einrede erheben, daß die Angelegenheit von überwiegender politischer Bedeutung sei und sich deshalb für eine Entscheidung nach ausschließlich rechtlichen Grundsätzen nicht eigne. Der Vertrag erklärt nicht, was unter politischer Bedeutung zu verstehen ist, sondern setzt diesen Begriff voraus. Auch die Denkschriften der beiden Regierungen enthalten keine näheren Bestimmungen. Die deutsche Denkschrift führt aus, daß auch Rechtsstreitigkeiten sehr häufig über die formale Rechtsfrage hinaus eine große politische Tragweite haben, und stellt weiter fest, daß zahlreiche Fälle von Rechtsstreitigkeiten denkbar seien, die zwar nicht an die Grundlagen des Staatswesens rührten, die aber doch eines besonderen politischen Einschlags wegen für eine rein formalrechtliche Erledigung nicht geeignet seien. Und schließlich ist an einer anderen Stelle noch davon die Rede, daß sich gewisse Streitfälle »wegen ihres besonderen Charakters« einer gerichtlichen Entscheidung entziehen.

Aus diesen Bemerkungen geht hervor, daß der besondere Charakter der politischen Streitigkeit nicht zu einer objektiven Abgrenzung gegenüber der Rechtsstreitigkeit dienen kann, denn es sollen ja gerade Rechtsstreitigkeiten sein, die politischen Charakter besitzen. Offenbar bestimmen die Begleitumstände des Einzelfalls den politischen Charakter der Streitigkeit. So erläutert z. B. Borel <sup>18)</sup> den Artikel 4 des deutsch-schweizerischen Vertrages: »Ici le Traité paraît admettre que le caractère politique d'un conflit, caractère qui peut naître de circonstances tout à fait étrangères au droit, telles l'effervescence de l'opinion publique, etc. peut créer obstacle à l'application du droit en tant que le Tribunal serait amené, par la force des choses, à se laisser guider par d'autres considérations que celles qui rentrent dans cette application.«

Der große Fortschritt, den der deutsch-schweizerische Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag gebracht hat, lag darin, daß die bloße Erklärung einer Partei nicht mehr genügt, eine Rechtsstreitigkeit dem Rechtsverfahren zu entziehen, sondern daß darüber das Schiedsgericht zu entscheiden hat. Es war der Versuch, die Bestimmung des Streitcharakters dem Belieben der Einzelpartei zu entziehen und zu objektivieren. Das geschah aber nicht durch die Aufstellung eines allgemeinen objektiven Merkmals, sondern durch die Übertragung der Entscheidung des Einzelfalls an das Schiedsgericht. Dieses soll die Frage offenbar nach subjektivem Ermessen lösen, da der Vertrag keine allgemeinen Regeln enthält. Den Grund hat einer der Verfasser

<sup>18)</sup> Les problèmes actuels dans le domaine du développement de la justice internationale, S. 29.

des Vertrags, Max Huber<sup>19)</sup>, angegeben: »Il serait assez hardi d'indiquer d'emblée des catégories de différends qui, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils se présentent, ne revêtent jamais un caractère essentiellement politique (voir l'article 4 al. 2 du traité germano-suisse du 3 décembre 1921).«

Auch sonst wird nicht selten die politische Streitigkeit in ähnlicher Weise charakterisiert. So nennt Verzijl<sup>20)</sup> politische Streitigkeiten »les différends de nature à exciter les passions politiques nationales«, und ihm folgt Salvioli<sup>21)</sup>: »politiche controversie — le quali, per loro atteggiarsi, hanno eccitato la passione politica delle parti contrastanti.« Auch der Berichterstatter des Völkerbunds Holsti spricht in seinem Memorandum davon, daß Rechtsstreitigkeiten »à cause de la gravité du différend lui-même, ne peuvent, en réalité, être effectivement réglés par une décision purement juridique«<sup>22)</sup>.

Dem entspricht die Stellungnahme der englischen Regierung zu der Arbeit des Comité d'arbitrage et de sécurité<sup>23)</sup>. Sie glaubt, daß es nicht möglich sei, alle Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, und begründet die Notwendigkeit von Vorbehalten mit der Notwendigkeit, der öffentlichen Meinung Rechnung tragen zu müssen, die eine ungünstige Gerichtsentscheidung nicht ertragen würde.

Bestimmt man den politischen Charakter einer Streitigkeit auf die angegebene Weise, so sieht man davon ab, ob der Streit mit Rechtsgründen geführt werden kann, man läßt Begleit- und Folgeumstände für die Entscheidung dafür maßgebend sein, ob der Streit dem Schiedsgericht zu unterbreiten ist oder nicht. Das kann nur geschehen, indem man auf die Aufstellung objektiver Regeln verzichtet und auf das freie Ermessen, sei es der Partei oder sei es des Gerichts, abstellt.

Dieses System führt dazu, daß eine nach objektiven Merkmalen nicht bestimmbare Zahl von Streitigkeiten einen Doppelcharakter haben, sowohl Rechts- als politische Streitigkeiten sind. Der politische Charakter einer Rechtsstreitigkeit bedeutet, daß sie nicht durch Anwendung von Rechtsregeln im Rechtsverfahren entschieden werden soll. Es war daher die ursprüngliche Fassung des Artikels 28 der Generalakte mißverständlich abgefaßt; Artikel 28 schreibt für die Entscheidung der Nichtrechtsstreitigkeiten das règlement arbitral vor, in dem die Schiedsinstanz die in Artikel 38 des Courstatuts aufgezählten Völkerrechtsnormen anzuwenden hat. Im Entwurf war weiter bestimmt:

19) *Annuaire de l'Institut*, Bd. 33, S. 765.

20) a. a. O. S. 752.

21) *Studi di diritto pubblico e corporativo*, Jg. 1, Nr. 6, S. 247.

22) *C. 165, M. 50, 1928, IX, S. 128.*

23) *C. 165, M. 50, 1928, IX, S. 167ff.* Vgl. dazu de Visscher, *Revue de droit intern.*, Bd. 9, S. 39ff.

»Dans la mesure où le différend n'est pas susceptible d'être réglé *par la seule application du droit*, le tribunal pourra agir comme amiable compositeur.« Mit Recht hat die finnische Regierung diese Fassung beanstandet als »moins exacte, puisqu'il est justement significatif, pour les litiges en question, que c'est l'élément non juridique qui y prévaut« <sup>24</sup>).

Die Behauptung von dem gemischten Charakter aller oder einzelner Streitigkeiten kann leicht zu der Verwechslung führen mit Streitfällen, in denen Rechts- und politische Fragen nebeneinander vorkommen und sich trennen lassen <sup>25</sup>). Um solche Streitigkeiten handelt es sich aber in den oben besprochenen Fällen und nach Artikel 4 des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrages nicht. Das Überwiegen des rechtlichen oder des politischen Charakters einer Streitigkeit bedeutet dort, daß die ganze Streitigkeit als Rechts- oder politische Streitigkeit anzusehen und zu behandeln ist.

Setzt der Schiedsgerichtsvertrag den Schiedsrichter in die Lage, alle Streitfragen nach Rechtsgrundsätzen zu erledigen, und will man politische Streitigkeiten vom Rechtsverfahren ausschließen, so bleibt nichts anderes übrig, als in den Schiedsgerichtsvertrag ausdrückliche Vorbehaltsklauseln aufzunehmen <sup>26</sup>). Das ist denn auch in den meisten Verträgen geschehen. Solche Vorbehalte beziehen sich z. B. auf territoriale Fragen, auf Streitigkeiten, die mit dem Weltkrieg oder dem russisch-polnischen Krieg in Beziehung stehen (Polen) usw.

Die früher häufige Klausel, wonach die die nationale Ehre, Lebensinteressen und Unabhängigkeit eines Staates berührenden Streitfragen von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgenommen sein sollen, findet sich in den Nachkriegsverträgen nicht mehr. Dagegen ist es heute üblich, Vorbehalte für die vom Völkerrecht der einzelstaatlichen Staatsgewalt zur freien Bestimmung überlassenen Gebiete zu machen. So gestattet z. B. Artikel 39 der Generalakte einen Vorbehalt zu treffen für die »différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats«. In ähnlicher Weise nehmen die von den Vereinigten Staaten abgeschlossenen Schiedsverträge, also etwa der interamerikanische Schiedsgerichtsvertrag, die Streitfälle aus, »which are within the domestic jurisdiction of any of the Parties to the dispute and are not controlled by international law«.

<sup>24</sup>) C. 358, M. 112. 1928, IX S. 50. Vgl. Supplément spécial Nr. 65, S. 62; Gallus, Revue de droit international et de législation comparée, Bd. 11, S. 469.

<sup>25</sup>) Diese Situation behandelt z. B. Strisower, Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, S. 64. Castberg a. a. O. 163.

<sup>26</sup>) Vgl. die Übersichten im Annuaire de l'Institut 1927 Bd. 33 S. 706 ff., Habicht, Post-war treaties for the pacific settlement of international disputes S. 990 ff. Arbitrage et Sécurité (C. 653, M. 216. 1927, V) S. 20 ff., 23 ff.; Barandon, Das Kriegsvorbehaltsrecht des Völkerbunds, S. 203 ff.

Der Vorbehalt zugunsten der zum domaine réservé gehörenden Gebiete bewirkt, daß das Gericht, wenn es in einem Prozeß die Zugehörigkeit der Streitfrage zu diesem Gebiet bejaht, sich für unzuständig erklären muß. Nimmt man an, daß für die Materien des domaine réservé das Völkerrecht den Einzelstaat zur selbständigen Regelung der Verhältnisse ermächtigt, dann würde ohne Vorbehalt in einer dieses Gebiet betreffenden Streitfrage das Gericht den Kläger durch Sachurteil abzuweisen haben. Nimmt man dagegen an, daß bezüglich dieser Gebiete das Völkerrecht überhaupt keine Vorschriften enthält, so müßte das Gericht sich auch ohne den Vorbehalt für unzuständig erklären.

Während die Vorkriegsverträge durch die weite Formulierung der politischen Klausel den vertragschließenden Teilen es ermöglichte, jeden Rechtsstreit der Entscheidung zu entziehen, bezieht sich heute diese politische Klausel nur auf die Fälle, die das Völkerrecht der landesrechtlichen Regelung überläßt. Sie kann also nicht mehr dazu dienen, eine durch völkerrechtliche Vorschriften geregelte Frage dem Rechtsweg zu entziehen. Und weiter hat diese Fassung den Vorzug, daß sie das Gericht instand setzt, nach völkerrechtlichen Regeln die Frage zu entscheiden, ob ein Vorbehaltsfall gegeben ist oder nicht. Endlich schließt der Vorbehalt, wenn er nicht ausdrücklich für alle Verfahrensarten vereinbart ist, nur die Entscheidung nach Rechtsgrundsätzen im Urteil aus, läßt also das Vermittlungsverfahren zu, das für die Parteien keine Bindung schafft. Der politische Vorbehalt hat eine negative Bedeutung, den Ausschluß der Entscheidung. Politische Streitigkeiten in dem hier besprochenen Sinne sind also Nichtrechtsstreitigkeiten, weil sie nach dem Vorbehalt im Vertrag nicht als Rechtsstreitigkeiten behandelt werden sollen.

#### 4. Streitigkeiten über Rechtsänderung

Begehrt ein Staat von einem anderen Staat die Abänderung bestehender Rechtsvorschriften, so kann der darüber entstandene Streit nicht als Rechtsstreit ausgetragen werden. Die Völkerrechtsordnung kennt kein Recht auf Abänderung bestehender Rechtssätze oder gar auf Abänderung in bestimmtem Sinn.

Es ist von Interesse festzustellen, daß auch die deutsche Denkschrift zu dem deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag (S. 7) den politischen Streit als einen Streit auffaßt, der nicht im Rechtswege erledigt werden kann, weil er trotz seiner juristischen Seite eine auf Billigkeit und Zweckmäßigkeit beruhende neue Regelung bestehender Verhältnisse fordere. Die genannte Denkschrift nennt rein politische Streitigkeiten die Konflikte, die sich nicht als eine Kollision von Rechten sondern als Gegensatz solcher Interessen dar-

stellen, die noch keinen Rechtscharakter erlangt haben. Für diese Konflikte werde in dem Vertrag von vornherein nicht das Gericht, sondern das Vergleichsverfahren vorgesehen. Es ist ein besonderes Verdienst der deutschen Denkschrift, mit solcher Deutlichkeit darauf hingewiesen zu haben, daß die politische Streitigkeit eine Abänderung bestehender Vorschriften zum Gegenstande hat. Zweifelhaft ist nur, ob man zwischen rein politischen Streitigkeiten und Rechtsstreitigkeiten mit überwiegend politischem Charakter unterscheiden kann.

Nach der deutschen Denkschrift macht der Vertrag einen Unterschied unter den Nichtrechtsstreitigkeiten, indem er die rein politischen Streitigkeiten von vornherein dem Vergleichsverfahren zuweist, weil es sich um Kollisionen von Interessen, die noch keinen Rechtscharakter erlangt haben, handelt. Das müßten also Streitigkeiten sein, für die keine Rechtsregel gegeben ist. Nach den Artikeln 2 und 5 des Vertrages dürfte es freilich solche nicht geregelten Interessenkonflikte wohl nicht geben. Das Entscheidende an dieser Definition ist, daß der rein politische Streit eine Neuregelung bezweckt. Das soll ja übrigens nach der Denkschrift der Grund für die Gewährung der Einrede des Artikels 4 Abs. 2 sein, so daß im Grunde die beiden Vorschriften sich auf die gleichen Fälle beziehen müßten.

