## ABHANDLUNGEN

# Transitus innoxius Ein verschollenes Kapitel des Neutralitätsrechts

#### Ernst Reibstein

Wie der Begriff der »klassischen Waffen« zum Atomzeitalter, so gehört der Ausdruck »klassisches Völkerrecht« in einer neuen, fragwürdigen Bedeutung zur Epoche der internationalen Dauerkrise, die gemeinhin Kalter Krieg genannt wird. Während man aber immer mehr dazu übergeht, statt von klassischen, nurmehr von »konventionellen«, d. h. den herkömmlichen, vor-atomischen Waffen zu sprechen, scheint sich, was das Völkerrecht betrifft, der mißbräuchliche und mißverständliche Begriff des »Klassischen« jetzt in der Literatur, namentlich in der deutschsprachigen, erst richtig einbürgern zu wollen.

Wenn man will, läßt sich in der Tat vom »klassischen« Völkerrecht sagen, daß es auf dem Gedanken der Koexistenz beruht. Dies zeigt sich als erstes in der Aufnahme eines neuen Mitgliedes in die Völkerrechtsgemeinschaft. Zwar ist hierfür die Anerkennung durch die alten Mitglieder erforderlich. Aber hinsichtlich der Voraussetzungen beschränkt sich die Anerkennung auf die, im übrigen nicht immer leicht zu treffende Feststellung, daß ein selbständiger Staat tatsächlich vorhanden ist, ohne daß weiter gefragt werden dürfte, welche Menschen ihn bilden, wie er entstanden ist, welchen Idealen er in religiöser, politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Hinsicht huldigt. Es entspricht dies dem inneren Modell des modernen Staates, sich mit keinerlei materiellem Inhalt zu identifizieren und sich aus Staatsbürgern lediglich als Staatsbürger zusammenzusetzen 1).

## Und der gleiche Autor sagt bald darauf:

Vom Standpunkt des klassischen Völkerrechts aus ist bereits eine solche Wertung und Einteilung unzulässig, weil die Souveränität es ausschließt, von dritten Staaten auch nur beurteilt zu werden<sup>2</sup>).

<sup>1)</sup> Herbert Krüger, Koexistenz und Völkerrecht (Moderne Welt I, 1959/60, S. 16).

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 17, unter Berufung auf Christian Wolff.

<sup>28</sup> ZaöRV Bd. 21/3

In einer wissenschaftlichen Publikation, die 1960 vom Bundesministerium für Gesamtdeutsche Fragen verbreitet wurde, findet sich eine Gegenüberstellung der sowjetischen und der »klassischen« Auffassung der Neutralität, und das Ergebnis lautet:

Der gegebene Überblick zeigt, daß alle sowjetischen Völkerrechtswerke das Prinzip der strikten Unparteilichkeit und Gleichbehandlung der Parteien, auf dem das klassische Neutralitätsrecht aufbaute, verworfen haben<sup>3</sup>).

Es wäre sicher aufschlußreich, im einzelnen die Quellen zu untersuchen, aus denen das in unseren Tagen so selbstgewiß und unproblematisch auftretende Wissen über das »klassische Völkerrecht« und seine Stellung zu den akuten Fragen der modernen Theorie und Praxis geschöpft wird. Aber wichtiger scheint es zu sein, den sachlichen Gehalt selbst, die Richtigkeit der Aussagen, die so apodiktisch über das »klassische Völkerrecht« und in seinem Namen gemacht zu werden pflegen, nachzuprüfen. Das ist nicht allzu schwer an Hand eines ideengeschichtlichen Materials, das allgemein zugänglich ist, jedoch in den aktuell gerichteten Publikationen, auch wenn sie sich der Notwendigkeit einer historischen Vertiefung bewußt sind, gewöhnlich ignoriert wird.

Die beiden Autoren, die wir zitiert haben und denen sich viele andere mit analogen Erörterungen über andere Völkerrechtsthemen anfügen ließen, stimmen darin überein, daß sie das »klassische Völkerrecht« als eine historisch gegebene feste Größe betrachten, die bis zur Entstehung des Sowjetstaates unbestritten Geltung besaß, ferner darin, daß sie das wesentliche Merkmal dieses Völkerrechts in einer Haltung sehen, die an politisch-moralischen Maßstäben prinzipiell uninteressiert ist und es sein konnte, weil alles Recht in einem bestimmten, absolut verstandenen Souveränitätsbegriff seinen Ursprung, seine Schranke und sein Ziel hatte. Es soll hier nicht gefragt werden, ob diese gängige These geeignet ist, in der Auseinandersetzung mit einer anderen, etwa der sowjetischen Völkerrechtsauffassung mit Nutzen verwendet zu werden, um zur Verteidigung der geistigen Überlieferungen der westlichen Welt beizutragen. Man wird aber sagen müssen, daß sie nicht geeignet ist, die Verständigung über die Grundlagen eines gemeinsamen Gesprächs zu fördern, dieses Gespräch vielmehr immer wieder erschwert und, wenn sie zutreffend wäre, der Kritik der Gegenseite von vornherein recht geben würde. Glücklicherweise ist sie nicht zutreffend, ist die klassische Lehre und Praxis, wenn man sie in ihrer historischen Wirklichkeit erfaßt, beweglich und dynamisch genug, um den Vergleich mit fremden Systemen ertragen und in der Auseinandersetzung mit ihnen bestehen zu können.

<sup>3)</sup> Heinz Fiedler, Der sowjetische Neutralitätsbegriff in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zum Problem des Disengagement. Köln 1959, S. 96.

Die traditionelle bourgeoise Auffassung der Neutralität bestimmt die Lage eines nicht am Kriege teilnehmenden Staates ohne Rücksicht auf den Charakter dieses Krieges. Sie geht davon aus, daß ein neutraler Staat sich zu allen kämpfenden Ländern gleich verhalten muß, unabhängig davon, ob der betreffende Staat einen gerechten oder ungerechten Krieg führt. Die Sowjetunion trat immer für eine Unterstützung der Völker ein, die Opfer eines Angriffs waren und für die Unabhängigkeit ihres Vaterlandes kämpften. Dies bedeutet, daß es keine Gleichstellung gegenüber dem Angreifer und dem Opfer des Angriffs geben kann. Ein Staat, der einen gerechten Krieg führt, muß Unterstützung und Hilfe erhalten 4).

Es ist anzuerkennen, daß der sowjetische Autor korrekterweise von der »traditionellen« Konzeption des Westens spricht und sich nur mit ihr auseinandersetzt, nicht von dem »klassischen Völkerrecht«; man kann gegen seine Sätze nur einwenden, daß eine genauere Kenntnis des klassischen Völkerrechts des Westens ihn davon abgehalten hätte, den sowjetischen Standpunkt als originell und unbedingt fortschrittlich erscheinen zu lassen; der sowjetische Standpunkt befindet sich im Bannkreis einer alten Problematik des Kriegsrechts, mit der sich der Westen länger als ein Jahrtausend auseinandergesetzt hat, um von einem gewissen Augenblick an aus moralischen und praktischen Überlegungen heraus eine neue Doktrin zu entwickeln, welche die alte Problematik nicht überwunden, aber doch aus dem Vordergrund der völkerrechtlichen Aktualität verdrängt hat. Es ist die Ideenentwicklung, durch welche es schließlich möglich wurde, die Neutralität, die so lange nichts anderes als der politische Entschluß zum »Stillesitzen« war, als ein mit Rechten und Pflichten ausgestattetes internationales Statut von allgemeiner Geltung zu verstehen.

Die Schwierigkeiten, die sich bei der Geltendmachung des »klassischen Völkerrechts« ergeben, sind, wie man sieht, nicht nur terminologischer Art. Sie entspringen aus der zeitlichen Schichtung und der problemgeschichtlichen Gliederung einer Völkerrechtstradition, die wesentliche Elemente vom klassischen Altertum herleitet, ihre eigenen klassischen Autoren hervorgebracht hat und sich, über alle späteren Wandlungen und Kontroversen hinweg, noch heute als klassisch im Sinne einer auf allgemein anerkannten Grundsätzen beruhenden, lange Zeit allein maßgebend gewesenen internationalen Praxis versteht. Den Zusammenhang ebenso wie die Differenzierung sollte man beachten, wenn in der modernen Literatur wieder häufig Grotius und Vattel, wohl auch scholastische und sogar antike Autoren zitiert werden, dabei aber eigentlich nur die letzte Phase der klassischen Tradition

<sup>4)</sup> W. J. Lissowsky, Völkerrecht (russ.). Kiew 1955, S. 390 (zitiert bei Fiedler, a. a. O., S. 96 f.).

Reibstein

432

mit ihren Besonderheiten gemeint ist. Die gegenwärtige west-östliche Diskussion über das Recht der Neutralität ist unter diesem Gesichtspunkt recht aufschlußreich; sie illustriert den – in der Theorie nie bestrittenen – Umstand, daß selbst in den aktuellsten Völkerrechtsproblemen ohne einen gewissen Aufwand an historisch-kritischen Bemühungen nicht auszukommen ist und daß diese Methode sich auf die Eigentümlichkeiten der jeweiligen Materie einstellen muß.

Das wirkliche klassische Völkerrecht, d. h. die Lehre der Völkerrechtsklassiker mit der von ihr vorausgesetzten und beeinflußten Praxis, steht hinsichtlich der Neutralität auf dem Boden der geschilderten älteren Problematik des Kriegsrechts; die maßgebenden juristischen Faktoren des neutralen Verhaltens sind die Frage nach dem gerechten Krieg und, davon abhängig, die Frage nach dem Durchzugsrecht und nach der Zulässigkeit sonstiger Dienste für die Kriegführenden. Praktisch ist – im Landkrieg wenigstens – das Durchzugsrecht das wichtigste der Probleme, die sich im Kriegsfalle für den zum Stillesitzen, zum Neutralbleiben entschlossenen Staat stellen. In dem Kapitel über die Neutralen (De his qui in bello medii sunt) stellt Hugo Grotius den Grundsatz auf:

Es ist die Pflicht derjenigen, die am Kriege nicht teilnehmen, nichts zu tun, wodurch derjenige, der eine ungerechte Sache vertritt, stärker wird oder wodurch die Bewegungen des einen gerechten Krieg Führenden behindert werden. In einem zweifelhaften Fall aber haben sie beiden Parteien gleichmäßig gefällig zu sein, indem sie den Durchzug gestatten, den Heeren Zufuhren gewähren und bei Belagerungen keinen Entsatz leisten 5).

Bezüglich der im ersten Satz in Erinnerung gebrachten Lehre vom gerechten Krieg verweist Grotius auf das von ihm früher Gesagte; es gibt im Ius Belli ac Pacis wenige Kapitel, die hier nicht in Betracht kommen, namentlich das im 2. Buch ausführlich entwickelte System eines natürlichen Sachen-, Obligationen- und Strafrechts hat keinen anderen Zweck als die Tatbestände zu umschreiben, die im Falle von Rechtsverletzungen einen gerechten Kriegsgrund abgeben können. Bei den »zweifelhaften Fällen« ist, ohne daß Grotius eine ausdrückliche Verweisung für notwendig hielte, an das so betitelte 23. Kapitel des 2. Buches zu denken, wo Grotius von der Möglichkeit spricht, daß ein Krieg subjektiv auf beiden Seiten gerecht sein könne; objektiv, in Ansehung der Sache selbst, sei das nicht möglich, wohl

<sup>5)</sup> Viccissim eorum qui a bello abstinent officium est nihil facere quo validior fiat is qui improbam fovet causam, aut quo iustum bellum gerentis motus impediantur secundum ea quae dicta a nobis supra sunt: In re vero dubia aequos se praebere utrisque in permittendo transitu, in commeatu praebendo legionibus, in obsessis non sublevandis (J. B. P. III 17 § 3 no. 1).

aber könne man von einem objektiv beiderseits gerechten Krieg dann sprechen, wenn man unter »gerecht« soviel wie formgerecht, d. h. zur Erzeugung gewisser Rechtswirkungen geeignet, verstehe<sup>6</sup>).

Grotius vergleicht den letztgenannten Fall mit einem von der zuständigen Instanz formell einwandfrei ergangenen, aber materiell nicht rechtmäßigen Urteil und mit einem Besitz, dem die rechtliche Grundlage fehlt: auch solche Sachverhalte haben gewisse rechtliche Wirkungen<sup>7</sup>). Dieser von den Kommentatoren gewöhnlich übergangene Vergleich ist für die spätere Lehrentwicklung nicht wirksam geworden, gibt aber den Schlüssel zum Verständnis der Rolle, die die »gerechte Sache« in der grotianischen Lehre von der Stellung der Neutralen gegenüber den Kriegführenden spielt; ihre Rolle ist für Grotius durch seine Lehre vom »beiderseits gerechten Krieg« nicht überholt; diese Lehre soll, modern gesprochen, die Neutralen nicht auf eine »Gesinnungsneutralität« festlegen, sondern läßt, indem sie sich nur auf gewisse äußere Wirkungen des formgerecht erklärten Kriegszustandes bezieht, die Frage nach der materiellen Gerechtigkeit des von der einen oder anderen Seite begonnenen Krieges für alle nicht von jenen äußeren Wirkungen erfaßten Probleme vollständig offen. Ein »zweifelhafter Fall« im Sinne der grotianischen Neutralitätslehre liegt also nur dann vor, wenn der objektive Sachverhalt, der immer nur auf einer Seite ein Sachverhalt des Kriegführens aus gerechtem Grunde sein kann, trotz gewissenhafter Prüfung nicht hinreichend geklärt werden kann<sup>8</sup>); dann, und nur dann, ist für den Neutralen mit dem Recht auch die Pflicht zur Gleichbehandlung der beiden Kriegsparteien gegeben: aequos se praebere utrisque in permittendo transitu, in commeatu praebendo legionibus, in obsessis non sublevandis.

Es ist kein Zufall, daß der transitus hier zuerst genannt wird; das ganze Kapitel über die Neutralen ist in der Hauptsache eine Kasuistik des Durchzugs von Truppen Kriegführender durch neutrales Gebiet, wobei Grotius mit zahlreichen antiken, seit den späteren Ausgaben auch mit mittelalterlichen Präzedenzfällen aufwartet, um sie alle unter den Leitgedanken der necessitas, des Notstandes zu stellen.

Es könnte überflüssig erscheinen, daß wir von den außerhalb des Krieges Stehenden handeln, weil doch hinreichend feststeht, daß es ihnen gegenüber

<sup>6)</sup> Speciali et ad rem ipsam relata acceptione bellum utrimque iustum esse non potest ... At vero ut neuter bellantium iniuste agat, fieri sane potest: iniuste enim agit nemo nisi qui et scit se rem iniustam agere: multi autem id nesciunt. Sic iuste, id est bona fide litigari potest utrimque ... At iustum si accipimus, quoad effectus quosdam iuris, certum est bellum hoc sensu iustum utrimque dari, ut ex iis apparebit quae de bello publico solenni infra a nobis dicentur (J.B.P. II 23 § 13 no. 2 und 5).

<sup>7)</sup> Ibid. no. 5

<sup>8)</sup> Wir werden hierauf im Laufe dieser Untersuchung zurückkommen müssen. Vgl. unten S. 449.

kein Kriegsrecht gibt. Weil aber gelegentlich eines Krieges unter dem Vorwand der Notwendigkeit vieles gegen die Neutralen, besonders die dem Kriegsschauplatz benachbarten, unternommen zu werden pflegt, wollen wir hier nochmals kurz darauf hinweisen, daß die Notwendigkeit einen sehr hohen Grad erreicht haben muß, wenn sie ein Recht auf eine fremde Sache geben soll<sup>9</sup>), daß außerdem beim Landesherrn nicht eine ebenso große Notwendigkeit bestehen darf und daß schließlich, wo die Notwendigkeit feststeht, nicht mehr in Anspruch genommen werden darf als sie verlangt: wenn Sicherstellung genügt, dann nicht Gebrauch, wenn Gebrauch, dann nicht Verbrauch, wenn Verbrauch, dann Ersatz des Wertes der Sache <sup>10</sup>).

Auf die Notstandstheorie ist bei Grotius auch der Traditionsbeweis zugeschnitten – soweit er sich darauf zuschneiden ließ. Grotius beginnt, wie üblich, mit dem Alten Testament, indem er unter Hinweis auf Num. XX 17 erklärt:

Moses cum summa ipsum et populum necessitas urgeret transeundi per agros Idumaeorum, primum ait transiturum se via regia, neque deflexurum in arva aut vineta: si vel aqua ipsorum opus haberet, persoluturum se eius pretium.

### Und er fügt hinzu:

Idem praestiterunt laudati et Graecorum, et Romanorum duces.

