

Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Internationales Recht

Band 49

35. Tagung in Berlin
15. bis 17. März 2017

Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick Migrationsbewegungen

Herausgegeben von

Nina Dethloff, Georg Nolte, August Reinisch

Rede von

Sigmar Gabriel

Referate und Thesen von

Daniel-Erasmus Khan, Peter Mankowski,
Oliver Diggelmann, Jutta Brunnée,
Robert Uerpmann-Witzack, Marc-Philippe Weller,
Markus Kotzur, Bea Verschraegen

mit Diskussion

with English Summaries
of the Reports



C.F. Müller

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8114-4607-6

E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Telefon: +49 89 2183 7923

Telefax: +49 89 2183 7620

www.cfmueller.de

www.cfmueller-campus.de

© 2018 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Gottemeyer, Rot

Druck: CPI Clausen & Bosse, Leck

Vorwort

Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht veranstaltete vom 15. bis 17. März 2017 ihre 35. Zweijahrestagung in Berlin, wo sie vor hundert Jahren gegründet wurde. Gastgeber waren die Humboldt-Universität zu Berlin und die Freie Universität Berlin.

Das wissenschaftliche Programm wurde durch die Begrüßungsansprachen der beiden Veranstalter, Heike Krieger und Georg Nolte, von den beiden gastgebenden Universitäten sowie durch eine Festrede des ehemaligen Richters am Internationalen Gerichtshof, Thomas Buergenthal, Ehrenpräsident der American Society of International Law, eröffnet.

Unter dem Motto „Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick“ referierte zunächst Daniel-Erasmus Khan über „Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht von 1917-1933“.

Am nächsten Tag wurde der historische Rückblick, nach einem Grußwort der Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin, Sabine Kunst, mit dem Referat von Peter Mankowski über „Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung“ fortgesetzt.

Im Anschluss daran bat Außenminister Sigmar Gabriel zu einem Festakt zum 100-jährigen Bestehen der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht in das Auswärtige Amt und würdigte die Tätigkeit der Gesellschaft und die Rolle des internationalen Rechts.

Die Vorträge von Oliver Diggelmann über „Zugänge zum Völkerrecht in Europa 1918-1939“ und Jutta Brunnée über „Völkerrechtskritik – Gestern und Heute“ setzten den Programmteil „Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick“ fort. Nach den Aussprachen zu den Vorträgen luden die Veranstalter zu einem festlichen Konferenz-Dinner in das „Kronprinzenpalais“ Unter den Linden.

Der dritte Konferenztag wurde durch Grußworte des Vizepräsidenten der Freien Universität Berlin, Klaus Hoffmann-Holland, und des Leiters der Rechtsabteilung des Auswärtigen Amtes, Michael Koch, eröffnet. Dieser Tag war den Herausforderungen an Völkerrecht und Internationales Privatrecht durch „Migrationsbewegungen“ gewidmet. Einleitend referierten Robert Uerpman-Witzack über „Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen durch Völkerrecht“ und Marc-Philippe Weller über „Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration“. Die beiden Referate von Markus Kotzur zu „Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht“ und Bea Verschraegen über „Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von Migrationsbewegungen für das Privatrecht“ rundeten das Tagungsprogramm ab.

Die Gesellschaft bedankt sich herzlich für vielfältige Unterstützung bei ihren institutionellen Förderern, also dem Auswärtigen Amt, der BMW Stiftung Herbert Quandt, der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freien Universität Berlin, der Konrad-Adenauer-Stiftung sowie den Verlagen C.H.Beck/Franz Vahlen, Duncker & Humblot, juris lex, Mohr Siebeck, C.F. Müller, Nomos und Springer.

Ganz besonders herzlich möchten sich die Herausgeber und für die Tagung verantwortlichen Vorstandsmitglieder bei denjenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bedanken, welche die Tagung durch ihr außerordentliches Engagement haben gelingen

lassen. Chris Gutmann (Humboldt-Universität) und Andreas Buser (Freie Universität) haben alle organisatorischen Aktivitäten gemeinsam mit Juliane Brauer (Humboldt-Universität), Kerstin Schuster (Humboldt-Universität) und Bozena Sikora (Freie Universität) ausgezeichnet geplant, angestoßen und koordiniert. Sie stehen stellvertretend für viele andere Helferinnen und Helfer.

Ebenso danken die Herausgeber Herrn Jan Philipp Cludius (Humboldt-Universität Berlin), Frau Susanne L. Gössl (Universität Bonn), Herrn Philipp A. Janig (Universität der Bundeswehr München), Frau Martina Mittermayer (Universität Wien), Herrn Bakhoul Samedov (Universität Bonn), Frau Sabrina Schäfer (Humboldt-Universität Berlin), Herrn Clemens Treichl (Universität Wien) sowie Frau Isabel Walther (Humboldt-Universität Berlin) für die akribische Unterstützung bei der Endredaktion der Beiträge.

Bonn, Berlin und Wien, im Januar 2018

*Nina Dethloff, Georg Nolte
August Reinisch*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>von Nina Dethloff, Georg Nolte und August Reinisch</i>	
 <i>Heike Krieger und Georg Nolte</i>	
Begrüßung	1
 <i>Thomas Buergenthal</i>	
Grußwort zum 100-jährigen Jubiläum der Gesellschaft	7
 <i>Daniel-Erasmus Khan</i>	
Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht von 1917 bis 1933	11
Thesen	36
Summary	38
Diskussion <i>zum Referat Khan</i>	41
 <i>Peter Mankowski</i>	
Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung	45
Thesen	125
Summary	127
Diskussion <i>zu den Referaten Khan und Mankowski</i>	129
 <i>Sigmar Gabriel</i>	
Rede	141
 <i>Oliver Diggelmann</i>	
Zugänge zum Völkerrecht in Europa 1918–1939	149
Thesen	163
Summary	165
 <i>Jutta Brunnée</i>	
Völkerrechtskritik – Gestern und Heute	167
Thesen	192
Summary	194
Diskussion <i>zu den Referaten Diggelmann und Brunnée</i>	197
 <i>Robert Uerpman-Witzack</i>	
Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen durch Völkerrecht	215
Thesen	238
Summary	243

<i>Marc-Philippe Weller</i>	
Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration	247
Thesen	266
Summary	269
Diskussion zu den Referaten Uerpmann-Witzack und Weller	271
<i>Markus Kotzur</i>	
Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht	295
Thesen	315
Summary	320
<i>Bea Verschraegen</i>	
Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von Migrations- bewegungen für das Privatrecht	325
Thesen	372
Summary	379
Diskussion zu den Referaten Kotzur und Verschraegen	387
Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V.	405

Begrüßung

Durch Heike Krieger und Georg Nolte

Frau Krieger: Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Gäste! Herzlich willkommen! Herzlich willkommen zur Tagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht. Aus Sicht einer Veranstalterin heißt das: Endlich geht's los! Endlich geht los, worauf sich unsere Mitarbeiter und wir schon lange vorbereitet haben. Besonders die letzten Tage waren von gespannter Vorfreude geprägt, gerade so, als ob man zuhause eine große Geburtstagsparty plant. Und eine Geburtstagsparty feiern wir ja auch, schließlich geht es um das 100-jährige Jubiläum unserer Gesellschaft – eine recht alte Dame. Und auch wenn man Damen nicht vergleichen soll und alte Damen schon gar nicht: Damit sind wir immerhin 5 Jahre älter als die Staatsrechtslehrervereinigung, aber doch noch 25 Jahre jünger als die Tante Hertha – eine andere alte Dame in Berlin. Wie bei jedem runden Geburtstag werden wir Festreden auf die Jubilarin hören, die sich – hier vom Rednerpult aus sieht man das ganz klar – bester Gesundheit erfreut und sich – kontraintuitiv – ständig verjüngt.

Eine robuste Gesundheit braucht unsere Gesellschaft allerdings auch. Denn die Geburtstagsfreude ist nicht ganz ungetrübt. Noch vor einigen Jahren hätten wir den Blick auf das Leben der Jubilarin im sicheren Bewusstsein geworfen, dass die Bedingungen für Geltung und Befolgung des internationalen Rechts sich bei allem Auf und Ab stetig verbessert haben. Aber viele solcher Gewissheiten sind allein im letzten Jahr erschüttert worden. Nach Brexit und Trump, Erdogan und Putin und der folgenden politischen Rhetorik und den diplomatischen Scharmützeln ist die Richtung, die die Entwicklung des internationalen Rechts in der nächsten Dekade nehmen mag, alles andere als klar. Der Weg zu mehr Europäisierung, mehr Internationalisierung, mehr Global Governance scheint nicht mehr sicher und selbstverständlich. Die Fragen, ob die Europäische Union sich zu einem Staat entwickelt oder ob wir das Völkerrecht als Weltbinnenrecht deuten können, wirken wie aus einer anderen fast schon fern vergangenen Zeit. Für Völkerrechtler meiner Generation ist dies die vielleicht erste nachhaltige Erfahrung mit einer solchen doch grundsätzlich anmutenden Infragestellung des eigenen Forschungsgegenstandes, konnten doch vorhergehende Krisen und Erschütterungen letztlich als Bestätigung der Wirkungskraft des internationalen Rechts gewertet werden. Ob dies weiterhin der Fall sein wird, wird sich erweisen müssen. Diese eigene Erfahrung hier und jetzt macht den Blick zurück in die Geschichte der Gesellschaft, den wir heute und morgen werfen werden, umso aktueller. Auch die DGIR ist als Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht mitten im Ersten Weltkrieg in einer Umbruchphase gegründet worden, in der die Richtung, die das internationale Recht und die internationale Ordnung nehmen würde, offen war. So fremd diese Zeit und ihre Sprache uns heute anmuten mögen, wird es spannend sein zu sehen, wieweit Parallelen tragen und welche Pfadabhängigkeiten geschaffen worden sind, die unsere Tätigkeit heute noch beeinflussen. Damit kann der Blick zurück auch den Ausblick informieren, den wir auf die Migrationsbewegungen der Gegenwart werfen wollen, die gerade auch das Internationale Privatrecht in besonderer Weise herausfordern.

Das alles macht den Ort unserer Geburtstagsfeier, die Stadt Berlin, geradezu zu einem Klischee. Dass Berlin und seine beiden juristischen Fakultäten für das Auf und Ab nicht nur der deutschen, sondern auch der globalen Geschichte stehen, ist ein Stereotyp. Doch in einer Zeit, in der Mauern von manchen wieder als Antwort auf Migrationsbewegungen verstanden werden, kann man einem solchen Stereotyp nur schwer entkommen. Immerhin ist es ja auch ein Stereotyp, das die Aussicht auf ein Happy End verspricht.

Dabei war in der Vergangenheit das Verhältnis der beiden Berliner Universitäten und ihrer juristischen Fakultäten nicht immer leicht. Ihren der deutschen Teilung geschuldeten Entstehungsgrund trägt die Freie Universität noch immer in ihrem Namen. Aber auch nach dem Ende des Kalten Krieges stand die Berliner Hochschullandschaft vor neuen großen Herausforderungen. Beide Universitäten mussten sich neu organisieren, vieles wurde grundsätzlich in Frage gestellt. Noch vor zehn Jahren, als ich nach Berlin kam, war die Frage allgegenwärtig, ob Berlin überhaupt zwei juristische Fakultäten braucht. Ich kann sicherlich für HU und FU sprechen, wenn ich sage, dass wir froh sind, dass diese Debatten heute vorüber sind. Umso mehr freuen wir uns, dass wir die Tagung der DGIR als Berliner an HU und FU gemeinsam ausrichten. So erhalten Sie einen Einblick in die beiden Universitäten, die durch sehr unterschiedliche Konzepte, Ideen und Selbstverständnisse geprägt sind und doch auch im Rahmen des neuen Exzellenzwettbewerbes weiter zusammenwachsen werden. Allerdings muten wir Ihnen für diese Einblicke einige kleinere Stadtspaziergänge mit S- und U-Bahnen zu. Immerhin ist die Anreise an die FU mit der U-Bahn gerade jetzt etwas leichter. Fast 60 Jahre nach ihrer Gründung ist im letzten Dezember endlich ein U-Bahnhof nach der Freien Universität benannt worden. Hier müssen auch Sie am Freitag aussteigen, wenn wir Sie von den gepolsterten Sitzen des Fritz-Reuter-Saals auf die harten Bänke des Hörsaals I in der Van't-Hoff-Straße 8 führen. Oder um es in den Worten eines Berliner Immobilienmaklers zu sagen: „Erfüllen Sie sich Ihren Traum vom Südwesten!“

Wir haben uns bemüht, auch im Rahmenprogramm ein wenig von der Vielfalt Berlins einzufangen zwischen Politik und Kunst, Geschichte und Gegenwart. Das alles wäre nicht möglich gewesen, wenn wir nicht großzügige Unterstützung durch verschiedene Spender, aber auch unsere Universitäten erhalten hätten. Hierfür möchte ich mich bereits an dieser Stelle bei unseren Förderern bedanken.

Ich hoffe, wir können Ihnen damit einen gelungenen Rahmen für die Geburtstagsfeier bereiten. Sollte es einmal an etwas fehlen, zögern Sie bitte nicht, uns und unsere Mitarbeiter anzusprechen.

Ich wünsche uns allen eine spannende Tagung mit anregenden Vorträgen, kontroversen Diskussionen und vielen guten Gesprächen. Vielen Dank!

Herr Nolte: Liebe Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren, ich begrüße Sie herzlich zur Zweijahrestagung 2017 der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht in Berlin! Meine Ko-Vorstandsmitglieder, Nina Dethloff und August Reinisch, und ich selbst, wir freuen uns sehr, dass Sie gekommen sind.

Jede Tagung ist eine besondere. Ein Grund, warum diese Berliner Tagung eine besondere ist, ist, dass sie das 100-jährige Gründungsjubiläum unserer Gesellschaft markiert. Die Formulierung „100-jähriges Gründungsjubiläum“ ist allerdings etwas verkürzt. Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht wurde am 6. Januar 1917 in Berlin

gegründet. Im April 1933 hat sie ihre Tätigkeit „suspendiert“. Am 28. April 1949 wurde die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht in Hamburg „wiedergegründet“. Im Jahr 2011 haben wir die Gesellschaft dann in „Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht“ umbenannt und sie als eingetragenen Verein gegründet, der als gemeinnützig anerkannt ist. Die Gesellschaft in ihrer heutigen Form „steht“ laut § 1 ihrer Satzung „in der Tradition der 1917 gegründeten und 1949 wiedergegründeten Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht“. Genau genommen begeht die Gesellschaft in ihrer gegenwärtigen Rechtsform also nicht ihr 100-jähriges Gründungsjubiläum, geschweige denn ihr 100-jähriges Bestehen. Sondern den einhundertsten Jahrestag der Gründung der deutschen wissenschaftlichen Gesellschaft, die sich der Pflege des Völkerrechts und angrenzender Gebiete im Geiste internationaler Zusammenarbeit widmet.

Schon die formalen Einschnitte in der Geschichte der Gesellschaft zeigen, dass der Anlass des einhundertsten Jahrestages ihrer Gründung nicht nur ein Grund zur Freude und Selbstzufriedenheit ist. Es ist offensichtlich, dass zwei dieser drei formalen Einschnitte Brüche in der deutschen Geschichte markieren, die durch die Nazizeit verursacht sind. Über die erste Phase der Gesellschaft und den ersten Einschnitt in ihrer Geschichte, ihre Suspendierung im Jahr 1933, sowie Ausläufer in die Nazizeit hinein wird Daniel Khan sprechen. Über die Nazizeit selbst und über die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg bis heute haben wir keine eigenen Vorträge vorgesehen. Dies hat unterschiedliche Gründe. Über deutsche Völkerrechtswissenschaftler in der Nazizeit ist schon sehr viel geforscht und geschrieben worden. Anders als die Nazizeit ist die wissenschaftsgeschichtliche Entwicklung der Nachkriegszeit nach 1945 in unseren beiden Fächern bislang noch nicht intensiv erforscht. Allerdings betrachtet die Gesellschaft die wissenschaftsgeschichtliche Entwicklung dieser Zeit als Desiderat. Sie hat gerade eben, auf ihrer Mitgliederversammlung, den Preis für die beste völkerrechtliche Dissertation an Dr. Felix Lange für seine Arbeit über „Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945“ verliehen. Bei dieser Tagung wollen wir aber aus Anlass der Gründung vor hundert Jahren den Fokus auf die Ursprünge der Gesellschaft und auf übergreifende Entwicklungen bis heute legen.

Das heißt, liebe Kolleginnen und Kollegen, dass wir auf dieser Tagung nicht einfach nur einhundert Jahre Geschichte in Abschnitten und gar selbstreferentiell rekapitulieren. Vorstand und Rat ging es bei der Programmgestaltung darum, dass wir aus den Bedürfnissen unserer eigenen Zeit heraus in langfristiger Perspektive diskutieren. Hierfür gibt es Anlass. In jüngster Zeit ist uns die Bedeutung des Ersten Weltkriegs für uns heute durch viele wissenschaftliche und populäre Publikationen vor Augen geführt worden. Die Bedeutung dieses Krieges für die Entwicklung des Völkerrechts wird von Historikern gerade wieder diskutiert, etwa in der hier eingereichten Habilitationsschrift von Markus Payk, die den Titel trägt: „Frieden durch Recht? – Der Aufstieg des modernen Völkerrechts und der Friedensschluss nach dem Ersten Weltkrieg“. Manche der jüngeren Werke, etwa Christopher Clarks „Sleepwalkers“, haben dazu beigetragen, uns diese Zeit in einer gesamteuropäischen und globalgeschichtlichen Perspektive wieder näher zu rücken, sie neu zu betrachten, und dabei auch Phänomene zu entdecken, die uns heute wieder relevant erscheinen. Auch deshalb sollten wir das Völkerrechtsdenken im Europa der Zwischenkriegszeit in den Blick nehmen. Diese Zwischenkriegszeit ist uns, für viele überraschend, als Referenzzeit plötzlich wieder ganz nahe gerückt, angesichts des heute wieder aufwallenden Populismus, des heute wieder propagierten Protektionismus, des aktuellen Infragestellens internationaler Institutionen, internationaler

Zusammenarbeit und sogar der Globalisierung selbst. Den schwankenden Untergrund des Völkerrechts erörtert Oliver Diggelmann aus der Perspektive des europäischen Kontexts für die deutsche Völkerrechtswissenschaft während der Zwischenkriegszeit. Jutta Brunnée wird den Brückenschlag in unsere Zeit noch ausdrücklicher vornehmen, indem sie über „Völkerrechtskritik gestern und heute“ spricht.

Oliver Diggelmann und Jutta Brunnée stehen auch dafür, dass die Gesellschaft ihre Mitgliedschaft nach dem Zweiten Weltkrieg so erweitert hat, dass das Wort „Deutsch“ in ihrem Namen immer deutlicher die Bedeutung „Deutschsprachig“ angenommen hat. An dieser Stelle möchte ich daher alle diejenigen unter Ihnen noch einmal herzlich begrüßen, die als deutschsprachige Völkerrechtlerinnen und Völkerrechtler und Internationalprivatrechtlerinnen und Internationalprivatrechtler aus Österreich, der Schweiz und anderen Ländern nach Berlin gekommen sind.

Der dritte Vortrag im Rahmen des historischen Teils gilt dem Internationalen Privatrecht und seiner Entwicklung im Verhältnis zum Völkerrecht. Das Völkerrecht und das Internationale Privatrecht blicken auf eine lange gemeinsame Geschichte zurück. Diese Gemeinsamkeit wird heute noch von altherwürdigen Institutionen wie dem Institut de Droit International und der Haager Akademie gepflegt. In diesem Geist sind Internationalprivatrechtler auch immer ein wichtiger Teil der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht gewesen. Die Umbenennung der Gesellschaft im Jahr 2011 ging maßgeblich auf die Initiative von Dagmar Coester-Waltjen, also einer Internationalprivatrechtlerin, zurück. Damit sollte Gemeinsamkeit unterstrichen werden. Allerdings kann man auch fragen, ob sich diese Gemeinsamkeit im Zuge der Globalisierung, so diese sich denn fortsetzt, verstärkt oder abschwächt. Die Antwort auf diese Frage kann Konsequenzen für die wissenschaftliche Identität und die mitgliedschaftliche Zusammensetzung unserer Gesellschaft haben. Peter Mankowski wird diese Frage morgen früh aufgreifen und eine wissenschaftspolitisch wie historisch notwendige Diskussion anstoßen.

Das zweite Oberthema unserer Tagung bedarf keiner näheren Begründung. Migrationsbewegungen sind eine der großen Herausforderungen für das Zusammenleben der Menschen und Staaten auf dem Globus und damit auch für die Wissenschaft des internationalen Rechts. Hierbei geht es nicht nur um die Interpretation des geltenden Rechts, sondern auch um seine sinnvolle Fortentwicklung, um die Bewahrung menschlicher Mindeststandards, und um die Erarbeitung globalpolitisch nachhaltiger Lösungen. Unabhängig davon, wie wir das Verhältnis von Völkerrechts und Internationalem Privatrecht am Donnerstag generell bewerten werden, bin ich zuversichtlich, dass Robert Uerpmann-Wittzack, Marc-Philippe Weller, Markus Kotzur und Bea Verschraegen am Freitag wichtige und notwendige Verbindungen unserer beiden Fachperspektiven gerade bei diesem Thema deutlich machen werden.

Ich freue mich, dass die Tagung in diesem Jahr, einhundert Jahre nach der Gründung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Berlin, wieder in Berlin stattfinden wird. Das letzte Mal hat die Gesellschaft im Jahr 1985 in Berlin getagt. Damals hatte die Gesellschaft 220 Mitglieder, von denen 77 an der Tagung teilnahmen. Heute hat die Gesellschaft 517 Mitglieder, von denen über 200 gekommen sind. Sie sehen, die Anwesenheitsquote hat sich leicht erhöht. Damals hat die Gesellschaft im Reichstagsgebäude getagt. Heute steht dieses Haus für wissenschaftliche Veranstaltungen nicht mehr ohne Weiteres zur Verfügung. Damals hatten die beiden Berliner juristischen Fakultäten aus, sagen wir mal, globalpolitischen Gründen kein so enges Verhältnis. Deshalb

hat Albrecht Randelzhofer, den ich hier besonders begrüßen möchte, die Tagung 1985 örtlich allein organisiert. Heute bestehen gute Beziehungen zwischen den beiden großen Berliner Universitäten. Deshalb freue ich mich besonders, dass Heike Krieger und ich diese Tagung gemeinsam an HU und FU veranstalten. Noch ein Punkt zu Berlin als Veranstaltungsort: Im Jahr 1985 unternahmen die Teilnehmerinnen und Teilnehmer eine Fahrt durch Kreuzberg, die ihnen „aktuelle Probleme des ‚völkerrechtlichen Unikats‘ Berlin nahebrachte“, und die Tagung endete mit einem Empfang des Präsidenten der Stiftung Preußischer Kulturbesitz. Heute ist Kreuzberg nicht mehr so exotisch wie damals. Deshalb werden wir stattdessen einen Ausflug zu einem Ort machen, in dem die Stiftung Preußischer Kulturbesitz bald wertvollste Teile ihrer Sammlungen unterbringen wird, also zur Baustelle des Humboldt-Forums im Berliner Schloss. Ich freue mich, dass sich so viele von Ihnen zu der Führung am Samstag angemeldet haben. Ihr Interesse ist sehr verständlich, denn das Konzept des Humboldtforums entspricht ja letztlich genau dem Gegenstand unseres internationalen Rechts, das „unterschiedliche Kulturen und Perspektiven zusammenführt und nach neuen Erkenntnissen zu aktuellen Themen wie Migration, Religion und Globalisierung sucht“. Mal sehen, vielleicht können wir die Vertreter der „Stiftung Humboldtforum im Berliner Schloss“ ja sogar noch überzeugen, auch der Wissenschaft des internationalen Rechts wieder ein paar Räume im Schloss zu überlassen, so wie es bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs für die beiden Kaiser-Wilhelm-Institute der Fall gewesen ist.

Bevor ich zu meinem letzten Punkt komme, möchte ich mich noch herzlich bei unseren großzügigen Förderern bedanken, ohne die diese Tagung so nicht stattfinden könnte: Da sind zunächst das Auswärtige Amt, die BMW Stiftung Herbert Quandt, und die Konrad-Adenauer-Stiftung. Dann die Verlage C. F. Müller, C. H. BECK, Duncker & Humblot, juris, Mohr Siebeck, Nomos und Springer. Deren Publikationen und Angebote finden Sie auf den Büchertischen unten. Und schließlich unsere Universitäten, die Freie Universität Berlin und die Humboldt-Universität zu Berlin. Sie haben uns als Organisatoren mit ihrer neu eingeführten Trennungsrechnung zu Recht vor Augen geführt, dass sie auch zu den Sponsoren gehören.

Last, but not least: Auf unseren Tagungen haben immer auch einmal Vertreterinnen oder Vertreter anderer Gesellschaften des internationalen Rechts ein Grußwort gesprochen. Diese Tradition ist in einer Zeit supra- und transnationaler wissenschaftlicher Gesellschaften vielleicht nicht mehr so sinnvoll wie früher. Ich finde aber, dass es für unsere Tagung heute dafür einen besonders guten Grund gibt. Einhundert Jahre nach der Gründung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht darf ich mit Thomas Buergenthal einen Ehrenpräsidenten der schon vor 110 Jahren gegründeten American Society for International Law begrüßen. Thomas Buergenthal vertritt aber nicht nur unsere amerikanische Schwestergesellschaft als akademischer Kollege, und er ist auch nicht nur als ehemaliger Richter am Internationalen Gerichtshof und am Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte hier. Als eine vom Nazi-Regime ausgebürgerte und verfolgte Person erinnert er uns auch an eine Zeit der deutschen Geschichte, die für unser Selbstverständnis und für unsere Sicht auf die letzten hundert Jahre eine zentrale Rolle spielt. Ich bin sehr froh, und wir sind alle geehrt, dass Thomas Buergenthal mit seiner Gattin Peggy die Strapaze der langen Reise aus Washington auf sich genommen hat, um heute bei uns zu sein und gleich zu uns zu sprechen.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche Ihnen eine anregende Tagung! Lieber Tom Buergenthal, Sie haben das Wort!

Grußwort zum 100-jährigen Jubiläum der Gesellschaft

Von Thomas Buergenthal, Washington, D.C.

Lieber Georg, liebe Freunde und Kollegen,

Es ist mir eine große Freude, heute mit Ihnen zusammen zu sein und Ihnen zu Ihrem 100-jährigen Gründungsjubiläum gratulieren zu dürfen. Wie Sie sicherlich wissen, ist die *American Society of International Law*, meine wissenschaftliche Heimat, ein paar Jahre älter als Ihre Gesellschaft. Sie ist aber nicht dadurch hervorgehoben – ich benutze dieses Wort ganz bewusst – dass sie sich wie die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht gezwungen sah, sich während der Nazi Herrschaft aufzulösen. Die Tatsache, dass sie direkt nach Ende des Krieges wiedergegründet wurde, deutet für mich darauf hin, dass sie auch während dieser entsetzlichen Zeit in den Gedanken jener Völkerrechtler überlebt hatte, die stets an die Wichtigkeit des Völkerrechts geglaubt hatten und die Deutschland wieder als Teil dieser besonderen universellen Rechtsordnung sehen wollten. Aus diesem Grund bin ich sehr froh, diesen bedeutenden Geburtstag heute mit Ihnen feiern zu dürfen. *Meine herzlichen Glückwünsche zu diesem wichtigen Geburtstag.*

Es ist mir auch eine große Ehre, Ihnen auf die Bitte von Lucinda Low, der Präsidentin der *American Society of International Law*, im Namen der American Society herzliche Glückwünsche zu Ihrem hundertsten Jubiläum auszurichten und Ihnen zu Ihren wichtigen und wertvollen Beiträgen zum Völkerrecht und der Herrschaft des Rechts zu gratulieren.

Heute bin ich erst das vierte Mal in Berlin. Das erste Mal war im Februar 1945; ja tatsächlich, im Februar 1945! Es war ein kurzer Zwischenstopp an einem Berliner Bahnhof, wo unser Güterzug auf seinem Weg von Auschwitz nach Sachsenhausen kurz anhielt. In diesem Zug habe ich, hungrig und frierend und gerade einmal zehn Jahre alt, etwas erlebt, was ich niemals vergessen habe: Eine vorbeigehende deutsche Frau, die den Zug voller hungernder Häftlinge aus dem Konzentrationslager sah, ließ ihrem Hass freien Lauf, indem sie laut genug, dass ich es hören konnte, sagte: „*Es stinkt schon wieder nach Juden.*“ Einige Minuten später kam einer unserer SS-Wachen mit einer dampfend heißen Tasse Kaffee aus dem Restaurant und sah, wie ich begierig auf den Kaffee starrte, und er reichte ihn mir. Ich war zu jung, um es damals zu begreifen, aber als ich später über das Erlebte nachdachte, bildete sich bei mir die Überzeugung, dass die Geisteshaltung der Frau das symbolisierte, was Nazi-Deutschland erst möglich gemacht hatte, während die unerwartete Geste des jungen SS-Wachmanns die Einstellung charakterisierte, die es Deutschland möglich gemacht hat, diese schreckliche Vergangenheit zu bewältigen und das zu werden, was es heute ist – einer der weltweit führenden demokratischen Verfassungsstaaten.

Jüngst wurde ich überrascht, als mich einer meiner drei Söhne – sie sind inzwischen alle über fünfzig – fragte, ob ich noch Omas deutschen Pass hätte – und hinzufügte, „*Wir könnten ihn bald nötig haben*“. Auch habe ich kürzlich mitbekommen, wie ein Mann einer Gruppe von Freunden in einem Restaurant erzählte, dass er gehört habe, er könne die italienische Staatsbürgerschaft annehmen, da sein Großvater aus Italien

in die Vereinigten Staaten eingewandert sei. Dies sind einige der Fragen, über die Amerikaner beginnen nachzudenken, wenn sie sich Gedanken über die Zukunft der Vereinigten Staaten unter Präsident Trump machen. Ich glaube nicht, dass es bereits soweit ist, aber ich kann nicht leugnen, dass die politische Unruhe, die durch die Wahl von Präsident Trump entstanden ist, und das, was er, seit er an der Macht ist, gesagt und getan hat, einer wachsenden Zahl von Amerikanern Angst macht, auch mir. Ich glaube allerdings auch, dass die USA die politischen, verfassungsrechtlichen und institutionellen Kontrollmechanismen sowie eine gefestigte demokratische Tradition besitzen, die Trumps autoritäre Instinkte zügeln können. Es lässt sich nicht leugnen, dass er solche Instinkte besitzt. Die institutionellen Sicherungen, welche meiner Meinung nach die wichtigste Rolle spielen werden, sind die amerikanischen Gerichte, und zwar sowohl auf Ebene des Bundes als auch der Einzelstaaten. Das konnte man bereits an den Entscheidungen amerikanischer Gerichte zu dem ersten Einreiseverbot aus sieben muslimischen Staaten sehen. Lassen Sie uns auch nicht die anhaltenden Demonstrationen gegen Trumps Politik gegenüber Muslimen vergessen. Diese Demonstrationen spiegeln eine Haltung wider, die von einer großen Zahl Amerikaner geteilt wird, welche religiöse oder rassistische Intoleranz ablehnen und die weiter auf die Barrikaden gehen werden, um gegen das zu kämpfen, was sie als unamerikanische Politik sehen.

Was nun die Auswirkungen anbelangt, die die Präsidentschaft Trumps auf den Einsatz der USA für das Völkerrecht und insbesondere die Menschenrechte haben wird, bin ich sehr pessimistisch gestimmt. Der ignorante und anmaßende Nationalismus, der sich in Trumps Politik und seinen Ankündigungen widerspiegelt, misst dem Völkerrecht keine besondere politische Bedeutung bei. Er respektiert Macht, nicht rechtliche Regeln, und er wird sich nur an sie halten, wenn er dazu gezwungen wird oder wenn er sie als seinen persönlichen politischen oder wirtschaftlichen Interessen dienlich ansieht. Die einzigen amerikanischen Institutionen, die zum jetzigen Zeitpunkt sowohl die Fähigkeit als auch ein Interesse daran haben zu verhindern, dass der Einsatz der USA für das Völkerrecht nachlässt, scheinen große amerikanische Unternehmen zu sein, insbesondere Technologieunternehmen. Diese brauchen internationale Regeln und Märkte, um ihre weltweiten Geschäftsbeziehungen zu fördern. Sie haben bereits angefangen ihre Stimme zu erheben und das ist gut so, denn sie besitzen, was nötig ist, um sich Gehör zu verschaffen – besonders vor dem amerikanischen Kongress.

Es tut mir auch leid eingestehen zu müssen, dass das Völkerrecht und die Menschenrechte heute ganz allgemein nicht mehr dieselbe Unterstützung und Achtung wie in den letzten Jahren erfahren. Der wachsende Nationalismus in Europa und in den USA schwächt die Europäische Union und die NATO. Brexit ist nicht die einzige Bedrohung für ein vereintes Europa, wenn man sich das Gepolter der nationalistischen Rechten in einigen EU-Mitgliedstaaten anhört, sowohl im Westen und als auch im Osten. Eine geschwächte NATO und Präsident Trumps kuriose Liaison mit Präsident Putin bestärken die russische Abenteuerlust – ganz zu schweigen von Chinas jüngsten expansionistischen Schachzügen im Südchinesischen Meer, die auch den Status von Hongkong gefährden. Diese Entwicklungen und das derzeitige unbeständige politische Klima marginalisieren die Stellung des Völkerrechts und schwächen die internationalen Institutionen sowie den Einsatz für den Schutz der Menschenrechte. Es ist deshalb sehr wichtig, dass wir Völkerrechtler nicht den Kopf in den Sand stecken, sondern unseren politischen Einfluss in unseren Heimatstaaten und auf der internationalen Bühne dafür nutzen, diesen nationalistischen Strömungen und den Anführern, die sie

unterstützen, entgegenzutreten. Es reicht nicht aus, wenn wir deren fehlerhafte und gefährliche Politiken kritisieren. Wir müssen sie entschlossen und öffentlich bekämpfen!

Erlauben Sie mir zum Schluss ein Wort zur Flüchtlingssituation, die ein enormes Ausmaß angenommen hat. Diese Situation hat Millionen von Menschen entwurzelt und hat begonnen, die wirtschaftlichen Ressourcen der wichtigsten Aufnahmestaaten zu strapazieren. Was noch wichtiger ist: Es ist eine menschliche Tragödie, wie es sie seit dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr gegeben hat. Bei mir persönlich weckt dies schreckliche Erinnerungen. Wenn ich die Migranten, insbesondere die Kinder sehe, wie sie sich hungrig über die Landstraßen, Felder und Autobahnen von einem Land in das nächste kämpfen, in der Hoffnung, dass man Ihnen erlaubt, diesen Ort zu betreten oder jenen zu verlassen, erkenne ich mich selbst als eines dieser Kinder wieder, wie ich 1939 mit meinen Eltern versucht habe, von der Tschechoslowakei über die Grenze nach Polen zu gelangen, um mich einige wenige Monate später vor den vorrückenden deutschen Panzern in Polen zu verstecken. Diese Erinnerungen haben die aktuelle Flüchtlingssituation für mich zu einer sehr persönlichen werden lassen und haben bei mir eine tiefe Bewunderung für die überwältigende humanitäre Geste von Bundeskanzlerin Merkel geweckt. Ich weiß, dass viele in Deutschland und auch einige europäische Führungspersönlichkeiten sie dafür kritisiert haben, aber für mich und viele, viele andere auf der Welt hat sie das menschliche Gesicht des heutigen Deutschland gezeigt. Hätten nur unsere Führungspersönlichkeiten den Mut, es ihr gleichzutun.

Noch einmal, meine allerbesten Glückwünsche zu Ihrem bedeutenden Jubiläum. Möge sich die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht weiterhin nachdrücklich für das Völkerrecht, die Herrschaft des Rechts und Frieden einsetzen.

Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht von 1917 bis 1933

Von Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan, München¹

- I. Prolog: Zeitenwende
- II. Sorge
- III. In Vielfalt Geeint
- IV. Wir wollen schaffen
- V. Getrennte Wege
- VI. Epilog: Vision als Aufgabe
- Thesen
- Summary

I. Prolog: Zeitenwende

6. Januar 1917 – Im Westen nichts Neues: Der deutsche Heeresbericht für diesen Tag meldet: „In den Abendstunden starker Feuerkampf im Ypern-Bogen, auf beiden Somme-Ufern und in einzelnen Abschnitten der Champagne- und Maas-Front. Bei Serre, nördlich der Ancre, drangen im Nachtangriff einige Engländer in den vordersten Graben. Unsere Stoßtrupps holten in der Gegend von Massiges und an der Nordostfront von Verdun Gefangene aus den französischen Linien.“² Am selben Tag trifft der neue Außenminister Österreich-Ungarns, *Ottokar Graf Czernin von und zu Chudenitz*, in der Reichshauptstadt Berlin ein – zu politischen Gesprächen mit Kaiser *Wilhelm II.*, Generalfeldmarschall *Paul von Hindenburg*, Reichskanzler *von Bethmann Hollweg* sowie dem Staatssekretär des Äußeren, *Arthur Zimmermann*. Thema: Die Lage an den Fronten, aber auch Friedensoptionen.³ Ebenfalls am 6. Januar 1917 debattiert jenseits des Atlantiks der US-Senat über die Bemühungen des Präsidenten *Woodrow Wilson* auf diplomatischem Wege die Friedensbedingungen der kriegführenden Staaten zu erfahren – zu denen die USA selbst ja damals noch nicht gehörten.⁴ Und schließlich er-

1 Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten und das Manuskript im Wesentlichen nur durch einen Fußnotenapparat angereichert worden.

2 Amtliche Kriegs-Depeschen nach Berichten des Wolff'schen Telegr.-Bureaus, Band 5 (Nationaler Verlag, Berlin 1917), 1930.

3 Zum durchaus selbstbewussten Auftreten des neuen österreichischen Außenministers an jenem Nachmittag in Berlin: *Jan Vermeiren*, *The First World War and German National Identity. The Dual Alliance at War* (CUP, Cambridge 2006), S. 250. S. auch *André Scherer/Jacques Grunewald* (Hrsg.), *L'Allemagne et les problèmes de la paix pendant la première guerre mondiale. Documents extraits des archives de l'Office allemand des Affaires étrangères Vol. 1: Des origines à la déclaration de la guerre sous-marine à outrance: (août 1914 – 31 janvier 1917)*, Presses universitaires de France, Paris 1962 (Besprechung vom 6. Januar Vormittags, 662 [No. 460]).