Damit scheinen andere Stellen der Denkschrift in einem gewissen Widerspruch zu stehen, die von der Unmöglichkeit eines Rechtsverfahrens wegen des politischen Einschlags oder der politischen Tragweite der Streitfrage sprechen. Hier wird dem Wunsche der Parteien, eine Rechtsentscheidung in der Streitfrage wegen ihres politischen Charakters zu vermeiden, Rechnung getragen und darum in dem Rechtsverfahren der Widerspruch wegen der politischen Bedeutung zugelassen. Der Widerspruch kann aber nur dahin führen, die Frage aus dem Rechtsverfahren in das Vermittlungsverfahren zu verweisen. Da der Vergleichsrat nicht an Rechtsgrundsätze gebunden ist, kann er seinen Vorschlag nach billigem Ermessen machen. Die Überweisung des Streites an ihn eröffnet die Möglichkeit einer Neuregelung der Beziehungen. So können also die vom Vergleichsrat zu behandelnden Streitfälle als Nichtrechtsstreitigkeiten bezeichnet werden, weil ihre Zuweisung an den Vergleichsrat den Ausschluß des Rechtsweges bedeutet, und als politische, weil die Einrede des politischen Charakters nie zu einem bloßen Ausschluß des Verfahrens sondern möglicherweise zu einer Neuregelung durch das Vermittlungsverfahren führt. Es werden nach dem deutsch-schweizerischen Verträge also die Streitigkeiten, bei denen die Parteien von vornherein eine neue Regelung wünschen, gleich behandelt wie die Streitigkeiten, in denen lediglich negativ der Rechtsweg ausgeschlossen werden soll.

Es darf nicht übersehen werden, daß die Staaten Streitfragen vom

Rechtsverfahren nicht bloß deswegen ausschließen, weil sie einer bindenden Entscheidung im Rechtsverfahren überhaupt widerstreben, sondern weil nur durch die Abänderung des bestehenden Rechts ihre Lebensinteressen einen gerechten Rechtsschutz finden, der im Rechtsverfahren wegen der Bindung des Gerichts an diese bestehenden Vorschriften nicht zu erzielen ist. Auch der Wunsch nach rechtlicher Neuregelung muß sich in der Ablehnung des Rechtsweges ausdrücken.

Übrigens ist in Artikel 4 Absatz 2 eine Vorschrift für den Fall gegeben, daß die Parteien untereinander über die Behandlung des Streits uneinig sind, die eine den bestehenden Rechtszustand zu verteidigen, die andere ihn abzuändern wünscht. In einem solchen Falle liegt aber nicht eine Streitigkeit mit gemischtem Charakter vor, bei der bald die rechtliche, bald die politische Bedeutung überwiegt, vielmehr sind die Parteien verschiedener Meinung über die Abänderungsbedürftigkeit des bestehenden Rechtszustandes, also über eine politische Frage.

Es hängt wohl mit ähnlichen Erwägungen zusammen, daß die neueren Verträge die Rechtsstreitigkeit nach dem subjektiven Merkmal definieren, nämlich danach, ob die Parteien gegenseitig über ein Recht im Streit sind, den Streit also auf der Grundlage der bestehenden Rechtsvorschriften führen wollen. So erklären die Locarno-Verträge für Rechtsstreitigkeiten die Streitfragen »au sujet desquelles les Parties se contesteraient réciproquement un droit«<sup>27)</sup>. Dieser Formel folgen die meisten neueren Verträge, darunter auch die Genfer Generalakte. In Anknüpfung an die Bryan-Verträge sprechen die von der Regierung der Vereinigten Staaten abgeschlossenen Verträge von »differences of an international character which have arisen or may arise between them by virtue of a claim of right« (wie in Artikel 1 des interamerikanischen Schiedsgerichtsvertrags 1929). Den Gegensatz der Rechtsstreitigkeit bilden nach diesen Verträgen die Streitfälle, die ohne Rücksicht auf die Rechtsordnung ausgetragen werden sollen, in denen also die internationale Instanz die Rechtsregelung für die Parteien erst schaffen oder doch vorbereiten soll.

Die genannten Verträge stellen darauf ab, ob eine Streitfrage im Rechtsverfahren oder außerhalb des Rechtsverfahrens nach dem Parteiwillen im einzelnen Falle entschieden werden soll. Freilich verrät die Fassung auch dieser Verträge eine gewisse Unsicherheit, denn für den Rechtsstreit wird nicht bloß gefordert, daß die Parteien sich über ein Recht streiten, sondern meist wird noch durch einen Hinweis auf Artikel

<sup>27)</sup> Vgl. dazu Sir John Fischer Williams, Chapters, S. 43. Renault, Vorwort zu dem *Recueil des arbitrages internationaux*, S. XV; Wehberg, *Annuaire de l'Institut* 1922, Bd. 29, S. 57 ff.; Strisower ebendort S. 50 ff.; Anzilotti, *Corso III*, S. 64; Castberg a. a. O. S. 160; Verzijl a. a. O. S. 743 f.; Salvioli a. a. O. S. 246 ff.; Lauterpacht, *Rec. des Cours*, Bd. 34, S. 512.

13 der Völkerbundssatzung oder Artikel 36 des Courstatuts ein objektives Merkmal beigefügt. So werden nach den Locarno-Verträgen dem Gerichtsverfahren zugewiesen alle Streitfragen jeglicher Art, bei denen die Parteien untereinander über ein Recht im Streite sind, und es wird hinzugefügt: »Es besteht Einverständnis darüber, daß die vorstehend erwähnten Streitfragen namentlich diejenigen umfassen, die in Artikel 13 der Völkerbundssatzung aufgeführt sind.«

Die entsprechende Bestimmung der Generalakte ist den Locarno-Verträgen entlehnt; nach ihrem Artikel 17 sollen dem Ständigen Internationalen Gerichtshof unterbreitet werden »tous différends au sujet desquels les Parties se contesteraient réciproquement un droit«; es wird auch hier hinzugefügt: »Il est entendu que les différends ci-dessus visés comprennent notamment ceux que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale<sup>28)</sup>.«

Ganz besonders aber fällt die Fassung der von den Vereinigten Staaten abgeschlossenen Schiedsverträge auf. So spricht z. B. Artikel 2 des mit Frankreich abgeschlossenen Vertrags<sup>29)</sup> von »all differences relating to international matters in which the High Contracting Parties are concerned by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise, which it has not been possible to adjust by diplomacy, which have not been adjusted as a result of reference to the above-mentioned Permanent International Commission, and which are justiciable in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law or equity«<sup>30)</sup>. Mit Recht übt Sir John Fischer Williams an dieser Fassung Kritik<sup>31)</sup>: »The value of these latter words is not easy to understand. If one party is claiming against another a »right« under a treaty or otherwise, why should the »right« have to possess a series of additional characteristics not very clearly defined in order to be the subject of a legal decision? Indeed do not these latter words fall into the old error of defining a thing in terms of itself? — A question is to be »justiciable«, i. e. fit for legal decision, when it can be decided legally.«

Das Beispiel dieser Verträge der Vereinigten Staaten ist dann von dem allgemeinen interamerikanischen Schiedsgerichtsvertrag von 1929 übernommen worden; er definiert Rechtsstreitigkeiten als »differences of an international character which have arisen or may arise between

<sup>28)</sup> Diese Zeitschr. Bd. I T. 2 S. 377; vgl. Gallus, *Revue de droit international et de législation comparée*, Bd. 11, S. 450.

<sup>29)</sup> Diese Zeitschr. Bd. I T. 2 S. 438.

<sup>30)</sup> Über die gleichlautende Fassung der Verträge von 1911 vgl. Strisower, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung* S. 63 Anm. 15. Verzijl, *Revue de droit int. et de lég. comp.* Bd. 6, S. 739; de Visscher ebendort Bd. 9, S. 42; Lauterpacht, *Rec. des Cours*, Bd. 34, S. 511.

<sup>31)</sup> *Chapters on Current International Law* S. 44 Anm. 2.

them by virtue of a claim of right made by one against the other under Treaty or otherwise, which it has not been possible to adjust by diplomacy and which are juridical in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law«. Diese Merkmale genügen aber den Verfassern des Vertrages noch nicht, denn sie fügen weiter hinzu: »There shall be considered as included among the questions of juridical character« — worauf der Text der vier Arten von Rechtsstreitigkeiten in der Fassung des Courstatuts folgt <sup>32)</sup>. Diese Bestimmung hat auf der Konferenz selbst Charles Evans Hughes dahin erläutert, daß der juristische Charakter der Streitigkeit darin bestehe, daß »they can be solved by the application of principles of law« <sup>33)</sup>. Nach dieser Auffassung wäre der Charakter der Rechtsstreitigkeit also nach dem objektiven und nicht nach dem subjektiven Merkmal bestimmt.

## II. Die rechtlichen Grundlagen

### 1. Die Geschlossenheit der Rechtsordnung<sup>34)</sup>

Das Streitschlichtungsverfahren als Teil der internationalen Rechtsordnung kann nur in seinen Zusammenhängen mit den Grundlagen dieser Ordnung und aus ihrem System heraus verstanden werden. Das Völkerrecht ist als Rechtsordnung ein in sich geschlossenes Regelsystem. Die Geschlossenheit der Rechtsordnung bedeutet, daß sie für alle Beziehungen der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft Rechtsgrundsätze enthält, daß also jedes Verhalten eines Staates einem anderen Staate gegenüber auf seine Rechtmäßigkeit geprüft werden kann.

Durch Rechtssatz ist bestimmt, wer Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft und damit Rechtsperson des Völkerrechts werden kann und auf welche Weise sich der Erwerb dieser Rechtsfähigkeit vollzieht. Da die Rechtspersonen Gebietskörperschaften sind, müssen deren Erscheinungsformen abgegrenzt, d. h. durch Rechtssätze festgelegt werden; durch diese Rechtssätze wird das Völkerrechtssubjekt konstituiert. Als Erscheinungsformen sind anzusehen die Staatsbürger, das Gebiet und die eigene selbständige Herrschaftsorganisation. Die Rechtsperson wird in ihrer Unabhängigkeit und Unverletzlichkeit durch die Rechtsordnung geschützt (Persönlichkeitsrecht). Dieses Recht begreift in sich den Schutz der Staatsbürger, des Staatsgebiets und der Staatsorganisation. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der gemeinen Völkerrechtsordnung bestätigen sich die Staaten gegenseitig in zahl-

<sup>32)</sup> Diese Zeitschr. Bd. I T. 2 S. 450.

<sup>33)</sup> Ebendort S. 453.

<sup>34)</sup> Diese Zeitschr. Bd. I T. 1 S. 25 ff., 40 ff.

reichen Verträgen, nämlich in den Klauseln, in denen sie sich zur Respektierung der politischen Unabhängigkeit und der territorialen Unverletzlichkeit verpflichten. Mit dieser Formel wird die Rechtspersönlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des neuentstandenen Staates anerkannt; diese Formel bildet die Grundlage des Völkerbunds Pakts.

Indem das allgemeine Persönlichkeitsrecht die politische Unabhängigkeit der Herrschaftsorganisation einer Gebietskörperschaft gewährleistet, schafft es dieser eine Freiheitssphäre. Sie besteht in dem Recht, alles zu tun und zu unterlassen, was nicht eine Verletzung oder Beeinträchtigung des gleichen Rechts eines anderen Staates, der gleichermaßen gewährleisteten Existenz und Handlungsfreiheit einer anderen Völkerrechtsperson bedeutet. Die allgemeine Freiheitssphäre bezieht sich also auf das eigene Gebiet, die eigenen Bürger und die eigene Organisation. Die Freiheitssphäre ist das Gebiet, auf welchem jeder Staat das ausschließliche Recht zur Eigenbestimmung hat.

Diesen Rechten an der Person und auf freie Betätigung entspricht die Verpflichtung der übrigen Staaten, die Rechtsperson in ihren rechtlich gewährleisteten Erscheinungsformen und ihre Freiheitssphäre zu respektieren.

Das Recht auf Existenz und Handlungsfreiheit ist grundsätzlich gleich für alle Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft. Daraus ergibt sich, daß die allgemeine Freiheit des Handelns des einen nur so weit reichen kann als nicht dasselbe Recht des anderen verletzt wird.

Diese Grundregel jeder Rechtsordnung formuliert die Erklärung der Menschenrechte von 1789: »La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'existence des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits«<sup>35)</sup>. Ganz ähnlich Artikel 68 Abs. 2 der türkischen Verfassung: »La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; la liberté de chacun qui est un droit naturel a pour limite celle de la liberté des autres«<sup>36)</sup>. Und von der amerikanischen Verfassung schreibt Drouyn de Lhuys an seinen Botschafter in Washington am 17. August 1865: »Dans un pays libre par excellence comme les Etats-Unis, on doit savoir que la liberté et le droit de chacun, Etat ou individu, ont pour limite la liberté et le droit d'autrui<sup>37)</sup>.« Diesem Grundsatz hat u. a. der Herzog von Gramont in seiner Note vom 21. Juli 1870 Ausdruck verliehen. Er schreibt: »Le droit de chaque peuple, comme de chaque individu, est limité par le

35) Aulard et Mirkine-Guétzévitch, Les déclarations des droits de l'homme S. 16.