Es folgt eine Reihe von Zitaten aus antiken Autoren, die bei der Erwähnung von Truppenbewegungen im Gebiet der pacati<sup>11</sup>) oder der socii lobend das korrekte Verhalten des Befehlhabers und die Disziplin seiner Untergebenen hervorheben, aus dem gleichen Grunde aber auch das Verhalten Sullas bei seinem Zug durch Calabrien und Apulien oder dasjenige der unter Theodosius auf römischem Boden dienenden Goten, Hunnen und Alanen rühmen. Gerade in der späteren Kaiserzeit war es wichtig und erfreulich, daß die provinciales den pacati in dieser Hinsicht gleichgestellt waren und für alle die Regel galt, die Grotius bei Ammianus Marcellinus (XVIII 2, 7) aufgestellt findet: pacatorum terras non debere calcari. Und diese Regel bedeutet für Grotius dasselbe wie diejenige des Cassiodorus (Var. VII 4) unter der Herrschaft der Ostgoten: Vivant cum provincialibus, iure civili: nec insolescat animus qui se sentit armatum. Daß so verfahren wird, ist allemal das Verdienst des Heerführers, dessen Sache es ist, für dreierlei zu sorgen: Beschaffung des notwendigen Unterhalts,

10) Si custodia sufficiat, non sumendum usum: si usus, non sumendum abusum: si abusu sit opus, restituendum tamen rei pretium (J. B. P. III 17 § 1).

<sup>9)</sup> Necessitatem ut ius aliquod det in rem alienam summam esse debere.

<sup>11)</sup> Der römische Ausdruck für die in der Nähe des Kriegsschauplatzes wohnenden, am Kriege nicht beteiligten Völkerschaften (J. B. P. III 17 § 2).

pünktliche Soldzahlung, straffe Disziplin 12). Indem er diese Voraussetzungen eines geordneten Durchzugs schafft, befolgt der Heerführer die biblische Weisung: Beunruhigt niemand, erpresset von niemand und lasset euch an eurem Solde genügen 13).

Schon Ambrosius hatte zu diesem Wort des Täufers bemerkt: Idcirco stipendia constituta militiae, ne dum sumptus quaeritur, praedo grassetur, und Augustin hatte sich dieser Mahnung an die Verantwortlichen, keine Vorwände für Ausschreitungen gegenüber der friedlichen Bevölkerung aufkommen zu lassen, ausdrücklich angeschlossen. Grotius zitiert diese Stelle bei Augustin (Sermo LXXXII 1 in Appendice), erwähnt den Kirchenvater aber sonst in diesem Zusammenhang nicht.

Das ist auffallend; denn Augustin ist nicht einer der vielen Autoren, die zu der Lehrtradition des transitus innoxius gelegentlich einen Satz beigetragen haben. Er ist vielmehr derjenige, der diese Tradition im abendländischen Völkerrechtsdenken begründet hat, indem er das Recht auf den friedlichen, unbeschwerlichen Durchzug auf eine Formel brachte, die ins kanonische Recht Eingang fand. Auch Grotius steht in dieser Tradition, aber er gibt ihr durch seine Notstandstheorie eine Wendung, die eine sehr späte Entwicklungsstufe darstellt und weit von der Augustinischen Lehre hinwegführt.

Bei Augustin ist sedes materiae nicht die Stelle Num. XX 17-21, sondern das folgende Kapitel XXI, wo nicht mehr von den Edomitern, sondern von den Amoritern die Rede ist. Vergleicht man die beiden Situationen, so wird ohne weiteres ersichtlich, warum Grotius, wenn er das Durchzugsrecht auf den Notstand stützen wollte, nur die Edomiter erwähnte. Ihr Gebiet ist die erste Kulturlandschaft, die das Volk Israel auf seiner Wüstenwanderung erreichte; es war höchste Zeit gewesen, denn schon hatte das Volk mit Moses gehadert:

Ach, daß wir umgekommen wären, da unsere Brüder umkamen vor dem Herrn!

Warum habt ihr die Gemeinde des Herrn in diese Wüste gebracht, daß wir hier sterben mit unserem Vieh?

Und warum habt ihr uns aus Agypten geführt an diesen bösen Ort, da man nicht säen kann, da weder Feigen noch Weinstöcke, noch Granatäpfel sind und dazu kein Wasser zu trinken?

Moses konnte das versammelte Volk noch einmal beschwichtigen, indem er aus einem Felsen Wasser sprudeln ließ; über dem Felsenwunder vergaß er indessen nicht die diplomatische Aufgabe, die sich ihm stellte:

Und Moses sandte Botschaft aus Kades zu dem König der Edomiter: Also

<sup>12)</sup> Ibid. no. 3.

<sup>13)</sup> Luc. III, 14.

436

läßt Dir dein Bruder Israel sagen: Du weißt alle die Mühsal, die uns betroffen hat,

daß unsere Väter nach Agypten hinabgezogen sind und wir lange Zeit in Agypten gewohnt haben, und die Agypter behandelten uns und unsre Väter übel.

Und wir schrieen zu dem Herrn; da hat er unsre Stimme erhört und einen Engel gesandt und uns aus Agypten geführt. Und siehe, wir sind zu Kades, in der Stadt an deinen Grenzen.

Laß uns durch dein Land ziehen. Wir wollen nicht durch Äcker noch Weinberge gehen, auch nicht Wasser aus den Brunnen trinken; die Landstraße wollen wir ziehen, weder zur Rechten noch zur Linken weichen, bis wir durch deine Grenze kommen.

Dieses Ersuchen wurde von den Edomitern abgelehnt; es kam zu einer Replik und einer Duplik:

Edom aber sprach zu ihnen: Du sollst nicht durch mich ziehen, oder ich will dir mit dem Schwert entgegenziehen.

Die Kinder Israel sprachen zu ihm: Wir wollen auf der gebahnten Straße ziehen, und so wir von deinem Wasser trinken, wir und unser Vieh, so wollen wir's bezahlen; wir wollen nichts denn nur zu Fuß hindurch ziehen.

Er aber sprach: Du sollst nicht hindurchziehen. Und die Edomiter zogen aus, ihnen entgegen mit mächtigem Volk und starker Hand.

Also weigerten sich die Edomiter, Israel zu vergönnen, durch ihr Gebiet zu ziehen. Und Israel wich von ihnen.

Bei Grotius ist, wie wir gesehen haben, von der Notlage die Rede, in der sich Moses und die Seinen befanden und die ihr Durchzugsverlangen motivierte, auch von den Bedingungen, die sie anboten; er sagt kein Wort von der Ablehnung, die sie erfuhren, noch von der Rechtslage, die dadurch entstand. Dieser Frage – nach den rechtlichen Folgen der Verweigerung eines erbetenen Durchzugs – hatte das Interesse Augustins gegolten. Weil das Volk Israel es auf die Machtprobe, die ihm die Edomiter zumuteten, nicht ankommen lassen wollte, sondern sich zu einem Weg entschloß, der um ihr Gebiet herumführte 14), ist dieser Zwischenfall für Augustin in der Rechtsfrage nicht schlüssig und überhaupt viel weniger bemerkenswert als der gleich anschließend berichtete Zusammenstoß, zu dem es, wiederum wegen eines Durchzugsbegehrens des Volkes Israel, mit den Amoritern kam.

Und Israel sandte Boten zu Sihon, dem König der Amoriter, und ließ ihm sagen:

Laß mich durch dein Land ziehen. Wir wollen nicht weichen in die Acker

<sup>14) 4.</sup> Mos. 21, 4.

noch in die Weingärten, wollen auch Brunnenwasser nicht trinken; die Landstraße wollen wir ziehen, bis wir durch deine Grenze kommen.

Aber Sihon gestattete den Kindern Israel nicht den Zug durch sein Gebiet, sondern sammelte all sein Volk und zog aus, Israel entgegen in die Wüste; und als er gen Jahza kam, stritt er wider Israel.

Israel aber schlug ihn mit der Schärfe des Schwerts und nahm sein Land ein von Arnon bis an den Jabbok und bis an die Kinder Ammon; denn die Grenzen der Kinder Ammon waren fest.

Also nahm Israel alle diese Städte und wohnte in allen Städten der Amoriter, zu Hesbon und allen seinen Ortschaften 15).

Daß die Amoriter auf diese Art ihre Unabhängigkeit und ihr ganzes Land verloren, wird von Augustin gebilligt, denn ihre Sache war ungerecht, diejenige Israels war gerecht. Nach der Definition des gerechten Krieges, die Augustin der römischen Überlieferung entnimmt, muß es sich um eine Reaktion auf ein Unrecht handeln; eine Proportionalität zwischen der Reaktion und dem Unrechtstatbestand ist nicht vorgeschrieben, es darf für diesen nicht nur eine Abhilfe, ein Ausgleich geschaffen, es darf nicht nur für Ersatz des Schadens und für Sicherheit in der Zukunft gesorgt werden, es ist über all das hinaus auch eine Vergeltung im Sinne einer eigentlichen Rache zulässig: Iusta bella definiri solent quae ulsciscuntur iniurias 16).

Einen Unrechtstatbestand, der diese Reaktion rechtfertigt, bildet nun auch die Verweigerung des unbeschwerlichen Durchzugs. Wiederum beruft sich Augustin auf die römische Überlieferung, wenn er an das Schicksal der Amoriter den berühmten Kommentar knüpft:

Notandum est sane, quemadmodum iusta bella gerebantur a filiis Israel contra Amorraeos. Innoxius enim transitus denegabatur: qui iure humanae societatis aequissimo patere debebat 17).

Wir müssen im Sinne Augustins genauer sagen: Der Vorgang zeigt, daß auch in dieser Frage bei Moses, dem ersten Gesetzgeber der Menschheit, bereits die Gedanken wirksam sind, denen die späteren Gesetzgeber der einzelnen Völker, bzw. diese Völker selbst, in der Gestaltung ihrer Rechtspraxis Ausdruck gegeben haben. Begriffe wie bellum iustum und transitus innoxius sind ebenso wie der sie umgreifende Begriff des ius humanae societatis nur die dem Römer aus seiner eigenen Geschichte geläufigen Formulierungen eines Menschheitrechts, das nach dem Zeugnis der Bibel schon zur Zeit Moses' galt; sie sind für Augustin keine originalrömischen Schöpfungen

<sup>15) 4.</sup> Mos. 21, 21-25.

<sup>16)</sup> Augustin. Quaestionum in Heptateuchum liber 6 qu. 10 (Migne PL 34, 781).

<sup>17)</sup> Augustin. Quaestiones IV 44 (zu Num. XXI; Migne PL 34, 739) = c. alt. 23 qu. 2.

- wesentlich römisch an ihnen ist nur der Mißbrauch und die Entartung, die mit ihnen namentlich mit dem Begriff des bellum iustum in Verbindung gebracht werden müssen <sup>18</sup>). Man kann sagen, daß Augustin in seiner theologischen, heilsgeschichtlichen Perspektive die Zusammenhänge des römischen Völkerrechtsdenkens mit demjenigen des Vorderen Orients sieht, um die sich die moderne Forschung wieder bemüht <sup>19</sup>). Für ihn ist die sittliche Überlegenheit dieses orientalischen Denkens und Handelns, weil es dasjenige der biblischen Autoren ist, selbstverständlich, und er nimmt auch, manche Vergröberung in Kauf, etwa wenn er den gerechten Krieg ohne weiteres als Rachekrieg definiert <sup>20</sup>).

Augustin setzt somit voraus, daß schon das Alte Testament ein ius humanae societatis verkündet, von welchem der von den Römern mit diesem Ausdruck bezeichnete rechtsethische Begriff nur eine unvollkommene Kopie ist. Da wir uns mit dieser Frage auf einem wenig untersuchten Gebiet befinden – es ist ein Niemandsland zwischen Theologie, Romanistik und Völkerrechtsgeschichte – würde es zu weit führen, dem historischen Ursprung dieses Begriffes nachzugehen; wir müssen uns auf die Ermittlung des Inhalts, den er bei den Römern hatte, beschränken<sup>21</sup>).

Offenbar als Reaktion auf Harnacks These von der »Hellenisierung des Christentums« in den ersten Jahrhunderten und aus theologischen Dignitätsrücksichten, die denjenigen Augustins nicht unähnlich sind, herrscht in der patristischen Forschung unserer Tage die Neigung vor, die Eigenständigkeit der Kirchenväter auch in ihrem rechtsphilosophischen Denken, also ihre weitgehende Unabhängigkeit von der antiken Moral- und Staatsphilosophie zu postulieren <sup>22</sup>). Man könnte deshalb versucht sein, die Inter-

<sup>18)</sup> Vgl. schon Cicero: Nullum bellum iustum habetur, nisi denuntiatum, nisi indictum, nisi de repetitis rebus. Noster autem populus sociis defendendis terrarum iam omnium potitus est (De republica III 23). Augustin spricht seinerseits von der imperiosa civitas (De civitate Dei IV 15) und stellt im Hinblick auf die römische Geschichte fest: iniquitas ampliora fecit regna (ibid. XV).

<sup>19)</sup> Hierzu jetzt W. Preiser, Über die Ursprünge des modernen Völkerrechts (Internationalrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen. Festschrift für Walter Schätzel, 1960. S. 373–387).

<sup>20)</sup> Dies scheint auch durch Cicero gerechtfertigt: Illa iniusta bella sunt, quae sunt sine causa suscepta. Nam extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causa bellum geri iustum nullum potest (De republica III 23). Der gleiche Autor sagt aber auch: Est ulciscendi et puniendi modus ... atque in republica maxime conservanda sunt iura belli ... parta autem victoria conservandi ii, qui non crudeles in bello, non immanes fuerunt (De officiis I 11).

<sup>21)</sup> Wertvolle ideengeschichtliche Ansätze bietet Jean Moreau-Reibel, Le droit de société interhumaine et le «Ius Gentium». Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius (Recueil des Cours, 1950).

<sup>22)</sup> Das ist namentlich das Anliegen von Felix Flückiger, Geschichte des Naturrechts I, 1954; demgegenüber ist es die traditionelle, den Quellen entsprechende Lehre, daß

pretation des ius humanae societatis näher bei Augustin, also bei den lateinischen Kirchenvätern vor ihm, zu suchen, um von da aus die Lehre vom bellum iustum und vom transitus innoxius zu deuten. Von der societas generis humani spricht Ambrosius, Augustins Lehrer und Vorbild in Mailand, um die Gerechtigkeit als eine soziale Tugend, als Dienst an der menschlichen Gemeinschaft zu kennzeichnen<sup>23</sup>). Ein Jahrhundert vor ihm hatte Lactantius, der »christliche Cicero«, hingewiesen auf das foedus illud inter homines, a principio sui ortus initum<sup>24</sup>); gegen diese Rechtsgemeinschaft zu verstoßen oder sich ihr zu entziehen - aut violare aut non conservare - ist Sünde, denn Gott hat uns für die Gemeinschaft bestimmt 25). Augustin selbst scheint sich auf diese Vorstellung zu stützen und sie zu interpretieren, wenn er in seinen »Bekenntnissen« die societas humana mit der societas civitatis in Beziehung setzt, um zu zeigen, daß der Mensch, wenn er diesen Gewalten gehorche, erst recht Gott gehorchen müsse, der als Herr der ganzen Schöpfung über allen Gewalten steht. Auch im Aufbau der menschlichen Gesellschaft sei die höhere Gewalt der niederen vorgesetzt, was Augustin damit beweist, daß er die Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem Staat aus einem pactum generale societatis humanae ableitet 26).

So gewiß wir hier selbständige Gedanken der Kirchenväter vor uns haben, so gewiß und selbstverständlich ist es, daß sie die in ihrer Umwelt noch lebendigen Ideen der antiken Philosophie verwenden, denn diese Ideen, mit denen der Römer namentlich durch C i c e r o, den Tullius saepe noster Augustins, vertraut geworden ist, sind für die christlichen Autoren keine Instanz gegen die neue Lehre, sondern bestätigen auf ihre Art, wenn auch für das christliche Bewußtsein oft dunkel und unvollkommen, daß Gott allen Völkern ein Gesetz ins Herz geschrieben hat, das ihnen zuerst von ihrem Gewissen und dann auch von der positiven Gesetzgebung, angefangen beim Dekalog, bezeugt wird: Gott hat die naturalia praecepta, die schon vor dem Dekalog – ante omnem legislationem – bestanden haben, durch ihn wieder in Erinnerung gebracht, sagt schon I r e n a e u s, der Zeitgenosse der klassischen römischen Juristen<sup>27</sup>), und er wiederholt damit nur, was schon der

das natürliche Recht immer als eine nicht auf der Offenbarung beruhende Norm anerkannt war. Vgl. O. Schilling, Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche, 1914.

<sup>23)</sup> Iustitia ad societatem generis humani et ad communitatem refertur (De officio ministrorum I 28, 130).

<sup>24)</sup> Divinae institutiones VI 10.

<sup>25)</sup> Deus animal nos voluit sociale (ibid.).

<sup>26)</sup> Contra societatem civitatis non obtemperatur, generale quippe pactum est societatis humanae oboedire regibus suis (Confessiones III 15); potestatibus humanae societatis ... praeponitur ita deus omnibus (ibid.).

<sup>27)</sup> Adversus haereses IV 13.

440 Reibstein

Apostel Paulus an der berühmten Stelle seines Briefes an die Römer 28) ausgesprochen hat.