4 Eine entsprechende (erste) Note war von (US) Secretary of State *Robert Lansing* bereits am 18.12.1916 versandt worden: *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, 1916, Supplement, The World War* (US Government Printing Office, Washington 1929), S. 98f und endet mit den folgenden Worten: „The President is not proposing peace; he is not even offering mediation. He is merely proposing that soundings be taken in order that we may learn, the neutral nations with the belligerent, how near

regte am Abend eben jenes Tages *Max Reinhardt* in Zürich mit seiner Inszenierung des „Sommernachtstraums“ von *William Shakespeare* großes Aufsehen.⁵ Noch im selben Jahr 1917 richtete der Begründer des modernen Regietheaters⁶ dann am Deutschen Theater, wiederum hier in Berlin, die Versuchsbühne „Das junge Deutschland“ ein.⁷ Mit Inszenierungen von Stücken von *Oskar Kokoschka*, *Else Lasker-Schüler*, *Franz Werfel*, *Stefan Zweig* und anderen sollte dieses Theaterexperiment einen wesentlichen Beitrag zur Durchsetzung des Expressionismus in Deutschland leisten.⁸

Wahrhaftig ein Tag zwischen alter und neuer Welt, dieser 6. Januar 1917. Einerseits: Nichts Neues. Grausam-sinnloser Kriegsalltag in den Schützengräben sowie unverdrossene Kriegsplanung alter monarchischer, militärischer und diplomatischer Eliten – Andererseits: Durchaus Hoffnung auf Neues. Auf Frieden, gleichermaßen dies- und jenseits des Atlantiks,⁹ sowie auf einen politischen, aber eben auch geistig-kulturellen Aufbruch in eine neue Zeit – auch in Deutschland.

the heaven of peace may be for which all mankind longs with an intense and increasing longing [...]“ (ebd., S. 99).

- 5 Diese Inszenierung gilt in der Tat „als epochaler Wendepunkt“ in der Geschichte des ‚modernen‘ deutschen Theaters: *Peter Marx*, Ein richtiger Wald, ein wirklicher Traum. Max Reinhardts Sommernachtstraum 1905, *Forum Modernes Theater* 22/1 (2007), S. 17; vgl. auch *Evelyn Deutsch-Schreiner*, Theaterdramaturgien von der Aufklärung bis zur Gegenwart (Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2016), S. 109ff (m.w.Nachw.), wo aufgezeigt wird, dass die eigentliche treibende Kraft hinter dem Modernisierungsschub am Deutschen Theater wohl der erste Dramaturg von *Reinhardt*, *Arthur Kahane*, gewesen ist. Zu *Reinhardts* „expansivem“ Theaterverständnis vgl. *Peter Marx*, Max Reinhardt. Vom bürgerlichen Theater zur metropolitanen Kultur (Franke, Tübingen 2006).
- 6 Der Begriff des Regietheaters ist einfach und kompliziert zugleich: Schlagwortartig könnte man ihn vielleicht als „Emanzipation des Theaters von der Literatur“ charakterisieren. Indes: „Das Theater hat den Text immer verändert, vereinnahmt, wenn man will: liebend verstoßen“ (*Tobi Müller*, Die Werktreue im Theater ist ein Phantom, <https://www.welt.de/kultur/theater/article4248599/Die-Werktreue-im-Theater-ist-ein-Phantom.html>, zuletzt aufgerufen am 12.7.2017) und das „Moderne“ an *Max Reinhardt* waren daher wohl vor allem seine magischen Bilderspiele, die ihre Existenz nicht zuletzt einer Revolutionierung der Bühnentechnik verdankten. So kam im „Sommernachtstraum“ zum ersten Mal überhaupt eine Drehbühne zum Einsatz (Deutsche Reichspatente 289191 und 302623 [*Hensel/Knia*]).
- 7 Die „Gesellschaft zur Pflege junger Dichtung“ setzte sich die Förderung neuer expressionistischer Autorinnen und Autoren zur Aufgabe, auch um diese vor der strengen Zensur, dem vorschnellen Abtum durch die Kritik „der vorgefaßten Meinung des Publikums“ zu schützen (*Evelyn Deutsch-Schreiner* (Fn. 5) S. 126). Vgl. umfassend *Stephen Shearier*, «Das junge Deutschland» 1917-1920, *Expressionist Theater in Berlin* (Peter Lang, Bern, Frankfurt/Main, New York, Paris 1988).
- 8 Umfassend *David Kuhns*, *German Expressionist Theatre: The Actor and the Stage* (CUP, Cambridge 1997).
- 9 In der Tat, genau in jenen Tagen im Januar 1917 wurden, auf Initiative der (noch) neutralen Vereinigten Staaten, von Entente und Mittelmächten in besonders intensiver Weise Friedensoptionen erwogen, vgl. z.B. Aktennotiz einer Besprechung von *Czerny* mit *Zimmermann* am 7.1.1917: „Diese Note [Antwort auf eine vorangegangene Note der Entente] darf auf keinen Fall das Gefühl erwecken, als wollten wir den Frieden um jeden Preis haben; auf der anderen Seite darf auch die Tür zum Frieden nicht ganz zugeschlagen werden.“ (*Scherer/Grunewald* (Fn. 3) I, S. 668 [No. 462]), die allerdings letztlich wegen gegenseitiger Schuldzuweisungen und völlig inkompatibler (und auf deutscher Seite wohl auch in völliger Verkenning der wahren militärischen und politischen Kräfteverhältnisse völlig unrealistischer) Zielvorstellungen erfolglos blieben. Der wenig später erklärte „totale U-Boot-Krieg“ und der darauf, wenig überraschend, folgende Kriegseintritt der USA machten dann alle Hoffnungen auf einen für Deutschland günstigen („Sieg-“)frieden endgültig zunichte (vgl. bereits *Brockdorff-Rantzau* am 20.12.1916 über eine Besprechung mit dem US-Botschafter, in der dieser ihm mitteilte, dass der „rücksichtslose U-Bootkrieg [...] unweigerlich den Krieg mit Amerika bedeuten [würde]“ und sodann auch ganz explizit das Telegramm des deutschen Botschafters von *Bernstorff* an das Auswärtige Amt v. 23.1.1917: „Durch beabsichtigten uneingeschränkten Unterseebootkrieg wird vermutlich Friedensbewegung ganz zum Stillstand kommen“ (*Scherer/Grunewald* (Fn. 3) I, S. 680 [No. 472])).

Und in der Tat: Weder das Jahr 1914, noch das Jahr 1918 markieren das Ende des „langen 19. Jahrhunderts“¹⁰ – und damit den Beginn unserer Zeit, der Zeitgeschichte. Es ist dies vielmehr das Jahr 1917.¹¹ Mit russischer Oktoberrevolution und Kriegseintritt der USA wurden in jenem Jahr, wohl auch in einer globalhistorischen Perspektive, zentrale Wegmarken gesetzt, welche bis in die Gegenwart hinein die politische und gesellschaftliche Weltordnung prägen – in erheblichem, wenn auch heute sicher nicht mehr ausschließlichem Maße.

Grimme Kälte und anhaltende Schneefälle bestimmen das Wetter am 6. Januar 1917 in Deutschland. Die Männer¹² um *Theodor Niemeyer*, welche an jenem Tag auf einer, man mag annehmen, „außerordentlichen“ Sitzung der Sektion B des am Seminar für Internationales Recht an der Universität Kiel¹³ beheimateten „Kriegsarchivs des Völkerrechts“¹⁴ den Beschluss zur Gründung unserer Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht fassen¹⁵ – ja auch sie stehen genau auf der Schwelle zu dieser unserer Zeit.

Einerseits: Sozialisiert und kraft Amtes, Klassenzugehörigkeit, Überzeugung mehr oder minder tief verhaftet in den maßgeblich durch die „politische Religion“ des reichsdeutschen Nationalismus¹⁶ geprägten und zunehmend militaristisch aufgeladenen Strukturen des Deutschen Kaiserreichs. Andererseits: Wissend – oder dies doch zumindest erahnend –, dass die politische, soziale und geistige Welt des Kaiserreichs dem Untergang geweiht war, aber eben auch bereit, im Rahmen ihrer fachlichen Kompetenzen und Möglichkeiten, die Konturen einer neuen (völker-)rechtlichen Weltordnung aktiv mitzugestalten. Dies selbstverständlich mit einem ganz besonderen Augenmerk auf die Stellung Deutschlands in eben dieser neuen Ordnung: „Wir wollen schaffen, Gutes tun“ – so fast beschwörend unser erster Vorsitzender, eben jener

10 Begriffsprägung, die Periode von 1789 bis 1914 bezeichnend, durch den britischen Historiker *Eric Hobsbawm*, *The Age of Revolution 1789-1818* (Weidenfeld & Nicolson, London 1962) und an anderer Stelle seines umfangreichen Werkes.

11 *Hans Rothfels*, *Zeitgeschichte als Aufgabe*, VjH für *Zeitgeschichte* 1 (1953), S. 1-8, hier S. 4. S. auch *Martin Sabrow*, *Der Zeitraum der Zeitgeschichte. Quo vadis Zeitgeschichte?*, *Atelier Journée d'étude franco-allemande de jeunes chercheurs L'histoire du temps présent et ses défis au XXIe siècle*, Paris, 1er et 2 octobre 2014 – <https://zzf-potsdam.de/de/mitarbeiter/martin-sabrow> (unter: „Aktuelle Papers“, zuletzt aufgerufen am 12.7.2017), der den Begriff seinerseits in durchaus überzeugender, wenn auch sicher nicht trennscharfer Weise von der „Zeit der Mitlebenden“ auf die „Zeit der Mitfühlenden“ erweitern möchte, womit dann auch der jedenfalls derzeit noch in der Erinnerungskultur stark präasente Erste Weltkrieg eingeschlossen würde.

12 Frauen waren damals wohl bedauerlicherweise noch nicht darunter.

13 Seinerseits gegründet durch Ministerialverfügung vom 9.12.1913 und am 24.4.1918 durch eine ebensolche Verfügung umbenannt in „Institut für Internationales Recht“ (*Theodor Niemeyer*, Bericht über Aufgaben und Entwicklung des Instituts für internationales Recht an der Universität vom 1. September 1918, in: *Andreas von Arnould* (Hrsg.), *Völkerrecht in Kiel. Forschung, Lehre und Praxis des Völkerrechts am Standort Kiel seit 1665* (Duncker & Humblot, Berlin 2017), S. 359).

14 Hierzu *Michael Jonas*, *Das „Kriegsarchiv des Völkerrechts“*. Einführende Bemerkungen, in: *Andreas von Arnould* (Hrsg.), *Völkerrecht in Kiel. Forschung, Lehre und Praxis des Völkerrechts am Standort Kiel seit 1665* (Duncker & Humblot, Berlin 2017), S. 353.

15 Formal konstituiert wurde die Gesellschaft dann am 24. März 1917 in Berlin. Wo genau die Gründung erfolgte, konnte leider nicht ermittelt werden. Einiges aber spricht für die Wilhelmstraße 76 – den Sitz des Auswärtigen Amtes.

16 *Hans-Ulrich Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte Band 3* (Beck-Verlag, München 1995), S. 938ff und konzise, *ders.*, *Nationalismus* (Beck-Verlag, München 2011), Kapitel III. „Der Ideenfundus des Nationalismus – Die Steigerung zur „Politischen Religion“, S. 27ff.

Theodor Niemeyer, am 6. Oktober 1917 auf der ersten Jahresversammlung der Gesellschaft in Heidelberg.¹⁷

Indes, das bereits für den „Deutschen Sonderweg“ des 19. Jahrhunderts insgesamt vieldiskutierte,¹⁸ und für uns heute so schwer nachvollziehbare, ganz „eigentümliche Spannungsverhältnis zwischen Tradition und Moderne“,¹⁹ es prägte auch das Denken und Handeln der frühen Protagonisten unserer Gesellschaft. Wie sollte es auch anders sein: Galt es von der alten, in Trümmer fallenden Ordnung „zu retten, was zu retten ist“, sich der Hoffnung – oder doch wohl eher der Illusion – einer erneuerten Völkerrechtsordnung nach deutschem Bilde hinzugeben,²⁰ oder vielleicht doch zu ganz neuen Ufern eines kooperativen Zusammenwirkens aufzubrechen – ohne Feindbilder und in kosmopolitischem Geiste? In ihrem intensiven intellektuellen Ringen um den richtigen Weg aber ist sie ganz sicher von Anfang an ein Kind unserer Zeit gewesen, unsere Gesellschaft – auch wenn, mit dem schönen Bild von *Christa Wolf*,²¹ die Nabelschnur zur Vergangenheit noch lange nicht durchgehauen worden war.

Die Tatsache, dass unsere Gesellschaft zwischen 1917 und 1932 insgesamt 11 Jahrestagungen abgehalten hat, von Heidelberg über Königsberg bis Kassel, sie in ihrem Gründungsjahr bereits 158 Mitglieder zählte, eine Zahl, die zwischenzeitlich auf über 500 ansteigen sollte²² und zum Zeitpunkt der Suspendierung ihrer Tätigkeit im Jahre 1933 immer noch beachtliche 425 betrug, und die Gesellschaft sich schließlich in diesem Zeitraum von 15 Jahren einem beeindruckend breiten Spektrum von Beratungsgegenständen gewidmet hat, ja all dies und vieles andere aus den frühen Annalen unserer Gesellschaft ist ganz sicher der näheren Betrachtung wert – soll an dieser Stelle indes nicht weiter vertieft werden.²³

Vielmehr möchte ich im Folgenden in vier kurzen Skizzen versuchen, einige Schlaglichter auf die zeitgeschichtlichen und intellektuellen Hintergründe der Entstehung der Gesellschaft zu werfen („Sorge“), auf ihre heterogene Mitgliedschaft („In Vielfalt geeint“) und sodann auch kurz auf ihre programmatischen Ziele und Arbeitsschwer-

17 Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 1 (Berlin 1918), S. 34. Insgesamt sind 12 Bände erschienen (bis Bd. 12 (Berlin 1933) – digitalisierte Fassung der Bd. 1-8 (1918-1927): <http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/suche?queryString=PPN857555537> (zuletzt aufgerufen am 11.7.2017).

18 Zur Diskussion vgl. etwa *Institut für Zeitgeschichte*, Kolloquium: Deutscher Sonderweg – Mythos oder Realität (Oldenbourg, München, Wien 1982) mit Beiträgen von *Horst Möller, Thomas Nipperdey, Kurt Sontheimer, Ernst Nolte, Michael Stürmer, Karl Dietrich Bracher*. Umfassend auch *Helga Grebing*, Der „deutsche Sonderweg“ in Europa 1806-1945. Eine Kritik (Kohlhammer, Stuttgart 1986).

19 *Hans-Ulrich Wehler*, Preußen ist wieder chic ... – Politik und Polemik in zwanzig Essays (Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main 1983), S. 33.

20 Die berühmten Schlusszeilen eines Gedichts von *Emmanuel Geibel* von 1861 (Deutschlands Beruf, Geibels Werke Bd. 2 (Meyers, Leipzig 1918), S. 219f) sind in der Folgezeit in der Tat mit erheblicher intellektueller Breitenwirkung immer wieder politisch instrumentalisiert und (sinnentstellend) im Sinne einer kulturellen Mission Deutschlands umgedeutet worden: „[...] Dann wird unser deutsches Volk der Granitblock sein, auf dem unser Herrgott seine Kulturwerke an der Welt aufbauen und vollenden kann. Dann wird auch das Dichterwort sich erfüllen, das da sagt: ‚An deutschem Wesen wird einmal noch die Welt genesen.‘“ (Rede *Wilhelm II.* bei einem Festmahl für die Provinz Westfalen am 31.08.1907 im Landesmuseum Münster, in: *Ernst Johann* (Hrsg.), Reden des Kaisers. Ansprachen, Predigten und Trinksprüche *Wilhelms II.* (dtv, München 1966), S. 120).

21 *Christa Wolf*, Sommerstück, in: Werke Bd. 10 (Luchterhand, München 2001), S. 7ff (189).

22 Mitteilungen X, VIII (Fn. 17), S. 508.

23 Die Tätigkeit der Gesellschaft in der Zwischenkriegszeit ist zunächst umfassend, in den letzten Jahren dann aber (ohne Protokolle der Ratstagungen und Mitgliederversammlungen) etwas spärlicher, dokumentiert in den „Mitteilungen“ (Fn. 17). Vgl. zusammenfassend auch: DGVR Berichte Bd. 1 (C.F. Müller, Karlsruhe 1957), S. 67-70.

punkte („Wir wollen schaffen“). Schließlich werde ich noch auf das Ende eingehen und dabei auch, ganz exemplarisch und skizzenhaft, auf einige Einzelschicksale („Getrennte Wege“). Denn auch nach dem vorläufigen Ende der Tätigkeit eines „Zusammenschlusses von Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks mit körperschaftlicher Verfassung“, so die etwas sperrige (und ich hoffe auch für die zivilrechtlichen KollegInnen akzeptable) Definition des „Vereins“, bleiben sie doch unter uns und mit uns, die Personen eben, ihre (nicht nur) wissenschaftlichen Biographien und individuellen Schicksale: Im Guten wie im Schlechten!

Abschließen möchte ich meinen Vortrag dann natürlich mit einem kurzen Fazit – und den besten Wünschen für die nächsten 100 Jahre!

II. Sorge

„Arbeiten und nicht verzweifeln!“ Mit diesen Worten schloss *Niemeyer* – unter „lebhaftem Beifall“ – die „öffentliche Versammlung“ im Kollegiengebäude am Ludwigsplatz in Heidelberg am 6. Oktober 1917, dem ersten vollen Arbeitstag in der Geschichte unserer Gesellschaft.²⁴ Grund zum Verzweifeln gab es damals genug – und – so Professor *Albrecht Mendelssohn-Bartholdy* in seinem Vortrag an eben jenem Tage, „dass im Krieg die Gründung einer neuen Gesellschaft zu ruhiger geistiger Arbeit ein Wagnis sei, wußten wir, als wir daran gingen. Das hat die Männer, die ihre Hand ans neue Werk legten, nicht schrecken können.“²⁵

Dass dieses Wagnis eingegangen wurde, das verdanken wir wohl in der Tat in erster Linie einer tiefen, drängenden und aus vielerlei Quellen gespeisten Sorge, einer Sorge, die sich zunächst allerdings in Worten artikulierte, die uns heute nicht nur befremdlich, sondern in höchstem Maße irritierend erscheinen. Das öffentliche Wirken unserer Gesellschaft beginnt also mit folgenden Sätzen, formuliert am Abend des 5. Oktober 1917 in der Alten Aula der Universität Heidelberg von dem hochangesehenen Würzburger Professor *Christian Meurer* – ich kann und ich möchte sie uns allen nicht vorenthalten:

„Das Völkerrecht ist im Weltkrieg zum Teil zusammengebrochen. Zu den zahllosen Völkerrechtsverletzungen, mit welchen unsere Gegner ihr Schuldkonto belastet haben, gesellt sich ein Verleumdungs- und Lügenfeldzug sondergleichen“.

Und *Meurer* beklagt sodann, dass

„die Entente alle Analphabeten der Welt, von jeder Rasse und Farbe zusammengetrommelt hat, um gegen die angebliche Unkultur Deutschlands anzukämpfen. Dieser Kreuzzug gegen die deutsche Zivilisation ist wohl der großartigste Witz der Geschichte, und die Welt könnte in homerisches Gelächter ausbrechen, wenn sie sieht, wie unsere Gegner ihre Länder- und Beutegier in den Mantel der Zivilisation zu hüllen sich bemühen“.²⁶

²⁴ Mitteilungen I (Fn. 17), S. 35.

²⁵ Mitteilungen I (Fn. 17), S. 23.

²⁶ Mitteilungen I (Fn. 17), S. 13. Auf *Immanuel Kant* geht eine (im Englischen so nicht existierende) Unterscheidung von Zivilisation und Kultur zurück: „Wir sind im hohen Grade durch Kunst und Wissenschaft kultiviert. Wir sind civilisiert bis zum Überlästigen, zu allerlei gesellschaftlicher Artigkeit und Anständigkeit. Aber uns schon für moralisiert zu halten, daran fehlt noch sehr viel. Denn die Idee der Moralität gehört noch zur Cultur; der Gebrauch dieser Idee aber, welcher nur der Sittenähnlichkeit in der Ehrliche und der äußeren Anständigkeit hinausläuft, macht die bloße Civilisierung aus“ (*Immanuel Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Berlinische Monatsschrift, November 1784, 385-411, Siebenter Satz [Akademieausgabe Band VII: Abhandlungen nach 1781 (1923), S. 15ff (26)]).

Hinter diesen drastischen Worten steht nun wohl auch nicht nur die Sorge um eine möglicherweise eben doch drohende militärische Niederlage Deutschlands²⁷ – trotz aller immer noch öffentlich zur Schau getragenen Siegeszuversicht.²⁸ Und die mit allerhärtesten rhetorischen Bandagen verabreichten Schuldzuweisungen („Verleumdungs- und Lügenfeldzug“) lassen sich wohl auch nicht nur erklären als eine Art argumentative Präventivmaßnahme gegen analoge, und alles andere als substanzlose Vorwürfe der Gegenseite, die im Ringen um die Nachkriegsordnung ganz sicher zu erwarten waren. Das Stichwort „Belgien“ mag hier genügen.²⁹

Nein: Der sorgenvolle Blick ging eben wohl doch noch viel tiefer. Er richtete sich auf die ganz reale Gefahr, dass Deutschland eben nicht nur den „physischen Kampf“, sondern vielmehr auch einen fast ebenso erbittert geführten „Kulturkrieg“³⁰ verlieren werde. Die von *Meurer* verwandten Begriffe „Unkultur“ und „Zivilisation“ sprechen

27 Zweifelnd bereits im März 1916 Kaiser *Wilhelm II* selbst: „Man darf es ja eigentlich nicht aussprechen [...] aber dieser Krieg endet nicht mit einem großen Siege. Es wird zu einem Vergleich der kämpfenden Völker kommen müssen.“ (zitiert nach *Ernst Johann* (Hrsg.), *Innenansichten eines Krieges: Bilder – Briefe – Dokumente 1914-1918* (Heinrich Scheffler, Frankfurt/Main 1968), S. 175).

28 Bei *Helga Grebing* heißt es treffend: „Die deutsche Niederlage wurde durch den bis zu Haßgefühlen sich steigenden Zweifel am Werte- und Normensystem der Sieger kompensiert [...]“ (*Helga Grebing*, *Der „deutsche Sonderweg“ in Europa 1806-1945. Eine Kritik* (Kohlhammer, Stuttgart 1986), S. 12). Man kann in der Tat nicht umhin, auch in vielen Stimmen in der intellektuellen Auseinandersetzung der Kriegsjahre eine Bestätigung der schonungslos-desillusionierten Aussage *Max Scheler*s zu erblicken, wonach der Erste Weltkrieg „der haßerfüllteste Vorgang aller uns bekannten Geschichte [sei] – der Vorgang, in dem sich die Menschheit durch das Gift des Menschenhasses am tiefsten entwürdigte und beschmutzte. Dieses erste *Gesamterlebnis der Menschheit* war das *Erlebnis eines Gesamthasses* [kursiver Text im Original gesperrt].“ (*Max Scheler*, *Die Ursachen des Deutschenhasses. Eine nationalpädagogische Erörterung* (Kurt Wolff Verlag, Leipzig 1917), S. 8.

29 Hierzu *Isabel Hull*, *A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War* (Cornell University Press, Ithaca 2014), insbes. S. 19ff (331: „It is as if Imperial Germany could not speak the same legal language as the rest of Europe. That loss of language measures the distance the Kaiserreich had drifted away from the community and its estrangement from the consensus that the community had reached on the limits placed on war by law.“, s. auch *John Horne/Alan Kramer*, *Deutsche Kriegsgreuel 1914. Die umstrittene Wahrheit* (Hamburger Edition, Hamburg 2004). In welchem Ausmaß im patriotischen Kriegstaumel auch die Vertreter bislang eher unpolitischer Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen, wie etwa der Verein deutscher Bibliothekare, ihre sachlich-neutrale Position aufgaben, wird etwa schlaglichtartig deutlich an einem Beitrag des Herausgebers *Paul Schwenke* im Zentralblatt für Bibliothekswesen (ZfB): „Inzwischen hat der Kampf um unsere nationale Existenz, den böse Nachbarn uns aufgezwungen haben, unser Denken und Fühlen auf einen ganz anderen Gesichtswinkel eingestellt“ (ZfB 31 (1914), S. 473), um später dann auch die Schuld für die vollständige Zerstörung der Universitätsbibliothek Löwen durch deutsche Soldaten in völlig unsachlicher Weise beim Kriegsgegner zu verorten: „Höchst bedauerlich ist es, dass die Universitätsbibliothek Löwen für die meuchelmörderischen Untaten belgischer Frankiteure hat büßen müssen“ und „die lügenhaft berichteten Löwener Vorgänge, Gegenstand zahlreicher Proteste [...] sind] für uns [...] durch die amtliche Darlegung der Wahrheit längst erledigt“ (ZfB 31 (1914), S. 474 – Ein Hinweis auf Art. 247 Versailler Vertrag sei hier erlaubt). Bemerkenswert und symptomatisch ist insoweit sicher auch, dass das Titelblatt des Jahresbandes 1914 noch die Bemerkung trägt „unter ständiger Mitwirkung zahlreicher Fachgenossen des In- und Auslandes“, während durch die Streichung des Zusatzes „des In- und Auslandes“ dieses Bekenntnis zur (auch) grenzüberschreitenden Kooperation dann jedoch bereits im darauffolgenden Jahrgang fehlt.

30 Hierzu m.w.Nachw. *Fritz Ringer*, *The Decline of the German Mandarins. The German Academic Community, 1890-1933* (Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1969), S. 180ff (dt. *Die Gelehrten. Der Niedergang der deutschen Mandarine 1890-1933* (Ernst Klett, Stuttgart 1983), S. 169ff) sowie grundlegend zur unterschiedlichen Sozialgenese der Begriffe „Kultur“ und „Zivilisation“ in England/Frankreich einerseits und Deutschland andererseits *Norbert Elias*, *Über den Prozeß der Zivilisation – Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main 1974), insbes. S. 1-64.

hier eine beredte Sprache. Und das betraf nun in der Tat ganz unmittelbar einen großen Teil der damaligen intellektuellen Elite des Landes. Denn deren, zumeist willig angenommene Kriegsaufgabe bestand darin, „mit gläubigen Worten“ als „Wahrzeichen deutscher Gesinnung [...] den Heersäulen der Nation voranzuziehen“ – so in durchaus repräsentativer Formulierung *Ernst Troeltsch*.³¹

Spätestens seit *Germaine de Staëls* „De l'Allemagne“ von 1813 war das Bild des Landes „der Dichter und Denker“ ein zwar differenziertes, aber insgesamt doch positives – auch im westlichen Ausland.³² Die damit eigentlich wohlmeinende Unterscheidung englischer Publizisten der Vorkriegszeit zwischen „deutscher Kultur“ Weimarer Prägung einerseits und „preußischem Militarismus“ andererseits,³³ war indes zu Beginn des Krieges hierzulande von der intellektuellen Elite Deutschlands fast einhellig mit Entrüstung zurückgewiesen worden: „Es sind in Wahrheit gerade die tiefsten Kräfte unserer Kultur, unseres Geistes und unserer Geschichte, die diesen Krieg tragen und beseelen“ – so nur beispielhaft der Historiker *Erich Marcks* in einer der unzähligen Flugschriften zu den „Ideen von 1914“,³⁴ welche immer wieder bis zu einer durchaus aggressiven kulturellen Mission Deutschlands mit weltgeschichtlicher Perspektive hochstilisiert wurden.³⁵

31 *Ernst Troeltsch*, Nach der Erklärung der Mobilmachung (Heidelberg 1914), S. 6.

32 Die bereits 1810 geplante Veröffentlichung in Paris wurde von der Zensur wegen zu großer „Deutschland-freundlichkeit“ in letzter Minute verhindert: „Il m'a paru que l'air de ce pays-ci ne vous conviendrait point, et nous n'en sommes pas encore réduits à chercher des modèles dans les peuples que vous admirez. Votre dernier ouvrage n'est point français; c'est moi qui en ai arrêté l'impression. [...]“, so der französische Polizeiminister in einem Brief v. Oktober 1810 an *Madame de Staël* (*Simone Balayé* (Hrsg.), *De l'Allemagne*, Vol. 1 (Paris 1968), S. 39)). *Germaine de Staël* hat in der Tat auch die populäre Formel Land der „Dichter und Denker“ geprägt, Ausdruck nicht zuletzt eines sehr Weimar zentrierten und damit ganz sicher verengten Deutschlandbildes der Autorin, vgl. hierzu etwa *Olaf Müller*, *Madame de Staël und Weimar. Europäische Dimensionen einer Begegnung*, in: *Hellmut Seemann* (Hrsg.), *Europa in Weimar. Visionen eines Kontinents*, Jahrbuch der Klassik Stiftung Weimar 2008 (Wallstein Verlag, Göttingen 2008), S. 279-297.

33 Auch von politischer (britischer) Seite wurden entsprechende Versuche unternommen: „Wir bekämpfen nicht das deutsche Volk. Es lebt unter der Hölle dieser Militärkaste. Und es wird ein Tag der Freude sein für den deutschen Bauern, Handwerker und Kaufmann, wenn diese Militärkaste zerbrochen sein wird.“ (*Lloyd George*, zitiert nach *Reinhard Rürup*, *Der „Geist von 1914“ in Deutschland. Kriegsbegeisterung und Ideologisierung des Krieges im ersten Weltkrieg*, in: *Bernd Hüppauf* (Hrsg.), *Ansichten vom Krieg. Vergleichende Studien zum 1. Weltkrieg in Literatur und Gesellschaft* (Athenäum, Königstein 1984), S. 14). Auch *Mendelssohn-Bartholdy* nimmt explizit Bezug darauf, dass „unsere [...] Gegner [...] das alte, das weimarische Deutschland von Herzen liebten und nur zu unserem Besten den neuen Geist mit Gewalt austreiben wollten, der seit der Reichsgründung ins Land gefahren ist [...]“ – straft aber natürlich im Ergebnis „diese Reden Lügen“ (Mitteilungen I (Fn. 17), S. 33).

34 Auch bereits begrifflich ein durchaus bewusster, von antiliberalen, antidemokratischen und korporatistischen Konzeptionen geprägter Kontrapunkt zu den „Ideen von 1789“. Begriffsprägung (wohl) vom Nationalökonom *Johann Plenge* (1789 und 1914: *Die symbolischen Jahre in der Geschichte des politischen Geistes* (1916)), s. nur beispielhaft auch *Erich Marcks*, *Wo stehen wir. Die politischen, sittlichen und kulturellen Zusammenhänge unseres Krieges* (DVA, Stuttgart/Berlin 1914) – und insgesamt: *Steffen Bruendel*, *Volksgemeinschaft oder Volksstaat. Die „Ideen von 1914“ und die Neuordnung Deutschlands im Ersten Weltkrieg* (Akademie Verlag, Berlin 2003); *Reinhard Rürup*, *Der „Geist von 1914“ in Deutschland*, in: *Bernd Hüppauf* (Hrsg.), *Ansichten vom Krieg. Vergleichende Studien zum Ersten Weltkrieg in Literatur und Gesellschaft* (Athenäum-Hain, Königstein 1984), S. 1f; sowie *Klaus Schwabe*, *Wissenschaft und Kriegsmoral. Die deutschen Hochschullehrer und die politischen Grundfragen des Ersten Weltkrieges* (Musterschmidt-Verlag, Göttingen, Zürich, Frankfurt 1969), S. 21-45.

35 So z.B. von *Rudolf Kjellén*, *Ideen von 1914. Eine weltgeschichtliche Perspektive* (Leipzig 1915) oder auch der Nobelpreisträger *Rudolf Eucken*, *Die weltgeschichtliche Bedeutung des deutschen Geistes* (DVA, Stuttgart, Berlin 1914), S. 23: „[...] dürfen wir sagen, dass wir die Seele der Menschheit bilden, und daß die Vernichtung der deutschen Art die Weltgeschichte ihres tiefsten Sinnes berauben würde

Und auch in der vielzitierten und -diskutierten³⁶ Aussage von *Erich Kaufmann*, einem Ratsmitglied der ersten Stunde, wonach „der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm [zu gelten habe], die darüber entscheidet, welcher der Staaten Recht hat“³⁷ [„siegreicher Krieg“ und „Recht“ im Original sperrig gedruckt!], manifestiert sich eben nicht nur eine staats- und völkerrechtliche Positionierung, die – durchaus zeittypisch – machtstaatlichem Denken *Hegelscher* Prägung verpflichtet war („[n]ur der der kann, der darf auch!“³⁸ – so heißt es bei ihm an anderer Stelle). Wenn man nämlich ein wenig weiterliest, so überhöht *Kaufmann* vielmehr auch seinerseits die militärische Auseinandersetzung zu einer Art Kulturkrieg:

„[...] der Staat, der nicht durch das Unglück eines Krieges so aufgerüttelt wird, daß er aus ihm die Kraft gewinnt, seinen Platz in der Weltgeschichte neu zu erkämpfen und zu behaupten, hat damit auch das Recht verwirkt auf die von ihm beanspruchte Stellung [...] es hat sich dann doch die ‚wahre Natur der kämpfenden Teile geltend gemacht‘, die wirkliche Leistungsfähigkeit ihrer Lösung des Kulturproblems offenbart.“³⁹

Es waren dies nun beileibe auch nicht nur Einzelstimmen, sondern – um im Bild zu bleiben – ein mächtiger Chor, der sich in der „Erklärung der Hochschullehrer des Deutschen Reiches“ vom 23. Oktober 1914 vereinte:

„In dem deutschen Heere ist kein anderer Geist als in dem deutschen Volke, denn beide sind eins, und wir gehören auch dazu. [...] Unser Glaube ist, daß für die ganze Kultur Europas das Heil an dem Siege hängt, den der deutsche ‚Militarismus‘ erkämpfen wird, die Manneszucht, die Treue, der Opfermut des einträchtigen freien deutschen Volkes.“⁴⁰

[...]“. Die Zahl entsprechender Pamphlete ist Legion, vgl. nur die Nachw. bei *Antonie Alm-Lequeux*, *Eduard von Keyserling. Sein Werk und der Krieg* (Igel Verlag, Paderborn 1996), S. 15ff. Vgl. auch *Klaus Schwabe*, *Ursprung und Verbreitung des alldeutschen Annexionismus in der deutschen Professorenschaft im Ersten Weltkrieg* (Zur Entstehung der Intellektuelleneingaben vom Sommer 1915), *VjH für Zeitgeschichte* 14 (1966), S. 105ff.

36 Vgl. die Nachw. bei *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (CUP, Cambridge 2001), S. 179. In seinem Nachruf auf *Kaufmann* stellt *Mosler* in diesem Zusammenhang fest: „[...] zwischen dem berühmten, ihm bis zuletzt von Gegnern vorwurfsvoll entgegengehaltenen Buch ‚Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus‘ von 1911 und der philosophischen Grundlegung des Völkerrechts, die er in den Haager Vorlesungen ‚Règles générales du Droit de la Paix‘ im dritten Jahr nach der nationalsozialistischen Machtergreifung vortrug, [liegen] nicht nur der Abstand von zweieinhalb Jahrzehnten, sondern auch vertiefte Erkenntnis der Idee des Rechts und ihrer Folgen für die Verwirklichung der Gerechtigkeit. Die Selbstbehauptung des souveränen Staates der Nationalstaatsepoche tritt zurück hinter seiner Einordnung in die durch das Völkerrecht geordnete Staatengemeinschaft.“ (*ZaöRV* 32 (1972), S. 236). Selbstkritisch später: *Erich Kaufmann*, *RdC* 54 (1935-IV), S. 522 Fn. 1: „[...] j’avis tort de borner l’importance de la justice commutative au domaine du droit privé et de sous-estimer sa fonction pour les rapports sociaux de l’ordre international [...]“.

37 *Erich Kaufmann*, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus* (Mohr, Tübingen 1911), S. 153.

38 Ebd., S. 151.

39 Ebd., S. 153. In dieser Positionierung ist auch immer wieder eine Antizipation der „Ideen von 1914“ gesehen worden, so z.B. *Stephen Cloyd*, *Arthur Kaufmann*, in: *Arthur Jacobson/Bernhard Schlink* (Hrsg.), *Weimar. A Jurisprudence in Crisis* (University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London 2000), S. 191. In diesem Sinne auch bereits *Hermann Heller*, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland: Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (Otto Zeller Verlagsbuchhandlung, Stuttgart 1921, ND Aalen 1963), S. 206–209.

40 Bereits der von prominenten Vertretern des deutschen Geisteslebens (darunter auch nachmalige Mitglieder der DGVR wie *Franz von Liszt*) am 4.10.1914 veröffentlichte Aufruf „An die Kulturwelt“ (Manifest der 93), hatte denn auch nicht nur alle Vorwürfe einer Kriegsschuld sowie von Kriegsverbrechen seitens Deutschlands mit Entschiedenheit zurückgewiesen, sondern die militärische Auseinandersetzung vielmehr auch bewusst zu einem Kulturkrieg hochstilisiert: „[...] Sich als Verteidiger europäischer

Wenn aber für die ganze Kultur Europas das Heil am deutschen Siege hängt und dieser dann nicht eintritt, was dann?

Wenn man diese hier notgedrungen nur ganz grob gestreifte fundamentale Dimension der geistigen Verfassung im Deutschland des Jahres 1917 bedenkt, dann kann, ja dann muss man wohl doch ein wenig Milde walten lassen mit einer uns heute so fremden, unsachlich-aggressiven, ja polemischen Rhetorik, wie sie uns jedenfalls in den Anfangsjahren der Gesellschaft immer wieder begegnet. Denn nein, es ging jedenfalls nicht nur um die großen und kleinen rechtspolitischen und rechtstechnischen Fragen der Nachkriegsordnung, und auch nicht (nur) um Grundlagenforschung, etwa im Bereich der Rechtsquellenlehre. Was damals unsichtbar eben immer auch mit auf der Agenda stand, das war vielmehr tatsächlich das geistig-intellektuelle Selbstverständnis einer ganzen Generation von Wissenschaftlern. Die Tatsache, dass jedenfalls zunächst wirklich keine einzige Frau darunter war, das mag – jedenfalls in diesem Zusammenhang – ja vielleicht gar nicht so bedauerlich sein.