36) Ebendort S. 12.

37) Fontes iuris gentium, Series B, Bd. I, I p. 195, Nr. 600.

droit d'autrui, et il est interdit à une nation, sous prétexte d'exercer sa souveraineté propre, de menacer l'existence ou la sécurité d'un peuple voisin«<sup>38)</sup>.

Jeder Eingriff, jede Verletzung der grundsätzlich geschützten Existenz und Freiheitssphäre eines anderen Rechtsgenossen setzt einen besonderen Rechtssatz voraus, der den Eingriff oder die Verletzung erlaubt und den betroffenen Staat zu dem entsprechenden Tun oder Unterlassen verpflichtet. Darum ist jeder Rechtssatz, der einen Staat zu einem Dulden oder Unterlassen oder zu einer besonderen Leistung verpflichtet, eine Beschränkung seiner allgemeinen Freiheitssphäre, eine Ausnahme von der allgemeinen Schutzregel. Und umgekehrt ergibt sich eine solche Berechtigung nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines Staates, sondern wird ihm durch einen Sondersatz verliehen; diese Sondersätze bedeuten also für den berechtigten Staat eine Erweiterung seiner Handlungsfreiheit. Sowohl die Ausdehnung des Handlungsrechts wie die Minderung der allgemeinen Freiheitssphäre verstehen sich als Abänderungen der allgemeinen grundsätzlich gleichen Rechtsstellung nie von selbst, sondern fordern einen besonderen Rechtstitel, also im Zweifel eine vertragliche Vereinbarung.

So zerfällt die Rechtssphäre jedes Staates in zwei Gebiete: die allgemeine Freiheitssphäre, innerhalb deren er sein Verhalten nach freiem Belieben einrichten, jede fremde Einmischung untersagen und die Anerkennung der Rechtmäßigkeit der vorgenommenen Staatsakte von den übrigen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft verlangen kann. Diese allgemeine Freiheitssphäre ist das Gebiet der »domestic jurisdiction«, ist »le domaine réservé«, bildet die »compétence exclusive« der Staaten. Wird die Rechtmäßigkeit eines Staatsaktes, der innerhalb dieser ausschließlichen Hoheitssphäre vorgenommen wird, von einem anderen Staat in Zweifel gezogen, so muß das Gericht die Rechtmäßigkeit feststellen und jeden Anspruch eines andern Staates auf Aufhebung oder Unterlassung durch Sachurteil abweisen. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob der beanstandete Staatsakt in den Bereich der allgemeinen Freiheitssphäre fällt und ob nicht ein offensichtlicher Mißbrauch der Freiheit vorliegt.

Das zweite Gebiet wird gebildet durch die Einzelrechte, die der eine Staat gegenüber den anderen Staaten besitzt. Hier handelt es sich also nicht mehr um das Verhalten in der eigenen Sphäre, sondern um ein Handeln gegenüber fremden Staaten. Das letztere bedarf in jedem Einzelfall eines besonderen Rechtstitels. Solche Berechtigungen,

<sup>38)</sup> Fontes iuris gentium, Series B Bd. I, I S. 54 Nr. 193. Darum scheint die Fassung des Gutachtens Nr. 4 des Ständigen Internationalen Gerichtshofs nicht bedenkenfrei: »Les mots 'compétence exclusive' semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat...«

von einem fremden Staat ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen, bedürfen einer genauen Festsetzung und reichen nicht weiter als ihre Formulierung das mit Sicherheit ergibt. Der internationale Richter hat nicht nur die Existenz, sondern auch die Anwendbarkeit und Anwendung des Rechtstitels im Einzelfall zu prüfen.

Für den verpflichteten Staat bedeutet jede Verpflichtung eine Einschränkung der staatlichen Hoheitssphäre; darum ist der Umfang des Gebietes der ausschließlichen Staatshoheit bei allen Staaten verschieden und hängt von der Entwicklung der internationalen Verpflichtungen ab, wie der Ständige Internationale Gerichtshof in seinem Gutachten Nr. 4 ausgeführt hat.

Für die Feststellung der Völkerrechtmäßigkeit eines Staatsaktes wird also zu prüfen sein, ob der Staatsakt einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eines anderen Staates, in seine Existenz und Freiheitssphäre bedeutet oder nicht. Ist es der Fall, so ist der Staatsakt rechtmäßig nur, wenn ein spezieller Rechtssatz seine Vornahme gestattet. Ist der Staatsakt dagegen kein Eingriff in die Existenz und Freiheitssphäre des anderen Staates, so ist seine Vornahme rechtmäßig, es sei denn, daß sie durch besonderen Rechtssatz zugunsten eines anderen Staates verboten wäre. Im ersten Falle hat der Staat außerhalb, im zweiten Falle innerhalb seiner ausschließlichen Hoheitssphäre gehandelt.

Nicht selten wird als Rechtsregel ein ganz allgemeiner Satz dahin aufgestellt, daß im Völkerrecht alles erlaubt sei, was nicht verboten ist. Dieser Satz ist nur richtig, wenn er auf das Gebiet der ausschließlichen Hoheitssphäre des Einzelstaates bezogen wird. Er muß die grundsätzliche Einschränkung erleiden, daß durch ein allgemeines Verbot jeder Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eines anderen Staates verboten ist. Es wäre verkehrt zu behaupten, daß jeder Staatsakt, auch wenn er einen Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen Staates bedeutet, erlaubt sei, solange sich nicht eine spezielle Verbotsregel nachweisen lasse.

Darum kann die Auffassung, die Ricci-Busatti in den Verhandlungen des Juristenkomitees über die Abfassung des Courstatuts vertreten hat, nicht als richtig anerkannt werden<sup>39)</sup>. Er hat ausgeführt: »En constatant l'absence d'une règle positive de droit international, c'est-à-dire d'une limite internationale à la liberté des Parties, on établit tout de même une situation juridique. Ce qui n'est pas défendu est permis; voilà un principe général de droit que la Cour aura à appliquer. Si un litige est porté devant elle et si elle trouve qu'il n'y a pas de règle qui le concerne, elle déclarera qu'il n'existe pas de droits à faire valoir

<sup>39)</sup> Procès-verbaux, S. 314.

par l'une des Parties contre l'autre, que la conduite de l'Etat mis en cause n'était contraire à aucune règle admise.»

Diese Ausführungen gelten selbstverständlich nur mit der eben angegebenen Einschränkung auf den eigenen Bereich, denn es ist unmöglich zu behaupten, daß ein Staat einem anderen Staat gegenüber alles tun dürfe, was ihm nicht durch spezielle Regel ausdrücklich verboten ist. Unklar bleibt, wie die Vertreter eines so allgemein gefaßten Grundsatzes diesen mit der von ihnen nicht bestrittenen Regel vereinigen wollen, daß die Beschränkung der Unabhängigkeit eines Staates sich nicht vermuten lasse.

Die eben beschriebene allgemeine Handlungsfreiheit ist ein von der Rechtsordnung geschaffenes Recht auf Handeln nach freiem Ermessen. Es ist daher nicht richtig, wenn man auch heute noch vereinzelt annimmt, daß dieses der einzelstaatlichen Hoheit überlassene Gebiet von der Völkerrechtsordnung überhaupt nicht erfaßt wird. Würde es sich bei dem *domaine réservé* um ein Gebiet handeln, für welches keinerlei Rechtsgrundsätze gelten, so könnte die Einmischung eines anderen Staates nicht als völkerrechtswidrig bezeichnet werden. Das Ergebnis dieser Theorie wäre, daß die Völkerrechtsordnung den Staat auf seinem ureigenen Gebiet nicht schützte, und daß man von einer *compétence exclusive*, einem Gebiet ausschließlicher Ausübung eigener Staatsgewalt überhaupt nicht sprechen könnte. Darum redet auch der Ständige Internationale Gerichtshof von dem »*intérêt primordial de chaque Etat de conserver intacte son indépendance dans les affaires que le droit international reconnaît comme étant de son domaine exclusif* 40).« Abzulehnen ist der Versuch der Zerteilung des *domaine réservé* in ein Gebiet, das die Völkerrechtsordnung dem Einzelstaat zuweist, und in ein solches, das sich aus dem Mangel an Rechtsnormen ergibt 41).

Die Annahme, daß es sich bei dem Gebiet der ausschließlichen Hoheit des Einzelstaates um ein von der Völkerrechtsordnung überhaupt nicht

40) Gutachten Nr. 4 S. 25. Diese Stelle scheint freilich in einem gewissen Gegensatz zu der Ausführung auf S. 23 zu stehen, nach welcher die Gebiete der *compétence exclusive* grundsätzlich vom Völkerrecht überhaupt nicht geregelt sein sollen; doch wird dieser Satz dahin erläutert: »En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ses décisions.« Da dieser Satz keine bloß tatsächliche Feststellung enthalten kann, wird er im Sinne eines Rechtes auf eigene Entscheidung verstanden werden müssen. Vgl. zu der ganzen Frage diese Zeitschrift Bd. I T. 1 S. 40 ff. und neuerdings die Beschlüsse des Institut de droit international in Oslo; James Brown Scott, *Revue de droit international* 1933 Bd. XI S. 31 ff.; Baak, *Revue de droit international et de législation comparée* Bd. 13 S. 824 ff.

41) Bericht von Borel und Politis, *Annuaire de l'Institut* Bd. 33 S. 747. Bericht Wehbergs über die Osloer Tagung des Instituts, *Friedenswarte* Oktober 1933 S. 205.

erfaßtes Gebiet handele, führt übrigens nach Artikel 28 der Generalakte zu einem merkwürdigen Ergebnis. Nach der Generalakte sind politische Streitfragen dem règlement arbitral zu unterwerfen. Der Schiedshof hat eine Entscheidung zu treffen nach Rechtsnormen, und wo solche fehlen, ex aequo et bono. Nach der angeführten Theorie könnte jeder Staatsakt, der innerhalb der ausschließlichen Hoheitssphäre vorgenommen wurde, der Nachprüfung im Schiedsverfahren und einer bindenden ex aequo et bono-Entscheidung unterworfen werden. Es bedurfte eines ausdrücklichen Vorbehalts bei der Unterzeichnung der Generalakte, um eine solche Möglichkeit auszuschließen. Nimmt man dagegen an, daß diese ausschließliche Hoheitssphäre ein von der Völkerrechtsordnung gewährtes Recht ist, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß ein solcher Anspruch auch von dem Schiedshof abzuweisen ist, ohne daß es eines besonderen Vorbehalts bedarf 42). Ausgeschlossen aber ist es, diese letztere Meinung zu vertreten und gleichzeitig anzunehmen, daß das Gebiet der ausschließlichen Hoheit des Einzelstaates nicht von der Völkerrechtsordnung durch Rechtssatz gewährleistet sei, wie das nach dem Bericht von Wehberg über die Osloer Tagung des Institut de Droit international bei den Verhandlungen offenbar der Fall war 43).

Schließlich muß noch auf einen Punkt hingewiesen werden. Das allgemeine Recht zur Ausübung eigenstaatlicher Hoheit gründet sich auf das Persönlichkeitsrecht als das Recht auf Unverletzlichkeit der Existenz und der Freiheit des Handelns im eigenen Bereich. Die Fragen nach der Entstehung der Rechtspersönlichkeit, nach den Rechtstiteln für die Erscheinungsformen der Rechtsperson, also etwa nach dem Rechtstitel für einen Gebietserwerb, gehören nicht in den ausschließlichen Hoheitsbereich des Einzelstaates. Das hat Verzijl mit Recht hervorgehoben, wenn auch seine Meinung, daß das internationale Recht sich bisher nicht in die Gebietsstreitigkeiten eingemischt habe, nicht haltbar ist 44). Am besten hat diese Dinge die Juristenkommission zur Behandlung der Alandfrage formuliert 45): »Il faut observer toutefois que ce qui a  t  dit des attributs de la souveraineté de l'Etat ne s'applique, d'une manière générale, qu'en tant qu'il s'agit d'un peuple définitivement constitué en Etat souverain, membre indépendant de la communauté internationale et aussi longtemps qu'il continue à posséder ces caractères . . . Ce passage d'une situation de fait à une situation de droit définitive et normale, ne saurait être considéré comme relevant de la compétence exclusive d'un Etat. Il tend à amener des modifications

42) Borel, Recueil des Cours Bd. XXVII S. 566.

43) Friedenswarte 1933 S. 292 ff.

44) Verzijl a. a. O. S. 752.

45) Journal officiel, Supplément spécial Nr. 3 S. 5.

dans l'ensemble des membres de la communauté internationale et dans leur statut territorial et juridique et, par conséquent, il intéresse cette communauté au plus haut degré aussi bien dans l'ordre politique que dans l'ordre juridique.»

Mit diesem Regelsystem ist die Geschlossenheit der Völkerrechtsordnung gegeben. Sie erlaubt in jedem einzelnen Fall ein rechtliches Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Staates abzugeben. Aus diesem System folgt, daß wenn ein Staat einem anderen gegenüber ein Recht in Anspruch nimmt, dieser Anspruch abzuweisen ist, wenn er nicht auf einen besonderen Völkerrechtstitel gegründet werden kann <sup>46)</sup>.