Es ist demnach ein legitimes Verfahren, den materialen Inhalt und die rechtliche Tragweite der von den Kirchenvätern, zuletzt und maßgeblich von Augustin, dem europäischen Mittelalter und in gewisser Weise auch dem modernen Völkerrecht tradierten Lehre vom ius humanae societatis an ihren historischen, römischen Quellen aufzusuchen. Von diesem Recht, und zwar, wie bei Lactantius, von seiner Verletzung, ist schon - es kann nach dem Bisherigen nicht überraschen - bei dem römischen Staatsmann und Popularphilosophen die Rede, auf den sich die lateinischen christlichen Autoren immer berufen, wenn sie die Wahrheit und Vernünftigkeit ihrer Lehre als Tatsachen erweisen wollen, die vom Glauben an die eigentlichen, auf der Offenbarung beruhenden Heilswahrheiten unabhängig sind. Es ist die von den kirchlichen Schriftstellern auch in anderer Hinsicht stark beachtete Stelle, wo Cicero vom Wesen der Gerechtigkeit spricht und Ulpians berühmte Definition kommentierend vorweg nimmt. Nachdem er auf das honestum als das Ziel und das suum cuique tribuere als einen der Wege zu ihm hingewiesen hat, feiert er die iustitia als ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur, um aus ihr als erstes das negative Moment zu entwickeln, das Ulpian dann als neminem laedere bezeichnet; es ist für Cicero die gebührende Rücksicht auf die Eigentumsordnung, wie sie zwar nicht von der Natur, aber entweder durch altes Herkommen oder durch das Kriegsrecht, durch Gesetz, durch Vertrag oder durch ähnliche positivrechtliche Titel gegeben ist.

Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria 20), deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis. Sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte ... 30).

<sup>28)</sup> II 14-15. Auch daraus, daß die christliche Lehre "von allem Anfang an Christus als den wahren Logos bezeichnet, der das ursprüngliche Gesetz wiederhergestellt hat" ist zu schließen, "daß sie ein schon vor der Offenbarung vorhandenes, ungeschriebenes, nicht in Worte formuliertes Gesetz Gottes angenommen hat" (A. Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, 1958, S. 54); diese natürlichen Gebote decken sich zwar inhaltlich mit dem Dekalog, sind aber keineswegs "gleichbedeutend mit dem biblischen Gesetz", wie Flückiger (a. a. O., S. 304) behauptet.

<sup>29)</sup> Die berühmte lacessitus iniuria-Klausel, die den Widerspruch der christlichen Schriftsteller fand, aber nur um den Preis eines Auseinanderfallens von christlicher und naturrechtlicher Lehre, von privater und politischer Moral modifiziert werden konnte. Ambrosius erklärt zwar, die Klausel werde durch die Autorität des Evangeliums aufgehoben (De off. min. I 131), läßt sie aber für den Krieg gelten (ibid. I 177).

So wird das suum cuique, ursprünglich gleichbedeutend mit dem κατ ἀξίαν der stoischen Philosophie, d. h. ein an ethischen Werten orientierter Maßstab der Gerechtigkeit, schon bei Cicero zu einer Formel des Eigentumsschutzes; weil durch das Herkommen und die anderen Titel die ursprüngliche Gemeinsamkeit der Güter aufgehoben und jedem das Seine zuteil geworden ist, soll es bei dieser Verteilung bleiben; wer etwas für sich begehrt, was ihm hiernach nicht zukommt, verletzt das Recht der menschlichen Gesellschaft.

Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerunt communia, quod cuique obtigit, id quisque teneat; e quo si quis sibi appetet, violabit ius humanae societatis.

Weil wir aber, wie Plato sagt, nicht für uns allein da sind und weil, wie die Stoiker lehren, alles was auf Erden wächst für den Gebrauch des Menschen bestimmt ist, der Mensch aber um des Menschen willen geschaffen ist, damit einer dem anderen nütze, deshalb müssen wir darin unserer natürlichen Bestimmung folgen, müssen Möglichkeiten, die von gemeinsamem Nutzen sind, zur gemeinsamen Verfügung halten und so die Gemeinschaft der Menschen untereinander durch einen Austausch von Dienstleistungen, durch Geben und Empfangen, durch unser Können, unsere Arbeit, unsere Hilfsmittel festigen.

... in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem <sup>31</sup>).

Cicero spricht hier sichtlich nicht als römischer Jurist, sondern als Jünger der griechischen Philosophen und Moralisten, aber seine Worte sind die eines Römers und lassen bereits die juristischen Systemgedanken aufleuchten, deren methodische Erarbeitung das Werk der Jahrhunderte bis in die europäische Neuzeit hinein sein sollte. Der Begriff des ius humanae societatis kann in diesem Stadium noch keine juristische Stringenz haben, aber schon seine Formulierung zeigt den charakteristischen Beitrag des römischen Denkens zur europäischen Moral- und Sozialphilosophie: die menschliche Gemeinschaft, auch die größte, ist begrifflich eng verbunden mit dem Rechtsgedanken, und dieser besagt, auf die Menschheit als solche angewendet, daß alle Menschen, ob sie derselben civitas angehören oder für einander Fremde sind, in ihren gegenseitigen Beziehungen den gleichen Regeln der Gerechtigkeit unterstehen. Man hat richtig gesagt: Für den Griechen, mit seiner echt philosophischen Entdeckerfreude, handelt es sich wesentlich darum, die Ordnung des Kosmos in die Polis einzuführen; dem Römer

<sup>81)</sup> Ibid.

442 Reibstein

kommt es darauf an, eine menschliche Ordnung zu schaffen, die sich auf die Beobachtung der konkreten Gegebenheiten stützt 32). Als die wichtigste dieser Gegebenheiten stellt sich ihm die Verteilung von Mein und Dein dar. Verteilung von Mein und Dein heißt aber nicht nur Privateigentum, sondern auch Ländergrenzen und Staatsgewalt in ihrem gegenseitigen Verhältnis, und heißt nicht nur Sachenrecht, sondern auch das Recht des Erwerbs von Sachen, einschließlich des Krieges. Auch in diesem Stadium einer fortgeschrittenen, differenzierten Kultur - das will Cicero sagen - soll sich die Menschheit ihrer moralischen Einheit bewußt bleiben, soll sie wissen, daß es nur eine Gerechtigkeit gibt, diejenige, die für jede Art und Form der menschlichen Beziehungen ihre Regeln aus der vernünftigen und geselligen Natur des Menschen entnimmt. Die recta ratio, die Cicero an anderer Stelle so beredt als die vera lex feiert 38), hat ihren konkreten, materialen Inhalt eben in dem ius humanae societatis 34). Dieses ist der sozialethische Boden, auf dem in der nachklassischen Epoche der römischen Jurisprudenz eine neue Lehre vom ius gentium, nämlich von den in seinem Bereich entstandenen Rechtsinstituten, erwachsen ist.

Ex hoc iure gentium (nämlich dem ius commune omnium hominum <sup>35)</sup>) introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes instituta, exceptis quibusdam, quae a iure civili introductae sunt <sup>36</sup>).

Mit dieser entwickelten Form des ius gentium als eines Rechtes, das keiner positivrechtlichen Satzung bedarf, weil es überall spontan in annähernd gleicher Weise entstanden ist, sondern umgekehrt die Quelle und Norm des positiven Rechts bildet <sup>87</sup>), ist nun der transitus innoxius in besonderer Weise verbunden: er erinnert daran, daß auch die Eigentumsordnung, so einschneidend sie den hypothetischen Urzustand der Eigentumslosigkeit verändert hat, nicht absolut gesetzt, nicht losgelöst von der umgreifenden Geltung des ius humanae societatis betrachtet werden darf. Schon Cicero hatte dar-

<sup>82)</sup> Moreau-Reibel, a. a. O., S. 17.

<sup>38)</sup> Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna; vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat ... (De republica, III 22), das philosophische Vorbild von Augustins Begriff der lex aeterna, die gleichfalls als summa ratio und als lex qua iustum est ut omnia sint ordinatissima definiert wird (De libero arbitrio I 6).

<sup>34)</sup> So auch bei Augustin: Die Menschen sollen das, was zu ihrer Zeitlichkeit gehört, besitzen eo iure, quo pax et societas humana servatur (ibid. I 15).

<sup>85)</sup> Gaius, Institutiones I; Dig. I 1, 9.

<sup>36)</sup> Hermogenian, Dig. I 1,5.

<sup>37)</sup> Das wurde seit der Spätscholastik als ius naturae relativum oder ius gentium secundarium bezeichnet.

auf aufmerksam gemacht, daß es auch seit der Einführung des Privateigentums noch Gemeinsames gibt - ut communibus pro communibus utatur 38) das römische Sachenrecht hatte dem in der Lehre von den res communes entsprochen 89), die Erwähnung des commercium, des Rechts auf Verkehr von Land zu Land, in der Formel Hermogenians endlich ist ein deutlicher Hinweis auf die Pflichten des Grundstückseigentümers bzw. Gebietsherrn. Im übrigen aber besitzen wir aus der antiken Profanliteratur nur Beispiele einer Theorie des usus innoxius von Gewässern 40). Für den militärischen Durchzug ergibt sich aus den Quellen, die auf uns gekommen sind, keineswegs das juristisch klare Bild, das Augustin nach Anleitung der Lehre der späten Kaiserzeit voraussetzt. Der transitus war, wie die Neutralität überhaupt, eine wesentlich politische Frage; es kam bei ihrer Entscheidung hüben und drüben auf die richtige Einschätzung der eigenen Möglichkeiten und eine Abwägung der beiderseitigen Interessen an. Als feststehend darf betrachtet werden, daß die Römer bei ihrem erobernden Ausgreifen im Mittelmeerraum in der Praxis der griechischen Stadtstaaten und der kleinasiatischen Reiche wenn nicht ein Gewohnheitsrecht, so doch ein Herkommen vorfanden, wonach einem Kriegführenden normalerweise der Durchzug gestattet wurde, wenn der darum Nachsuchende bestimmte Garantien bot. Solche Fälle sind von Xenophon, Livius und Plutarch überliefert41). Ambivalent wie ihre Interessenlage gegenüber dieser Praxis ist auch die Theorie der Römer, über die uns namentlich Livius berichtet.

Als die Aetoler im Jahre 189 v. Chr. endlich von den Römern Friedensbedingungen erhielten, lauteten diese:

... imperium maiestatemque populi Romani gens Aetolorum conservato sine dolo malo; ne quem exercitum, qui adversus socios amicosque eorum ducetur, per fines suos transire sinito, neve ulla ope iuvato. hostes eosdem habeto quos

<sup>38)</sup> Oben zu Anm. 30.

<sup>39)</sup> Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Marcian, Dig. I 8, 2.

<sup>40)</sup> Ovid, Metam. VI 349; Virgil, Aen. VII 230, wozu der antike Kommentator Servius bemerkt: litus rogamus innocuum, cuius vindicatio nulli potest nocere. Vgl. auch Grotius, J. B. P. II 2 § 12: quo sensu res quaedam publicae iuris gentium dicuntur.

<sup>41)</sup> Die altgriechischen Termini waren δίοδος bzw. διάγειν oder παράγειν. Grotius hat für die beiden letzten von ihm besorgten Ausgaben eine Aristophanes-Stelle (Av. 188 sq.) ermittelt, aus der hervorgeht, daß die Praxis dem Volksbewußtsein geläufig war. Nov. 130: πάροδος οτρατιωτών.

populus Romanus, armaque in eos ferto, bellumque pariter gerito; perfugas fugitivos captivos reddito Romanis sociisque ... 42).

Legt man diese römischen Bedingungen, die alsbald zum Vertrag erhoben wurden, dahin aus, daß sie die Gewährung des Durchzugs als ein dem Neutralen normalerweise zustehendes Recht voraussetzen, das nur vertraglich, und zwar durch die Aufhebung der Neutralität selbst, beseitigt werden kann, so findet diese Auslegung eine Stütze in den Richtlinien, die in einem andern Fall für die Neutralen aufgestellt werden: Pacem, quod medios decet amicos optent: bello se non interponant 48).

Wenigstens kann daraus entnommen werden, daß die Römer sich vorbehielten, für ihre Truppen den Durchzug zu verlangen und seine Verweigerung als eine »Behinderung des Krieges«, somit nach ihrer Theorie als ein unneutrales Verhalten zu betrachten. Moralische Grundsätze, eine Bedachtnahme auf Gegenseitigkeit oder auf die Gerechtigkeit der Sache des Nachsuchenden sind bei dieser Konstruktion des Neutralitätsstatuts weit und breit nicht zu erblicken; der Ironie, mit der schon Cicero feststellte, daß jeder Krieg, den Rom für seine Machterweiterung führte, selbstverständlich ein Krieg zur Verteidigung von Bundesgenossen war 44), läßt sich nichts entgegenhalten.

Die Ungeniertheit, mit der die Römer in der republikanischen Zeit günstige Situationen ausnützten, ging so weit, daß sie über ihr angebliches Recht auf den Durchzug kein Wort verloren, sich jedoch die Plünderung, die dabei herkömmlicherweise ausgeschlossen war, noch besonders abkaufen ließen. So berichtet Livius, daß der Konsul Cn. Manlius auf seinem Zuge gegen die im Innern Kleinasiens niedergelassenen Gallier das Gebiet der Stadt Cibyra berührte, wo der als »Tyrann« bezeichnete Moagetes herrschte. Der Aufmarsch der Römer an seinen Grenzen veranlaßte diesen, Gesandte zu dem römischen Befehlshaber zu schicken

... nuntiantes paratum esse tyrannum imperata facere: orabant, ut pacatus fines iniret, cohiberetque a populatione agri militem; et in corona aurea quindecim talenta adferebant 45).

Moagetes mußte sich aber selbst ins römische Lager begeben, wo er den angebotenen Abstand für die Plünderung und Verwüstung auf fünfundzwanzig Talente steigerte; der Konsul nannte das eine ludificatio und impudentia<sup>46</sup>).

<sup>42)</sup> Livius, XXXVIII 11.

<sup>43)</sup> Ibid. XXXV 48; noch bei Grotius als eine aktuelle Regel der Neutralität zitiert.

<sup>44)</sup> Vgl. oben Anm. 18.45) *Ibid*. XXXVIII 14.

<sup>46)</sup> Quinque et viginti talenta tyrannidem tuam exhaurient? Quingenta (fünfhundert!) ergo talenta nisi triduo numeras, populationem in agris, obsidionem in urbe exspecta

Der aus solchen Episoden sprechende Zynismus im Verkehr mit gutwilligen Neutralen gehörte zu den rauhen Sitten, deren man sich in römischen Intellektuellenkreisen später schämte und deren Milderung zweifellos auf die engere Berührung mit der griechischen Kultur zurückzuführen ist. Der Protest gegen die Habgier der Führenden und die Disziplinlosigkeit der Untergebenen klingt noch deutlich aus dem Lob, das in der Kaiserzeit den Feldherren und Truppen wegen ihres gerechten, korrekten, schonenden Verhaltens beim Durchzug durch Freundesland gespendet wurde <sup>47</sup>). Erst damals trat neben das Wort transitus das Adjektiv innoxius als wesentliche Bestimmung dieses völkerrechtlichen Instituts <sup>48</sup>). Was aber dessen Verbindung mit der Idee und der Praxis des bellum iustum betrifft, so sind – wie es nach den bisherigen Forschungen scheint – keine Angaben erhalten, die über das hinausgehen, was durch den Zusammenhalt der Texte bei C i c e r o, G a i u s, H e r m o g e n i a n und A u g u s t i n erschlossen werden kann.

Für das europäische Abendland ist unter diesen Umständen seit dem Ausgang der Antike nicht so sehr deren wirkliche Haltung in der Frage des transitus innoxius als vielmehr die Konstruktion, die man nachträglich den wenigen überlieferten Texten gegeben hat, maßgebend geworden. Wir wissen, konkret gesprochen, beispielsweise nicht, ob ein römischer Jurist das sachenrechtliche Prinzip des innocuus usus litoris oder fluminis jemals ausdrücklich auf das Recht des Truppendurchzugs angewandt hat - denn das war immerhin der Übergang von der Exklusivität des naturrechtlichen Nichteigentums zur Nichtexklusivität des positivrechtlichen Eigentums aber wir wissen, daß der philosophische Kopf unter den Postglossatoren, Baldus ab Ubaldis, im 14. Jahrhundert die analoge Anwendung des Prinzips auf dem Boden der naturrechtlichen Lehre vom dominium vollzogen und damit allen Völkerrechtsautoren, die sich für das Thema interessierten, die römischrechtlichen dogmatischen Grundlagen geliefert hat 49). Wir finden das Wesentliche dieser Konstruktion noch am Ende des 17. Jahrhunderts als die verbindliche völkerrechtliche Norm anerkannt, wenngleich es nicht an Streitfragen über die Einzelheiten fehlte.

Und hier ist nun die merkwürdige Unstimmigkeit bei Grotius zu

<sup>(</sup>ibid.). Nur weil Moagetes hartnäckig behauptete, daß er so viel nicht habe, wurde die Summe auf hundert Talente herabgesetzt, doch mußte er dazu eine größere Menge Getreide liefern.

<sup>47)</sup> Vgl. auch die Zitate bei Grotius III 17 § 2, oben S. 434.

<sup>48)</sup> Auch innoxium iter, Tacitus, Hist. IV 20.

<sup>49)</sup> Vor allem in seinen Consilia III cons. 293: Naturaliter omnia itinera libera. Ebenso sein Bruder Angelus in der Lehre von den Servituten (Dig. VIII 3, 7) mit dem Hinzufügen: quod si damna inferant in transitu licet eis resisti ipsoque offendere (zitiert u. a. bei Pierino Belli, De re militari et bello, 1561, II 18, 10).

