

Gliederung, seine ebenso gründliche wie zügige Stellungnahme zu den Sachfragen, nicht zuletzt die Qualität der *Prosa* Golds haben der Schrift als Höhepunkt seines literarischen Wirkens schon geziemende Anerkennung eingebracht. Ihr schließt sich der Rezensent gern an.

Hugo J. Hahn, Würzburg

Kohen, Marcelo: *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Paris: Presses Universitaires de France (1997). XXV, 579 S. FF 400.-

Das angezeigte Werk basiert auf einer Dissertation, die am Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf unter Betreuung von Georges Abi-Saab angefertigt wurde.

Kohen behandelt die für das Völkerrecht zentrale Frage, inwiefern die effektive Beherrschung eines Gebiets einen rechtmäßigen Titel schaffen kann. Daß die hier oft bemühte Jellinek'sche Formel der "normativen Kraft des Faktischen" sich auf die erfolgreiche Revolution, also auf rechtliche Diskontinuität im Staatsrecht bezieht und im völkerrechtlichen Zusammenhang (systemimmanenter Gebietserwerb ohne vollständige Auswechslung der Legalität) verfremdet wird, merkt Kohen *en passant* an (S.157, Fn. 273). Im Ergebnis verneint Kohen überzeugend die Möglichkeit, daß Effektivität einseitig einen Gebietstitel schaffen kann. Jede territoriale Veränderung bedürfe der Zustimmung des ursprünglichen Titelinhabers, wenn sie nicht auf einer neu entstandenen Rechtsregel (Selbstbestimmungsrecht der Völker) beruht (S.495). Die Studie relativiert die große Bedeutung, die dem Effektivitätsprinzip herkömmlich beigemessen wird. Diese Bedeutung wird bekanntlich mit dem selbst nach 1989 fortbestehenden relativen Defizit an zentraler Durchsetzung des Völkerrechts begründet. Kohen argumentiert dagegen, daß diese Durchsetzungsschwäche gerade für eine stärkere Sicherung des Fortbestands "subjektiver Rechte" spreche (S.492). Er führt also die wohl weitgehend akzeptierte Position fort, nach der Verstöße gegen das Gewaltverbot und das Selbstbestimmungsrecht nicht durch effektive Beherrschung geheilt werden können und bettet diese in eine großangelegte, praxisnahe und systematisch überzeugende Untersuchung ein. Die Gesamtkonzeption ist – trotz Kritik, die an einzelnen Punkten geübt werden kann – schlüssig.

In Vorbemerkung und Einleitung betont Kohen, daß seine Untersuchung vornehmlich der völkerrechtlichen Praxis gilt. Dementsprechend betrachtet er vor allem die Rechtsprechung völkerrechtlicher Gerichte und Schiedsgerichte, aber auch diejenige innerstaatlicher Gerichte. Bemerkenswerterweise hat er dabei die Schriftsätze der Parteien verarbeitet und auf diese Weise die bekanntlich schwer nachzuweisende *opinio iuris* der Streitbeteiligten aufgezeigt. Die Studie schenkt der südamerikanischen, nicht der gleichermaßen wichtigen afrikanischen Praxis, besondere Aufmerksamkeit. Dies mag zum einen wegen des lateinamerikanischen Ursprungs der Rechtsfigur des *uti possidetis*, und zum anderen wegen der besonderen Sachkunde des argentinischen Verfassers in Bezug auf diese Region gerechtfertigt sein. Demgegenüber bezeichnet Kohen verschiedene dogmatische Streitfragen (z. B. zur privatrechtsanalogen Ersitzung) zu Recht als unfruchtbar (S.69) und vertieft sie dementsprechend nicht.

Grundsätzlich ist das dezidiert induktive Vorgehen angemessen, ja notwendig, um eine völkergewohnheitsrechtliche Rechtslage (wie die hier in Frage stehende) festzustellen. Dieser Ansatz kann allerdings nicht die Auseinandersetzung mit der Literatur entbehrlich machen. Trotz der vom Verfasser erklärten Methodik und trotz der eindrucksvolle Masse des bewältigten Materials, hätte sich die Rezensentin an manchen Stellen mehr Literaturhin-

weise gewünscht, welche geeignet wären, die Ideengeschichte eines Arguments offenzulegen.

