

Repressalie und Retorsion

Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung

Christian Tomuschat

A. Problemstellung)*

1. Die auswärtige Gewalt entzieht sich nicht nur in einem gewissen Maße der rechtlichen Normierung, auch ihre wissenschaftliche Durchdringung ist bisher nicht vollständig gelungen. Hermann Moslers Darstellung in der Bilfinger-Festschrift¹⁾ sowie die auf der Staatsrechtslehrertagung des Jah-

*) Abkürzungen: AFDI = Annuaire Français de Droit International; AG = Amtsgericht; AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; AuslG = Ausländergesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. I, S. 353, abgedruckt ZaöRV Bd. 25, S. 449 ff.; AWG = Außenwirtschaftsgesetz vom 28. 4. 1961, BGBl. I, S. 481; BayObLGZ = Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts in Zivilsachen; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; DOV = Die Öffentliche Verwaltung; EGBGB = Einführungsgesetz zum BGB; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FAZ = Frankfurter Allgemeine Zeitung; GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; GMBL = Gemeinsames Ministerialblatt; GRUR Int. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Internationaler Teil); IDI = Institut de Droit International; JIR = Jahrbuch für internationales Recht; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristenzeitung; LG = Landgericht; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NTIR = Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht; OVG = Oberverwaltungsgericht; OVGE = Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg; RdC = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; RGDIP = Revue Générale de Droit International Public; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; RIAA = Reports of International Arbitral Awards; VerwArch = Verwaltungsarchiv; VerwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VerwRspr. = Verwaltungsrechtsprechung; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; WKVR = (Wiener) Konvention über das Recht der Verträge vom 23. 5. 1969, A/CONF. 39/27; WÜD = Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen; ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik.

¹⁾ Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, in: Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen, Carl Bilfinger zum 75. Geburtstag am 21. Januar 1954 (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 29) (1954), S. 243 ff.

res 1953 gehaltenen Vorträge²⁾ haben zwar schon bald nach Inkrafttreten des Grundgesetzes die wichtigsten Teilbereiche erhellt, und in der Folgezeit sind vor allem die mit dem Abschluß völkerrechtlicher Abkommen zusammenhängenden Rechtsprobleme in zahlreichen Abhandlungen untersucht worden, doch gibt es nach wie vor Randzonen, die bisher nur eine geringe Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben. Zu diesem Komplex der noch wenig geklärten Fragen gehört das Zusammenspiel von Völkerrecht und Landesrecht bei der Anwendung von Retorsion und Repressalie, die gelegentlich unter dem Oberbegriff der »Vergeltung« (*retaliation*) zusammengefaßt werden. Gemeinsames Kennzeichen dieser Maßnahmen ist, daß ein Staat durch einseitigen Akt auf ein ihm nachteiliges Verhalten eines anderen Staates reagiert.

2. Wiewohl von äußerster Behutsamkeit in ihrem außenpolitischen Auftreten, hat sich doch auch die Bundesrepublik gelegentlich dieses harschen Mittels der Interessenwahrung bedient. So richtete sich etwa im Jahre 1956 eine Entscheidung, Vergeltung zu üben, gegen die Sowjetunion. Im Zeichen des Kalten Krieges hatte die Sowjetunion seit dem Jahre 1947 die Bewegungsfreiheit des in Moskau residierenden ausländischen Botschaftspersonals stark eingeengt³⁾. Reisen über einen Umkreis von zunächst 50 km, später 40 km um Moskau hinaus wurden einer Anzeigepflicht unterworfen; überdies blieben weite Teile des Staatsgebiets, etwa 80 %, ausländischen Besuchern völlig verschlossen. Ähnliche Anordnungen erließen auch Rumänien und Ungarn. In Reaktion auf diese Maßnahmen verhängten zahlreiche westliche Staaten auf Grund eines Beschlusses der Lissabonner NATO-Konferenz vom Februar 1952 Reisebeschränkungen für die in ihren Hauptstädten akkreditierten Ostblock-Diplomaten⁴⁾. Nachdem die Bundesrepublik im Jahre 1955 mit der Sowjetunion diplomatische Beziehungen aufgenommen hatte, wurden die allgemein geltenden Anzeigepflichten und Reiseverbote auch auf ihre Botschaftsangehörigen in Moskau angewandt⁵⁾. Alle Vorstellungen gegen diese Behinderung der diplomatischen Tätigkeit blieben erfolglos. Daraufhin griff die Bundesrepublik ebenfalls zu Gegenmaßnahmen. Ende November oder Anfang Dezember 1956 teilte das Aus-

²⁾ W. Grewe/E. Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S. 129 ff. und 179 ff.

³⁾ Dazu nähere tatsächliche Einzelheiten bei C. E. Wilson, Cold War Diplomacy (1966), S. 43 ff.; zur rechtlichen Beurteilung vgl. auch A. Malintoppi, L'elemento della reciprocità nel trattamento delle missioni diplomatiche, Riv.DI Bd. 39 (1956), S. 532 ff.; G. Perrenoud, Les restrictions à la liberté de déplacement des diplomates, RGDIIP Bd. 57 (1953), S. 444 ff.

⁴⁾ Vgl. Annuario di politica internazionale Bd. 9 (1952), S. 169.

⁵⁾ Dazu und zum folgenden vgl. den Bericht in der FAZ vom 4. 12. 1956, S. 1.

wärtige Amt dem sowjetischen Botschafter mit, daß alle über einen Radius von 40 km um die sowjetische Botschaft in Rolandswerth (bei Bonn) hinausgehenden Reisen vorher dem Auswärtigen Amt anzuzeigen seien. Vor der Presse erklärte dabei ein deutscher Regierungssprecher, es handle sich hinsichtlich der Einhaltung der Anzeigepflicht um ein "Gentlemen's Agreement", so daß die Frage von Kontrollmaßnahmen sich nicht stelle. In der Tat ist auch nicht ersichtlich, daß irgendein förmlicher Rechtsakt erlassen worden wäre, auf Grund dessen den Sowjetdiplomaten eine verbindliche Rechtsverpflichtung auferlegt worden wäre.

3. In einer ähnlichen Situation könnte die Bundesregierung heute möglicherweise auf ausdrückliche Handlungsermächtigungen zurückgreifen. Nach Art. 47 Abs. 2 Buchst. a des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (WÜD)⁶⁾ ist jeder Staat berechtigt, Bestimmungen des Übereinkommens gegenüber einem anderen Staat einschränkend anzuwenden, wenn dieser andere Staat seinerseits eine restriktive Handhabung praktiziert⁷⁾. Das Zustimmungsgesetz vom 6. August 1964⁸⁾ hat in seinem Art. 2 Buchst. b die Bundesregierung ermächtigt, Rechtsverordnungen »zur Durchführung des Art. 47 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens« zu erlassen, um die volle Gegenseitigkeit herzustellen und zu gewährleisten⁹⁾. Insbesondere ist dabei der Bundesregierung die Befugnis verliehen worden, »die Tätigkeit ausländischer Missionen und ihrer Mitglieder in der Bundesrepublik Deutschland ... der Art oder Wirkung nach gleichen Einschränkungen zu unterwerfen, die für die entsprechende Tätigkeit der Mission der Bundesrepublik Deutschland im Entsendestaat gelten«. Bisher ist von dieser Ermächtigung noch kein Gebrauch gemacht worden.

Die ausdrückliche Statuierung dieser Rechtsetzungsbefugnis läßt die rechtliche Problematik der geschilderten Reisebeschränkungen des Jahres 1956 deutlich zutage treten. Zu einer effektiven Durchsetzung hätte es in jedem Falle der Mitwirkung deutscher Verwaltungsbehörden bedurft. Hätte aber die deutsche Polizei einschreiten dürfen, falls Angehörige der sowjetischen Botschaft den Versuch unternommen hätten, eine den Sperrkreis von 40 km überschreitende Reise ohne vorherige Anmeldung zu unternehmen?

⁶⁾ Vom 18. 4. 1961, UNTS Bd. 500, S. 95 = BGBl. 1964 II, S. 958.

⁷⁾ Ebenso Art. 72 Abs. 2 Buchst. a des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen vom 24. 4. 1963, UNTS Bd. 596, S. 261 = BGBl. 1969 II, S. 1587, sowie Art. 49 Abs. 2 Buchst. a des UN-Konventionsentwurfs über die Ad hoc-Diplomatie vom 16. 12. 1969, UN General Assembly, Official Records: Twenty-Fourth Session, Suppl. No. 30 (A/7630), S. 99.

⁸⁾ BGBl. II, S. 957.

⁹⁾ Wörtlich gleich auch Art. 2 Buchst. b des Zustimmungsgesetzes vom 26. 8. 1969 zum Übereinkommen über konsularische Beziehungen, BGBl. II, S. 1585.

Grundsätzlich müssen freiheitslimitierende hoheitliche Anordnungen auf einer gültigen Rechtsgrundlage beruhen. Stellte die an die sowjetische Botschaft gerichtete Note eine solche Anordnung dar, und auf welches rechtliche Fundament hätte sie sich gegebenenfalls stützen können? Bei der Suche nach einer Antwort stößt man auf die allgemeine Frage, inwieweit eine im völkerrechtlichen Außenverhältnis von Staat zu Staat abgegebene Erklärung, daß Vergeltungsmaßnahmen ergriffen würden, gleichzeitig innerstaatliche Wirkungen auszulösen vermag¹⁰⁾. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden, unter Beschränkung der Untersuchung auf solche Maßnahmen, die von dem handelnden Staat innerhalb des eigenen Hoheitsgebietes vollzogen werden und die keine Gewaltanwendung im Sinne des völkerrechtlichen Gewaltverbots darstellen¹¹⁾. Ausgeklammert bleibt also auch der gesamte Problemkreis der Kriegsrepressalien.

¹⁰⁾ Nur beiläufig sei bemerkt, daß die inhaltliche Tragweite der im Zustimmungsgesetz enthaltenen Ermächtigung Anlaß zu Zweifeln geben kann. Nach den Eingangsworten von Art. 2 des Gesetzes dürfen Verordnungen lediglich »zur Durchführung des Art. 47 Abs. 2« WÜD erlassen werden. Art. 47 Abs. 2 gestattet aber nicht, von den Regeln des WÜD zu Repressalienzwecken abzuweichen, sondern betrachtet die sprachlich wenig konkretisierte Weite mancher Vertragsformulierungen als »Grauzonen«, die das nationale Recht, ohne Völkerrecht zu verletzen, durch Regelungen mehr großzügigen oder mehr restriktiven Charakters ausfüllen dürfe; vgl. im einzelnen dazu H. W. Briggs, *Codification Treaties and Provisions on Reciprocity, Non-Discrimination or Retaliation*, AJIL Bd. 56 (1962), S. 475 (477—478). Der Vorschrift des Art. 26 WÜD über die Reisefreiheit der Diplomaten kann eine solche inhaltliche Unbestimmtheit kaum nachgesagt werden. Dort ist als Grundsatz die Pflicht eines jeden Staates aufgestellt, allen Mitgliedern diplomatischer Missionen volle Bewegungs- und Reisefreiheit zu gewähren, und Beschränkungen sind nur aus Gründen der nationalen Sicherheit zugelassen. Verhängt ein Staat Reisebeschränkungen gegen ausländische Diplomaten auch aus anderen Gründen, so begeht er ein völkerrechtliches Delikt, das zwar nicht nach dem WÜD selbst, wohl aber nach allgemeinem Völkerrecht mit einer Repressalie beantwortet werden kann, wie die International Law Commission in ihrem Konventionsentwurf selbst klargestellt hat, vgl. YBILC 1958 II, S. 105, Nr. 3 zu Art. 44. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß dem Art. 47 WÜD gerade die Absicht zugrunde liegt, den diplomatischen Verkehr aus dem Klima des Rechtsbruchs und der Repressalie zu lösen, vgl. Ph. Cahier, *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, International Conciliation No. 571 (1969), S. 5 (36), und B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice* (1965), S. 88—89. Das Zustimmungsgesetz bietet seiner ganzen Funktion entsprechend sowie nach der ausdrücklichen Festlegung zu Beginn des Art. 2 lediglich eine Handhabe für Maßnahmen, die im Einklang mit dem WÜD stehen. Freilich steht die sehr allgemeine Fassung der nachfolgenden Sätze (siehe oben den Text) in einem gewissen Gegensatz zu der prinzipiell sicher beabsichtigten Beschränkung des Ermächtigungsadressaten auf den bloßen Erlaß von Ausführungsverordnungen zum WÜD.

¹¹⁾ Ob gewaltsame Repressalien in der Gegenwart überhaupt noch zulässig sind, erscheint zweifelhaft. Eine Entschließung des UN-Sicherheitsrates vom 9. 4. 1964, UN Doc. S/5650, sowie die UN-Deklaration »on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations«, angenommen am 24. 10. 1970 auf Grund der Resolution 2625

4. Auch durch Akte, die seinen eigenen territorialen Jurisdiktionsbereich nicht verlassen, vermag ein Staat einen anderen Staat wirksam unter Druck zu setzen. Darüber brauchen nicht viele Worte verloren zu werden: Die zunehmende internationale Verflechtung wirtschaftlicher wie kultureller Art hat dazu geführt, daß sich auf dem Gebiet fast jeden Staates Personen fremder Nationalität und ausländische Vermögenswerte befinden, die sich als Zugriffsobjekt für Vergeltungsmaßnahmen anbieten. Auch der Waren- und Personenverkehr über die Grenzen hinweg läßt sich als Vehikel der Einflußnahme gebrauchen; man denke nur an die vielfältigen Formen des Embargos¹²⁾, dem in der Vergangenheit Ausfuhren nach den kommunistischen Staaten unterlegen haben und das heute als Damoklesschwert über der Ölfuhr aus den arabischen Staaten schwebt. Als weiteres Pressionsinstrument ist in der Gegenwart die Drohung mit der Einstellung von Entwicklungshilfezahlungen hinzugekommen¹³⁾.

Obwohl die Zulässigkeit von Retorsion und Repressalie nicht etwa durch einen irgendwie gearteten Grundsatz der Gleichartigkeit eingeengt ist¹⁴⁾, geht die Praxis des zwischenstaatlichen Verkehrs doch vielfach dahin, jedenfalls bei weniger schwerwiegenden Mißhelligkeiten zunächst nur Gleiches mit Gleichem zu beantworten. Freilich besitzt die Aussicht, mit derartigen Vergeltungsmaßnahmen belegt zu werden, je nach Sachgebiet ein höchst unterschiedliches Gewicht. Wegen des Reichtumsgefälles zwischen den kapital-

(XXV), abgedruckt: AJIL Bd. 65 (1971), S. 243, Prinzip 1 (Gewaltverbot) Abs. 6, verurteilen derartige Repressalien. Die Frage hat im Zusammenhang mit den israelischen Vergeltungsangriffen gegen den Libanon aktuelle Bedeutung erlangt: vgl. einerseits R. A. Falk, *The Beirut Raid and the International Law of Retaliation*, AJIL Bd. 63 (1969), S. 415 (428 ff.), andererseits Y. Z. Blum, *The Beirut Raid and the International Double Standard*, AJIL Bd. 64 (1970), S. 73 (76 ff.).

¹²⁾ Dazu L. Dubois, *L'embargo dans la pratique contemporaine*, AFDI 1967, S. 99 ff., mit klarer Unterscheidung des klassischen und des modernen Sprachgebrauchs. Vgl. auch die einige neuere Fakten darstellende Abhandlung von G. Adler-Karlsson, *International Economic Power, The U. S. Strategic Embargo*, Journal of World Trade Law Bd. 6 (1972), S. 501 (502 ff.).

¹³⁾ Diese offene Flanke des modernen Staates zu schützen, hat sich in jüngster Zeit die UN-Deklaration "on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations" (Anm. 11) zum Ziel gesetzt. Dort ist dem als drittes Prinzip des Völkerrechts genannten Interventionsverbot eine bei wörtlicher Auslegung recht weitreichende Formulierung gegeben worden: "No state may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another state in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind...". Bekanntlich gibt es darüber hinaus sogar Versuche, wirtschaftlichen Druck als Verletzung des Gewaltverbots der UN-Charta (Art. 2 Abs. 4) hinzustellen.

¹⁴⁾ Das versteht sich für die Retorsion als an und für sich völkerrechtsgemäße Handlung von selbst; hinsichtlich der Repressalie Näheres noch im nachfolgenden Text (Nr. 13).

exportierenden und kapitalimportierenden Ländern, zwischen dem Norden und dem Süden der Welthalbkuugel, vermag etwa die Drohung, Nationalisierungsmaßnahmen mit einer Beschlagnahme des Vermögens der Angehörigen des handelnden Staates zu erwidern, kaum eine Abschreckungswirkung auszuüben. Auch was die Ausländerpolitik angeht, so können wegen des strukturellen Unterschieds zwischen Abgabe- und Aufnahmeländern gleiche Maßnahmen höchst ungleiche Wirkungen zeitigen. Ein fast vollkommenes Gleichgewicht zwischen erreichbarbarem Vorteil und zu erwartendem Nachteil stellt sich bei gleichartigen Gegenmaßnahmen eigentlich generell nur in einem Bereich ein, und zwar demjenigen der diplomatischen und konsularischen Beziehungen. Ohne Rücksicht auf seine Nationalität hat jeder diplomatische und konsularische Vertreter die gleiche funktionelle Stellung, so daß Behinderungen auch in gleicher Weise erschwerend auf die Erfüllung der Aufgaben im zwischenstaatlichen Verkehr zurückwirken. Hinzu kommt, daß in der diplomatischen Praxis im allgemeinen darauf geachtet wird, die Zahl der Mitglieder der beiderseitigen Missionen etwa gleich zu halten (vgl. auch Art. 11 WÜD). Vergeltung kann also in der Tat nach der Talionsregel »Auge um Auge, Zahn um Zahn« geübt werden, wobei gerade hier eine rigorose Anwendung des Gegenseitigkeitsprinzips das Unbefriedigende dieses archaischen Sanktionsmechanismus deutlich hervortreten läßt.