Brierly hat vollkommen Recht, wenn er sagt: »Surely when we speak of 'gaps' in the law, international or municipal, we are using a tendencious metaphor appropriate to critics, but not one of the jurist's terms of art. We are thinking of contingencies in which we know that the only answer a court can give to a complainant state or individual is that his grievance constitutes, as the law stands, no cause of action. We do not mean that the law has *no* rule for these contingencies, but merely that we do not like the rule that the law directs the court to apply <sup>47)</sup>.«

Aus der Geschlossenheit der Völkerrechtsordnung folgt, daß sie für jede Staatenstreitigkeit eine Entscheidungsnorm enthält und daher jede Streitfrage von dem Gericht nach Rechtsnormen entschieden werden kann. Es ist daher unrichtig, zum Unterscheidungsmerkmal der Rechtsstreitigkeit die Entscheidbarkeit nach Rechtsnormen zu machen.

## 2. Die Nichtrechtsstreitigkeiten

Die modernen Verträge über friedliche Streitschlichtung beruhen wohl alle auf zwei Grundlagen. Einmal sehen sie vor, daß im Grundsatz alle Staatenstreitigkeiten einem Verfahren unterworfen werden sollen, und weiter, daß nicht alle Streitigkeiten im Rechtsverfahren zu behandeln sind. Die Rechtsordnung gestattet an sich, alle Streitigkeiten nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Aus der Zweiteilung des Verfahrens folgt der Wille der vertragschließenden Parteien, gewisse Streitigkeiten nicht als Rechtsstreitigkeiten entscheiden zu lassen. Auf

<sup>46)</sup> Anzilotti, Corso III, S. 64; M. Huber, *Annuaire de l'Institut* 1927 Bd. 33 S. 764; Gihl, *Nordisk Tidsskrift for Intern. Ret* Bd. III H. 2 S. 60 ff.; Verdroß, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* S. 74; Decenièvre-Ferrandière, *Revue générale* 1929 Bd. 36 S. 425 ff.; vgl. auch Salvioli in *Studi di diritto pubblico e corporativo* 1928 S. 250.

<sup>47)</sup> *British Year Book*, 1930, S. 128.

welche Streitigkeiten bezieht sich also das Vermittlungsverfahren? Welche Streitigkeiten sind die »anderen Streitigkeiten«, die nicht im Rechtsverfahren erledigt werden sollen?

Der Grund für die Unterscheidung kann offenbar, wie bereits festgestellt, nicht daran liegen, daß es für bestimmte Streitigkeiten keine Rechtssätze gibt. Der Grund muß vielmehr darin gesucht werden, daß die Rechtsregeln den zwischen den Parteien bestehenden Interessenkonflikt nicht in befriedigender Weise zu lösen vermögen, ja vielleicht selbst erst den Konflikt zur Entstehung gebracht haben.

Wenn die Parteien also in einem Vertrag Fälle vorsehen, in denen das Rechtsverfahren nicht stattfinden soll, so kann das einen doppelten Grund haben: Entweder wollen sie sich die Möglichkeit vorbehalten, eine Streitfrage überhaupt nicht und jedenfalls nicht im Rechtsverfahren schlichten zu lassen, weil sie das Risiko eines ungünstigen Ausgangs nicht auf sich zu nehmen wünschen. Diesem Fall dienen die Vorbehalte in den Schiedsgerichts- und Vergleichsverträgen, die sich teils auf beide Verfahrensarten beziehen, teils das Entscheidungsverfahren nach Rechtsgrundsätzen ausschließen. Der andere Fall ist der, daß die Parteien eine Streitigkeit zwar nicht dem Verfahren entziehen wollen, daß aber das Rechtsverfahren sich zur Behandlung dieser Streitigkeit nicht eignet, denn sie wünschen zu einer Neuregelung der Frage zu gelangen, die unter Umständen die Aufhebung bestehender Vertragsvorschriften erforderlich macht <sup>48)</sup>.

Wenn so verschiedenartige Dinge wie die Streitigkeiten um Auslegung und Anwendung bestehender Rechtssätze und daneben Meinungsverschiedenheiten über deren Abänderungsbedürftigkeit in einem und demselben Vertrag behandelt werden, so hat das seinen Grund in der Eigenart der Völkerrechtsordnung. In der Völkerrechtsgemeinschaft sind die Staaten als Träger von Rechten und Pflichten zur Anwendung der Rechtsnormen berufen, gleichzeitig sind sie auch allein berechtigt, im Wege der Einigung neues Recht zu schaffen. So können Meinungsverschiedenheiten über Notwendigkeit, Art und Umfang der Rechtsänderung die Form eines Parteienstreites annehmen und in dieser Form einem Verfahren unterworfen werden.

Obwohl dies Verfahren nur der Vermittlung dient, also lediglich die freiwillige Einigung der Parteien erleichtern und fördern soll, so ist es doch prozeßartig ausgestaltet als Streit der Parteien vor einer unabhängigen und unparteiischen Instanz, mit dem Unterschied, daß eben kein Urteil, das die Parteien bindet, ergeht, sondern ein Gutachten erstattet wird, in dem der Vergleichsrat die ihm gerecht und zweck-

<sup>48)</sup> Vgl. Brierly, *The Law of Nations* 1928 S. 185; Deutsche Denkschrift zum deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag S. 7; Sir John Fischer Williams, *International Change and International Peace* S. 12.

mäßig erscheinende Lösung des Konflikts vorschlägt. Nur in einzelnen Verträgen ist für den Fall des Scheiterns der Vermittlungsaktion des Vergleichsrats vereinbart, daß eine andere internationale Instanz, meist ein Gericht, nicht selten der Ständige Internationale Gerichtshof, den Streit ex aequo et bono durch bindenden Spruch zu entscheiden habe. Da das Gericht hier nicht an die Rechtsordnung gebunden ist, so ist seine Tätigkeit auch keine richterliche Tätigkeit. Das Gericht hat hier die Aufgabe eines Spezialgesetzgebers für den Einzelfall zu übernehmen 49).

Dem Richter können Streitigkeiten über die Abänderung der bestehenden Rechtsvorschriften nicht unterbreitet werden, denn als Richter hat er das bestehende Recht anzuwenden. Nicht daß sein Spruch die Parteien bindet, ist Wesensmerkmal richterlicher Tätigkeit — bindende Entscheidungen können auch nichtrichterliche Instanzen treffen, — entscheidend ist seine eigene Bindung an die Rechtsordnung.

So können also Streitigkeiten, die sich nicht auf Auslegung und Anwendung bestehender Regeln beziehen, auch nicht als Rechtsstreitigkeiten ausgetragen werden, und darum muß für sie ein eigenes Verfahren bereitgestellt werden, soll nach dem Vertrag jeder möglicherweise entstehende Streit einem Verfahren unterworfen werden.

Daß die Verträge auch die Meinungsverschiedenheiten über die Änderung bestehender Rechte erfassen, hat noch einen anderen Grund.

Politisches Handeln hat zum Gegenstand, das Zusammenleben in der Gemeinschaft der Staaten so gut wie in der einzelnen staatlichen Gemeinschaft zu bestimmen. Die Bestimmung erfolgt durch Rechtssetzung, die darum das Ziel allen politischen Handelns ist. Im Staatenvertrag wie im Gesetz sucht die Politik die Sicherstellung des Erreichten, sucht das Ergebnis des zeitlichen Kräfteverhältnisses für die Zukunft festzulegen. So entsteht aus politischem Handeln Vertrag und Gesetz, und diese wiederum werden Grundlage und Anlaß für politisches Handeln.

Die Rechtsordnung als Universalordnung für das Gemeinschaftsleben muß auch das politische Handeln unter seine Regel stellen, muß die Formen vorschreiben, in denen der politische Kampf um die Gestaltung der Gemeinschaftsregeln sich abzuspielen hat und in denen sein Ergebnis Rechtsvorschrift und damit Bestandteil der Rechtsordnung wird. Diesem Zwecke dienen im Staat die Vorschriften über den Weg der Gesetzgebung, in der völkerrechtlichen Staatengemeinschaft die Vorschriften über Begründung und Aufhebung von Regeln und die Schlichtung der Streitigkeiten über Rechtsänderungen.

49) Schindler, Recueil des cours Bd. 25 S. 268 ff.

Das auf  
 Vertrag  
 Ergebnis  
 Vorschriften  
 im Staat  
 Vorschriften  
 Begründung  
 Aufhebung  
 Schlichtung  
 Rechtsänderungen  
 Resolution

Darum ist es eine Verkennung des Wesens einer Rechtsordnung, eine Verkennung der Rechtsidee, wenn man ein Verfahrenssystem schafft, das grundsätzlich der Schlichtung aller Streitigkeiten dienen soll, unter ihnen aber gerade die wichtigsten politischen Streitfragen ausnimmt, wie das im Genfer Protokoll geschehen sollte, oder wenn man alle Streitfälle dem Rechtsverfahren unterwirft, indem man sie nach Rechtsnormen entscheiden läßt.

Das letztere ist in der Genfer Generalakte geschehen. Sie trennt die politischen Streitigkeiten von den Rechtsstreitigkeiten und sieht für beide verschiedene Verfahren vor, für die Rechtsstreitigkeiten das *règlement judiciaire*, für die politischen Streitigkeiten das *règlement arbitral*. Aber wenn damit auch die politischen Streitigkeiten dem Schiedsgericht entzogen sind, so werden sie doch einem Rechtsverfahren unterworfen, denn die Schiedsinstanz hat die Streitigkeit nach denselben Rechtssätzen wie das Schiedsgericht zu entscheiden. Das System der Generalakte bedeutet somit im Grunde nichts anderes als die vertragliche Verpflichtung, jeden Streit nach Rechtsregeln entscheiden zu lassen, wobei zwischen Rechts- und politischen Streitigkeiten nur der Unterschied gemacht wird, daß für die ersteren das Vermittlungsverfahren fakultativ, für die letzteren obligatorisch vorgesehen ist. Um dieses Unterschiedes willen ist das ganze komplizierte Vertragssystem errichtet. Neu an der Generalakte ist, daß zwei Rechtsverfahren nebeneinander eingerichtet sind, die nach denselben Rechtsgrundsätzen zu entscheiden haben. Neu ist zwar nicht, daß jeder Streit durch eine bindende Entscheidung seine Lösung finden muß, wohl aber, daß diese Entscheidung ein Rechtsspruch sein soll. Damit hebt die Generalakte in willkürlicher Weise den in Artikel 17 festgesetzten Unterschied zwischen Rechts- und politischen Streitigkeiten selbst wieder auf. Hat es unter diesen Umständen überhaupt einen Sinn, in einem Vorverfahren den Charakter der Streitigkeit durch den Ständigen Internationalen Gerichtshof festsetzen zu lassen, wenn alle Streitigkeiten zwangsweise im Rechtsverfahren ihr Ende finden<sup>50)</sup>?

Durch die Gewaltlösung des Artikels 28 wird freilich nur erreicht, daß ein Urteil über die Rechtsfrage ergeht, die nicht bestritten war, aber der politische Streit ungelöst bleibt. Das in Artikel 1, 17 und 21 proklamierte Ziel der Generalakte, alle Streitfälle einer Entscheidung zuzuführen, ist nicht verwirklicht<sup>51)</sup>. So bleiben die politischen Streit-

<sup>50)</sup> Schücking, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 10 S. 191. Die Generalakte verteidigt Borel, *Annuaire de l'Institut*, 1929, Bd. XXXV, S. 480; Gallus, *Revue de droit international et de législation comparée* Bd. 11 (1930) S. 228, 459, 912.

<sup>51)</sup> von Simson, *Journal Officiel, Supplément spécial* Nr. 65 S. 77.

fragen unerledigt 52). Das hat auch Politis in dem Bericht des Unterkomitees zu Artikel 28 zugegeben 53). Die auf solche Weise erzwungene rechtliche Entscheidung eines politischen Streites hat, wie Brierly eindrücklich nachweist, nicht einmal insofern Wert als sie Klarheit über die rechtliche Grundlage einer politischen Vermittlung, etwa des Völkerbundsrats schafft, denn gerade in den wichtigsten Fällen pflegt die Rechtsfrage nicht bestritten zu sein, im Gegenteil, durch den Rechtspruch wird aller Wahrscheinlichkeit nach der Widerstand des Staates, zu dessen Gunsten das Urteil ergangen ist, gegen eine Änderung des Rechtszustandes verstärkt. Brierly hat vollkommen Recht in seiner Kritik, wenn er ausführt: »It is not suggested that international legal rights ought lightly to be set aside; there is and there always should be a presumption favouring the state whose cause has the sanction of existing law. But in the present state of international organisation we need no new safeguards against that danger. The real danger is exactly the reverse, that the system is too little responsive to the need for change, and the effect of the procedure here suggested, perhaps the not unintended effect, could only be to make it less responsive still« 54).

So ist politischer Streit Streit um Schaffung neuen oder Aufrechterhaltung alten Rechts, also Streit um das Recht, nicht Streit nach dem Recht, ist nicht nach Rechtsregeln zu entscheiden, und darum nicht Rechtsstreitigkeit 55).

Die Unterscheidung zwischen Rechtsstreitigkeiten und politischen Streitigkeiten wird bestimmt durch den Willen der Parteien. Diese haben zu entscheiden, ob sie einen Interessenkonflikt auf der Grundlage der bestehenden Rechtsvorschriften austragen wollen, oder ob die Beilegung des Konfliktes durch eine Neugestaltung der Rechtsbeziehungen herbeigeführt werden soll.