Im ersten Hauptteil bestimmt Kohen die Kernbegriffe der Arbeit, nämlich die des bestrittenen Besitzes und der Gebietshoheit. "Bestrittener Besitz" wird definiert als effektive, vom Souveränitätsanspruch getragene Ausübung der öffentlichen Gewalt über ein umstrittenes Gebiet (S. 5). Mit Blick auf die Fragestellung ist für den zweiten Kernbegriff, den der territorialen Souveränität, entscheidend, daß er die Dispositionsbefugnis über das Gebiet umfaßt (S. 76f.).

Die Möglichkeit des Gebietserwerbs durch effektive Herrschaftsausübung wurde in der Völkerrechtslehre herkömmlich in Analogie zu privatrechtlichen Instituten, namentlich der Ersitzung konstruiert. Seit Beginn der Ära des Gewaltverbots diskutiert die Literatur vier Typen des Gebietserwerbs: die historische Konsolidierung, historische Titel, die effektive Kontrolle, und drei Figuren, die Kohen "Verhalten des Staates" nennt, nämlich das qualifizierte Stillschweigen (*acquiescence*), die Anerkennung und *estoppel*. Die Existenz dieser Institute wird jedoch weder durch die internationale Rechtsprechung noch die Praxis eindeutig bestätigt. Aus ihr geht nur soviel hervor, daß jedenfalls der effektive Besitz allein nicht ausreicht, um Gebiet zu erwerben. Zusätzliche Bedingungen treten hinzu, die jedoch, wie Kohen hervorhebt, in keinem entschiedenen Fall von den internationalen Spruchkörpern als erfüllt angesehen wurden. Aus den wenigen Entscheidungen allein könne jedoch noch keine allgemeine Regel abgeleitet werden, lediglich eine "gewisse richterliche Politik oder Taktik" (S. 68). Kohen schlägt deshalb eine Gesamtbetrachtung der konkreten Situationen im Licht der strukturbildenden Prinzipien und Werte des Völkerrechts vor (S. 70f.). Diese Gesamtbetrachtung ergibt, daß alle in der Literatur diskutierten speziellen Typen des Gebietserwerbs nicht in der Wirklichkeit existieren (S. 491).

Im Zusammenhang mit der Gebietshoheit erörtert Kohen gewisse Grundprinzipien, deren interessantestes das Effektivitätsprinzip ist. Es bezeichnet zwei verschiedene Phänomene: Zum einen dient es dazu, das Recht mit der Wirklichkeit in Einklang zu bringen (im Gegensatz zu juristischen Fiktionen), zum zweiten ist es Ausdruck der tatsächlichen Machtverhältnisse. In beiden Situationen handelt es sich, wie Kohen zu Recht betont, im Grunde um ein "a-juristisches Prinzip" (S. 156). Hervorgehoben wird wieder, daß Effektivität allein nicht ausreicht, um Rechtsfolgen zu gerieren. Es handelt sich nach Kohen somit nicht um einen echten Gegensatz zwischen Legalität und Effektivität. Effektivität spielt seiner Meinung nach eine wesentlich geringere Rolle im internationalen Recht als herkömmlich angenommen. Sie erfüllt insbesondere drei Funktionen: Sie ist Teil des Tatbestandes bestimmter Rechtsfiguren, sie spielt eine Rolle für die Aufrechterhaltung von Titeln, und sie ist eine Manifestation der Souveränitätsausübung (S. 159). Außerdem bildet die effektive Beherrschung eines Gebiets die Anknüpfung für die völkerrechtliche Verantwortung.

Im zweiten Hauptteil wendet sich der Verfasser näher dem Besitz zu. Verschiedene Spielarten, einschließlich historischer Figuren wie Einflußzonen und Hinterlanddoktrin werden erörtert. Kohens Gesamtwürdigung ergibt, daß die Rechtsprechung die Beziehung zwischen den konstituierenden Elementen des objektiven Tatbestandes des Besitzes und den gegnerischen Titeln nicht immer zutreffend gesehen hat. Die betrachteten staatlichen Akte wurden von Gerichten, um den Gebietswechsel nicht bejahen zu müssen, oftmals nicht als ausreichend "effektiv" angesehen, obwohl sie durchaus effektiv waren, aber

nach Ansicht des Verfassers eben einen existierenden gegnerischen Titel nicht ausstechen können (S.264).