<sup>29</sup> ZaöRV Bd. 21/3

erwähnen, die noch von keinem der Kommentatoren beachtet worden ist: der gleiche Grotius, der das Recht auf den transitus innoxius gegenüber dem Neutralen nur unter der Voraussetzung des Notstands gelten läßt 50), gibt in einem anderen Zusammenhang, nämlich dort, wo er von den naturgegebenen Rechten spricht, deren Verletzung ein Grund zum gerechten Kriege sein kann, eine Theorie des transitus innoxius, die von jener Voraussetzung und Einschränkung nichts weiß! Hier stellt er zwei Sätze voran, die in ihrer Knappheit und Vollständigkeit die klassische Zusammenfassung der naturrechtlich unterbauten romanistischen Lehre genannt werden dürfen.

Sic 51) et terrae et flumina, et si qua pars maris in proprietatem populi alicuius venit, patere debet his qui transitu opus habent ad causas iustas; puta quia suis finibus expulsi quaerunt terras vacuas, aut quia commercium expetunt cum gente seposita, a u t e t i a m q u i a q u o d s u u m e s t i u s t o b el l o p e t u n t. Ratio hic eadem quae supra, quia dominium introduci potuit cum receptione talis usus qui prodest his, illis non nocet: ideoque dominii auctores id potius censendi sunt voluisse 52).

Die Bezugnahme auf das ciceronianisch-augustinische ius humanae societatis ist so deutlich wie möglich: immer wenn Grotius eine Vermutung über den ursprünglichen Sinn eines Rechtsinstituts aufstellt, meint er den von ihm eingeführten Begriff des ius gentium voluntarium, und dieses definiert er nicht nur als das Recht, das vim pacti inter gentes hat 53), sondern rechnet es auch zu den iura quae societatis humanae vinculum continent 54). Wie das Eigentum, wie die Staatsgewalt, wie die Verträge und wie der Krieg – der Zivil- und Strafprozeß derjenigen, die keinen gemeinsamen Richter haben – gehört auch der transitus, der aus einem gerechten Grunde verlangt wird, zu den Instituten des geschichtlich gewordenen Rechts, das alle Menschen verbindet, denn er macht, das sagt Grotius ausdrücklich, den Vorbehalt geltend, mit dem die Eigentumsordnung nach dem Willen ihrer Urheber behaftet ist: mein Eigentum schließt nicht den Gebrauch durch einen andern aus, wenn diesem der Gebrauch nützt und mir nicht schadet.

Grotius wirst an Hand antiker Beispiele die Frage auf, ob der den Durchzug Begehrende sozusagen mit der Tür ins Haus fallen dürfe, und entscheidet: die richtige Lösung liegt in der Mitte; der Durchzug muß zuerst verlangt werden und erst, wenn er verweigert wird, darf man ihn erzwingen 55).

<sup>50)</sup> Siehe oben S. 433 f.

<sup>51)</sup> Nämlich wie bei Gaius, Dig. I 8, 2; vgl. oben Anm. 39.

<sup>52)</sup> J. B. P. II 2 § 13 no. 1 (Sperrung hinzugefügt).

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup>) Ibid. 3, § 5. 54) Ibid. 8, § 26.

<sup>55)</sup> Postulandum prius transitum: sed si negetur vindicari posse (J.B. P. II 2 § 13 no. 3).

Wie steht es aber mit den Rechten und Interessen des Neutralen 56)? Er kann, sagt Grotius, nicht mit Erfolg geltend machen, daß er wegen der Zahl der Durchziehenden Bedenken habe. Mein Recht wird durch deine Bedenken nicht aufgehoben; um so weniger, als man ihnen durch geeignete Maßnahmen Rechnung tragen kann: Die Truppen können in kleinen Abteilungen und unbewaffnet marschieren, es können auf Kosten des Durchziehenden Sicherheitsposten aufgestellt, es können auch Geiseln gegeben werden. Auch die Furcht vor der Macht, gegen welche der Durchziehende einen gerechten Krieg führt, ist kein Grund, den Durchzug zu verweigern 57). Ebensowenig ist der Einwand zulässig, daß der Kriegführende durch irgend ein anderes Land marschieren könne; denn Entsprechendes könnte jeder andere auch sagen, so daß das ius transeundi auf diese Art überhaupt/ hinfällig würde. Es genügt, daß der Durchzug ohne böse Absicht dort verlangt wird, wo er am kürzesten und bequemsten ist 58). Wenn allerdings der den Durchzug Begehrende einen ungerechten Krieg führt, wenn er meine Feinde mit sich führt, kann ich ihm den Durchzug verweigern, denn ich dürste ihm auch auf seinem eigenen Gebiet entgegenziehen und den Marsch verhindern 59).

Damit ist die Kasuistik des transitus erschöpft 60), von welchem nicht einmal gesagt wird, daß er unschädlich, unbeschwerlich sein muß; der Text Augustins zu Num. XXI wird hier zwar unter den historischen Autoritäten erwähnt und das zweimalige Angebot des Moses betreffend die Schonung des Transitlandes mit dem Prädikat exemplum insigne versehen, aber nicht rechtlich ausgewertet. Wie Grotius über das Erfordernis der »Unschädlichkeit« denkt, ergibt sich beiläufig aus einem Satz über die Freiheit der Meere; Grotius ist in dieser Frage nicht so konsequent in der naturrechtlichen Dogmatik wie sein Gewährsmann Fernandus V as qui us und wie er selbst es in seinem Jugendwerk, dem De Iure Praedae Commentarius, war; er erkennt jetzt den Fall einer occupatio maris als prinzipiell möglich an, beugt

57) Sic etiam metus ab eo in quem iustum bellum movet is qui transit, ad negandum transitum non valet (*ibid*. no. 4).

<sup>56)</sup> Grotius erörtert nur den militärischen Durchzug im Kriegsfall, obwohl er in der Einführung andere Fälle – Aufsuchen neuer Wohnstätten und Expeditionen zur Anknüpfung von Handelsbeziehungen – genannt hat. Vgl. jedoch unten Ann. 60.

<sup>58)</sup> Satis est si sine dolo malo transitus postuletur, qua proximum ac commodissimum

<sup>59)</sup> Plane si iniustum moveat bellum qui transire vult, si hostes meos secum ducat, negare transitum potero: nam et in suo ipsius solo ei occurrere, atque iter impedire fas esset (ibid.).

<sup>60)</sup> Anschließend erörtert Grotius den Warentransit, den er vorbehaltlos bejaht unter dem für unsere ideengeschichtliche Betrachtung nicht uninteressanten Leitsatz: quominus gens quaeque cum quavis gente seposita commercium colat, impediendi nemini ius est: id enim permitti interest societatis humanae (ibid. no. 5).

448 Reibstein

aber sogleich den wesentlichen Folgen, die man aus dieser Konzession ziehen könnte vor:

Illud certum est etiam qui mare occupaverit navigationem impedire non posse inermem et innoxiam, quando nec per terram talis transitus prohiberi potest, qui et minus esse solet necessarius et magis noxius <sup>61</sup>).

Also: Das Durchzugsrecht zu Lande ist für Grotius ein zusätzliches Argument für die Freiheit der Meere, das auch dann durchschlägt, wenn die These von der rechtlichen Unmöglichkeit eines privaten oder staatlichen Eigentumserwerbes am Meer nicht anerkannt werden sollte; die völkerrechtliche Besitzergreifung, occupatio maris, wenn sie überhaupt denkbar ist, kann – argumentum a minori ad maius – nicht stärker wirken als die Gebietshoheit zu Lande, und diese pflegt – argumentum a maiori ad minus – mit Unannehmlichkeiten verbunden zu sein, die es zur See nicht geben kann. Wir dürfen daraus schließen, daß Grotius die Vermeidung solcher Unannehmlichkeiten zu Lande, also die Festlegung des Durchziehenden auf den transitus innoxius nicht zur Bedingung des Durchzugsrechts gemacht wissen will; das Recht soll durch diese Bedingung so wenig wie etwa durch die vorher genannten Bedenken und Einwände illusorisch gemacht werden können.

Nehmen wir das als Hauptregel der grotianischen Kasuistik (J. B. P. II 2 § 13) an, so bleibt immer noch das große Problem des bellum iustum in seiner Beziehung auf das Durchzugsrecht. Der moderne Betrachter fragt vor allem: Hat nicht Grotius die völkerrechtliche Erheblichkeit der alten moralphilosophischen Lehrtradition vom bellum iustum überwunden? Hat er nicht an deren Stelle den Begriff des bellum utrimque iustum, des einheitliche Rechtswirkungen entfaltenden regulären Kriegszustandes gesetzt? Wie ist es unter diesen Umständen zu verstehen, daß Grotius dem Neutralen das Recht zuerkennt, einem Belligerenten, der einen ungerechten Krieg führt, den Durchzug zu verweigern? Ist nicht gerade damit der Willkür und der Subjektivität, die Grotius so sorgfältig vom Recht des transitus ausschließen will, Tür und Tor geöffnet? Es erhebt sich in der Tat die Frage, ob das Recht des transitus bei Grotius auch in dieser Beziehung an einem inneren Widerspruch kranke. Man wird das verneinen müssen, sofern man sich an den historischen Grotius selbst hält, nicht an die Konsequenzen, die die nachklassische

allen Zeiten ein anerkanntes Recht geblieben. Über die moderne Problematik vgl. die Abhandlung von H. Meyer-Lindenberg, Seerechtliche Entwicklungstendenzen auf den Genfer Konferenzen von 1958 und 1960 (oben S. 38-80), namentlich S. 43 (Recht der Binnenstaaten auf freien Zugang zum Meer), S. 46 und 48 (Frage der Beeinträchtigung des Rechts auf friedliche Durchfahrt im Konventionsentwurf), S. 77 (friedliche Durchfahrt von Kriegsschiffen weder von einer Genehmigung des Küstenstaats noch von einer vorherigen Notifizierung abhängig).

Lehrentwicklung aus dem Ius Belli ac Pacis gezogen hat. Diese Lehrentwicklung gipfelte vor 1914 darin, daß es keinem Staate völkerrechtlich verboten sei, Krieg zu führen, und wurde durch die Resignation, mit welcher die verschiedenen Haager Abkommen von der Eventualität eines Krieges sprechen, gewissermaßen offiziell bestätigt 62). Bei Grotius und selbst bei Vattel ist es noch lange nicht an dem, daß die moralische Qualifikation eines Krieges unerheblich und deshalb jeder Krieg rechtlich zulässig sei 63). Die Theorie vom bellum utrimque iustum soll bei Grotius, wie schon erwähnt, die Frage nach dem gerechten Kriegsgrund nicht überflüssig machen, sondern ergänzen, nämlich dann, und nur dann, wenn in concreto Recht und Unrecht nicht zuverlässig ermittelt werden können; Grotius entwickelt sie daher am Schluß des Kapitels, in welchem er von der Behandlung »zweifelhafter Fälle« bzw. Kriegsgründe spricht, und nicht ohne zu betonen, daß objektiv das Recht immer nur auf einer Seite sein könne und daß, wenn man bei zweifelhafter Rechtslage von einem beiderseits gerechten Krieg spreche, das Wort »gerecht« sich nur auf die Formen und die Wirkungen beziehe 64). Für Grotius ist die damit umschriebene Eventualität des non liquet ein Grenzfall seiner im Zweiten Buch des Ius Belli ac Pacis in allen Einzelheiten ausgearbeiteten Theorie der »Kriegsgründe« (de belli causis) und nicht dazu bestimmt, diese nachträglich zu entkräften. Diese Kriegsgründe, d. h. die Rechte der Menschen und Völker, deren Verletzung einen gerechten Grund zum gewaltsamen Vorgehen gegen den Rechtsbrecher gibt, sind ebensoviele Sachverhalte des ius societatis humanae, und Grotius läßt sich keine Gelegenheit entgehen, um zu betonen, daß Rechtsverletzungen dieser Art nicht nur von dem Verletzten, sondern, weil es Vergehen gegen die Menschheit überhaupt sind, von jedermann, namentlich von jeder Staatsgewalt geahndet werden dürfen 65). Im Dienst dieser répression universelle steht

62) Vgl. Hans Wehberg, Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts. 1953, S. 26–28 und die dort genannten neueren Autoren.

<sup>68)</sup> Eine Auffassung, die jetzt wieder als abgetan gilt. "Die Einteilung der Kriege in gerechte und ungerechte ist der älteren völkerrechtlichen Literatur geläufig und besonders aus deren engem Zusammenhang mit naturrechtlichen Lehren zu erklären. Im Weltkrieg hat diese Unterscheidung erneute Bedeutung erhalten ... Der Gedanke, daß möglicherweise die eine Partei das Recht, die andere das Unrecht verkörpert, hat im Völkerbundspakt Ausdruck gefunden". E. v. Waldkirch, Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellt. Basel 1926. S. 338.

<sup>64)</sup> Unter Hinweis auf den Begriff des bellum publicum solenne, der III 3 entwickelt wird; siehe oben Anm. 6.

<sup>65)</sup> Coërceri posse nomine humanae societatis (J.B.P. II 20 § 46 no. 4); an und für sich hat jeder Staat darüber zu entscheiden, ob er ein Vergehen bestrafen oder ignorieren will, anders aber verhält es sich in delictis quae ad societatem humanam aliquomodo pertinent, quae persequi ita civitatibus aliis earumve rectoribus ius est, quomodo in civitatibus singulis de quibusdam delictis actio datur popularis (II 21 § 3 no. 1); humani

nun auch die Handhabung des transitus: die an und für sich bestehende Pflicht des Neutralen, den Durchzug zu gewähren, tritt zurück hinter seinem Recht, ein Vergehen gegen die Menschheit zu verhindern. Der Neutrale dürste demjenigen, der einen in so klarer Weise das ius humanae societatis verletzenden Krieg unternimmt, auf fremdem Boden entgegentreten; er darf es erst recht in seinem eigenen Land. Aber - und das will auch beachtet sein - er muß es nicht! So wenig wie jemand zur Wahrnehmung seiner eigenen Rechte und Interessen gezwungen werden kann, ist er rechtlich verpflichtet, sich in einen Streit über fremde Angelegenheiten einzumischen, auch wenn dabei noch so wichtige Allgemeininteressen auf dem Spiele stehen. Die Gewährung des Durchzugs kann also von dem andern Kriegführenden in keinem Fall als rechtswidriger Akt betrachtet werden. Die nahe liegende Frage, ob der andere Kriegführende das Recht habe, seinen Gegner bereits auf dem neutralen Gebiet zu stellen und dieses dadurch zum Kriegsschauplatz zu machen, scheint mit dem Gesagten für Grotius erledigt zu sein: neutrales Gebiet darf nur zum Zwecke des Durchzugs betreten werden, denn nur dieser kann nach dem ius humanae societatis gefordert werden; ein militärisches Eindringen zu einem andern Zweck ist eine Invasion ohne gerechten Grund und gibt dem Neutralen das Recht zur Gegenwehr. Wir haben gesehen, daß Grotius die Möglichkeit solcher Verwicklungen nicht als Grund zur Verweigerung des Durchzugs gelten läßt; dieser Grund kann nur in Verbindung mit dem Argument der ungerechten Sache geltend gemacht werden 66).

Die »traditionelle bourgeoise Auffassung der Neutralität«, die die »Lage eines nicht am Kriege teilnehmenden Staates ohne Rücksicht auf den Charakter dieses Krieges bestimmt« <sup>67</sup>) ist, wie man sieht, noch nicht diejenige des Grotius im Zweiten Buche seines Ius Belli ac Pacis <sup>68</sup>). Für ihn, wie für seine Vorgänger, ist es selbstverständlich, daß die pflichtgemäße Hilfeleistung für Freunde und Verbündete ein gerechter Kriegsgrund ist <sup>69</sup>), der zum Durchzug durch neutrales Gebiet berechtigt. Für alle diese klassischen Autoren der Völkerrechtswissenschaft war die Neutralität als solche mit die-

generis ... negotium gerere quivis populus aut populi rector potest (II 21 § 5 no. 5); libertas humanae societati per poenas consulendi ... penes summas potestates resedit, non proprie qua aliis imperant, sed qua nemini parente (II 20 § 40); peccata gravia et naturam aut societatem humanam impugnantia (II 22 § 10 no. 2).

<sup>66)</sup> Siehe oben Anm. 57. 67) Vgl. oben Anm. 4.