Unter den 3000 (!) Hochschullehrern, welche die Erklärung vom Oktober 1914 unterzeichnet hatten, befanden sich auch alle Mitglieder des ersten Vorstandes der Gesellschaft ebenso wie auch alle professoralen Mitglieder des Rates: Von *Niemeyer* über *Meurer* und *von Liszt*, von *Fleischmann* über *Kaufmann* und *Mendelssohn-Bartholdy*, bis hin zu *Neumeyer* und *Zorn* – bei den einfachen Mitgliedern habe ich den Abgleich dann aufgegeben.⁴¹ Alle? Nein, einen einzigen Namen sucht man vergeblich: *Walther Schücking*!

Und es war (natürlich) auch *Walther Schücking*, der zwei Jahre zuvor – in einer etwas anderen Flugschrift⁴² – ebenso eindringlich wie überzeugend auf die geistige Isolierung Deutschlands hingewiesen hatte – eine Isolierung, an der auch die unermüdlichen Bemühungen eines „der tüchtigsten Diplomaten des Deutschen Reiches, unseres Botschafters in den Vereinigten Staaten, *Graf Bernstorff*“, letztendlich nichts zu ändern vermocht habe. Es gäbe, so *Schücking* wohl ganz zu Recht, zwischen Deutschland und dem Ausland einfach keine geistige Brücke mehr, seien „die Vertreter der Geisteswissenschaften [doch] seit Jahrzehnten in Deutschland vorzugsweise nach rückwärts orientiert“⁴³ und der Brennpunkt ihres Denkens nach wie vor die nationale Einigung im Jahre 1870/71 – eine Feststellung, die Gültigkeit nicht nur für die Geschichtswissenschaften beanspruchen konnte, sondern eben gerade auch für ein akademisches Biotop, in dem zwischen nationalem öffentlichen (aber auch privaten) Recht einerseits

Zivilisation zu gebärden, haben die am wenigsten das Recht die sich mit Russen und Serben verbünden und der Welt das schmachvolle Schauspiel bieten, Mongolen und Neger auf die weiße Rasse zu hetzen. Es ist nicht wahr [*im Original fett*], daß der Kampf gegen unseren sogenannten Militarismus kein Kampf gegen unsere Kultur ist, wie unsere Feinde heuchlerisch vorgeben. Ohne den deutschen Militarismus wäre die deutsche Kultur längst vom Erdboden getilgt [...] Deutsches Heer und deutsches Volk sind eins. Dieses Bewußtsein verbrüderet heute 70 Millionen Deutsche ohne Unterschied der Bildung, des Standes und der Partei. [...]“ Der Graben der Sprachlosigkeit zwischen den intellektuellen Eliten Europas war damit bereits zu diesem Zeitpunkt praktisch unüberbrückbar geworden (zu Einzelheiten, insbes. auch der fassungslos bis entsetzten Reaktion im westlichen Ausland, *Jürgen* und *Wolfgang von Ungern-Sternberg*, Der Aufruf „An die Kulturwelt!“. Das Manifest der 93 und die Anfänge der Kriegspropaganda im Ersten Weltkrieg (Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1996)).

41 Die vollständige Liste ist abrufbar etwa unter: https://de.wikisource.org/wiki/Erkl%C3%A4rung_der_Hochschullehrer_des_Deutschen_Reiches (zuletzt aufgerufen am 11.7.2017).

42 *Walther Schücking*, Die deutschen Professoren und der Weltkrieg (Verlag „Neues Vaterland“, Berlin 1915).

43 Ebd., S. 4.

und dem internationalen Recht andererseits auch institutionell eine weltweit wohl einzigartige Symbiose bestand, wie dies in Deutschland damals der Fall war⁴⁴ – und letztlich ja bis heute ist.

Aber *Schückings* Optimismus (wider den epistemischen Nationalismus!) war unerschütterlich und so enden seine Ausführungen von 1915 denn auch hoffnungsfroh – mit einem vielleicht nur ganz leicht ironischen Unterton:

„Nach dem Krieg wird in Preußen-Deutschland bekanntlich alles anders! Hoffen wir, daß wir dann auch ein Geschlecht von Gelehrten bekommen, das die Sache Deutschlands besser zu vertreten weiß, indem es zum Auslande auch in politischen Dingen [...] die ‚geistigen Brücken‘ findet.“⁴⁵ – was mich unmittelbar zu meinem zweiten Stichwort bringt.

III. In Vielfalt Geeint

Aus anderem Zusammenhang wissen wir sehr wohl, dass diese Formel nicht notwendig einen Ist-Zustand beschreibt, sondern (zumindest auch) eine mit allerlei Unwägbarkeiten behaftete programmatische Wette auf die Zukunft darstellt.⁴⁶ Und natürlich fand sich im Jahre 1917 auch in der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht nicht etwa ein ganz „neues Geschlecht von Gelehrten“ zwecks gemeinsamen intellektuellen Brückenbaus zusammen.

Betrachtet man die Zusammensetzung der Gesellschaft der ersten Stunde etwas genauer, so überrascht zunächst einmal ganz sicher deren *Vielfalt* – und zwar in mehrfacher Hinsicht: Als Gegenmodell zu einer reinen Gelehrtenvereinigung à la *Institut de Droit International* war die neue Gesellschaft nämlich, *erstens*, ganz bewusst als gemeinsame Arbeitsplattform für die „Theoretiker und Praktiker des Völkerrechts“ konzipiert.

Und so finden sich Notare, Rechtsanwälte (in großer Zahl!), Richter, Diplomaten, Militärs, Hof- und Regierungsräte, Politiker (wie etwa der preußische Finanzminister und SPD Politiker *Albert Südekum*) ebenso in den Mitgliedslisten⁴⁷ wie Verlagsbuchhändler (*Oskar Siebeck*), ein gewisser *Dr. Seckler*, Direktor der Daimler Motoren Gesellschaft⁴⁸ Stuttgart, Geistliche,⁴⁹ ja sogar Rechtsreferendare ohne Dokortitel!⁵⁰ In der

44 Schlaglichtartig wird dies deutlich etwa an der auf der 6. Jahresversammlung (Kiel 1925) geführten Debatte über die Frage, ob es sinnvoll sei, „die Hauptversammlungen künftig nur jedes zweite Jahr stattfinden zu lassen, um mit den Hauptversammlungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer zu alternieren“ (Antrag Prof. *Richard Thoma*), worauf die Versammlung beschließt, hierüber mit der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in einen Dialog zu treten (Mitteilungen VI (Fn. 17), S. 86).

45 *Schücking* (Fn. 42), S. 7.

46 „In Vielfalt geeint“ („In varietate concordia“) – so lautet seit dem Jahre 2000 das Motto der Europäischen Union. Als eines der Symbole der Europäischen Union war es sogar ganz explizit im (nichtratifizierten) Vertrag über eine Verfassung für Europa verankert (Präambel, Art. 1-8).

47 Leider wird in den Mitteilungen ab 1931 auf den Abdruck der Vereinsinterna (und damit insbes. auch die Neuaufnahmen ab diesem Zeitpunkt) verzichtet, sodass ein wirklich vollständiger Überblick einer (noch ausstehenden) Archivforschung vorbehalten bleibt.

48 Im Original „Deimler“, Mitteilungen VI (Fn. 17), S. 89.

49 Prälat *Kaas*, Berlin 1929.

50 *Mersmann-Soest*, Berlin 1926.

Tat war die *Aufnahmepaxis* (das *Verfahren* ist im Wesentlichen bis heute unverändert geblieben), gerade was die Anforderungen an die akademische Qualifikation anging, damals eine deutlich großzügigere als dies heute der Fall ist. Nur „Nichtexaminierten“, so ein späterer Beschluss,⁵¹ sollte der Zugang zur Gesellschaft grundsätzlich nicht möglich sein.

Und, *zweitens*, sollte die Gesellschaft auch Vertretern der „als Hilfswissenschaften erheblichen Wissensgebiete“ offenstehen – so ganz explizit die vielleicht etwas despektierlich anmutende Formulierung in der (ersten) Satzung der Gesellschaft von 1917.

Und so fanden sich unter den Mitgliedern denn auch nicht nur Professoren der Rechte, sondern auch Nationalökonomien, wie etwa *Karl Rathgen*, Gründungsrektor der Universität Hamburg, und *Lujo Brentano* sowie eine ganze Anzahl namhafter Historiker und Soziologen wie *Friedrich Meinecke*, *Hermann Oncken*, *Ferdinand Tönnies*, *Justus Hashagen*, *Alfred Hermann* und *Otto Hintze*. Gerade den Kollegen der Geschichtswissenschaften, die wir heute leider nicht mehr unter uns finden, möchte ich an dieser Stelle ein besonderes Wort der erinnernden Anerkennung aussprechen: Sie alle, die sie damals Mitglieder unserer Gesellschaft waren, standen ab 1933 in mehr oder minder offener Gegnerschaft zum Nationalsozialismus und hatten denn auch allesamt erhebliche persönliche Nachteile zutragen; auf *Otto Hintze* werde ich später noch kurz zurückkommen.

Dass das Internationale Privatrecht in diesem Sinne als bloße „Hilfswissenschaft“ qualifiziert worden wäre, erscheint mir im Übrigen ausgeschlossen: Wie die wissenschaftliche Vita *Theodor Niemeyer's* in geradezu exemplarischer Weise belegt, war die uns heute verordnete strenge Trennung zwischen Zivilrecht und Öffentlichem Recht – und zwar sowohl in ihrer national- als auch internationalrechtlichen Dimension – zur damaligen Zeit noch alles andere als selbstverständlich (ähnliches wird man auch zum Strafrecht sagen können). In erster Linie war man schlicht „Professor der Rechte“. Und so wird man wohl sogar formulieren können (vielleicht ein wenig vereinfachend), dass damals jeder Professor an einer Rechts- und/oder Staatswissenschaftlichen Fakultät, der sich auch für die internationale Dimension seines Faches interessierte, sich – in einem natürlich eher untechnischen Sinne – mit Fug und Recht als zumindest (auch) „Vertreter des Völkerrechts“ bezeichnen konnte und durfte. Mangels einschlägiger Lehrstühle an deutschen Universitäten gab es insoweit ja auch noch gar kein Bedürfnis für einen wie auch immer gearteten begrifflichen „Bestandsschutz“.⁵²

Ohne dass sich dies quellenmäßig wirklich belegen lässt, so sei hier doch auch die Vermutung gestattet, dass unsere Gesellschaft wohl nur aus zwei Gründen nicht bereits im Jahre 1917 als „Gesellschaft für Internationales Recht“ gegründet worden ist: *Erstens* war dieser Begriff damals in gewisser Weise bereits durch die 1912 gegründete

51 Vgl. Mitteilungen X (Fn. 17), S. 205.

52 Wenn sich auch in rein quantitativer Hinsicht gegenüber dem von *Walther Schücking* bereits für den unmittelbaren Vorkriegszustand beklagten Zustand des völkerrechtlichen Unterrichts an deutschen Universitäten bis heute wohl kaum etwas verbessert haben dürfte (*Walther Schücking*, Der Stand des völkerrechtlichen Unterrichts in Deutschland, *Zeitschrift für Völkerrecht* VII (1913), S. 376 – ganz im Gegenteil!), so ist doch immerhin was die fachliche Qualifizierung der Lehrenden angeht ganz sicher eine deutliche Verbesserung zu konstatieren: „Es gibt fraglos keine andere juristische Disziplin, deren Vertreter nach ihren wissenschaftlichen Arbeiten gemessen, so zahlreich gewissermaßen als outsider bezeichnet werden müssen, wie beim Völkerrecht, mögen diese Herren auf andern juristischen Gebieten selbstverständlich auch noch so bedeutsame Leistungen aufzuweisen haben.“ (ebd., S. 379).

te deutsche Sektion der *International Law Association* belegt – deren Tätigkeit nur kriegsbedingt und damit temporär suspendiert worden war. Und *zweitens* war in der von mir skizzierten geistig-intellektuellen Spannungslage der Begriff „Völkerrecht“ vielleicht auch durchaus bewusst intendiert als begrifflicher Kontrapunkt zur ausländischen Terminologie „international law“ und dem entsprechenden Äquivalent in anderen Sprachen. Aber, noch einmal, wir wissen es nicht.

Was wir allerdings wissen ist, dass die Gesellschaft im Hinblick auf die Geschlechterverteilung natürlich nicht gerade durch „Vielfalt“ glänzte, ebenso wie natürlich auch alle vergleichbaren (Berufs-)Vereinigungen der damaligen Zeit – Ausdruck einer beschämend skandalösen Diskriminierung der Juristin, vielfach *contra legem*.⁵³ Anwesend aber waren sie schon von Anfang an, die Frauen: „Ein Kranz von Damen verschönt unsere Versammlung“ – so Professor *Meurer* anlässlich der 1. Jahrestagung in Heidelberg – allerdings gleichzeitig mit freundlich-paternalistischem Tone seine Zweifel anmeldend, ob diese sich wirklich „für die völkerrechtliche Filigranarbeit interessieren“.⁵⁴ Aber es gab sie eben doch auch, die weiblichen Mitglieder: Die Tochter von *Theodor Niemeyer*, *Annemarie*, Assistentin am Institut für Internationales Recht in Kiel, wird bereits 1919 als ordentliches Mitglied geführt, 1929 gab es gleich 3 Aufnahmen von Frauen, neben zwei (unpromovierten) Rechtsreferendarinnen aus Kiel bzw. Frankfurt am Main⁵⁵ auch eine *Abogada*, *Dr. Inge Simons*.⁵⁶ Und schließlich – bereits im Jahre 1925 – die Aufnahme einer Frau Professor *Dr. Wolff*, Berlin, deren Identifizierung mir nicht ganz zweifelsfrei gelungen ist: Die wahrscheinlichste Kandidatin ist *Marguerite Wolff*,⁵⁷ seit eben jenem Jahr Referentin und schließlich Abteilungsleiterin am Kaiser-Wilhelm Institut. „Frau Professorin“ war sie indes nur in ihrer Eigenschaft als Ehefrau des Berliner Universitätsprofessors *Martin Wolff* – auch wenn sie sich diesen Titel wegen der kaum zu überschätzenden, natürlich nie offiziell gewürdigten Unterstützung der wissenschaftlichen Arbeit ihres Mannes möglicherweise sehr wohl verdient hätte!⁵⁸

53 Zur Diskriminierung der Frauen im Hinblick auf den Zugang zum und der Ausübung des Juristenberufs auch noch in der Weimarer Republik in nüchterner Eindringlichkeit *Marion Röwekamp*, *Die ersten deutschen Juristinnen. Eine Geschichte ihrer Professionalisierung und Emanzipation (1900-1945)* (Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2011) sowie auch *Stefan Bajohr/Kathrin Rödiger-Bajohr*, *Die Diskriminierung der Juristin in Deutschland bis 1945*, *Kritische Justiz* 13 (1980), S. 39-50.

54 Mitteilungen I (Fn. 17), S. 17.

55 Lise Liebreich, Kiel; Annemarie Ascher, Frankfurt am Main.

56 Frauen wurde erstmals in Deutschland durch das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege vom 11. Juli 1922 (RGBl. 1922, 573) erlaubt, die Befähigung zum Richteramt und damit die Voraussetzung zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu erwerben. Als erste Frau Deutschlands ließ das Bayerische Staatsministerium der Justiz am 7.12.1922 die Assessorin *Dr. Maria Otto* zur Rechtsanwaltschaft zu.

57 Eine nicht ganz ausgeschlossene, alternative Kandidatin ist die promovierte Juristin, jüdische Pädagogin, Lyrikerin, frauenbewegte Publizistin, Aktivistin und offen in einer lesbischen Beziehung lebende „echte“ Professorin *Emmy Wolff*. Eine wahrhaft schillernde Persönlichkeit, die in den 1930er Jahren „natürlich“, ebenso wie auch die „Volljüdin“ *Marguerite*, zur Emigration gezwungen war.

58 Als Volljüdin wurde *Marguerite* am 1.5.1933 entlassen und ins Exil nach London gezwungen, wie später dann auch ihr Ehemann. Zu *Marguerite Wolff* vgl. nur *Reinhard Rürup*, *Schicksale und Karrieren. Gedenkbuch für die von den Nationalsozialisten aus der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft vertriebenen Forscherinnen und Forscher* (Wallstein Verlag, Göttingen 2008), 369ff; *Annette Vogt*, *Wissenschaftlerinnen in Kaiser-Wilhelm-Instituten A-Z* (Veröffentlichungen aus dem Archiv der Max-Planck-Gesellschaft 12, Berlin 2. Aufl. 2008), S. 214ff sowie *Michel Schüring*, *Minervas verstoßene Kinder. Vertriebene Wissenschaftler und die Vergangenheitspolitik der Max-Planck-Gesellschaft* (Wallstein Verlag, Göttingen 2006), S. 196ff und schließlich – in vielfacher Hinsicht aufschlussreich auch im Hinblick auf das allgemeine Verhältnis einer patriarchalischen Wissenschaftskultur zur „Neuen Frau“: *Annette Vogt*, *Vom*

Letztlich aber muss man unseren Vorgängern aber doch Anerkennung zollen für ihre insgesamt großzügige Aufnahmepraxis – Ausdruck eines durchaus liberalen und toleranten Geistes, der die Gesellschaft damals eben auch prägte. Ein Beleg hierfür ist ja nicht zuletzt auch die Wahl von *Walther Schücking* in den Rat, und später dann auch den Vorstand der Gesellschaft. Mit seiner dezidiert pazifistischen Weltsicht muss er in einer zunächst noch stark vom bürokratisch-militaristischen Milieu des Kaiserreichs geprägten, insgesamt konservativ-nationalistisch ausgerichteten Gesellschaft doch ein krasser intellektueller Außenseiter gewesen sein. Aber der intellektuelle Kitt, der all diese Männer (und wenigen Frauen) damals zusammenhielt, war eben stärker als alles Trennende: Es war dies der feste Wille, dass – Originalton *Mendelssohn-Bartholdy* – im „Kampf zwischen den beiden Völkerrechten [...] nicht siegen wird [...] das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika und England, sondern das Recht unserer alten und doch noch jugendkräftigen Welt, und in dieser Welt, das vertrauen wir, Deutschland, voran!“⁵⁹ Das Protokoll vermerkt: „Stürmischer anhaltender Beifall“. *Niemeyer* bedankt sich überschwänglich: „Was er gesagt hat und wie er es gesagt hat, war uns aus dem Herzen gesprochen. Es war deutsch, es war deutsch im Willen zur Wahrheit, deutsch im Willen zur Gerechtigkeit, deutsch im Willen zu Bildung [...]“. Auch „Er“, Enkel des großen Komponisten, selbst hervorragender Pianist und in vielfältiger Weise künstlerisch tätig, wurde im September 1933 von der Universität Hamburg wegen seiner jüdischen Herkunft in den Ruhestand versetzt, und starb schon 1936 im Exil in Oxford. Man mag annehmen zutiefst verbittert – zu Recht!

Nun dürfen diese und andere Aussagen natürlich nicht überbewertet und aus dem zeithistorischen Kontext gerissen werden: Gerade einmal 170 Kilometer westlich vom Tagungsort Heidelberg entfernt verlief damals, „in aller schimmernden Schönheit dieses Herbstes“⁶⁰, die militärische Frontlinie – und auch zwischen den Völkerrechtlern war schon lange zuvor eine tiefe geistige Frontlinie gegraben worden: ILA und IDI hatten ihre Arbeit während des Krieges praktisch eingestellt. Es sei schlichtweg eine „impossibilité de faire siéger confraternellement côté à côté des membres et associés appartenant aux Etats belligérents“⁶¹ – so verlautete es damals aus dem *Institut*. „Guerre impie“, so der belgische Generalsekretär im Zusammenhang mit der Absage der 1914 in München geplanten Sitzung, oder „guerre sainte“, so *Friedrich von Liszt* in seinem Erwidierungsschreiben – in dem er gleichzeitig seinen Austritt aus dem *Institut* erklärte: „Gottlos“ oder „Heilig“: Plastischer kann man die kommunikationsfeindliche Frontstellung wohl kaum beschreiben.⁶²

Und so war denn auch zum Zeitpunkt der DGVR-Gründung die „Renationalisierung“ der institutionalisierten Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Völkerrechts bereits weit fortgeschritten: Als „rein britische Gesellschaft“ war 1915 die *Grotius Society* ge-

Hintereingang zum Hauptportal. Lise Meitner und ihre Kolleginnen an der Berliner Universität und in der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft (Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2007), S. 233ff.

59 Mitteilungen I (Fn. 17), S. 34.

60 Albrecht Mendelssohn-Bartholdy, Mitteilungen I (Fn. 17), S. 33.

61 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XX (1919) S. 311.

62 (Nur) exemplarisch für die auch und gerade unter den deutschen Intellektuellen der Zeit weitverbreitete Geisteshaltung auch *Ernst Borkowsky*, *Unser Heiliger Krieg* (Kiepenheuer, Weimar 1914), in dem sich auch der bezeichnende Satz findet: „Freiheit ist der Wille, zu tun, was wir müssen“ (ebd., S. 49).

gründet worden,⁶³ im selben Jahr das *American Institute of International Law*⁶⁴ und 1916 folgte dann auch die Gründung der Schweizer Vereinigung für Internationales Recht. Insoweit war die DGVR also in der Tat eher ein Nachzügler.

Das ändert aber natürlich nichts daran, dass dem durchaus heterogenen intellektuellen Sammelbecken nach innen,⁶⁵ welches unsere Gesellschaft damals durchaus darstellte, eben doch eine radikale Abschottung und intellektuelle Frontstellung nach außen korrespondierte. Obwohl an keiner Stelle explizit in der Satzung niedergelegt, so war „Deutsch sein“ doch eine unabdingbare Voraussetzung für die Mitgliedschaft – auch wenn dieses Attribut nicht in einem engen staatsangehörigkeitsrechtlichen Sinne zu verstehen war, wie etwa die Mitgliedschaft von Österreichern wie *Alfred Verdroß* und Schweizern (*Dietrich Schindler*) belegt, oder auch die 1929 vom Rat an den Züricher Professor und Präsidenten des IKRK *Max Huber* gerichtete Bitte um Annahme der Mitgliedschaft der Gesellschaft.⁶⁶ Aber „Deutsch denken“, ja das war damals wohl doch eine *conditio sine qua non* für die Mitgliedschaft.⁶⁷

Man mag diese Entwicklung gerade im Hinblick auf den (zumindest temporären) Bedeutungsverlust der internationalen wissenschaftlichen Vereinigungen bedauern – und auch in Deutschland gab es damals solche Stimmen. Aber – so das damalige Vorstandsmitglied *Moritz Liepmann* – es überwogen eben doch die „Bedenken, die gerade die gegenwärtige Weltlage gegen internationale wissenschaftliche Organisationen erhebt“ – womit er wohl in der Tat die ganz überwiegende Auffassung der Zeit artikulierte. „Pendant l’ardeur d’une guerre dont il n’y a pas d’exemple dans l’histoire“, war an eine konstruktive gemeinsame Arbeit schlichtweg nicht zu denken – so 1919 in der Retrospektive auch der Generalsekretär des *Institut, André Weiss*.⁶⁸

In philosophischer Grundsätzlichkeit, aber – wie ich meine – auch für unseren Zusammenhang durchaus passend, hat *Albert Camus* hierzu den schönen Satz formuliert: „Pour comprendre le monde, il faut parfois se détourner; pour mieux servir les hommes, les tenir un moment à distance.“⁶⁹ Vielleicht bedarf es ja in der Tat – in bestimmten Umbruchsituationen, im Leben des Einzelnen ebenso wie auch in demjeni-

63 Transactions of the Grotius Society 1 (1915), S. 1: „The Grotius Society is intended to be restricted, as regards membership, to British subjects; it is to be a purely British Society [...]“. Auch in Kriegszeiten war der Ton in dieser Gesellschaft doch ein deutlich unaufgeregter und „unideologischer“ als in der DGVR. Die kritische Diskussion von Repressalien (auch eigener!) etwa schließt der Vice-President *H. Goudy* 1916 „very British“ mit den Worten: „There can be no glory in victory by *Schrecklichkeit*. If we are beaten let us fall with honour and clean hands. If we are victorious let us afterwards exact reparation from those in authority who have been responsible for brutalities. Unless this is done, International Law will be degraded, if not destroyed, and civilisation itself will be in danger.“ (ebd., S. 7).

64 Als Zusammenschluss von 21 amerikanischen Gesellschaften für Völkerrecht.

65 Hierzu bereits *Karl Strupp*, Eine Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, DJZ 22 (1917), S. 492f.

66 Ratssitzung v. 22.5.1929 (Mitteilungen IX (Fn. 17), S. 107).

67 Erwähnenswert, und in gewisser Weise wohl auch Indikator für das gleichermaßen regierungsnah wie in gewisser Weise eben auch „großdeutsch-revisionistische“ Selbstverständnis, ist in diesem Zusammenhang auch die noch restriktivere Politik im Hinblick auf die Mitgliedschaft im Rat der Gesellschaft: „[...] geht der Rat von der Voraussetzung aus, daß von Ausländern deutscher Zunge, die als Mitglied [der Gesellschaft] zugelassen werden können, nur Österreicher und Danziger in den Rat gewählt werden können, weil in diesem Gremium unter Umständen Angelegenheiten zu besprechen und Beschlüsse zu fassen sind, bei denen die Teilnahme eines sonstigen Ausländers weder für diesen selbst, noch für die Gesellschaft erwünscht ist“ (Mitteilungen X (Fn. 17), S. 205).

68 Annuaire IDI 1919 (Fn. 61), S. 311.

69 *Albert Camus*, Le Minotaure ou la halte d’Oran 1939 (in: L’été, Recueil d’essais, Éditions Gallimard, Paris 1959), S. 13.

gen von Kollektiven – einer Phase isolationistischer Selbstvergewisserung, auch und gerade durch eine ganz bewusste Rückbesinnung auf und Rückkoppelung an die eigenen (hier: nationalen) Interessen: Ganz in diesem Sinne spannte denn auch *Niemeyer* am Begrüßungsabend des 5. Oktober 1917 in der Alten Aula der Ruperto Carola in seinem „Überblick über die Persönlichkeiten, die in Deutschland das Völkerrecht gefördert haben“ – dem allerersten wissenschaftlichen Beitrag in den Annalen unserer Gesellschaft überhaupt – einen großen Bogen von den Naturrechtlern des 17. und 18. Jahrhunderts (*Pufendorf* und *Wolff*) über die Positivisten *Leibniz* und *Moser* sowie *Georg Friedrich Martens* („der bedeutendste Völkerrechtslehrer [...] den Deutschland gehabt hat“) bis hin zu dem damals drängenden Problem der Schaffung eines umfassenden und systematischen „deutschen“ Publikationsorgans für die Völkerrechtswissenschaft.⁷⁰ Selbstvergewisserung sozusagen als Rüstzeug, ja *conditio sine qua non*, für ein erneutes „geistiges Zusammenarbeiten“ über Grenzen hinweg. Dass es hierzu alsbald kommen werde, ja daran bestand übrigens damals – trotz allem verbalen Säbelrasselns – auch und gerade in Deutschland kein ernsthafter Zweifel.

Aber auch die „Gegenseite“ – so muss man es wohl leider formulieren – machte den erneuten Brückenschlag nicht gerade leicht: „La France a été le champion du Droit dans cette guerre, comme elle l’a toujours été au cours de sa glorieuse histoire“⁷¹ – so etwa der Dekan der Juristischen Fakultät Paris anlässlich der Eröffnung der außerordentlichen Tagung des *Institut de Droit International* 1919 in der französischen Hauptstadt, an der kein einziger deutscher Vertreter teilnahm. Wer mag es ihnen verübeln?

Aber hinter dieser uns nur mehr schwer nachvollziehbaren Rhetorik verbarg sich ja eben auch eine gute Nachricht: Das Völkerrecht als staaten-, system-, ideologieübergreifendes Regulativsystem war trotz der „schweren Erschütterungen“ des Weltkrieges nicht aufgegeben worden.⁷² Ganz im Gegenteil: Es herrschte allgemeiner Konsens, dass es sich, wenn auch zunächst „in getrennten Lagern“, nicht nur lohne weiterzuarbeiten an diesem Rechtssystem – seiner materiellen Erneuerung ebenso wie seiner institutionellen Stärkung – sondern dass diese Arbeit eben letztlich sogar – in schönem Neudeutsch – „alternativlos“ sei. „Krisen des Völkerrechts“, so hat es *Anne Peters* einmal treffend formuliert, „sind nach aller historischen Erfahrung der Nährboden für gute Völkerrechtswissenschaft“.⁷³ Und so schallte es denn auch im Mai 1919 von der soeben bereits erwähnten Tagung des *Institut* über den Rhein: „Le droit n’est pas atteint parce qu’il est violé, il se redresse plus fort et mieux armé!“⁷⁴ Und auch unsere

70 Bedauerlicherweise ist dieser Vortrag, soweit ersichtlich, niemals veröffentlicht worden. Sein Inhalt wird daher nach dem Bericht von *Moritz Liepmann* (Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, Weltwirtschaftliches Archiv 12 (1918), S. 69-84 [81]) referiert.

71 *Ferdinand Larnaude*, Grußwort für die IDI Tagung 1919, *Annuaire IDI* 1919 (Fn. 61), S. 294.

72 Dem im Angesicht der massiven Verletzungen des Kriegs(völker)rechts während des Weltkrieges einzeln zu beobachtenden „Völkerrechtspessimismus“ trat *Sir Thomas Barclay* mit Entschiedenheit entgegen: „Il me semble, contrairement à cette idée, que les protestations sur les violations du droit international que différents événements de la guerre ont provoquées, montrent bien que le droit international n’a pas perdu sa force morale.“ (*Annuaire IDI* 1919 (Fn. 61), S. 295).

73 *Anne Peters*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, *ZaöRV* 67 (2007), S. 721ff (721).

74 *Annuaire IDI* 1919 (Fn. 61), S. 293.

Deutsche Gesellschaft war von Anfang an vom gleichen Geist beseelt:⁷⁵ Das Völkerrecht ist tot – es lebe das Völkerrecht!⁷⁶ Denn, dass die Protagonisten der Zeit eben auch insoweit Zeugen einer tiefen Zäsur waren⁷⁷ – das war allen Beteiligten durchaus bewusst. Was also tun? ⁷⁸

IV. Wir wollen schaffen

„Das höchste, was der Mensch erlebt, ist, zu arbeiten mit Gleichgesinnten. *Res severa verum gaudium.*“⁷⁹ Auch wenn uns diese Überhöhung des kollektiven Arbeitsethos heute etwas befremdlich erscheinen mag – mit diesen Worten jedenfalls schloss der nach wie vor und noch bis 1929⁸⁰ amtierende Vorsitzende der Gesellschaft, *Theodor Niemeyer*, die 7. Jahresversammlung 1926 in Wiesbaden. Aber eben genau darum ging es von Anfang an: Um gemeinsame Arbeit – und dies in einem ungleich umfassenderen, in gewisser Weise auch qualitativ anderen Sinne als dies Anspruch und Realität unserer heutigen Gesellschaft entspricht.

Während uns der erste der beiden 1917 formulierten Gesellschaftszwecke bis heute vertraut ist – „Die Gesellschaft will die wissenschaftliche Erkenntnis des Völkerrechts fördern“ –, ist eine Kontinuitätslinie zum zweiten großen Anliegen der Gründergeneration heute kaum noch erkennbar: „Die zweite große Aufgabe“ – so formulierte es *Niemeyer* – „ist die Mitarbeit am Wiederaufbau und Ausbau des Völkerrechts.“ – und zwar dies in einem dezidiert wörtlichen, das heißt anwendungsorientierten,⁸¹ auch politikberatenden Sinne.

Kein Zweifel: Wissenschaftliche Referate und deren Diskussion auf den aus organisatorisch-finanziellen Gründen nicht ganz regelmäßig abgehaltenen Jahrestagungen

75 Dezidiert auch bereits *Mendelssohn-Bartholdy* in seinem Vortrag v. 6.10.1917: „[...] gerade wir wissen, daß [...] dieses Recht [das Völkerrecht] in schwerer Gefahr stand und noch steht, und daß wir die Pflicht haben, zusammenzustehen zur Überwindung dieser Gefahr – [...] ich fürchte mich nicht, es hier im Krieg zu sagen: zusammenzustehen zuerst unter uns Deutschen, dann aber mit denen, die das Recht in Obhut und Pflege haben, in den anderen Ländern unseres Weltteils, ob Freund oder Feind [...]“ (Mitteilungen I (Fn. 17), S. 24).

76 Wirklich „tot“ war das Völkerrecht damals natürlich nicht, sondern befand sich vielmehr in einer ganz besonders „spannenden Phase“ – so, mit Bezug auf den Irakkrieg 2003, die treffende Formulierung von *Anne Peters* (Fn. 73), S. 721ff, (721) als Reaktion auf eine angebliche „Zerstörung des Völkerrechts“ (*Sibylle Tönnies*, Ist das Völkerrecht noch zu retten?, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 48 (2003), S. 780).

77 Siehe hierzu auch mit spannenden Einsichten zu den Zusammenhängen zwischen „(cultural) modernism“ und dem Nachkriegsverständnis eines erneuerten Völkerrechts *Nathaniel Berman*, *Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction*, *Yale Journal of Law and the Humanities*. 4(1992), S. 351ff.

78 Fast prophetisch anmutend die mit „Bravos“ bedachte Feststellung von *Ferdinand Tönnies* auf der Jahresversammlung in Kiel im September 1918, also noch vor Kriegsende, dass man sich an den Gedanken gewöhnen müsse „des friedlichen Ausgleichs, der Schlichtung von Streitigkeiten, der höheren Autorität, womit der Völkerbund auch über die Souveränität der Staaten sich erheben muß und erheben wird.“ (Mitteilungen II (Fn. 17), S. 120).

79 Mitteilungen VII (Fn. 17), S. 100.

80 Auf der Mitgliederversammlung v. 25.5.1929 wurde sodann der Reichsgerichtspräsident a.D. Prof. *Walter Simons* in einer „Kampfabstimmung“ mit 20 von 38 Stimmen zum neuen Vorsitzenden der Gesellschaft gewählt (11 Stimmen für *Schücking*, 5 für *Kaufmann* und 1 für *Niemeyer*), Mitteilungen IX (Fn. 17), S. 113).

81 Zu Begriff und Abgrenzung zur „Grundlagenforschung“: *Peters* (Fn. 71), S. 721ff, (742ff).

zu Fragen des Völkerrechts und sodann – 1925 „als ebenbürtige Materie neben dem Völkerrecht in den Arbeitsplan und den Aufgabenkreis unserer Gesellschaft“ einbezogen⁸² – auch solchen des Internationalen Privatrechts, waren stets ein Kernelement des Wirkens unserer Gesellschaft – damals wie heute. Ebenso wie übrigens auch das niemals vernachlässigte „gesellige Beisammensein“!

Und wenn vielleicht auch nicht sofort und überall die „Ideen von 1914“ selbst, so war doch jedenfalls die mit ihnen zunächst verknüpfte „aggressiv-polemische Rhetorik“ bald ganz weitgehend aus der Gesellschaft vertrieben: Aber emotional-lebhaft, von breiter Gelehrsamkeit und immer wieder auch erfrischend persönlich geprägt blieben die Vorträge ganz überwiegend doch. Anders als dies heute jedenfalls gelegentlich der Fall ist, waren die Referate damit regelmäßig eben keine mündliche Version eines wissenschaftlichen Aufsatzes, sondern in ihrem ganzen Duktus auf unmittelbare Innen- und Außenwirkung angelegt.⁸³

Denn – und ich sage das hier ganz wertfrei – anders als unser heute doch eher „introvertiertes“ Selbstverständnis, zielte die Gesellschaft zwischen 1917 und 1932 sowohl durch Themenwahl und -aufbereitung, als auch Auditorium und Referenten (Referentinnen hat es, soweit ersichtlich, leider nie gegeben), ganz bewusst auf eine möglichst umfassende Wirkung auch und gerade in die Rechtspraxis hinein: Offenheit gegenüber, Kommunikation und Dialog mit der Welt außerhalb der (Völkerrechts-)Wissenschaft war damit nicht nur ein Markenzeichen der alten DGVR – nein, es war dies in gewisser Weise sogar ihre „raison d'être“.

Man wollte, so *Moritz Liepmann* in seinem zeitgenössischen Bericht, heraus aus der „splendid isolation“ einer Gelehrtenakademie, für die das *Institut de Droit International* als Negativbeispiel bemüht wird. Bloße „Schreibtischpflanzen“ zu züchten, „die in dem Erdreich des Volkes, aller derer, die dieses Recht im Ernstfall aktiv und passiv anging, nur eine sehr schwache Grundlage hatten“ – nein, das sollte nicht der Anspruch der neuen Gesellschaft sein. Und, im typisch militärischen Duktus der Zeit: „Die geistigen Führer in diesem Kampf um ein internationales Recht blieben vielfach Offiziere, ohne dass irgendeine Sicherheit war, dass ihnen Soldaten folgen.“⁸⁴ Und so wurde denn auch bereits auf der ersten Mitgliederversammlung im Oktober 1917 die Frage aufgeworfen: War die DGVR gewillt, praktische Politik zu machen? – Ja sie war es – und unverzüglich wurde eine Kommission eingesetzt, deren Aufgabe es sein sollte, „die Arbeit der Gesellschaft [...] für die Allgemeinheit nutzbar zu machen“ – was auch immer das im Einzelnen bedeuten sollte.⁸⁵

Nun ging das Völkerrecht „die Allgemeinheit“ in der damaligen historischen Situation natürlich auch in der Tat in einem viel unmittelbareren Sinne an als dies wohl heute der Fall ist: Die unsicheren Konturen der Nachkriegsordnung hingen bedrohlich über dem Deutschen Staat – und damit eben untrennbar auch über einem Volk, das sich zu

82 Mitteilungen VII (Fn. 17), S. 47.

83 Auch Fußnotenapparate (jedenfalls von einiger Substanz) sucht man daher meistens vergeblich.

84 *Liepmann*, (Fn. 70), S. 69-84 (75).