Im Anschluß untersucht K o h e n die Reaktionsmöglichkeiten des Titelinhabers. Die zentrale Frage dieses Abschnitts und letztlich des gesamten Werkes, das sich insofern in die Tradition der spanischen Lehre stellt, ist, ob der Titelinhaber ohne seine Zustimmung seiner Rechte verlustig gehen kann. K o h e n verneint dies. Das Erfordernis der Zustimmung zum Rechtsverlust will K o h e n im Anschluß an A b i - S a a b von der grundsätzlichen Frage, inwieweit neue Regeln des Völkerrechts auch nichtkonsentierende Subjekte binden können, unterscheiden (S.268 f. mit Fn. 2). Da das Zustimmungserfordernis die tragende These des gesamten Werkes ist und andererseits die objektive Bindungswirkung von Fundamentalsätzen eine hochaktuelle und zentrale Problematik des Völkerrechts darstellt, hätte die Rezensentin sich eine nähere Begründung dieser Abgrenzung gewünscht.

Um Gebietshoheit aufgrund von "Verhalten" zu erwerben bzw. zu verlieren, muß sowohl das Verhalten des besitzenden Prätendenten als auch das des ursprünglichen Titelinhabers kohärent sein. Die Rechtsprechung fragt dabei, inwieweit objektives Verhalten die Rechtsansichten der Beteiligten reflektiert. Dies spricht, so K o h e n, auf die fundamentale Bedeutung der Zustimmung für die Gebietsveränderung (S.362). Die Anerkennung der Gebietsveränderung von Seiten Dritter kann diese Zustimmung nicht ersetzen, kann auch nicht als Gewohnheitsrechtsbildung im Sinne des Verlustes des "subjektiven Rechts" angesehen werden, sondern hat im wesentlichen Beweisfunktion. Diese Ergebnisse stehen im Einklang mit der herrschenden Lehre der deklaratorischen Natur der Anerkennung.

Von den Reaktionsmöglichkeiten des ursprünglichen Titelinhabers ist vor allem die praktisch bedeutsame Figur des *acquiescence* problematisch. K o h e n versteht *acquiescence* als die stillschweigende Zustimmung zu einer gegebenen Situation, nicht lediglich als Vermutung. Tatbestandsvoraussetzungen sind die Kenntnis der Akte oder Behauptungen, denen konkludent zugestimmt wird, die Absicht, sich zu äußern, schließlich – das problematischste Element – die nach der vorliegenden Situation bestehende objektiv zu beurteilende Obliegenheit zum Widerspruch, die klare und konstante Akzeptanz der Fakten und Situationen, die das andere Völkerrechtssubjekt geschaffen hat, und endlich das Fehlen von Willensmängeln. Wichtig ist ferner, daß Zeitablauf nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Rechtsfolgen des *acquiescence* sind keinesfalls immer Verzicht auf Souveränität oder Akzeptanz der Souveränitätsrechte der Gegenpartei, sondern können sich auf die Interpretation eines Titels oder den Nachweis der subjektiven Vorstellungen von Parteien beschränken.

Im dritten Hauptteil wird die Figur des bestrittenen Besitzes in Beziehung zu allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts gesetzt. Von besonderem Interesse ist der Einfluß des Selbstbestimmungsrechts der Völker auf den Erwerb des Gebietstitels durch effektive Herrschaft. K o h e n faßt das Selbstbestimmungsrecht nicht als ein Rahmenrecht auf, das je nach Situation auch lediglich ein Recht auf interne Selbstbestimmung etwa in Form territorialer Autonomie beinhalten kann, sondern als monolithisches Recht eines Volkes auf vollständig freie Wahl der Regierungsform. In der Konsequenz dieser Sichtweise liegt die strenge Scheidung von Minderheit (mit beschränkten politisch-kulturellen Rechten) und Volk (S.411). Diese ist allerdings mit im Hinblick auf die historische Zufälligkeit der territorial-politischen Situation von Volksgruppen und die letztlich zugrundeliegenden menschlichen Bedürfnisse (deren Befriedigung sowohl Selbstbestimmungsansprüche als auch Forderungen nach Minderheitenschutz dienen) angreifbar.