B. Retorsion und Repressalie — völkerrechtlich betrachtet

5. In einer nach Intensitätsstufen angelegten Rangleiter der völkerrechtlichen Selbsthilfemaßnahmen steht an unterster Stelle die Retorsion. Über einstimmend beschreibt das völkerrechtliche Schrifttum¹⁵⁾ die Retorsion als einen unfreundlichen, unbilligen Akt gegenüber einem fremden Staat, mit dem der Zweck verfolgt wird, diesen Staat zur Einstellung eines schädigenden Verhaltens zu veranlassen. Die Retorsion richtet sich lediglich gegen dessen Interessensphäre, greift jedoch nicht in seinen geschützten Rechtsbestand ein. Retorsionsmaßnahmen bedürfen also keiner besonderen völkerrechtlichen Rechtfertigung.

Da die Retorsion lediglich definiert ist durch ihren Charakter als Reaktion im zwischenstaatlichen Verkehr sowie durch ihre völkerrechtliche Zulässigkeit, muß sie zwangsläufig ein Bündel von Handlungen umschlie-

¹⁵⁾ Vgl. etwa F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 3 (1964), S. 88; L. Oppenheim/H. Lauterpacht, International Law Bd. 2 (7. Aufl. 1952), S. 136; K. J. Partsch, Retorsion, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts Bd. 3 (1962), S. 110; J.-C. Venezia, La notion de représailles en droit international public, RGDIIP Bd. 64 (1960), S. 465 (471—472); M. Virally, Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain, RdC Bd. 122 (1967 III), S. 1 (51—53).

ßen, die im übrigen nur wenig miteinander gemein haben. So kann etwa die reguläre Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages, also ein einseitiges völkerrechtliches Rechtsgeschäft, von Vergeltungsabsichten getragen sein, während andererseits auch rein intern wirkende Hoheitsakte — wie etwa die Drosselung eines ohne vertragliche Grundlage betriebenen Handelsverkehrs — oder bloße Realakte — wie etwa der Bau einer emissionsträchtigen, nach internationalem Nachbarrecht aber (noch) nicht zu beanstandenden Fabrikanlage unmittelbar an der Grenze — der politischen Motivation wegen als Retorsion einzustufen sein können, wobei sie sich aus der großen Masse der übrigen völkerrechtsgemäßen Staatsakte eben nur deshalb herausheben, weil sie als Antwort auf ein unfreundliches Verhalten des anvisierten Staates konzipiert sind. Überhaupt ist der internationale Wirtschaftsverkehr der Schauplatz *par excellence* von Interessenkollisionen, die auf seiten des Betroffenen mit der Waffe der Retorsion ausgetragen werden¹⁶). Bisher haben sich in diesem Bereich noch kaum Normen des Gewohnheitsvölkerrechts entwickelt, so daß die Staaten außerhalb des allgemeinen Diskriminierungsverbots volle Handlungsfreiheit besitzen, soweit sie nicht durch spezielle Verträge — etwa im Rahmen des GATT¹⁷) — gegenseitige Bindungen eingegangen sind. Wenn also hier nachteilige ausländische Maßnahmen durch analoge Restriktionen erwidert werden, handelt es sich durchweg um Retorsionen und nicht um Repressalien.

6. Die Repressalie hingegen stellt einen an und für sich völkerrechtswidrigen Akt dar, dem nur deswegen die Qualifizierung als Delikt erspart bleibt, weil der Adressat der Repressalie seinerseits ein völkerrechtliches Delikt zum Nachteil des Urhebers der Repressalie begangen hat¹⁸). Als Antwort auf dieses Unrecht ist sie rechtmäßig, wenn sie bestimmten Vor-

¹⁶) Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz vom 28. 4. 1961, BGBl. I, S. 481, hat der Exekutive in § 6 Abs. 1 ausdrücklich die Ermächtigung erteilt, den Außenwirtschaftsverkehr zu Vergeltungszwecken zu beschränken. Jede internationale Wirtschaftsorganisation sucht freilich solchen Wildwuchs zu beschneiden. In der EWG ist der Sanktionsmechanismus nach Art. 169 EWGV bei der Kommission zentralisiert, und das GATT sieht in Art. XXIII vor, daß ein Staat gegen einen vertragsbrüchigen anderen Vertragsstaat nur auf Grund einer Genehmigung der Vertragsparteien durch Entzug von Rechtsvorteilen vorgehen darf; dazu K. W. D a m, *The GATT — Law and International Economic Organization* (1970), S. 356 ff.

¹⁷) Vgl. oben Anm. 16.

¹⁸) In diesem Sinne das Schiedsgericht im *Naulilaa*-Fall, RIAA Bd. 2, S. 1011 (1027), sowie die einhellige Meinung im Schrifttum: Berber, a. a. O. (Anm. 15), S. 89; Oppenheim/Lauterpacht a. a. O. (Anm. 15), S. 136; Partsch, Repressalie, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch Bd. 3 (1962), S. 103 (104); B. Simma, *Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law*, Österr. Z. ö. R. Bd. 20 (1970), S. 5 (12); Venezia, a. a. O. (Anm. 15), S. 485; W. W e n g l e r, *Völkerrecht* Bd. 1 (1964), S. 515—516.

aussetzungen genügt. So darf sie sich namentlich nicht in bloßer Vergeltung erschöpfen, sondern muß anstreben, den Verletzerstaat von seinem schädigenden Verhalten abzubringen oder ihn zur Wiedergutmachung zu bewegen. Sie darf nicht unverrückbare Tatsachen schaffen, denn sie dient nicht der endgültigen Befriedigung, sondern lediglich der Erzwingung völkerrechtsgemäßen Verhaltens (»Beugezwang«)¹⁹⁾ und muß demgemäß wieder aufgehoben werden, sobald ein rechtmäßiger Zustand wiederhergestellt ist²⁰⁾. Noch heute trifft die Definition zu, welche das Institut de Droit International bei seiner Pariser Tagung im Jahre 1934 aufgestellt hat (Art. 1):

«Les représailles sont des mesures de contrainte, dérogatoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit»²¹⁾.

Zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist eine vorherige förmliche Abmahnung an die Adresse des Verletzer-Staates (dazu unten Ziff. 12). Maßnahmen, die von dem handelnden Staat selbst als Repressalien deklariert werden, sind in der heutigen völkerrechtlichen Praxis eine eher seltene Erscheinung geworden. Doch mangelt es nicht an Beispielfällen. So haben Indonesien die Beschlagnahme niederländischen und Kuba die Beschlagnahme US-amerikanischen Vermögens als Repressalie zu rechtfertigen versucht²²⁾. Frankreich und Großbritannien haben nach der Nationalisierung der Suez-Kanalgesellschaft durch Ägypten u. a. alle ägyptischen Guthaben in ihrem Lande blockiert²³⁾. Der wohl problematischste Fall liegt nur wenige Jahre zurück²⁴⁾: Im Juni 1967 landete ein Flugzeug, welches Mitglieder einer guineischen Regierungsdelegation von einer Tagung der Vereinten Nationen in New York nach Conakry, der Hauptstadt von Guinea, zurückbefördern sollte, wegen schlechter atmosphärischer Bedingungen

¹⁹⁾ Vgl. etwa Berber, Oppenheim/Lauterpacht, jeweils a. a. O. (Anm. 15). Abweichende Ansichten haben P. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1 (1951), S. 584, und H. Kelsen/W. Tucker, Principles of International Law (2. Aufl. 1967), S. 20–21, vertreten. Dazu die Kritik von H. Strebelt in seiner Besprechung des Werkes von Kelsen/Tucker, ZaöRV Bd. 27 (1967), S. 785 (786 f.).

²⁰⁾ So die EntschlieÙung des IDI (§ 6 Nr. 6) aus dem Jahre 1934 (vgl. Anm. 21), die von einem breiten Konsens im Schrifttum getragen ist.

²¹⁾ Annuaire Bd. 38 (1934), S. 708.

²²⁾ Vgl. I. Seidl-Hohenveldern, Reprisals and the Taking of Private Property, NTIR Bd. 9 (1962), Sondernummer »De conflictu legum«, S. 470 (470–472).

²³⁾ Frankreich: Avis No. 617 de l'Office des Changes relatif aux relations avec l'Egypte, J. O. vom 29. 7. 1956, S. 7145; Großbritannien: The Exchange Control (Payments) (Egyptian Monetary Area) Order, 1956, S. I. 1956/1163 (1956 I, S. 838).

²⁴⁾ Vgl. dazu den Bericht des UN-Generalsekretärs vom 14. 8. 1967, UN Doc. S/8120.

unvorhergesehen in Abidjan, der Hauptstadt der Elfenbeinküste. Die Regierung der Elfenbeinküste nahm die Diplomaten fest und erklärte, die Genehmigung zur Ausreise werde erst erteilt, wenn Guinea seinerseits eine Reihe von Staatsangehörigen der Elfenbeinküste, die seit Monaten unter völlig haltloser Anschuldigung widerrechtlich festgehalten würden, freilasse. Die Regierung Guineas weigerte sich zunächst, den ihr aufgezwungenen Zusammenhang zwischen der Freilassung der beiden Personengruppen anzuerkennen²⁵⁾, und auch der UN-Generalsekretär forderte die Regierung der Elfenbeinküste zur sofortigen und bedingungslosen Respektierung der diplomatischen Immunität der guineischen Regierungsdelegation auf²⁶⁾. Gleichwohl mußte Guinea sich der Macht der Verhältnisse beugen. Erst nachdem es die festgehaltenen Personen hatte ausreisen lassen, ließ auch die Elfenbeinküste die guineischen Diplomaten frei²⁷⁾. Obschon die Elfenbeinküste den Begriff der Repressalie selbst nicht in die Debatte geworfen hatte, lassen ihre Äußerungen doch erkennen, daß sie in der Sache nichts anderes im Sinne hatte, als ein Repressalienrecht auszuüben²⁸⁾. Freilich steht die wohl überwiegende Völkerrechtslehre auf dem Standpunkt, daß die diplomatische Immunität durch keinerlei Vergeltungsakt eingeschränkt werden dürfe²⁹⁾.

7. In engstem Zusammenhang mit der Repressalie steht das nach allge-

²⁵⁾ UN Doc. S/8120, S. 11 Nr. 37.

²⁶⁾ Schreiben vom 28. 7. 1967, Annex XIII zum UN Doc. S/8120, S. 43. Zuvor schon hatte sich der Generalsekretär dahin festgelegt, daß der Vorfall isoliert gesehen werden müsse, vgl. das UN Doc. S/8120, S. 3 Nr. 11, 14.

²⁷⁾ Vgl. die Mitteilung des UN-Generalsekretärs vom 27. 9. 1967, UN Doc. A/6832/Rev. 1, UN General Assembly, Official Records, Annexes (XXII) 98, S. 2 Nr. 3. Zum ganzen Vorfall vgl. auch die Darstellung von P. Chandrasekhara Rao, *The Detention of Guinean Nationals in the Ivory Coast: Issues of International Immunities*, *Indian Journal of International Law* Bd. 7 (1967), S. 397 ff.

²⁸⁾ Präsident Houphouët-Boigny und Außenminister Usher machten während der Verhandlungen mit dem Sonderbeauftragten des UN-Generalsekretärs folgendes geltend: "... no other course seemed to be open for the purpose of obtaining compliance by the Government of Guinea with its international obligations and with elementary human rights. It was a matter of record that the Government of Guinea had refused all approaches made to it for the liberation of the nationals and residents of the Ivory Coast which it had arbitrarily arrested ...", UN Doc. S/8120, S. 8 Nr. 31.

²⁹⁾ Vgl. Berber, a. a. O. (Anm. 15), S. 90; Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain* (1962), S. 225; Oppenheim/Lauterpacht, a. a. O. (Anm. 15), S. 140; L. Rinaudo, *Rappresaglia*, *Diritto internazionale*, in: *Novissimo Digesto Italiano* Bd. 14 (1967), S. 791 (793); A. P. Sereni, *Diritto internazionale* Bd. 3: *Relazioni internazionali* (1962), S. 1559 Anm. 3; anderer Ansicht I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht* (1969), S. 292 Nr. 1289, für den Fall, daß der Heimatstaat des betroffenen Diplomaten seinerseits diplomatische Immunitäten verletzt hat. Vgl. auch die Diskussionen des Asian-African Legal Consultative Committee, Third Session Colombo 1960, insbesondere S. 36—38.

meinem Völkerrecht bestehende³⁰⁾ und auch in Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (WKVR)³¹⁾ anerkannte Recht, die Erfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages zu verweigern oder ein außerordentliches Kündigungsrecht auszuüben, falls die Gegenseite sich einen *material breach* des Vertrages hat zuschulden kommen lassen³²⁾. Erlaubt ist also in dieser besonderen Situation ein Verhalten, das unter normalen Umständen als vertragswidriges und damit völkerrechtswidriges Handeln angesehen werden müßte. Häufig wird diese Regel des allgemeinen Vertragsrechts der Repressalie zugeschlagen³³⁾. Zumindest ein Unterschied ist aber nicht zu übersehen. Repressalienakte, die sich auf Verpflichtungen aus allgemeinem Völkerrecht beziehen, können diese Rechtsverpflichtungen nicht mit definitiver Wirkung »aufkündigen«³⁴⁾. Nur die temporäre Erfüllungsverweigerung, nicht die dauernde Umgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen läßt sich auf allgemeines Repressalienrecht stützen. Denn die allgemeine Völkerrechtsordnung kann zwar, von den Regeln des *ius cogens* einmal abgesehen, verdrängt werden, aber nur durch vertragliche Abmachungen, d. h. auf Grund einer Willenseinigung der betroffenen Völkerrechtssubjekte, während kein Staat sich kraft eigenen Willensentschlusses aus dieser Minimalbindung zu lösen vermag. Hingegen setzen Sonderrechtsbindungen ein gewisses Vertrauensklima zwischen den Parteien voraus. Es muß daher die Möglichkeit bestehen, solche Rechtsbeziehungen wieder auf den niedrigeren Standard des allgemeinen Völkerrechts zurückzuführen, und zwar durch einseitige Gestaltungsakte, durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung.

³⁰⁾ Die wichtigsten Belege sind der Schiedsspruch des amerikanischen Präsidenten Coolidge im *Tacna-Arica*-Streit vom 4. 3. 1925, RIAA Bd. 2, S. 921 (929, 943, 944), sowie das abweichende Votum von Richter Anzilotti zum Urteil des StIGH im niederländisch-belgischen Streit um die Ableitung des Maas-Wassers vom 28. 6. 1937, CPJI Série A/B Nr. 70, S. 45 (50). Aus dem Schrifttum vgl. etwa H.-W. Bayer, Die Aufhebung völkerrechtlicher Verträge im deutschen parlamentarischen Regierungssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Abschluß völkerrechtlicher Verträge nach deutschem Recht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 48) (1969), S. 20 ff., sowie A. McNair, *The Law of Treaties* (2. Aufl. 1961), S. 553 ff., 571–573. Als Materialsammlung ist ferner nützlich B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by other Party* (1966).

³¹⁾ Abgedruckt: ZaöRV Bd. 29 (1969), S. 711 = AJIL Bd. 63 (1969), S. 875.

³²⁾ Dazu die ausführliche Abhandlung von Simma, a. a. O. (Anm. 18).

³³⁾ Dazu die Schrifttumsnachweise bei Simma, a. a. O. (Anm. 18), S. 24. Die International Law Commission scheint den von ihr entworfenen Konventionsartikel mehrheitlich nicht als spezielle Ausprägung des Rechtsinstituts der Repressalie betrachtet zu haben, vgl. die Nachweise über den Gang der Beratungen bei Simma, S. 56 f.; in diesem Sinne spricht sich auch Simma selbst aus (S. 20 ff.).

³⁴⁾ Das wird zutreffend von Simma, a. a. O. (Anm. 18), S. 23, hervorgehoben.

*C. Retorsion und Repressalie — staatsrechtlich betrachtet***I. Retorsion und Repressalie als Akte, die der Pflege der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik dienen?**

8. Nicht das Völkerrecht, sondern allein das nationale Recht entscheidet darüber, welche Staatsorgane zur Anordnung von Retorsion und Repressalie zuständig sind und welcher Rechtsformen es bedarf, um diese Vergeltungsmaßnahmen innerstaatlich rechtswirksam in Kraft zu setzen und durchzuführen.

Dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland liegt eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Aufgaben des zwischenstaatlichen Verkehrs einerseits und zum Handeln in der internen Rechtsordnung andererseits zugrunde³⁵). Die Pflege der auswärtigen Beziehungen des Gesamtstaates Bundesrepublik liegt grundsätzlich im Kompetenzbereich des Bundes (Art. 32 Abs. 1 GG), wobei nach dem Wortlaut der Verfassung (Art. 59 Abs. 1 GG) das zuständige Vertretungsorgan der Bundespräsident ist, während die politische Entscheidungsmacht jedenfalls in Bundesangelegenheiten hinsichtlich des Abschlusses der wichtigsten Kategorien völkerrechtlicher Verträge nach Art. 59 Abs. 2 GG bei den gesetzgebenden Körperschaften, im übrigen bei der Bundesregierung, hauptsächlich dem Bundeskanzler (Art. 65 Satz 1 GG), liegt.

9. Da die Retorsion der Einwirkung auf zwischenstaatliche Verhältnisse dient, scheint die Annahme nahezuliegen, daß die Zuständigkeitsfrage an Hand der Regeln der Art. 32 Abs. 1, 59 Abs. 1 und 65 Satz 1 GG gelöst werden kann. Es wurde jedoch bereits gezeigt, daß Retorsionsakte sich nicht notwendig und nicht einmal in erster Linie als Handlungen des völkerrechtlichen Verkehrs darstellen. Für Maßnahmen wie den Abbruch der diplomatischen Beziehungen oder das Verlangen nach Abberufung bestimmter Angehöriger einer diplomatischen Mission³⁶), welche die Rechtsbeziehungen des Staates zu »anderen Völkerrechtsträgern auf der Basis der Völkerrechtsordnung«³⁷) gestalten, gilt sicherlich, daß sie in den speziellen Machtbereich der Exekutive als des Inhabers der Befugnisse zum Handeln im Außenverhältnis fallen. Aber diese Zuweisung ist unabhängig davon, daß solche

³⁵) Vgl. etwa J. Köble, *Auslandsbeziehungen der Länder*, DÖV 1966, S. 25 (26); H. v. Mangoldt/F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz* Bd. 2 (2. Aufl. 1964), Art. 32 Anm. III 3a, S. 779 (allerdings nicht ganz widerspruchsfrei); Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, *Grundgesetz* (1971), Art. 32 Randnummer 2; Mosler, a. a. O. (Anm. 1), S. 252 ff., 259.