6.8.1.02  
Brierly, S.  
Vgl. auch

### 3. Die Bestimmung des Verfahrens durch die Parteien

Der Unterschied zwischen Rechtsstreitigkeit und politischer Streitigkeit liegt nicht in dem objektiv feststellbaren Umstand begründet, ob die Streitigkeit nach Rechtsgrundsätzen entschieden werden kann oder nicht. Die Unterscheidung ergibt sich im Einzelfall aus dem Willen der Parteien. Wird also die Natur des Streites durch den Parteiwillen im Einzelfall bestimmt, so erhebt sich eine Schwierigkeit: Wer hat diese Natur des Streits und damit das Verfahren zu bestimmen? Ist

52) Brierly, British Year Book 1929 S. 129.

53) Supplément spécial Nr. 65 S. 72.

54) Ebenso Gihl a. a. O. S. 45.

55) Vgl. Barandon, Das Kriegsverhütungsrecht des Völkerbunds S. 195 ff.

dieses Recht jeder Partei gegeben oder kann ein Verfahren, sei es vor dem Gericht, sei es vor der Vergleichskommission nur stattfinden, wenn beide Parteien sich auf das Verfahren geeinigt haben?

Zunächst wird zu prüfen sein, in welcher Form eine Partei das politische Begehren auf Abänderung des bestehenden Rechtszustandes stellen kann. Begehrt sie von der anderen Partei ein Verhalten, das sie nach den bestehenden Regeln zu fordern nicht berechtigt ist, so wird sie sich im Zweifel an die politische Instanz, also an die Vergleichskommission wenden und damit ihr Begehren ausdrücklich als ein politisches formulieren. Sie kann dieses Begehren aber auch in die Form eines Rechtsanspruchs kleiden und sich an die Gerichtsinstanz wenden. Mit einer solchen Klage würde begehrt, was die Rechtsordnung nicht gewährt. Darum könnte die Klage als eine politische bezeichnet werden; denn was der Kläger begehrt, ist im Grunde nicht Rechtsanwendung sondern Rechtsänderung.

Möglich ist ferner, daß die Partei zunächst die Abänderung des bestehenden Rechtes und die Festlegung einer neuen Rechtsvorschrift anstrebt, die sie berechtigt, von der anderen Partei das gewünschte Verhalten zu verlangen. Ein solches Verlangen wird nur an die politische Instanz, die Vergleichskommission, gerichtet werden können, denn die Berufung auf Regeln wie die der Nichtzumutbarkeit unmöglicher Leistungen oder auf die *clausula rebus sic stantibus* könnte nur zur Aufhebung einer bestehenden Verpflichtung, aber nicht zur Begründung neuer Rechte dienen.

Begehrt umgekehrt ein Staat die Befreiung von einer bestehenden Verpflichtung, so wird durch die bloße Weigerung der Erfüllung dem Gläubigerstaat Anlaß gegeben, Klage auf Feststellung der Schuldverbindlichkeit und auf Leistung vor der Gerichtsinstanz zu erheben. Der verpflichtete Staat wird also, um von seiner Verbindlichkeit frei zu kommen, entweder Klage vor dem Gericht auf Feststellung des Untergangs seiner Verbindlichkeit, etwa unter Berufung auf die eben erwähnten Sätze erheben oder sich an die Vergleichsinstanz wenden müssen, um die Aufhebung der Verbindlichkeit zu erreichen.

Die Bestimmung des Verfahrens durch den Parteiwillen macht in den Fällen keine Schwierigkeit, in denen sie beide einig sind über die Austragung eines Streites vor dem Gericht oder über die Notwendigkeit der Neuregelung bestimmter Beziehungen vor der Vergleichskommission oder dem Schiedshof. Die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen erst für den Fall, daß in einem Staatenkonflikt die eine Partei den bestehenden Rechtszustand aufrecht zu erhalten wünscht und die andere seine Aufhebung oder Änderung erstrebt.

Der Streit um die Abänderung bestehender Vorschriften setzt stets einen Interessenkonflikt voraus, der durch die Anwendung der be-

stehenden Rechtsregeln zu entscheiden ist. Weigert sich in dem Interessenkonflikt der eine Staat, die bestehende Verpflichtung oder Beschränkung anzuerkennen, da er sie aufgehoben zu wissen wünscht, so sind im Grunde nicht zwei Streitigkeiten, Rechtsstreitigkeit und Streit um Abänderung der bestehenden Vorschriften, gegeben, sondern nur einer. In dem Begehren nach Abänderung gibt der verpflichtete Staat zu erkennen, daß er die bestehenden Vorschriften anerkennt. In dem ursprünglichen Konflikt ist also gar kein Rechtsstreit zu erblicken. Bei einem solchen Verhalten des beklagten Staates würde es zur Durchführung des Rechtsverfahrens an einem »différend« im Sinne der Verträge fehlen. Hier kann der durch die Vorschrift gebundene Staat nur ein Interesse an einem Ausgleichsverfahren haben, sowie an der Aussetzung des Gerichtsverfahrens bis zum Abschluß des ersteren. Wird in dem Ausgleichsverfahren ein für ihn günstiges Ergebnis erzielt, so fällt für den anderen Staat der Rechtstitel, auf Grund dessen er das Rechtsverfahren betreiben könnte, fort. Ist das Ergebnis ungünstig, so wird der unterlegene Staat es auf ein Rechtsverfahren nicht mehr ankommen lassen. Es ist kaum anzunehmen, daß der beklagte Staat den Rechtsanspruch des Klägers mit Rechtsgründen zu bekämpfen und gleichzeitig in einem Ausgleichsverfahren eine seinen Interessen entsprechende Neufestsetzung von Rechtsvorschriften begehrt, denn er würde seine doppelte Stellungnahme nur auf eine widersprechende Begründung stützen können.

Die heutigen Schiedsgerichts- und Vergleichsverträge erfassen grundsätzlich alle zwischen den Staaten entstehenden Streitigkeiten und begründen für die vertragschließenden Teile eine Rechtsverpflichtung, die Streitigkeiten nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen zu behandeln. Sie enthalten darüber Vorschriften, auf welche Weise das Gericht oder die politische Instanz mit einem Verfahren befaßt werden kann, und insbesondere darüber, ob das nur in der Form einer Vereinbarung (Kompromiß) oder durch einseitige Antragstellung geschehen kann.

a) Wenn das Verfahren nur durch ein Kompromiß beider Parteien in Gang gebracht werden kann, so wird zu prüfen sein, ob sie im Einzelfall nach freiem Belieben bestimmen können, welche Instanz sich mit dem Einzelstreit zu befassen hat, oder ob die angerufene Instanz berechtigt ist, sich für unzuständig zu erklären.

Hier wird ein Unterschied gemacht werden müssen je nachdem es sich um die Anrufung einer nicht von den Parteien geschaffenen Instanz handelt oder nicht. Betrachten wir zunächst den Fall, daß die Parteien eine Vergleichskommission oder ein Gericht anrufen, das sie selbst geschaffen haben, sei es als ständige Einrichtung in Ausführung

eines zwischen ihnen abgeschlossenen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrages, sei es ein durch das über den Einzelfall abgeschlossene Kompromiß gebildetes Gericht oder eine ebenso bestellte Vergleichskommission. Hier können die Parteien unter Abänderung der Bestimmungen des Schieds- und Vergleichsvertrags das Gericht beauftragen, den Streit entweder nach bestimmten von den Parteien vereinbarten Regeln oder nach Billigkeit zu entscheiden. Ebenso können sie dem Vergleichsrat bestimmte Regeln für den aufzustellenden Vergleichsvorschlag vorschreiben oder ihm eine *ex aequo et bono*-Entscheidung übertragen.

Anders steht es, wenn die Parteien auf Grund des zwischen ihnen abgeschlossenen Schieds- und Vergleichsvertrags sich mit ihrem Kompromiß an eine ständige, nicht von ihnen geschaffene internationale Instanz, also etwa den Ständigen Internationalen Gerichtshof oder den Völkerbundsrat wenden. Für die Tätigkeit dieser Instanzen ist deren Statut maßgebend, das die Parteien nicht oder doch nur in dem dort vorgesehenen Rahmen durch ihre Vereinbarung abzuändern vermögen. Würde also z. B. bei dem Ständigen Internationalen Gerichtshof ein Kompromiß eingereicht, in welchem die Parteien das Gericht ersuchen, einen entstandenen Konflikt nicht nach den bestehenden Normen zu entscheiden, sondern nach billigem Ermessen eine neue Regelung zu treffen, so könnte der Gerichtshof diese Regelung des Streites nur übernehmen, wenn er der Meinung ist, daß die Parteien ihn gemäß Artikel 38 seines Statuts um eine *ex aequo et bono*-Entscheidung ersucht haben<sup>56)</sup>. Der Gerichtshof hat nach Artikel 36 seine eigene Zuständigkeit zu prüfen, er könnte es daher ablehnen, sich mit der Angelegenheit zu befassen, wenn er der Meinung wäre, daß die Voraussetzungen des Artikels 38 Absatz 2 nicht vorliegen. Es würde andererseits nicht angehen, daß der Gerichtshof sich mit einem nach dem Kompromiß durch Billigkeitsentscheidung zu schlichtenden Streit befaßt und ihn gemäß Abs. 1 des Artikels 38 unter Anwendung der bestehenden Rechtsregeln entschiede, denn dazu hat das Kompromiß den Gerichtshof nicht ermächtigt. Haben dagegen die Parteien sich in dem Kompromiß geeinigt, daß bestimmte Rechtssätze der Entscheidung zugrunde zu legen seien, so würde die Cour zuständig sein und diese Regeln ihrer Entscheidung nach Artikel 38 Ziff. 1 zugrunde zu legen haben<sup>57)</sup>.

Das Ergebnis ist also: Sind die Parteien einig darüber, in welchem Verfahren ihre Streitigkeit geschlichtet werden soll, so entscheidet das Kompromiß, ob die Gerichtsinstanz oder die Vergleichsinstanz sich mit dem Streit zu befassen hat.

b) Soll der Antrag einer Partei genügen, das Verfahren in Gang zu setzen, so muß das Gericht oder die Vergleichsinstanz entweder

<sup>56)</sup> Vgl. das Urteil im Zonenstreit vom 7. Juni 1932, Serie A/B Nr. 46 S. 149 ff.

<sup>57)</sup> Anzilotti, Lehrbuch des Völkerrechts S. 87.

als ständige Organisation bereits bestehen oder durch die Parteien selbst auch im Falle der Nichtmitwirkung des Gegners ins Leben gerufen werden können. Räumt der Schiedsgerichtsvertrag jeder Partei das Recht ein, durch einseitigen Antrag das Verfahren vor der internationalen Instanz anhängig zu machen, so bedeutet das, daß jede Partei für sich allein das Recht haben soll, den Streitgegenstand und die Instanz zu bestimmen, vor der der Streit ausgetragen werden soll. Ist die Eröffnung des Verfahrens an das zwischen beiden Parteien zu vereinbarende Kompromiß gebunden, so muß eine Einigung der Parteien erzielt werden darüber, daß überhaupt ein Verfahren in Gang gesetzt werden soll, sowie über den Gegenstand des Streites und über die zu wählende Instanz. Wo dagegen die einseitige Antragstellung genügt, muß der Gegner sich auf die Führung des Streites einlassen, ist der Streit über den vom Kläger bestimmten Gegenstand vor der vom Kläger gewählten Instanz zu führen.

Der Beklagte kann dem Verfahren widersprechen durch die Behauptung, daß der Streitgegenstand unter einen der vertraglichen Vorbehalte (wie Lebensinteressen, ausschließliche Zuständigkeit des Staates, Gebietsfrage usw.) gehöre. Sowohl das Gericht wie die Vergleichskommission hat die durch die Behauptung des Beklagten aufgeworfene Rechtsfrage zu prüfen und nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Diese Rechtsgrundsätze sind dem Schieds- und Vergleichsvertrag zu entnehmen. Kommt das Gericht zu der Auffassung, daß die beklagte Partei sich zu Recht auf den Vorbehalt berufen hat, so muß es die Klage wegen Unzuständigkeit abweisen; da es für diesen Streitfall an einer Vereinbarung der Parteien fehlt.

#### 4. Die Bestimmung des Verfahrens durch das Gericht

Eine andere Frage ist die, ob die beklagte Partei dagegen Widerspruch erheben kann, daß der Streit in dem von dem Kläger gewählten Verfahren behandelt und entschieden werde. Der klagende Staat hat z. B. den Streit vor der Vergleichskommission anhängig gemacht, die beklagte Partei aber, die ein Interesse an der Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes hat, wünscht den Streit als Rechtsstreit zu führen.

Eine große Zahl von Verträgen, darunter die Generalakte des Völkerbundes in Artikel 41, bestimmen, daß das Schiedsgericht und zwar als solches meist der Ständige Internationale Gerichtshof über die Qualifikation des Streites zu entscheiden habe. Nach den Artikeln 2 und 13 des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags war eine Entscheidung des Schiedsgerichts über die Einrede vorgesehen, daß die Streitigkeit keine Rechtsstreitigkeit sei oder daß

der im Vergleichsverfahren anhängig gemachte Streitfall vom Schiedsgericht zu entscheiden sei.