<sup>68)</sup> Erst recht nicht der älteren Autoren, die in der Diskussion des 17. und 18. Jh. als Autoritäten zitiert zu werden pflegten: Vitoria (relect. de Indis p. 2), Alphonsus a Castro (De iust. haer. pun. II 14), Covarruvias (in c. peccatum p. 2 § 9 no. 4); Molina (tract. 2 disp. 104 no. 7).

ser Rücksicht auf die moralische Qualifikation des jeweiligen Krieges sehr wohl vereinbar. Das Recht jedes Landes, sich beim Ausbruch eines Krieges zum »Stillesitzen« zu entscheiden, d. h. die freundschaftlichen Beziehungen zu beiden Kriegsparteien fortzusetzen, war auch damals unangefochten, aber die Modalitäten seiner Handhabung standen damals so wenig in seinem alleinigen Belieben wie heute, wenn es nicht der unneutralen Haltung, der Verletzung der beiderseitigen Freundespflichten geziehen werden wollte; eine solche Verletzung war aber nach damaliger Auffassung das bello se interponere, das Stören oder Verhindern von Kriegshandlungen, die dem Opfer eines ungerechten Krieges nützen sollten. Es war also prinzipiell gegen die präzise Fassung, die Grotius der alten Lehre gegeben hatte, nichts einzuwenden, aber da das Neutralbleiben überhaupt auf einem politischen Entschluß beruhte, lag eine politisch-opportunistische Betrachtungsweise der Neutralitätshandhabung nahe genug. Es war charakteristisch für das Abklingen der humanistischen Epoche der Völkerrechtslehre, daß das ius humanae societatis der ciceronianisch-augustinischen Tradition allmählich nicht mehr verstanden und in seiner historischen und dogmatischen Bedeutung als primum principium iuris naturae et gentium, nach dem man eifrig suchte, nicht mehr gewürdigt wurde. Einer der ersten deutschen Grotius-Kommentatoren, der Helmstedter Professor und anhaltische Rat Johannes v. Felden, der jenes primum principium in der aristotelischen Philosophie und mit den Methoden der mathematischen Beweisführung finden wollte, kam vom Begriff der societas perfecta her zur Ablehnung der stoischaugustinisch-spätscholastisch-grotianischen Vorstellung von der societas humana als einer rechtsetzenden natürlichen Gemeinschaft und damit auch zur Ablehnung der Solidaritätspflicht des transitus 70). Der Souveränitätsbegriff des selbstbewußt gewordenen Absolutismus machte sich auch ganz unmittelbar geltend 71). Nicht mit Argumenten dieser Art und nicht prinzipiell, aber doch mit Bedenken politisch-opportunistischer Art, die die

<sup>70)</sup> Annotata ad Grotium, Amsterdam 1653, neue, die Polemik gegen Grotius' ehemaligen Sekretär Theodor Graswinckel enthaltende Auflage, Jena 1663. Übrigens eine merkwürdige theologisch-philosophische Frontbildung: die Lutheraner sind Anhänger der Metaphysik des Jesuiten Suarez und berufen sich demgemäß auf Aristoteles gegen die Autorität Augustins, die die Reformatoren nicht nur unangetastet gelassen, sondern noch über das mittelalterliche Maß gesteigert hatten.

<sup>71)</sup> So bei Johann Wolfgang Textor, der das "Hausrecht" des Fürsten geachtet wissen will: Reges et potestates non minus ius habent, in regnis et provinciis suis prohibendi exteros a transitu quam habent privati in agris suis, sed privati possunt, sine dubio ingressuros prohibere ab agris, nec hoc nomine fit ulla iniuria, ut constat, ergo id quoque poterunt reges et potestates prohibendo ingressuros a finibus imperii (Synopsis Iuris gentium. Basel 1680, XVII 34), unter Berufung auf Molina (tract. 2 disp. 105 no. 2), der zwar nicht bezüglich des militärischen Durchzugs, aber in einem analogen Fall in dieser Weise gegen Vitoria Stellung nehme.

452 Reibstein

ganze Tradition in Frage stellen, wendet sich Pufendorf gegen die Lehre des Grotius. Die meisten seiner Einwendungen könnten im 19. oder dem beginnenden 20. Jahrhundert formuliert worden sein; in ihrer Epoche sind sie Episode geblieben; wie denn überhaupt noch zu zeigen sein wird, daß der Bruch mit der Tradition im Bereich der Lehre erst eintrat, als er längst von der Praxis her erfolgt war. Dieser Praxis hat Pufendorf nicht etwa die Stichworte geliefert, sondern er ist sichtlich von ihren schon damals, mindestens seit der Mitte des Dreißigjährigen Krieges erkennbaren Tendenzen beeinflußt, wenn er sich die Aufgabe stellt, den Leitsatz des Grotius (J. B. P. II 2 § 13) 72) »wegen der Bedeutung der Materie genauer und eingehender zu prüfen« 73).

Pufendorf erkennt das ius humanae societatis auch in dieser Materie an; er will davon ausgehen,

que, par les Lois de l'Humanité, chacun est tenu de laisser à autrui un usage innocent de son bien; de sorte que ceux à qui on le refuse, dans une nécessité pressante, sans aucune raison valable, ou sous prétexte d'une défiance mal fondée, peuvent alors avoir recours à la force, et prendre d'eux-mêmes ce qu'on ne veut pas leur accorder de bonne grâce. Il ne faut pourtant en venir là qu'après avoir honnêtement demandé passage, en sorte qu'il paraisse qu'on nous le refuse par pure inhumanité 74).

Ohne auf die Unstimmigkeiten bzw. Doppelspurigkeit bei Grotius aufmerksam zu werden, verwendet somit Pufendorf das Notstandsrecht, das der Tradition bis auf Grotius ganz fremd war, um diese Tradition restriktiv zu interpretieren. Pufendorf hegt den Verdacht, daß die weitergehende Theorie auf der Vorstellung von einem göttlichen Weltplan im Sinne des Urkommunismus beruhe, und wendet sich wie immer mit großer Schärfe gegen solche Reste theologischen Denkens in der Naturrechtslehre:

... que les grands Chemins appartiennent en commun au Genre Humain, et non pas à ceux dont ils traversent les terres; comme si, dès le commencement du monde, Dieu lui-même avait tracé et destiné à l'usage de tous les Hommes en général, ce nombre infini de routes fréquentées qui entrecoupent la surface du Globe Terrestre. Cette imagination est trop ridicule pour mériter d'être réfutée.

Pufendorf läßt, wie man weiß, den hypothetischen Urzustand nur als communio negativa, als Zustand des fehlenden (privaten und kollektiven)

<sup>72)</sup> Vgl. oben zu Anm. 52.

<sup>73)</sup> Pufendorf, Ius Naturae et Gentium III 3 § 5, wir stützen uns im folgenden auf die Barbeyrac'sche Übersetzung des lateinischen Textes, in der Pufendorfs Rechtsund Staatslehre für das 18. Jh. wirksam geworden ist.

<sup>74)</sup> Nach Barbeyrac, op. cit., Amsterdam 2nde éd. 1712, tome 1er, p. 326.

Eigentums gelten; es ist der Zustand vor allen facta et pacta humana und dazu bestimmt, durch sie modifiziert zu werden. Er hat die Neigung, ein ius perfectum, einen erzwingbaren Anspruch, nur dort anzunehmen, wo ein solches pactum vorliegt 75), und rät auch im vorliegenden Fall zu einer vertraglichen Regelung.

Mais il y en a d'autres 76), qui soutiennent que l'on n'est point tenu, par le Droit Naturel tout seul, et sans une convention ou une concession particulière qui ait précédé, d'accorder le passage à une Armée étrangère, surtout si elle marche contre quelqu'un de nos Voisins. Et il faut avouer qu'on ne manque pas de raisons très plausibles pour appuyer ce sentiment. Certainement il semble qu'on doive cette honnêteté à un Voisin, surtout lorsqu'il est en bonne intelligence avec nous, ou qu'on lui a quelque obligation, de ne point laisser passer par nos terres un Ennemi, qui veut l'aller attaquer; du moins tant qu'on peut empêcher cela sans s'attirer à soi-même quelque grand malheur. Aussi voyons-nous que, dans les Traités d'Alliance, il y a ordinairement une clause expresse, par laquelle chacun des Alliés s'engage à ne point donner passage aux Ennemis de l'autre.

Man darf diese Anregungen Pufendorfs nicht ex post facto interpretieren; sie sind nur ein behutsames Zurechtrücken der grotianischen These von der Unbedingtheit des Durchzugsrechts. Pufendorf will dem Neutralen einen Anspruch auf vorherige vertragliche Regelung der Modalitäten geben, und er will außerdem bestehende freundschaftliche Beziehungen und Bündnisverträge zwischen dem Neutralen und dem andern, dem vom Durchzug bedrohten Kriegführenden, respektiert wissen. Diese Kriterien hält Pufendorf für brauchbarer als die Theorie vom gerechten Krieg. Was er über jene sagt, muß also opportunistisch verstanden werden: statt dem Neutralen ein Ablehnungsrecht wegen der ungerechten Sache des transitus-Begehrenden zu geben – wie es die Tradition bis und mit Grotius tut – ist es zweckmäßiger, dem Neutralen zuzubilligen, daß seine eigene Situation und dabei auch sein Verhältnis zu dem andern Kriegführenden berücksichtigt werden muß.

En vain distingue-t-on ici entre Guerre juste et Guerre injuste, prétendant que la dernière donne droit de refuser le passage, au lieu que la première met dans une obligation indispensable de l'accorder. Cette distinction ne lève point la difficulté: car outre qu'il n'est pas toujours facile de décider si une Guerre est juste, ou injuste, il y a de la témérité à vouloir se rendre, pour ainsi dire, l'arbitre de deux Ennemis, qui ont les armes à la main, et à se mêler de leur différend (Sperrung hinzugefügt).

<sup>75)</sup> Vgl. schon Elementa Iurisprudentiae Universalis: iniuriam non fieri, nisi cum quo pactum intercessit (I 17 § 7).

Das zuletzt gebrauchte Argument ist neu gegenüber der grotianischen Lehre und paßt nicht zu deren ethischer Haltung; es ist außerdem ein Scheinargument gegen den Rechtsgedanken, denn der Neutrale, der über die Gewährung des Durchzugs zu entscheiden hat, befindet sich auf alle Fälle in einer Schiedsrichterrolle zwischen den beiden Parteien; die Verweigerung des Durchzugs aus Gründen der Freundschaft oder Bundesverwandtschaft mit dem Bedrohten ist genau so gut eine Stellungnahme pro et contra wie die Verweigerung aus moralisch-juristischen Gründen. Eine Entscheidung der letztgenannten Art will offenbar auch Pufendorf nicht ausschließen, sofern sie »leicht zu treffen« ist, also seitens des einen der Kriegführenden eine klare Rechtsverletzung vorliegt, die einen genügenden Anlaß zu der Reaktion darstellt<sup>77</sup>). Daß Pufendorf nicht die Absicht hatte, das überlieferte Recht der Neutralität auf neue Grundlagen zu stellen, ergibt sich auch daraus, daß er unter Hinweis auf Grotius von einer besonderen Darstellung dieser Materie absieht<sup>78</sup>).

Freilich liegt es nahe genug anzunehmen, daß er dem Neutralen, wo immer möglich, in seiner quasi-kontraktuellen Stellung zu den Kriegführenden die gleichen Vorbehalte einräumt wie jedem, der sich durch einen völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet hat: die clausula rebus sic stantibus und die rationes proprii regni, die auch kombiniert als mutatae rationes auftreten können 79). Die opportunistischen Argumente, die Pufendorf in die-

78) Ibid. § 7, mit der Anmerkung Barbeyracs, den wir allerdings nach dem Bisherigen korrigieren müssen, wenn er sagt, die Neutralität sei eine Materie «dont

notre Auteur ne parle nulle part».

<sup>77)</sup> Toute Guerre juste se fait, ou pour nous conserver et nous défendre contre les insultes de ceux qui tâchent ou de nous faire du mal en notre personne, ou de nous enlever et de détruire ce qui nous appartient; ou pour contraindre les autres à nous rendre ce qu'ils nous doivent en vertu d'un droit parfait que l'on a de l'exiger d'eux; ou enfin pour obtenir réparation du dommage qu'ils nous ont injustement causé, et pour leur faire donner des sûretés, à l'abri desquelles on n'ait rien à craindre désormais de leur part ... Mais la justice des causes de la Guerre, surtout en matière de Guerres Offensives, doit être claire et manifeste, en sorte qu'il n'y ait point de doute, ni à l'égard du fait ... ni à l'égard du droit ... (J. N. G. VIII 6 §§ 3 f.).

<sup>79)</sup> J. N. G. VIII 9 § 5: tous les Traités, par lesquels un Prince s'engage à assister des Etrangers, renferment cette exception tacite, autant qu'il pourra le faire commodément sans préjudice des intérêts de son propre Royaume... Comme donc tout Prince est dans une Obligation indispensable de procurer l'avantage de ses Sujets, préférablement à celui de quelque autre que ce soit: les Conventions qu'il fait avec des Etrangers, ne sont plus d'aucune force du moment qu'elles paraissent manifestement contraires à l'intérêt de ses Peuples. D'ailleurs toute Alliance se fait pour le bien commun des Alliés; de sorte que celui qui reçoit quelque dommage du s'en prendre qu'à lui-même, puisqu'il devait avoir examiné avec plus de soin quels étaient les intérêts de son Allié, qui, par leur changement, font expirer l'Alliance (Hervorhebung von Pufendorf).

ser Richtung gegen die Gewährung des transitus vorbringt, wollen als Anregungen verstanden sein, mit denen der Bereich des geltenden Rechts bewußt verlassen wird: der Autor gibt zu, daß der Gegner des Durchmarschierenden nach der herrschenden Lehre kein Präventionsrecht hat, stellt dieses aber zur Diskussion, wobei er anerkennen muß, daß die prinzipielle Verweigerung jedes Durchzugs, zu der man sich angesichts der möglichen Komplikationen entschließen könnte, unter gewissen Umständen solche Komplikationen nur um so sicherer heraufbeschwört. Er sagt im Anschluß an den Satz über die unerwünschte Schiedsrichterrolle des Neutralen:

Ajoutez à céla, qu'en donnant passage on court risque de faire son propre Pays le théâtre de la Guerre. En effet, pendant que celui, à qui l'on permet de passer, est encore sur nos terres l'autre ne peut-il pas lui venir au devant, et l'empêcher d'aller plus loin? Je ne vois pas même qu'on ait lieu de s'en formaliser; car rien ne l'oblige à laisser pénétrer l'Ennemi dans son Pays, pour décharger le nôtre d'une Armée étrangère que nous avons bien voulu y laisser entrer. Le plus sûr est donc de refuser et d'empêcher même le passage; lors du moins qu'on peut le faire sans s'incommoder beaucoup. Que si l'on n'est pas assez fort pour s'opposer à la violence de celui qui veut passer à quelque prix que ce soit, ou que par là on s'attire infailliblement sur les bras une fâcheuse Guerre, alors la nécessité, où l'on se trouve, nous fournit suffisamment de quoi nous justifier auprès de notre Voisin, chez qui la Guerre va être portée au travers de nos Etats 80).

Pufendorf ist demnach mit Grotius darin einig, daß die Gestattung des Durchzugs kein unneutrales Verhalten ist; der Neutrale ist in keinem Fall verpflichtet, sich gegen den den Durchzug Begehrenden zur Wehr zu setzen 81). In Pufendorfs letzter Hypothese reduziert sich die Haltung zum transitus auf elementare Fragen der staatlichen Selbsterhaltung, und diese Fragen liegen, seitdem die Idee der Staatsraison sich ihrer angenommen hat und mit ihnen operiert, außerhalb des eigentlichen Bereichs der völkerrecht-

<sup>80)</sup> J. N. G. III 3 § 5; Barbeyrac, p. 327 f.
81) Ebenso J. W. Textor, der ausdrücklich sagt, daß ein präventives Vorgehen des andern Kriegführenden eine Neutralitätsverletzung wäre: De transitu partium per loca neutralia ... idem ius, quod sc. transitus alterius partis copiarum citra praeiudicium neutralitatis permitti queat; sed in eo tamen insignis diversitas occurit (nämlich im Vergleich zur Störung der Handelsbeziehungen), quod parti, quae se inde laesam putat, non liceat eiusmodi loca ad prohibendum transitum vi et armis occupare salva neutralitate, nec praetextu alicuius commodi bellici, secus ac diximus de ablatione rerum ad hostes missarum, et omnium minime, si inde pendeat mediorum vel neutralium publica securitas. Ratio diversitatis obscura non est: quae praesidiis tenentur Regis vel Principis aut Reip. neutralis, nec transitura sunt in potestatem alterius partis, ea vero occupare hostile est adeoque impermissum, et neutralitatis contrarium (Synopsis Iuris Gentium XXVI 35-37). Textor unterscheidet also deutlich zwischen Gestattung des Durchzugs und Einräumung einer Operationsbasis.

lichen Lehrmeinungen. Deshalb kann Pufendorf für den Fall, daß unter solchen Auspizien mit den Nachbarn diskutiert werden muß, nur eine gute Diplomatie empfehlen, die die eigene bedrängte Lage wirkungsvoll zu schildern weiß <sup>82</sup>).

Als Pufendorf und Textor die Materie von hoher völkerrechtlich-diplomatischer Warte behandelten, entstand in Deutschland eine mehr praktisch orientierte Spezialliteratur, die auch die umfangreichen positivrechtlichen Quellen: Verträge, Reichsabschiede, Kapitulationen, Reglemente u. a. berücksichtigte 83). Die den Pleonasmus liebende Kanzleisprache der Zeit unterschied beim »Paß und Durchzug verstatten« zwischen dem »nothwendigen unschädlichen Paß« – iustus, innocens et innoxius, qualis regulariter omnis esse deberet – und den »eigennützigen gewaltthätigen unordentlichen Durchzügen« – violentus, noxius legibusque publicis contrarius; man findet als Grundsatz anerkannt:

Wegen Verweigerung eines nothwendigen unschädlichen Passes auf angebotene caution mag mann wohl die waffen zur Hand nehmen und den Paß per force suchen 84).