³⁶) Vgl. Art. 9 WÜD.

³⁷) So die Definition von Mosler, a. a. O. (Anm. 1), S. 253.

Maßnahmen sich in einer bestimmten Fallkonstellation einmal als »Retorsion« darstellen können. Denn die Bestimmungen der Art. 32 Abs. 1, 59 GG finden ausnahmslos Anwendung auf alle Rechtsverhältnisse, wo Staaten einander auf der völkerrechtlichen Ebene der Gleichordnung begegnen.

10. Auf der anderen Seite ließe sich aber die Frage stellen, ob eine mit bloßer innerstaatlicher Wirkung durchzuführende Maßnahme — wie etwa die Entscheidung, Arbeitskräfte aus einem bestimmten Staat nur noch in zahlenmäßig beschränkter Höchstzahl im Bundesgebiet zuzulassen oder Angehörigen dieses Staates ein Recht der selbständigen Niederlassung generell zu verweigern — nicht vielleicht deswegen in den Bannkreis der besonderen Kompetenzordnung für den Völkerrechtsverkehr gerät, weil sie als Antwort auf einen unfreundlichen Akt des betroffenen Staates gemünzt ist. Dieser Gedanke wäre in der Tat nicht völlig von der Hand zu weisen, wenn es etwa zu den zulässigkeitsbegründenden Merkmalen der Retorsion gehören würde, daß sie dem betroffenen Staat förmlich kundgetan wird. Ein derartiges Gebot besteht jedoch nach geltendem Völkerrecht nicht. Es mag zwar den Grundsätzen diplomatischer Höflichkeit entsprechen und vor allem zweckmäßig sein, Retorsionsentscheidungen eine solche Publizität zu gewähren, daß der Retorsionsgegner Kenntnis erhält von den mißlichen Fernwirkungen seines eigenen unfreundlichen Verhaltens, denn nur so kann er möglicherweise zu einer Revision seiner Einstellung bewogen werden. Für die bloße Unterrichtung eines fremden Völkerrechtssubjekts über eine bestimmte rechtliche und tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland läßt sich aber wohl kaum ein rechtliches Monopol der Organe der auswärtigen Gewalt fordern, zumal es nicht darauf ankommt, wer die Rolle des Nachrichtenträgers übernimmt, und demgemäß auch die eigenen diplomatischen Vertreter des betroffenen Staates als geeignete Informanten in Betracht kommen. Jedenfalls aber umschließt die Zuständigkeit zur Notifikation nicht auch die sachliche Entscheidungskompetenz.

11. Schließlich ließe sich noch erwägen, ob sich der Retorsion wegen ihrer besonderen Zweckrichtung nicht jedenfalls zusätzlich zu ihrem Rechtscharakter als innerstaatliche Maßnahme der Stempel des Aktes im völkerrechtlichen Verkehr aufprägt. Auch diese Überlegung erweist sich aber bei näherer Überlegung als wenig fundiert. Innerstaatliche Retorsionsmaßnahmen gehören — um mit Triepel zu sprechen³⁸⁾ — zu den völkerrechtlich bedeutsamen, völkerrechtsgemäßen Staatsakten. Der bloßen völkerrechtlichen Bedeutsamkeit eines Hoheitsaktes geht aber verfassungsrechtlich gesehen jede Relevanz ab³⁹⁾. So sind etwa sämtliche Rechtshandlungen

³⁸⁾ Völkerrecht und Landesrecht (1899), S. 272 ff.

³⁹⁾ Was die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bund und Ländern angeht, so will

gegenüber fremden Staatsangehörigen und ausländischem Vermögen insofern völkerrechtlich bedeutsam, als sie sich an den Standards des internationalen Fremdenrechts messen lassen müssen. Gleichwohl handelt es sich insoweit nicht um die Pflege der auswärtigen Beziehungen im Sinne des Art. 32 Abs. 1 GG, vielmehr greifen die allgemeinen verfassungsrechtlichen Regeln über die Abgrenzung der Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung Platz. Einen Staatsakt allein seiner völkerrechtlichen Bedeutsamkeit wegen der besonderen Kompetenzordnung für die Wahrnehmung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik zu unterwerfen und damit die Zuständigkeiten von Legislative und Judikative entsprechend zu beschneiden, ließe sich um so weniger rechtfertigen, als der Kreis der völkerrechtlich irrelevanten Akte, zumal seitdem die Idee eines internationalen Menschenrechtsschutzes verbindliche Rechtsgestalt angenommen hat, in einem kontinuierlichen Schrumpfungsprozeß ständig an Umfang verliert. Diese mehr rechtspolitische Erwägung ergänzt sich durch die Einsicht, daß die Art. 32 Abs. 1, 59 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen als normatives Rüstzeug für alle diejenigen Situationen bereitgestellt worden sind, wo die Bundesrepublik einen gewünschten Erfolg nicht schon kraft einseitigen hoheitlichen Befehls erreichen kann, sondern nur in Abstimmung mit anderen Staaten, wobei diese Abstimmung im weiteren Sinne zu verstehen ist als planvolles Zusammenwirken einerseits oder Distanzierung von einer bestehenden internationalen Bindung andererseits. An diese objektive Grenze der eigenen Jurisdiktionsgewalt stößt die Bundesrepublik bei rein internen Retorsionsmaßnahmen nicht.

12. Auf Repressalien lassen sich die bisher angestellten Erwägungen nicht ohne weiteres übertragen. Da die Repressalie, wie dargestellt, einen an sich völkerrechtswidrigen Akt bildet, können dem Völkerrecht neben den Voraussetzungen des Repressalienrechts auch die Modalitäten seiner Ausübung nicht gleichgültig sein. Für den vorliegenden Zusammenhang gewinnt dabei besondere Bedeutung die vom Schrifttum im Einklang mit der Entscheidung des Schiedsgerichts im *Naulilaa-Fall*⁴⁰⁾ ganz überwiegend angenommene Regel, daß der verletzte Staat zunächst eine förmliche Abmahnung an den Verletzerstaat richten müsse mit der Aufforderung, von seinem rechtswidrigen Handeln abzulassen oder Schadensersatz zu leisten⁴¹⁾. Als Erklä-

Köblle, *Auslandsbeziehungen der Länder?*, DÖV 1965, S. 145 (146), die Kompetenzen des Bundes offenbar auf alle Fälle erweitern, in denen staatliches Handeln Rückwirkungen auf das Verhältnis zu anderen Ländern zu äußern vermag.

⁴⁰⁾ A. a. O. (Anm. 18), S. 1017.

⁴¹⁾ Vgl. etwa Berber, a. a. O. (Anm. 15), S. 89; Partsch, a. a. O. (Anm. 18), S. 104; Venezia, a. a. O. (Anm. 15) S. 491; Wengler, a. a. O. (Anm. 18), S. 516, sowie die angeführte Entschließung des IDI aus dem Jahre 1934 (Anm. 21) Art. 6 Nr. 1.

rung von Staat zu Staat ist eine solche förmliche Abmahnung offensichtlich unter die Rechtsgeschäfte des völkerrechtlichen Verkehrs zu rubrizieren.

13. Zu klären bleibt, ob etwa Anordnung und Vollzug einer Repressalie weitere völkerrechtliche Akte im Sinne des Art. 32 Abs. 1 GG nach sich ziehen. Wilhelm Wengler hat die Auffassung vertreten, auch die Auswahl der zu Repressalienzwecken zu suspendierenden völkerrechtlichen Pflichten stelle einen einseitigen Akt der Völkerrechtsgestaltung dar, für den grundsätzlich dasjenige Staatsorgan zuständig sei, dem der Abschluß völkerrechtlicher Verträge obliege⁴²⁾. In der Tat trifft zu, daß der verletzte Staat im Rahmen der zu wahrenen Proportionalität ermächtigt ist, Beugenzwang in der ihm zweckmäßig erscheinenden Art und Weise auszuüben, d. h. ohne durch irgendeinen Grundsatz der Artgleichheit von Unrecht und Gegenmaßnahme gebunden zu sein⁴³⁾. Die Frage lautet indes, ob die Auswahl der Mittel und die damit verbundene Entscheidung für die zeitweilige Nichtbeachtung einer spezifischen völkerrechtlichen Verpflichtung auch im verfassungsrechtlichen Sinne zu den Akten des zwischenstaatlichen Verkehrs gehört.

14. Zunächst ist von denjenigen Repressalien zu handeln, die in Abweichung von den Regeln des allgemeinen Völkerrechts getroffen werden, exemplarisch verkörpert durch die Beschlagnahme ausländischen Vermögens als Reaktion auf die völkerrechtswidrige Enteignung eigenen Vermögens durch den Repressaliengegner. Üblicherweise findet eine solche Sequestration ihren Niederschlag in bestimmten nationalen Rechtsvorschriften, und eine ausdrückliche völkerrechtliche Erklärung, daß man sich nunmehr für diese konkrete Art der Repressalie entscheide, ist weder vom allgemeinen Völkerrecht vorgesehen, noch scheint sie in der Staatspraxis allgemein üblich zu sein. Vielmehr wird dem betroffenen Staat lediglich der Inhalt der angeordneten Maßnahmen zur Kenntnisnahme notifiziert. Diese Verfahrensweise läßt sich nicht als ungenaue Mißbildung der Praxis abtun, vielmehr weist sie den Weg zu einem auch theoretisch richtigen Verständnis des Repressalienvollzugs. Ist ein Tatbestand gegeben, der einen Staat zur Anwendung von Repressalien gegenüber einem anderen Staat legitimiert, so erweitert sich damit der sonst durch das allgemeine Völkerrecht eingegengte Handlungsspielraum des berechtigten Staates eben um jenen Bereich, der durch das Repressalienrecht gedeckt wird. Entschließt sich der berechnete Staat, sein Repressalienrecht durch innerstaatlich wirksame Hoheitsakte auszuüben, so macht er zwar von einer außerordentlichen völkerrechtlichen

⁴²⁾ A. a. O. (Anm. 18), S. 308, 722/23.

⁴³⁾ Vgl. etwa G. Dahm, Völkerrecht Bd. 2 (1961), S. 431; Wengler, a. a. O. (Anm. 18), S. 517, 519.

Befugnis Gebrauch, doch unterscheiden sich diese innerstaatlichen Hoheitsakte qualitativ nicht von den sonstigen völkerrechtsgemäßen Staatsakten, die ja auch nie oder doch — außer in Zweifelsfällen — fast nie mit der Erklärung verbunden werden, daß man von der durch das Völkerrecht nicht berührten inneren Zuständigkeit Gebrauch mache. Es bedarf also, diesen Schluß drängt der Blick auf die Parallelsituation geradezu auf, keiner spezifischen nach außen gerichteten Ausübung des Wahlrechts, die von dem Erlaß des die Repressalienanordnung enthaltenden innerstaatlichen Hoheitsakts verschieden wäre und diesem vorhergehen würde.

Eine andere Frage ist es, ob die einmal getroffene Entscheidung dem betroffenen Staat zur Kenntnis gebracht werden muß. Ihre Funktion als Beugezwang vermag eine Repressalie nur dann wirksam zu erfüllen, wenn sie ausdrücklich als solche gekennzeichnet worden ist. Der Repressaliengegner muß wissen, daß er es in der Hand hat, durch die Rückkehr zur Legalität auch seinerseits wieder in den Genuß der ihm entzogenen Rechtsvorteile zu gelangen. Gleichzeitig wird damit das verletzte Recht wieder hergestellt. Da es somit auch im objektiven Interesse der Völkerrechtsordnung liegt, daß die Ausnahmesituation der aufeinanderprallenden Rechtsbrüche rasch wieder verlassen wird, ist zu folgern, daß einer Notifikation nicht entraten werden kann. In den Prozeß von Anordnung und Vollzug der Repressalie selbst ist damit allein aber das für eine solche förmliche Klarstellung zuständige völkerrechtliche Vertretungsorgan bzw. die hinter ihm stehende Exekutivgewalt nicht eingeschaltet. Die Notifikation bewirkt keine Rechtsgestaltung, vielmehr handelt es sich lediglich um eine Erläuterung und Kommentierung des von der jeweils zuständigen Stelle getroffenen Willensentscheides.

15. Vor einer abschließenden Stellungnahme soll aber zunächst noch einmal die Rechtslage in Ansehung von völkervertraglichen Rechtsverpflichtungen erörtert werden. Eine zeitweilige Nichtbeachtung solcher Vertragsverpflichtungen kann sowohl nach allgemeinem Repressalienrecht wie nach den besonderen Grundsätzen des Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WKVR) (bzw. der in diesem Artikel kodifizierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts) gerechtfertigt sein.

Die präzisesten Regeln über die Folgen einer Vertragsrechtsverletzung durch die Gegenseite enthält Art. 60 WKVR⁴⁴⁾. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift kann eine Partei einen schwerwiegenden Bruch eines völkerrechtlichen Vertrages durch die Gegenseite zum Anlaß nehmen, die Vertragsanwendung zu suspendieren oder gar den Vertrag insgesamt zu kündigen. Auch hier

⁴⁴⁾ Vgl. oben Anm. 31.

handelt es sich um keine Automatik⁴⁵⁾, vielmehr hat die verletzte Partei der anderen Partei ihre Ansprüche zu notifizieren und die von ihr beabsichtigten Maßnahmen anzugeben (Art. 65 Abs. 1 WKVR). Es soll dann ein Verständigungsverfahren stattfinden, sofern nicht die andere Partei sich die Suspendierung oder die Kündigung widerspruchslos gefallen läßt (Art. 65 Abs. 3 WKVR). Offensichtlich handelt es sich insoweit um Handlungen im Sinne des Art. 32 Abs. 1 GG, wobei die nach Art. 65 Abs. 1 WKVR vorgesehene Erklärung sich mit der nach allgemeinem Repressalienrecht vorgeschriebenen Abmahnung (*sommat*ion) in Parallele setzen läßt, während es andererseits einer spezifischen Auswahl der zu suspendierenden oder aufzukündigenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht bedarf, weil die Regel des Art. 60 WKVR sich nur auf das Synallagma innerhalb ein und desselben Vertrages bezieht.

Besonders illustrativ erscheint schließlich die letzte Fallgruppe der Ausübung eines Repressalienrechts im Hinblick auf Völkervertragsrecht. Für diese Konstellation gelten streng genommen weder die Vorschriften des Art. 60 WKVR noch diejenigen des Art. 65 WKVR über das einzuhaltende Verfahren, so daß es bei der Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts über die Repressalie verbleibt, deren prozedurales Kernstück, wie dargetan, die Aufforderung des verletzten Staates bildet, ihn wieder in seine Rechte einzusetzen. Ist diese Aufforderung erfolglos geblieben, so erwächst dem verletzten Staat *ipso iure* die völkerrechtliche Befugnis, völkerrechtliche Verpflichtungen beliebiger Art, also auch vertragliche Verpflichtungen, im Rahmen der zu wahrenen Proportionalität zu suspendieren. Zusätzlicher Erklärungen bedarf es nicht. Das Repressalienrecht könnte also durch Erlaß eines dem völkerrechtlichen Vertrag zuwiderlaufenden nationalen Gesetzes ausgeübt werden. Wird indes zur Verdeutlichung des gefaßten Willensentschlusses eine förmliche Erklärung gegenüber dem Repressaliengegner abgegeben, so verbindet sich damit der Vorteil, daß so-

⁴⁵⁾ Grundsätzlich gibt es für völkerrechtliche Verpflichtungen keinen *ipso iure* wirkenden Vorbehalt der Gegenseitigkeit, vgl. namentlich die Abhandlung von Malintoppi, a. a. O. (Anm. 3), sowie Wengler, a. a. O. (Anm. 18), S. 507 Anm. 1. Für den nationalen Richter ist daher die Nichtbeachtung eines völkerrechtlichen Vertrages durch die Gegenseite so lange unerheblich, als die mit der Wahrnehmung der auswärtigen Gewalt betrauten Staatsorgane passiv bleiben; unrichtig also die bei K. J. Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre (1964), S. 108 f., wiedergegebene Ansicht einiger Mitglieder der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, daß alle Staatsbehörden einen Vertrag unter Berücksichtigung seines synallagmatischen Charakters anzuwenden hätten. — Instruktiv insoweit auch die sich an Art. 55 der französischen Verfassung anknüpfenden Überlegungen; dazu jüngst L. Dubouis, Le juge administratif français et les règles du droit international, AFDI 1971, S. 9 (21 f.).

gleich auch die innerstaatliche Verbindlichkeit des Vertrages beseitigt wird, da, wie schon Triepel trotz seines Trennungsdenkens annahm⁴⁶⁾, der innerstaatliche Anwendungsbefehl die völkerrechtliche Norm immer nur im Umfang ihrer aktuellen völkerrechtlichen Geltung erfaßt⁴⁷⁾. Dieser Weg muß um so praktikabler erscheinen, als nach der überwiegenden Meinung die rein negative Einwirkung der Exekutive auch auf solche völkerrechtlichen Verträge, die durch Zustimmungsgesetz gebilligt worden sind, nicht der parlamentarischen Ermächtigung bedarf⁴⁸⁾.

16. Angesichts dieses Ergebnisses ist noch einmal zurückzukommen auf die Kategorie derjenigen Repressalien, die in der Form zeitweiliger Nichtbeachtung von Regeln des allgemeinen Völkerrechts ausgeübt werden. Immerhin wäre vorstellbar, daß, wie auch Wengler meint⁴⁹⁾, die Exekutive die Entscheidung über die Ausübung des Repressalienrechts an sich zieht, indem sie eine nach Völkerrecht zwar nicht gebotene, aber doch mögliche Erklärung abgibt, in der sie den Inhalt der zu suspendierenden völkerrechtlichen Verpflichtung verbindlich festlegt. Da Art. 25 GG das allgemeine Völkerrecht jeweils in seinem völkerrechtlichen Geltungsumfang zum Bestandteil der deutschen Rechtsordnung macht⁵⁰⁾, könnte angenommen werden, daß unter diesen Umständen auch die innerstaatliche Verbindlichkeit der suspendierten Regel nach Maßgabe des Repressalienrechts entfällt.