85 Mitteilungen I (Fn. 17), S. 40. Der Antrag auf Einrichtung dieser Kommission war von dem Historiker Prof. *Alfred Herrmann* gestellt worden, der 1933 aus Protest gegen die Machtübernahme der Nationalsozialisten seine Lehrtätigkeit an der Universität Posen einstellen sollte. 1919/20 Mitglied der Weimarer Nationalversammlung, war für ihn „als Politiker [...] die Einwirkung, die das Völkerrecht hervorruft, das Maßgebende“ (ebd.) – eine Haltung, die er in den Anfangsjahren der Gesellschaft, die maßgeblich dem „Kampf um Versailles und dessen Folgen“ gewidmet war, mit vielen anderen Mitgliedern teilte.

Beginn des Krieges in nationalistischer Eintracht nahezu uneingeschränkt und bedingungslos in den Dienst des politischen und gesellschaftlichen *status quo* gestellt hatte: Von Links bis Rechts – von Oben nach Unten – von Norden nach Süden – von Katholisch bis Evangelisch – von Arbeiterschaft bis Wissenschaft. Erhebliche Gebietsverluste mit all ihren status- und vermögensrechtlichen Folgen für viele Millionen Reichsangehörige drohten ebenso wie massive Reparationsforderungen und andere wirtschaftliche Zwangsmaßnahmen – erneut mit potentiell weitreichenden Folgen für jeden Einzelnen. Und schließlich zeichnete sich neben dem Ende der „guten alten Zeit“ im Innern, also der relativ einträchtigen und stabilen politischen und wirtschaftlichen Kohabitation von Monarchie und Bürgertum,⁸⁶ auch in den internationalen Beziehungen der Zusammenbruch der vertrauten Weltordnung ab, mit allen damit zusammenhängenden Herausforderungen, auch und gerade juristischer Natur.

„Wider das völkerrechtliche Geschwafel“ – so hat *Hermann Mosler* unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg einmal in polemischer Überspitzung sein Selbstverständnis als Völkerrechtler definiert.⁸⁷ Es könnte dies aber ebenso gut auch als programmatischer Leitsatz über der Tätigkeit der DGVR am Ausgang des 1. Weltkrieges stehen: Nachdem der Krieg der Waffen verloren war, so wird *Niemeyer* auf der 3. Jahresversammlung 1922 in Hamburg, erneut im typischen Duktus der Zeit, zitiert, „müsse [der Kampf] nun mit den Mitteln des Völkerrechts geführt werden. Auf diesem Gebiet habe die Völkerrechtswissenschaft nicht abgerüstet“.⁸⁸

Und auch von der ersten großen Niederlage auf diesem Schlachtfeld ganz anderer Art – dem „verlorenen Kampf um Versailles“, an dem sich auch die Gesellschaft, letztlich vergeblich,⁸⁹ mit einem umfassenden „Völkerbundsentswurf“ beteiligt hatte⁹⁰ – ließ man sich nicht beirren: Man setzte nun alle Hoffnung auf die internationale Gerichtsbarkeit – insbesondere auf den im selben Jahr gegründeten Ständigen Internationalen Gerichtshof in Den Haag. Erneut *Niemeyer*: „Wo Gericht, auch Friede“.⁹¹ Dieser unbeirrbar Glaube an das Völkerrecht als Fundament der internationalen Beziehungen konnte auch durch eine Reihe weiterer Niederlagen – vom „Wimbledon Fall“ 1923⁹² bis hin zum Gutachten zur deutsch-österreichischen Zollunion von 1931⁹³ – nicht er-

86 *Wehler* (Fn. 16) spricht sozialgeschichtlich von einem umfassenden und facettenreichen Prozess der „Aristokratisierung“ des Bürgertums (S. 721ff) und Hinblick auf die Herrschaftsstruktur des Reiches zutreffend von einem „Zwitterding“ ...[das] weder der Fürsteherrschaft noch dem Parlamentarismus endgültig den Vorrang gab“ (S. 361).

87 Brief von *Hermann Mosler* an *Helmut Strebler* (zitiert nach *Felix Lange*, *Wider das „völkerrechtliche Geschwafel“ – Hermann Mosler und die praxisorientierte Herangehensweise an das Völkerrecht im Rahmen des Max-Planck-Instituts*, *ZaöRV* 75 (2015), S. 307ff, (307)).

88 *Mitteilungen III* (Fn. 17), S. 170.

89 Hierzu *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (CUP, Cambridge 2001), S. 235f.

90 *Theodor Niemeyer* (Hrsg.), *Der Völkerbundsentswurf der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht: Vorschläge für die Organisation der Welt* ([*Monographien zum Völkerbund Heft 1*], Verlag von Hans Robert Engelmann, Berlin 1919).

91 *Mitteilungen III* (Fn. 17), S. 170. Angesichts der Gefahr „daß die Angelsachsen jetzt den Gedanken des Völkerbundes zu pachten suchen“, war auf Initiative des Auswärtigen Amtes (*Simons*), die „stürmischen, lang anhaltenden Beifall“ fand (*Mitteilungen II* (Fn. 17), S. 137), 1918 eine entsprechende Studienkommission eingesetzt worden.

92 *Case of the S.S. „Wimbledon“ (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany)* PCIJ, Series A, No. 1, 1923.

93 *Customs Régime between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)* (Advisory Opinion) PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931.

schüttert werden.⁹⁴ Auch dafür, so meine ich, gebührt unseren wissenschaftlichen Ahnen Respekt! Ein Schlaglicht auf das gleichermaßen anwendungsorientierte wie nationalpolitisch engagierte Selbstverständnis der Gesellschaft wirft die Schlussformel des Vorwortes zu den Mitteilungen zur 10. Jahresversammlung in Königsberg: „Berlin-Dahlem, am Tage nach der Räumung des Rheinlandes, dem 1. Juli 1930“.⁹⁵ Das von *Martti Koskenniemi* der deutschen Völkerrechtswissenschaft zwischen 1871 und 1933 wohl etwas zu pauschal angeheftete Label „International Law as Philosophy“⁹⁶ konnte damit jedenfalls für die Arbeit der DGVR keine prägende Kraft entfalten: Die in der Tat in enger (auch personeller) Symbiose zwischen Staats- und Völkerrechtlern geführte Auseinandersetzung über Grundfragen der Disziplin – insoweit von besonderer Prominenz sicher das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht – wurde zwar auch in der Weimarer Republik in rechtstheoretischer und -philosophischer Grundsätzlichkeit und Gründlichkeit weitergeführt und intensiviert – das Stichwort „Weimarer Methodenstreit“⁹⁷ muss hier genügen. Dies aber eben außerhalb des institutionellen Rahmens unserer Gesellschaft, die sich ihrerseits ganz vornehmlich⁹⁸ als ein Forum zur Diskussion (tagesaktueller) Rechtsfragen verstand: Man strebte eine „enge Verbindung der Wissenschaft und der Praxis des Völkerrechts“ an – und verband damit übrigens auch die Hoffnung einer „Beteiligung anerkannter Gelehrte[r] an den Staatsgeschäften“ – so heißt es ganz explizit bereits 1917 in einer programmatischen Erklärung über die Ziele der Gesellschaft.⁹⁹ Das Auswärtige Amt dankte es nicht nur mit Worten – der Geheime Legationsrat *Dr. Simon* sprach auf der 2. Jahresversamm-

94 Mitte der 1920er Jahre war dann aber doch eine Art resignativer Verbitterung unverkennbar, wie sie sich etwa in *Walther Schückings* Wiesbadener Referat (1926) manifestiert, der, mit einer gewissen kreativen Freiheit, einen berühmten Aphorismus von *Marie von Ebner-Eschenbach* zitiert: „Wenn man jung ist, dann glaubt man, Gerechtigkeit sei doch das Wenigste, was man von seinen Mitmenschen erwarten dürfe. Wenn man alt und grau geworden ist, dann weiß man, Gerechtigkeit ist in dieser Welt das Letzte und Höchste, was einem von den andern am seltensten zuteil wird.“ (Original: Aphorismen (Gebrüder Paetel Verlag, Berlin 1911), S. 128) – um diesem Zitat sodann hinzuzufügen: „Das gilt nicht nur für das Leben der Einzelmenschen, das gilt auch für das Leben der Staaten. Auch sie brauchen die Gerechtigkeit, auch ihnen wird sie heute selten zuteil.“ (Mitteilungen VII (Fn. 17), S. 88).

95 Mitteilungen X (Fn. 17), S. IV.

96 *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (CUP, Cambridge 2001), S. 179f; sicher verkürzt daher etwa auch die Aussage: „The story of international law in Germany between 1871 and 1933 is a narrative about recurrent attempts to square the circle of statehood and an international legal order by lawyers trained in public law, often philosophically inclined [...]“ (ebd., S. 181).

97 Umfassend: *Wolfgang März*, *Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre, oder der staatsrechtliche Antipositivismus*, in: *Knut Wolfgang Nörr/Bertram Schefold/Friedrich Tenbruck* (Hrsg.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert* (Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1994), S. 75-133. Die Extrempositionen in diesem Streit markieren wohl *Hans Kelsen* („Kontrafaktizität des Normativen“: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, *Die Justiz* 6 (1931), S. 576-628 und *Carl Schmitt* („Normativität des Faktischen“: *Der Hüter der Verfassung* (Mohr, Tübingen 1931)).

98 Ausnahmen aber etwa *Herbert Kraus*, *Kant und das Völkerrecht*, sowie *Alfred Verdross*, *Die Quellen des Völkerrechts* (Mitteilungen X (Fn. 17), S. 5ff, 81ff – und auch nur sehr gelegentlich, etwa bei der Diskussion des letztgenannten Referates, blitzt denn auch der Methoden- und Theorienstreit auf (konkret insbes. Dualismus/Monismus): „[...] besonders dankbar für die große Selbstständigkeit, Unabhängigkeit und Unterschiedenheit, die er [Verdross] innerhalb der berühmten Wiener Rechtsschule deren Begründer, Hans Kelsen, gegenüber behauptet. Gerade in der Lehre von den Rechtsquellen hat sich Hans Kelsen am weitesten und bedenkllichsten von der unserer deutschen Wissenschaft vertrauten Ansicht wie von der Wirklichkeit des Rechtes entfernt.“ (*Arthur Wegner*, *Diskussionsbeitrag*, Mitteilungen X (Fn. 17), S. 94)).

99 Mitteilungen III (Fn. 17), S. 7.

lung 1918 „von einem Gefühl der inneren Verwandtschaft zu den Aufgaben“ des Auswärtigen Amtes¹⁰⁰ – sondern später auch mit Taten, d.h. mit wohl durchaus großzügiger finanzieller Unterstützung.¹⁰¹

Wesentlich zur „Enttheoretisierung“ der Agenda der Gesellschaft trugen neben dem „Gebot der Stunde“ aber sicher auch der erhebliche Anteil an Praktikern unter den Mitgliedern sowie die von Anfang an starke Fraktion des Internationalen Privatrechts bei, einer Disziplin, die sich wohl schon immer durch einen, auch und gerade im Vergleich zum Völkerrecht, besonders hohen Grad von Anwendungsorientiertheit ausgezeichnet hat – wenn ich das, liebe Kolleginnen und Kollegen des IPR, so formulieren darf.

Hat sich die Arbeit gelohnt? Verstauben nicht auch die zunächst nur „auf Grund der großen Gunst des Admiralstabes“ überhaupt erschienenen Mitteilungen¹⁰² „versteckt in Fachbibliotheken und sind [...] selbst in mancher großen öffentlichen Bibliothek nicht zu finden“ – wie es *Moritz Liepmann* 1918 abschätzig für das *Annuaire* des *Institut* formulierte, womit dieses denn auch seinen Anspruch eine „autorité pour le monde“¹⁰³ zu sein, klar verfehlt habe?

Nein, eine „Autorität für die Welt“ zu werden, diesen Anspruch hat unsere Gesellschaft nie erhoben und, ja, vieles was damals formuliert worden ist, hat die Zeit nicht überlebt – ebenso wie das zum Teil bedauerlich schlechte Papier, auf dem es gedruckt worden ist. Bei einem primär anwendungsorientierten, der Bewältigung ganz konkreter juristischer Tagesthemen verpflichteten Ansatz, kann das aber wohl auch gar nicht anders sein.¹⁰⁴

Aber darauf kommt es meines Erachtens nach auch gar nicht entscheidend an: Viel wichtiger erscheint mir, dass durch das Forum, welches die Gesellschaft bot – und auch und gerade durch die Möglichkeit konstruktiver wissenschaftlicher Arbeit im Schnittfeld von Theorie und Praxis – sich nicht nur viele einzelne DGVR-Mitglieder, sondern vielmehr die Zunft der deutschen Internationalrechtler insgesamt, sehr rasch wieder Respekt und Anerkennung in der internationalen Gelehrtenrepublik erarbeiten konnte – *Walther Schücking* ist insoweit nur das prominenteste Beispiel. Auf einem diesem Manne gewidmeten Gedenkstein in Kassel findet sich dessen Leitmotiv: „Frieden

100 Mitteilungen II (Fn. 17), S. 15.

101 In den Mitteilungen XII (Fn. 17), S. VIII spricht der Vorsitzende *Dr. Simons* ziemlich unmissverständlich von „derjenigen Stelle, von der seit einiger Zeit in so dankenswerter Weise eine regelmäßige Unterstützung gewährt worden ist“, um im nächsten Satz dann ganz direkt Bezug auf die „Reichsregierung“ zu nehmen.

102 „Wir haben leider keine Setzer und kein Papier. Unsere bisherigen Mitteilungen sind nur möglich gewesen auf Grund der großen Gunst des Admiralstabes, der das erste Heft unserer Mitteilungen hat drucken lassen.“ (*Theodor Niemeyer*, Mitteilungen II (Fn. 17), S. 149).

103 „Le point capital me paraît être de créer une institution permanente, durable, qui insensiblement puisse et doit devenir une autorité pour le monde“ (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. I (1873), S. 11-28 – *Bluntschli* 1872 in einem Brief an *Jacquemyns* – beide waren sie dann im Folgejahr Mitbegründer des *Institut*).

104 Auch über manche völkerrechtshistorische oder – theoretische Betrachtung ist die Entwicklung wohl inzwischen – zu Recht – hinweggegangen, etwa wenn – unter starkem Beifall – „das wahre Völkerrecht“ immer noch in eine enge, unverbrüchliche und in gewisser Weise exklusive Traditionslinie zur Welt des christlichen Mittelalters gestellt wird: „Die Geisteswelt des Thomas von Aquino muß dem Vertreter der Völkerrechtswissenschaft mindestens ebenso nahe stehen wie die des Hugo Grotius.“ (*Arthur Wegner*, Mitteilungen X (Fn. 17), S. 98).

durch Recht“:¹⁰⁵ Das war in der Tat der Geist, der die Gesellschaft von 1917 bis 1933 prägte, und daran konnte die Gemeinschaft der Internationalrechtler in Deutschland nach 1945 guten Gewissens anknüpfen.

V. Getrennte Wege

„Auch die nationale Revolution [...] wird, wie ich hoffe, an dem traditionellen Charakter unserer Tätigkeit nichts ändern“ – so heißt es im Vorwort der 12. Mitteilungen der Gesellschaft vom März 1933,¹⁰⁶ verfasst von *Walter Simons*, seit 1929 als Nachfolger *Niemeyers* Vorsitzender der DGVR. Die Hoffnung sollte trügen. Eine ebenfalls bereits avisierte „nächste Hauptversammlung“ sollte nicht mehr stattfinden, jedenfalls nicht für die nächsten 17 Jahre! „Ich schließe die Versammlung“: Dieser unspektakuläre Schlusssatz von *Walther Schücking* auf der Kasseler Tagung im September 1932 sollte so eine gänzlich unintendierte Tragweite erhalten. Der 30. Januar 1933 hatte auch insoweit alles geändert – und zwar in völlig unvorhergesehener Weise.

Fast verzweifelt mutet denn auch der von *Simons* an gleicher Stelle unternommene Versuch eines Spagats an, zwischen Loyalitätsbekundungen einerseits („Die Gesellschaft ist dankbar und empfindet es als eine Ehre, wenn sie der Reichsregierung auf völkerrechtlichem Gebiete dienen darf“) und dem Beharren auf der Freiheit der Wissenschaft andererseits („sie hat dies aber stets in wissenschaftlich freiem Sinne getan“). Diese letztere Aussage unseres damaligen Vorsitzenden gereicht der Gesellschaft zweifellos zu größerer Ehre als es irgendein Dienst für die Reichsregierung je vermocht hätte – auch wenn mit ihr wohl das Schicksal der alten DGVR als Teil der frei organisierten Zivilgesellschaft in Deutschland besiegelt war.

Gab es Bestrebungen innerhalb von Vorstand und/oder Rat, die DGVR nach der nationalsozialistischen Machtübernahme als Plattform zu nutzen, etwa für einen Solidaritätsappell an die Weltöffentlichkeit oder die internationale Gelehrtenrepublik, dessen Teil die deutsche (Rechts-)Wissenschaft natürlich längst wieder geworden war?¹⁰⁷ Die nach innen gerichteten, mahnend-drohenden Worte von *Simons*, dass es „heute weniger verzeihlich als je [wäre], wollten wir [...] etwas unternehmen, was die Stellung unserer politischen Führer dem Ausland gegenüber irgend erschweren könnte“ – man gab sie als einen dezenten Hinweis hierauf interpretieren. Wissen tun wir über der-

105 Auf der Vorderseite findet sich folgende Inschrift: „Dem unbeugsamen/ Demokraten/ dem Vorkämpfer/ der Völker-/ verständigung/ Walther Schücking/ 1875–1935/ Professor der/ Rechte in Marburg/ Reichstags-/ abgeordneter/ Richter am/ Ständigen Inter-/ nationalen/ Gerichtshof/ in Den Haag“. Auch die Festschrift zum 100. Geburtstag des Kieler Instituts nimmt „natürlich“ Bezug auf diese Leitidee: *A. von Arnould/N. Matz-Lück/K. Odendahl* (Hrsg.), *100 Years of Peace Through Law: Past and Future* (Duncker & Humblot, Berlin 2015).

106 Mitteilungen XII (Fn. 17), S. III.

107 Die hohe Wertschätzung der deutschen Kollegen, und zwar insbesondere derjenigen, die Opfer des nationalsozialistischen Unrechtsregimes geworden sind, spiegelt sich etwa wieder bei *J.W. Garner*, *The Nazi Proscription of German Professors of International Law*, *AJIL* 33 (1939), S. 112ff. Zum ganz ähnlichen Prozess der „Mobilisation des esprits 1914–1918“ mit seinen „antagonismes insurmontables“ hin zur in den 1920er Jahren wiedergewonnenen „société des esprits“ im Bereich der Natur- und Technikwissenschaften vgl. nach wie vor materialreich und instruktiv *Brigitte Schroeder-Gudehus*, *Les scientifiques et la paix. La communauté scientifique internationale au cours des années 20* (Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal 1978).

artige Überlegungen indes nichts – und Anlass für einen wie auch immer gearteten „Widerstandsmythos“ gibt es damit jedenfalls keinen.¹⁰⁸

Irgendwo im, zumal in der Retrospektive, schwierig zu vermessenden, geschweige denn moralisch zu bewertenden Feld zwischen Anpassungsdruck und vorauseilendem Gehorsam stellte die Gesellschaft dann ihre Tätigkeit ein. Die Friedenswarte berichtet 1934 von einer Anordnung der Liquidation durch amtliche Stellen und spricht von einer „erschütternden Mitteilung“¹⁰⁹ – wirklich überraschen aber konnte diese wohl nicht! Wie stark der Druck tatsächlich war, ob man ihm nicht noch ein wenig länger hätte standhalten können und mit einer 12. Tagung zumindest den Versuch hätte unternehmen können, ein letztes mutiges Zeichen zu setzen – wir wissen es schlichtweg nicht!¹¹⁰

Was wir allerdings wissen ist, dass die Gesellschaft – soweit ersichtlich – niemals und von niemandem als Bühne für parteipolitische, ideologische oder gar rassistische Agitation missbraucht worden ist – auch nicht in der konfrontativen Endzeit der Weimarer Republik und obwohl das „personelle Potential“ hierfür in der Gesellschaft natürlich vorhanden gewesen ist.¹¹¹ Sehr rasch trennten sich 1933 die Wege zwischen denjenigen, die sich widerstandslos, willig oder gar sehr eifrig und in voller Überzeugung in den Dienst der nationalsozialistischen Diktatur stellen sollten und solchen, die in der einen oder anderen Weise zu dessen Opfern wurden. All dies aber geschah außerhalb des organisatorischen Rahmens unserer Gesellschaft – und dafür müssen wir im Nachhinein wohl dankbar sein.

Bernhard von Bülow, langjähriges DGVR-Mitglied, mag stellvertretend stehen für den schmalen Grat zwischen Pflichtbewusstsein, schlichtem Opportunismus oder unauffälligem Arrangieren mit den Verhältnissen einerseits und Verstrickung in das Unrecht in all seinen Schattierungen andererseits, der so viele Lebenswege ab 1933 prägte.¹¹² Be-

108 Hierzu insgesamt *Ingo Hueck*, Die deutsche Völkerrechtswissenschaft im Nationalsozialismus. Das Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, das Hamburger Institut für Auswärtige Politik und das Kieler Institut für Internationales Recht, in: *Doris Kaufmann* (Hrsg.), Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus. Bestandsaufnahme und Perspektiven der Forschung. Erster Band (Wallstein Verlag, Göttingen 2000), S. 490ff.

109 Die Friedenswarte 34 (1934), S. 79.

110 Schon am 23.3.1933 hatte Hitler vor dem Reichstag ausdrücklich die einheitliche Ausrichtung des kulturellen und völkischen Lebens postuliert (Reichstagsprotokolle, 8. Wahlperiode 1933, 2. Sitzung (S. 27/28)).

111 In Vorstand und Rat der Gesellschaft ist insoweit die ganze biographische Bandbreite repräsentiert, vom Pazifisten *Walther Schücking* über den Diplomaten *Bernhard Wilhelm von Bülow* mit ungebrochen-steiler Karriere auch nach 1933, dem nachmaligen Kriegsverbrecher *Franz Schlegelberger* und dem wegen antisemitischer Anfeindungen schon 1933 durch Selbstmord aus dem Leben geschiedenen Hamburger Professor *Karl Perels*.

112 Dass es auch im Auswärtigen Amt durchaus Handlungsalternativen gab (und zwar für die Protagonisten folgenlose!), zeigt die vom deutschen Botschafter in Washington, *Friedrich von Prittwitz*, am 6.3.1933 getroffene Entscheidung, seinen Posten zur Verfügung zu stellen – und zwar dies mit einer erstaunlich offenen Begründung: „[...] habe ich während meiner hiesigen Tätigkeit [in Washington] niemals einen Hehl aus meiner allgemeinen politischen Einstellung gemacht, die in dem Boden einer freiheitlichen Staatsauffassung und den Grundprinzipien des republikanischen Deutschlands wurzelt. Meine bescheidene Mitarbeit an dem politischen Wiederaufbau der letzten Jahre hat sich daher stets in einem Geist vollzogen, der nach Ansicht führender Mitglieder der jetzigen Reichsregierung zu verurteilen ist. Sowohl aus Gründen des persönlichen Anstands wie solchen der sachlichen Aufgaben kann ich daher hier nicht mit Erfolg wirken (Brief an *von Neurath* v. 11.3.1933, ADAP, C I, Dok. Nr. 75, 145). S. auch *Rainer Blasius*, Ein Aufrechter allein auf weiter Flur, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 16.3.2013, S. 9.

reits am 13. März 1933 erteilte er in seiner Funktion als Staatssekretär im Auswärtigen Amt die Weisung, Material zum angeblich „überproportionalen Vordringen der Juden im öffentlichen Leben Deutschlands zu sammeln“ – und dies offensichtlich ohne besonderen Druck seitens des Propagandaministeriums oder der Partei.¹¹³ Intendiert als Argumentationshilfe zur Rechtfertigung der deutschen Judenpolitik gegenüber dem Ausland, war dieses Material aber wohl auch ein kleiner, vielleicht nicht ganz unbedeutender Mosaikstein, um die Entfernung der Juden aus dem deutschen Wissenschaftsbetrieb zu erleichtern – darunter natürlich auch zahlreiche Kolleginnen und Kollegen in der DGVR. Die Historikerkommission fällt über diese Weisung sogar das harte und umstrittene¹¹⁴ Urteil, sie markiere, wenn auch ungewollt, „gewissermaßen den Anfang [...] auf dem Weg zur Endlösung der Judenfrage.“¹¹⁵

Deutlich unumstrittener ist hingegen die in gewisser Weise tragische, im Ergebnis aber eben doch verbrecherische Karriere des Ratsmitglieds und Honorarprofessors an der Humboldt-Universität, *Franz Schlegelberger*, der im nationalsozialistischen Staat eine durch keinerlei Skrupel gebremste Karriere bis hin zum kommissarischen Reichsminister der Justiz machte. Im Nürnberger Juristenprozess einer der Hauptangeklagten, wurde er wegen Verschwörung zur Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu lebenslanger Haft verurteilt¹¹⁶ – die er selbstverständlich nicht verbüßen musste. Aber das ist nun wirklich ein ganz anderes und kaum minder bedrückendes Kapitel deutscher Rechts- und Justizgeschichte.

Indes, ohne das im Einzelnen quantifizieren zu können, jedenfalls unter den prominenteren Mitgliedern der Gesellschaft scheinen die Opfer zu überwiegen: Karrierebrüche, (faktisches) Publikationsverbot, Exil¹¹⁷ trafen viele – Schlimmeres einige.

Erinnert sei hier nur – erneut stellvertretend – an *Max Fleischmann*. Nach „routine-mäßiger“ Entrechtung wegen seiner jüdischen Herkunft entzog sich der auch inter-

113 So jedenfalls die Historikerkommission: „Die antisemitische Propaganda, die das Auswärtige Amt zur Rechtfertigung der Unrechtspraxis nach außen entfaltete, war weder vom Propagandaministerium oder einer der Parteistellen inspiriert, noch gab es dafür irgendeine Notwendigkeit“ (*Eckart Conze/Norbert Frei/Peter Hayes/Moshe Zimmermann*, *Das Amt und die Vergangenheit. Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik* (Blessing Verlag, München 2010), S. 47f).

114 Kritisch etwa: *Johannes Hürter*, *Das Auswärtige Amt, die NS-Diktatur und der Holocaust. Kritische Bemerkungen zu einem Kommissionsbericht*, *VjH für Zeitgeschichte* 59 (2011), S. 167–192, 176.

115 *Eckart Conze/Norbert Frei/Peter Hayes/Moshe Zimmermann*, *Das Amt und die Vergangenheit. Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik* (Blessing Verlag, München 2010), S. 46. Treffend aber wohl zumindest die Formulierung: „Wer im Amte blieb, um ‚Schlimmeres zu verhüten‘, sah jedenfalls voraus, daß Schlimmeres bevorstand.“ (*Peter Krüger/Erich Hahn*, *Der Loyalitätskonflikt des Staatssekretärs Bernhard Wilhelm von Bülow im Frühjahr 1933*, *VjH für Zeitgeschichte* 20 (1972), S. 377).

116 Zur Urteilsbegründung im „Fall Schlegelberger“: *Lore Maria Peschel-Gutzeit* (Hrsg.): *Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge* (Nomos-Verlags-Gesellschaft, Baden-Baden 1996), S. 143-147. *Gustav Radbruch* urteilt abwägend, aber im Ergebnis eben doch deutlich: „Glaube niemand, dass es ihm gelingen werde, durch Teilnahme am Bösen Schlimmeres zu verhindern. Dies Experiment ist oft genug gemacht worden und oft genug mißlungen, ist auch oft genug ein bloßer Vorwand feiger Nachgiebigkeit gewesen.“ (*Des Reichsjustizministeriums* *Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristen-Prozess*, *Süddeutsche Juristenzeitung* 3 (1948), S. 63).

117 Unter den zahlreichen ins Exil gezwungenen Mitgliedern, denen man ohne Weiteres einen eigenen Vortrag widmen könnte (und vielleicht sollte), fand sich etwa auch der junge *Wolfgang Friedmann* (DGVR-Mitglied seit 1930, Emigration 1934).

national renommierte Völkerrechtler am 14.1.1943 durch Selbsttötung der Verhaftung durch die Gestapo.¹¹⁸

Und schließlich sei gedacht einer der wohl „bewegendsten Episoden der deutschen Gelehrten Geschichte“, wie das Schicksal des Historikerehepaars *Hintze* beschrieben worden ist:¹¹⁹ *Otto Hintze*, DGVR Mitglied der ersten Stunde, musste miterleben wie seine Frau *Hedwig* wegen ihrer jüdischen Herkunft „selbstverständlich“ nicht nur ihre Lehrbefugnis an der Berliner Universität verlor,¹²⁰ sondern auch bereits 1933 aus der Redaktion der „Historischen Zeitschrift“ entlassen und dann auch in die Emigration gezwungen wurde. Er selbst wurde, krank und hochbetagt, als „jüdisch versippt“ aus der Preußischen Akademie der Wissenschaft gedrängt, der er seit 1914 angehört hatte.

„So harren wir der dunklen Schicksalswende – die dies verworrene Trauerspiel be-
ende“ – heißt es in einem Sonnet von *Otto* an seine Frau.¹²¹ Beide sollten diese Wende nicht erleben: „Verzage nicht und lass nicht ab zu kämpfen“ – so mahnte und ermunterte *Otto Hintze* seine Frau 1940 in einem der letzten Briefe vor seinem Tode. Stark, mutig und natürlich in ihrer wissenschaftlichen Leistung unterbewertet, sollte ihr Kampf noch zwei Jahre dauern, bevor sich *Hedwig* am 19. Juli 1942 in Utrecht das Leben nahm – wohl in Erwartung ihrer Deportation in ein NS-Vernichtungslager.

VI. Epilog: Vision als Aufgabe

Können wir mit Stolz auf die erste Etappe in der Geschichte unserer Gesellschaft zurückblicken? Eine Frage, mit deren Beantwortung ich mir lange Zeit schwer getan habe – zu sehr hat mich die Rhetorik irritiert, zu sehr auch die immer wieder deutlich spürbare Nähe zur Politik des Auswärtigen Amtes, welche die Gesellschaft in der Tat zumindest in die Nähe der Rolle eines „think tanks“ der Reichsregierung geführt hat – und zu sehr schließlich wohl auch das Wissen um das Ende, die erschütternden, die mehr oder minder teilnahmslos-ungebrochenen und die erschreckenden Lebenslinien nach 1933 – für die, zugegebenermaßen, die Gesellschaft selbst natürlich keine Verantwortung trug. Aber dann bin ich doch zu einem für mich eindeutigen Ergebnis gelangt: Die Mitglieder der alten DGVR wollten Gutes tun und sie haben es getan: Von Anfang an und bis ganz zum Schluss haben sie – trotz zum Teil widrigster Umstände – mit allen ihnen zur Verfügung stehenden intellektuellen Mitteln für den Wiederaufbau und den Ausbau einer auf Verständigung zwischen den Nationen ausgerichteten internationalen Rechtsordnung gearbeitet – mit „nüchterner Leidenschaft“ – ich glaube das trifft es ganz gut. Dies aber verdient nicht nur Anerkennung, nein, wir können darauf wirklich

118 Ein anderer Fall: *Kurt Ferdinand Lothar Perels*, Ratsmitglied der ersten Stunde, und seit Gründung der Universität Hamburg 1919 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht sowie erster Dekan der juristischen Fakultät. Antisemitische Störungen seiner Lehrveranstaltungen und die Aufforderung einen Ariernachweis zu erbringen, bewogen *Perels* bereits am 10.9.1933 seinem Leben selbst ein Ende zu setzen. Auf den vakanten Lehrstuhl von *Lothar Perels* wurde 1935 *Ernst Forsthoff* berufen.

119 *Hartwig Brandt*, Preußentum und Föderalismus – Vom Ende der Gelehrsamkeit: *Otto* und *Hedwig Hintze* in Briefen (Frankfurter Allgemeine Zeitung, Besprechung v. 07.09.2005).

120 Damit erlosch die Privatdozentur von *Hedwig Hintze*, der ersten promovierten Historikerin Deutschlands und eine der ersten Frauen überhaupt, die im Bereich der deutschen Geschichtswissenschaft diesen akademischen Rang erlangen konnte.

121 *Otto Hintze/Hedwig Hintze*, *Verzage nicht und laß nicht ab zu kämpfen*. Die Korrespondenz 1925-1940 (bearbeitet v. *B. Oestreich*, Klartext Verlag, Essen 2004), S. 177 (Nr. 155 P, Brief v. 3.1.1940).

zurückblicken auch mit Stolz – dieser ein wenig verstaubt anmutenden, sehr elementaren Emotion.

Ich komme zum Schluss: Vor wenigen Monaten, am 30. November 2016, jährte sich der Todestag von *Gottfried Wilhelm Leibniz* zum 300. Mal und die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften widmete ihrem Gründer und ersten Präsidenten das Jahresthema „Vision als Aufgabe“. Viele Debatten hat es um das berühmte Diktum von *Leibniz* gegeben, „der Mensch lebe in der besten aller möglichen Welten“,¹²² lässt es sich doch leicht als Lob des *status quo* deuten.¹²³ Gerade das aber meinte der Universalgelehrte nicht: Für ihn war die beste aller möglichen Welten jene, die immer nach vorne strebt, in Bewegung bleibt. Ohne jemals endgültig das Ziel zu erreichen, so wie es die U-topie (οὐ-τόπος, der „Nicht-Ort“) eben vorsieht. In dieser besten Welt ist die Vision tatsächlich die Aufgabe.¹²⁴

Und so wünsche ich unserer Gesellschaft – in diesem also durchaus optimistischen Sinne von *Leibniz* – für die kommenden 100 Jahre vor allem dieses: Möge sie als Kollektiv, und möge jedes einzelne ihrer Mitglieder nie die Vision einer für Mensch und Natur gerechten und friedlichen Welt verlieren – und möge es uns allen hin und wieder beschieden sein, einen ganz bescheidenen Beitrag auf dem Weg zu dieser großen Utopie zu leisten – oder doch zumindest nie den Glauben an sie zu verlieren – auch insoweit können uns unsere wissenschaftlichen Ahnen einer ungemein schwierigen Zeit durchaus Vorbild sein:

„A map of the world that does not include Utopia is not worth even glancing at, for it leaves out the one country at which Humanity is always landing. And when Humanity lands there, it looks out, and, seeing a better country, sets sail. Progress is the realisation of Utopias.“ (*Oscar Wilde*)¹²⁵

Ich danke Ihnen und Euch für die Aufmerksamkeit.

122 *Gottfried Wilhelm Leibniz*, *Confessio philosophi* (1673), ausgebaut in *ders.*, *Essais de théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal* (1710).

123 Eine der zahlreichen Interpretationen lautet etwa wie folgt: „Die beste aller möglichen Welten ist für ihn eine Welt, in der die größtmögliche Vielfalt individueller Äußerungen am besten miteinander zusammenstimmt, eine harmonische Symphonie bildet und die sich im Kleinen wie im Großen weiterentwickelt. Individuelles Glück ist für Leibniz nur in Gemeinschaft zu erreichen. Forschung ist kein Selbstzweck, sondern zum Wohle aller da (*Martin Grötschel/Eberhard Knobloch/Juliane Schifers/Mimmi Woisnütza/Günther Ziegler*, Vorwort, in: *Vision als Aufgabe. Das Leibniz Universum im 21. Jahrhundert* (Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften 2016), S. X).

124 *Kathrin Zinkant*, *SZ Wissen*, 30./31.1.2016, S. 37.

125 *Oscar Wilde*, *The Soul of Man Under Socialism* (Arthur L. Humphreys, London 1912), S. 43.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan, München

Prolog Zeitenwende

6. Januar 1917: Ein Tag zwischen alter und neuer Welt. Einerseits: Nichts Neues. Grausam-sinnloser Kriegsalltag in den Schützengraben sowie unverdrossene Kriegsplanung alter monarchischer, militärischer und diplomatischer Eliten – Andererseits: Durchaus Hoffnung auf Neues. Auf Frieden, gleichermaßen dies- und jenseits des Atlantiks, sowie auf einen politischen, aber eben auch geistig-kulturellen Aufbruch in eine neue Zeit – auch in Deutschland.

1. Sorge

Die „Gründung einer neuen Gesellschaft zu ruhiger geistiger Arbeit“ (*Mendelssohn-Bartholdy*) mitten im Kriege war ein Wagnis. Dass dieses eingegangen wurde, das verdanken wir wohl in erster Linie einer tiefen, drängenden und aus vielerlei Quellen gespeisten Sorge. Der sorgenvolle Blick richtete sich dabei nicht zuletzt auch auf die ganz reale Gefahr, dass Deutschland eben nicht nur den „physischen Kampf“, sondern auch einen fast ebenso erbittert geführten „Kulturkrieg“ verlieren werde.

2. Einheit in Vielfalt

Als Gegenmodell zu einer reinen Gelehrtenvereinigung war die neue Gesellschaft ganz bewusst als gemeinsame Arbeitsplattform für die „Theoretiker und Praktiker des Völkerrechts“ konzipiert. Dem durchaus heterogenen intellektuellen Sammelbecken nach innen, welches unsere Gesellschaft damals zweifellos darstellte, korrespondierte eine radikale Abschottung und intellektuelle Frontstellung nach außen.

3. Wir wollen schaffen

Anders als unser heute doch eher „introvertiertes“ Selbstverständnis, zielte die Gesellschaft zwischen 1917 und 1932 sowohl durch Themenwahl und -aufbereitung, als auch Auditorium und Referenten ganz bewusst auf eine möglichst umfassende Wirkung auch und gerade in die Rechtspraxis hinein: Offenheit gegenüber, Kommunikation und Dialog mit der Welt außerhalb der (Völkerrechts-)Wissenschaft war nicht nur ein Markenzeichen der alten DGVR – nein, es war dies in gewisser Weise sogar ihre „raison d'être“.

4. Getrennte Wege

Sehr rasch trennten sich 1933 die Wege zwischen denjenigen, die sich widerstandslos, willig oder gar sehr eifrig und in voller Überzeugung in den Dienst des nationalsozialistischen (Unrechts-)Regimes stellen sollten und solchen, die in der einen oder anderen Weise zu dessen Opfern wurden.