Das Wort »nothwendig« war hier eine Stilklausel, mit der an die traditionelle Lehre vom gerechten Krieg – bellum iustis necessariisque causis susceptum – erinnert, keineswegs etwa eine Notstandstheorie eingeführt werden sollte. Darüber war kein ernsthafter Streit möglich, solange der Westfälische Friede in voller Geltung stand, denn dieser bestimmte (in zeitgenössischer Übersetzung):

So oft einer Kriegs-Völcker / aus was Ursachen oder Zeit es seyn möge / durch frembde Herrschafft oder Gebiete führen wolte / so soll solcher Durchzug auff des Durchführenden Unkosten geschehen / und ohne Schaden oder Verletzung deren, durch welcher Gebiete sie geführet werden. Und letztlich

<sup>82)</sup> Die gleiche Aufgabe stellt Textor der Diplomatie, wenn das Selbsterhaltungsinteresse ein Heraustreten aus der ursprünglich beschlossenen Neutralität nahelegt: neutralitätis dissolutionis... causa iusta erit mutata rerum facies, certe enim in publicis
huiusmodi conventionibus, oportet saepe consilia ex rebus capere, nec fas est consensum
anteriorem ita intelligi, ut contra mentem praesumptam tendat ad huius vel illius partis
perniciem vel insigne detrimentum (ibid. 44).

<sup>88)</sup> Grundlegend: Ahasver Fritsch, Tractatus de Transitu militari secundum iura Gentium, Romanorum leges, et Imperii Germanici Constitutiones sine noxa instituendo (Von Durchzügen der Kriegs-Völcker), Jena 1674; eine unter Leitung von Samuel Stryk publizierte Abhandlung: Ernestus Schmettau, De Transitu militum, Frankfurt a. O. 1675, will Fritsch ergänzen; zu erwähnen ist auch Christian Ludwig, Dissertatio politica de Transitu copiarum per territorium nostrum, Leipzig 1693.

<sup>84)</sup> Fritsch, a.a.O., unter Berufung auf Num. 21 Deut. 2, 20, I Maccab. 5, 46 in der Interpretation durch Theodor Reinking, Biblische Policey und mit dem Hinweis auf die Bedenken bei Joh. Gerhard, Loc. de Magistr. Polit, § 411, Osiander und Pufendorf.

beobachtet werden, was des gemeinen Friedens Erhaltung halber die Reichs Constitutiones beschirmen und ordnen 85).

Für die Monographien waren unter diesen Umständen die militärischadministrativen Fragen, die diesseits der völkerrechtlichen Problematik

– citra neutralitatis praeiudicium – lagen, der Hauptgegenstand, und seine
Darstellung komplizierte sich durch den engen Zusammenhang mit dem
damaligen Söldnerwesen, zu dessen Sitten und Unsitten die Autoren sich
de lege lata oder de lege ferenda zu äußern hatten: die Marsch- und Rastgewohnheiten, die Vorsorge für Quartier und Verpflegung, die Modalitäten
der Entlohnung und – last not least – der Entlassung der Truppen wollten
in ihrer konkreten Gestaltung unter dem Gesichtspunkt der »Beschwerlichkeit der Durch-Züge«, nämlich des »beschwerlichen Verhaltens der Keyserlichen oder Reichs-Völcker in dero Marchiren« 86) berücksichtigt sein. Die
R e u t e r b e s t a 11 u n g von 1570 mußte bereits gegen Ausschreitungen
Front machen:

Sie sollen auch alle und jede unsere und des Reichs Unterthanen und Verwandten / wer sie seyn / niemand aussgenommen / im An- oder Abzug und sonsten in den Durchzügen und Lägern nicht beschweren / schätzen / plündern in keinerley Wege beschädigen <sup>87</sup>).

Item da nicht alle Wege das Gelt oder Bezahlung so ordentlich vorhanden / so sollen sie nichtsdestoweniger umb dasjenige so ihnen der Wirth giebet ehrbare gutte Rechenschaft zuhalten / Zettel und Bekündtnuss von sich zugeben / und ihnen solches hernach an ihrer Besoldung abziehen zulassen schuldig seyn 88).

Nicht anders, nur ausführlicher, hieß es ein Jahrhundert später, die durchziehenden Truppen sollten ihren Unterhalt beschränken auf die notwendigsten

Victualien an Fleisch / Brod / Wein / Bier / Haber / Heu . . . Nothdürfftige Lebens-Mittel. An Orth und Enden aber wo der Wein nicht zubekommen / der gemeine Mann 89) zuverschaffung desselben nicht angestrenget werden / son-

<sup>85)</sup> Quoties autem milites quavis occasione, aut quocunque tempore, per aliorum territoria aut fines aliquis ducere velit, transitus huiusmodi instituatur eius, ad quem transeuntes milites pertinent, sumptu, atque adeo sine maleficio, damno et noxa eorum, quorum per territoria ducuntur: ac denique omnia observentur, quae de conservatione Pacis publicae Imperii constitutiones decernunt et ordinant (Instr. Pac. Osnabr. XVIII 9; Monast. 118).

<sup>86)</sup> So und ähnlich die Titel offizieller Dokumente aus den 1650er bis 70er Jahren, sofern nicht von »Bestraffung der Soldaten Delictorum bey denen Durchzügen und in denen Quartiren« oder von »verbotener Werbung« gesprochen werden mußte. Vgl. die erneuerte Reichsexecutionsordnung von 1654 cap. V, wo an die zahlreichen auf den Durchzug bezüglichen Bestimmungen der Reichsabschiede seit 1555 erinnert wird.

<sup>87) § 90,</sup> Text bei Schmettau, a. a. O., S. 67.

<sup>88)</sup> Ibid. § 93.

<sup>89)</sup> D. h. die Zivilbevölkerung.

dern der Officirer so wol als der Soldat sich mit jedes Orths befindlichen Getränke genügen lassen.

So auch Klage käme / so sollen die Rittmeister den armen Leuten an Geld Erstattung thuit / und solches den jenigen so es gethan / an ihrer Besoldung abziehen. Wird etwas entwender / so ist es zu erstatten und die Thäter für Recht gestellet / und als für Rauber gestraffet werden 90).

Das waren allerdings Vorschriften, die sich auf das Verhalten der Truppen der Reichssfände innerhalb des Reichs bezogen, aber man verliert in der zeitgenössischen Literatur kein Wort darüber, daß sie Rechtsgedanken aussprechen, die auch, und erst recht, für Truppen »fremder Potentaten« zu gelten hatten. Hielten diese sich nicht daran, so war es eben ein »beschwerlicher Durchzug«, der nicht gestattet werden mußte, ja nach dem Reichsabschied von 1559 so wenig gestattet werden durfte wie die Truppenwerbung:

... daß keinem Frembden Potentaten einiger Musterplatz oder seines Kriegs-Volcks beschwerliche Durchzuge zu verstatten.

Unter solchen Gesichtspunkten wurde auch die Churbrandenburgische Marchordnung von 1672 als die modernste Ordnung dieser Art zitiert. Sie machte den Truppenführern im Falle von Unregelmäßigkeiten oder Ausschreitungen zur Pflicht, daß sie

oder jedes Orts Obrigkeit nachtrachten / und die Täther in Hafft und gebührliche Straffe zubringen suchen sollen 91).

Sache der Ortsbehörden ist es,

... daß an den Orten welche vom March berührt werden / die Nothdurfft an Victualien, Futter und Getreyd geschaffet werde.

Die auf dem Durchzug befindlichen Truppen sollen

... allenthalben umb ihr Geld zehren / oder es sol von der Obrigkeit jedes Orts liquidation auffgenommen / und ihnen anstatt baaren Geldes abgezogen werden <sup>92</sup>).

Die Reichsgesetzgebung sah auch die Stellung von Geiseln und Pfändern im Verhältnis der Reichsstände zu einander vor, damit die korrekte Abwicklung der Truppendurchzüge gewährleistet sei. Schon der Reichstagsabschied von 1582, dem sich das Edictum von 1664 anschloß, wollte, der Durchziehende solle

92) Ibid. art. 8.

<sup>90)</sup> Edict. Imper. a. 1664. 91) Churbrandenburgische Marchordnung Art. 1 (Text bei Hoyer, Corpus iuris militaris).

genugsam Geißel darstellen / und solche zur Caution und Versicherung zurücke lassen / so lange und viel / bis nicht allein alle Völcker außer Landes geführet / sondern auch den Ständen so wol umb die hergegebene Lebens-Mittel und Futterung die vollständige Bezahlung geleistet / als umb ein und andere denselben zugefügten Schaden und verübte Exces, es sey mit Abnahme des Geldes / oder auf was Weise es wolle / alle billige und würckliche satisfaction gegeben werden.

Darüber sollen desselben Krayß-Obersten zu und nachgeordnete summarie zu erkennen / zuermäßigen / und dasselbige so wol gegen den Principal als dessen Bürgen / auch derselben Haab und Güter unverzüglich zu exequiren / und die Obrigkeit darunter die verpfändete Güter gelegen umb schleunige Execution zuthun zu ersuchen haben 98).

Wer die Praxis des eigentlich völkerrechtlichen Verkehrs in der Frage des transitus innoxius näher studieren möchte, findet die Vorschriften, die als notwendig und angemessen betrachtet wurden, besonders sorgfältig verzeichnet und gewissermaßen kodifiziert in den Verträgen, welche die Eidgenossen im 17. und die Bündner noch im 18. Jahrhundert mit Mailand, d. h. mit dem König von Spanien abgeschlossen haben 94).

Man darf indessen nicht übersehen, daß auch hier Sonderfälle vorliegen, nämlich Bündnisse, von deren Bestehen die Gestattung des Durchzugs abhängig gemacht ist. Noch offenkundiger wurde die politische Verfügbarkeit, der das transitus-Prinzip unterstellt wurde, in den Verträgen aus der Zeit Ludwigs XIV. Die verschiedenen Konventionen, die Frankreich 1651, 1654 und 1657 mit deutschen Fürsten abschloß und mit denen der »Erste Rheinbund« von 1658 vorbereitet wurde, richteten sich vor allem gegen Truppendurchzüge nach Westen und bewaffnete Requisitionen. In dem zu Mainz geschlossenen Bund vom 15. August 1658 war der transitus violentus unter den Bündnisfällen genannt, die den König von Frankreich verpflichteten, seinen deutschen Kontrahenten, insgesamt oder einzeln, Zuzug mit Fußvolk, Reitern und Geschütz zu leisten. Dem entsprach die Verpflichtung der mit Frankreich verbündeten Kurfürsten und Fürsten, den Durchzug von Truppen, die in den Niederlanden oder anderswo gegen Frankreich verwendet werden sollten, zu verhindern, aber auch Winterlager sowie Lieferung von Kriegsmaterial und Proviant für »solche, die gegen den Frieden verstoßen« zu verbieten 95).

<sup>Reichsabschied a. 1582, §§ 35-38.
Vgl. namentlich die bei Schmauss, Corpus Iuris Gentium Academicum (I, p. 494</sup> und II, p. 2049) abgedruckten deutschen Fassungen des erneuerten Bündnisses zwischen Mailand und den katholischen Orten der Eidgenossenschaft, 1634, und der erneuerten »Meyländischen Capitulation mit den Graubündnern«, 1726.

<sup>95)</sup> Interim singuli et omnes foederati Electores Principesque ad fluvios ac praesertim ad Rhenum habitantes, ut ubicumque praeterea id ob situs opportunitatem fieri poterit,

460 Reibstein

War hier noch ein schwacher Nachklang der bellum iustum-Lehre zu hören, so tritt in späteren Verträgen die unverhüllte Staatsraison hervor.

En cas que Sa Majesté Très Chrestienne eust besoin de faire passer quelques trouppes en Allemagne ou ailleurs par les terres et provinces de l'Electeur de Brandenbourg, Sadite Altesse Electorale promet d'accorder non seulement ce passage, mais aussy la faculté de pouvoir faire des magasins dans ses Provinces, dans tels lieux qui seroient jugés convenables, mesme d'accorder auxdites trouppes de Sa Majesté Très Chrestienne retraite et entrée dans ses places fortes en cas de nécessité, à condition touttefois que Sa Majesté Très Chrestienne feroit observer une exacte discipline et toutte sorte de bon ordre dans lesdits passages et feroit payer ponctuellement tout ce qui auroit esté fourny pour la subsistance des trouppes par les sujets de son Altesse Electorale, comme aussy qu'elle feroit pourvoir à la subsistance de celles qui seroient reçues en cas de nécessité dans les places de Sadite Altesse Electorale et en tel nombre que la seureté desdites places ne peut courir aucun risque <sup>96</sup>).

Nach dem Westfälischen Frieden wird es auch üblich, in Friedens- oder Freundschaftsverträgen, selbst wenn sie keinen Bündnischarakter haben, zu Ungunsten präsumtiver Gegner des einen oder des andern Vertragschließenden den Durchzug generell zu versagen. Im Pyrenäenfrie-den frieden (1659) war es Mazarin nicht gelungen, die Beziehungen zwischen dem verbündeten Portugal und Spanien zu normalisieren. «Devant et voulant preferer (comme il est juste) le repos general de la Chrestienté à l'interest particulier du Royaume de Portugal» mußte er sich zu einer Art »Stillhalteabkommen« mit Bezug auf dieses Königreich verpflichten: Für den Fall, daß ein letzter Verständigungsversuch innerhalb von drei Monaten nach der Ratifikation des Friedensvertrags nicht zum Ziel führen sollte, hatte zu gelten:

Sadite Majesté Très-Chrestienne ne se meslera plus de ladite affaire, et promet, s'oblige et s'engage, sur son honneur, et en foy et parole de Roy, pour soy et ses successeurs, de ne donner audit Royaume de Portugal ny en commun, ny à aucune personne ou personnes d'Iceluy, en particulier, ... aucune ayde, ny assistance publique ny secrette, directement ou indirectement, d'hommes, armes, munitions, vivres, vaisseaux ou argent, soubz aucun pretexte, ny aucune autre chose que ce soit, ou puisse estre, par terre ny par mer, ny en aucune autre maniere: comme aussy de ne permettre qu'il se fasse des levées en aucun

quilibet eorum in suo territorio tenebuntur cavere ne copiae adversus Regem Christianissimum eiusque modernos foederatos in Belgium aut alio missae, per ditiones suas transeant, nec in suis terris ulla stativa hyberna, arma, tormenta, commeatus eis permittantur qui paci contraveniunt. Vgl. Henri Vast, Les grands Traités du Règne de Louis XIV, Paris 1893, p. 75, 763.

<sup>96)</sup> Art. VII des Brandenburgisch-französischen Geheimvertrags von Saint-Germainen-Laye, 25. 10. 1679.

endroit de ces Royaume et Estatz, ny d'y accorder le passage à aucunes qui pourroient venir d'autres Estatz au secours dudit Royaume de Portugal 97).

Erscheint hier der vertragliche Ausschluß des transitus, der zugunsten der Verteidigung und Erhaltung eines am Vertrag nicht teilnehmenden Dritten gewährt werden könnte, als Bestandteil einer allgemeinen Nichteinmischungsverpflichtung - Nichteinmischung Frankreichs in die inneren Angelegenheiten Portugals und in das Verhältnis zwischen diesem und Spanien, das jenes Königreich weiterhin als spanische Provinz und seinen König als Rebellen betrachtete - so ist der Ausschluß in anderen Verträgen noch allgemeiner gefaßt: als Bestandteil der üblichen Friedens- und Freundschaftsklausel. Der Vertrag von Wehlau, durch den der Kurfürst von Brandenburg die Beseitigung der polnischen Lehenshoheit über das Herzogtum Preußen und damit dessen Besitz iure supremi dominii erlangte, verbindet jene allgemeine Fassung des Durchzugsverbots mit einer Vereinbarung über die gegenseitige Gestattung des Durchzugs, »wenn er erforderlich ist« 98). Der Unterschied zwischen - neutralitätsgerechter - Gestattung des Durchzugs und – neutralitätswidriger – Einräumung von Operationsbasen 99) wird in diesem Vertrag nicht anerkannt; den Durchzug dritten Mächten gestatten, heißt hier sein Gebiet für den Angriff auf den andern Teil zur Verfügung stellen 100). Man kann allgemein sagen, daß in der Vertragspraxis des späteren 17. Jahrhunderts die Tendenz vorherrscht, den transitus zugunsten eines Dritten und zu Ungunsten eines Partners als unvereinbar mindestens mit der wohlwollenden Neutralität zu betrachten und demgemäß hinwegzubedingen.

Auf diesem Weg war in ihrer besonderen Lage die Eidgenossenschaft seit der Mitte des Dreißigjährigen Krieges durch autonomen Entschluß vorangegangen. Die Ausgangsposition war auch hier eine Praxis, die der klassischen augustinisch-grotianischen Lehre entsprach. In ihren Bahnen bewegte sich der sog. Borromäische Bund bei seinen Vertragschlüs-

<sup>97)</sup> Art. 60 des französisch-spanischen Friedensvertrags vom 7.11. 1659.