Eine Reihe von Gründen läßt Zweifel daran aufkommen, ob der Exekutive eine solche Befugnis zur Disposition über das allgemeine Völkerrecht zu-

⁴⁶⁾ A. a. O. (Anm. 38), S. 433 f.

⁴⁷⁾ Hier liegt einer der wesentlichen Ansatzpunkte der »Vollzugslehre«, vgl. G. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 43) (1965), S. 95 ff. (mit Darstellung der Rechtsprechung, S. 100 f.); Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte (1957), S. 22 ff.; Thesen 19 Buchst. a, b und d der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, wiedergegeben bei Partsch, a. a. O. (Anm. 45), S. 161.

⁴⁸⁾ So Mosler, Internationale Organisation und Staatsverfassung, in: Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg (1956), S. 273 (278); ders., a. a. O. (Anm. 47), S. 23; Partsch, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL Bd. 16 (1958), S. 74 (98); ders., a. a. O. (Anm. 45), S. 135, sowie dort S. 161 die These 19 Buchst. c der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht; H. D. Treviranus, Außenpolitik im demokratischen Rechtsstaat (1966), S. 57 f.; S. Weiß, Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung (1971), S. 191. Anderer Ansicht H. W. Baade, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland (1962), S. 121 Anm. 117; E. Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL Bd. 16 (1958), S. 70 These II 3. Bayer, a. a. O. (Anm. 30), S. 201 ff. (215), 257, spricht sich zwar auch gegen die Notwendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung aus, will aber bei gesetzesinhaltlichen Verträgen die innerstaatliche Außergeltungsetzung nur durch Gesetz zulassen.

⁴⁹⁾ Vgl. oben Anm. 42.

⁵⁰⁾ BVerfGE 18, 441 (448); 23, 288 (316 f.).

steht. Die überragende Rolle bei der Gestaltung der vertraglichen Außenbeziehungen fällt ihr deswegen zu, weil nur sie zur Führung von Verhandlungen in der Lage ist, bei denen der Staat notwendig mit einer Stimme sprechen muß. Diesem Sachzwang hat das Grundgesetz Rechnung getragen, indem es in seinem Art. 59 Abs. 1 Satz 2 den Bundespräsidenten betraut mit der Kompetenz zum Abschluß der völkerrechtlichen Verträge der Bundesrepublik, deren logische Implikation die Zuständigkeit desselben Staatsorgans zur Vornahme des *actus contrarius*, nämlich zur Kündigung und zu sonstigen Einwirkungen auf den Bestand des Vertrages, bildet. Von einer Befugnis, auf den Bestand der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG einzuwirken, ist dagegen an keiner Stelle die Rede. In der Tat wäre eine solche verfassungsrechtliche Ermächtigung auch von vornherein weitgehend sinnentleert. Allgemeine Regeln des Völkerrechts kann kein Staat von sich aus zur Entstehung bringen. Andererseits erwächst das Repressalienrecht dem verletzten Staat *ipso iure*, so daß eine Suspendierungserklärung nur die Bedeutung haben könnte, das Repressalienrecht durch die Ankündigung des gewählten Mittels seinem Inhalt nach definitiv in einem bestimmten Sinne festzulegen. Denn auch einseitige Erklärungen schaffen nach dem *estoppel*-Grundsatz einen gewissen Vertrauensstatbestand, auf den sich der Erklärungsgegner verlassen darf⁵¹⁾, so daß zumindest so lange, als die Suspendierungserklärung nicht widerrufen wäre, eine andere Art von Repressalien nicht ergriffen werden dürfte. Das Ergebnis wäre also im wesentlichen eine Präjudizierung der nach der innerstaatlichen Rechtsordnung zur Rechtsetzung berufenen Organe, und zwar ohne daß sich aus der besonderen Sachstruktur der zwischenstaatlichen Ordnung irgendeine Notwendigkeit für eine solche Eingrenzung der Entscheidungsfreiheit ergeben würde. Ob und inwieweit Repressalien, die als Eingriffe in das Eigentum oder die Freiheit fremder Staatsangehöriger geplant sind, einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedürfen, so daß überhaupt erst jene delikate Konkurrenzsituation zwischen Außen- und Innenkompetenz entstehen kann, welche auch sonst zur Kernproblematik der auswärtigen Gewalt gehört, wird freilich im folgenden erst noch näher zu untersuchen sein.

⁵¹⁾ Über den *estoppel*-Grundsatz jüngst J. P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 56) (1971), S. 5 ff., mit umfangreichen Nachweisen.

II. Retorsion und Repressalie als innerstaatlich wirksame Hoheitsakte

1. Vergeltung durch Einwirkung auf innerstaatlich anwendbares Vertragsrecht

17. Soweit eine bestimmte Sachmaterie durch internationale Übereinkommen geregelt ist und es nun einzig darum geht, die zum Vorteil des Verletzerstaates stipulierten und in die innerstaatliche Rechtsordnung übernommenen Rechte zu suspendieren, findet sich der zu beschreitende Weg klar vorgezeichnet. Durch die im Außenverhältnis abgegebene Suspendierungserklärung wird das völkerrechtliche Normsubstrat, auf das sich der nationale Anwendungsbefehl bezieht, entsprechend beschnitten⁵²⁾, so daß es eines besonderen Tätigwerdens des Normgebers nicht bedarf, wenn und soweit man mit der herrschenden Lehre davon ausgeht, daß die Exekutive völkerrechtliche Verträge in jedem Falle in eigener Verantwortung außer Kraft setzen darf⁵³⁾.

2. Vergeltung im Bereich völkerrechtsunabhängigen Landesrechts

18. Undurchsichtiger ist die Rechtslage für den Fall zu beurteilen, daß der Rechtsstatus der Personen und der Vermögenswerte, die als Zugriffsobjekt ausersehen sind, durch Landesrecht fixiert ist. Der Vorbehalt des Gesetzes schützte zur Zeit seiner Entstehung im konstitutionellen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts nicht Freiheit und Eigentum der der Territorialstaatsgewalt unterworfenen Personen allgemein, sondern lediglich der Landesstaatsangehörigen, während die rechtliche Absicherung des Fremden dem Abschluß entsprechender zwischenstaatlicher Abmachungen überlassen war. Im Text zahlreicher deutscher Verfassungen hieß es ausdrücklich, daß Landesgesetze, welche die Freiheit und das Eigentum der Staatsangehörigen oder der Staatsbürger beträfen, der Zustimmung des Landtages bedürften⁵⁴⁾. Demnach gibt Robert von Mohl treffend den geltenden Verfassungszustand wieder, wenn er schreibt, daß Repressalien nicht der Zustimmung der württembergischen Ständeversammlung bedürften,

⁵²⁾ Vgl. oben Anm. 47.

⁵³⁾ Vgl. oben Anm. 48.

⁵⁴⁾ Vgl. unter den zeitgenössischen Autoren H. A. Zachariä, *Deutsches Staats- und Bundesrecht* (2. Aufl. 1854) Teil 2, S. 158, und H. Zoepfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts* (5. Aufl. 1863) Teil 2, S. 368, sowie die historische Darstellung von R. Thoma, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht*, in: *Festgabe für Otto Mayer* (1916), S. 165 (175). D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung* (1961), S. 123 ff., hat dieser speziellen Thematik keine Aufmerksamkeit geschenkt.

»da es sich hier nicht von der Regulierung der Rechte des württembergischen Staatsbürgers, sondern von der Verletzung der Rechte von Ausländern handelt, deren Wahrung den würt. Ständen nicht übertragen ist«⁵⁵).

Diese Meinung kann für den heutigen Verfassungszustand keine Gültigkeit mehr beanspruchen. Auch der Ausländer genießt den vollen Schutz des Rechtsstaates, und die ihm gegenüber ergehenden belastenden Verfügungen bedürfen in gleicher Weise einer Rechtsgrundlage wie das hoheitliche Handeln gegenüber dem deutschen Staatsangehörigen⁵⁶). Diese Garantiefunktion des Rechts ist von der Rechtsprechung sogar auf Fälle wie die Ablehnung des Antrags auf Einbürgerung ausgedehnt worden⁵⁷), wo kaum noch davon gesprochen werden kann, daß dem Betroffenen gegenüber hoheitliche, überlegene Gewalt ausgeübt würde, so daß ein verwaltungsgerichtliches Streitverfahren weniger dem Schutz subjektiver Rechte als der Rechtskontrolle des Staatsapparates dient⁵⁸).

19. Allerdings stellt sich die Frage, ob die erforderliche Rechtsgrundlage nicht in Art. 25 GG gefunden werden kann. So bezeichnet etwa Rudolf Schiedermaier in seinem Handbuch des Ausländerrechts die Zulässigkeit von Vergeltungsmaßnahmen als eine allgemeine Regel im Sinne des Art. 25 GG⁵⁹), allerdings ohne die Tragweite dieser Feststellung voll zu verdeutlichen, da er an einer Stelle davon spricht, daß es für Vergeltungsmaßnahmen »in jedem Fall einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung« bedürfe⁶⁰), andererseits aber belastende Verwaltungsakte gegenüber Ausländern pauschal für verfassungsmäßig erklärt, sofern sie »den Allgemeinen Regeln des Völkerrechts entsprechen«⁶¹). Gleich wie Schiedermaier zu verstehen sein mag, so genügen doch wenige Parallelbeispiele, um zu zeigen, daß Repressalien eine Stütze in Art. 25 GG nicht zu finden vermögen.

⁵⁵) Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg Bd. 1: Das Verfassungsrecht (2. Aufl. 1840), S. 240.

⁵⁶) In diesem Sinne selbst R. Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland (1968), S. 93; vgl. im übrigen die Nachweise bei K.-P. Dölde, Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik (Schriften zum öffentlichen Recht, 189) (1972), S. 45 Anm. 1.

⁵⁷) BVerwGE 4, 298 (300 f.); 6, 186 (187), 207; 7, 237 (237 f.).

⁵⁸) Das hat in seiner Kritik an dieser Rechtsprechung richtig erkannt H. Schneider, Die Ablehnung eines Einbürgerungsantrages vor den Verwaltungsgerichten, ZaöRV Bd. 19 (1958), S. 449 ff. Abwegig dagegen die Erwägung von Schiedermaier, a.a.O. (Anm. 56), S. 420 ff. (422), daß die volle gerichtliche Nachprüfung »einem Teilverzicht auf die staatliche Souveränität gegenüber einer Einzelperson gleichkommen und ... gegen Art. 24 GG verstoßen« (!) würde.

⁵⁹) A. a. O. (Anm. 56), S. 31.

⁶⁰) A. a. O., S. 32.

⁶¹) A. a. O., S. 35.

Unbestritten hat etwa jeder Staat auf Grund seiner Personalhoheit das Recht, seinen Staatsangehörigen, auch wenn sie sich im Ausland aufhalten, bestimmte Pflichten aufzuerlegen, sie zu besteuern oder von ihnen die Einhaltung seines Strafgesetzes zu verlangen. Es ist aber allein Sache der zuständigen staatlichen Rechtssetzungsorgane, diesen Handlungsspielraum auszufüllen und darüber zu befinden, ob solche Pflichten statuiert werden sollen. Art. 25 GG stellt lediglich einen Rahmen auf, den die staatliche Gesetzgebung nicht überschreiten darf, besagt aber nichts über die Verfassungsmäßigkeit (Rechtmäßigkeit nach nationalem Recht) staatlicher Hoheitsakte. Zumal der Schluß von der Völkerrechtmäßigkeit auf die Verfassungsmäßigkeit⁶²⁾ läßt sich nicht halten. Durchweg legt das rechtsstaatliche Verfassungs- und Verwaltungsrecht der staatlichen Souveränität sehr viel engere Fesseln an, als es die für alle Mitglieder der internationalen Gemeinschaft als Minimal-Kompromiß geltenden Völkerrechtsnormen tun können. Auf dem Gebiet der Menschenrechte zeigt sich der Unterschied in der Bindungsintensität mit exemplarischer Deutlichkeit: Das klassische Völkerrecht überließ es grundsätzlich den Staaten selbst, das Rechtsverhältnis zu ihren Angehörigen in eigener Verantwortung zu normieren, und auch das moderne Völkerrecht sichert bisher lediglich elementare menschliche Lebensgüter. Wollte man diese »allgemeine Regel des Völkerrechts« über Art. 25 GG dem deutschen Verfassungsrecht als *lex specialis* aufpfropfen⁶³⁾, so wäre damit das ganze System der rechtsstaatlichen Freiheitsverbürgungen im Namen der Weltoffenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit unterlaufen — fürwahr ein kurioses Ergebnis.

Es erscheint in diesem Zusammenhang angebracht, an die englische Entscheidung *The Queen v. Keyn* im *Franconia-Fall*⁶⁴⁾ aus dem Jahre 1876 zu erinnern. Zur Debatte stand, ob Keyn, Kapitän des deutschen Schiffes *Franconia*, nach englischem Strafrecht zu verfolgen sei, weil er — angeblich aus Unachtsamkeit — einen Zusammenstoß mit einem englischen Schiff herbeigeführt und dadurch den Tod eines Menschen verursacht hatte. Die Kollision hatte sich weniger als drei Seemeilen von der englischen Küste entfernt zugetragen. Das Gericht verneinte seine Zuständigkeit (*jurisdiction*), weil die Geltung des Strafgesetzes sich von alters her auf das feste Land beschränke und bisher nicht auf die Küstengewässer ausgedehnt wor-

⁶²⁾ Vgl. den Text zu Anm. 61.

⁶³⁾ In der Tat behauptet Schiedermaier, a. a. O., S. 36, 40, daß die völkerrechtliche Zulässigkeit einer Diskriminierung des Ausländers als Rechtssatz nach Art. 25 GG die Relativierung auch der in der Verfassung als Menschenrechte ausgebildeten Grundrechte gestatte. Kritisch auch Dold e, a. a. O. (Anm. 56), S. 170 ff.

⁶⁴⁾ 2 Exchequer Division 63.

den sei, obwohl Großbritannien nach Völkerrecht dazu befugt gewesen wäre⁶⁵⁾. Triepel hat dieses Urteil mit den Worten kommentiert, daß es zu den »unhaltbarsten Konsequenzen« führen würde, wenn alle erlaubenden Sätze des Völkerrechts zu Landesrecht deklariert würden⁶⁶⁾.

Nicht anders verhält es sich mit dem Repressalienrecht, das ebenfalls nur eine völkerrechtliche Ermächtigung darstellt, so daß die Entscheidung auch dahin gehen kann, den Rechtsbruch nicht mit einem Rechtsbruch zu beantworten, weil man sich durch Passivität eine größere Chance erhofft, den Verletzerstaat wieder auf den Weg rechtlichen Wohlverhaltens zurückzuführen. Nur insofern kommen die allgemeinen Regeln des Repressalienrechts gemäß Art. 25 GG ins Spiel, als sie die Schwere der zugelassenen Vergeltungsmaßnahme begrenzen. Würde etwa die Bundesrepublik eine unerhebliche Verletzung deutschen Eigentums im Ausland zum Anlaß nehmen, das Vermögen aller Angehörigen des Verletzerstaates in der Bundesrepublik unter Verstoß gegen den Proportionalitätsgrundsatz zu sequestrieren, oder würde die Bundesrepublik zu Repressalienzwecken underogierbare Völkerrechtsbefehle wie etwa das Folterverbot mißachten, so wäre das betroffene Individuum in der Lage, diese Rechtsbeeinträchtigung auf Grund des Art. 25 GG zu rügen.

20. Wenn es noch eines zusätzlichen Beweises bedürfte, so zeigen die verschiedenartigen Techniken, welche das deutsche Recht zur Durchführung von Retorsion und Repressalie entwickelt hat, daß in der Tat ohne spezifische Rechtsgrundlage nicht auszukommen ist.

21. Zahlreiche deutsche Gesetze enthalten einen Vorbehalt der Gegenseitigkeit⁶⁷⁾. Ausländern werden nach diesem Vorbehalt bestimmte Rechte nur dann zugestanden, wenn Deutschen im Heimatland des Ausländers der Genuß derselben Rechte rechtlich oder faktisch gewährleistet ist, oder umgekehrt werden sie in der Bundesrepublik mit bestimmten Pflichten belastet, wenn der Deutsche in ihrem Heimatland denselben Pflichten unterworfen wird. Der Vorteil solcher Gegenseitigkeitsklauseln, die meist im Bereich oberhalb des fremdenrechtlichen Mindeststandards angesiedelt und daher

⁶⁵⁾ Die entscheidenden Passagen finden sich im Votum von Richter Cockburn, a. a. O., S. 159 ff. (192 ff.).

⁶⁶⁾ A. a. O. (Anm. 38), S. 152.

⁶⁷⁾ Vgl. etwa Art. 25 Satz 2 EGBGB; § 49 Abs. 2 AuslG; § 4 Nr. 1 Deutsches Auslieferungsgesetz vom 23. 12. 1929, BGBl. III, Nr. 314—1; § 2 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über das Apothekenwesen vom 20. 8. 1960, BGBl. III, Nr. 2121—2; § 9 Nr. 1 Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934, BGBl. III, Nr. 610—2; § 4 Nr. 10 Grundsteuergesetz in der Fassung vom 10. 8. 1951, BGBl. III, Nr. 611—7; § 4 Abs. 1 Nr. 10 Grunderwerbsteuergesetz Baden-Württemberg in der Fassung vom 25. 5. 1970, Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1970, S. 295.

als Instrument der völkerrechtlichen Retorsion zu verstehen sind, liegt darin, daß sie eine sofortige Reaktion auf unfreundliche oder rechtswidrige Handlungen fremder Staaten gegen deutsche Staatsangehörige im Ausland ermöglichen. Ihr Hauptnachteil ist der absolute Mangel an Flexibilität, da ja eine derart gefaßte Gegenseitigkeitsklausel die Vergeltung nicht nur zuläßt, sondern zwingend vorschreibt. Im Gebiet des internationalen Privatrechts vor allem können sich überdies recht heikle Fragen der Qualifikation ergeben, wenn die unter den Vorbehalt der Gegenseitigkeit gestellten Rechte im fremden Staat kein vollkommen paralleles Gegenstück finden. Schließlich wird dem Richter mit der Anwendung der Gegenseitigkeitsklausel eine höchst schwierige Entscheidungsaufgabe aufgebürdet.