Epilog: Vision als Aufgabe

In ihrem unbeirrbaren Glauben an das Völkerrecht als Fundament der internationalen Beziehungen können uns unsere wissenschaftlichen Ahnen in einer ungemein schwierigen Zeit durchaus Vorbild sein: Von Anfang an, und bis ganz zum Schluss, haben sie mit allen ihnen zur Verfügung stehenden intellektuellen Mitteln für den Wiederaufbau und den Ausbau einer auf Verständigung zwischen den Nationen ausgerichteten internationalen Rechtsordnung gearbeitet.

Summary

The German Society of International Law from 1917 to 1933
by Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan, Munich

Prologue: At the Turn of Ages

6 January 1917: A day between old and new, between persistence and change. On the one hand: Nothing new. Cruel and pointless war routine in the trenches; undaunted war planning by old monarchic, military and diplomatic elites – On the other hand: A glimpse of hope for the future. Hope for peace, on both shores of the Atlantic, and hope for a political, but also intellectual and cultural dawn – also in Germany.

1. Concern

The „foundation of a new society for quiet and sober intellectual work“ (*Mendelssohn-Bartholdy*) in the midst of war was a venture. It was, first and foremost, a deep and pressing polycasual concern that made our predecessors venture to take this step. Not least a matter of greatest concern was the real risk that Germany might not only loose the „physical battle“, but also an almost as bitterly fought „culture war“.

2. Unity in Diversity

The new society of „theoreticians and practitioners of Public International Law“ was deliberately conceived of as a working platform, not an association of pure savants on the model of the time-honored *Institut de Droit International*. While *internally* a rallying point for individuals from most different intellectual milieus, *externally* the society was characterized by an intellectual lining-up and a rather radical partitioning-off.

3. We Want to Work

Unlike today's rather „introverted“ self-conception, in the early years of its activity (1917 and 1932), the society's ambitions went much further, seeking direct influence on legal and political practice. This comprised both the choice and treatment of topics as well as audience and speakers. Engaging in dialogue with the outside world beyond (international legal) science, too, was not only a trademark of the old German Society of International Law. No, in a sense, it was its very „raison d'être“.

4. Separate Paths

In 1933, shamefully rapid, members' paths split between those who submitted their service unresistingly, willingly or even eagerly and full-heartedly to the Nazi regime, and those who became victims of this regime of injustice and crime.

Epilogue: Vision as a Task

In the immensely difficult and challenging interwar period, our scholarly ancestors, with their relentless faith in Public International Law as the fundament of international relations, may well serve as a role model for us. From the very outset, and right up until the end, they grasped all intellectual means and measures at their disposal to work for a reconstruction and further development of an international legal order aimed at an understanding between Nations.

Diskussion

zum Referat Khan

Herr Bothe: Wenn man so langsam in die Alterspräsidentenschaft hineingeht, dann darf man auch als Erster etwas sagen. Ich wollte aus meiner eigenen Beschäftigung mit meinen Lehrstuhlvorgängern eine kleines Schlaglicht auf das werfen, was Sie gesagt haben, nämlich wie diese Spannung zwischen der national-deutsch geprägten Wissenschaft und einer Öffnung ins Internationale persönliche Schicksale geprägt hat, und zwar sehr nachhaltig. Ich habe mich mit Karl Strupp, das war mein Vor-Vor-Vorgänger, beschäftigt, dabei Akten gelesen und mich gefragt, warum Strupp, ein international angesehener Völkerrechtler, so viel Mühe gehabt hat, nachdem er in der Inflation sein Vermögen verloren hatte und infolgedessen darauf angewiesen war einen Lehrstuhl zu bekommen? Wie war es möglich, dass ein so angesehener Wissenschaftler zunächst in Frankfurt keinen Fuß auf den Boden bekam? Ich las die Akten und wurde das Gefühl nicht los, dass zwischen den Zeilen etwas stand, was niemand schreiben wollte. Glücklicherweise lebte, als ich mich damit beschäftigte, noch der alte Assistent von Strupp, nämlich mein Vor-Vorgänger Schlochauer, und der hat es mir erzählt. Strupp hat nicht nur Anfang der zwanziger Jahre seine These widerrufen, dass der Einmarsch Deutschlands in Belgien zu Beginn des Ersten Weltkrieges durch Notstand gerechtfertigt war, nachdem er es zunächst so geschrieben hatte. Nein, es war noch etwas anderes. Er hat zu viel in der Sprache des Feindes geschrieben: Französisch. Das hat dann erst eine preußische Ministerialverwaltung zu Beginn der dreißiger Jahre korrigieren können. Es hat nicht lange gereicht. Er wurde eines der ersten Opfer des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums und emigrierte – man muss das auch sagen – in die Türkei. Dort hat er das Klima nicht ganz vertragen und als er dann einen Lehrstuhl in den USA antreten konnte, ist er verstorben.

Herr Hobe: Erst einmal herzlichen Dank, Daniel, für den wirklich sehr beeindruckenden Vortrag. Meine Frage nimmt das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht in der damaligen Zeit zum Ausgangspunkt. Es geht mir – auch aus sehr aktuellem Anlass – darum, ob für die damalige Zeit eine Veränderung der perzipierten Auffassung des Verhältnisses von Völkerrecht zu nationalem Recht festzustellen ist. Wir stellen das jetzt ja sehr häufig fest, dass in vielen Jurisdiktionen sich mit obwaltenden politischen Veränderungen auch die Perzeption dieses Verhältnisses interessanterweise verändert. Auf Amerika brauchen wir jetzt nicht so einzugehen in diesem Kontext, aber es liegt natürlich nahe, dass man es tut. Ist so etwas auch für das, was die Völkerrechtsgesellschaft in der damaligen Zeit gedacht und diskutiert hat, zu sehen, gerade so Mitte der zwanziger, Beginn der dreißiger Jahre? Dass also die Entwicklung von einer eher völkerrechtsfreundlichen Auslegung staatsrechtlicher Normen und Institute zu einer eher „völkerrechtsfeindlichen“ Auslegung zu verzeichnen ist?

Frau Verschaegen: Danke schön. Das hat mich sehr bewegt, was Sie gesagt haben. Ich habe einmal aus einem völlig anderen Anlass Vereinsprotokolle aus den dreißiger Jahren gelesen. Es betraf philosophische und literarische Vereine und da hat man wirklich auch diesen Wandel nachvollziehen können, wie manche Mitglieder bestimm-

ter Vereine zwar zunächst nicht ungeduldet waren, sich aber überlegen sollten, ob sie wirklich jedes Mal zur Sitzung kommen wollten und so weiter. Man hat bei diesen Protokollen gesehen, wie sich der Stil und die Wortwahl ändern. Alles natürlich immer unter dem Motto der Christlichkeit, des Volkes und der Heimat und so weiter, aber da passte dann niemand anderer mehr dazu, vor allem nicht die Juden. Meine Frage lautet jetzt: Wenn ich mir heutige Printmedien ansehe und auch einen bestimmten Umgang in manchen Vereinen – wobei ich selbstverständlich nicht diesen meine – dann bekomme ich dieses gleiche Unbehagen und frage mich, wo führt dieses Schiff hin? Das sind Kleinigkeiten in der Wortwahl, im Stil, bei der Unerwünschtheit. Jetzt sind, zumindest offensichtlich, wenige gegen die Juden, aber gegen Fremde, Angehörige fremder Religionen. Meine Frage ist, spüren Sie das auch so? Können Sie diesen Vergleich nachvollziehen oder sehen Sie das ganz anders? Danke schön.

Herr Giegerich: Mir kam ein Begriff ins Gedächtnis, als Sie vortrugen, Herr Khan. Dass es unserer Gesellschaft nämlich von Anfang an um etwas ging, was man heute „lawfare“ nennt: Sie wollte „lawfare“ statt „warfare“, also die Fortsetzung des Weltkriegs mit den Mitteln des Rechts. Das war es, was die Gesellschaft 1917 wollte, dann aber auch in den zwanziger Jahren weiterverfolgte. Um den Kampf gegen den Versailler Vertrag ging es den meisten innerhalb und außerhalb unserer Gesellschaft, nicht wenigen zugleich aber auch um den Kampf gegen Weimar und Genf (so Carl Schmitt). Das macht mich nicht nur stolz. Denn zwar hat „lawfare“ einen positiven, nachhaltigen Aspekt im Sinne von Rudolf von Jherings „Kampf ums Recht“: Wer für sein subjektives Recht kämpfe, kämpfe damit zugleich für die Rechtsordnung insgesamt als Garantin des Friedens. In der Tat ist der gerechte Ausgleich von Interessengegensätzen durch das Völkerrecht Bedingung für den Weltfrieden, und Versailles war in dieser Hinsicht eine Katastrophe. Aber „lawfare“ hat auch einen negativen, kurzfristigen Aspekt, nämlich den der Durchsetzung nationaler Interessen mit den Kampfmitteln des Rechts, ohne Rücksicht auf eine gerechte und nachhaltige Friedensordnung. Welchen Anteil hat dieser Aspekt an der Geschichte unserer Gesellschaft?

Herr Nolte: Aber müssen wir dann nicht doch auf die Inhalte gucken? Gerade wenn wir von Versailles sprechen, ist die Frage der Gerechtigkeit keine ganz leichte. Man kann verstehen, dass sich daran Leidenschaften und, sagen wir, dialektische Prozesse von einer Intensität entzündet haben, die wir uns heute nicht mehr so leicht vorstellen können. Wenn wir diese Zeit einschätzen wollen, auch in ihrer Bedeutung für uns heute, müssen wir uns überlegen, was die Anlässe waren, die Völkerrechtler zu welcher Art von Intensität und welcher Art von Argumentation angestachelt haben. In dieser Hinsicht leben wir in Deutschland seit einiger Zeit – oder jedenfalls bis vor Kurzem – in einer relativ komfortablen Situation. Wenn wir andere Konstellationen in anderen Teilen der Welt betrachten, sehen wie auch sehr ehrenwerte Kolleginnen und Kollegen, auf einmal sehr intensiv pro oder contra argumentieren. Dann sehen wir, dass unsere Wissenschaft eine leicht politisierbare und anheizbare Wissenschaft ist. Wir können uns durch den Blick auf solche Vergangenheiten bewusst werden, wo unsere Grenzen und wo unsere Potenzialitäten liegen. Auch in Hinblick auf die Identifikation mit bestimmten Werten, Rechten und Staaten. Danke!

Herr Frowein: Sie haben ja zum Schluss, Herr Khan, und das wurde eben schon angedeutet, uns eine etwas optimistischere Sicht über das, was zwischen 1917 und 1932

geschehen ist, dargelegt. Da würde mich sehr interessieren, ob Sie, und ich hoffe, es ist nicht zu viel für das endgültige Schlusswort, uns ein paar Beispiele geben könnten, wo die Diskussion in der Gesellschaft zu konkreten Problemen – sei es internationale Gerichtsbarkeit, Schiedsgerichtsbarkeit, aber auch Fragen des Völkerrechts in konkreten Bereichen – so war, dass man den Weg in die Internationalität, den Sie da ja auch angesprochen haben, deutlich sehen kann.

Herr Ress: Ich wollte an das Wort vom inhaltlichen Bezug anknüpfen und meine, Herr Khan, Sie haben mit Recht auf die Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit und die Diskussion darüber in der Gesellschaft hingewiesen – auch als eine hoffnungsvolle Perspektive. Sie haben andererseits auf den Rechtsstreit zur deutsch-österreichischen Zollunion Bezug genommen und es gibt sicher noch andere inhaltliche Beispiele dafür, warum die Diskussion über die internationale Gerichtsbarkeit eigentlich nicht zu einer allgemeinen und akzeptierten positiven Resonanz führte. Darüber würde ich gerne von Ihnen noch eine Reihe inhaltlicher Überlegungen hören, die ja auch durchaus an die aktuelle Situation in unserer Zeit anknüpfen könnten. Denn der Streit ist ja nicht beendet, er geht weiter und hat gerade auch in unserer Zeit ein gewisses positives und negatives Niveau erreicht.

Herr Khan: Es geht Ihnen um die internationale Gerichtsbarkeit?

Herr Ress: Herr Khan, Sie haben ja davon gesprochen und mich interessiert die historische Diskussion einzelner Fälle. Sie haben eben die deutsch-österreichische Zollunion und den Ausgang erwähnt. Man kann durchaus der Meinung sein, wäre der Rechtsstreit anders ausgegangen, hätte die Weltgeschichte sich auch anders entwickelt. Und diese Diskussion, diese inhaltliche Diskussion, kann man ja durchaus noch vertiefen. Das ist natürlich ein Blick, der auch im Hinblick auf die internationale Gerichtsbarkeit generell interessiert und auf die inhaltliche Auseinandersetzung darüber unter den Mitgliedern der Völkerrechtswissenschaft.

Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung

Von Prof. Dr. Peter Mankowski, Hamburg

- I. Einleitung
- II. Rückblick
 - 1. Die „Ursuppe“: Naturrecht, gemeinsames Recht, *ius gentium*?
 - 2. Die Trennung zwischen Völkerrecht und Internationalem Privatrecht am Ende des 19. Jahrhunderts
 - 3. Die Lage des (deutschen) Internationalen Privatrechts im Jahre 1917
 - 4. Völkerrechtliche Theorie des IPR: Internationalisten vs. Nationalisten; Universalisten und Aprioristen vs. Positivisten und Partikularisten
 - a) *Zitelmann*
 - aa) Lehre
 - bb) Kritik
 - cc) Benachbarte Ansätze: *Zitelmann* in seiner Zeit und internationalen Umwelt
 - dd) Modifikation der Lehre
 - b) *Frankenstein*
 - aa) Lehre Kritik
 - bb) Kritik
 - c) Universalistischer Ansatz bei *Mancini, Foelix* und *Pillet*
 - d) System einseitiger Kollisionsnormen (*Pilenko, Quadri*)
 - e) *Bleckmann*
 - f) *Mills*
 - 4. Keine Umkehr durch Art. 25 GG
 - 5. Governmental Interest Analysis und American Conflicts Revolution
 - 6. Lehre vom rinvio all'ordinamento competente (*Picone*)
 - 7. Der Siegeszug der Parteiautonomie im IPR
- III. Einblick: Das Aufkommen des Europarechts und die Neujustierung der Verhältnisse – oder: Monismus oder Dualismus? Trialismus!
 - 1. Europarecht ist kein Völkerrecht (mehr)
 - 2. Die Europäisierung des IPR
 - 3. Der Bedeutungsverlust der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht für die Mitgliedstaaten der EU
 - 4. Europäische lois uniformes und Gesetzgebungskompetenz der EU für Drittstaatsverhalte
 - 5. Europäische Gesetzgebung und Verschwinden von Freiräumen
 - 6. Die Dreiteilung in der akademischen Praxis
- IV. Seitenblick
 - 1. Personelle Trennung
 - a) Universitäten: Venien, Lehrstühle und Hauptwidmungen
 - b) Forschungsinstitute
 - c) Italien als Kontrast
 - 2. Der internationale Zeitschriftenmarkt: Ausdifferenzierung
 - 3. Die Lehrbuchliteratur
- V. Umblick: Berührungspunkte zwischen IPR und Völkerrecht
 - 1. Menschenrechte und IPR
 - a) Grundsätzliche Ansiedelung beim *ordre public*
 - aa) Kein Einfluss auf kollisionsrechtliche Regelbildung

- bb) Kontrast zum Einfluss von Grundrechten und Grundfreiheiten
- cc) Standort beim ordre public und Verzichtbarkeit eines Inlandsbezugs bei Menschenrechtsverletzungen?
- b) Staatsangehörigkeitsanknüpfung und Menschenrecht auf kulturelle Identität
- c) Menschenrechtliche Anerkennungspflicht für familienrechtliche Statusverhältnisse und Verweisungsrecht IPR
- 2. Nutzbarmachung des IPR im Kampf für Menschenrechte?
 - a) Grundsätzliches
 - b) Internationales Deliktsrecht
 - aa) Erfolgsortanknüpfung im Internationalen Deliktsrecht
 - bb) Sonderregel für Amtsdelikte im Internationalen Deliktsrecht
 - cc) Human Rights Litigation
 - dd) Modifikationen bei der ordre public-Klausel?
 - ee) Weltrechtsprinzip bei Menschenrechtsverletzungen: allenfalls internationale Zuständigkeit, nicht Verweisungsrecht
 - c) Menschenrechte und Internationales Schuldvertragsrecht
- 3. Völkerrechtliche Erstfragen im IPR
 - a) Grundsätzliches
 - b) Lokalisierung und völkerrechtliche Zuordnung von Orten
 - c) Unklarer Souverän
 - d) Failing States
 - e) Territorialgewässer, Ausschließliche Wirtschaftszone, Hohe See
 - f) Schiffe im Besonderen
- 4. Comitas/comity?
- VI. Internationales Zivilverfahrensrecht und Völkerrecht
 - 1. Verfahrensrecht als im Kern öffentliches Recht oder als Rechtsgebiet sui generis
 - 2. Immunität und Gerichtsbarkeit
 - 3. Internationale Zuständigkeit
 - 4. Rechtshilfe
 - 5. Beweishilfe
 - 6. Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen
- VII. Ausblick
- Thesen
- Summary

I. Einleitung

Internationales Privatrecht und Völkerrecht haben eine lange Geschichte miteinander, nebeneinander – und auch gegeneinander. Jede Generation von Internationalrechtlern muss sich die Stellung beider Gebiete zueinander aufs Neue erschließen.¹ Sich wandelnde Wirklichkeiten bringen das Verhältnis beider immer wieder neu auf die Agenda.² Es hat immer Stimmen gegeben, die für eine völkerrechtliche Fundierung des IPR plädierten, mögen solche Stimmen auch in ihrer jeweiligen Zeit vereinzelt gewesen sein. Die Diskussion ist nie völlig verstummt, und sie hat in eigentlich jedem westlichen Sprachkreis stattgefunden. Umbruchphasen scheinen die Phantasie dabei besonders anzuregen. Das fin de siècle am Ende des 19. Jahrhunderts war eine Phase

1 Erik Jayme, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, 2003, S. 3 (3).

2 Ralf Michaels, Public and Private International Law, (2008) 4 JPrIL 121 (121); siehe auch M. Aguilar Navarro, Droit international public et Droit international privé, Mélanges offerts à Jacques Maury, Rome I, 1959, S. 3, 23, 25.

besonders erregter Diskussion, parallel zu nationalen Kodifizierungen im IPR.³ Die Nachkriegszeit nach dem Zweiten Weltkrieg sah ebenfalls verstärkte Überlegungen, geboren aus dem gefühlten Aufbruch in eine neue Zeit.⁴ Zwar mag die Dringlichkeit der Frage sich verändern, aber in neuerer Zeit werden wieder holistische Bestrebungen verzeichnet, die – namentlich vom so genannten Internationalen Wirtschaftsrecht ausgehend⁵ – die beiden Disziplinen „wiedervereinen“, zumindest aber einander näher bringen wollen,⁶ zumeist indes, ohne dass dieses Postulat näher ausgeführt würde. Das Thema Einheit soll wieder auf der Agenda sein,⁷ wie prekär auch immer die Grundlage dafür sein mag.⁸ Einhundert Jahre Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht sind ein Anstoß, sich die Besinnungsfrage aufs Neue zu stellen. Dabei sind verschiedene Blickrichtungen sinnvoll, die einander ergänzen, indem sie jeweils verschiedene Facetten beleuchten. Die Blicke auf die Entwicklung im Allgemeinen sollten der Chronologie folgen: von der Vergangenheit (II) über die Gegenwart (III) zur Zukunft (VII). Institutionelle und personelle Strukturen müssen weiterer Teil der Betrachtung sein (IV). Ein „Umblick“ (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) soll den gegenwärtigen Überschneidungsgebieten und Berührungspunkten zwischen Völkerrecht und IPR gelten (V). Gesonderte Beachtung und Betrachtung verdient das Verhältnis des Internationalen Verfahrensrechts zum Völkerrecht, denn das Internationale Verfahrensrecht hat nicht nur immer mehr an praktischer Bedeutung gewonnen, sondern sich im Lauf der Entwicklung auch immer mehr vom Internationalen Privatrecht emanzipiert (VI).

II. Rückblick

Der Rückblick auf die Entwicklung des Verhältnisses zwischen IPR und Völkerrecht muss gegen Mitte des 19. Jahrhunderts beginnen.

3 Näher unten III 2.

4 Z.B. *Werner Niederer*, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, SchwJbIntR V (1948), 63; *John R. Stevenson*, The Relationship of Private International Law to Public International Law, 52 Colum. L. Rev. 561 (1952); *Ottmar Bühler*, Der völkerrechtliche Gehalt des IPR, FS Martin Wolff, 1952, S. 178; *Ben Atkinson Wortley*, The Interaction of Public and Private International Law Today, RdC 85 (1954 I), 241 sowie *Wilhelm Wengler*, Fragen der Faktizität und der Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts, FS Hans Lewald, 1953, S. 615; *Edvard Hambro*, Conflict Law as Part of International Law, Liber amicorum Jean Pierre Adrien François, 1959, S. 132; *ders.*, Quelques remarques sur les relations entre le droit international public et le droit international privé, Clunet 89 (1962), 612; *ders.*, The Relations between International Law and Conflict Law, RdC 105 (1962 I), 7; *Hans Stoll*, Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts, BerDGesVR 4 (1961), 131.

5 Z.B. *Werner Meng*, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung, ZaöRV 44 (1984), 675; *Christoph Engel*, Die Bedeutung des Völkerrechts für die Anwendung ausländischen internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 52 (1988), 271; *Anton K. Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, S. 101-112; *Matthias Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13 f.; vgl. auch *Edison González Lapeyre*, Derecho internacional público y derecho internacional privado, Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt, Asunción 2010, S. 127, 142-144.

6 So die Einschätzung bei *Jayme* (Fn. 1), S. 3, 8 et passim; *Stefan Leible/Matthias Ruffert*, Einführung, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, S. 17, 18; *Klaus Schurig*, Völkerrecht und IPR: Methodische Verschleifung oder strukturierte Interaktion?, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, S. 55 (55, 64).

7 *Ralf Michaels*, Private Lawyer in Disguise? The Absence of Private Law and Private International Law in Martti Koskeniemi's Work, 27 Temple Int'l. & Comp. L. J. 499, 500 (2013).

8 Siehe *Mario Prost*, The Concept of Unity in Public International Law, Oxford/Portland, Oreg. 2012; *Michaels*, 27 Temple Int'l. & Comp. L. J. 499, 506 f. (2013).

1. Die „Ursuppe“: Naturrecht, gemeinsames Recht, ius gentium?

Eine quasi-natürliche Betrachtungsweise suchte den Grund für das IPR in gemeinsamen Überzeugungen und einer Gemeinschaft der Staaten. Sie ist überpositiv und aprioristisch, weil sie mit einer axiomatischen Setzung arbeitet. Aprioristische Ansätze suchen per definitionem ihre Legitimation jenseits des positiven Rechts. Insoweit eignet ihnen eine starke Tendenz zum überpositiven Recht, zum Vorgegebenen, zum quasi-natürlich Vorgegebenen und damit zum Naturrecht im weiteren Sinne. Naturnotwendiges soll um der Theorie und Grundkonstruktion willen Grundlage sein, so sehr es auch in praxi immer wieder und allerorten nicht erkannt, ja missachtet wird.⁹ Die Rechtsidee sei universalistisch.¹⁰ Eine internationale, universale Rechtsgemeinschaft aller Kulturnationen soll Geltungsgrund der neuen Rechtsnormen sein, die an die Stelle der Statutentheorie treten sollen.¹¹ Man wollte mehr und Verbindlicheres als bloße comitas. Charakteristisch ist die 1874 unter starkem Einfluss *Mancinis* verabschiedete Résolution des Institut de Droit International:

„L'application des lois étrangères aux rapports du droit qui en dépendent ne pourrait être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitas gentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérées comme un devoir de justice international.“¹²

Universale Rechtsgemeinschaft und gleichsam überpositives Naturrecht sollen sich sogar über etwaige positive Regeln spannen, die nur bisher unvollkommener Ausdruck des überwölbenden, rationalen Konzepts seien.¹³ Die gegenseitige Anerkennung der Staaten als Rechtsschöpfer fundiere das Kollisionsrecht.¹⁴ Die naturrechtliche Auffassung des Rechts mit einer angeblichen universellen Einheit findet dabei eine spezifische, völkerrechtsmonistische Ausprägung.¹⁵ Spätere Kritik bewertet dies als politisch naiv, methodologisch amateurhaft und eben revitalisiertes Naturrecht (wenn auch in aufgehübschtem Gewand),¹⁶ also als Erscheinung einer noch früheren Epoche vor der Entstehung von Staaten im modernen Sinn. Die behauptete Gemeinschaft der Staaten ist durch Nationalstaaten und Nationalismus jedenfalls schon lange verschwunden,¹⁷ wenn es sie denn je gegeben haben sollte.

9 So die pointierte Kritik bei *Franz Kahn*, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, JherJb 40 (1898), 1, 35 f.; *Arthur Nussbaum*, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, S. 8 f.; *Klaus Schurig*, in: *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 16; *dems.* (Fn. 6), S. 55, 58.

10 *Helmut Coing*, Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, NJW 1981, 2604; *Heinz-Peter Mansel*, Staatlichkeit des Internationalen Privatrechts und Völkerrecht, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, S. 89, 95.

11 *Friedrich Carl v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 33.

12 Z.B. in: *Wehberg* (éd.), Tableau général des résolutions de l'Institut de Droit International 1873-1956, Basel 1957.

13 Siehe *Armand Lainé*, Introduction au droit international privé, tome I, 1888, S. 43 f.; *Frantz Despagnet*, Précis de droit international privé, 5. Aufl. 1909, S. 27 f.; *Fernand Surville/F Arthuys*, Cours élémentaire de droit international privé, 6. Aufl. 1915, S. 18.

14 *Antoine Pillet*, Traité pratique de droit international privé, tome I, 1923, S. 105.

15 *Werner Niederer*, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, SchwJbIntR V (1948), 63, 67.

16 *Marti Koskenniemi*, Nationalism, Universalism, Empire – International Law in 1871 and 1919, Columbia University, NY, April 29-30, 2005 <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Columbia%200405.pdf>> S. 25, 31.

17 *Andreas Bucher*, La dimension social du droit international privé, Rec. des Cours 341 (2009), 9, 47.

Eine sehr deutsche Variation findet man bei *Zitelmann*.¹⁸ Der Sache nach schöpfte dieser für die von ihm mehr behaupteten als ausformulierten Völkerrechtssätze aus Begriffen, die er ohne Weiteres und ohne äußere Kritik für allgemeingültig hielt, weil sie dem *usus modernus pandectarum Savignys, Puchtas* und *Windscheids* entstammten.¹⁹ Römisches Recht, gar in der besonderen Gestalt des deutschen gemeinen Rechts, war aber im 19. Jahrhundert kein allgemeines Weltrecht mehr (wenn es dies denn jemals gewesen sein sollte). Selbst im materiellen Sachrecht hatten Code civil als große vernunft- und ABGB als große naturrechtliche Qualifikation mit dem römischen Recht gebrochen, ganz zu schweigen von der mangelnden Aussagekraft des römischen Rechts für das Völkerrecht. Das römische Recht erschöpfte sein „Völkerrecht“ bekanntlich im Kern auf die Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen Römern und Fremden (*peregrini*); der Sache nach war es Fremdenrecht, kein echtes Völkerrecht im heutigen Sinne.²⁰ Es war sozusagen „einseitig“, nur für die Rechtsbeziehungen Roms und der Römer gedacht. Natürlich konnte Rom durch einseitige Setzung anderen keine allgemeingültigen Maßstäbe diktieren. *Ius gentium*²¹ ist dafür eine irreführende Bezeichnung, zudem erst in der frühen Neuzeit entwickelt.²² „*Ius gentium*“²³ als (aus römischer Sicht gedacht) Einheitsrecht, als Recht der Welt, zu verstehen, wäre korrekt.²⁴ Allenfalls *Grotius*‘ *ius gentium* mag abstrakt als Folie für *Zitelmanns* gedankliche Höhenflüge taugen (zumal es bereits den Hintergrund für die niederländische Schule des 17. Jahrhunderts mit *Rodenburg*,²⁵ *Paulus Voet*,²⁶ *Johannes Voet*²⁷ und *Ulrik (Ulricus) Huber*²⁸ gebildet hatte²⁹). Die *collisio statutorum* mochte bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine Art Kapitel in den allgemeinen Lehren des Pandektenrechts gebildet

18 Zu Person und Werk eingehend *Thomas Decker*, Das kollisionsrechtliche Werk Ernst Zitelmans (1872-1923), Diss. Osnabrück 2004 sowie *Peter Klein*, Ernst Zitelmann, ARWP 1924, 204; *Emilio Betti*, Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato, Riv. dir. int. 1925, 33 und 188.

19 *Max Gutzwiller*, Die sog. Internationalen Juristischen Personen, MittDGesVR 12 (1933), 116 (116).

20 *Roberto Ago*, Nature des règles du droit international privé, Rec. des Cours 58 (1936 IV), 243, 282; *Stephan Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 32; *Matthias Herdegen*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2015, § 2 Rn. 1 sowie *Karl-Heinz Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2007, S. 44-48 (§ 10).

21 Näher z.B. *Moritz Voigt*, Die Lehre vom *ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer, 1856; *Coleman Phillipson*, International Law and Custom of Ancient Greece and Rome, Bd. I, London 1911; *Hans Bögli*, Beiträge zum *ius gentium* der Römer, 1913; *Mario Lauria*, *Ius gentium*, FS Paul Koschaker, Bd. I, 1939, S. 258; *Werner Dahlheim*, Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert vor Christus, 1968.

22 *Hobe* (Fn. 20), S. 32; näher *Phillipson* (Fn. 21), S. 70-83; *Fritz Schulz*, A History of Roman Legal Science, Oxford 1946, S. 37, 173.

23 Gegründet vorzüglich auf *Marcus Tullius Cicero*, *De officiis* (geschrieben 44 AD), III 17, 69; *Gai*. I 1; *Ulp. D.* 1.1.6.

24 *Christian v. Bar*, in: *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 2 Rn. 5.

25 *Christiaan Rodenburg*, *Tractatus praeliminaris de iure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu*, Utrecht 1653.

26 *Paulus Voet*, *De statutis eorumque concursu*, Utrecht 1661.

27 *Johannes Voet*, *Commentarius ad Pandectas*, Utrecht 1698.

28 *Ulricus Huber*, *De iure civitatis* (liber 3, sectio 4: *De iure civitatis adversus externos*, Utrecht 1684; *ders.*, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit, soo elders, als in Friesland gebrukelyk* (Boek I, Kapittel 3: *Van het gebruik der Friesische rechten in andere landen en die van andere landen in Friesland*, 1686; *ders.*, *Praelectiones juris Romani et hodierni* (pars II, liber 1, titulus III: *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*), Utrecht 1689.

29 *Theodor M. de Boer*, Living apart together: the relationship between public and private international law, NILR 2010, 183, 186.

haben, danach tat sie dies aber nicht mehr.³⁰ Zudem war ihr eine Schwäche inhärent: Sofern man Pandekten und Pandektistik konsequent auf Quellen im römischen Recht zurückbeziehen wollte, fehlte es dafür beim IPR an greifbarem Substrat. Im römischen Recht lassen sich bei methodenehrlicher Betrachtung allenfalls Spurenelemente an IPR erkennen.³¹ *Cunctos populos*, D. 1.1.1, war und ist letztlich doch zu wenig, um einzig darauf ein ganzes System zu gründen.

Bei *Ludwig v. Bar*,³² vielleicht dem bedeutendsten Vertreter eines internationalistischen IPR in Deutschland,³³ wird die „Natur der Sache“ als Urquell und Begründung bemüht.³⁴ Terminologisch legt dies eine naturrechtliche Ableitung nahe. Inhaltlich erfolgt allerdings keine naturrechtliche Ableitung, sodass Unsicherheit und Beliebigkeit der Ausfüllung drohen.³⁵ Jedenfalls scheint eine Erkenntnisquelle in Rede zu stehen, die von allen räumlichen Staatsgrenzen abstrahiert, auch wenn sie nicht per se überstaatliches Recht ist.³⁶ Die Natur der Sache ist ein Versuch, ein heuristisches Hauptprinzip für das IPR einzuführen.³⁷ Entdecker- und Schöpferfreude obwaltet auch insoweit.

2. Die Trennung zwischen Völkerrecht und Internationalem Privatrecht am Ende des 19. Jahrhunderts

Die Trennung zwischen Völkerrecht und Internationalem Privatrecht erfolgte am Ende des 19. Jahrhunderts.³⁸ Sie bildete gleichsam den Abschluss hinter der Entwicklung der Nationalstaaten und der Nationalisierung der Privatrechte. Das Völkerrecht wurde beschränkt auf Beziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten. Reine Private sind aber damals nicht als Völkerrechtssubjekte anerkannt. Paradigmatisch wird in Deutschland gemeinhin³⁹ *Triepel* zitiert:

30 *Max Gutzwiller*, Zitelmanns völkerrechtliche Theorie des Internationalprivatrechts, FG des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie für Ernst Zitelmann zu seinem goldenen Doktorjubiläum [FG Ernst Zitelmann], 1923, S. 468 (468).

31 Zur Diskussion *Werner Niederer*, *Ceterum quaero de legum Imperii Romani conflictu*, FS Hans Fritzsche, Zürich 1952, S. 115; *Gerhard Wesenberg*, Zur Frage eines römischen IPR, *Labeo* 3 (1967), 227; *Hans Lewald*, *Conflit de lois dans le monde grec et romain*, *Rev. crit. dr. int.* pr. 57 (1968), 419 u. 615; *Fritz Sturm*, Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts, FS Fritz Schwind, Wien 1978, 323; *ders.*, *Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois?*, *Clunet* 106 (1979), 259.

32 Zur Person *Gerhard Siebner*, *Leben und Werk des Göttinger Rechtsgelehrten Carl Ludwig von Bar*, Diss. Göttingen 1950.

33 *Christian v. Bar*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 6 Rn. 73; *Decker* (Fn. 18), S. 104.

34 *Ludwig v. Bar*, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 1889, S. 5, 106.

35 *Ernst Zitelmann*, *Internationales Privatrecht* Bd. I, 1897, S. 4.

36 *Karl Satter*, Internationalismus und Positivismus in der Wissenschaft des internationalen Privatrechts, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 57.

37 *Max Gutzwiller*, Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, 1923, S. 63; *Decker* (Fn. 18), S. 103.

38 Siehe nur *Bernard Audit/Louis d'Avout*, *Droit international privé*, 7. Aufl. 2013, no. 155.

39 Insbesondere von *Bühler*, FS Martin Wolff, 1952, S. 178, 193; *Erik Jayme*, Dionisio Anzilotti und das deutsche internationale Privatrecht, in: *Reiner Schulze* (Hrsg.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1990, S. 297, 302 = in: *Erik Jayme*, *Internationales Privatrecht und Völkerrecht* (Gesammelte Schriften, Bd. 3), 2003, S. 86, 91; *ders.*, Völkerrecht und Internationales Privatrecht – eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, S. 23, 33 = in: *Erik Jayme*, *Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht* (Gesammelte Schriften, Bd. 4), 2009, S. 158, 166 f.

„[Die Stellung eines Individuums] kann nicht die eines Rechtssubjekts sein. Der Einzelne ist vom Standpunkt einer die Staaten als solche verbindenden Rechtsgemeinschaft unfähig, Träger eigener, von der Rechtsordnung dieser Gemeinschaft ausgehenden Rechte und Pflichten zu sein. Es ist gleichgültig, daß es in großem Umfange seine Interessen sind, deren Wahrnehmung die völkerrechtlichen Sätze im Auge haben.“⁴⁰

Das IPR wird nationales Recht für internationale Sachverhalte, das Völkerrecht das Recht für die Rechtsbeziehungen der souveränen Staaten.⁴¹ Die Autonomisten gewinnen im IPR die Oberhand über die Internationalisten. Das typische Zitat⁴² für Deutschland stammt aus der Entwurfsbegründung *Gebhards*:

„Die Gesetzgebung hat bei der Würdigung der internationalen Gesichtspunkte freie Hand; ihr Ermessen ist durch keine völkerrechtliche Norm gebunden. Die Regeln, welche das anzuwendende Recht bestimmen, bilden einen Bestandteil des inländischen Privatrechts.“⁴³

Verstärkend und bekräftigend lassen sich die Beratungen in der Ersten Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs in ihrer 691. Sitzung am 9.9.1887 heranziehen: „Die Annahme, dass die Materie einen Theil des Völkerrechts bilde oder doch in dasselbe eingreife und mit Rücksicht hierauf der Regelung durch den einzelnen Staat sich entziehe, sei nicht zu theilen. Der Entwurf gehe von der Auffassung aus, daß die Normen des internationalen Privatrechts lediglich Normen über die Auslegung und Anwendung der Privatrechtssätze in ihren internationalen Beziehungen seien und als solche einen Bestandtheil der konkreten Privatrechtsordnung der einzelnen Staaten bildeten (Mot. S. 11, 12). Diese Auffassung sei jedenfalls in Ansehung derjenigen international-rechtlichen Normen zutreffend, welche den Herrschaftskreis der Privatrechtssätze der eigenen Rechtsordnung bestimmten, während die Richtigkeit der Auffassung hinsichtlich derjenigen Rechtsnormen sich in Zweifel ziehen lasse, welche die Anwendung eines fremden Rechts bestimmten. Allein auch wenn die letzteren Normen sich nicht als Auslegungsnormen bezeichnen ließen, so gehörten dieselben doch keineswegs dem Völkerrechte an. Die Kompetenz des einzelnen Staates, das internationale Privatrecht zum Gegenstande der Regelung zu machen, unterliege keinem Zweifel.“⁴⁴ *Robert Bosse*, Staatssekretär des Reichsjustizamtes (von Februar 1891 bis März 1892) sekundiert in einem Schreiben vom 19.3.1891: „[...] vermag ich meinerseits der Auffassung, dass [die Vorschriften des internationalen Privatrechts] ein Theil des Völkerrechts bildeten und schon aus diesem Grunde nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch einzubeziehen sein, mich nicht anzuschließen; vielmehr dürfte die Auffassung den Vorzug verdienen, daß jene Vorschriften, wenngleich sie eine internationale Beziehung haben, doch ihrem Wesen nach nur als Ausfluß und Anwendung

40 *Heinrich Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 20. Zu Wirkungsgeschichte und Rezeption dieses Werks *Ulrich M. Gassner*, *Heinrich Triepel – Leben und Werk*, 1999, S. 446-469; *Bardo Fassbender*, *Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von „Völkerrecht und Landesrecht“ im späten 19. Jahrhundert*, FG Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, St. Gallen 105, S. 449.