Die Übertragung der Entscheidung dieser Frage an das Gericht bedeutet, daß sie nach Rechtsgrundsätzen und nicht nach freiem Ermessen zu erledigen ist. Aus keiner der in den Verträgen enthaltenen Formulierung ergibt sich, daß das Gericht ausnahmsweise nach freiem Ermessen zu entscheiden berechtigt ist. Nach welchen Regeln hat das Gericht also die Frage zu beurteilen?

Man wird davon auszugehen haben, daß kein Staat nach Völkerrecht verpflichtet ist, seine Streitigkeiten mit anderen Staaten der Vermittlung oder der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterbreiten, ohne sich dazu verpflichtet zu haben. Der Ständige Internationale Gerichtshof hat in dem ostkarelischen Gutachtenverfahren diesen Grundsatz seiner Entscheidung zugrunde gelegt und damit den Protest des Volksbeauftragten Tschitscherin als berechtigt anerkannt, der den Antrag der finnischen Regierung auf Behandlung des Streitfalles durch den Völkerbundsrat als eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten seines Landes bezeichnete. Entscheidend ist, inwieweit und unter welchen Bedingungen sich die Parteien in dem Schiedsgerichts- und Vergleichsabkommen den beiden Arten der Streitschlichtung unterworfen haben. Haben sie das Recht zur einseitigen Antragstellung bei der Vergleichskommission oder dem Schiedsgericht sich gegenseitig zuerkannt, so muß sich der Vertragsgegner auf das Verfahren vor der vom Kläger gewählten Instanz einlassen.

Sie haben damit das Recht zur Qualifikation des Streites in das Ermessen des Einzelstaates gestellt. Das muß umsomehr angenommen werden, als ein objektives Kriterium zur Bestimmung der Natur des Streites nicht besteht, sondern dieser aus dem Parteiwillen seine Bestimmung empfängt.

Hat der Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag als Rechtsstreitigkeit den Streit bezeichnet, in dem ein Recht geltend gemacht wird, und gleichzeitig einseitige Klagerhebung gestattet, so hat damit jeder Staat sich dem andern verpflichtet, sich einem Rechtsverfahren zu unterwerfen, das durch den Antrag einer Partei anhängig gemacht werden kann. Es ist nach dem Vertrag nicht möglich, für die Zuständigkeit des Gerichts noch weiter zu fordern, daß der Beklagte den klägerischen Antrag mit Rechtsgründen bekämpft. Eine solche Annahme führte zu dem Ergebnis, daß ein Rechtsverfahren nur stattfinden kann, wenn beide Parteien den Streit als Rechtsstreit führen wollen. Es würde also damit eine Art Kompromiß der Parteien verlangt und das Recht der einseitigen Klagerhebung illusorisch gemacht.

Das Ausgeführte muß auch für Schiedsgerichtsverträge gelten, die,

wie die Generalakte, den Rechtsstreit als Streit definieren, in dem die Parteien untereinander über ein Recht streiten. In der Generalakte ist zunächst davon die Rede, daß, wenn die Parteien einig sind, den Streit einem Schiedsgericht zu unterbreiten, ein Kompromiß abgeschlossen werden soll. Wenn aber zwischen den Parteien keine Einigung über das Kompromiß zustande kommt, so sollen nach Artikel 19 beide Parteien für sich das Recht haben, durch einseitige Klagenerhebung den Streit vor den Ständigen Internationalen Gerichtshof zu bringen. Wollte man dem beklagten Staat das Recht geben, vor dem Gerichtshof den Rechtscharakter des Streites zu bestreiten, so müßte dieser die Zulässigkeit des Rechtswegs verneinen. Es würde nach der Generalakte unmöglich sein, durch einseitige Klagerhebung einen Rechtsstreit anhängig zu machen<sup>58)</sup>.

Die Frage, nach welchen Rechtsregeln das Gericht den Widerspruch der beklagten Partei beurteilen soll, ist in dem großen Schrifttum über die Schiedsverträge und die Schiedsgerichtsbarkeit soviel ich sehe nur selten behandelt worden<sup>59)</sup>. Schindler<sup>60)</sup> meint, der Gerichtshof, dem die Aufgabe zufalle, den Charakter des Konfliktes zu bestimmen, müsse über die nötige Freiheit in der Beurteilung verfügen. »Elle ne sera pas guidée par des critères formels, mais cherchera la solution qui, en l'espèce et par les conséquences qu'elle comporte, est la plus conforme à la justice et au maintien de la paix. S'il est permis d'émettre une idée à première vue paradoxale, nous dirons que c'est la solution la plus raisonnable qui déterminera le caractère soit juridique, soit politique du conflit.«

Nach dieser Auffassung wäre das Gericht bei seiner Entscheidung nicht an Rechtsregeln gebunden. Dagegen scheint mir, wie schon oben erwähnt, der Text der Verträge zu sprechen; die dem Gerichte jedenfalls nicht ausdrücklich diese freie Stellung einräumen und zu einer Entscheidung *ex aequo et bono* ermächtigen. Wenn die Parteien von den zwei Instanzen, dem Vergleichsrat und dem Schiedsgericht, die an sich mit der Entscheidung hätten betraut werden können, gerade das Gericht gewählt haben und nicht den Vergleichsrat, so liegt darin der Beweis dafür, daß die Parteien eine Rechtsentscheidung nach Rechtssätzen wünschen. Wenn sie das nicht gewollt hätten, hätten sie diese Aufgabe dem Vergleichsrat übertragen müssen, der in der

<sup>58)</sup> Vgl. Hostie a. a. O. S. 579 f.

<sup>59)</sup> Der Bericht von Borel und Politis im *Annuaire de l'Institut* Bd. 33 S. 744 spricht lediglich von der *appréciation concrète des juges compétents*. Vgl. aber Salvioli a. a. O. S. 253, Castberg 165.

<sup>60)</sup> *Recueil des Cours* 1928 Bd. 25 S. 310.

Würdigung der ihm vorgelegten Fragen die größere Freiheit besitzt, da er nicht an die Rechtsvorschriften gebunden ist.

Die nach freiem Ermessen zu treffende Zuständigkeitsentscheidung soll zum Gegenstand haben »das Vorliegen oder Mangeln der Zumutbarkeit richterlicher Erledigung«<sup>61)</sup>. Eine solche Ermächtigung des Gerichts stände aber im Widerspruch zu dem Sinn und Wortlaut der Schiedsgerichts- und Vergleichsverträge. Denn deren ganzer Sinn und Zweck ist es, möglichst genau festzustellen, ob und in welchen Fällen die Staaten einen Streit einem Streiterledigungsverfahren vor einer internationalen Instanz zu unterwerfen verpflichtet sind, insbesondere ob dazu eine Einigung beider Teile in einem Kompromiß oder die einseitige Antragstellung oder Klagerhebung genügen soll. Nach dieser Auffassung würde die Instanz nur durch eine Einigung der Parteien oder — bei ihrem Fehlen — durch die Entscheidung des Gerichtes bestimmt werden können. Das hätte zur praktischen Folge, daß die klagende Partei niemals mit Sicherheit auf die Durchführung des Verfahrens durch die Instanz, bei der sie den Antrag gestellt hatte, rechnen könnte. Und weiter: erhebt der eine Staat Klage vor dem Gericht und verweist das Gericht wegen des Widerspruches der beklagten Partei den Streit in das Vermittlungsverfahren, so wird dem Kläger der Rechtsweg abgeschnitten. Die Bedeutung eines Urteils dieser Art würde die sein, daß das Gericht die Erhaltung des rechtlichen status quo als nichtzumutbar feststellt<sup>62)</sup>. Eine solche Entscheidung aber ist ihrem Wesen nach keine Rechts- sondern eine politische Entscheidung und darum Aufgabe nicht des Gerichts sondern einer politischen, nicht an die Rechtsordnung gebundenen Instanz und gehört daher vor den Vergleichsrat. Eine Verschiebung der Kompetenzen könnte nur angenommen werden, wenn der Text der Verträge sie ganz ausdrücklich festlegt.

Solange das nicht der Fall ist, wird man annehmen müssen, daß das Gericht die Frage nach Rechtsregeln zu entscheiden hat. Das sind die Bestimmungen des Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags über die Streiterhebung durch einseitigen Antrag oder durch Kompromiß.

Darum können auch die Beschlüsse nicht befriedigen, die das Institut de droit international auf seiner Tagung in Grenoble im Jahre 1922 gefaßt hat. Man war dort der Meinung, daß es kein Kriterium für die Unterscheidung der Staatenstreitigkeiten gäbe<sup>63)</sup> und begnügte sich daher mit zwei Erklärungen. Die eine lautete: »Tous les conflits, quels

<sup>61)</sup> Thieme, Die Fortbildung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit S. 53.

<sup>62)</sup> Thieme a. a. O. S. 53, Anm. 1.

<sup>63)</sup> Vgl. Annuaire, Bd. 29, S. 258 ff. Vgl. dazu Sir John Fischer Williams, Chapters S. 42.

qu'en soient l'origine et le caractère, sont, en règle générale et sous les réserves indiquées ci-après, susceptibles d'un règlement judiciaire ou d'une solution arbitrale.» Andererseits aber wurde beschlossen: »Touefois, lorsque, de l'avis de l'Etat cité en justice, le conflit n'est pas susceptible d'être réglé par la voie judiciaire, la question préalable de savoir s'il est justiciable est soumise à l'examen de la Cour permanente de Justice internationale qui en décide suivant sa procédure ordinaire.« Nach diesen Beschlüssen bleibt die Erhebung des Widerspruchs dem freien Belieben des beklagten Staates überlassen, und dem Gerichtshof wird ein Urteil zugemutet über eine Frage, die auch nur klar zustellen das Institut nicht instande war.

### 5. Die Fälle des Streites über die Verfahrensart

Es wird vielleicht zweckmäßig sein, sich einmal die verschiedenen Umstände zu vergegenwärtigen, unter denen eine Partei sich sei es an das Gericht, sei es an die Ausgleichsinstanz wendet, und sich weiter zu überlegen, wie sich in den einzelnen Fällen die Lage des Streitgegners gestaltet. Die Klarstellung dieser gegebenen Möglichkeiten wird uns in stand setzen, eine Reihe von Zweifelsfragen zu beantworten.

Ist die Annahme richtig, daß wenn es einer Partei überlassen wird, durch die Art der Formulierung des Antrags das Verfahren zu bestimmen, ihr damit die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Einrichtungen gegeben wird? Wohin führt im praktischen Ergebnis die Annahme, daß bei einer Meinungsverschiedenheit der Parteien über die Natur des Streits das Gericht nach freiem Ermessen die Entscheidung über die Qualifikation des Streits zu treffen berechtigt sei? Entspricht das heutige in den Zweiparteien-Verträgen wie in den Kollektivakten enthaltene System der Streiterledigung den tatsächlichen Gegebenheiten und den praktischen Bedürfnissen?

Es soll also bei den nachfolgenden Erörterungen einmal davon ausgegangen werden, daß die eine Partei den bestehenden Rechtszustand aufrecht zu erhalten wünscht, während die andere Partei, sei es offen oder versteckt, eine Abänderung der bestehenden Rechtsvorschriften anstrebt. Weiter wird angenommen, daß über die Meinungsverschiedenheit der Parteien, ob der Streit im Rechtsverfahren entschieden oder im Ausgleichsverfahren behandelt werden solle, das Schiedsgericht die Entscheidung zu treffen habe und dabei nach freiem Ermessen befinden könne. Daß die letztere Annahme rechtlich nicht haltbar ist, wurde im vorhergehenden Abschnitt ausgeführt. Hier soll gezeigt werden, zu welchen Ergebnissen sie führt.

Kommt hier das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, daß der Streit als Rechtsstreit geführt werden muß, so ist seine Entscheidung in einem

solchen Falle nicht eine Entscheidung über die eigene Kompetenz sondern darüber, ob für die vorliegende Klage der Rechtsweg oder das Vergleichsverfahren geboten ist. Es liegt also in der Entscheidung für den Rechtsweg die Ablehnung der Zulässigkeit, den Vergleichsweg einzuschlagen, und umgekehrt in der Feststellung, daß der Rechtsweg unzulässig sei, die Entscheidung, daß der Streit vor die Vergleichsinstanz gehöre. Gerade darin, daß die Verträge von der Möglichkeit einer Meinungsverschiedenheit über den einzuschlagenden Verfahrensweg ausgehen und dafür ein besonderes Verfahren vor dem Schiedsgericht schaffen, liegt der klare Beweis, daß es sich hier nicht um die gewöhnliche Unzuständigkeitseinrede handeln kann. Hat das Gericht über die Unzuständigkeitseinrede des beklagten Staates zu entscheiden, dann ist Gegenstand dieses Streits nicht die Frage, ob der Streit ein rechtlicher oder ein politischer sei, sondern ob das Gericht nach den bestehenden Rechtsvorschriften überhaupt oder schon jetzt zuständig ist, die Rechtsstreitigkeit zu entscheiden. Darüber hat es nach den Vertragsvorschriften und keinesfalls ex aequo et bono zu urteilen.