<sup>98)</sup> Art. XI, XIII und XIV des brandenburgisch-polnischen Vertrages vom 19. 9. 1657. Art. XI lautet: Serenissimus Elector eiusque descendentes, fidam cum Serenissimis Regibus Regnoque Poloniae, et Magno Ducatu Lithuaniae colent Amicitiam et unionem, nunquam cum Serenissimorum Regum vel Regni hostibus, aliquod Foedus directe vel indirecte inibunt, in praeiudicium Regis et Reipublicae; transitum hostibus per Ditiones suas, Portus et Propugnacula, annonam quoque et commeatum, ac qualecumque subsidii genus, ipsis denegabunt, nec Portus suos vel Munitiones quocunque modo vel titulo, in possessionem tradent.

<sup>99)</sup> Vgl. oben Anm. 81.

<sup>100)</sup> In Art. XIII heißt es von Polen-Litauen: nullum hostibus ipsius (sc. Electoris) aditum in Suae Serenitatis Electoralis Terras concedere, sed potius defensioni, conservationi, ac securitati Ducatus Prussiae, omnibus modis consulere debebunt.

<sup>30</sup> ZaöRV Bd. 21/3

sen 101); desgleichen hatten sich die reformierten Orte noch 1632 dahin verständigt,

... man werde denjenigen, welche sich gleitlich und bescheiden halten, unschädlichen Paß und Repaß, wie von altem Herkommen und man bisher zu thund befugt gewesen, auch der Neutralität gemeß ist, fürbaß nit versagen 102).

Als sich aber herausstellte, daß die Franzosen sich in Graubünden und im Veltlin, also auf dem Wege nach der Republik Venedig, festzusetzen gedachten, und sich überdies an der Nordgrenze Anstände mit dem schwedischen General Horn und dem Herzog Bernhard von Weimar ergaben, faßten die katholischen und reformierten Orte am 22. Februar 1638 auf der Tagsatzung einhellig den Beschluß,

... niemanden den Paß durch die eidgenössischen Lande zu gestatten und jeden allen Ernstes davon abzuhalten,

ein Beschluß, der zunächst nichts anderes als der einseitige Versuch war, ein ius singulare für die Eidgenossenschaft zu statuieren. Um ihm wenigstens diese rechtliche Tragweite zu geben, bedurfte es einer konsequenten Politik - die durch die »Kapitulationen« der einzelnen Orte mit Frankreich, Spanien, Venedig, den Niederlanden u. a. immer wieder gestört wurde - und energischer militärischer Maßnahmen, wie sie das im Jahre 1647 geschaffene Defensionale oder Schirmwerk von Wil vorsah; es war die erste gesamteidgenössische Wehrordnung, wenigstens der Intention nach, und hat, obwohl ihm verschiedene Kantone fernblieben, den Neutralitätsgedanken, der nunmehr wesentlich als Verhinderung jedes fremden Truppendurchzugs verstanden wurde, zur Sache des Bundes gemacht. In der schweizerischen Haltung lag die radikale Negation allen Fragens nach dem gerechten oder ungerechten Kriegsgrund, der die fremden Heere durchlaßbegehrend an die eidgenössischen Grenzen führen mochte; in der gleichzeitigen Vertragspraxis der anderen Mächte - wir haben es namentlich am Beispiel Frankreichs, Schwedens, Brandenburgs und Polens beobachten können - ging die Frage nach dem gerechten oder ungerechten Kriegsgrund in der positivistisch-realpolitischen Frage nach den bestehenden Freundschafts- und Bundesverpflichtungen auf.

Die Lehre, die wir oben bis zum Ende des 17. Jahrhunderts verfolgt baben, wurde auch später von den neuen Tendenzen und Gewohnheiten der Praxis nur wenig berührt und würde, isoliert betrachtet, kaum einen Rückschluß auf die veränderten Anschauungen zulassen.

<sup>101)</sup> Vgl. oben Anm. 94.

<sup>102)</sup> Hierzu und über die Entwicklung des Neutralitätsgedankens im Droit public de l'Europe vgl. meinen Aufsatz im Archiv des Völkerrechts Bd. 8 (1960) namentlich S. 409-415; dazu Edgar Bonjour, Geschichte der schweizerischen Neutralität. Basel 1946.

Für Christian Wolffs Lust am Reglementieren bietet der transitus innoxius ein dankbares Thema. Den Grundgedanken: Ein Volk muß den Streitkräften eines andern Volkes den unbeschwerlichen Durchzug gestatten 103), entwickelt er in zwei Richtungen: Der Durchzug muß nur gestattet werden, wenn er unbeschwerlich ist 104), und: Der Durchzug muß, wenn er gestattet wird, unbeschwerlich gestaltet werden. Ob der den Durchzug Begehrende eine gerechte Sache vertritt, spielt gemäß der von Wolff auch sonst vertretenen These keine Rolle; der Andere hat das nicht zu beurteilen sondern - nach den allgemeinen Regeln über die Kriegshandlungen und die Neutralität - den Durchzug zu Kriegszwecken als einer gerechten Sache dienend zu betrachten 105). Ob der Durchzug unbeschwerlich ist, hat das ersuchte Volk kraft seiner natürlichen Freiheit allein zu entscheiden; gegebenenfalls können mit dem Ersuchenden Vereinbarungen über die Modalitäten getroffen werden. Die Gestattung des Durchzugs ist kein Unrecht gegenüber einem Dritten und kann von diesem nicht untersagt werden 106). Wohl aber kann die drohende Haltung eines Dritten einen Grund bilden, den Durchzug zu versagen: namentlich, wenn die Befürchtung, daß der Dritte das Durchzugsland mit Krieg überziehe, nicht unbegründet ist, hört der Durchzug auf, unbeschwerlich zu sein 107). Ein weiterer Grund ist dann gegeben, wenn zu befürchten ist, daß der Dritte seinerseits den Durchzug verlangen und so das Durchzugsland zum Kriegsschauplatz machen werde 108) Sofern der Durchzug berechtigterweise versagt wird, darf er mit Waffen gewalt verhindert werden 109).

Liegen keine Gründe vor, den Durchzug zu versagen, so ist er unentgeltlich zu gestatten, denn niemand braucht ein Recht, das ihm von Natur zusteht, zu erkaufen 110). Mit dem Durchzug sind diejenigen Erleichterungen

104) Iusta denegandi transitus causa alia non est, nisi quod idem non sit innoxius

106) § 689 u. 690: iniuriam minime facit ei, contra quem exercitus proficiscitur.

108) ... et sic sedes belli in terra pacata figatur (§ 695).

109) Te invito transituro vi resistere licet (§ 692). ... et si opus videatur, partem potentioris sequi licet, ut caveatur, ne belli in sua regione figatur sedes (§ 695).

110) Transitus innoxius concedendus est gratis (§ 693), unter Hinweis auf die von den Grotius-Kommentatoren gesammelten Beispiele von Geldleistungen; sie haben mit dem

<sup>103)</sup> Gens una copiis militaribus Gentis alterius transitum innoxium permittere debet (Ius Gentium methodo scientifica pertractatum, 1749, § 686).

<sup>105)</sup> Nec alteri Genti competit iudicium de eo, quomodo iure suo utatur, utrum recte an minus recte (§ 156 part. I; § 55 part. 8 Jur. nat.), consequenter transitus copiarum militarium belli causa spectandus est tanquam transitus ad iustam causam, si is fuerit innoxius, permittendus (ibid. unter Hinweis auf Grotius J. B. P. II 2 § 13 no. 4).

<sup>107)</sup> Si quis petit, ne copiis militaribus contra se transitus permittatur, id quod petitur iure denegatur; quodsi tamen non vanus sit metus, ne is concedenti bellum inferat, aut alio modo noceat, transitus denegari potest... cum Gens Genti non ad transium sibi noxium, sed ad innoxium concedendum obligetur (§ 691).

464 Reibstein

zu gewähren, ohne die er nicht bewerkstelligt werden könnte; für seinen Bedarf hat der Durchziehende die landesüblichen Preise zu zahlen <sup>111</sup>). Die durchziehenden Streitkräfte haben die Hauptstraße zu benutzen; sie dürfen private Grundstücke nicht betreten, nichts wegnehmen oder beschädigen. Alle angerichteten Schäden sind zu ersetzen <sup>112</sup>). Der Neutrale kann die Gestattung des Durchzugs davon abhängig machen, daß genügende Sicherheit geleistet wird; er hat seinerseits dafür zu sorgen, daß die fremden Truppen unbehelligt bleiben <sup>113</sup>).

Die Gestattung des Durchzugs von Streitkräften erstreckt sich auch auf das mitgeführte Kriegsmaterial. Wird nur der Transit von Kriegsmaterial verlangt, so kann er aus den gleichen Gründen verweigert werden wie der Durchzug<sup>114</sup>).

Wolffs Kasuistik, eine Ergänzung oder Interpretation von Grotius durch Pufendorf, findet sich wieder bei Vattel 115), doch ist dieser letzte Klassiker des Völkerrechts seit Pufendorf der erste Autor, dem das Prinzip selbst zum Problem geworden ist, zugleich der erste, der auf die grotianische Notstand ist geeignet, die exklusive Eigentumsordnung, wie sie gemäß dem positiven Recht besteht, nach den Anforderungen des ius humanae societatis zu durchbrechen. Die natürliche Gleichheit der Menschen und der Staaten läßt im Notfall den Naturzustand zeitweilig wieder aufleben; das droit de nécessité ist ein unentbehrlicher Rückstand aus der Urgemeinschaft, in der die Sachen und der Boden allen zur Verfügung standen; es ist das Recht, etwas zu tun, was unter normalen Umständen ein Unrecht wäre.

Il [sc. le droit de nécessité] vous permet une action, illicite en d'autres rencontres, celle de ne pas respecter le droit de domaine. Quand une vraie nécessité vous oblige à entrer dans le pays d'autrui, par exemple, si vous ne pouvez autrement vous soustraire à un péril imminent, si vous n'avez point d'autre passage pour vous procurer les moyens de vivre, ou ceux de satisfaire à quelqu'autre obligation indispensable, vous pouvez forcer le passage qu'on vous refuse injustement 116).

Das Wort injustement überrascht auf den ersten Blick, denn unter den Voraussetzungen, die Vattel hier anführt, ist die Verweigerung des

Völkerrecht, sagt Wolff, nichts zu tun, sondern gehören in das Gebiet der politischen Klugheit, die sich ihren Weg lieber mit Geld als mit Waffengewalt bahnt.

<sup>11,1)</sup> Si transitus conceditur, non deneganda sunt ea, sine quibus is fieri nequit; pro iis tamen, quibus transiturus indiget, iustum pretium soluere tenetur (§ 694).

<sup>112) §§ 687, 697.</sup> 

<sup>118) §§ 698, 704:</sup> Transeuntibus transitus praestandus est tutus.

<sup>114)</sup> Qua vero de causa transitus copiis recte denegatur, eadem de causa recte denegatur rebus (§ 703).

<sup>115)</sup> Droit des Gens III 7 §§ 119-135.

<sup>116)</sup> *Ibid*. II 9 § 123.

Durchzugs par défintion ungerecht, ein Tatbestand, der zur gewaltsamen Selbsthilfe berechtigt. Vattel will aber sagen, daß neben den genannten Voraussetzungen auf der Seite des Durchzug Begehrenden auch solche seitens des Territorialherrn vorliegen können, welche diesem das Recht - ein droit parfait - geben, den Durchzug zu verweigern. Befindet sich nämlich der Territorialstaat gleichfalls in einem Notstand, der ihn veranlaßt, das Betreten seines Gebietes zu verwehren, so ist er in der besseren Position: das völkerrechtliche dominium, obwohl eine sekundäre Bildung gegenüber der natürlichen Gleichheit, gibt in einem solchen Konflikt der droits de nécessité den Ausschlag<sup>117</sup>). Aber Vattels Lehre ist, freilich nicht in so inkohärenter Weise wie diejenige des Grotius, doppelspurig: sie gehört nicht nur zum Recht des Notstandes, sondern auch zum Recht der Neutralität und nimmt hier eine andere Gewichtsverteilung vor. Vattel erinnert daran, daß die Gebiete der Republik Venedig und der Kirchenstaat in den Kriegen, welche die Mächte in neuerer Zeit um die Herrschaft in Italien führten, unter dem Durchmarsch fremder Armeen sehr gelitten haben und oft zum Kriegsschauplatz geworden sind. Es soll unter solchen Umständen auf die Beurteilung der Lage durch den Territorialherrn ankommen:

Dans tous les cas douteux, il faut s'en rapporter au jugement du maître sur l'innocence de l'usage qu'on demande à faire des choses appartenantes à autrui, et souffrir son refus, bien qu'on le croie injuste.

Vattels Unterscheidung zwischen klaren Fällen und solchen, in denen man bona fide verschiedener Meinung sein kann, wird hier wichtig: er bleibt dabei, daß die Verweigerung eines wirklich unschädlichen Durchzugs rechtswidrig ist.

Si l'injustice du refus était manifeste, si l'usage, et, dans le cas dont nous parlons, le passage était indubitablement innocent, une Nation pourrait se faire justice à elle-même, et prendre de force ce qu'on lui refuserait injustement ... 118).

Unter dem Gesichtspunkt der Neutralität ist daher über die materielle Rechtslage, die Beweislast, die Selbsthilfe und die Reaktion der öffentlichen Meinung zusammenfassend zu sagen:

La tranquillité et la sûreté commune des Nations exigent donc que chacune soit maîtresse de son territoire, et libre d'en refuser l'entrée à toute armée étrangère, quand elle n'a point dérogé là-dessus à sa liberté naturelle par des traités. Exceptons en seulement ces cas très rares, où l'on peut faire voir, de la manière la plus évidente, que le passage demandé est absolument sans inconvénient et sans danger. Si le passage est forcé en pareille occasion, on blâmera moins celui qui le force que la Nation qui s'est attiré mal à propos cette violence.

<sup>117)</sup> Ibid.

<sup>118)</sup> Ibid. III 7 § 122.

Erst hier findet auch der Notstand seine Stelle. Er ist im Neutralitätsrecht eine weitere, und zwar die extremste Eventualität, unter welcher der Durchzug nicht verweigert werden darf; von einem gegebenenfalls entgegenstehenden stärkeren Recht des Neutralen ist auch hier die Rede – selbstverständlich nicht von einer Verpflichtung desselben, den Durchzug zu verweigern oder zu verhindern. Der Neutrale kann aber verlangen, daß er vorher gefragt wird sowie daß man ihm Garantien bietet und den entstehenden Schaden ersetzt. Vattel sagt:

Un autre cas s'excepte de lui-même et sans difficulté, c'est celui d'extrême nécessité. La nécessité urgente et absolue suspend tous les droits de propriété; et si le maître n'est pas dans le même cas de nécessité que vous, il vous est permis de faire usage, malgré lui, de ce qui lui appartient. Lors donc qu'une armée se voit exposée à périr, ou ne peut retourner dans son pays à moins qu'elle ne passe sur des Terres neutres, elle est en droit de passer malgré le souverain de ces terres, et de s'ouvrir un passage l'épée à la main. Mais elle doit demander d'abord le passage, offrir des sûretés, et payer les dommages qu'elles aura causés 119).

Im Sinne Vattels ist es auch, als weitere Ausnahme von dem Hausrecht des Neutralen diejenigen Fälle gelten zu lassen, in welchen die Aktion des Durchzug Begehrenden im Interesse der gemeinsamen Ruhe und Sicherheit der Nationen liegt: gegen eine Nation, die die anderen nur schädigen und beunruhigen will, und eine Nation, die offen die Gerechtigkeit mit Füßen tritt und die Rechte anderer mißachtet, d. h. gegen die nation malfaisante und die nation injuste 120) dürfen sich alle anderen vereinigen, um sie im Interesse der Menschheit zu strafen und unschädlich zu machen; dieses akute Interesse der Nationen ist in concreto stärker und schutzwürdiger als ihr prinzipielles Interesse an der Wahrung der Gebietshoheit jeder einzelnen.

Man könnte bezweifeln, ob die naturrechtliche Ethik, die Vattel hier voraussetzt und anwendet, den Zeitgenossen noch geläufig genug war, um als die eigentliche Triebfeder ihres Verhaltens in den Fragen des transitus zu wirken. Es liegt heute nahe, nichts weiter als eine »Ideologie« anzunehmen, die nur dazu bestimmt war, die brutale Ausrichtung des Denkens auf bloße Staatsraison einigermaßen durch schöne Floskeln zu verhüllen. Eine solche Einschätzung würde übersehen, daß das Naturrecht gerade damals in eine Epoche der fortschreitenden Konkretisierung und »Juridifizierung« eintrat, also keineswegs auf die Rolle eines unverbindlichen theoretischen Überbaues über den harten Tatsachen der Praxis reduziert war. Das läßt sich für Preussen und speziell an unserem Thema durch die Hal-

<sup>119)</sup> Ibid.