41 *Triepel* (Fn. 40), S. 272 f.; *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 46 f.

42 Insbesondere von *Jayme* (Fn. 39), S. 23, 33 = (Fn. 39), S. 158, 167; *Christiane Wendehorst*, *Denkweisen im Internationalen Privatrecht*, BerDGesVR 45 (2012), 33, 37.

43 *Albert Gebhard*, *Erläuterungen (Motive) zum Ersten Vorentwurf (1881)*, abgedr. in: *Theodor Niemeyer*, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1915*, S. 40 und in: *Oskar Hartweg/Friedrich Korkisch*, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896*, 1973, S. 15.

44 *Protokolle* S. 11478, abgedr. in: *Hartweg/Korkisch* (Fn. 43), S. 76.

der Privatrechtssätze sich darstellen und demgemäß einen Bestandtheil der konkreten Privatrechtsordnung bilden.“⁴⁵

Die Entwicklung ist aber nicht auf Deutschland beschränkt. Der Bruch vollzieht sich in den kontinentaleuropäischen Staaten ungefähr zeitgleich. In Deutschland gehen das EGBGB und *Franz Kahn* Hand in Hand. In Frankreich gewinnen *Bartin*⁴⁶ und der „conflictualisme bartino-savignien“⁴⁷ die Oberhand über *Pillet*. In Italien stößt *Anzilotti*⁴⁸ *Mancini* vom gedanklichen Thron.⁴⁹ Die Diskussionslage war um das fin de siècle viel internationaler als heute.⁵⁰ Man beachtete einander grenzüberschreitend stärker, als dies heute der Fall war. Wissenschaftliche Diskussion, Quellenzugriff und Entwicklung von Verweisungsregeln geschahen damals in steter Überschreitung von Grenzen.⁵¹ Abgrenzungsbestrebungen entlang der Staatsgrenzen entwickelten sich erst langsam. Allerdings ist es kein Zufall, dass ausgerechnet aus dem Lager der Positivisten und Nationalisten solche nationalen Einteilungen erfolgten und dass ausgerechnet aus dem Lager der Positivisten und Nationalisten die Rede war von einer romanischen Denkweise im IPR,⁵² im Gegensatz zu einer angelsächsischen Denkweise.⁵³ Wünsche gingen dahin, beiden eine eigene deutsche Denkweise entgegenzusetzen.⁵⁴ Die politische Großwetterlage drängte zu Nationalstaat und Nationalismus. Ein Gedanke einer gemeinsamen überwölbenden Zivilisation, wenn es ihn denn je gegeben hat, schwand in einer steten und schier unaufhörlichen Abfolge von Krisen der europäischen Mächte untereinander. Spätestens der Erste Weltkrieg beseitigte jeden Glauben an ein überwölbendes Großes und Ganzes, an etwas Gemeinsames.⁵⁵ Die grenzüberschreitenden Dialoge und Plurilogie verstummten weitgehend. Mit dem ehemaligen Feind sprach man nicht.

Ende des 19. Jahrhunderts brechen obendrein die Kodifikationen und gesetzgeberische Anstrengungen mit Macht in das IPR ein. Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht wird 1893 gegründet,⁵⁶ eurozentrisch und Kind des Zeitalters der National-

45 Schreiben N^o. 859 vom 19.3.1891 an den Staatssekretär des Auswärtigen Amts Wirklichen Geh. Rath Freiherrn v. *Marschall v. Bieberstein*, Reichs-Justizamt, Acta betreffend: Aufnahme von Bestimmungen des internationalen Privatrechts in das bürgerliche Gesetzbuch vom Sept. 1887 bis März 1917, vol. 1/3860 – Privatrecht gen. 1 abh. 12, S. 21 f., abgedr. in: *Hartweg/Korkisch* (Fn. 43), S. 194, 195.

46 *Etienne-Adolphe Martin*, L'impossibilité de parvenir à la suppression des conflits de lois, *Clunet* 24 (1897), 225, 466 u. 720.

47 Begriff z.B. bei *Bertrand Ancel*, Destinées de l'article 3 du Code civil, *Mélanges Paul Lagarde*, 2005, S. 1 (1).

48 *Dionisio Anzilotti*, Teoria generale della responsabilità dello Stato, 1902, S. 29 ff., 131 ff.; *ders.*, Il diritto internazionale nei giudizi interni, 1905, S. 148 f., 212 ff.; *ders.*, Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato), 1918, S. 5 ff.

49 *Jayme* (Fn. 39), S. 297 (297 f.) = in: *Jayme* (Fn. 39), S. 86 (86).

50 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 96.

51 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 95.

52 Besonders deutlich *Stanislaus Dnistrjanskyi*, Die Wiederherstellung des österreichischen internationalen Privatrechts, *ZBI* 1931, 481, 507 f., 510 et passim; siehe bereits *Leo Strisower*, Die italienische Schule des internationalen Privatrechts, 1881.

53 Insbesondere *Kahn*, *JherJb* 40 (1898), 1.

54 Insbesondere *Gutzwiller*, *FG Ernst Zitelmann*, 1923, S. 468, 480 f.

55 *De Boer*, *NILR* 2010, 183, 194; *Bernard Audit/d'Avout* (Fn. 38), no. 156.

56 Zu ihrer Geschichte *Kurt Lipstein*, One hundred years of Hague Conferences on Private International Law, (1993) 42 *ICLQ* 553 sowie *Christian v. Bar*, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), *RabelsZ* 57 (1993), 63 und die Beiträge in *NILR* 1993 issue 1.

staaten,⁵⁷ angestoßen von *Asser*.⁵⁸ Sie nimmt ihre Arbeit schnell auf und kann bereits in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts erste Konventionen vorlegen; diese sind der Sache nach (partikuläre) Teilkodifikationen des IPR. Nationale (Teil-)Kodifikationen erfolgen in vielen Staaten (z.B. Schweiz [NAG] 1891, Japan 1898, China 1918, Polen 1926) und bestärken in ihrer Diversität den positivistischen Ansatz.⁵⁹ Deutschland (teil-)kodifiziert sein IPR 1896 im EGBGB. Die beiden *Gebhard*'schen Vorentwürfe von 1881 und 1887 sahen einen Standort sogar noch im Allgemeinen Teil des BGB selber als §§ 5-40 BGB-VE 1881 bzw. §§ 5-39 BGB-VE 1887 vor.⁶⁰ Das IPR wechselt von der Sphäre der Wissenschaft durch Positivierung in jene der Gesetzgebung über. Allerdings sei zugestanden, dass es international, kollisionsrechtsvergleichend, keine komplette Kodifikationswelle gab. Viele Staaten, selbst Mitgliedstaaten der EU, zögerten mit einer Kodifikation ihres IPR bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts.⁶¹ Frankreich hat bis heute keine nationale IPR-Kodifikation, auch Spanien arbeitet mit Bruchstücken und Einzelregelungen im Código Civil. Beim Vereinigten Königreich ist dies angesichts der dortigen generellen Abneigung gegen Kodifikationen verständlicher als in jenem Staat, welchem der Code civil bis heute als stolzes Kulturdenkmal und nationales Monument gilt.⁶² Hinzu kommt ein anderer Zweig einer Kodifikationswelle in jüngster Zeit: Viele Staaten insbesondere des vormaligen RGW hatten nur ein unvollständiges IPR und sind erst spät zu einer umfassenden Kodifikation ihres IPR geschritten, namentlich Rumänien 1992 und 2009, Slowenien 1999, Litauen 2000, Estland 2002, Bulgarien 2005, die Ukraine 2005, Mazedonien 2007, Albanien 2011 und Polen 2011.⁶³

3. Die Lage des (deutschen) Internationalen Privatrechts im Jahre 1917

1917 war das Völkerrecht bereits eine altehrwürdige, traditionelle Disziplin. Das Internationale Privatrecht war dagegen immer noch eine junge Disziplin und befand sich in seiner Adoleszenz (wenn nicht gar erst in seinen Kinderschuhen), von nur wenigen betrieben.⁶⁴ 1917 gab es in Deutschland nur zwei Lehrbücher zum geltenden Internationalen Privatrecht, das *Zitelmann*'sche⁶⁵ und – posthum aus dem Nachlass erschienen, heute vergessen – dasjenige *Habicht*'s⁶⁶. Diesen gesellten sich *Ludwig v. Bars* schon älterer Geniestreich⁶⁷ und, unvollendet, *Niemeyer* Werk⁶⁸ hinzu. Kein *Lewald*,

57 Treffend *Jürgen Basedow*, Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?, FS Werner Lorenz zum 80. Geb., 2001, S. 463, 464.

58 Näher *C.C.A. Voskuil*, L'esprit d'internationalité – T.M.C. Asser, La conférence de La Haye, L'institut interuniversitaire T.M.C. Asser, 1968, S. 7.

59 Zugestanden von *Niederer*, SchwJbIntR V (1948), 63, 65 Fn. 3.

60 Abgedr. z.B. in: *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 62 bzw. 68.

61 Z.B. Österreich bis 1979, die Schweiz bis 1988 und Belgien bis 2004.

62 Für dieses Verständnis des Code civil insbesondere *Yves Lequette*, D'une célébration à l'autre (1904-2004), in: *Yves Lequette* (dir.), Le code civil 1804-2004 – un passé, un présent, un avenir, 2004, S. 9, 13, 35.

63 Nachweise bei *Thomas Kadner Graziano*, Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR, in: *Jan v. Hein/Giesela Rühl* (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, 2016, S. 44, 46-48.

64 Siehe *Ernst Zitelmann*, Franz Kahn, NiemZ XV (1905), 1 (1).

65 *Ernst Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 1897, Bd. II, 1912.

66 *Hermann Habicht*, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1907 (aus dem Nachlass hrsg. von *Max Greiff*).

67 *Ludwig v. Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 Bände, 2. Aufl. 1889 sowie *ders.*, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892.

68 *Theodor Niemeyer*, Positives internationales Privatrecht, Teil 1, 1894.

kein *Raape*, kein *Martin Wolff*, kein *Kegel*, kein *Neuhaus*, kein *Christian v. Bar* – alles Meister späterer Jahrzehnte. In der Schweiz und in Österreich stand es nicht besser. *Theodor Niemeyer*,⁶⁹ Gründungsvorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht und im Vorsitzendenamt von 1917 bis 1929, war um die Jahrhundertwende und in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts wohl der einflussreichste deutsche Internationalprivatrechtler.⁷⁰ Ihm⁷¹ verdankt das deutsche IPR etwa den heute so selbstverständlich klingenden Begriff der „Kollisionsnorm“.⁷² Neben dem so tragisch früh verstorbenen *Franz Kahn*⁷³ leistete *Niemeyer* die wissenschaftliche Weichenstellung für das deutsche IPR.⁷⁴ Zum Internationalen Prozessrecht gab es in Deutschland gar kein Lehrbuch.⁷⁵ Die meisten Kollisionsnormen des 1896 geschaffenen BGB hatten sich dem Druck *Bismarcks*⁷⁶ beugen müssen⁷⁷ und waren aus außenpolitischen Intentionen einseitig formuliert.⁷⁸ Ein Internationales Schuldvertragsrecht gab es in ihnen nicht. Trotzdem hatten sie eine neue Grundlage geschaffen, welche die (schwachen) Wurzeln aus der entfernten Vergangenheit⁷⁹ kappte, zumal diese nie wirklich prägende Kraft hatten entfalten können. Gedanklich prägend für die Disziplin IPR waren in Deutschland immer noch die (bei Lichte betrachtet erschreckend wenigen) Seiten *Savignys* im

-
- 69 Zur Person *Annamarie Niemeyer*, Theodor Niemeyer, in: Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1965, S. 158; *Andreas v. Arnould/Jens T. Theilen*, Theodor Niemeyer (1857-1939) – Ein Leben in sechs Rollenbildern und einem Epilog, in: *Andreas v. Arnould* (Hrsg.), Völkerrecht in Kiel, 2017, S. 133.
- 70 *Helmut J. Weber*, Die Theorie der Qualifikation, 1986, S. 19-23; *Decker* (Fn. 18), S. 105.
- 71 *Theodor Niemeyer*, Positives Internationales Privatrecht, Erster Teil: Das in Deutschland geltende Internationale Privatrecht, 1894, S. VII, 2; *ders.*, Zur Methodik des internationalen Privatrechts, 1894, S. 9 sowie *ders.*, Erinnerungen und Betrachtungen aus drei Menschenaltern, 1963, S. 128.
- 72 *Helmut J. Weber* (Fn. 70), S. 21 m.w.N.
- 73 Zu Person und Werk *Gisbert Lamberg*, Die kollisionsrechtliche Lehre von Franz Kahn (1861-1904), Diss. Göttingen 1975.
- 74 *Helmut J. Weber* (Fn. 70), S. 19 sowie *Max Keller/Kurt Siehr*, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 1986, S. 60.
- 75 Im gesamten deutschsprachigen Raum ragt insoweit einsam und seiner Zeit weit voraus *Friedrich Meili*, Das Internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1906, hervor, eigentlich in der ganzen Welt mit der Ausnahme *Pisanelli* (*Giuseppe Pisanelli*, in: *Pasquale Stanislao Mancini/Giuseppe Pisanelli/Antonio Scialoja*, Commentario di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri Codici italiani e delle principali Legislazioni straniere, 8 Bände, Torino 1855-1863; dazu *Erik Jayme*, Giuseppe Pisanelli (1812-1879): Zur Begründung des „Internationalen“ Zivilprozeßrechts, FS Fritz Schwind, 1993, S. 43).
- 76 Schreiben Nr. 3010 des Staats-Sekretärs des Auswärtigen Amtes, *Herbert Graf v. Bismarck*, vom 30.9.1887 an den Staats-Sekretär des Reichs-Justizamtes, Herrn Dr. *von Schelling*, abgedr. in: *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 159 f.
- 77 Z.B. *Oliver L. Knöfel*, Bismarcks Blaustift und das gesetzliche Internationale Zivilverfahrensrecht, ZfRV 2008, 273, 275 f. m.w.N.
- 78 Schreiben N°. 988 des Staatssekretärs des Auswärtigen Amtes, *Adolf Freiherr Marschall v. Bieberstein*, vom 31.3.1891 an den Staatssekretär des Reichs-Justizamtes, Herrn *Bosse*, abgedr. in: *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 196; Schreiben N°. 854 des Staatssekretärs des Auswärtigen Amtes, *Adolf Freiherr Marschall v. Bieberstein*, vom 31.3.1891 an den Staatssekretär des Reichs-Justizamtes, Herrn *Nieberding*, abgedr. in: *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 207 f.; Votum des Königlichen [Preußischen] Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten 26.9.1895 an den Königlichen Staatsminister der Justiz, Excellenz *Schönstedt*, abgedr. in: *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 217.
- 79 Gesammelt in *Christian v. Bar/Peter Dopffel* (Hrsg.), Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert, Bd. 1, 1995, Bd. 2, 2001.

achten Band seines Systems des heutigen römischen Rechts⁸⁰ und *Wächters*⁸¹ Generalangriff auf die Statuentheorie⁸². Der geniale *Franz Kahn* tat um die Jahrhundertwende das Seine hinzu.⁸³ Institutionell herrschte im deutschen IPR Gründerstimmung: Insbesondere wurden sowohl das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als auch das Institut für Rechtsvergleichung der Ludwig-Maximilian-Universität München 1916 gegründet.

4. Völkerrechtliche Theorie des IPR: Internationalisten vs. Nationalisten; Universalisten und Aprioristen vs. Positivisten und Partikularisten

In den letzten Jahrzehnten des 19. und den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts war das Verhältnis des IPR zum Völkerrecht indes noch nicht vollständig geklärt. Denn es gab immer noch eine starke völkerrechtliche Theorie des IPR. Diese verstand das IPR als besondere Unterdisziplin des Völkerrechts. Vergleichende Kollisionsrechtsgeschichte zeigt die Stärke der Bewegung und ihre internationale Verbreitung.⁸⁴ Sie zählt vereint Größen wie *Weiss* und *Pillet* in Frankreich, *Laurent* und *Rolin* in Belgien, *Asser* und *Jitta* in den Niederlanden, *Esperson*, *Diena* und *Fiore* in Italien, *Brocher* und *Meili*⁸⁵ in der Schweiz. Wahrscheinlich stellte dieses Lager im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts sogar die Meinungsmehrheit.⁸⁶ Seine bekanntesten Vertreter waren in Deutschland *Zitelmann*⁸⁷ und *Frankenstein*⁸⁸. Sie waren die so genannten Universalisten oder abstrakten Universalisten⁸⁹, auch Internationalisten genannt.⁹⁰ Im Englischen gibt es die Bezeichnung „Law of Nations Doctrine“⁹¹. Freilich sind die Fronten in jenen frühen Jahren nicht so klar, wie sie bei oberflächlicher Betrachtung erscheinen mögen. Das scheinbare Gegensatzpaar Internationalisten vs. Nationalisten ist ebenso unscharf wie das andere Gegensatzpaar Universalisten (oder Aprioristen) vs. Positi-

80 V. Savigny (Fn. 11), S. 23-32, Zur Einordnung z.B. *Fritz Sturm*, Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit, *Ius Commune VIII* (1979), 92; *Daniel Zimmer*, Savigny und das Internationale Privatrecht unserer Zeit, *Mélanges Fritz Sturm*, 1999, S. 1709.

81 Zu Person und Werk *Nikolaus Sandmann*, Grundlagen und Einfluß der internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg von Wächters (1797-1880), Diss. Münster 1979.

82 *Carl Georg v. Wächter*, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, *AcP* 24 (1841), 230 und *AcP* 25 (1842), 1, 161 und 361.

83 *Kahn*, Gesetzeskollisionen, *JherJb* 30 (1891), 1; *ders.*, *JherJb* 40 (1898), 1; *ders.*, Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht, *NiemZ* 10 (1900), 97.

84 Hervorragende Darstellung bei *Arthur Nussbaum*, The Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws, 42 *Columb. L. Rev.* 189 (1942).

85 Zur Person *Marianne Runge*, Friedrich Meili (1848-1914) – Lebensbild eines vielseitigen Zürcher Juristen, Diss. Zürich 1978.

86 *Pavel Kalenský*, Trends in Private International Law, Praha 1971, S. 88 f.; *de Boer*, *NILR* 2010, 183, 192; *Bernard Audit/d'Avout* (Fn. 38), no. 155; *Pierre Mayer/Vincent Heuzé*, *Droit international privé*, 11. Aufl. 2014, no. 72.

87 *Ernst Zitelmann*, Internationales Privatrecht I, 1897, S. 71-82, 122-124.

88 *Ernst Frankenstein*, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd. I, 1926, S. 1-131. Zur Person *Kurt Siehr*, *Ernst Frankenstein*, *Mélanges Fritz Sturm*, Bd. II, Liège 1999, S. 1671.

89 Diese Bezeichnung findet man bei *Henri Batiffol*, L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, *Clunet* 100 (1973), 22, 23; *Heikki Jokelu*, Internationalism in Private International Law, Essays in Honour of John Henry Merryman, Bruxelles 1990, S. 395 (395).

90 *Zitelmann*, *NiemZ* XV (1905), 1, 8 reklamiert freilich, der angebliche „Gegensatz zwischen Nationalisten und Internationalisten sei überhaupt nicht mehr ernsthaft vorhanden, wenn nicht bei ganz Zurückgebliebenen“.

91 *Nussbaum*, 42 *Columb. L. Rev.* 189, 192 (1942); *John R. Stevenson*, 52 *Columb. L. Rev.* 561, 564 (1952).

visten.⁹² Vermeintliche Grundsatzbekenntnisse werden durch Ausnahmen und Zugeständnisse häufig dergestalt konkretisiert oder gar durchbrochen, dass die konkreten Unterschiede zum vermeintlich diametralen Gegenlager sich über weite Strecken einebnen.⁹³ Beide Gegensatzpaare sind zudem keineswegs identisch. Vielmehr erlauben sie mannigfache Kombinationen. Allerdings liegen die Kombinationen Internationalismus/Universalismus einerseits, Nationalismus/Partikularismus andererseits näher als die anderen.⁹⁴ Obendrein darf man Nationalismus nicht in dem pejorativen politischen Sinne verstehen, wie er heute allgemeinsprachlich in Gebrauch ist.⁹⁵ Formative Jahre bringen Meinungsvielfalt. Nicht jeder Autor und nicht jedes Gedankengebäude lassen sich trennscharf zuordnen. Der einzelne Autor verstand sich oft als Systembildner, als Neuschöpfer. Eine starke individualistische Tendenz ist, wenn man näher hinsieht, bei den meisten Autoren und Denkern deutlich erkennbar. Struktur oder Differenzierung des einen musste der andere noch lange nicht aufgreifen. Das erschwerte Schulenburg und Zuordnung zu Lagern. Vieles musste sich eben noch finden.

Das Ergebnis des Meinungskampfs ist jedoch eindeutiger als dessen Frontlage: Die Internationalisten, Universalisten oder Aprioristen trugen nicht den Sieg davon, sondern unterlagen. Kodifikation und Positivierung entschieden, wo sie denn erfolgten,⁹⁶ zu Gunsten des theoretischen Positivismus,⁹⁷ gerade in Staaten mit Kommentierungstradition⁹⁸. Das IPR emanzipierte sich endgültig vom Völkerrecht⁹⁹ (und mittelbar zugleich von direkten Einflussnahmen der Außenpolitik). Es ist kein Zufall, dass die Retorsionsklausel des Art. 31 EGBGB 1896 in den neunzig Jahren ihres formellen Bestehens (bis zu ihrer 1986 erfolgten formellen Aufhebung) niemals Anwendung fand. Denn Retorsion ist ein typisch völkerrechtliches Institut. Gegenseitigkeit ist dem IPR aber generell und kategorial fremd¹⁰⁰ (allerdings nicht dem Anerkennungsrecht im IZVR¹⁰¹).

92 Nussbaum (Fn. 9), S. 11.

93 W. Marcusen, Innerstaatliches und überstaatliches internationales Privatrecht, NiemZ 10 (1900), 257, 258 f.; Max Keller/Siehr (Fn. 74), S. 60.

94 Pierre Mayer/Heuzé (Fn. 86), no. 76.

95 Max Keller/Siehr (Fn. 74), S. 60 mit Fn. 52.

96 Im angelsächsischen Bereich gab und gibt es bis heute aus eigenen Stücken (also für das Vereinigte Königreich und Irland jenseits europäischer Teilkodifikationen) keine IPR-Kodifikationen. Erstaunlicherweise fanden universalistisch-völkerrechtliche Ansätze für das IPR dort indes keine durchschlagenden Sympathien. Dies bedürfte einer eigenen Erklärung. Vermutlich zeigen sich darin die Grenzen einer case law-Methode und mangelnder Schöpfermut. *Story* kommt mit seiner Fundierung in der niederländischen Schule einem universalistisch-naturrechtlichen Ansatz noch am nächsten.

97 Max Keller/Siehr (Fn. 74), S. 60.

98 Zum Gesetzeskommentar als Literaturgattung *Thomas Henne*, Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: *David Kästle/Nils Jansen* (Hrsg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, S. 317; *Graf-Peter Calliess*, Kommentar und Dogmatik im Recht, in: *David Kästle/Nils Jansen* (Hrsg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, S. 381; *David Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2015.

99 Siehe nur *Frank Vischer*, General Course on Private International Law, Rec. des Cours 232 (1992 I), 9, 22; *Jean-Michel Jacquet*, La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, Rec. des Cours 292 (2011), 147, 159; *Trevor C. Hartley*, The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common Law Perspective, Rec. des Cours 319 (2006), 11, 25 f.; *Michael Bogdan*, Private International Law as Component of the Law of the Forum, Rec. des Cours 348 (2010), 9, 34; *Herbert Kronke*, Internationales Privatrecht (§ 120), in: Leitgedanken des Rechts – Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1305, 1307 Rn. 8, 1312 Rn. 16.

100 Eingehend *Jürgen Basedow*, Gegenseitigkeit im Kollisionsrecht, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 335.

101 In Deutschland §§ 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; 109 Abs. 4 FamFG sowie § 109 Abs. 3 FamFG.

a) Zitelmann

aa) Lehre

Nach *Zitelmann* sind subjektive Privatrechte durch staatliches Recht verliehene Macht. Nur der Staat könne aber rechtliche Macht verleihen, der selbst Macht über das habe, was er verleihen wolle. Dazu bedürfe seine Macht der völkerrechtlichen Legitimation und einer völkerrechtlich anerkannten Rechtsmacht.¹⁰² Die Antwort, welches Recht bei Kollisionen anwendbar sei, ergebe sich aus allgemeinen völkerrechtlichen Grundlagen, auch wenn diese noch keine feststehenden Sätze seien.¹⁰³ Gebe es aber ein eigenes IPR des Forums, so habe der Richter diesem zu folgen, selbst wenn es völkerrechtlichen Sätzen widerspreche.¹⁰⁴ Wenn es kein staatliches IPR gebe, so fülle das Völkerrecht als subsidiär anwendbares Recht die Lücke, da zu unterstellen sei, dass sich der Forumstaat völkerrechtskonform verhalten wolle.¹⁰⁵ Allerdings verweise das Völkerrecht inhaltlich nicht auf ein bestimmtes Recht.¹⁰⁶ Das Völkerrecht bestimme die Abgrenzung der Herrschaftsbereiche zwischen den Staaten auch für kollisionsrechtliche Zwecke.¹⁰⁷ Personalhoheit über beherrschte Personen und Gebietshoheit über beherrschtes Gebiet seien die tragenden Prinzipien.¹⁰⁸ Die Frage nach dem anwendbaren Recht beurteile sich allein nach der Rechtsordnung, welcher die völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht zukomme, ein solches subjektives Recht zu verleihen oder zu entziehen.¹⁰⁹ Von einem Staat erlassene Kollisionsnormen seien eine staatsrechtliche Erklärung über die eigene Gesetzgebungsherrschaft und Machterstreckung dieses Staates.¹¹⁰

bb) Kritik

Hauptproblem dieser Lehre auf der theoretisch-dogmatischen Ebene ist und bleibt die Konkretisierung. Territorial- und Personalhoheit bedürfen beide solcher Konkretisierung.¹¹¹ Dies gilt insbesondere für die Territorialität. „Territorialität“ an sich ist nur ein Schlagwort, ebenso wie „Territorialitätsprinzip“ ein ausfüllungsbedürftiges Schlagwort ist. Das völkerrechtliche Fundamentalrecht der Staaten auf Gebietshoheit mündet zwar in ein „Territorialitätsprinzip“.¹¹² Es gibt aber nicht *das* Territorialitätsprinzip, ein einziges, umfassendes und allgemeingültiges Territorialitätsprinzip. Vielmehr bedarf ein Territorialitätsprinzip noch der Ausfüllung, was denn jeweils die nötige Verbindung zum Territorium ausmachen soll, welche Verbindung zu einem Territorium denn für einen konkreten Bereich anknüpfungslegitimierend sein soll.¹¹³ Das bloße Schlagwort

102 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 68, 71.

103 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 72.

104 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 73-76.

105 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 77 f.

106 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 198.

107 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 78 f.

108 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 82-98.

109 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 119-122.

110 *Zitelmann* (Fn. 35), S. 203.

111 Siehe nur *Paul Heinrich Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 180 (§ 23 I).

112 Siehe nur *Christoph Ohler*, Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 43.

113 Näher *Mankowski*, in: v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4 Rn. 63-67.

„Territorialitätsprinzip“ ist als Kollisionsnorm ungeeignet.¹¹⁴ Heute noch ist aber die Rede namentlich vom öffentlichrechtlichen Territorialitätsprinzip.¹¹⁵ Dahinter verbirgt sich, dass ein Gesetz des öffentlichen Rechts dann anwendbar ist, wenn das von ihm vorausgesetzte Aufgreifkriterium im Inland verwirklicht ist.¹¹⁶

Theoretisch mag sich zwar ein tendenziell trennscharfes Modell zur Abgrenzung von Herrschaftsbereichen denken lassen; jedoch fehlt einem solchen Modell sowohl zu *Zitelmanns* Zeiten als auch heute die Basis in Staatenpraxis und überstaatlicher Rechtsüberzeugung.¹¹⁷ Kein einziger Staat hat sein eigenes IPR trennscharf an nur zwei Basisprinzipien ausgerichtet, und sämtliche völkerrechtlichen Verträge zur Kollisionsrechtsvereinheitlichung gehen um ein Erhebliches differenzierter vor. In einem solchen System fände namentlich die Parteiautonomie nur schwer Platz.¹¹⁸ Parteiautonomie ist ein Individualrecht und geht vom Individuum aus. Hoheitsformen denken dagegen vom Staat aus. Ihnen geht es um Herrschaft, Autonomie aber um das Gegenteil, Freiheit, Nichtbeherrschtsein. *Zitelmanns* überstarke Betonung von Souveränität müsste jedenfalls den Wandlungen des Souveränitätsverständnisses wie der sich in ihrer jeweiligen Zeit stellenden Herausforderungen folgen.¹¹⁹ Fundamentale Herausforderung ist bereits die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft.¹²⁰

Theoretisch ist es sicherlich möglich, an einem Völkerrecht nach der schöpferischen Konzeption *Zitelmanns* zu arbeiten¹²¹ – jedoch hat dies niemand mit hinreichendem Erfolg getan. Die Konzeption bleibt idealistisch und überfordert die Leistungsfähigkeit des Völkerrechts.¹²² Spätestens 120 Jahre später sollte man eingestehen, dass solche Blühträume sich nicht verwirklicht haben.¹²³ Wissenschaftliche Lehrmeinungen mögen zwar auch jenseits geübter Staatenpraxis völkerrechtsbildend wirken können,¹²⁴ doch müssen sie sich dafür durchsetzen. Durchgesetzt haben sich weder *Zitelmann* noch seine deutschen und ausländischen Mitstreiter. Das von ihnen behauptete Völkerrecht galt so nie und nirgends.¹²⁵ Staaten nehmen sich seit jeher sanktionslos die

114 Siehe nur *Karl H. Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 4, 1936, S. 115 f.; *Otto Sandrock*, Neuere Entwicklungen im Internationalen Verwaltungs-, insbesondere im Internationalen Kartellrecht, ZVglRWiss 66 (1967), 1, 7; *Gerhard Kegel/Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht, FS Murad Ferid zum 70. Geb., 1978, S. 233, 277; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Internationales Privatrecht/Internationales Öffentliches Recht, FS Kurt Rebmann, 1989, S. 819, 831; *Abbo Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 127 m.w.N.

115 So die Redeweise z.B. bei BAG NZA 1991, 386; *Gerhard Kegel*, Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht, FS Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 243, 250.

116 *Peter Mankowski*, Urteilsanm., RIW 1994, 688, 692; *ders.*, Urteilsanm., LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 4 S. 4, 11 (Okt. 1999); *Peter Behrens*, Rechtliche Strukturen der Weltwirtschaft aus konstitutionenökonomischer Perspektive, JNPÖ 18 (1999), 9, 30.

117 RGZ 95, 164, 165; *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, S. 256 f.

118 Siehe die Bemühungen bei *Zitelmann* (Fn. 35), S. 257-278 sowie *Keisuke Takeshita*, Critical Analysis of Party Autonomy: From a Theoretical Perspective, Jap.Yb. PIL 58 (2015), 196, 216-219.

119 *Decker* (Fn. 18), S. 135.

120 *Decker* (Fn. 18), S. 139, 147 f.

121 *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 257.

122 *Friedrich Meili*, Über das historische Debüt der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts, NiemZ 9 (1899), 1, 6 Fn. 12 sowie *Alexander N. Makarov*, Völkerrecht und Internationales Privatrecht, Mélanges Georg Streit, Bd. I, Athen 1939, S. 535, 548.

123 Siehe nur *Lea Brilmayer*, Conflict of Laws: Foundations and Future Dimensions, 1991, S. 2, 13; *F. Mikis Manolis*, The „International“ Aspect of the Conflict of Laws. Definitions, Perspectives and Regimes, Liber amicorum Proshanto K. Mukherjee, 2013, S. 165, 167.

124 *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 257.

125 *Kahn*, JherJb 40 (1898), 1, 25; *Schurig* (Fn. 6), S. 55, 58.

Freiheit, von „ihm“ durch eigenständige Ausgestaltung ihres jeweiligen IPR gegebenenfalls inhaltlich abzuweichen.¹²⁶ Echte völkerrechtliche Pflichten bedürften eines sorgfältigen Nachweises,¹²⁷ den niemand erbringen kann. Völkerrecht kann allenfalls als negativer Kontrollmaßstab dienen (insbesondere gegenüber übergriffigen Anwendungsansprüchen des forumeigenen Rechts), aber kaum als positiv ausgestaltetes Grenzrechtssystem.¹²⁸ *Zitelmanns* Konzept war und ist kein Teil des positiven Rechts. Allenfalls abstrakt vermag man sich vorzustellen, dass ein Gesetzgeber es positiv aufgreifen könnte, dessen Legislativakte indes von anderen Staaten nicht automatisch „anzuerkennen“ wären.¹²⁹ Ein Postulat ist eben kein Axiom, das ein tragfähiges Fundament für ein System bilden würde.¹³⁰

cc) *Benachbarte Ansätze: Zitelmann in seiner Zeit und internationalen Umwelt*

Zitelmanns Ansatz war freilich selbst in Deutschland nicht so vereinzelt, wie man heutigen Darstellungen der deutschen IPR-Geschichte entnehmen könnte.¹³¹ Eine völkerrechtliche Subsidiärordnung vertrat ebenfalls *Ludwig v. Bar*,¹³² obwohl er dies nicht vollen Umfangs zugesteht. Dem liegt die Vorstellung der Territorialität von Herrschaft und Durchsetzungskraft einerseits und Regelungszuständigkeit andererseits zugrunde. IPR-Normen seien Zuständigkeitsbestimmungen für die Gesetzgebung des eigenen Staates.¹³³ Eine positive Zuständigkeitsbeilegung für andere Staaten gebe es nicht. Auffällig ist die wiederholt gezogene Parallele zwischen Gesetzgebungszuständigkeit für das eigene, rein territorial verstandene Herrschaftsgebiet und der (internationalen) Gerichtszuständigkeit.¹³⁴ *Ludwig v. Bar* muss man von der relativen Bedeutung für das IPR seiner Zeit her mindestens auf eine Stufe mit *Zitelmann* stellen.¹³⁵ Man kann ihn sogar als den bedeutendsten Vertreter einer internationalistischen Richtung einschätzen.¹³⁶

Das IPR im Völkerrecht gegründet sahen im deutschen Sprachraum auch *Brinz*, *v. Bulmerincq*, *Günther*, *Pütter* und *Vesque v. Puttlingen*. Allerdings gab es dabei unterschiedliche Nuancierungen.¹³⁷ Drei lassen sich unterscheiden: Zum einen wurde das

126 *Kahn*, *JherJb* 40 (1898), 1, 35 f.

127 *Ludwig v. Bar*, *Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts – Kritische Studien*, *AöR* 15 (1900), 1, 48.

128 *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 261; vgl. aber *W. Marcusen*, *NiemZ* 10 (1900), 257, 267-269.

129 *Constantino Iannaccone*, *Concetto e sfera del diritto internazionale privato*, 1929, S. 34.

130 *S. Rundstein*, *La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens*, *Rev. dr. int. lég. comp.* 1936, 314, 322.

131 *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 13.

132 *Ludwig v. Bar* (Fn. 34), S. 3-7; *ders.*, Buchbesprechung: *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law, including comparative view of Anglo-American, Roman, German, and French jurisprudence* by Francis Wharton, *KritVjSchr* 15 (1873), 1, 7; Ähnlich noch *Ludwig Schnorr v. Carolsfeld*, *Ist das Normengrenzrecht eine selbständige Materie?*, FS *Günther Beitzke*, 1979, S. 687, 700 f. und für das IZPR *Prospero Fedozzi*, *Il diritto processuale civile internazionale*, 1905, S. 6 f.; *Hans Sperl*, *Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege*, Bd. I, Wien 1925, S. 28 f.

133 *Ludwig v. Bar*, *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, *BöhmsZ* 8 (1898), 177, 178.

134 *Ludwig v. Bar*, *BöhmsZ* 8 (1898), 177, 178; ebenso *F. Spethmann*, *Ueber die Begründetheit des Nationalitätsprinzips im internationalen Privatrecht*, *NiemZ* 20 (1910), 503, 505 f., 509.

135 *Frensdorff*, *Leben und Werk*, in: *Axelena v. Bar* (Hrsg.), *Verzeichnis der Schriften von Ludwig von Bar*, 1916, S. XX.

136 *Christian v. Bar*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 6 Rn. 73.

137 *Hartwig/Korkisch* (Fn. 43), S. 13.

IPR dem Völkerrecht schlichtweg zugeordnet,¹³⁸ zum anderen sollte es dem Völkerrecht „nur“ Existenz und Ausgestaltung verdanken,¹³⁹ zum dritten sollten Völkerrecht und IPR eine systematische Einheit sein.¹⁴⁰

Julius Schnell, Königlich Bairischer Rath und Mitglied der Zweiten BGB-Kommission, argumentiert zwar, Gerichtsgewalt verleihe nicht per se Gesetzgebungsgewalt,¹⁴¹ kommt aber zu dem Ergebnis, dass es keine – von ihm so genannte – „Grenzregulierungsgewalt“ über fremde Gebiete gebe und keine Anmaßung, was dort zu gelten habe.¹⁴² Das ist Apriorisimus auf die Spitze getrieben.¹⁴³ Allerdings kann man bei *Schnell* nicht ausschließen, dass er eine politische Agenda im Hinterkopf hatte und als Emissär Baierns die Sache des Auswärtigen Amts zugunsten einer einseitigen Ausgestaltung der Kollisionsnormen im entstehenden EGBGB betritt.