Aus diesem Grunde sehen verschiedene Gesetze vor, daß die Gegenseitigkeit nur dann als verbürgt gilt, wenn eine entsprechende amtliche Erklärung darüber veröffentlicht worden ist. Diesen Weg sind z. B. das Reichshaftungsgesetz⁶⁸⁾ sowie einzelne Haftungsgesetze der Länder in Bezug auf die Anspruchsberechtigung von Ausländern gegangen⁶⁹⁾.

23. Eine andere Technik des Gesetzgebers besteht darin, weite Gesetzestatbestände, teilweise kombiniert mit Ermessensermächtigungen, zu normieren, die dann durch entsprechende Exekutivakte — Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungsakte — im Sinne der jeweiligen außenpolitischen Lage konkretisiert werden können. Das Außenwirtschaftsgesetz (AWG)⁷⁰⁾ sieht in § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 vor, daß der Außenwirtschaftsverkehr durch Rechtsverordnung zu Retorsionszwecken beschränkt werden kann, und in § 7 Abs. 1 Nr. 3 wird dem Verordnungsgeber die Ermächtigung erteilt, »zu verhüten, daß die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik erheblich gestört werden«. Noch schneidiger mit Pauschalermächtigungen an die Exekutive, die Interessen der Bundesrepublik zu wahren, geht das Ausländergesetz (AuslG)⁷¹⁾ um. Bekanntlich darf nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG die Aufenthaltserlaub-

⁶⁸⁾ Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. 5. 1910, BGBl. III, Nr. 2030—9: § 7. Ebenso: Gesetz betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. 7. 1904, RGBl. S. 321: § 12 (vgl. dazu BVerfGE 30, 409); Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909, BGBl. III, Nr. 43—1: § 28; Warenzeichengesetz vom 5. 5. 1936/9. 5. 1961, BGBl. III, Nr. 423—1: §§ 23, 35 Abs. 1.

⁶⁹⁾ In den süddeutschen Ländern kann die Erfüllung von Ersatzansprüchen bei mangelnder Gegenseitigkeit verweigert werden, während es in den meisten norddeutschen Ländern einer förmlichen Bekanntmachung bedarf; vgl. dazu nähere Einzelheiten bei G. Grasmann, Kollisions- und fremdenrechtliche Fragen bei Amtspflichtverletzungen, JZ 1969, S. 454 (455); P. Dagoglou, Die Staatshaftung (1971), S. 142 ff. Rdnr. 327—341; J. Frowein, Staatshaftung gegenüber Ausländern, JZ 1964, S. 358 (361).

⁷⁰⁾ Vom 28. 4. 1961, BGBl. I, S. 481.

⁷¹⁾ Vgl. oben Anm. 67.

nis nur erteilt werden, wenn dem »Belange der Bundesrepublik« nicht entgegenstehen, während Ausweisungsgrund nach § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG die Beeinträchtigung »erheblicher Belange« der Bundesrepublik ist. Eine Ausfüllung dieser Blankettformeln durch Rechtsverordnungen zu Retorsions- oder Repressalienzwecken ist nicht vorgesehen, vielmehr heißt es in § 25 Abs. 1 Nr. 2 AuslG, daß die Bundesregierung zur Ausführung des Gesetzes »Einzelweisungen« erteilen dürfe, soweit es für »Vergeltungsmaßnahmen« erforderlich sei. Da nach allgemeinem Völkerrecht kein Staat fremde Staatsangehörige auf seinem Gebiet zulassen muß, sind solche Weisungen zur Versagung des Aufenthaltsrechts grundsätzlich als Instrument einer völkerrechtlichen Retorsion aufzufassen. Ist andererseits durch völkerrechtlichen Vertrag nach Art. 59 Abs. 2 GG ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht verbürgt, so können Weisungen im Sinne des § 25 Abs. 1 Nr. 2 AuslG Rechtsens erst erlassen werden, wenn der entsprechende Vertrag zuvor suspendiert oder gekündigt worden ist.

24. Die grundsätzliche Problematik solcher Globalermächtigungen kann an dieser Stelle nicht in aller Breite aufgerollt werden. Der Verdacht liegt zumindest nahe, daß hier ein bloßes Lippenbekenntnis zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abgelegt wird, während bei näherem Zusehen von einer Bindung an Gesetz und Recht nicht die Rede sein kann, weil die Verwaltung die Möglichkeit hat, völlig frei nach politischer Zweckmäßigkeit zu handeln. Im Streit um das Rhodesien-Embargo hat Hans Peter Ipsen gegen die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG den Vorwurf erhoben, daß sie mit der Erhebung der »auswärtigen Beziehungen« der Bundesrepublik zum geschützten Rechtsgut und zur Tatbestandsvoraussetzung der Verordnungsermächtigung (Bestimmung des Zwecks) die nackte außenpolitische Opportunität mit rechtlicher Tünche habe überziehen wollen, ein Unterfangen, das zwangsläufig vergeblich bleiben müsse⁷²). Dagegen trägt Ipsen offenbar keine Bedenken, die Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 AWG anzuerkennen; freilich bestand für ihn auch kein konkreter Anlaß, sich speziell mit dieser Vorschrift auseinanderzusetzen. Offensichtlich sind aber insoweit Inhalt — der Außenwirtschaftsverkehr —,

⁷²) Außenwirtschaft und Außenpolitik (res publica, 19) (1967), S. 36 ff., 41 ff. Im gleichen Sinne E. Langen, Außenwirtschaftsgesetz (1968), § 7 Rdnr. 4 ff. (unter Befürwortung einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung); J. Linde, Außenwirtschaftsgesetz und zwischenstaatliche Vereinbarungen (Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierrecht, 42) (1970), S. 135; H. Sieg/H. Fahning/K. F. Kölling, Außenwirtschaftsgesetz (1963), § 7 Anm. IIb, S. 87/88. Anderer Ansicht D. von Schenck, Bundesrepublik Deutschland und UN-Sanktionen, besonders im Falle Rhodesiens, ZaöRV Bd. 29 (1969), S. 257 (282 ff.); H. F. Schulz, Außenwirtschaftsgesetz (1965/66), § 7 Rdnr. 5, S. 330/331.

Zweck — die Beantwortung fremder Hoheitsakte, die den Wettbewerb beeinträchtigen oder den Wirtschaftsverkehr mit der Bundesrepublik beschränken — und Ausmaß — die Restriktionen sind nach § 2 Abs. 2 AWG auf das strikte Minimum zu begrenzen — festgelegt. Auch in der Kommentarliteratur werden daher Einwände gegen die rechtsstaatliche Bestimmtheit des § 6 Abs. 1 AWG nicht erhoben⁷³⁾.

25. Größeres Mißbehagen stellt sich ein bei der Betrachtung der Vorschriften des AuslG über aufenthaltsrechtliche Entscheidungen. Schon nach ihrem Tatbestandsaufbau sind manche dieser Vorschriften nicht leicht zu begreifen. So ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG zunächst zu prüfen, ob die Anwesenheit des Ausländers in der Bundesrepublik das öffentliche Interesse — »Belange« der Bundesrepublik — beeinträchtigt, und anschließend hat die Behörde noch ein Ermessen auszuüben; denn die Erlaubnis »kann« erteilt werden, von einem »Muß« ist nicht die Rede. Da aber Staatspolitik *idealerweise* stets darauf abzielt, das gemeine Beste zu verwirklichen, und andere Zielsetzungen, etwa solche rein privater Art, von vornherein außer Betracht bleiben müssen, ist nicht ersichtlich, welche Erwägungen im Stadium der Ermessensausübung überhaupt noch angestellt werden sollten, wenn einmal geprüft ist, ob der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis irgendwelche Gründe des Gemeinwohls entgegenstehen⁷⁴⁾. Die Formel von den »Belangen« der Bundesrepublik erfaßt schlechthin alles, was zulässigerweise an Tatsachen und Gesichtspunkten verwertet werden darf⁷⁵⁾. So ließe sich denn die

⁷³⁾ Vgl. Langen, a. a. O. (Anm. 72), § 6 Rdnr. 4, 16; Schulz, a. a. O. (Anm. 72), § 6 Rdnr. 1—4, S. 317/318; Sieg/Fahning/Kölling, a. a. O. (Anm. 72), § 6 Anm. II, S. 78—80.

⁷⁴⁾ Zum Problem dieser Koppelungstatbestände zuletzt der Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. 10. 1971, DVBl. 1972, S. 604 (607) mit Anm. K. Redeker, S. 608 = NJW 1972, S. 1411 mit Anm. M. Klopfer, *ibid.*, der — in Anlehnung an H. Ehmke, »Ermessen« und »unbestimmter Rechtsbegriff« im Verwaltungsrecht (Recht und Staat, 230/231) (1960), S. 28, und W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung (Gießener Beiträge zur Rechtswissenschaft, 1) (1969), S. 149 ff. — die Aufspaltung von Tatbestand und Rechtsfolge ablehnt und sich damit in Gegensatz stellt zum Vorlagebeschluß des BVerwG, E 35, 69 (72 ff.). Aus dem Schrifttum vgl. im übrigen noch P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 193 ff., 595 ff., 604; F. Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 (622); ders., Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, S. 84 (87); zuletzt O. Bachof, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, S. 641 ff.

⁷⁵⁾ Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es sich hier um eine bloße Negativprüfung handelt. In diesem Sinne auch H. Rittstieg, Grenzen ausländerbehördlichen Ermessens, JZ 1971, S. 113 (114); H.-J. Rose, Ausländerrecht in Grenzen oder grenzenloses Ausländerrecht?, JZ 1971, S. 721 (722).

Meinung vertreten, daß jedenfalls bei § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG — anders bei § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG, wo trotz der Beeinträchtigung erheblicher Belange der Bundesrepublik die Entscheidung der Behörde zugunsten des Betroffenen ausfallen kann — sämtliche anzustellenden Rechtserwägungen sich im Bereich der Auslegung des Begriffs »Belange der Bundesrepublik« und der Subsumtion unter diesen Begriff bewegten, während das der Verwaltungsbehörde eingeräumte Ermessen leerlaufe⁷⁶⁾.

Für die verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit würde eine solche Deutung im Zeichen der gegenwärtigen Ermessenslehre, die überwiegend ein Tatbestandsermessen verwirft und Ermessen nur als »volitives Handlungsermessen« kennt⁷⁷⁾, eine kräftige Akzentverschiebung bedeuten, die sich mit den Intentionen des Gesetzgebers, der einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für den Regelfall jedenfalls nicht gewähren wollte⁷⁸⁾, nicht in Einklang bringen ließe⁷⁹⁾. Und in der Tat läßt sich speziell im hier interessierenden Zusammenhang zeigen, daß es zu sachgerechteren Ergebnissen führt, wenn man einen mit einer Ermessensbefugnis gekoppelten Tatbestand, der schlicht das »Gemeinwohl« nennt, als bloße »Ermessensdirektive« auffaßt⁸⁰⁾.

Bloße Auslegungsrichtlinien, welche die Exekutivspitze zur Präzisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe an die ihr nachgeordneten Verwaltungsbehörden erläßt, sind dem klassischen Kategorisierungsschema entsprechend für den Rechtsunterworfenen *res inter alios acta* und besitzen keine Verbindlichkeit für den Richter⁸¹⁾. Ergeht aber beispielsweise eine Weisung

⁷⁶⁾ Wie etwa bei § 3 des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. 1. 1938, RGBl. I, S. 9 — dazu BVerwG, 31. 1. 1969, VerwRSpr. 20 (1969), S. 557 — und bei § 31 Abs. 2 Satz 1, 2. Alternative des Bundesbaugesetzes vom 23. 6. 1960 BGBl. III, Nr. 213—1 — dazu OVG Münster, OVGE 23, 183 (186).

⁷⁷⁾ Vgl. etwa H. J. Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 (8. Aufl. 1971), § 31 II a, S. 184 f.; ferner F. Ossenbühl, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, S. 402 (402 f.).

⁷⁸⁾ Vgl. die bei Schiedermaier, a. a. O. (Anm. 56), S. 97, abgedruckte amtliche Begründung des Gesetzentwurfs sowie den Bericht des zuständigen Ausschusses, *ibid.*

⁷⁹⁾ Freilich hat man die Tragweite der Koppelung von Normblankett und Ermessenskompetenz zunächst nicht voll erkannt. Die amtliche Regierungsbegründung, a. a. O. (Anm. 78), sagt: »Der Aufenthalt eines Ausländers im Bundesgebiet hängt allein von dem objektiven Merkmal ab, daß seine Anwesenheit Belange der Bundesrepublik nicht beeinträchtigt«. Erst die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes (AuslGVv) vom 7. 7. 1967, GMBL 1967, S. 231, unterscheidet in Nr. 6 zu § 2 AuslG die Tatbestandsprüfung von der Ermessensprüfung, bei der »außer Gründen, die in der Person des Ausländers liegen, ... insbesondere auch Gründe politischer oder wirtschaftlicher Art sowie Belange des Arbeitsmarktes zu beachten« seien.

⁸⁰⁾ So Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 74).

⁸¹⁾ Vgl. etwa BVerfGE 8, 71 (75); HessStGH, 3. 12. 1969, DVBl. 1971, S. 217 (217 f.); E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1 (9. Aufl. 1966), S. 132; F. Os-

nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 AuslG des Inhalts, daß Angehörigen eines bestimmten Staates aus Retorsionsgründen einstweilen eine Aufenthaltserlaubnis nicht mehr zu erteilen sei, so würde der Richter, vor den eine entsprechende Klagesache gelangt, kaum behaupten können, daß er lediglich das Gesetz selbst anwende und in eigenständiger Verantwortung prüfe, ob die Entscheidung der Bundesregierung dem öffentlichen Interesse der Bundesrepublik entspreche. Daß nämlich zum Wohle der Bundesrepublik diese — und keine andere — Entscheidung geboten sei, läßt sich durch Verwertung der im verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren zur Verfügung stehenden Entscheidungshilfen schlechthin nicht verifizieren und stellt — das ist der gewichtigere Gesichtspunkt — eine echte, von Opportunitätserwägungen getragene »Dezision« dar, keinen Akt der reinen und auch keinen der bemäntelten Kognition. Als bloße Weisung zur Interpretation des Begriffes der »Belange« der Bundesrepublik wäre eine solche Anordnung der Bundesregierung daher nicht zutreffend erfaßt. Bezweckt — und erreicht — wird vielmehr eine echte rechtsgestaltende Wirkung: Keiner der Angehörigen des betroffenen Landes soll Rechts die Möglichkeit haben, sich in der Bundesrepublik aufzuhalten. Eine solche Wertungsprärogative, die den Richter daran hindert, seine eigene Auffassung an die Stelle der von der Verwaltung zugrunde gelegten zu setzen, besitzt die Exekutive grundsätzlich nur im Bereich der Ermessenskompetenzen.

Selbst wenn man aber die Weisungen nach § 25 Abs. 1 AuslG als tatbestandskonkretisierende Verwaltungsvorschriften auffassen wollte, könnte das Ergebnis wohl kaum anders lauten. Konrad Redeker's These von der unterschiedlichen Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung⁸²⁾ findet sich hier bestätigt. Solange sich die relevanten Fakten im Gesichtskreis des Richters befinden, mag man in der Tat an der Überzeugung festhalten, daß die (unvermeidliche) Konkretisierung des Rechts durch Verwaltungsvorschriften den Richter in seiner Entscheidung nicht präjudiziere. Was etwa zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Polizeirecht die richtige Maßnahme ist, wird jeder Richter unabhängig von etwaigen vorangegangenen Weisungen der oberen Dienstbehörde an die ausführende selbst beurteilen können; zumindest wird er den Versuch machen. Von solch durchsichtiger und auch für den Nichteingeweihten nach-

senbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz (1968), S. 286; P. Selmer, Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift, VerwArch Jg. 59 (1968), S. 114 (116); Wolff, a. a. O. (Anm. 77), § 24 II d, S. 106 ff.

⁸²⁾ Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757 (758), mit ausdrücklichem Hinweis auf die Schwierigkeiten einer rechtlichen Überprüfung außenpolitischer Erwägungen.

vollziehbarer Art sind die von außenpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen der Regierungsspitze nur in seltenen Fällen. Um sich selbst ein Urteil zu bilden, müßte der Richter sich eines Sachverständigen bedienen. Von Verfassungs wegen gibt es aber keinen besseren Sachverständigen für die Beurteilung außenpolitischer Zusammenhänge als die Regierung selbst. Wollte man also nicht eine der Parteien quasi zum Richter in eigener Sache machen, so müßte ein weniger sachverständiger Experte herangezogen werden⁸³).