Während in der Unzuständigkeitseinrede die beklagte Partei die Weigerung, sich auf das Verfahren vor dem Gericht einzulassen, vorbringt, bedeutet die Behauptung, der Streit sei kein Rechtsstreit sondern ein politischer Streit nicht die bloße Weigerung, sich auf das Rechtsverfahren einzulassen, sondern es liegt in ihr die Behauptung, daß die politische Instanz zuständig sei und sich mit dem Streit zu befassen habe. Diese Behauptung ist also dahin zu verstehen, daß der Streit durch das Urteil vor die politische Instanz verwiesen werden soll. Darum hat die Entscheidung des Gerichts, daß der Rechtsweg unzulässig sei, nicht bloß den Sinn, die Klage abzuweisen, sondern darüber hinaus die Bedeutung, daß dieser Streit vor die Vergleichsinstanz gehöre. Das Gericht hat hier zu entscheiden, welche von den beiden Instanzen befaßt werden muß. Die Verweigerung des Rechtswegs ist darum eine Verweisung auf den Vergleichsweg, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs eine Ablehnung des Vergleichswegs.

Folgende Fälle der Klagerhebung vor dem Gericht und der Antragstellung vor der Vergleichsinstanz können unterschieden werden.

1. Erhebt der eine Staat bei dem Gericht eine Klage gegen den anderen Staat, so wird er sich auf irgendeinen Rechtsgrund stützen müssen. Der Fall, daß der klagende Staat das nicht tun sollte, kann wohl außer Betracht gelassen werden, denn der Kläger hat dann mit Sicherheit auf die Abweisung seiner Klage durch das Gericht zu rechnen. Die Stellung des beklagten Staates wäre in diesem Falle sehr einfach: er brauchte einer solchen Klage gegenüber ja nur den Mangel eines Rechtsgrundes zu behaupten oder eine dem Klagantrag entgegenstehende

Rechtvorschrift anzuführen. Der beklagte Staat hat hier kein Interesse daran, den Einwand zu erheben, daß der Streit nicht vor das Gericht gehöre, denn seinen Interessen wird eine Klagabweisung durch das Gericht dienlicher sein als die Verweisung an die Vergleichsinstanz. Wozu soll es also in diesem Falle dienen, ein Vorverfahren zu schaffen, in dem erst darüber entschieden werden soll, ob der Streit als Rechtsstreit geführt werden soll oder nicht?

2. Stützt der klagende Staat seinen Anspruch auf einen Rechtstitel, also etwa auf einen Vertrag, obwohl offensichtlich eine ordnungsgemäße Auslegung der Vertragsbestimmung den Anspruch nicht deckt, versucht er also durch das Urteil eine Erweiterung seiner Vertragsrechte zu erlangen, so wird der beklagte Staat es leicht haben, diesem Anspruch sachlich entgegenzutreten unter Berufung auf die Vertragsvorschrift. Gewiß liegt hier ein Mißbrauch des Rechtswegs durch den Kläger vor, der ein Recht geltend macht, das ihm nicht zusteht. Würde hier der beklagte Staat einwenden, daß der Streit ein politischer<sup>64)</sup>, also ein Nichtrechtsstreit sei und daß er darum die Verweisung vor die Vergleichsinstanz verlange, so würde er damit darauf verzichten, das ihm nach der Rechtsordnung zustehende Recht geltend zu machen, nämlich die unberechtigte Einmischung des Klägers zurückzuweisen. In seiner Behauptung, der Streit sei ein politischer, müßte ein sachliches Entgegenkommen an den Standpunkt des Klägers gesehen werden; der beklagte Staat gibt damit die Bereitswilligkeit, über die Abänderung des bestehenden Vertragsrechts zu verhandeln, zu. Widerspricht er dagegen dem Klagantrag mit Rechtsgründen, so wird er eine Abweisung der Klage erzielen. Das Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Gerichts könnte einen Staat veranlassen, überhaupt keinen Schiedsgerichtsvertrag zu unterzeichnen, nicht aber kann darauf beim Ausbau der Verfahrensarten Rücksicht genommen werden.

Endscheidet das Gericht in einem solchen Falle, daß der Rechtsweg unzulässig ist, so bewahrt es den Kläger vor der Abweisung der aussichtslosen Klage. Dabei kann aber keine Rede davon sein, daß das Gericht sich bei dieser Entscheidung von Erwägungen darüber, ob dem beklagten Staat das Prozeßverfahren zuzumuten ist, hat leiten lassen. Denn wie käme es dann zu der Verweisung an den Vergleichsrat in einem Fall, in dem der Beklagte eine sichere Aussicht auf ein günstiges Gerichtsurteil besitzt? Und von einer Feststellung, daß dem Kläger der von ihm selbst angestrengte Prozeß nicht zuzumuten sei, kann doch erst recht keine Rede sein.

<sup>64)</sup> Daß die Behauptung des Beklagten, der Kläger stelle ein politisches Verlangen, una negazione della legalità della pretesa dell'attore, also ein rechtliches Bestreiten sein könne, hebt Salvioli a. a. O. S. 252 mit Recht hervor.

Wenn das Gericht in einem solchen Fall der Aussichtslosigkeit der Klage den Streit in das Vermittlungsverfahren verweist, so könnte es das nur tun, weil es der Meinung ist, daß der derzeitige Rechtszustand abgeändert werden sollte. Es könnte sich dabei auf die Übereinstimmung der beiden Parteien stützen, denn eine offensichtlich auf geltende Rechtsvorschriften nicht zu stützende Klage ist eine politische Klage und gehört in das Vergleichsverfahren, dem der Beklagte durch seinen Verweisungsantrag zustimmt. In dem Verweisungsurteil liegt ein wenn schon rechtlich nicht bindendes Präjudiz für die Behandlung im Vergleichsverfahren. Dem Gericht wird dabei freilich eine Aufgabe zugemutet, die ihm durch den Vertrag gerade entzogen werden sollte, nämlich die Entscheidung über die Abänderungsbedürftigkeit der bestehenden Rechtsnormen.

Weist das Gericht den angeführten Antrag des beklagten Staates zurück, so gibt es damit seiner Auffassung Ausdruck, daß es den derzeitigen Rechtszustand nicht für abänderungsbedürftig hält.

Der eben behandelte Fall dürfte sich freilich praktisch nur selten ereignen, denn der beklagte Staat, der den vorhandenen Rechtszustand aufrecht zu erhalten wünscht, wird in einem solchen Fall wohl kaum einen solchen Antrag stellen, da er damit ja selbst das für die Abänderung des bestehenden Rechtszustandes eingerichtete Verfahren in Vorschlag brächte und diese als berechtigt anerkennt. Er würde sich übrigens mit einer Ablehnung des klägerischen Begehrens in dem Vermittlungsverfahren in Widerspruch zu seiner Begründung des Ablehnungsantrags im Rechtsverfahren setzen.

In den beiden bis jetzt behandelten Fällen könnte man von einem Mißbrauch des Rechtswegs durch den Kläger sprechen. Der beklagte Staat wird sich am wirksamsten gegen die mißbräuchliche Klage verteidigen mit Rechtsgründen eben in dem Rechtsweg. Durch das abweisende Sachurteil des Gerichts wird aber beiden Teilen die Möglichkeit nicht abgeschnitten, nachträglich vor die Vergleichsinstanz zu gehen und dort die Abänderung der umstrittenen Vertragsbestimmung zu versuchen <sup>65)</sup>. Das Interesse an dieser Abänderung dürfte vorwiegend, wenn nicht ausschließlich, bei dem Kläger bestehen, während der beklagte Staat an der Verweisung des Prozesses an die Vergleichsinstanz kein Interesse haben dürfte.

Hat dagegen der beklagte Staat einen Verweisungsantrag gestellt und das Gericht ihn abgelehnt, so hat das Gericht in der Sache selbst zu entscheiden und wird den Kläger abweisen, da sein Anspruch sich mit den bestehenden Rechtsvorschriften nicht begründen läßt. Will der klagende Staat nunmehr seinerseits vor die Vergleichsinstanz gehen,

<sup>65)</sup> Salvioli a. a. O. S. 255; Castberg a. a. O. S. 166 ff.

so wird ihm dort das Urteil des Gerichts, das den Verweisungsantrag abgelehnt hat, entgegenstehen.

Soll nun dem Kläger durch das im Vorverfahren über die Einrede der politischen Natur des Streites ergangene Urteil dauernd die Anrufung der Vergleichsinstanz abgeschnitten sein? Soll er dieses Urteil nur nach den Bestimmungen über die Revision eines Urteils anfechten können, also z. B. nach Art. 61 des Courstatuts, nur wenn er eine neue Tatsache entdeckt hat, die von entscheidender Bedeutung für das Urteil war, aber vor der Fällung des Urteils weder der Cour noch ihm ohne sein Verschulden bekannt war?

3. Hat der Kläger vor dem internationalen Gericht Klage erhoben und seine Ansprüche teils auf Rechtsgründe, teils auf politische oder moralische Gründe gestützt oder hat der Beklagte sich ähnlich verhalten und die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche außer mit Rechtsgründen mit politischen oder Billigkeits-erwägungen bekämpft, so hat das Gericht die anhängig gemachten Streitfragen ausschließlich nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Es ist nicht berechtigt, wegen der politischen Ausführungen der einen oder der anderen Partei oder beider Parteien sich für unzuständig zu erklären oder den Streit *ex aequo et bono* zu entscheiden<sup>66)</sup>. So hat z. B. der Ständige Internationale Gerichtshof, allerdings in einem Gutachtenverfahren, die von der einen Partei vorgebrachten »*raisons d'ordre humanitaire*« mit Recht unbeachtet gelassen<sup>67)</sup>.

4. Wendet sich ein Staat an die Vergleichsinstanz, um eine Forderung gegen den anderen Staat zu erheben, die sich nach den bestehenden Rechtsnormen nicht begründen läßt, und will der letztere Staat den Rechtszustand aufrechterhalten, so müßte er den Charakter des Streites als eines politischen bestreiten, um Verweisung auf den Rechtsweg beantragen zu können. Der Kläger hat durch die Wahl der Vergleichsinstanz zu erkennen gegeben, daß er seinen Anspruch gar nicht rechtlich begründen will; er gibt selbst zu, daß nach den bestehenden Vertragsbestimmungen die Forderung nicht erhoben werden kann. Hat das Gericht über den Verweisungsantrag des beklagten Staates die Vorentscheidung zu treffen, so wird der Klägerstaat zum Nachweise seines Interesses an dem Vergleichsweg kaum umhin können, sich auf diesen Umstand zu berufen. Würde das Gericht dem beklagten Staat recht geben und den Streit zur Rechtsentscheidung zurückbehalten, so müßte der Kläger, um im Rechtsstreit einen Erfolg zu erzielen, nun vor demselben Gericht die umgekehrten Behauptungen aufstellen. Denn wollte in der Verhandlung über die Vorfrage der

<sup>66)</sup> Vgl. Castberg, S. 163 ff., u. A. Strisower, *Annuaire de l'Institut*, Bd. 29, S. 51.

<sup>67)</sup> Serie A/B, H. 44, S. 9. Vgl. auch die Ausführungen des Gerichtshofs im Zonenurteil, H. 46, S. 163.

Kläger den Versuch machen, seinen Anspruch rechtlich zu begründen, so könnte das Gericht die Übereinstimmung beider Parteien über den Rechtscharakter des Streites feststellen. Der Klägerstaat wird also, wenn man dem beklagten Staat das Recht einräumt, eine Verweisung zu beantragen, in eine außerordentlich schwierige Lage gebracht.

Der Beschluß des Gerichts, die Sache auf den Rechtsweg zu verweisen, bedeutet, daß das Begehren nach Abänderung des bestehenden Rechtszustandes unbegründet ist. Damit wäre aber auch die Aussichtslosigkeit des Rechtswegs für den Kläger festgestellt. Beschließt das Gericht, den Verweisungsantrag des beklagten Staates abzulehnen, dann hat es damit gleichzeitig sich gegen die Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes ausgesprochen. Selbst wenn nun das Vergleichsverfahren durchgeführt wird und der beklagte Staat den Vergleichsvorschlag ablehnt, bleibt gegen ihn das Gerichtsurteil bestehen, das dem Kläger, wenigstens mittelbar, den Anspruch auf Abänderung zubilligt. Die Ablehnung der Verweisung des Streites auf den Rechtsweg durch Gerichtsurteil nimmt dem beklagten Staat die Möglichkeit, seinerseits Klage im Rechtsverfahren gegen den anderen Staat auf Feststellung seines Rechtes zu erheben. Denn das Gerichtsurteil über den früheren Verweisungsantrag ist eine rechtskräftige Entscheidung und muß von dem Gericht berücksichtigt werden.

Wird dem Antrag des beklagten Staates auf Verweisung stattgegeben und der Streit auf den Rechtsweg überführt, dann hat dieser Staat zwar die Aussicht, daß der Spruch des Klägers abgewiesen wird, der eigentliche Streit aber, um dessentwillen der Antrag bei der Vergleichskommission gestellt wurde, bleibt unerledigt. Dafür ist ein Urteil erzielt über eine Rechtsfrage, die nicht streitig war.