Lässt man den Blick über die Grenzen des Deutschen Reichs schweifen, erkennt man schnell, dass *Zitelmann* alles andere als alleine stand, sondern sich vielmehr in eine starke Strömung der Zeit nahtlos einfügte. Diese Strömung stand damals keineswegs am Rande, sondern war machtvoller Bewerber um die Meinungshoheit.

dd) Modifikation der Lehre

Zitelmann selber hat nachfolgend seine Ansicht übrigens modifiziert,¹⁴⁴ wahrscheinlich unter dem Eindruck der Kritik *Kahns*.¹⁴⁵ Zumindest hat er, selbst nach eigenem Bekunden, die maßgebliche Begründung ausgetauscht.¹⁴⁶ Andere attestieren ihm dabei gar eine Meinungsänderung in der Sache.¹⁴⁷ Allerdings vollzieht sich auch der Wandel in Volten und Stufen: *Zitelmann* schreibt zunächst den Anwendungsnormen dabei „in Wahrheit“ zum Teil einen Charakter als materielles Privatrecht zu, indem sie durch ihre Verweisung ausländisches Recht zum Teil der deutschen Rechtsordnung machen.¹⁴⁸ Andererseits will er die von ihm so genannten „wahren örtlichen Anwendungsnormen“ als innerstaatliches öffentliches Recht sui generis oder einen dritten,

138 *Johann Vesque v. Püttingen*, Handbuch des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechtes, Wien 1860, S. 2 sowie *Alois Brinz*, Handbuch der Pandekten, Bd. 1, 2. Aufl. 1873, S. 4 f.

139 *Karl Theodor Pütter*, Das praktische europäische Fremdenrecht, 1845, S. 1, 11 sowie *Karl Friedrich Günther*, Gesetz, in: *Julius Weiske* (Hrsg.), Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, Bd. IV, 1843, S. 694, 723, 752 (unter Vorbehalt einer abweichenden positiven Regelung durch nationales Gesetz).

140 *Ludwig v. Bar*, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1882, S. 4.

141 *Julius Schnell*, Ueber die Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, *BöhmsZ* 5 (1895), 337, 338.

142 *Schnell*, *BöhmsZ* 5 (1895), 337, 338 f.

143 *Nussbaum* (Fn. 9), S. 10.

144 *Ernst Zitelmann*, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, FG Karl Bergbohm, 1919, S. 207.

145 *Boris Schinkels*, Normsatzstruktur des IPR, 2007, S. 43.

146 *Zitelmann*, FG Karl Bergbohm, 1919, S. 207, 237.

147 *Georg Streit*, Zur Frage über die Natur der zwischenprivatrechtlichen Anwendungsnormen, FG Fritz Fleiner, 1927, S. 318, 327, 329; *Makarov*, Mélanges Georg Streit, Bd. I, Athen 1939, S. 535, 545. Anders indes *Betti*, Riv. dir. int. 1925, 188, 192; *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 53.

148 *Ernst Zitelmann*, Verhältniß der örtlichen und der zeitlichen Anwendungsnormen, JherJb 42 (1901), 189, 192. Diesen Ansatz verfolgt die italienische Lehre vom rinvio ricettizio; insbesondere *Roberto Ago*, Teoria del diritto internazionale privato, 1934; *Giovanni Pacchioni*, Diritto internazionale privato, 2. Aufl. 1935; *Prospero Fedozzi*, Trattato di diritto internazionale, Bd. 4: Il diritto internazionale privato – Teorie generali e diritto civile, 1935, 2. Aufl. 1939. Dazu z.B. *Max Gutzwiller*, Buchbesprechung, *RabelsZ* 11 (1938), 322; *Giovanni Pau*, La funzione e la natura del diritto internazionale privato nella dottrina italiana recente, Riv. dir. int. 1953, 64.

Innominatsrechtsteil bewerten.¹⁴⁹ In einer späteren Version will er dagegen letztlich drei Kategorien von Recht trennen: erstens Privatrecht; zweitens öffentliches Recht; drittens Überrecht, Recht über Rechten (heute würde man Meta-Recht sagen). Das IPR soll zu jener dritten Kategorie des Überrechts gehören.¹⁵⁰ Die gestellte Aufgabe war scheinbar eine übernationale: Die Auswahl zu treffen musste scheinbar über den einzelnen voneinander abzugrenzenden Rechten stehen.¹⁵¹ Die Folgerungen aus der völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung seien positives Recht nicht kraft Ergänzung einer Lücke, sondern aufgrund des positiven innerstaatlichen Rechtssatzes, welcher die Geltung des Gesetzes für den örtlich-personalen Machtkreis des gesetzgebenden Staates.¹⁵²

Indes folgt aus einem Charakter als Meta-Recht keineswegs notwendig ein völkerrechtlicher Charakter und ein Gründen in überstaatlichen Kategorien. „Überrecht“ kann theoretisch jedes normhierarchisch höhere positive Recht sein, das sich keiner der beiden Grundkategorien zuordnen lässt, aber auch überpositives Naturrecht. Obendrein läuft jedes Postulat überstaatlichen Rechts Gefahr, sich an bloßem „Gelehrtenrecht“ zu berauschen.¹⁵³ Es hat Probleme beim Geltungsgrund des Meta-Rechts, insbesondere sub specie einer Anerkennung durch potenziell Rechtsunterworfenen.¹⁵⁴

*ee) Geltungsbereich und internationaler Anwendungsbereich:
zwei verschiedene Kategorien*

Zitelmanns modifizierter Lehre kommt indes das Verdienst zu, erstmals zwei strikt auseinanderzuhaltende Momente voneinander geschieden zu haben: den Geltungsbereich von Gesetzen einerseits und den internationalen Anwendungsbereich einzelner Gesetze und Normen andererseits.¹⁵⁵ Der Geltungsbereich bezeichnet den räumlichen Herrschaftsbereich des legiferierenden Staates. In ihm bindet der Rechtsanwendungsbefehl jeden Rechtsanwender, eben weil dieser der Hoheitsgewalt des legiferierenden Staates unterworfen ist und durch Zwangsmaßnahmen gezwungen werden kann. Der internationale Anwendungsbereich bezeichnet dagegen die Voraussetzungen, unter denen ein Gesetz (oder eine einzelne Norm) bei Sachverhalten mit Auslandsberührung Anwendung beansprucht.¹⁵⁶ Mit Blick auf den Geltungsbereich ist der Ausdruck

149 Zitelmann, JherJb 42 (1901), 189, 193.

150 Kritisch dazu Streit, FG Fritz Fleiner, 1927, S. 318, 329. Zustimmend und aufnehmend dagegen Arrigo Cavaglieri, L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato, 1908, S. 10; Giulio Diena, Considerazione critiche su alcune teorie del diritto internazionale privato, 1908, S. 18-20.

151 Siehe Niederer, SchwJbIntR V (1948), 63 (63).

152 Zitelmann, FG Karl Bergbohm, 1919, S. 207, 237.

153 Walter Fischer, Buchbesprechung, ZBl 1927, 197, 198.

154 Gutzwiller, FG Ernst Zitelmann, 1923, S. 468, 478 f.

155 Mankowski, RIW 1994, 688, 691 f.; ders., in: v. Bar/Mankowski (Fn. 24), § 4 Rn. 68 sowie Marius Kuschka, Amerikanische Exportkontrollen und deutsches Kollisionsrecht, Diss. Münster 1988, S. 55, 64.

156 Deutliche Unterscheidung (wenn auch teilweise mit anderer Terminologie oder terminologischen Zweifeln) namentlich bei Ernst Zitelmann, FG Karl Bergbohm, 1919, S. 207, 236-241; Satter, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 48; Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, S. 2 f. (transitiv/intransitiv); Neuhaus (Fn. 111), S. 181 f. (§ 23 I 2); Gerhard Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 851, 857 f.; Anton K. Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, S. 61; Peter Behrens, JNPÖ 18 (1999), 9, 27; Luis Garau Juaneda, Sobre las diferentes relaciones entre norma jurídica y territorio, in: Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 415, 417-420; Ohler (Fn. 112), S. 44; Jörg Menzel (Fn. 117), S. 155 f.

Territorialitätsprinzip gerechtfertigt. Insofern bezieht er sich auf den Bereich territorialer Souveränität, d.h. ausschließlicher räumlicher Zuständigkeit,¹⁵⁷ und die Beschränkung der Staatsgewalt auf ihr eigenes Staatsgebiet.¹⁵⁸ Im Völkerrecht hingegen hat die Territorialhoheit ganz spezifische Formen.¹⁵⁹ Mit Blick auf den internationalen Anwendungsbereich der einzelnen öffentlichrechtlichen Gesetze und Normen steht dagegen immer in Rede, die jeweils konkret einschlägigen „territorialen“, d.h. im Inland des Erlassstaates verwirklichten Elemente zu bezeichnen.¹⁶⁰ Es geht darum, zu klären, ob im konkreten Fall ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt, damit das inländische Recht den Fall aufgreift. Die sogenannte „extraterritoriale Anwendung“ öffentlichen Rechts ist eine Frage des internationalen Anwendungsbereichs,¹⁶¹ nicht des Geltungsbereichs. Sie erweitert den Anwendungs- gegenüber dem Geltungsbereich.¹⁶²

b) *Frankenstein*

aa) *Lehre*

Frankenstein gründet seine Lehre weniger auf (angeblich) geltendes Völkerrecht als vielmehr auf gemeinsame Grundüberzeugungen der nationalen Kollisionsrechtssetzer. Er entwickelt in Anlehnung an Sprachkritik¹⁶³ und Völkerpsychologie¹⁶⁴ ein komplexes Gebäude mit drei Stockwerken: deren erstes ist die vom ihm so genannte primäre Anknüpfung. Sie erfolgt an Gebietshoheit und Staatsangehörigkeit. Die Verknüpfung eines Menschen mit seinem Heimatstaat sei eine völkerpsychologische und staatsrechtliche Notwendigkeit, die Verknüpfung einer Sache mit dem Gebietsstaat das einzige rechtliche Band zwischen Sache und Rechtsordnung.¹⁶⁵ Beide Anknüpfungen sind also apriorisch.¹⁶⁶ Dem apriorischen Recht kommt die primäre Kompetenz-Verteilung zu, indem es den Staat bezeichnet, dessen Recht (vom übergeordneten Recht) als primär zuständig beurteilt wird.¹⁶⁷ Die solcherart primär berufene Rechtsordnung kann dann

157 *Ohler* (Fn. 112), S. 45.

158 Siehe nur *Peter Badura*, Territorialprinzip und Grundrechtsschutz, FS Walter Leisner, 1999, S. 403.

159 *Mankowski*, RIW 1994, 688, 692.

160 Z.B. *Rob Cornelissen*, The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72), (1996) 33 C.M.L.Rev. 439, 440 f.

161 Siehe nur *Ohler* (Fn. 112), S. 47; *Hans-Jörg Ziegenhain*, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992, S. 242-249.

162 Im Ergebnis übereinstimmend *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 156.

163 Insbesondere *Fritz Mauthner*, Die drei Bilder der Welt – Ein sprachkritischer Versuch, 1925; *ders.*, Beiträge zu einer Kritik der Sprache, 3 Bände, 3. Aufl. 1923; *ders.*, Die Sprache, 1906; dazu *Helmut Henne* (Hrsg.), *Fritz Mauthner – Sprache, Literatur und Kritik*, 2000; *Gerald Hartung*, *An den Grenzen der Sprachkritik – Fritz Mauthners Beiträge zur Sprach- und Kulturtheorie*, 2013; *Caroline Kosuch*, *Missratene Söhne – Anarchismus und Sprachkritik im Fin de Siècle*, 2015.

164 Insbesondere *Wilhelm Wundt*, *Völkerpsychologie – Das Recht*, 1918, – *Die Kunst*, 3. Aufl. 1919, – *Kultur und Geschichte*, 1920, – *Die Sprache (Teil 1)*, 4. Aufl. 1921, – *Die Sprache (Teil 1)*, 4. Aufl. 1922, – *Mythus und Religion (Teil 1)*, 4. Aufl. 1926, – *Mythus und Religion (Teil 2)*, 3. Aufl. 1923, – *Mythus und Religion (Teil 3)*, 3. Aufl. 1923; – *Die Gesellschaft (Teil 1)*, 2. Aufl. 1928, – *Die Gesellschaft (Teil 1)*, 1917; dazu *Christina Maria Schneider*, *Wilhelm Wundts Völkerpsychologie*, 1990; *Berthold Oelze*, *Wilhelm Wundt – Die Konzeption der Völkerpsychologie*, 1991; *Georg Eckardt*, *Völkerpsychologie – Versuch einer Neuentdeckung*, 1997; *Uwe Wolfradt*, *Ethnologie und Psychologie – Die Leipziger Schule der Völkerpsychologie*, 2011.

165 *Frankenstein* (Fn 87), S. 34.

166 *Frankenstein* (Fn 87), S. 34; *Karl Neumeyer*, Buchbesprechung, JW 1926, 1908, 1909; *Walter Fischer*, ZBl 1927, 197, 199; *Ernst Isay*, Ernst Frankenstein's Lehre vom Internationalen Privatrecht, ZVölkerR 14 (1928), 248, 250.

167 Siehe *Niederer*, SchwJbIntR V (1948), 63, 75.

ihrerseits so genannte sekundäre Anknüpfungen verwirklichen, z.B. an Wohnsitz oder Handlungsort anknüpfen. Andere Rechtsordnungen als die primär berufene Rechtsordnung mögen auch anders anknüpfen als es der primären Anknüpfung entspricht und damit so genannte Pseudo-Anknüpfungen ins Werk setzen. Letztere sind aber nur im Staat, welcher die Pseudo-Anknüpfung vornimmt, Recht, ansonsten aber „Gewalt“, „Polizei“.

bb) Kritik

Der Originalitätsanspruch dieses Ansatzes ist unverkennbar. Er ist „eine Expedition [...], die dem fernen Ziel auf ganz neuen, bisher unbekanntem Wege zustreben soll“.¹⁶⁸ Territorial- und Personalhoheit bedürfen aber eines weiteren Schritts, bevor sich aus ihnen für das IPR (zudem nur für das IPR, nicht auch für das IZPR¹⁶⁹) positive Anknüpfungsgebote entnehmen lassen.¹⁷⁰ *Frankenstein* versucht gleichsam, eine positive Analyse des Völkerrechts und benachbarter Gebiete umzumünzen in eine positive Analyse des IPR. Indes bietet er nur eine normative Analyse, die obendrein nur schwer vereinbar ist mit den positiv vorhandenen Normbeständen des IPR.¹⁷¹ Die Diskrepanz klafft natürlich immer mehr, je ausdifferenzierter und vollständiger der Normbestand im IPR wird. Außerdem droht jede Unterscheidung zwischen Personen und Sachen, gestützt auf Hoheitsformen, letztlich auf Grundgedanken der Statutentheorie, nämlich die Unterscheidung zwischen *statuta personalia* und *statuta realia*, zurückzufallen.¹⁷² Dann, in eigener Wertung, auch apriorisch, die Anwendung des Territorialrechts auf Personen unter fremder Personalhoheit als Willkür, Gewalt o.ä., zu brandmarken, führt zu einem in sich gebrochenen Verständnis von Territorialhoheit.¹⁷³ Es überbetont die Personalhoheit. Es will eine Person in allen ihren Facetten und allen ihren Handlungen letztendlich (quasi als Knecht und Unfreien) dem Recht des Staates unterwerfen, dem sie angehört.¹⁷⁴ Schon für alle Tatbestände, an denen mehrere beteiligt sind, passt dies evident nicht.¹⁷⁵ *Weiss* verfolgte zwar einen verwandten Weg, wollte aber immerhin nach einem gerechten Ausgleich zwischen Personalhoheit über den Staatsbürger und Territorialhoheit des Staates des Geschehens suchen.¹⁷⁶

Das Konzept, zwischen primärer und sekundärer Anknüpfung zu unterscheiden, muss sich an der Kodifizierung des *renvoi* messen lassen.¹⁷⁷ Das vorgeschlagene System will den *renvoi* durch das Einschleichen von Puffernormen vermeiden.¹⁷⁸ In voller Konsequenz würde sich eine zweistufige Anknüpfung entspinnen und die Rechtsanwendung

168 *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248 (248).

169 *Magdalene Schoch*, Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Privatrechts, 1934, S. 6 f.; *Helmut J. Weber* (Fn. 70), S. 143.

170 *Streit*, FG Fritz Fleiner, 1927, S. 318, 323.

171 Ähnlich bereits *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 76 f.; *Niederer*, SchwJbIntR V (1948), 63, 76 f. sowie *Giovanni Pacchioni*, Di una recente dottrina di diritto internazionale privato, Riv. dir. civ. 23 (1931), 483, 493.

172 *Neumeyer*, JW 1926, 1908, 1909.

173 *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 255 f.

174 *Karl Neumeyer*, Frankensteins zweiter Band, RabelsZ 3 (1929), 260, 261.

175 *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 260 f.

176 *André Weiss*, Traité théorique et pratique de droit international privé, tome III: Le conflit de lois, 1898, S. 61.

177 Vgl. ähnlich *Neumeyer*, JW 1926, 1908, 1909; *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 74.

178 *Neumeyer*, JW 1926, 1908, 1909.

verkomplizieren,¹⁷⁹ zumal sie auf der ersten Stufe (primäre Anknüpfung) nur mit ausfüllungsbedürftigen Kriterien arbeitete.¹⁸⁰ Eine wirklich belastbare Kompetenzverteilung ist idealistisch.¹⁸¹ Die sekundäre Anknüpfung wirkt wie ein Versuch, das gewollte System entfernt in Einklang mit der vorfindlichen und in ihrer Existenz nicht zu leugnenden Rechtsrealität zu bringen.¹⁸² Zudem müsste, was primäre und was sekundäre Anknüpfung ist, je nach Forum wechseln.¹⁸³ Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wäre – da man ja die weltweite Dichotomie von Staatsangehörigkeits- und Domizil/Aufenthaltsprinzip noch nie hat leugnen können – gar nicht allgemeingültig, quasi naturvorgegeben. Sie ist keine axiomatische Notwendigkeit.¹⁸⁴ Vielmehr kann man sich als Träger des entscheidenden Rechtsbewusstseins mindestens genauso gut die Wohnbevölkerung, nicht das Staatsvolk vorstellen.¹⁸⁵ Damit wäre die Staatsangehörigkeitsanknüpfung aber auch als bindender (und somit zwingender) völkerrechtlicher Inhalt nicht tauglich. Insoweit war ein dreigeteiltes System (Territorialhoheit, Personalhoheit kraft Staatsangehörigkeit, Personalhoheit kraft Domizil; im italienischen Original: *potestà d'impero personale, dominicale e domiciliare*¹⁸⁶) in der Tat logischer.¹⁸⁷

c) Universalistischer Ansatz bei Mancini, Foelix und Pillet

Ein völkerrechtliches Fundament hatte auch das Nationalitätsprinzip *Mancinis*. Es entstammt *Mancinis* berühmter Turiner Vorlesung vom 22.1.1851 „Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti“,¹⁸⁸ die schon im Titel den Bezug zum Völkerrecht trägt. *Nazionalità* war dabei wesentlich Volkszugehörigkeit. Den Staat Italien gab es 1851 eben noch nicht, und die Blümenträume des Risorgimento waren noch nicht aufgegangen, sondern bloßes politisches Programm. Indes trat das Prinzip¹⁸⁹ seinen Siegeszug im IPR Kontinentaleuropas und Lateinamerikas nicht in seiner ursprünglichen Gestalt an, sondern abgewandelt als Staatsangehörigkeitsprinzip. Dabei verlor es seinen unmittelbaren Völkerrechtsbezug und geriet in die bekannte Dichotomie, heute Trichotomie oder gar Tetrachotomie mit den domicile-, Wohnsitz- und Aufenthaltsprinzipien.¹⁹⁰ *Mancini* und seinen Adepten wurde vorgeworfen, sie würden zu sehr einseitig der italienischen Kultur und deren Promotion anhängen.¹⁹¹ Der italienische Gesetzgeber (faktisch *Mancini* als dominierende Gestalt innerhalb der dreiköpfigen

179 *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 253.

180 Siehe *Niederer*, SchwJbIntR V (1948), 63, 77.

181 *Ernst Beling*, Buchbesprechung, KrVjSchr 38 (1899), 276, 279; *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 260; siehe auch *Enrico Catellani*, Il diritto internazionale privato, tomo II, 2. Aufl. 1902, S. 439, 442.

182 *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 250.

183 Vgl. *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 253.

184 *Neumeyer*, JW 1926, 1908, 1909.

185 *Neumeyer*, JW 1926, 1908, 1909; *Isay*, ZVölkerR 14 (1928), 248, 258.

186 *Donato Donati*, Stato e territorio, 1924, S. 93 f.

187 So attribuiert trotz genereller Ablehnung von *Ago*, Nature des règles du droit international privé, Rec. des Cours 58 (1936 IV), 243, 254; siehe auch *Betti*, Riv. dir. int. 1925, 188, 211 f.

188 *Pasquale Stanislao Mancini*, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Torino 1851.

189 Zu ihm früh *Pietro Esperson*, Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali, 1868.

190 *Paul Heinrich Neuhaus*, Der Beitrag des Völkerrechts zum Internationalen Privatrecht, GYIL 21 (1978), 60, 64; *Max Keller/Siehr* (Fn. 74), S. 64.

191 *Srisower* (Fn. 52); siehe auch *Mónica García-Salmones Rovira*, The Project of Positivism in International Law, Madrid 2013, S. 186 f.

Gesetzgebungskommission¹⁹²) habe mit den Preleggi zum Codice civile in Hybris universelle, allgemeingültige Grundsätze des IPR schaffen wollen und dabei vergessen, dass er eben nur der italienische Gesetzgeber und kein Weltgesetzgeber sei.¹⁹³ Freilich beschränkte *Mancini* seine Lehre nicht auf das Nationalitätsprinzip. Er bezeichnete vielmehr ein Gebot internationaler Gerechtigkeit als Grundlage des IPR.¹⁹⁴ *Foelix* sekundierte, die Anwendung ausländischen Rechts in geeigneten Fällen sei ein Gebot des Völkerrechts.¹⁹⁵ Nach *Pillet* soll das IPR gar aus dem Völkerrecht geboren sein.¹⁹⁶ Indes sind keine Fälle bekannt, dass ein Staat gegen einen anderen wegen der Anwendung oder Nichtanwendung internationalprivatrechtlicher Sätze protestiert oder einen Vorwurf erhoben hätte,¹⁹⁷ geschweige denn, dass aus einem solchen Anlass Sanktionen erfolgt wären. Die ständige Verletzung völkergewohnheitsrechtlich anerkannter Regeln des IPR mag zwar theoretisch zu völkerrechtlicher Verantwortlichkeit des verletzenden Staates führen¹⁹⁸ – jedoch wäre zuerst zu klären, ob wirklich die Prämisse erfüllt ist, dass ein Völkergewohnheitsrechtssatz des angeblich verletzten Inhalts wirklich existiert oder nicht vielmehr aufgrund ständiger Nichtachtung und Abweichung gar nicht erst entstanden ist. Letztlich lässt sich die Schwäche im Ansatz *Pillet*s auf einen noch fundamentaleren Gedankenfehler zurückführen: „Les conflits de lois ne sont pas, en général, des conflits de souverainetés.“¹⁹⁹ Anwendung ausländischen Rechts mag man noch als Frage nach Souveränität verstehen.²⁰⁰ Anwendung ausländischen Rechts kraft vom eigenen Kollisionsrechts ausgesprochenen Verweisungsbefehls aber wahrt die eigene Souveränität.

192 *Jayme* (Fn. 1), S. 7 f.; *ders.*, Mancini heute – Einige Betrachtungen, FS Konrad Zweigert, 1981, S. 145, 146; *Max Keller/Siehr* (Fn. 74), 65.

193 *Dionisio Anzilotti*, Studi critici di diritto internazionale privato, 1898, S. 105 f.

194 *Pasquale Stanislao Mancini*, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, *Clunet* 1 (1874), 223, 230.

195 *Jean Jacques Gaspard Foelix*, Traité du droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations en matière de droit privé, tome I, 4. Aufl. 1866 (mit *Charles Demangeat*), no. 14.

Zur Person *Tanja Guddat*, Ein europäischer Jurist des 19. Jahrhunderts – Jean-Jacques G. Foelix und die rechtsvergleichende Methode im (internationalen) Privatrecht, 2006.

196 *Antoine Pillet*, Le droit international privé considérée dans ses rapports avec le de droit international public, o.J. [nach 1891] sowie *ders.*, Principes de droit international privé, 1903, nos. 21-28; *ders.*, Traité pratique de droit international privé, tome I, 1923, S. 18-25.

197 *J. Aubry*, De la notion de territorialité en droit international privé, *Clunet* 28 (1901), 253 u. 643, 651; *George Melchior*, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932, S. 36; *Rundstein*, *Rev. dr. int. lég. comp.* 1936, 314, 321; *Ago*, *Rec. des Cours* 58 (1936 IV), 243, 289 f.; *Jean-Paulin Niboyet*, Traité de droit international privé français, Tome I, 2. Aufl. 1947, S. 57; *Kurt Lipstein*, The General Principles of Private International Law, *RdC* 135 (1972 I), 104, 170.

198 *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 46; *Pierre Arminjon*, Précis de droit international privé, vol. 2, 3. Aufl. 1958 (mit *Schlaepfer*), S. 12.

199 *Pierre Mayer/Heuzé* (Fn. 86), no. 74.

200 Vgl. *Jürgen Basedow*, Das Konventionsprivatrecht und das Völkerrecht der Staatsverträge, in: *Stefan Leible/Mathias Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, S. 153, 156.

d) System einseitiger Kollisionsnormen (*Pilenko, Quadri*)

aa) Lehre und Kritik

Außerhalb Deutschlands findet sich völkerrechtliches Denken später bei *Pilenko* und *Quadri*.²⁰¹ Beide sehen in Rechtsanwendung Abgrenzung von Kompetenzbereichen, von der *compétence législative* verschiedener Staaten. Beide ziehen daraus die Konsequenz, ein System einseitiger Kollisionsnormen zu errichten, für welche Fälle der jeweils Recht setzende Staat sein Recht angewendet sehen will, und nur im Fall positiver oder negativer Kompetenzkonflikte Hilfsnormen zur Auflösung solcher Konflikte zu ergänzen.²⁰² Sowohl *Pilenko* als auch *Quadri*²⁰³ haben ihren persönlichen Hintergrund im Völkerrecht.²⁰⁴ Sie waren es gewohnt, vom Gesetz her zu fragen. Sie denken statistisch und öffentlichrechtlich.²⁰⁵ Ihre Lehren haben keinen Anklang und keine weitere Verbreitung gefunden.²⁰⁶ Ihnen fehlt eine Dimension. Das machen (ungewollt und ohne Bezug auf Systeme aus einseitigen Kollisionsnormen) jene Beiträge deutlich, die als eine von zwei Aufgaben des IPR ansehen, den internationalen Anwendungsbereich für das eigene Sachrecht des jeweils Recht und IPR setzenden Staates abzustecken und die insoweit auf einseitige Kollisionsnormen setzen.²⁰⁷ IPR ist Koordinationsrecht,²⁰⁸ weniger Konflikt von Souveränitäten.²⁰⁹

bb) Das Bündelungsmodell

Im modernen IPR, das sich wesentlich aus allseitigen Kollisionsnormen konstituiert, gibt es eine sehr elegante und überzeugende Erklärung, wie sich einseitige in allseitige Kollisionsnormen einbringen lassen: das von *Schurig*²¹⁰ entwickelte Bündelungs-

201 Eingehende Auseinandersetzung insbesondere bei *Gianpaolo Romano*, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zürich 2014, S. 291-236 (zu *Pilenko*), 237-273 (zu *Quadri*).

202 *Alexandre Pilenko*, *Droit spatial et Droit international privé*, Roma 1953, S. 34-59; *Rolando Quadri*, *Lezioni di diritto internazionale privato*, zuletzt 5. Aufl. 1969, S. 6 (§§ 36-38).

203 Siehe *Rolando Quadri*, *Diritto internazionale pubblico*, zuletzt 4. Aufl. 1963 sowie *dens.* (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, 4 Bde., 1965; *dens.* (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, 3 Bde., 1970.

204 *Neuhaus*, *GYIL* 21 (1978), 60, 63.

205 *Neuhaus*, *GYIL* 21 (1978), 60, 63 f.; *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 94.

206 *Expressis verbis* ablehnend *Paul Heinrich Neuhaus*, *Buchbesprechung*, *RabelsZ* 20 (1955), 597; *ders.*, *Buchbesprechung*, *RabelsZ* 23 (1958), 365; *Rudolf Wiethölter*, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, 1956.

207 *Günther Jahr*, *Internationalprivatrechtliche Beiträge zur allgemeinen Zivilrechtswissenschaft*, FS zum 50jährigen Bestehen des Instituts für Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1967, S. 179, 188 ff.; *ders.*, *Internationale Geltung nationalen Rechts*, *RabelsZ* 54 (1990), 481, 493 f.; *Eberhard Eichenhofer*, *Zwei Aufgaben des Internationalen Privatrechts*, FS *Günther Jahr*, 1993, S. 435; *Stefan Niedobitek*, *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge*, 2001, S. 344; *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 208 f.

208 *Z.B. Thomas Kadner Graziano*, *Gemeineuropäisches internationales Deliktsrecht*, 2002, S. 37-41.

209 Gedanken dazu insbesondere bei *André Bonnichon*, *La notion du conflit des souverainetés dans la science des conflits de lois*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 38 (1949), 615 und 39 (1950), 11; *Franz Gamillscheg*, *Aufsatzbesprechung*, *RabelsZ* 17 (1952), 496; *Raymond Vander Elst*, *Conflits de lois et conflit des souverainetés*, *Rev. Inst. belge* 31 (1954), 85.

210 *Klaus Schurig*, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, S. 89-108; *ders.*, *Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation?*, in: *Wolfgang Holl/Ulrich Klinka* (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, S. 55, 61-64; *ders.*, *Zur Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems*, FS *Gerhard Kegel zum 75. Geb.*, 1987, S. 549, 560-562; *ders.*, *Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR*, *RabelsZ* 50 (1990), 217, 229-232; *ders.*, *„Ingmar“ und die „international zwingende“ Handelsvertreter-Richtlinie – oder:*

modell.²¹¹ Dessen Grundbausteine sind so genannte Elementkollisionsnormen. Jeder Sachnorm jeden Rechts ist eine Elementkollisionsnorm zugeordnet, welche diese konkrete Sachnorm beruft.²¹² Die einzelne Elementkollisionsnorm verknüpft Sachverhalt und einzelne Sachnorm. Jede Elementkollisionsnorm knüpft eine einzige Sachnorm an. Sie ist notwendig einseitig, weil sie eben definitionsgemäß nur eine einzige Sachnorm eines einzigen Rechts berufen kann. Mehr- oder allseitige Kollisionsnormen entstehen dann durch so genannte horizontale Bündelung von Elementkollisionsnormen, die sich auf Sachnormen in den verschiedenen Rechten beziehen, mit welchen ein und derselbe materielle Konflikt geregelt wird. Die weiteren, von den einzelnen sachrechtlichen Erscheinungen abstrahierenden Anknüpfungsgegenstände der modernen allseitigen Kollisionsnormen wiederum entstehen durch so genannte vertikale Bündelung. Beide Bündelungen beruhen auf der Bewertung der involvierten Interessen als gleichlaufend. Die kollisionsrechtlichen Interessen entscheiden darüber, welche Elementkollisionsnormen in das Bündel hineinkommen, also unter die allseitige Kollisionsnorm fallen. Die Schnürung der Bündel wird durch die Grenze der berührten Interessen bestimmt. Zusammen gehört, was gleichlaufende Interessen verfolgt. Das Band der gleichlaufenden Interessenverfolgung schnürt das Bündel zusammen. Zugleich grenzt es das Bündel nach außen gegenüber Sachnormen ab, die andere Interessen verfolgen und deshalb zu anderen Bündeln gehören. Dieses Modell bildet heute den wohl überzeugendsten Ansatz, um die Funktionsweise des IPR aufzuzeigen.²¹³ Insbesondere erklärt es zwanglos, weshalb allseitige Kollisionsnormen (auch) einzelne Sachnormen anknüpfen: eben weil die zu jenen Sachnormen führenden Elementkollisionsnormen

Die Urzeugung einer Kollisionsnorm, FS Erik Jayme, 2004, S. 837, 840; *ders.*, in: *Kegel/Schurig* (Fn. 9), S. 313-316 (§ 6 II 2), S. 347 f. (§ 7 III 3 b bb).

211 Zustimmung *Hans-Joachim Heßler*, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, 1985, S. 139-142; *Gerald Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, 1993, S. 145 f. *et passim*; *ders.*, Die Bestimmung der Minderjährigkeit im Internationalen Unterhaltsrecht zwischen Haupt-, Vor- und Teilfrage, FS Andreas Heldrich, 2005, S. 857, 861; *Peter Mankowski*, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht, 1995, S. 342 f.; *ders.*, Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht!, RIW 1996, 8, 9; *ders.*, Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzrechts über Art. 34 EGBGB, DZWIR 1996, 273, 275; *ders.*, Buchbesprechung, VersR 1999, 821, 822; *ders.*, in: *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 5 f., § 7 Rn. 139-141, 179 f.; *ders.*, Das Bündelungsmodell im Internationalen Privatrecht, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, S. 159; *Nils Wördemann*, International zwingende Normen im Internationalen Privatrecht des europäischen Versicherungsvertrages, 1997, S. 100-104; *Sybille Brüning*, Die Beachtlichkeit des fremden ordre public, 1997, S. 173-176, 289 f.; *Andreas Grandpierre*, Herkunftsprinzip kontra Marktortanknüpfung, 1999, S. 192 f., 195, 203 f.; *Gunnar Straube*, Sozialrechtliche Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, 2001, S. 43-46, 179-189; *Johannes Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S. 36-50; *ders.*, Grenzüberschreitende Gewinnzusagen im Europäischen Binnenmarkt, RIW 2002, 936, 939; *Volker Wiese*, Der Einfluss des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht, 2005, S. 184 f.; *Elke Benzenberg*, Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, 2008, S. 65, 112 f.; *Matthias Kuckein*, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, 2008, S. 37-42; *Ulrich Spelsberg-Korspeter*, Anspruchskonkurrenz im internationalen Privatrecht, 2009, S. 91 f.; *Maximilian Seibl*, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, 2010, S. 99; *Janis Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrecht des internationalen Privatrechts, 2010, S. 8-10 sowie *Nathalie Voser*, Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 104; *Michael Lamsa*, Die Firma der Auslandsgesellschaft, 2011, S. 249 Fn. 110; *Dominik Massing*, Europäisches Internationales Kartelldeliktsrecht, 2011, S. 103. Vgl. auch ähnlich *Christiane Wendehorst*, Tatbestand – Reichweite – Qualifikation, FS Hans Jürgen Sonnenberger, 2004, S. 743, 746 f., 755.

212 Ähnlich *Kahn*, JherJb 40 (1898), 1, 49 f.; *Walter Burckhardt*, Über die Allgemeingültigkeit des Internationalen Privatrechts, FG Eugen Huber, Bern 1919, S. 261, 266 f. Fn. 1.

213 *Mankowski*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4 Rn. 6.

Teil des Bündels in der einschlägigen allseitigen Kollisionsnorm sind.²¹⁴ Völkerrecht braucht man dafür nicht zu bemühen, zumal Völkerrecht der von *Pilenko* und *Quadri* bemühten Art keine rechte Erklärung für die Allseitigkeit zu bieten vermöchte. Deren Ansätze blieben persönliche Gedankengebilde und brachen sich an der entgegenstehenden Ausgestaltung der positiven Kollisionsrechte.

e) *Bleckmann*

Der Jahrzehnte später erfolgende Versuch *Bleckmanns*, das IPR wieder dem Völkerrecht einzugliedern,²¹⁵ blieb ganz vereinzelt und fand keine Gefolgschaft. Zu sehr war er aus der Zeit gefallen, und zu breit waren die gedanklichen, methodischen und gegenständlichen Gräben zwischen IPR und Völkerrecht schon geworden. *Bleckmann*²¹⁶ griff Gedanken *Scelles*²¹⁷ auf,²¹⁸ die in Deutschland kaum auf Widerhall gestoßen waren,²¹⁹ nämlich dass der (einzelne) Staat eine völkerrechtliche Aufgabe übernehme und in seinem nationalen Recht Völkerrecht funktionell verdoppele, weil es sonst niemand tue und es Völkerrecht sonst an Verbindlichkeit mangelte.²²⁰ Im Anschluss an *Zitelmann* sollen die Anknüpfungspunkte des modernen IPR Personal- oder Territorialhoheit abbilden und die völkerrechtliche Zuständigkeitsordnung konkretisieren.²²¹ „Gemeines“ IPR, beruhend auf der wissenschaftlichen Zusammenarbeit der Gerichte und Forscher aller Staaten, sei internationales, Völkerrecht in einem weiteren Sinne auch der Quelle nach.²²² Nur völkerrechtlich legitime Verknüpfungen im vom Völkerrecht gesetzten Rahmen seien zulässig.²²³ Beim Vollzugsbefehl sei der nationale Gesetzgeber Organ und Sachwalter der Völkerrechtsgemeinschaft.²²⁴

Das Völkerrecht ist jedoch keineswegs so ausdifferenziert wie das IPR in dessen Anknüpfungsgegenständen und Anknüpfungspunkten.²²⁵ Von einer Konkretisierung kann mangels im Völkerrecht wirklich vorfindlicher Maßstäbe keine ernsthafte Rede sein.²²⁶ Obendrein lässt sich die Parteiautonomie nicht unter die Dichotomie Terri-

214 *Mankowski*, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, S. 159, 161.

215 *Albert Bleckmann*, Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts, 1992 (mit *Sabine Schmeinck* und *Andreas Schollmeyer*); *ders.*, Völkerrecht, 2001, Rn. 493-496.

216 *Bleckmann* (Fn. 215), S. 43 f.

217 *Georges Scelle*, Précis de droit des gens – Principes et systématique, tome II, 1934, S. 348-351; *ders.*, Essai sur les sources formelles du droit international, Mélanges François Gény, tome III, 1934, S. 400, 410; *ders.*, Manuel élémentaire de droit international public, 1943, nos. 10-13; *ders.*, Préface, in: *Charles Caribber*, Les juridictions internationales de droit privé, 1947, S. 7, 20.

218 *Heinz-Peter Mansel*, Staatlichkeit des Internationalen Privatrechts und Völkerrecht, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, S. 89, 99.

219 Partielle Ausnahme: *Hans Wiebringhaus*, Gesetz der funktionalen Verdopplung, 2. Aufl. 1955, S. 131-139 mit Grundlegung S. 93-130; *ders.*, Beitrag zur Frage des Verhältnisses von Internationalprivatrecht und Völkerrecht, JR 1952, 383; Der Sache nach ähnlich zuvor schon *Joseph Jitta*, La méthode du Droit International Privé, 1890.

220 Kritisch dazu insbesondere *Horst Müller*, Buchbesprechung, JbIntR 6 (1956), 350; *Schurig* (Fn. 210), S. 65 f.

221 *Bleckmann* (Fn. 215), S. 38.