<sup>120)</sup> Ibid. II 4 § 53; II 5 § 70.

tung eines aktiven Rechtsgestalters, des Geheimen Oberjustiz- und Obertribunalrats Carl Gottlieb S v a r e z nachweisen. Er, dem das durch und durch naturrechtlich konzipierte »Allgemeine Landrecht« zu verdanken ist, hat als das »umfassendste Zeugnis seiner grundsätzlichen Bemühungen um den geistigen Umriß eines preußischen Naturrechts« 121) die berühmten »Kronprinzen-Vorträge« gehalten, deren Manuskripte kürzlich zum erstenmal veröffentlicht worden sind 122). In dem Kapitel »Vom Eigentum der Nationen und dessen Folgen« belehrt Svarez seinen Zögling, den späteren Friedrich Wilhelm III. darüber, daß die Heiligkeit des Eigentums auf dem naturrechtlichen Grundsatz beruht, niemanden zu beleidigen und jedem das Seine zu belassen. Bei der Darstellung des Völkerrechts

müssen zuvörderst die vornehmsten Lehrsätze des Naturrechts vom Eigentum überhaupt wiederholt werden, um die Anwendung derselben auf das Eigentum der Völker zeigen zu können 123).

In dem Abschnitt »Einschränkung des Eigentums« nennt Svarez 1. das Notrecht eines andern. 2. das Recht des unschädlichen Gebrauchs.

Soweit nämlich jemand von der Sache des andern irgendeinen Gebrauch machen kann, der dem Rechte des Eigentümers nicht den geringsten Eintrag tut, soweit kann ihm der Eigentümer diesen unschädlichen Gebrauch nicht versagen. Denn sein Recht, andre von dem Gebrauch seiner Sache auszuschließen, ist eine bloße Folge des Rechts, sich derselben für sich selbst nach eigenem Gutfinden zu bedienen ...

Damit ist aber auch gesagt, daß es

im Grunde lediglich in dem Wohlgefallen des Eigentümers steht, ob er den Gebrauch, welchen der andre von seiner Sache machen will, für unschädlich halte. Positive Gesetze haben daher das Recht des unschädlichen Gebrauchs sehr eingeschränkt; im Völkerrechte aber können die Fälle, wo es stattfindet, häufiger vorkommen <sup>124</sup>).

Als Einschränkung des Territorialrechts durch das Recht des unschädlichen Gebrauchs nennt Svarez den Gebrauch der Küsten zum Landen, zum Wassereinnehmen, zur Ausbesserung des Schiffs; die Gestattung des unschädlichen, friedlichen Durchgangs durch das Territorium.

Aber die Fälle dieses unschädlichen Gebrauchs sind äußerst selten. Oft scheint der Gebrauch unschädlich und ist es nicht, z.B. bei dem Durchmarsch bewaffneter Truppen, wodurch das Volk mit einem Dritten in unangenehme Ver-

<sup>121)</sup> Erik Wolf, Große Rechtsdenker, 3. Aufl. 1951, S. 457.

<sup>122)</sup> Karl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat. Hsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Köln 1960.

<sup>128)</sup> A. a. O. S. 150.

<sup>124)</sup> A. a. O. S. 151 f.

wicklungen geraten, wodurch eine Teuerung oder ein Mangel an Lebensmitteln verursacht werden kann. Wenn also ein Volk den vermeintlich unschädlichen Gebrauch, den ein anderes von seinem Territorio machen will, sich für nachteilig hält, so muß das andre Volk diese Meinung respektieren, insofern es sich nicht in dem Falle des Notrechts befindet <sup>125</sup>).

Bei Erörterung der Rechtsverhältnisse der Neutralen erklärt Svarez:

Es wird als eine Verletzung der Neutralität nach dem heutigen europäischen Völkerrechte nicht angesehen, wenn das neutrale Volk einem der Kriegführenden den freien Durchzug durch sein Land gestattet <sup>126</sup>).

Die Gewährung des transitus gehört zu der Bewegungsfreiheit, die ein Staat auch im Falle eines zwischen zwei anderen Staaten ausgebrochenen Krieges behält und fällt unter die allgemeinen Regeln, nach denen sich der Neutrale als communis amicus zu richten hat.

Mit einem Worte, alles, was ein Volk gegen ein andres tun und demselben gestatten kann, mit dem es in Frieden lebt, das kann es auch tun und gestatten, gesetzt nur, daß nicht daraus indirectement ein Nachteil für letzteres entstehen sollte. Ja es kann sogar ein neutrales Volk eins der kriegführenden in allen vorbenannten Stücken vorzüglich vor dem andern begünstigen, weil es vermöge seiner Unabhängigkeit berechtigt ist, nach eigenem Gutfinden zu bestimmen, wie es in seinem Eigentum tun oder lassen oder wem es Pflichten des Wohlwollens leisten oder versagen wollte, und eine solche Versagung noch für keine Beleidigung geachtet werden kann <sup>127</sup>).

Kurz, S v a r e z trifft hinsichtlich des transitus und des Neutralitätsrechts überhaupt die Unterscheidung, die V a t t e l in die Völkerrechtslehre eingeführt hat: er unterscheidet den Fall der obligation parfaite, die bei fremdem Notstand gegeben ist, und die viel häufigeren Fälle der offices d'humanité. Da diese offices d'humanité – S v a r e z nennt sie treffend: Pflichten des Wohlwollens – von Nation zu Nation ganz verschieden sind, hat jede Nation zu beurteilen, ob in dieser Hinsicht etwas zu verlangen oder zu gewähren ist. Eine Nation kann etwas erwarten, sie hat aber nichts zu fordern; sie kann eine andere Nation nicht zwingen, ihr menschliches Wohlwollen zu erweisen; sie hat nur ein unvollkommenes Recht, und wird diesem grundlos die Erfüllung verweigert, so geschieht eine Unbilligkeit, kein Unrecht 128). Es braucht nicht betont zu werden, daß die damit gegebene Definition des transitus als einer Gefälligkeit, deren Gewährung nicht als unneu-

<sup>125)</sup> A. a. O. S. 155 f.

<sup>126)</sup> A. a. O. S. 563, ähnlich S. 182.

<sup>127)</sup> A. a. O. S. 563 f.

<sup>128)</sup> Vattel, Droit des Gens, Préliminaires §§ 10, 17; II 1 §§ 1-10; vgl. meine Abhandlung: Die Dialektik der souveränen Gleichheit bei Vattel, ZaöRV Bd. 19 (1958) bes. S. 621.

traler, deren Verweigerung, wenn angemessen begründet, nicht als unfreundlicher Akt betrachtet werden durfte, ziemlich genau der etwas sprunghaften Praxis entsprach, die der Große König befolgt hatte. Durch das Verhalten der englischen Regierung während des Siebenjährigen Krieges schwer verstimmt, nahm er noch 1776 den berüchtigten Soldatenschacher westdeutscher Fürsten zum Anlaß, um den Durchmarsch an England verkaufter Truppen kurzerhand zu verbieten. Der englische Gesandte gab sich alle erdenkliche Mühe, den Herrscher umzustimmen, bekam aber zur Antwort, »ohngeachtet der König von Preussen Sr. Grossbritannischen Majestät bei jeder Gelegenheit gefällig zu sein wünsche, könne der Durchmarsch durch die preussischen Staaten nicht erlaubt werden, da in früheren Fällen Unregelmäßigkeiten vorgefallen seien . . . «.

Bei Georg Friedrich v. Martens finden wir zwei Grundgedanken: 1. Die Gestattung des transitus ist ein Recht, nicht eine Pflicht des Neutralen; 2. Das Notrecht, welches hier eine Ausnahme macht, »wird nicht selten, zumal gegen minder mächtige Staaten in ein weit ausgedehntes Konvenienzrecht verwandelt«<sup>129</sup>). Die Souveränität wird stärker betont, der größeren Bewegungsfreiheit, die der Neutrale damit erlangt, steht eine gesteigerte Empfindlichkeit der Kriegführenden hinsichtlich der Neutralitätsübung, d. h. das Postulat der effektiven Gleichbehandlung, gegenüber.

Obwohl Martens bekanntlich an dem sog. allgemeinen, philosophischen Völkerrecht nur wenig interessiert ist, kann er nicht umhin, ausführlich die Prinzipien darzustellen, die für die Neutralität an und für sich, außerhalb einer »Vertrags-Neutralität (neutralité conventionnelle)« gelten.

Da ein dritter Staat durch den Ausbruch eines Krieges keines seiner Territorial-Rechte verliert, so ist er

- 1. vollkommen befugt, in Kriegs- wie in Friedenszeiten beiden kriegführenden Teilen für ihre Truppencorps den Durchmarsch, den Aufenthalt, folglich noch mehr die Besetzung der Festungen, Kriegsrüstungen, Werbungen u. s. f. zu untersagen und zu Schützung seiner Rechte allenfalls sie mit Gewalt daran zu verhindern.
- 2. Er verletzt aber auch die Neutralität nicht, wenn er beiden Teilen, oder demjenigen, der darum nachsucht, den bewaffneten oder unbewaffneten Durchzug durch sein Gebiet gestattet und ihn dabei derjenigen Rechte geniessen läßt, die entweder dieser Durchzug wesentlich erfordert, oder über welche er sich mit ihm verglichen hat. Noch weniger ist er schuldig, zu Beobachtung der Neutralität sich dem Durchzuge des einen Teils mit gewaffneter Hand entgegen zu setzen. Es sind endlich
- 3. Fälle denkbar, wo ein Staat, der hierin eine Ungleichheit beobachtet, dadurch die Pflichten der Unparteilichkeit nicht verletzt, wenn nämlich diese un-

<sup>129)</sup> Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht, 1796. § 307, S. 346 f.

470 Reibstein

gleiche Behandlung schon in Friedenszeiten beobachtet wurde oder in allgemeinen, vor Ausbruch des Krieges geschlossenen Verträgen ihren Grund hat.

Nur dann verletzt ein Staat die Neutralität, wenn er aus freiem Willen nach ausgebrochenem Kriege dem einen Teile Durchmarsch und Werbungen gestattet und diese dem andern verweigert, oder dem einen Teil kriegerische Zurüstungen, Anlegung oder Besetzung der Festungen u. s. f. in seinem Gebiet gestattet, wovon nicht leicht denkbar ist, daß er sie beiden Teilen zugleich erlauben wolle. Selbst wenn ein Staat sich erböte, beiden Teilen z. B. die Ausrüstung von Kaper- und Kriegsschiffen in seinen Häfen zu gestatten, würde das bei der hier oft auffallenden Verschiedenheit des Interesses zur Beobachtung der Neutralität nicht hinreichen <sup>180</sup>).

Wir schließen die Reihe der Autoritäten mit Johann Ludwig K lüber, dem Fortsetzer Martens' in der Betonung der positiven, auf Herkommen und Verträgen beruhenden Elemente des Völkerrechts. Bei ihm ist die Lehrtradition, deren sich der Göttinger noch lebhaft bewußt war, ignoriert und abgebrochen. Zwar erscheint auch bei ihm der transitus noch als eine Möglichkeit, die in der Verfügung des Neutralen steht, aber das ius humanae societatis ist auf den Grundsatz reduziert, daß kein Staat dem andern über die Maßnahmen, die er zu seiner Sicherheit und Selbsterhaltung trifft, Rechenschaft schuldig ist. Der Staat, der den Truppendurchmarsch gestattet, übt dieses sein »Wehr- und Waffenrecht« aus.

Vermöge dieses Rechtes ist ein Staat befugt zu Kriegsrüstung aller Art, namentlich zu Anschaffung, Einrichtung und Unterhaltung von Kriegsmannschaft, Kriegsflotten, Geschütz und anderem Waffenvorrat, zu Befestigung – sowohl im Innern des Landes als auch an den Grenzen – zu Heerschau, Heerlager und Volksbewaffnung, zu Subsidienverträgen und anderen Kriegsbündnissen ... In dem Wehr- und Waffenrecht, namentlich in Absicht auf Gestattung des Truppendurchmarsches und der Werbung in seinem Gebiet, wie auch im Gebrauche des äußersten Rechtes (ius eminens sive ratio status sc. extraordinarii), selbst gegen die Person und das Eigentum auswärtiger Staatsuntertanen, ist kein Staat schuldig, sich von anderen Staaten willkürlich Einschränkungen gefallen zu lassen 181).

Den transitus kann sich Klüber, wie man sieht, nur noch als einen Schachzug im Spiel der Bündnispolitik vorstellen und die Diskussion der Kabinette über seine Zulässigkeit nur noch als das diplomatische Vorspiel einer auf der einen oder anderen Seite für notwendig gehaltenen bewaffneten Auseinan-

<sup>130)</sup> A. a. O.

<sup>131)</sup> Europäisches Völkerrecht, §§ 40, 88 (zuerst erschienen als Droit des Gens moderne de l'Europe, 1810, deutsch 1821, hier zitiert nach der 2. Aufl. 1851). Jedenfalls hat Klüber die Priorität gegenüber dem Engländer William Oke Manning, der gelegentlich als derjenige bezeichnet wurde, welcher die klassische Theorie liquidiert habe (Commentaries on the Law of Nations, 1839, neue Ausg. 1875).

dersetzung. Wünscht ein Staat diese Konsequenz nicht, so liegt es, sagt Klüber, in seinem eigenen Interesse, eventuell ungefragt eine zufriedenstellende Erklärung abzugeben.

Die Verweigerung einer solchen, oder die Erteilung einer zweideutigen oder selbstgenügsamen, auf anständige Anfragen, hat gewöhnlich Misstrauen und Gegenrüstungen, wo nicht Tätlichkeiten und Krieg zur Folge 132).

Die naturrechtliche, moralphilosophische Theorie des Durchzugsrechts war damit in der Literatur untergegangen; sie blieb auch in der Praxis des positivistischen Jahrhunderts verschollen: man erwirkte das Durchzugsrecht durch zweiseitige Verträge <sup>133</sup>) oder erwartete es für den Fall der Not oder der Konvenienz von der Geltendmachung eines ius eminens im Sinne Klübers; vor allem aber hatte die exemplarische Bedeutung, welche der Wiener Kongreß der durchzugverweigernden schweizerischen Neutralität beimaß, einen neuen Neutralitätstyp geschaffen, an den sich die Kabinette, weil er zunächst auf Staaten zweiten Ranges beschränkt blieb, rasch gewöhnten. Für Pradier-Fodéré, der 1863 Vattels Völkerrechtswerk mit Anmerkungen herausgab, ist dessen transitus-Lehre indiskutabel; er stellt als unbestritten fest:

Non seulement le passage de troupes armées sur le territoire neutre n'est pas un droit, mais encore la concession du passage est, de la part du neutre, une violation de ses devoirs qui donne à l'autre partie un juste motif de lui déclarer la guerre et de le traiter en ennemi. S'il arrivait que le neutre fût trop faible pour résister au belligérant, si la concession du passage n'était faite que sous la pression de forces supérieures, du moins le neutre devait-il protester pour ne pas paraître approuver des violations ultérieures. C'est donc à tort qu'il a été soutenu que chaque belligérant avait le droit absolu d'exiger le droit de passage et qu'il y avait injustice de la part du neutre à le refuser 184).

Das absolute Durchzugsverbot des V. Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 hat die naturrechtliche Vergangenheit mit all ihren Varianten als endgültig erledigt betrachtet 135).

Unser Gang durch die Geschichte des militärischen Transitrechts hat gezeigt, daß dieses von den ältesten Zeiten des europäischen Völkerrechts bis

<sup>132)</sup> A. a. O. § 40.

<sup>133)</sup> Schon Klüber verweist auf die von Preußen 1816 und 1817 mit verschiedenen deutschen Staaten geschlossenen Etappen- und Durchmarschverträge; vgl. Martens, Recueil, Suppl. VIII, p. 321-394.

<sup>184)</sup> P. Pradier-Fodéré zu Vattel III 7 § 130. Vgl. Pufendorf (oben zu Ann 80)

<sup>135)</sup> Art. 2: Es ist den Kriegführenden untersagt, Truppen oder Munitions- oder Verpflegungskolonnen durch das Gebiet einer neutralen Macht hindurchzuführen. Art. 5: Eine neutrale Macht darf auf ihrem Gebiete keine der in den Art. 2-4 bezeichneten Handlungen dulden.

zum Ende des 18. Jahrhunderts einen Teil der Lehre von den Pflichten der Neutralen gebildet hat und mit dem Ethos der allgemein menschlichen Solidarität verbunden war; seinen stärksten Rückhalt hatte es an dem Gedanken, daß eine gerechte Sache auch von dem Neutralen zu unterstützen sei, wobei als gerecht alles zu gelten hatte, was nicht einwandfrei als ungerecht erwiesen war. So mußte das Recht des transitus innoxius in dem Maße problematisch werden, wie die Theorie des bellum iustum auf Skepsis stieß und vernachlässigt wurde. Aus dem gleichen Grunde ist es nicht überraschend, daß es sich in unserm Jahrhundert als Institut oder als Postulat prompt wieder dort eingestellt hat, wo der »gerechte Krieg« – im Rahmen der kollektiven Sicherheit oder auf partikulärer ideologischer Basis – im geltenden Völkerrecht repristiniert worden ist 136).

<sup>136)</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 3 der Völkerbundsatzung: Les Membres de la Société ... prennent les dispositions nécessaires pour faciliter le passage à travers leur territoire des forces de tout Membre de la Société qui participe à une action commune pour faire respecter les engagements de la Société. – Auch Art. 43 der UN-Charter sieht im Falle militärischer Kollektivmaßnahmen ausdrücklich das Durchmarschrecht vor, macht es aber, wie den militärischen Beistand überhaupt, vom Abschluß bzw. der vollzogenen Ratifikation besonderer Konventionen abhängig.