5. So bleibt schließlich als letzter Fall der, daß der eine Staat Klage vor dem Gericht erhebt, die, wie angenommen sein mag, nach den bestehenden Rechtsvorschriften möglicherweise begründet ist. Beantragt der Beklagte Verweisung auf den Vergleichsweg, so gibt er damit zu erkennen, daß er eine Verteidigung mit Rechtsgründen für zweifelhaft, wenn nicht aussichtslos ansieht. Zur Begründung dieses Antrags darf er die klägerische Forderung nicht mit Rechtsgründen bestreiten, denn sonst müßte ja das Gericht feststellen, daß beide Parteien den Streit als einen Rechtsstreit behandeln. Er muß also die Nichtzumutbarkeit des bestehenden Rechtszustandes behaupten und damit zugeben, daß das klägerische Recht besteht<sup>68)</sup>. Er riskiert dadurch, für den Fall der Verwerfung seines Verweisungsantrags, den Verlust des Prozesses durch sein eigenes Vorbringen im Vorverfahren, denn er wird in dem zweiten Verfahren es kaum vermeiden können, Rechts-

<sup>68)</sup> Salvioli a. a. O. S. 252.

behauptungen aufzustellen, die im Widerspruch zu seinen im Vorverfahren abgegebenen Ausführungen stehen.

Gibt das Gericht dem Antrag des Beklagten auf Verweisung der Streitfrage an die Vergleichsinstanz statt, so schneidet es dem Kläger den Rechtsweg ab, denn es stellt durch rechtskräftiges Urteil fest, daß der Rechtsweg nicht gegeben ist. Ein solches Urteil käme in seiner Wirkung einer Sachabweisung nahe. Das Urteil kann nur auf der Erwägung des Gerichts beruhen, daß der Rechtszustand abänderungsbedürftig sei. Es würde also eine Entscheidung treffen, die ihm als Gericht an sich gar nicht zukommt. Scheitert dann das Vergleichsverfahren, weil die eine der beiden Parteien den Vergleichsvorschlag nicht annimmt, so ist der bestehende Rechtszustand, also etwa die umstrittene Vertragsbestimmung, nicht aufgehoben, der Kläger aber kann im Gerichtsverfahren die Feststellung seines Rechtes nicht erzielen und sich keinen gerichtlichen Vollstreckungstitel verschaffen. Soll ihm damit auch das Recht zur Selbsthilfe, das Recht zu Repressalien genommen sein?

Weist dagegen das Gericht den Antrag des beklagten Staates auf Verweisung an die Vergleichsinstanz ab, so kann der Prozeß vor dem Gericht seinen Gang nehmen und kann zu einer Verurteilung des Beklagten führen. Will der beklagte Staat nunmehr eine Abänderung des bestehenden, durch rechtskräftiges Sachurteil festgestellten Rechtszustandes erzielen, so würde ihm, wenn er sich an den Vergleichsrat wendet, dieses Sachurteil nicht entgegenstehen, dessen Abänderung er ja durch das neue Verfahren gerade herbeiführen möchte, wohl aber wiederum die Rechtskraft des Urteils im Vorverfahren, in welchem sein Antrag auf Verweisung an die Vergleichsinstanz bereits mit bindender Wirkung für die Parteien und für die Vergleichsinstanz abgewiesen ist.

In den bisherigen Ausführungen ist die Entscheidung des Gerichts über den Verweisungsantrag als ein der Rechtskraft fähiges Gerichtsurteil behandelt worden. Für diese Auffassung spricht einmal, daß in den Verträgen die Entscheidung ausdrücklich der Gerichts- und nicht der Vergleichsinstanz zugewiesen wird. Die Verträge behandeln diesen Streit als ein selbständiges Streitverfahren, dessen Gegenstand die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrages bildet, so etwa Art. 41 der Generalakte: »Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Acte général, y compris ceux relatifs à la qualification des litiges et à la portée des réserves éventuelles, seront soumis à la Cour Permanente de Justice Internationale.« Nach Art. 13 des deutsch-schweizerischen, deutsch-schwedischen, deutsch-finnischen, deutsch-estnischen, nach Art. 12

des deutsch-dänischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags kann die im Vergleichsverfahren in Anspruch genommene Partei die Behauptung aufstellen, daß der in einem Vergleichsverfahren anhängig gemachte Streitfall vom Schiedsgericht zu entscheiden sei.

Und umgekehrt ist nach Artikel 2 Abs. 2 der Schiedsverträge des Deutschen Reichs mit der Schweiz, Schweden, Finnland, den Niederlanden, Estland und Dänemark die Meinungsverschiedenheit zwischen den Parteien darüber, ob eine Streitigkeit Rechtsstreitigkeit ist, als Vorfrage im Schiedsgerichtsverfahren zu entscheiden. Weiter kann nach Art. 4 des deutsch-schweizerischen, des deutsch-schwedischen, deutsch-finnischen, deutsch-estnischen Vertrages die Partei im Gerichtsverfahren durch die Behauptung, es handle sich um eine Angelegenheit, die die Unabhängigkeit, die Unversehrtheit des Gebiets oder andere höchste Lebensinteressen betreffe, die Vorentscheidung des Schiedsgerichts über die Frage, ob deswegen statt des Schiedsgerichts das Vergleichsverfahren zur Anwendung komme, erzwingen. Nach Art. 4 des deutsch-schweizerischen Vertrages konnte ursprünglich eine Partei im Schiedsgerichtsverfahren die Einrede erheben, daß die Angelegenheit von überwiegend politischer Bedeutung sei und sich deshalb für eine Entscheidung nach ausschließlich rechtlichen Grundsätzen nicht eigne. Über diese Einrede war im Schiedsgerichtsverfahren zu entscheiden; »anerkennt das Schiedsgericht die bezeichnete Einrede als begründet, so überweist es die Streitigkeit dem Vergleichsverfahren; sonst entscheidet es selbst darüber.«

Es kann nicht bezweifelt werden, daß in all diesen Fällen ein besonderes Zwischenverfahren vereinbart ist, in dem das Gericht nicht nur die Parteien sondern auch die beiden zur friedlichen Lösung der Streitigkeit eingesetzten internationalen Instanzen durch sein Urteil bindet. Die Verträge begnügen sich allerdings mit recht allgemeinen Bestimmungen. Es darf aber wohl angenommen werden, daß das Gericht in diesem Vorverfahren nach den für das Gerichtsverfahren geltenden Vertragsbestimmungen zu verfahren hat und seine Entscheidung ein Urteil ist. Diese Auffassung wird bestätigt durch den Beschluß des Völkerrechtsinstituts vom Jahre 1922 in Grenoble, der lautet: »Toutefois, lorsque, de l'avis de l'Etat cité en justice, le conflit n'est pas susceptible d'être réglé par la voie judiciaire, la question préalable de savoir s'il est justiciable est soumise à l'examen de la Cour Permanente de Justice Internationale, qui en décide suivant sa procédure ordinaire.«

Die Einschaltung eines besonderen Verfahrens, in dem das Gericht über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder des Vergleichsverfahrens nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, führt je nach Lage des Falls dazu, dem klagenden oder dem beklagten Staat einen der beiden in

den Schiedsgerichts- und Vergleichsverträgen vorgesehenen Verfahrenswege durch ein rechtskräftiges Urteil abzuschneiden, ein Ergebnis, das mit Sinn und Zweck dieser Verträge im Widerspruch steht. Es läge nach dieser Auffassung eine unerwünschte Vertauschung der Funktionen vor, da dem Gericht dann die Aufgabe zufiele, über die Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes zu urteilen. Das Gericht würde im Grunde hier incidenter über die Berechtigung der Anrufung der *clausula rebus sic stantibus* nach freiem Ermessen zu urteilen haben und brauchte sich daher um die Frage nicht zu kümmern, ob das Völkerrecht einen solchen Satz anerkennt und welches seine Voraussetzungen sind.

*P. pag. 13  
minut  
de Regel-  
Ker. 1913  
S. 1000.*

Nimmt man dagegen an, daß das Gericht nach den Bestimmungen des Schieds- und Vergleichsvertrags über die Berechtigung zur einseitigen Antragstellung zu befinden habe, so ist das eine Aufgabe, die im Gerichtsverfahren ohnedies von dem Gericht, das sich von dem Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzungen zu überzeugen hat, geprüft werden muß und kann. Aber auch dem Vergleichsrat würde dieselbe Prüfungspflicht obliegen. Es ist nicht einzusehen, warum die Prüfung dieser Frage zu einem besonderen Verfahren ausgestaltet werden muß.

## 7. Ergebnis

Die meisten Schiedsgerichts- und Vergleichsverträge sind auf der Unterscheidung zwischen Rechtsstreitigkeiten und Nichtrechtsstreitigkeiten aufgebaut, für die je ein besonderes Verfahren, das Gerichtsverfahren und das Vergleichsverfahren, vorgesehen ist. Diese Struktur der Verträge muß Bedenken erwecken.

Es ist festgestellt, daß jeder Streit als Rechtsstreit geführt werden kann, da die Völkerrechtsordnung für alle Streitigkeiten Rechtsnormen enthält. Die weitaus überwiegende Zahl der Streitigkeiten sind Streitigkeiten um Erfüllung oder Nichterfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen, um Auslegung und Anwendung der bestehenden Völkerrechtsätze, und zwar in der überwiegenden Mehrzahl um Auslegung und Anwendung von Vertragsvorschriften. Politische Streitigkeiten sind ihrem Wesen nach Meinungsverschiedenheiten über die Aufrechterhaltung oder Abänderung bestehender Rechtsvorschriften. Der gebotene Weg für ihre Lösung ist die freiwillige Einigung der Parteien, die ja auch das Vergleichsverfahren nur erleichtern soll, aber nicht ersetzen kann. Das Vergleichsverfahren führt zu einem Resultat nur, wenn beide Parteien den Vergleichsvorschlag annehmen, also zu einer freiwilligen Einigung gelangen. Soweit politische Streitigkeiten sich auf lebenswichtige Staateninteressen beziehen, werden die Parteien

*Sancti  
Regel?*

übrigens wohl kaum ein Verfahren vor der Vergleichskommission wählen, das für solche Fälle durchaus ungeeignet ist.

Das Vergleichsverfahren hat einen Sinn nur bei politischen Fragen von geringerer Bedeutung oder als Versöhnungsversuch in Rechtsstreitigkeiten. Dann aber wird zweckmäßigerweise der Weg zu der Vergleichskommission gleichmäßig für Streitigkeiten aller Art, also ohne Einschränkung auf politische Streitfälle, vereinbart und für den Fall des Scheiterns des Vergleichsversuches den Parteien der Rechtsweg freigestellt. Hat der eine Teil den Streit vor dem Vergleichsrat mit dem Ziel auf Abänderung der Rechtsordnung geführt, und will nun der andere Teil von dem Gericht die Feststellung seines Rechtes erlangen, so wird der erste Teil erklären, daß er die Gültigkeit der bestehenden Vorschriften nicht bestritten habe und nicht bestreite, da er ja gerade mit seinem Antrag auf Abänderung der bestehenden Vorschriften diese anerkannt habe. Es ergibt sich also für diesen Fall, daß zwischen den Parteien kein Rechtsstreit besteht, in dem das Gericht ein Urteil fällen könnte<sup>69)</sup>. Im Streit sind die Parteien lediglich über die Abänderung des bestehenden Rechtszustandes, dieser Streit aber ist ein politischer. Dieser politische Streit könnte aber auch nicht etwa in der Form vor das Gericht gebracht werden, daß der Kläger beantragt festzustellen, daß der Beklagte kein Recht auf Rechtsänderung habe. So wenig es ein allgemeines Recht dieser Art gibt, so wenig existiert ein Recht, dem Gegner zu verbieten, eine Rechtsänderung zu betreiben, jedenfalls sofern dies in den von den Verträgen vorgeschriebenen Formen geschieht.

Diese Auffassung scheint von den Erfahrungen in der Praxis bestätigt zu werden. Große politische Fragen sind den Vergleichsräten bisher nicht vorgelegt worden. Es wäre ein außerordentlich verdienstvolles Unternehmen, wenn das Völkerbundssekretariat einmal eine Statistik über die Tätigkeit dieser Vergleichsräte, die überhaupt eine sehr geringe geblieben zu sein scheint, und über die von ihnen behandelten Streitfragen aufstellte. Aus einer statistischen Erfassung der Fälle des Vermittlungsverfahrens würde die praktische Bedeutung der Vermittlungen für die politischen Streitigkeiten sich ergeben und weiter festgestellt werden können, ob das Vermittlungsverfahren die Führung eines Rechtsstreites überflüssig zu machen geeignet ist. Ohne daß eine solche Statistik abgewartet zu werden brauchte, kann heute schon festgestellt werden, daß die großen politischen Konflikte Streitigkeiten um Abänderung des bestehenden Rechtes sind und nicht vor die Vergleichskommissionen gebracht werden. Denn dafür eignen diese sich ihrer ganzen Zusammensetzung nach nicht. Entscheidend für

<sup>69)</sup> Vgl. dazu Castberg a. a. O. S. 165.

eine freiwillige Einigung in solchen Konflikten pflegt die Stellungnahme der übrigen, nicht unmittelbar an dem Streit beteiligten Mächte zu sein, und nur ihr Druck vermag eine Lage zu schaffen, die ein Nachgeben zur Notwendigkeit macht. Wenn ein solcher Streit sich also überhaupt in einem Verfahren zu einer Lösung bringen läßt, so wird dazu nur der Völkerbundsrat das Gremium der verantwortlichen Staatendelegierten sein <sup>70)</sup>, aber nicht eine Vergleichskommission, deren Mitglieder nur das Gewicht ihrer persönlichen Autorität einzusetzen in der Lage sind.

---

<sup>70)</sup> Vgl. dazu Brierly, *British Year Book* 1930 S. 120 ff.