26. Nach dieser Vorabklärung läßt sich leichter verstehen, welches die Hauptbedenken gegen die Bestimmungen des Ausländergesetzes über die Aufenthaltserlaubnis sind. Generalklauseln und Ermessensvorschriften sind verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Der Gesetzgeber muß in der Lage sein, die von ihm zu erlassende Regelung den besonderen Gegebenheiten des betroffenen Sachgebietes anzupassen⁸⁴). Lassen sich die möglichen Fallgestaltungen im vorhinein nicht überblicken, so verlieren die Konturen der der Verwaltung eingeräumten Handlungsbefugnisse zwangsläufig an Schärfe. Immerhin aber steht als rechtsstaatlicher Grundsatz fest, daß Minimalerfordernis die Festlegung des Zweckes ist, dem eine zu Eingriffsakten ermächtigende Vorschrift dienen darf⁸⁵). Anders läßt sich eine Ermessenskontrolle in den Grenzen des § 114 VerwGO gar nicht ausüben. Einer solchen Aussage über die Zwecke, die mit der Erteilung oder der Versagung der Aufenthaltserlaubnis verfolgt werden dürfen, hat sich der Gesetzgeber jedoch völlig enthalten. Offenbar ist er zwar von der Voraussetzung ausgegangen, daß — wie sich aus § 25 Abs. 1 Nr. 3 AuslG entnehmen läßt — die Absicht der Vergeltung zu den legitimen Zwecken gehöre. In der Behördenpraxis wuchert es aber im übrigen von Zwecksetzungen, die sich weder der

⁸³) Inzwischen hat die Rechtsprechung die scharfe Trennung von voll überprüfbarer Tatbestandsauslegung und -subsumtion einerseits und nur beschränkt nachprüfbarer Ermessensausübung andererseits auch wieder aufgegeben; vgl. neben dem genannten Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. 10. 1971, a. a. O. (Anm. 74), das Urteil des BVerwG vom 17. 12. 1971, DVBl. 1972, S. 388 = JZ 1972, S. 204 (mit den Stellungnahmen von O. Bachof, JZ 1972, S. 208 ff.; Ossenbühl, a. a. O. [Anm. 77], insbesondere S. 404; J. Schmidt-Salzer, DVBl. 1972, S. 391 f.; Th. Wagenitz, DVBl. 1972, S. 392 f.), wo die konkrete Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs (»Eignung zur Jugendgefährdung«) als unvertretbares Urteil der zuständigen, besonders fachkundigen Verwaltungsbehörde bezeichnet wird.

⁸⁴) BVerfGE 14, 104 (114); BVerwGE 38, 139 (145).

⁸⁵) BVerfGE 8, 274 (325); 9, 137 (147); 14, 105 (114); BVerwGE 38, 139 (145); W. Schmidt, a. a. O. (Anm. 74), S. 150, 154, 160. J. Schmidt-Salzer, Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessensermächtigungen, VerwArch Jg. 60 (1969), S. 261 (283), erkennt zwar auch die Notwendigkeit der Zweckbestimmung an, verkennt aber bei seinen Betrachtungen über das Ausländergesetz völlig, daß hier der rechtsstaatliche Pferdefuß des Gesetzeswerkes liegt.

selbstverständlichen Funktion des Ausländergesetzes als außenpolitisches Handlungsinstrument zur Gewährleistung eines vom Prinzip der Gegenseitigkeit getragenen freien internationalen Personenverkehrs zurechnen lassen noch den entferntesten Zusammenhang aufweisen mit den durch das ausländerpolizeiliche Aufenthaltsrecht ebenso selbstverständlich zu sichernden Belangen einer nationalen Bevölkerungspolitik. So hat man versucht, über § 2 Abs. 1 AuslG Belange der Entwicklungspolitik zu fördern⁸⁶⁾, Universitätspolitik zu betreiben, nämlich bei Überschreitung der üblichen Semesterzahl den weiteren Aufenthalt in der Bundesrepublik nicht mehr zu gestatten⁸⁷⁾, oder sogar durch die Beschränkung der Erlaubnis auf die Dauer der Beschäftigung bei einem bestimmten Arbeitgeber Arbeitsmarktlenkung zu betreiben⁸⁸⁾. Der Ausländer wird damit das Objekt eines fremdenpolizeilichen Dirigismus, der mit der Aufenthaltserlaubnis die Panacea gefunden hat, die Wunderwaffe zur Durchsetzung jedweder als drängend empfundener tagespolitischer Notwendigkeiten⁸⁹⁾.

27. Schließlich ist speziell im Hinblick auf Weisungen nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 AuslG noch die Frage zu erheben, ob eine Vergeltungsweisung der Bundesregierung tatsächlich ihr Ziel erreichen kann. Jedenfalls im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß die Ermessensrichtlinie zwar eine »schablonisierte« Entscheidung enthalte, die Ermessensausübung im für den vom Regeltyp abweichenden Einzelfall jedoch nicht völlig unterbinden dürfe⁹⁰⁾. Eine *a limine*-Abweisung eines gestellten Antrages wäre unter diesen Umständen rechtlich fehlsam. Dieser Mangel ist aber im

⁸⁶⁾ Vgl. etwa den Erlaß Nr. III 660—5/115 des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 28.11.1968, abgedruckt in: Dokumentation zum Ausländergesetz, Hrsg. vom AStA-Auslandsreferat der Universität Stuttgart und der Evangelischen Studentengemeinde Stuttgart (1969), S. 86.

⁸⁷⁾ Vgl. jüngst den Bericht in der Deutschen Universitätszeitung 1972, S. 655.

⁸⁸⁾ Vgl. Rittstieg, a.a.O. (Anm. 75), S. 117; ders., NJW 1972, S. 2153 (2157).

⁸⁹⁾ Ebenfalls Zweifel an der rechtsstaatlichen Zulänglichkeit des AuslG haben angemeldet: F. Franz, Kritik am Ausländergesetz von 1965, JIR Bd. 15 (1970), S. 319; ders., Alternativentwurf '70 zum Ausländergesetz '65, ZRP 1970, S. 229 (230); D. Majer, Ausländer im Dickicht des Fremdenrechts, ZRP 1969, S. 125 (127 f.); Rittstieg, a.a.O. (Anm. 75), S. 113 f., 118; ders., Rechtsstaat nicht für Ausländer?, JZ 1972, S. 353 ff. — Wenn Rose, a.a.O. (Anm. 75), S. 722, den Kritikern entgegenhält, »daß der Inhalt des Begriffs der ›Belange der Bundesrepublik‹ durch Verwaltungsvorschriften, Ministererlasse und -weisungen soweit konkretisiert und den jeweiligen Verhältnissen angepaßt wird, daß von ›Blankovollmacht‹ und ›schrakenloser Herrschaft der Ausländerbehörden‹ nicht gesprochen werden kann«, so gibt er gerade zu, daß die Exekutive in der Lage ist, das AuslG zur Verfolgung fast beliebiger Ziele einzusetzen. Eindrucksvoll vor allem aus dem Kreise der außerhalb der Fachkontroverse stehenden Autoren H. Ryffel, Rechts- und Staatsphilosophie (1969), S. 424.

⁹⁰⁾ So Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 81), S. 326 ff.; ders., DÖV 1970, S. 84 (86); Schmidt-Salzer, a.a.O. (Anm. 85), S. 284 f., weitere Nachweise bei G. Arndt,

vorliegenden Zusammenhang eher als Vorteil zu werten, wird die entscheidende Fremdenpolizeibehörde doch geradezu darauf hingestoßen, daß der Vergeltungszweck nicht absolut gesetzt werden darf, sondern etwa gegenüber grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Ausländers zurückzutreten hat.

28. Soweit eine Sachmaterie durch innerstaatliche Rechtsvorschriften geregelt ist, die weder einen fremdenrechtlichen Gegenseitigkeitsvorbehalt aufweisen noch die gesamte nähere Ausgestaltung auslandsbezogener Rechtsverhältnisse von vornherein der Exekutive überlassen, bedarf es zu einer für Vergeltungszwecke gewünschten Beschränkung oder Entziehung von Rechten einer Änderung des Rechts, die grundsätzlich auf dem allgemein für die Änderung der betroffenen Normgruppe vorgeschriebenen Wege zu bewirken ist⁹¹). Da dieses Verfahren aber vor allem bei Gesetzen so langwierig sein kann, daß der angestrebte Erfolg verfehlt würde, ist gelegentlich vorgesehen, daß durch Exekutivakt ein »Vergeltungsrecht ... zur Anwendung gebracht« werden kann (so wörtlich Art. 31 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch [EGBGB]). In der Sache handelt es sich dabei um eine Ermächtigung, den Rechtsstandard der Angehörigen eines bestimmten Staates auf das dort für den deutschen Staatsangehörigen geltende Niveau abzusenken. Solche Anordnungen können nach Art. 31 EGBGB⁹²) mit Wirkung für das deutsche bürgerliche Recht (also nicht beschränkt auf das Kollisionsrecht des EGBGB)⁹³) und nach den Vorschriften der §§ 158 RVO⁹⁴), 238 RKnG⁹⁵) sowie 199 AVAVG⁹⁶) auf dem Gebiet öffentlicher Sozialleistungen erlassen werden. Ihrem Charakter nach lassen sie sich nur

Die Versagung des Zweitbescheids, DVBl. 1971, S. 252 (259 Anm. 71). Die Rechtsprechung hat sich dagegen von ihrem ursprünglich festen Stand offenbar wieder gelöst, vgl. einerseits BVerwGE 15, 196 (202 f.), andererseits BVerwG, JR 1967, S. 238; vgl. auch BVerwGE 37, 57 (59).

⁹¹) So unmißverständlich P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2 (1911), S. 167; ferner Wengler, a. a. O. (Anm. 18), S. 640. Im gleichen Sinne wohl auch Ph. Zorn, Stichwort »Repressalien« in: Stengel/Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Bd. 3 (2. Aufl. 1914), S. 312.

⁹²) Ebenso die Einführungsgesetze zur Zivilprozeßordnung (§ 24) und zur Konkursordnung (§ 5).

⁹³) Vgl. K. Arndt, Erl. zu Art. 31 EGBGB, in: Erman, Handkommentar zum BGB (4. Aufl. 1967); G. Kegel, Rdnr. 1 zu Art. 31 EGBGB, in: Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Bd. 7, Einführungsgesetz (1970); Wengler, a. a. O. (Anm. 18), S. 640 Anm. 1.

⁹⁴) Reichsversicherungsordnung vom 19. 7. 1911/15. 12. 1924, BGBl. III, Nr. 820—1.

⁹⁵) Reichsknappschaftsgesetz vom 23. 6. 1923/1. 7. 1926, BGBl. III, Nr. 822—1.

⁹⁶) Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. 7. 1927, BGBl. III, Nr. 810—1.

als Rechtsverordnungen qualifizieren⁹⁷⁾. Gesetzliche Normierungen können, wenn überhaupt, so nur durch Rechtsnormen im materiellen Sinne abgeändert werden, und um eine solche Änderung handelt es sich, soll doch die Allgemeinheit des jeweiligen Gesetzes für einen bestimmten Personenkreis, nämlich die Angehörigen des anvisierten Staates, eingeschränkt werden. Ihre Bestätigung findet diese Deutung in den Fällen, wo die Vergeltung sich nicht im Entzug von Rechtsvorteilen, sondern in der Auferlegung von Rechtsnachteilen konkretisiert. Eine solche gesetzliche Handhabe bietet § 2 Abs. 1 WPflG⁹⁸⁾, wo es heißt, daß Ausländer, deren Heimatstaat Deutsche gesetzlich zum Wehrdienst verpflichtet, unter den gleichen Voraussetzungen in der Bundesrepublik der Wehrpflicht unterworfen werden können. Dazu bedarf es einer speziellen Entscheidung der Bundesregierung, für welche das Gesetz selbst die Form der Rechtsverordnung vorschreibt.

29. Da Art. 31 EGBGB, der seiner exemplarischen Bedeutung wegen im folgenden allein behandelt werden kann, aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes stammt, ist freilich am Maßstab der Übergangsvorschriften des Grundgesetzes zunächst zu fragen, ob die Vorschrift überhaupt noch geltendes Recht darstellt. Nach der Grundsatzregel des Art. 129 Abs. 3 GG sollten Ermächtigungen zum Erlass gesetzvertretender Rechtsverordnungen, d. h. von Rechtsverordnungen im förmlichen Rang des Gesetzes⁹⁹⁾, nicht fortbestehen. Bei Art. 31 EGBGB handelt es sich exakt um den Typ einer solchen Ermächtigung. Schon Bernhard Wolff¹⁰⁰⁾ hat aber die Ansicht vertreten, daß man den Wortlaut des Art. 129 Abs. 3 GG nicht mit absoluter Rigidität verstehen dürfe; es sei wenig sinnvoll, an vorkonstitutionelle Ermächtigungen strengere Anforderungen zu stellen als an solche, die der Bundesgesetzgeber beschlossen habe und bei denen lediglich die Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß verlangt sei (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Die heutige Staatspraxis hält, wie etwa die Vorschrift des § 10 Abs. 2 AWG zeigt¹⁰¹⁾, die Änderung eines Gesetzes durch Rechtsverordnung nicht prinzipiell für unzulässig, und man vermag in der Tat nicht ein-

⁹⁷⁾ So auch H. W. B a a d e, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der Auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland (1962), S. 111 Anm. 89; W e n g l e r, a. a. O. (Anm. 18), S. 640 Anm. 1.

⁹⁸⁾ Wehrpflichtgesetz in der Fassung vom 28. 9. 1969, BGBl. III, Nr. 50—1.

⁹⁹⁾ BVerfGE 2, 307 (330 ff.).

¹⁰⁰⁾ Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78 (1952/53), S. 194 (210, 212).

¹⁰¹⁾ Weitere Beispiele bei C. P e t e r, Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlass gesetzändernder Rechtsverordnungen ermächtigen?, AöR Bd. 92 (1967), S. 357 (357—359). Vgl. im übrigen die Ausführungen von H.-R. L a n g e, Zur Zulässigkeit gesetzändernder Rechtsverordnungen, JR 1968, S. 8 ff.; P e t e r, a. a. O.; H. J. W o l f f, a. a. O. (Anm. 77), § 25 VII b, S. 128.

zusehen, weshalb hier mit zweierlei Maß gemessen werden und demgemäß eine Vorschrift als nichtig zu behandeln sein sollte, obwohl sie der Gesetzgeber in unveränderter Form sofort wieder in Kraft setzen dürfte. Denn Art. 31 EGBGB hält im übrigen einer Prüfung an Hand der Kriterien des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG stand. Das Anwendungsgebiet ist zwar sehr ausgedehnt, es umfaßt, wie bereits gesagt, das gesamte bürgerliche Recht, doch rührt diese inhaltliche Weite zwangsläufig aus der Natur des Art. 31 EGBGB als einer der Vorschriften, die nähere Bestimmungen über die Geltung des deutschen bürgerlichen Rechts *ratione personae* treffen. Der Zweck ist eindeutig: Art. 31 EGBGB darf nur dazu verwandt werden, Vergeltung zu üben, d. h. je nach dem Stand der völkerrechtlichen Rechtsentwicklung eine den fremdenrechtlichen Mindeststandard nicht berührende Retorsion oder eine diesen Standard unterschreitende Repressalie zu verhängen¹⁰²⁾, sofern letzteres nach dem Gedanken des Menschenrechtsschutzes überhaupt für zulässig erachtet werden kann. Das Ausmaß der Ermächtigung hält sich insofern in engen Grenzen, als Art. 31 EGBGB es nur zuläßt, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, d. h. der zuständigen Instanz keinerlei Freiheit hinsichtlich der Wahl der Mittel und ihres Schweregrades beläßt¹⁰³⁾.

30. Im übrigen wäre kaum ein rechtsstaatlicher Fortschritt erreicht, wollte man über Art. 31 EGBGB rundweg den Stab brechen. Da es unbestreitbar zweckmäßig ist, dem Ausland gegenüber ein gewisses Druckmittel an der Hand zu haben, das rasch zur Anwendung gebracht werden kann — daran ändert auch die Tatsache nichts, daß Art. 31 EGBGB bisher toter Buchstabe geblieben ist¹⁰⁴⁾ —, bliebe als Alternative im Grunde nur die Einführung einer generellen Gegenseitigkeitsklausel, die das bürgerliche Recht jedoch in allen Fällen mit Auslandsberührung in einen heillosen Zustand der Rechtsunsicherheit stürzen würde und zu unerträglichen Verlängerungen der Verfahren führen müßte, weil es in jedem Falle zeitraubender Ermittlungen über den Stand des Auslandsrechts bedürfte, auch dann, wenn an sich nach deutschem Recht zu entscheiden wäre. Durch die Notwendigkeit, etwaige Reaktionen speziell anzuordnen, wird vor allem ein Moment

¹⁰²⁾ Das wird im internationalprivatrechtlichen Schrifttum durchweg zutreffend erkannt, vgl. H. Dölle, Internationales Privatrecht, Eine Einführung in seine Grundlagen (1968), S. 88; Kegel, a. a. O. (Anm. 93), Rdnr. 1 zu Art. 31 EGBGB; P. H. Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 30) (1962), S. 235; L. Raape, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 1961), S. 101.

¹⁰³⁾ Dagegen meint Baade, a. a. O. (Anm. 97), die Ermächtigung des Art. 31 EGBGB sei wegen Verstoßes gegen Art. 129 Abs. 3 GG heute wohl unwirksam.

¹⁰⁴⁾ Diese Auskunft hat zuletzt erteilt W. Lauterbach, in: Palandt, BGB (30. Aufl. 1971), Erl. zu Art. 31 EGBGB.

abwägender politischer Vernunft als Gegengewicht gegen ein ungezügelter Vergeltungsdenken in den Entscheidungsprozeß eingebracht, ja ein solcher überhaupt erst ermöglicht. Wie der politische Wille dann in Abwägung aller Umstände des Für und Wider gebildet werden kann, so ist auch die Verantwortung klargestellt, und es wird nicht etwa nur ein abstrakter »Wille des Gesetzes« vollstreckt. Die Mißlichkeit einer Repressalien-Automatik bekommen beispielsweise die USA gegenwärtig recht intensiv zu verspüren. Man hat sich dort mit dem sog. »Hickenlooper Amendment«¹⁰⁵⁾ sowie durch das spätere Amendment des Jahres 1965¹⁰⁶⁾ Fesseln angelegt, aus denen die Exekutive sich *de iure* nur schwer zu lösen vermag. Vorgesehen ist in den Bestimmungen, daß jedes Land das Recht auf US-amerikanische Auslandshilfe verwirkt, welches US-amerikanisches Eigentum entzieht, ohne *appropriate steps* zur Erfüllung der dadurch entstandenen völkerrechtlichen Entschädigungspflicht zu unternehmen, oder das US-amerikanische Fischereifahrzeuge wegen Fischens in internationalen Gewässern beschlagnahmt und mit Geldbußen belegt. Solche Starrheit versperrt den Weg zu einer politisch-befriedigenden Lösung auftretender zwischenstaatlicher Konfliktsfälle und ist als Druckmittel daher wertlos¹⁰⁷⁾.