Die entscheidende Weichenstellung für die Rechtswirkungen eines behaupteten Rechts auf Selbstbestimmung im konkreten Fall liegt in der Bestimmung seines Trägers. Kohen lehnt die üblichen gemischt objektiv-subjektiven Definitionen von Volk ab und schlägt einen "territoriumsbezogenen" Begriff vor (S. 413 ff.). Dieser stellt auf die Rechtsnatur des Territoriums ab, in dem eine bestimmte Gruppe ansässig ist. Nur wenn dieses Territorium rechtlich als eigenständig anerkannt ist (Kolonie, Gliedstaat in einem Bundesstaat) könne man seine Bewohner als ein 'Volk' bezeichnen. Dieser insbesondere von Cassese vertretene Ansatz steht nicht im Einklang mit dem allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz der Unbeachtlichkeit interner Staatsorganisation und ist auch rechtspolitisch bedenklich, da er Oberstaaten dazu ermutigt, Gebieten im Inneren keine Autonomie einzuräumen, um die Zuerkennung eines Selbstbestimmungsrechts zu verhindern. Letztlich zeigt auch Kohens Definitionsversuch, mit dem er Kurden, Tibetern und Tschetschenen die Volks-Eigenschaft abspricht, daß jede Begriffsbestimmung von Volk zu Aporien führt, da jegliche Gruppenzuordnung letzten Endes nicht frei von Willkür ist.

Für die Zwecke der Untersuchung sind zwei Konstellationen der Selbstbestimmung zu unterscheiden. Erstens stellt sich die Frage, ob die Zustimmung der Bevölkerung eines umstrittenen Gebietes die ursprüngliche Rechtswidrigkeit eines Besitzes heilen kann, was Kohen verneint mit der Begründung, daß die Veranstaltung von Referenden oder Plebisziten in umstrittenen Gebieten kein Anwendungsfall des Selbstbestimmungsrechts sei (S. 409). Dies ist im Lichte der jüngeren Staatenpraxis nicht haltbar. Die zahlreichen gebietsbezogenen Referenden, die nach 1989 im Zuge der Auflösung der Sowjetunion (in sieben Republiken plus den drei baltischen, sowie in weiteren Untereinheiten) und Jugoslawiens (in allen Republiken außer in Serbien), aber auch in Eritrea, Puerto Rico usw., abgehalten wurden, wurden sämtlich mit dem völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrecht begründet. Diese Referenden fanden auch – mit Ausnahme der Abstimmung in Eritrea – nicht, wie Kohen irrtümlich annimmt, aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung statt, sondern unilateral auf Betreiben der Volksvertreter und führten meist zur staatlichen Unabhängigkeit. Die jüngeren Beispiele von Gebietsveränderungen ohne (auch nicht über allgemeine demokratische Wahlen erfolgte) Konsultation der Bevölkerung rechtfertigen es nicht, den Willen der Bevölkerung als von Völkerrechts wegen vollkommen unbeachtlich bei der Grenzziehung zu bezeichnen. Kohens hier eigentümlich staatenzentrierte Sichtweise steht in einem gewissen Gegensatz zum insgesamt "konstitutionalistischen" Verständnis der Völkerrechtsordnung, die das gesamte Werk trägt.

Zweitens stellt sich die Frage, ob gültige Gebietstitel aufgrund eines entgegenstehenden Selbstbestimmungsrechts unwirksam werden können. Dies kann für die Titel der Kolonialmächte unproblematisch bejaht werden. Kohen bejaht die Frage allgemein (S. 421 ff.). Das Selbstbestimmungsrecht macht also in diesem Fall die Zustimmung des entrechteten früheren Titelinhabers entbehrlich. Dieses Ergebnis fügt sich in die Gesamtargumentation sehr gut ein, denn hier wird der frühere Titel nicht durch Effektivität verdrängt, sondern durch eine "neue Legalität" (S. 424).

Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit liegt auf dem *uti possidetis*-Prinzip, das zunächst als "Paradigma des Verhältnisses zwischen Besitz und Gebietshoheitstiteln" gehandelt wird und im Ergebnis als echter Gebietstitel bezeichnet wird (S. 485). *Uti possidetis* stellt sich als Ordnungsfaktor dar, der ursprünglich die Kolonien gegen Ansprüche der Kolonialmacht schützen sollte, daneben – und in der Folgezeit ausschließlich – die Grenzen zwischen den früheren Kolonien stabilisiert. Die Gebietsverteilung wird so unabhängig von (wechsels-

den) Machtverhältnissen und effektiver Beherrschung perpetuiert. *Uti possidetis* funktioniert also ebenso, sogar in besonders deutlichem Maße wie andere Quellen der Gebiets-hoheit: Effektivität allein kann einen bestehenden Titel nicht aushebeln.

Die einzelnen Ergebnisse der Untersuchung sind zum allergrößten Teil plausibel, jedoch fehlt es verschiedentlich an der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit der Schlussfolgerungen. Dies liegt an zwei Eigenarten der Arbeit. Zum einen ist die Argumentation teilweise stark gerafft, was von viel Übersicht zeugen mag, manchmal erschien sie der Rezensentin unsystematisch. Zum zweiten wird – vom Autor ausdrücklich beabsichtigt – relativ sparsam Literatur nachgewiesen. Eine graphische Darstellung zu den Gebietserwerbstiteln, zwei brauchbare Indices, Kartenskizzen von umstrittenen (insbesondere lateinamerikanischen) Gebieten und nicht zuletzt das detaillierte Inhaltsverzeichnis machen das umfangreiche Buch gut erschließbar.

Insgesamt stellt Kohens Werk eine überzeugende Absage an die "realistische" Position dar, nach der die effektive Beherrschung eines Gebiets Recht schafft, und die in letzter Konsequenz die Abdankung des Völkerrechts impliziert (vgl. S.159). Daß Kohens als Motto versehentlich aus dem europäischen "Wölkerrecht" zitiert, macht kein Luftschloß aus seiner eindrucksvollen Arbeit.

Anne Peters, Kiel

Nascimbene, Bruno: La Condizione giuridica dello straniero. Padova: Cedam 1997. XIV, 542 S. Lire 68.000.-

Das Ausländerrecht Italiens ist in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Regelungen gewesen, die jedoch insgesamt mehr ein Mosaik als eine organisch-systematische Ordnung der Materie darstellten. Durch neue Aspekte im Flüchtlingsbereich, durch globale Bemühungen im europäischen Raum, insbesondere die Verträge von Dublin und Schengen, wurden ständig Anpassungen des geltenden Rechts erforderlich, die letztlich in einer völligen Neuordnung der Materie gipfeln sollten, die inzwischen durch Gesetz Nr.40 vom 6. März 1998 zunächst einmal für den Bereich Einwanderung und Stellung des Ausländers Wirklichkeit geworden ist. Das zweite ergänzende Gesetz über humanitäre Fragen und Asylrecht steht kurz vor seiner Verabschiedung. Diese umfassende Reform ist das Ergebnis der Schwächen und Lücken der alten aber auch der seit 1990 erfolgten Gesetzgebung, deren Darstellung den Schwerpunkt des Buches ausmacht und somit einen bedeutenden Beitrag zum Verständnis der Neuregelung bietet.

Teil 1 des Bandes zeigt zunächst einmal die Hintergründe für die gesetzgeberische Tätigkeit der 90er Jahre auf. Es wird das bis dahin geltende Recht kurz dargestellt und damit die Notwendigkeit der Neuordnung des Ausländerrechts in Italien verdeutlicht. Aber auch die zahlreichen Regelungen der 90er Jahre, insbesondere die *ad hoc*-Anpassungen im Wege von gesetzesvertretenden Verordnungen, konnten als Flickwerk keine befriedigende Lösung bilden, zumal sie mangels Bestätigung durch das Parlament und damit Umwandlung in ein Gesetz auch nur beschränkte Gültigkeit besaßen. Hinzu kamen zahlreiche Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die die Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts offenlegten, sowie die erforderliche Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung der Menschenrechtsorgane in Straßburg, die dann zu den genannten Reformvorschlägen führten.

Diese Vorschläge konzentrierten sich auf zwei große Bereiche: zum einen Fragen der Einwanderung und Rechtsstellung des Ausländers in Italien, zum anderen, und dieser Teil geht besonders auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zurück, der humanitäre Aspekt und das Asylrecht. Insbesondere beim Asylrecht wurden auch die inzwischen ein-