III. Retorsion und Repressalie im Zwischenbereich von Staats- und Völkerrecht

31. Die theoretisch klare Scheidung von Innen- und Außenverhältnis, die dem bisherigen Gang der Untersuchung zugrunde liegt, führt in ihrer Anwendung auf einzelne Sachgestaltungen nicht immer zu gleich klaren Ergebnissen. So stellt sich in dem eingangs geschilderten Fall der gegen sowjetische Diplomaten verhängten Reisebeschränkungen die Frage, ob die durch eine solche Anordnung begründete Rechtsbeziehung dem Völkerrecht oder (auch) dem nationalen deutschen Recht zuzuordnen ist. Hier wird es auf zweierlei Gesichtspunkte ankommen. Grundsätzlich unterliegt der ausländische Diplomat, wie Art. 41 WÜD klargestellt hat, der Territorialhoheit des Aufenthaltsstaates. Aber der Aufenthaltsstaat muß sich, will er die Gebietshoheit aktualisieren, auch der spezifischen Machtmittel seiner nationalen

¹⁰⁵⁾ United States Code 22 § 2370 (e).

¹⁰⁶⁾ United States Code 22 § 2370 (o).

¹⁰⁷⁾ Vgl. W. G. Brown, The Use of Foreign Aid as an Instrument to Secure Compliance with International Obligations, Proceedings of the American Society of International Law Bd. 58 (1964), S. 210 ff., dessen treffende Prognosen durch den späteren Geschehensablauf bestätigt worden sind: Vgl. U.S. Department of State Report on Nationalization, Expropriation, and Other Takings of U.S. and Certain Foreign Property Since 1960, ILM Bd. 11 (1972), S. 84 (87).

Rechtsordnung bedienen. Wird der fremden Botschaft lediglich eine Note überreicht, in welcher die Regierung des Gastlandes den Wunsch nach einer vorherigen Anmeldung bestimmter Reisen zum Ausdruck bringt, so macht sie von ihren völkerrechtlichen Handlungsmöglichkeiten Gebrauch. Sie tritt dem fremden Staat nicht etwa als überlegene Machteinheit, sondern als gleichberechtigter Partner auf Koordinationsebene entgegen. Innerstaatlich äußert ein solcher Akt des völkerrechtlichen Verkehrs keine Rechtswirkungen, kann also auch von der Polizei nicht vollzogen werden, da die Zuwiderhandlung gegen die Anmeldepflicht¹⁰⁸ keinen Rechtsverstoß nach innerstaatlichem Recht bedeutet. Wie der Akt selbst, so können vielmehr auch seine Sanktionen nur völkerrechtlicher Art sein. Die Nichtbeachtung der Reiseregulierung darf der Aufenthaltsstaat etwa zum Anlaß nehmen, den Entsendestaat um Abberufung des betroffenen Diplomaten zu bitten (Art. 9 WÜD).

32. Wenn aber einseitig hoheitliche »Maßnahmen« — im weitesten Sinne — gegen einen fremden Staat oder dessen Repräsentanten ergriffen werden sollen, so stellt sich die Frage, ob es nach deutschem Staats- und Verwaltungsrecht für ein solches Vorgehen einer rechtssatzförmigen Grundlage bedarf. Seinem Ursprung und seiner Herkunft nach schützt der Vorbehalt des Gesetzes lediglich das Individuum, nicht aber ausländische Staaten, auch soweit sie sich mit bestimmten Rechtspositionen im Zugriffsbereich der inländischen Staatsgewalt befinden¹⁰⁹). Auch als Grundrechtsträger kommt der ausländische Staat nach der klaren Aussage des Art. 19 Abs. 3 GG nicht in Frage.

Welche Prinzipien dieses rechtsstaatliche Vakuum ausfüllen können, läßt sich nicht ohne weiteres ausmachen. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts des Art. 25 GG bieten hier — soweit sie nicht Repressalien überhaupt ausschließen — keine Hilfe, weil in der Repressaliensituation der Eingriff in Rechte des Repressaliengegners gerade zulässig ist, so daß es nur um die innerstaatliche Kompetenzfrage geht, welches Staatsorgan eine Repressalienanordnung erlassen darf. Die nächstbereite Folgerung, daß etwa Vermögen des ausländischen Staates in der Repressaliensituation vogelfrei und dem Zugriff jeder inländischen Behörde ausgesetzt sei, kann aber schon deswegen nicht richtig sein, weil Verwaltungsbehörden und Gerichte nur im Rahmen ihrer Amtsbefugnisse handeln und diesen Kompetenzkreis nicht aus eigenem Gutdünken erweitern dürfen¹⁰⁹). So sind die Polizeibehörden

¹⁰⁸) Vgl. den Text oben unter Nr. 18.

¹⁰⁹) So besteht auch Einigkeit, daß der Richter nicht befugt ist, von sich aus im Sinne des Art. 31 EGBGB Retorsion zu üben, vgl. RGZ 103, 259 (262); BayObLGZ 1965, 108 (126); Dölle, a. a. O. (Anm. 102), S. 88; Kegel, a. a. O. (Anm. 93), Rdnr. 4 zu

nach den Polizeigesetzen der Länder zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berufen, nicht jedoch zur Durchsetzung beliebiger außenpolitischer Belange der Bundesrepublik, soweit diese Belange nicht einen verbindlichen rechtsförmlichen Niederschlag gefunden haben¹¹⁰). Ernstlich erwägen läßt sich daher eigentlich nur, ob neben der Legislative auch die Regierung als Träger der auswärtigen Gewalt Anordnungen erlassen darf, die bei einem anderen Adressaten der gesetzlichen Grundlage bedürften. Dem System des von Dietrich Jesch propagierten gesetzlichen Totalvorbehalts¹¹¹) würde die Annahme eines solchen Residuums monarchischer Prärogative sicher widersprechen. Nachdem sich aber der Gedanke des Totalvorbehalts nicht durchgesetzt hat, kann heute als gesicherte Erkenntnis gelten, daß der Exekutive unmittelbar von Verfassungs wegen die zur Ausübung ihres Auftrages notwendigen Machtmittel insoweit zustehen, als ihr Handeln nicht auf Grund des Allgemeinvorbehalts oder anderer Sondervorbehalte einer gesetzlichen Absicherung bedarf. Da die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten außerhalb des in Art. 59 Abs. 2 GG definierten Bereichs der Substanz nach der Bundesregierung bzw. dem Bundeskanzler obliegt, läßt sich also der Schluß ziehen, daß diese Organe berechtigt sind, auch mit innerstaatlicher Wirkung Anordnungen über die Verhängung von Retorsion oder Repressalie gegen fremde Staaten zu treffen. Offensichtlich würde auch die Forderung nach einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung nur dem Bestreben entspringen können, das Parlament im Bereich der außenpolitischen Willensbildung Terrain gewinnen zu lassen. Denn die Schutzfunktion des Gesetzesvorbehalts ist hier bar jeder Bedeutung. Der fremde Staat besitzt eigene und bessere Waffen zur Interessenwahrung und bedarf nicht des Schutzes der internen Kontrollmechanismen seines »Gegners«.

Art. 31 EGBGB; Neuhaus, a. a. O. (Anm. 102), S. 236; Raape, a. a. O. (Anm. 102), S. 100. Zu Recht ist daher das anderslautende Urteil des AG Nürnberg vom 28. 8. 1953, JZ 1954, S. 159, mit ablehnender Anm. M. Ferid, *ibid.*, S. 160, in der Berufung aufgehoben worden, vgl. LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1955, S. 332 mit Anm. S. Braga, S. 333.

¹¹⁰) H.-W. Bayer, Staatsbesuch und politische Demonstration, DOV 1968, S. 709 (717), hat lediglich die Ansicht vertreten, daß die »guten Beziehungen« der BRD zum Ausland ein Bestandteil der öffentlichen Sicherheit im Sinne der polizeilichen Generalklausel seien. Zu Recht bemerkt V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht (1970), S. 31, die Polizei habe einen umfassenden Auftrag, »das Recht zu schützen«, und wendet sich daher gegen den Begriff der »öffentlichen Ordnung« in seiner herkömmlichen Auslegung (S. 42 ff., 49). — Mangels näherer Angaben läßt sich nicht nachprüfen, worauf Bundesverkehrsminister Leber im Streit mit Italien über die dortige Beförderungssteuer seine Drohung stützte, »italienische Lastwagen nicht mehr über die deutsche Grenze zu lassen, bis die Steuer aufgehoben sei«, vgl. FAZ vom 23. 3. 1970, S. 13.

¹¹¹) Vgl. a. a. O. (Anm. 54), S. 205, 211 f., 222.

33. Auch Maßnahmen, deren Auswirkungen ausländische Diplomaten beschweren, werfen teilweise Zweifelsfragen auf. Einerseits kann der fremde Missionsangehörige als individualisiertes Einzelwesen betroffen sein, um dessen persönlichen Rechtsstatus es geht¹¹²⁾. In diese Kategorie fällt namentlich jede Art von Verfolgung wegen persönlicher Verfehlungen, seien sie straf- oder verwaltungsrechtlicher Art, auch die Durchsetzung jedweder gegen den Diplomaten selbst gerichteter Forderungen. Solche Zwangsmaßnahmen dürfen nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung der in den Art. 29 bis 32 WÜD festgelegten Immunitäten eingeleitet werden.

Andererseits kann der Diplomat auch Leidtragender sein von Maßnahmen, die primär auf seinen Heimatstaat abzielen und auf ihn nicht als Einzelperson, sondern als Amtswalter und Organ des fremden Staates durchschlagen. So nimmt Helmut Steinberger¹¹³⁾ an, daß die Bundesregierung in der Lage sei, von sich aus Reiseverbote zu verhängen oder etwa eine öffentliche Vortragsstätigkeit in der Bundesrepublik zu untersagen. Man möchte dieser Meinung zunächst entgegenhalten, daß die Organstellung des fremden Diplomaten immer nur dann zum Vorschein komme, wenn dieser als Vertreter der Interessen seines Heimatstaates angesprochen werde; das sei aber nur auf der völkerrechtlichen Koordinationsebene der Fall, während die individuelle Rechtssphäre berührt sei, sobald der Aufenthaltsstaat auf Grund seiner Gebietshoheit unmittelbar individualwirksame Ge- und Verbote erlasse.

Auch hier vermag wohl nur die Besinnung auf die Schutzfunktion des Gesetzesvorbehalts den richtigen Weg zu weisen. Die im Gesetzesvorbehalt verkörperte Forderung nach einer rechtssatzmäßigen Grundlage für beschwerendes Staatshandeln entspringt der Hilflosigkeit des Bürgers vor der Allmacht des »souverän« gewordenen Leviathans Staat, dessen einzige Zügel — von den Grundrechtsverbürgungen einmal abgesehen — die politische Gesittung und Verantwortlichkeit der rechtschaffenden Instanz, des Parlaments, sind. Der diplomatische Vertreter hat einen anderen Rückhalt, nämlich den Entsendestaat, und wenn er etwa in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird, so trifft ihn eine solche Einschränkung, anders als den Ausländer, der sich in der Bundesrepublik niedergelassen und sich hier eine Lebensgrundlage geschaffen hat, nicht existentiell, da er lediglich als Repräsentant eines fremden Staates auf deutschem Boden weilt und ohne irgend-

¹¹²⁾ Vgl. dazu die Analyse von J. Salmon, *Les relations entre l'immunité de juridiction de l'Etat et les immunités diplomatiques et consulaires*, in: *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, A propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe (1971), S. 73 (77 ff.).

¹¹³⁾ Urteilsanmerkung, DVBl. 1963, S. 729 (730 f.).

welche Einbußen an persönlichen Rechtsgütern jederzeit ausgetauscht werden kann. Freilich wird man die der Bundesregierung insoweit zuzuerkennende Befugnis, ohne gesetzliche Rechtsgrundlage verbindliche Anordnungen zu erlassen, in sehr engen Grenzen halten müssen. Immer muß mit Eindeutigkeit feststellbar sein, daß der Diplomat lediglich als Teil des Behördenapparats der ausländischen Mission getroffen wird; das ist in der Regel nicht der Fall, wenn nicht die Eigenschaft als Missionsangehöriger, sondern ein spezifisch persönliches Merkmal den Grund für den Erlass einer beschwerenden Anordnung bilden soll.

34. Ein kurzer Blick auf das amerikanische Rechtssystem zeigt, daß dort Außen- und Innenkompetenz in weit stärkerem Maße als eine Einheit begriffen werden. Die Befugnisse des Präsidenten als Träger der auswärtigen Gewalt schließen auch das Recht ein, aus Gründen außenpolitischer Opportunität Rechtsverordnungen zu erlassen. So sind die eingangs erwähnten Regelungen über die Einschränkung der Reisefreiheit von Diplomaten und Bürgern aus osteuropäischen Staaten sowie aus der UdSSR sämtlich durch Rechtsverordnung (*regulation*) allein auf Grund der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit für *foreign affairs* erlassen worden¹¹⁴), und auch für das amerikanischen Staatsbürgern auf dem gleichen Wege auferlegte Verbot, in bestimmte kommunistische Staaten einzureisen, ist die allgemeine Zuständigkeit des Präsidenten im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten von den Gerichten als ausreichende Rechtsgrundlage anerkannt worden¹¹⁵).

IV. Der Rechtsschutz

35. Zum Abschluß sei noch mit wenigen Worten auf die Rechtsschutzproblematik eingegangen. Es ist gezeigt worden, daß in dem untersuchten Bereich eine beabsichtigte Reaktion auf das Verhalten fremder Staaten grundsätzlich nur mit den Mitteln und in den Formen der innerstaatlichen Rechtsordnung realisiert werden kann. Die Anfechtungsmöglichkeiten richten sich daher je nach der angewandten Rechtstechnik.

¹¹⁴) Vgl. die folgenden Noten des US Secretary of State an die Botschaft der UdSSR, in denen jeweils mitgeteilt wird, daß bestimmte *regulations* erlassen worden seien: 10. 3. 1952, Dept. of State Bull. Bd. 26 (1952), S. 451; 3. 1. 1955, *ibid.* Bd. 32 (1955), S. 193; 19. 1. 1955, *ibid.*, Bd. 32 (1955), S. 198; 11. 11. 1957, *ibid.* Bd. 37 (1957), S. 934; 6. 1. 1961, *ibid.* Bd. 44 (1961), S. 119; 12. 11. 1963, *ibid.*, Bd. 49 (1963), S. 855. Bereits in der Note vom 3. 1. 1955 heißt es, daß die Sperrvorschriften auf sämtliche Sowjetbürger ausgedehnt worden seien.

¹¹⁵) *Worthy v. Herter*, 270 F. 2d 905, 910 f. [1959]; *United States v. Travis*, 241 F. Supp. 468, 471 [1963]. Anders die Entscheidung *Kent v. Dulles*, 357 U. S. 116, 78 S. Ct. 1113, 1120 [1958], wo dem Kläger die Ausreise aus persönlichen Gründen, weil er Kommunist sei, verweigert worden war.

36. Wird ein Gesetz mit einer automatisch wirksamen Gegenseitigkeitsklausel erlassen, so stehen dem Betroffenen diejenigen Rechtsmittel zu, die gegen das Gesetz selbst oder die auf seiner Grundlage erlassenen Einzelakte statthaft sind. Gerügt werden kann etwa, daß eine solche Gegenseitigkeitsklausel mit übergeordnetem Verfassungsrecht oder mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG im Widerspruch stehe. So hat Jochen Frowein die Frage aufgeworfen, ob der Reziprozitätsvorbehalt in den die Amtshaftung gegenüber Ausländern regelnden Vorschriften nicht als Verstoß gegen den menschenrechtlichen Mindeststandard anzusehen sei ¹¹⁶⁾. In der Tat erscheint bedenklich, daß hier nach dem Alles oder Nichts-Prinzip verfahren wird und daß dem Ausländer jegliche Wiedergutmachung versagt bleibt, wenn sein Heimatland nicht denselben rechtsstaatlichen Standard, wie er in der Bundesrepublik verwirklicht ist, erreicht. Werden Amtshaftungsansprüche nur gewährt, sofern die Gegenseitigkeit förmlich festgestellt worden ist, so fragt es sich, ob gegen die der Rechtslage zuwiderlaufende Weigerung, die Feststellung zu treffen, ein Rechtsmittel eröffnet ist ¹¹⁷⁾. Als gesichert kann zunächst gelten, daß auch eine solche klärende Feststellung nicht des Regelungscharakters entbehrt und daher nicht in die Kategorie der bloßen Realakte fällt. Wie so oft muß also die Suche nach der Lösung in das Prokrustesbett der Alternative: Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung eingezwängt werden. Für sich allein betrachtet, stellt die Erklärung über die Rechtssituation in einem bestimmten Lande keinen Akt mit allgemeiner Tragweite dar, denn sie gibt Auskunft über bestimmte individualisierte Gegebenheiten, auch wenn diese Gegebenheiten ihrerseits normativen Charakter tragen. Eine Qualifizierung als Verwaltungsakt liegt daher nahe ¹¹⁸⁾, zumal unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses. Während im allgemeinen ein Rechtsschutzbedürfnis des Individuums am Erlaß einer Rechtsverordnung nicht besteht und die VerwGO daher diese Klageform auch nicht kennt, liegt auf der Hand, daß der durch das Verhalten deutscher Staatsorgane geschädigte Ausländer ein vitales Interesse daran besitzt, eine zu Unrecht unterlassene Feststellung der vorhandenen Gegenseitigkeit erstreiten zu können; anders als bei der auf den Erlaß einer Rechtsverordnung gerichteten Klage steht hier auch genau fest, welchen Inhalt der begehrte Akt haben würde.

¹¹⁶⁾ Staatshaftung gegenüber Ausländern, JZ 1964, S. 409 (412 f.).

¹¹⁷⁾ Zu Recht stellt der Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts in seiner Entscheidung vom 27. 9. 1953, GRUR Int. 1953, S. 389, fest, daß die Feststellung nicht nach Belieben getroffen oder unterlassen werden kann, sondern daß eine Rechtspflicht besteht, eine vorhandene Gegenseitigkeitssituation auch förmlich bekanntzumachen.

¹¹⁸⁾ Anderer Ansicht Frowein, a.a.O. (Anm. 69), S. 358.

37. Keiner speziellen Erörterung bedürfen die Fälle, in denen auf Grund ausdrücklicher Ermächtigungen zu Retorsions- oder Repressalienszwecken Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungsakte erlassen werden.

38. Dagegen betritt man wieder unsicheren Boden, wenn man sich dem Problem zuwendet, ob und in welcher Weise die Kündigung eines internationalen Vertrages angegriffen werden kann. Geht man davon aus, daß die auf der völkerrechtlichen Ebene abgegebene Kündigungserklärung auch hinsichtlich der durch Zustimmungsgesetz sanktionierten Verträge unmittelbar auf das innerstaatliche Recht durchschlägt¹¹⁹⁾, so besteht grundsätzlich die Möglichkeit, daß durch die Vertragsbeendigung individuelle Rechtspositionen beeinträchtigt werden. Nach der Logik des Art. 19 Abs. 4 GG muß gegen einen solchen Akt, der geeignet ist, eine Rechtsverletzung hervorzurufen, ein Rechtsweg eröffnet sein. In der Tat wird man der Rechtserheblichkeit der Vertragskündigung sowohl für das Völkerrecht als auch für das innerstaatliche Recht nicht anders als durch die Zuerkennung einer Doppelnatur gerecht werden können. Vom innerstaatlichen Recht her qualifiziert, stellt sich dabei die Kündigung als Akt negativer Rechtsetzung, d. h. als Rechtsverordnung, dar¹²⁰⁾. Zwar soll nicht behauptet werden, daß eine solche atypische Rechtsverordnung in allem nach den Regeln des Art. 80 GG zu behandeln wäre, doch verlangt jedenfalls das Aktionensystem des gerichtlichen Rechtsschutzes eine eindeutige Zuordnung zu den Regeltypen hoheitlichen Handelns. Beachtung verdient auch, daß die ganz überwiegende Meinung die Publizität der Vertragskündigung fordert¹²¹⁾ und daß auch die Staatspraxis den Weg einer Veröffentlichung in den amtlichen Verkündungsblättern geschritten ist¹²²⁾. Für den Rechtsschutz ergibt sich demnach *in concreto* die Folgerung, daß unter den üblichen Bedingungen des unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenseins¹²³⁾ eine

¹¹⁹⁾ Vgl. oben den Text unter Nr. 15 (zu Anm. 46, 47) und 17.

¹²⁰⁾ Anderer Ansicht Boehmer, a.a.O. (Anm. 47), S. 97: »... die völkerrechtliche Kündigungserklärung ist ... keine innerstaatliche Rechtsetzung«.

¹²¹⁾ So bereits Laband, a.a.O. (Anm. 91), S. 167 mit Anm. 1, und in der Gegenwart vor allem Boehmer, a.a.O. (Anm. 47), S. 102; These 19 d) der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, wiedergegeben bei Partsch, a.a.O. (Anm. 45), S. 161; Weiß, a.a.O. (Anm. 48), S. 193; wohl auch Mosler, a.a.O. (Anm. 47), S. 23, 25. Die meistens gegebene Erläuterung, bei der Veröffentlichung handele es sich um einen bloßen deklaratorischen Akt, bedarf u. E. der Überprüfung im Hinblick auf diejenigen Fälle, wo die Kündigung individualbeschwerende Wirkungen äußert. Zumindest wird man hier überlegen müssen, ob der Betroffene sich nicht unter den Schutz der allgemeinen Regeln über die Zulässigkeit rückwirkender Maßnahmen stellen kann.

¹²²⁾ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a.a.O. (Anm. 30), S. 205.

¹²³⁾ Vgl. etwa H. Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2. Aufl. 1967), S. 320;

Verfassungsbeschwerde statthaft sein muß. Dabei erscheint es als unerheblich, daß die Kündigung des völkerrechtlichen Vertrages der Öffentlichkeit durchweg mit einer gewissen Verspätung bekannt wird, so daß das völkerrechtliche Wirksamwerden der Kündigung sich nicht mehr verhindern läßt; innerstaatlich jedenfalls kann der gerügte Rechtsentzug auch nach diesem Zeitpunkt noch korrigiert werden, so daß am Rechtsschutzbedürfnis kein Zweifel besteht ¹²⁴).

39. Daß Vergeltungsanordnungen nach dem Muster des § 31 EGBGB keiner richterlichen Nachprüfung unterliegen könnten, wird vielfach auch noch in neueren Kommentaren ¹²⁵) durch bloße Bezugnahme auf älteres Schrifttum ¹²⁶) behauptet. Diese Meinung vermag im Zeichen der Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG kritischer Überprüfung nicht standzuhalten. Wie dargetan, sind die in einzelnen Gesetzen zugelassenen Vergeltungsanordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß in rechtsstaatlich akzeptabler Weise begrenzt. Es versteht sich von selbst, daß das ermächtigte Organ diese Kompetenzgrenzen strikt zu beachten hat. Darüber hinaus müssen sich Vergeltungsanordnungen, sobald sie als Repressalien konzipiert sind, am Maßstab des Art. 25 GG messen lassen. Die auch innerstaatliche Geltung der allgemeinen Regeln ist gerade deswegen normiert worden, um eine jederzeitige Harmonie zwischen Landes- und Völkerrecht zu erreichen. Völkerrechtswidrige Normen des Landesrechts im Range des Gesetzes und darunter sollen auch innerstaatlich bar jeder Rechtsverbindlichkeit sein. Der Richter wird also etwa zu prüfen haben, ob der Vergeltungsanordnung eine förmliche Abmahnung vorherging und ob der Grundsatz der Proportionalität gewahrt ist. Festzuhalten bleibt andererseits, daß es für das »Ob«, die Entscheidung, eine Vergeltungsanordnung zu erlassen, keine rechtlichen Maßstäbe gibt ¹²⁷). Insoweit handelt das zuständige Regierungsorgan allein nach politischer Zweckmäßigkeit in einem für den Richter unzugänglichen Bereich diskretionärer Abwägung. Die allgemeinen Ermessensschränken gel-

Th. Maunz/H. Sigloch/B. Schmidt-Bleibtreu, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (1967) § 90 Rdnr. 94, 98 ff.

¹²⁴) In diesem Sinne der Beschluß des BVerfG vom 22. 5. 1972, DÖV 1972, S. 567 (568), wo das Gericht den Erlaß einer gegen die Gesetze zu den Ostverträgen gerichteten einstweiligen Anordnung u. a. mit der Begründung abgelehnt hat, daß auch nach dem Inkrafttreten der Verträge ein Schadensausgleich möglich wäre.

¹²⁵) Kegel, a.a.O. (Anm. 93), Rdnr. 4 zu Art. 31 EGBGB.

¹²⁶) Raape, in: J. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz Bd. 6: Einführungsgesetz Teil 2 (9. Aufl. 1931), Anm. IV zu Art. 31 EGBGB, S. 836.

¹²⁷) Nur insoweit zutreffend Raape, a.a.O. (Anm. 126).

ten zwar auch hier ¹²⁸⁾. Sie sind aber nur theoretischer Natur, da der Richter der komplexen Motivationsstruktur außenpolitischer Entscheidungen hilflos gegenübersteht.

40. Ausländische Staaten, gegen deren auf dem Gebiet der Bundesrepublik befindliches Vermögen Repressalien ergriffen worden sind, werden wohl kaum jemals ihre Rechtsverteidigung eben den Gerichten der Bundesrepublik anvertrauen, sondern sich mit den spezifischen Mitteln des zwischenstaatlichen Verkehrs zur Wehr setzen ¹²⁹⁾. Rechtlich freilich ist kein Hindernis zu erkennen, das der Beschreitung des deutschen Rechtsweges prinzipiell entgegenstehen würde. Denn soweit die Bundesrepublik einen fremden Staat nicht als gleichgeordneten Partner betrachtet, sondern ihm gegenüber in Form einseitiger hoheitlicher Anordnungen ihre Gebietshoheit aktualisiert, kann dieser Staat durchaus als Betroffener im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG betrachtet werden.

Dabei wird es indes nicht gleichgültig sein können, ob der Streit um Fiskalvermögen oder um zu hoheitlichen Zwecken genutztes Vermögen des fremden Staates geht. Steht zur Debatte, ob die Bundesrepublik sich einen Verstoß gegen die Immunitätsregeln ¹³⁰⁾ hat zuschulden kommen lassen, so sind die durch das Völkerrecht festgelegten Kompetenzkreise der Bundesrepublik einerseits, des ausländischen Staates andererseits voneinander abzugrenzen. Wenn die Aufgabe der Zuständigkeitsabgrenzung aber schon hinsichtlich des Verhältnisses des Bundes zu den Ländern nicht in den Aufgabenbereich der Verwaltungsgerichte gehört, so muß der Rechtsgedanke des § 40 Abs. 1 VerwGO (Ausschluß der verfassungsrechtlichen Streitigkeit-

¹²⁸⁾ In diesem Sinne auch H. K r a u s, Der deutsche Richter und das Völkerrecht, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag (1953), S. 223 (234 f.).

¹²⁹⁾ Zur umgekehrten Fragestellung, ob fremde Staaten zur Durchsetzung ihrer Hoheitsrechte als Kläger Zugang zu deutschen Gerichten haben, vgl. R. F r a n k, Öffentlich-rechtliche Ansprüche fremder Staaten vor inländischen Gerichten, *RabelsZ* Bd. 34 (1970), S. 56 ff.; F. A. M a n n, Conflict of Laws and Public Law, *RdC* Bd. 132 (1971 I), S. 107 (166 ff.); J. S c h u l z e, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 57) (1972), S. 161 f.

¹³⁰⁾ Einen Niederschlag haben diese Regeln u. a. im Rundschreiben des Bundesinnenministers vom 12. 4. 1970, *GMBL* 1970, S. 218, gefunden, das die sich aus allgemeinem Völkerrecht sowie aus den einschlägigen Verträgen ergebenden Grundsätze über das Verhalten gegenüber fremden Staaten sowie deren diplomatischen und konsularischen Vertretern für die Verwaltungspraxis konkretisiert. Speziell zur gerichtlichen Immunität des fremden Staates vgl. die Untersuchung der 2. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht: Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht und deutschem Zivilprozeßrecht (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 8) (1968).

ten) mit um so mehr Recht auf Streitigkeiten zwischen der Bundesrepublik und fremden Staaten Anwendung finden ¹³¹⁾.

41. Ausländischen Missionsangehörigen kann nicht das Recht vorenthalten werden, sämtliche beschwerenden Akte anzugreifen, die sich unmittelbar gegen ihre persönlichen Rechte und Güter richten. So stehen ihnen gegen Strafverfolgungsmaßnahmen die Rechtsmittel des Strafrechts zu Gebote, und gegen die Auferlegung von Steuerpflichten oder anderen Leistungspflichten, die nicht mit den Regeln der Art. 34, 35 WÜD in Einklang stehen, können sie den allgemeinen Verwaltungsrechtsweg oder den Finanzrechtsweg beschreiten, ganz gleichgültig, ob darüber hinaus der Entsendestaat zur Einlegung diplomatischen Protestes befugt ist. Anders sind nur die bereits erörterten Fälle zu beurteilen, wo der Diplomat lediglich in seiner Organstellung als Sachwalter fremdstaatlicher Interessen berührt wird ¹³²⁾.

D. Schluß

42. Eine zergliedernde Betrachtung zeigt also, daß es nicht zutreffend ist, Repressalienanordnungen pauschal der Kategorie des »Regierungsaktes« zuzuweisen und sie damit dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu entziehen, wie dies Erich Kaufmann in einer mehr beiläufigen Bemerkung einmal befürwortet hat ¹³³⁾. Die Trennung von völkerrechtlicher Außenkompetenz und innerstaatlicher Regelungsgewalt ist bei der Repressalie weniger stark ausgeprägt als bei völkerrechtlichen Verträgen, an denen das dualistische Denken groß geworden ist und sich geschult hat. Während die

¹³¹⁾ Im Ergebnis übereinstimmend Weiß, a.a.O. (Anm. 48), S. 80 f., allerdings mit der m. E. unzutreffenden Begründung, daß ein fremder Staat, da der Bundesrepublik auf der Völkerrechtsebene koordiniert, niemals von deutscher Hoheitsgewalt in seinen Rechten verletzt sein könne.

¹³²⁾ In diesem Sinne auch die von Steinberger, a.a.O. (Anm. 113), kommentierte Entscheidung des BVerwG vom 12. 10. 1962, E 15, 59 = DVBl. 1963, S. 728.

¹³³⁾ Die These von den zwei deutschen »Teilstaaten« oder »Teilvölkern«, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 6. 1. 1955 Nr. 3, S. 17 (19). Unhaltbar im übrigen die undifferenzierten Überlegungen von Schiedermaier, a.a.O. (Anm. 56), S. 28, 31, 38 f., 101, 107, 142, 163, der jede ausländerrechtliche Entscheidung, in die außenpolitische Erwägungen einfließen, als Maßnahme von Staat zu Staat dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz entziehen will. Richtig ist nur, daß reine Zweckmäßigkeitserwägungen der Exekutive, soweit das Ausländergesetz ihnen Rechtfertigung verleiht und nicht etwa deswegen selbst als verfassungswidrig betrachtet werden muß, keiner rechtlichen Nachprüfung unterliegen können. Aber gerade im Bereich völkerrechtlicher Vergeltung ist stets der Art. 25 GG zu beachten. — Treviranus, a.a.O. (Anm. 48), S. 24, spricht sich aus hier nicht zutreffenden Gründen (Repressalien als unkorrigierbare Realakte im völkerrechtlichen Außenverhältnis) gegen eine Zulassung der Gerichtskontrolle aus. Vgl. im übrigen noch Wengler, a.a.O. (Anm. 18), S. 821.

Vertragsverhandlungen, die aus der Natur der Sache heraus nur von der Exekutive geführt werden können, mit ihrem Abschluß, der Paraphierung oder Unterzeichnung, die Freiheit der zur abschließenden politischen Entscheidung berufenen Rechtsetzungsorgane weitgehend einschränken und ihnen nur noch die Wahl zwischen Annahme oder Verwerfung lassen, tritt eine solche Spaltung oder Aufteilung der Verantwortung jedenfalls bei der friedlichen Repressalie nicht ein. In dem Maße freilich, wie es der Völkerrechtsentwicklung gelingt, die Einseitigkeit der Repressalie zu proskribieren und etwa generell eine — der Verhinderung übereilter Spontanreaktionen dienende — Verhandlungsphase vorzuschreiben¹³⁴⁾, verstärkt sich auch in diesem Bereich die Stellung der für die Pflege der auswärtigen Beziehungen zuständigen Exekutivorgane. Gleichwohl bleibt, daß zwar die Zulässigkeit von Repressalien durch das Völkerrecht geregelt ist, daß aber ihre Anordnung und ihr Vollzug Akte innerstaatlicher Hoheitsgewalt bilden¹³⁵⁾, die sich in ihrer Mehrzahl unschwer in das allgemeine Schema der Handlungsformen des nationalen Verwaltungsrechts einfügen, was auch die Rechtspraxis niemals verkannt hat¹³⁶⁾.

Summary

Reprisals and Retorsion

Some aspects of their implementation in the domestic legal order

The author undertakes to analyze the mechanisms which under German law are available for putting into force non-forcible retaliatory measures against foreign States. Taking as his starting point the well-known travel restrictions which were imposed on diplomats during the cold war period, he first states the basic rules of international law governing the admissibility of retaliation, including the rights resulting for one party to an international treaty from a breach of the treaty by the other party. After having set out the wide factual variety of the acts to be taken into consideration, their only common denominator being the

¹³⁴⁾ Die allgemeinste Verpflichtung dieser Art ist in der Gegenwart in Art. 33 der UN-Charta niedergelegt.

¹³⁵⁾ Nochmals erinnert sei im vorliegenden Zusammenhang an die Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes; vgl. dazu oben Text unter Nr. 3 zu Anm. 11.

¹³⁶⁾ Selbst während des ersten Weltkrieges wurden die gegen das Vermögen feindlicher Ausländer gerichteten Vergeltungsanordnungen stets durch Rechtsverordnung erlassen; vgl. dazu die umfassende Darstellung von E. Schmidt, Die als Vergeltung auf dem Gebiete des Wirtschaftskrieges von der deutschen Reichsregierung ergriffenen gesetzgeberischen und Verordnungsmaßnahmen, in: F. Lenz/E. Schmidt (Hrsg.), Die deutschen Vergeltungsmaßnahmen im Wirtschaftskrieg (1924), S. 29 ff.

objective they are aimed at, the author goes on to examine whether it is the Executive which holds all the relevant powers by virtue of its function in the field of foreign affairs. The answer is a negative one. As far as retaliation within the sphere of German territorial jurisdiction needs to be implemented by law (public acts or acts of delegated legislation) the powers of the ordinary legislative organs do not suffer any exception. The specific foreign affairs function is a limited one of information (notification), but is not a substantial one of decision. The author shows that German law, indeed, has developed a significant number of legal techniques for promptly changing or adapting the rules of domestic law with a view of retaliation: International treaties are deemed to lose their domestic applicability as a result of their international termination or suspension; essentially domestic legislation which concerns foreign interests often contains restrictions by way of reciprocity clauses or of delegations to the Executive to react against illegal or unfriendly acts by foreign States. On the other hand, the sole admissibility under international law of retaliation does not constitute, by itself, an internally applicable rule which would duly justify acts detrimental to foreign rights or interests although pursuant to Art. 25 of the German Basic Law the general rules of international law are part of the law of the land; the only consequence is that, under such circumstances, the Legislature is internationally authorized to decree adequate — and otherwise illegal — measures to redress the situation. A further section is devoted to the issue of ascertaining whether retaliatory measures taken directly against foreign States and their representatives also need a specific legal basis. Some concluding remarks deal with the issues of legal protection; here the author attempts to refute the thesis advocated by some authors that reprisals are "political acts", therefore not being subject to judicial control.

Christian Tomuschat