222 *Bleckmann* (Fn. 215), S. 62; *ders.* (Fn. 215), Rn. 495 (S. 167).

223 *Bleckmann* (Fn. 215), S. 42.

224 *Bleckmann* (Fn. 215), S. 43 f., 59.

225 Siehe *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 100.

226 *Schurig* (Fn. 6), S. 55, 58; siehe schon *Rundstein*, Rev. dr. int. lég. comp. 1936, 314, 326.

torial- oder Personalhoheit pressen.²²⁷ Territorialitäts- und Souveränitätsvorstellungen treten im IPR hinter die zivilrechtlichen Interessen zurück.²²⁸ Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung, einst stolz auf Personalhoheit gegründet, ist auf dem Rückzug, die allenfalls über Territorialhoheit in völkerrechtliche Hoheitskategorien einzuordnende Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist auf dem Vormarsch.²²⁹ Zuweisung von Rechtssetzungshoheit ist die falsche Oberkategorie;²³⁰ sie verwechselt Geltungs- und Anwendungsbereich. Obendrein darf man eine übernationale, überpositivrechtliche Betrachtungsweise des IPR nicht automatisch mit einer völkerrechtlichen Grundlegung in eins setzen.²³¹ Ein „gemeines“, übernationales IPR jenseits staatlicher Rechtssetzungsbefehle gibt es nicht, allenfalls in Ansätzen im völkervertraglichen IPR, aber nicht einmal von diesem auf die von diesem nicht erfassten Materien abfärbend.²³²

f) *Mills*

Auf der internationalen Bühne bemüht sich in neueren Jahren *Mills* darum, mindestens Querverbindungen zwischen Völkerrecht und Internationalem Privatrecht aufzuzeigen.²³³ Dem liegen komplexe Überlegungen zugrunde. Zum einen beziehen sie sich auf Private Ordering als Gestaltung grenzüberschreitender Rechtsbeziehungen,²³⁴ zum anderen denken sie IPR konstitutionell.²³⁵ Dies berührt sich entfernt mit Überlegungen *Grundmanns*²³⁶ über IPR als Verfassungsrecht.²³⁷ Um Kongruenz mit geltenden Rechtsakten bemüht sich das so gedachte System kaum, wesentlich bedingt dadurch, dass es vom inchoaten, stärker formbaren Rechtszustand des IPR in (den föderal strukturierten) common law-Staaten außerhalb Europas als Boden ausgeht.²³⁸ Immerhin gesteht *Mills* eine positivistische Scheidung im IPR durchaus zu,²³⁹ will diese aber durch jene Konstitutionalisierung gleichsam rücküberwinden.²⁴⁰

227 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 100.

228 BGH NJW 1977, 497; *Heinz-Peter Mansel*, Die Nation im innerdeutschen privaten Kollisionsrecht, in: *Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel* (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, 1990, S. 57, 74 f.; *ders.* (Fn. 10), S. 89, 101.

229 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 101 und eingehend *Peter Mankowski*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute, IPRax 2017, 130.

230 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 102.

231 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 102.

232 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 104 f.

233 *Alex Mills*, The Confluence of Public and Private International Law – Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law, Cambridge 2009; *ders.*, Rediscovering the Public Dimension of Private International Law, NIPR 2012, 371; *ders.*, Rethinking Jurisdiction in International Law, (2014) 84 Brit. Yb. Int. L. 187, 200-209; *ders.*, Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law, in: *Diego Fernández Arroyo/Horatia Muir Watt* (eds.), Private International Law and Global Governance, Oxford 2014, S. 245 sowie *ders.*, The Private History of International Law, (2006) 55 ICLQ 1.

234 Z.B. *Mills* (Fn. 233), S. 224-264.

235 Z.B. *Mills* (Fn. 233), S. 291-295.

236 *Stefan Grundmann*, Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung, RIW 2002, 329.

237 Öffentlichrechtler seien allerdings gewarnt: *Grundmann* verwendet einen weiten Verfassungsbegriff und rekurriert nicht auf Verfassungsrecht im hergebrachten Sinne.

238 *Mills* (Fn. 233), S. 117-175.

239 *Mills* (Fn. 233), S. 66-73.

240 *Mills* (Fn. 233), S. 74-114.

g) *Annäherungen über die Rechtstheorie?*

Generell stoßen sich neuere Ansätze der Rechtstheorie in dem Bemühen, transnationale Strukturen und Theoriegebäude zu entwickeln,²⁴¹ zunehmend an dem Schisma und versuchen, das IPR in einen öffentlichrechtlicheren Rahmen einzubinden.²⁴² Teilweise geschieht dies unter systemtheoretischer Aufladung.²⁴³

h) *„Privatisierung“ des Völkerrechts?*

Umgekehrt werden Annäherungen verzeichnet, welche eine „Privatisierung“ des Völkerrechts befürchten und sich Sorgen um das public in public international law machen.²⁴⁴ Je mehr auch private Akteure als Akteure des Völkerrechts anerkannt werden, desto mehr liegt dies aber im Zuge der Fortentwicklung im Völkerrecht selber. Der Anstoß ist intrinsisch. Er rührt nicht extrinsisch vom IPR her. Mit IPR hat er nichts zu tun (außer dass man die privatrechtliche und damit internationalprivatrechtliche Vorfrage nach dem Personal- bzw. Korporationsstatut privater Akteure stellen könnte).

4. Denken von Staat und Gesetz her und Überwindung der Statutentheorie

Völkerrechtliche Ansätze müssen notwendig vom primären Völkerrechtssubjekt, vom Staat, aus denken. Rechtliche Emanation des Staates ist sein legislatives Handeln. Ein völkerrechtlicher Ansatz wird auf Anwendungswillen und Anwendungsvoraussetzungen des einzelnen Gesetzes sehen. Wenn er ausgefeilt ist, wird er versuchen, diesen Anwendungsanspruch durch Rekurs auf Territorial-, Personal- oder Flaggenhoheit als völkerrechtlich anerkannte Grundlagen der jurisdiction to legislate zurückzuführen. Denken vom Gesetz war genau der Ansatz der Statutentheorie. Statuta territorialia und statuta personalia spiegeln (in heutiger Terminologie) exakt Territorial- und Personalhoheit wider. Die statuta mixta waren dritte Kategorie. Sie waren Sammelbecken und Sammelbegriff für all' das, was sich nicht genau einer dieser beiden ersten Kategorien zuordnen lässt. Die Statutentheorie wurde aber Mitte des 19. Jahrhunderts für das IPR gerade überwunden. Darin lag die savignyanische, die kopernikanische

241 Einen im Grundansatz guten Überblick über die Wellen der Entwicklungen bieten die in *Horatia Muir Watt* (ed.), *Private International Law and Public Law*, 2 vols., Cheltenham/Nortampton, MA 2015, gesammelten Beiträge, die leider ausschließlich aus dem englischsprachigen Schrifttum stammen.

242 Insbesondere *Horatia Muir Watt*, *Droit public et droit privé dans les rapports internationaux*, Arch. phil. dr. 41 (1997), 207; *dies.*, *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet* (2011) <http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1/download>; *dies.*, *Private International Law beyond the Schism*, (2011) 3 *Transnat. Legal Theory* 347; *dies.*, *Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide*, in: *Pier Giuseppe Monateri* (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham 2012, S. 270; *Jacco Bomhoff*, *The Constitution of the Conflict of Laws*, in: *Diego Fernández Arroyo/Horatia Muir Watt* (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford 2014, S. 262; *Jeremy Heymann*, *Importing Proportionality to the Conflict of Laws*, in: *Diego Fernández Arroyo/Horatia Muir Watt* (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford 2014, S. 277.

243 *Anthony Colangelo*, *A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization* (24 March 2016), SMU Dedman School of Law Legal Research Papers No 261, NYU J. Int'l. & Politics (forthcoming).

244 *Ralph G. Steinhardt*, *The Privatization of Public Law*, 25 *Geo. Wash. J. Int'l. & Econ.* 423, 544 (1991); *Benedict Kingsbury*, *The Problem of the Public in Public International Law*, NYU Law School Working Paper 2005.

Wende im IPR.²⁴⁵ Denken vom Sachverhalt her wurde die fundamentale Maxime. Die Fragestellung änderte sich. Man stellte im IPR allgemein nicht mehr die (im semantisch-grammatikalischen Sinn) geschlossene Frage, ob ein bestimmtes Gesetz oder eine bestimmte Norm anwendbar sei, sondern die (im semantisch-grammatikalischen Sinn) offene Frage, welches Recht auf einen Sachverhalt anwendbar ist. Die Statutentheorie implodierte an ihren inneren Widersprüchen, insbesondere an Normenhäufungen und Pflichtenkollisionen. Es ist kein Zufall, dass dasselbe Schicksal später *Wenglers* System²⁴⁶ widerfuhr, das ebenfalls von den Normen her dachte.²⁴⁷

Zudem muss man sich wiederum die fundamentale Unterscheidung zwischen Geltungsbereich und internationaler Anwendbarkeit von Gesetzen vor Augen führen.²⁴⁸ Der Geltungsbereich eines Gesetzes ist immer beschränkt auf die Gebiete in der Hoheit des normsetzenden Staates. Nur Rechtsanwender in diesen Gebieten kann der normsetzende Staat binden. Ausländischen Gerichten dagegen kann er keine bindenden Befehle erteilen. Denn damit griffe er in die Souveränität des Auslands ein. Umgekehrt kann er aber ausländischen Gerichten auch nicht schlechterdings verbieten, sein Recht anzuwenden. Auch ein solcher negativer Anwendungsbefehl wäre ein Eingriff in die Souveränität des Auslands. Anwendung und Geltung sind zwei verschiedene Kategorien. Anwenden kann man auch fremdes Recht, wenn ein entsprechender Verweisungs- und Anwendungsbefehl des eigenen Gesetzgebers vorliegt. Wenn der Gesetzgeber des verwiesenen Rechts keine Anwendung seines Rechts durch ausländische Anwender will, so mag er es mit entsprechend einschränkenden Tatbestandsmerkmalen für Auslandssachverhalte versehen. Diesen Zusammenhang verkennt, wer aus Souveränitätsbedenken propagiert, man könne ausländischen Rechtsordnungen nicht vorschreiben, dass ihr Recht anzuwenden sei.²⁴⁹ Die Statutentheorie beruhte auf einem Geltungsparadigma; sie war universalistisch, indem sie Geltungsansprüche letztlich anhand von Souveränitätskriterien abgrenzte.²⁵⁰ Ihr Scheitern und der Triumph der verweisungsrechtlichen Methode waren zugleich ein grundsätzliches Scheitern des universalistischen Ansatzes.

5. Keine Umkehr durch Art. 25 GG

Art. 25 GG hat keine grundsätzliche Umkehr zugunsten des Völkerrechts bewirkt.²⁵¹ Er besagt allein, dass Völkergewohnheitsrecht normhierarchischen Vorrang vor dem einfachen deutschen Recht reklamieren kann, soweit es – wie in aller Regel – als allgemeine Regel des Völkerrechts gelten kann. Er misst existentem (und im Zweifelsfall nach Art. 100 Abs. 2 GG vom BVerfG verbindlich festzustellenden) Völkergewohnheitsrecht als allgemeinen Regeln des Völkerrechts einen Rang unter dem deutschen

245 *Paul Heinrich Neuhaus*, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, *RabelsZ* 15 (1949/50), 364, 366; *ders.*, Abschied von Savigny?, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 7; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 13 (§ 2 III 1). Kritisch zum Begriff allerdings *Schurig* (Fn. 210), S. 115 f.; *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 208 f. Fn. 535.

246 *Wilhelm Wengler*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, *ZÖffR* XXIII (1944), 473; *ders.*, Internationales Privatrecht, Tb. 1, 1981 (= RGRK, Bd., VI/1), S. 39 f. et passim.

247 Siehe *Jayme* (Fn. 1), S. 3, 22 f.

248 Grundlegend interessanterweise *Zitelmann*, FS Karl Bergbohm, 1919, S. 207, 236-241.

249 Dahin aber z.B. *Schnell*, *BöhmsZ* 5 (1895), 337, 338 f.; *Ludwig v. Bar*, *BöhmsZ* 8 (1898), 177, 178.

250 *Wendehorst*, *BerDGesVR* 45 (2012), 33, 44.

251 Entgegen *Bühler*, FS Martin Wolff, 1952, S. 178, 195-197.

Verfassungsrecht, aber über den deutschen Gesetzen zu. Er legt den Rang fest, *wenn* Völkergewohnheitsrecht existiert. Er sagt aber nicht, *wann* Völkergewohnheitsrecht existiert, und noch weniger, mit welchem Inhalt es existiert. Die Kritik an dem Versuch einer völkerrechtlichen Fundierung für das IPR entkräftet er nicht, denn diese Kritik richtet sich gegen die mangelnde Fassbarkeit etwaiger Maßstäbe und damit gegen Existenz und Inhalt einschlägigen Völkergewohnheitsrechts. Natürlich müsste sich national geschaffenes Kollisionsrecht an höherrangigen Maßstäben des Völkerrechts messen lassen²⁵² – jedoch müssen solche Maßstäbe des Völkerrechts überhaupt existieren und einen hinreichend präzisen Inhalt haben. Eine radikale Veränderung in den Inhalten durch Art. 25 GG wäre zudem nur schwer damit in Einklang zu bringen, dass bereits Art. 4 WRV Bezug nahm auf anerkannte Regeln des Völkerrechts. Die Idee ist inhaltlich also älter als das GG. Art. 25 GG verändert nur die Hierarchie.

6. Governmental Interest Analysis und American Conflicts Revolution

Die letzte reale Chance, das IPR wieder seinem Einfluss zu unterwerfen, hatte das Völkerrecht mittelbar mit der American Conflicts Revolution. Relativ wichtigste Strömung innerhalb der American Conflicts Revolution war bekanntlich die von *Brainerd Currie* entwickelte²⁵³ Governmental Interest Analysis.²⁵⁴ Dabei muss man sich zwei wichtige Hintergründe verdeutlichen: Erstens war *Brainerd Currie* Verfassungsrechtler, kein Internationalprivatrechtler.²⁵⁵ Zweitens ist Conflict of Laws in den USA in allererster Linie *Interlokales* Privatrecht, Rechtsanwendungsrecht im Verhältnis der US-Bundesstaaten zueinander, nicht *Internationales* Privatrecht. Trotzdem lässt sich das Gedankenmodell der Governmental Interest Analysis auch auf die internationalen Rechtsbeziehungen erstrecken. Regelungsinteressen und Regelungsansprüche verschiedener Staaten prallen auch dort aufeinander. True conflicts und false conflicts²⁵⁶ gibt es dort erst recht. Wer auf *governmental* interests abstellt, stellt auch auf zwischenstaatliche Beziehungen ab. Governmental interests sind ein in seinem Kern öffentlichrechtlicher Ansatz.²⁵⁷ Zwischenstaatliche Beziehungen sind in der internationalen Arena aber das klassische Gebiet des Völkerrechts. Dennoch hat die Governmental Interest Analysis dem Völkerrecht keine Suprematie über das IPR zurückzugewinnen vermocht. Zum einen war sie eben nur ein Ansatz unter vielen in der American Conflicts Revolution. Die American Conflicts Revolution ist an ihrer inneren Vielfalt und Zerrissenheit, am fehlenden gemeinsamen Nenner, gescheitert.²⁵⁸ Zum anderen schwenkt man auch in

252 Insoweit übereinstimmend *Henri Batiffol/Paul Lagarde*, *Droit international privé*, tome I, 7. Aufl. 1981, S. 25, 8. Aufl. 1993, S. 38.

253 Insbesondere *Brainerd Currie*, *Married Women's Contracts: A Study in Conflict-of-Laws Method*, 25 U. Chi. L. Rev. 227 (1958); *ders.*, *Change of Venue and the Conflict of Laws: A Retraction*, 27 U. Chi. L. Rev. 341 (1960); *ders.*, *The Disinterest Third State*, 28 L. & Comtemp. Prbls. 7544 (1963); *ders.*, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1965.

254 Außer *Brainerd Currie* sind als deren Vertreter insbesondere zu nennen: *Herma Hill Kay*, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, *Rec. des Cours* 215 (1989 III), 9; *Herma Hill Kay/Kermit Roosevelt/Larry Kramer*, *Conflict of Laws – Cases, Comments, Questions*, 9. Aufl. 2012.

255 Zu *Brainerd Currie's* Person *Jack Sammons*, *Brainerd Currie: I Am the Very Model of a Modern Intellectual*, 48 *Mercer L. Rev.* 623 (1997).

256 *Brainerd Currie* (Fn. 253), S. 183-185.

257 *Michaels*, (2008) 4 *JPrIL* 121, 127.

258 Siehe nur *Ralf Michaels*, *After the Revolution – Decline and Return of U.S. Conflict of Laws*, *YbPIL* 9 (2011), 11.

den USA von governmental interests zurück zu private interests.²⁵⁹ Zum dritten hat die American Conflicts Revolution, in welcher Spielart auch immer, außerhalb der USA kaum Anhänger gewinnen können.²⁶⁰ Das kontinentaleuropäische IPR hat sie fundamental abgelehnt. *Kegels* berühmte Haager Vorlesung²⁶¹ ist die Speerspitze und sagt bis heute alles Nötige. Die governmental interest analysis ist Neo-Statutismus²⁶² – mit unklarerer und erheblich arbeitsaufwändigeren Kriterien. Selbst im englischen IPR hat die American Conflicts Revolution nie Fuß zu fassen vermocht. Zaghafte Ansätze aus persönlicher Sympathie seitens der Berichterstatterin *Diana Wallis* (MEP, Liberal Democrats)²⁶³ sind bei der Rom II-VO auf der EU-Ebene gescheitert.²⁶⁴ Die Wege zwischen American Conflicts Revolution und European Evolution haben sich im IPR endgültig und unwiderruflich getrennt; sie haben zwei grundverschiedene Entwicklungen genommen,²⁶⁵ deren europäische sich jedenfalls nicht von der amerikanischen beeinflussen lässt. Die europäische ist weit rechtstechnischer.²⁶⁶ Sie nimmt zwar politische Einflüsse auf, setzt diese aber nur in Einzelregeln um,²⁶⁷ nicht in Methodik.

7. Lehre vom rinvio all'ordinamento competente (Picone)

Einen ganz eigenen Weg versucht die von *Picone* entwickelte Lehre vom rinvio all'ordinamento competente zu gehen.²⁶⁸ Den rinvio all'ordinamento kann man im Deutschen wohl am besten mit dem Begriff der Blockverweisung umschreiben: Verwiesen wird auf eine Rechtsordnung in ihrer Gänze; Ziel ist, eine Rechtsfrage vollständig so zu

259 Siehe nur *Erin Ann O'Hara/Larry E. Ribstein*, From Politics to Efficiency in Choice of Law, 67 U. Chi. L. Rev. 1151 (2000); *Andrew T. Guzman*, Choice of Law – New Foundations, 90 Georgetown L.J. 883 (2002); *Erin Ann O'Hara*, The Perennial Conflict of Laws, 90 Georgetown L.J. 941 (2002); *Michael E. Solimine*, The Law and Economics of Conflict of Laws, 4 Am. L. & Econ. Rev. 208, 215 f. (2002).

260 Siehe z.B. *Zhandra Marín*, La crisis del derecho internacional privado en los Estados Unidos de Norteamérica. Lecciones a aprender para Latinoamérica, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción 2013, S. 47.

261 *Gerhard Kegel*, The Crisis of Conflict of Laws, Rec. des Cours 112 (1964 II), 91.

262 *Erik Jayme*, Zur Krise des „Governmental Interest Approach“, FS Gerhard Kegel zum 65. Geb., 1977, S. 359; *Ulrich Spellenberg*, Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht, 1979, S. 106; *Jobst Joachim Neuss*, Handelsembargos zwischen Völkerrecht und IPR, 1989, S. 135.

263 PE 349.977v02-00 (23-29 March 2005); PE 378.852v01-00 (8 November 2006).

264 Recommendation of the Committee on Legal Affairs, A6-0481/2006 final. Näher *Andrew Dickinson*, The Rome II Regulation, 2008, Rn. 1.75 mit Fn. 379; *Peter Mankowski*, in: *Ulrich Magnus/Peter Mankowski*, Rome II Regulation, 2018, Introduction Rn. 18-21.

265 Z.B. *Alex Mills*, The Identities of Private International Law: Lessons from the US and EU Revolutions, 23 Duke J. Int'l. & Comp. L. 445, 453-472 (2013).

266 Siehe nur *Ralf Michaels*, Post-Critical Private International Law: From Politics to Technique, in: *Diego Fernández Arroyo/Horatia Muir Watt* (eds.), Private International Law and Global Governance, Oxford 2014, S. 54.

267 Eingehend *Peter Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011.

268 *Paolo Picone*, Il rinvio all'„ordinamento competente“ nel diritto internazionale privato, Riv. dir. int. priv. proc. 1981, 309; *ders.*, La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé, Rec. des Cours 197 (1986 II), 219; *ders.*, Ordinamento competente e diritto internazionale privato, 1986; *ders.*, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, Rec. des Cours 276 (1999), 9, 119-142; *ders.*, Riflessioni sul finalità del „rinvio“ nel diritto internazionale privato contemporaneo, Riv. dir. int. 2013, 1192, 1196-1200; *ders.*, Ancora sul rinvio „integrale“ nel diritto internazionale privato, Riv. dir. int. 2015, 135, 143 Fn. 28 sowie *ders.*, Die „Anwendung“ einer ausländischen „Rechtsordnung“ im Forumstaat... perseverare est diabolicum!, Liber amicorum Kurt Siehr, 2000, S. 569; *ders.*, La confusione tra „legge“ e „ordinamento“ nella dottrina italiana del diritto internazionale privato (2002), in: *Paolo Picone*, Studi di diritto internazionale privato, 2003, S. 717; Anklänge vielleicht bei *Pierre Mayer*, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, Rev. crit. dr. int. pr. 68 (1979), 349, 353-371.

beurteilen, wie die Rechtsanwender des Staates, auf dessen Rechtsordnung die Blockverweisung erfolgt, es tun würden, unabhängig von materiell- oder verfahrensrechtlicher Qualifikation.²⁶⁹

Anklänge an die völkerrechtliche Zuständigkeitsordnung liegen nicht fern. Die primäre Verortung in einem gleichsam natürlich zur Entscheidung berufenen Staat ist eine Zuständigkeitszuweisung. Die Doppelbegabung ihres gedanklichen Vaters im IPR und im Völkerrecht ist klar ersichtlich und findet darin deutlichen Niederschlag.

Widerhall hat dieser komplizierte, notwendig zweistufige Ansatz nicht gefunden, nicht einmal Widerstand.²⁷⁰ Zu weit ist er von der Rechtswirklichkeit des gesetzten IPR entfernt, obwohl zweifelsohne interessant und herausfordernd, intellektuell brillant und in sich konsequent konstruiert. Er bricht sich jedoch schon an dem in vielen Gesetzen verfügbaren Ausschluss des *renvoi*. Die modernen IPR-Gesetze gehen den einfacheren Weg direkter Verweisungsnormen. Obendrein eignet dieser Lehre eine starke Tendenz, die Errungenschaften, ja das ganze Institut der Qualifikation über Bord zu werfen. Sie kollidiert mit der fest etablierten analytischen Methode des IPR,²⁷¹ nach verschiedenen Anknüpfungsgegenständen zu untergliedern und für diese je sachfragengerechte Anknüpfungen bereitzustellen. Nur in Art. 7 III Rom I-VO kann man im gesetzten IPR Spurenelemente der Lehre vom *ordinamento competente* verorten,²⁷² indes nicht als bewusste Übernahme dieser Lehre, sondern vielmehr als gänzlich anders motivierter politischer Kompromiss zwischen Staaten, die sich über das Ausmaß wünschenswerter Rechtswahlfreiheit im Internationalen Versicherungsvertragsrecht nicht zu einigen vermochten.²⁷³ Dieser Kompromiss resultiert gerade nicht aus einem Blick auf das Große und Ganze, sondern aus einer Verengung des Blickwinkels auf eine versicherungsvertragsrechtliche Perspektive, erarbeitet von Versicherungsfachleuten, nicht von Kollisionsrechtlern.

Man mag auch von völkerrechtlich gegründeter Kompetenz-Kompetenz sprechen.²⁷⁴ Jedoch gilt es dabei, die Vielschichtigkeit und Vielfarbigkeit des Terminus 'Kompetenz' in verschiedenen Zusammenhängen peinlich zu beachten. Völkerrechtlich ist ein Staat exklusiv dazu zuständig, seine eigenen Normen zu erlassen. Völkerrechtlich ist er auch zuständig, im Geltungsbereich seiner Staatsmacht die Regelsetzungskompetenz zu haben. Jedoch besagt dies noch nichts über die Ausübung der Kompetenz. Gerade dieser Ausübung ist aber beim Sachverhalt mit Auslandsbezug das Entscheidende: Wird nur einseitig die eigene *lex fori* berufen, oder wird mehr- oder allseitig auch auf fremdes Recht verwiesen? Die Verknüpfung zwischen „Zuständigkeit“ und IPR leistet im hergebrachten Aufbau des Kollisionsrechts einfacher und klarer die etablierte

269 So die brillante Zusammenfassung bei *Heinz-Peter Mansel*, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht, *BerDGesVR* 43 (2008), 137, 160. Vgl. auch *Paul Lagarde*, *Developpements futurs du droit international privé dans une Europe voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ* 68 (2004), 225, 234; *Kurt Siehr*, Buchbesprechung, *IPRax* 2005, 155, 157.

270 Überlegungen zu seiner Vereinbarkeit mit dem IPR der EU stellt *Paolo Picone*, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in: *Paolo Picone* (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, S. 485, 517-520 an.

271 Das Geburtsrecht für diesen Terminus gehört *Werner Goldschmidt*, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, FS Martin Wolff, 1952, S. 203, 208 f.

272 *Peter Mankowski*, Nationale Erweiterungen der Rechtswahl im neuen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, *VersR* 1993, 154, 156.

273 *Mankowski*, *VersR* 1993, 154, 156.

274 So *Streit*, FG Fritz Fleiner, 1927, S. 318, 335.

Kollisionsgrundnorm²⁷⁵ oder Metakollisionsnorm, dass für jeden Rechtsanwender Ausgangspunkt des Rechtsanwendungsprozesses das IPR des jeweiligen Forums ist.²⁷⁶

8. Der Siegeszug der Parteiautonomie im IPR

Im modernen IPR walten nicht mehr nur objektive Anknüpfungen wie Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt, Belegenheit oder Tatort. Vielmehr hat sich die Parteiautonomie einen mehr als nur namhaften Platz erobert. Sie ist primäre Anknüpfung im Internationalen Schuldvertragsrecht (Art. 3 Rom I-VO) und – dank Art. 14 Rom II-VO, wenn auch in Grenzen – im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse.²⁷⁷ Sie hat Einzug in das Internationale Ehegüterrecht (Art. 15 Abs. 2, 3 EGBGB), in das Internationale Unterhaltsrecht (Artt. 7; 8 HUP) und in das Internationale Erbrecht (Art. 22 EuErbVO), ja selbst außerhalb der vermögensrechtlichen Materien in das Internationale Scheidungsrecht (Art. 5 Rom III-VO), das Internationale Ehwirkungsrecht (Art. 14 Abs. 2-4 EGBGB) und das Internationale Namensrecht (Art. 10 Abs. 2, 3 EGBGB) gehalten. Das Internationale Gesellschaftsrecht für EU und EWR²⁷⁸ kennt sie in der Spielart der Gründungstheorie, wenn auch als eher indirekte Rechtswahl durch Gestaltung des Anknüpfungsmoments für eine vordergründig objektive Anknüpfung.²⁷⁹ Im IZPR sekundieren Artt. 25 Brüssel Ia-VO; 23 LugÜbk; 4 EuUntVO sowie, wenn auch mit Abstand und nur unter erheblichen Einschränkungen, Art. 5 EuErbVO und Art. 12 Brüssel IIa-VO. Zur subjektiven Anknüpfung, zur Rechtswahlfreiheit, zur Parteiautonomie fehlt dem Völkerrecht aber die passende Kategorie, weil sie Proprium des Rechtsverkehrs der Privaten ist.²⁸⁰ Parteiautonomie kann ihm eigentlich keine Grundlage für eine jurisdiction to legislate, eine prescriptive jurisdiction sein.²⁸¹ Das Völkerrecht denkt insoweit²⁸² in objektiven Zuständigkeitskategorien. Die im IPR längst vollzogene subjektive Erweiterung muss ihm wesensfremd bleiben,²⁸³

275 So der Terminus bei *Schurig* (Fn. 210), S. 73-75; *dems.*, Ein Kollisionsrecht für das Kollisionsrecht im vereinigten Deutschland, FS Werner Lorenz zum 70. Geb., 1991, S. 513, 518.

276 Siehe nur *Mankowski*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 5 Rn. 153 f.

277 Zum Vorrang des Art. 14 Rom II-VO vor den objektiven Anknüpfungen *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 264), Introduction Rome II Regulation Rn. 116, 119; *Andrew Dickinson*, Territory in the Rome I and Rome II Regulations, [2013] LMCLQ 86, 122; *Eckhard Brödermann/Joachim Rosengarten*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZVR), 7. Aufl. 2015, Rn. 416 sowie GA *Wahl*, Schlussanträge vom 10.9.2015 in der Rs. C-350/14, ECLI:EU:C:2015:586 Rn. 22.

278 Siehe nur BGH ZIP 2003, 718 = WM 2003, 835; BGH WM 2013, 1894, 1895; OGH, ZIP 2003, 1086; OGH SZ 2008/63; OGH ZfRV 2014, 281, 282 = ZfRV-LS 2014/65; BayObLG, ZIP 2003, 398; OLG Naumburg, GmbHR 2003, 533 LS; OLG Celle, GmbHR 2003, 532, 533; OLG Zweibrücken, GmbHR 2003, 530, 531 f. = ZIP 2003, 849, 850 = MDR 2003, 1363 m. zust. Anm. *Hansjörg Haack*; AG Duisburg, NZG 2003, 1167, 1168; *Wulf-Henning Roth*, „Das Wandern ist des Müllers Lust...“: Zur Auswanderungsfreiheit für Gesellschaften in Europa, FS Andreas Heldrich, 2005, S. 973.

279 Siehe *Maximilian Seibl*, Internationales Gesellschaftsrecht und parteiautonomie Gestaltungsoptionen, in: *Andreas Spickhoff* (Hrsg.), Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht, 2014, S. 45; *Klaus Schurig*, Der Anlauf zu einem Paradigmenwechsel im internationalen Gesellschaftsrecht, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 745, 751-753.

280 Vgl. *Joe Verhoeven*, Droit international et droit international privé: où est la différence?, Arch. phil. dr. 32 (1987), 23, 28 f.

281 Historisch eingeräumt selbst von *Mills* (Fn. 233), S. 291 f.

282 Anders mag es sich bei der jurisdiction to adjudicate verhalten, wenn man eine Verschiebung dergestalt anerkennt, dass diese auch im Interesse Privater (etwa wegen Justizgewährungsansprüchen, Verbot der Rechtsschutzverweigerung oder den Menschenrechten) auszuüben sein kann; *Mills*, (2014) 84 Brit. Yb. Int. L. 187, 213-235.

283 Tendenziell ebenso *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 100.

selbst wenn es Private als Völkerrechtssubjekte anzuerkennen bereit wäre,²⁸⁴ denn Private können eben – vorbehaltlich staatlicher Beleihung und Delegation – kein allgemeines Recht setzen. Der individual sovereign ist kein Ausweg daraus,²⁸⁵ da selbst eine Völkerrechtssubjektivität Privater diesen keine Regelgebungshoheit über andere Private geben würde. Parteiautonomie zu gewähren befreit Private indes umgekehrt gerade von Hoheitsansprüchen und von Souveränitätsabgrenzungen zwischen Staaten.²⁸⁶ Parteiautonomie zu gewähren ist Sache der Internationalprivatrechte.²⁸⁷ Parteiautonomie einzuräumen ist ein Entgegenkommen der staatlichen Regelgeber des IPR gegenüber den Privaten. Parteiautonomie bewegt sich in einem komplexen Verhältnis mit mindestens zwei Seiten: zum einen dem gewährenden Staat und zum anderen den Privaten, denen Rechtswahlfreiheit gewährt wird. Selbst im Internationalen Schuldvertragsrecht geht es um ein Dreieck mit den beiden Vertragsseiten als zwei Ecken dieses Dreiecks und dem Staat als dritter Ecke.²⁸⁸ Am mangelnden Niederschlag kollisionsrechtlicher Parteiautonomie im *allgemeinen* Völkerrecht ändert sich auch nichts dadurch, dass solche Parteiautonomie in Staatsverträgen durchaus gewährt wird. Art. 3 EVÜ (heute abgelöst durch Art. 3 Rom I-VO), Art. 7 Mexico City Convention²⁸⁹ und Artt. 7; 8 HUP sind staatsvertragliche Verankerungen der Parteiautonomie. Sie sind jedoch gebiets- und IPR-spezifisch. Sie kommen von der Materie IPR her und prägen das allgemeine Völkerrecht nicht. Sie verstärken nur die Kraft der Gewährung, indem sie den privaten Parteien garantieren, dass ihre Rechtswahl in allen an der betreffenden Kollisionsrechtsvereinheitlichung teilnehmenden Staaten anerkannt, respektiert und befolgt wird.²⁹⁰ Eine völkerrechtliche Pflicht gegenüber anderen Staaten, im eigenen IPR Parteiautonomie für bestimmte Materien zu gewähren, gibt es nicht. Dies gilt selbst dann, wenn man dem IPR die Aufgabe zuschriebe, die Anwendungsbereiche der einzelnen Rechtsordnungen gegeneinander abzugrenzen²⁹¹ (was allenfalls für die zum jeweils eigenen Recht der *lex fori* hinweisenden Elementkollisionsnormen korrekt

284 Zu diesem Komplex z.B. *Dieter Dörr*, Privatisierung des Völkerrechts, JZ 2005, 905; *Bernd Grzeszick*, Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, ArchVR 2005, 312; *Anne Peters*, Jenseits der Menschenrechte, 2014; *Christian Tiedje*, Die juristische Person des Privatrechts im Völker- und Wirtschaftsrecht, in: *Aus Kiel in die Welt – FS zum 100jährigen Bestehen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht*, 2014, S. 671; *Rainer Hoffmann*, Der Mensch als partielles Völkerrechtssubjekt, in: *100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*, 2014, S. 155.

285 Entgegen *Mills* (Fn. 233), S. 292 f.

286 *Matthias Lehmann*, Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, 41 *Vanderbilt J. Trans. L.* 381 (2008).

287 Siehe nur *Frank Vischer*, *Rec. des Cours* 232 (1992 I), 9, 125, 139; *Peter Nygh*, *Autonomy in International Contracts*, Oxford 1999, S. 260; *Fabrizio Marrella*, *La nuova Lex mercatoria, Contratto e impresa/Europa* 2003, 823, 830 f.; *Giulia Sambugaro*, What „law“ to choose for international contracts?, *EuLF* 2008, I-126, I-127; *Peter Mankowski*, in: *Ulrich Magnus/Peter Mankowski*, *Rome I Regulation*, Köln 2016, Art. 3 Rome I Regulation Rn. 9.

288 Insoweit richtig *Christian Kirchner*, *An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses*, in: *Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono* (eds., with *Giesela Rühl*), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen 2006, S. 33, 41 f.

289 *Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*, signed at Mexico City March 17, 1994 at the Fifth American Specialized Conference on Private International Law.

290 Näher *Peter Mankowski*, *Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse*, in: *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, 2002, S. 118, 124-126.

291 Dahin *Albéric Rolin*, *Principes de droit international privé et application aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, 1897, S. 133; *André Weiss*, *Manuel de droit international privé*, 9. Aufl. 1925, S. XXXIV; *Satter*, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 50.

sein könnte, jedoch nicht bei allseitiger Anknüpfung für die zu Normen forumfremder Rechtsordnungen hinweisenden Elementkollisionsnormen).

Es ist in sich widersprüchlich, Parteiautonomie einerseits (richtig) als Deterritorialisierung einzuordnen und sie andererseits als völkerrechtliche Regel (die sich ja primär an Staaten richten müsste) anzusprechen.²⁹² Subjektive Rechte von Individuen mögen sich bei der Rechtswahl allenfalls aus Menschenrechten ergeben.²⁹³ Eine Ableitung aus Art. 28 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte,²⁹⁴ demzufolge jeder Mensch Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung hat, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können, erscheint freilich gewagt.²⁹⁵ Sie bedarf doch einiger Auslegungskunststücke, etwa eines Zwischenschritts, dass Staaten sich zurückhalten sollen, wenn sie diese Rechtssicherheit nicht selber gewährleisten können.²⁹⁶ Zudem dürfte die Rechtswahlfreiheit in diesem Kontext eher prae-existent sein, und ihre Respektierung nicht konstitutiv, sondern nur anerkennend.²⁹⁷ Dass Auslegungskunststücke notwendig wären, gilt auch für eine Ableitung als Ausdruck selbstbestimmten Daseins, wie es die Menschenrechte gleichsam im Überbau ohne explizite Benennung in einem ausformulierten Einzelrecht garantieren.²⁹⁸ Über einen eventuellen menschenrechtlichen Bezug hinaus reichen etwaige völkerrechtliche Sätze jedoch nicht,²⁹⁹ mag man Rechtswahlfreiheit bei Schuldverträgen auch unter Art. 38 I lit. c IGH-Statut³⁰⁰ fallen lassen.³⁰¹ Anderenfalls stünde man wieder vor dem Problem, dass sich Völkergewohnheitsrecht gegen die Ansichten einer Vielzahl wichtiger Staaten, hier insbesondere aus Lateinamerika, aber auch der USA hätte bilden müssen. Art. 16 GRCh, die unternehmerische Freiheit, greift allenfalls bei Schuldverträgen³⁰² und im europäischen Rahmen.

9. IPR und völkerrechtliche Instrumente

a) Völkerrechtliche Verträge als Quelle des IPR

Des allgemeinen Gedankenguts des Völkerrechts hat sich das IPR nicht bedient, wohl aber der Instrumente des Völkerrechts. Internationale Entscheidungsharmonie, also Anwendung des gleichen Rechts durch Gerichte verschiedener Staaten, gebot eigentlich internationale Vereinheitlichung des IPR, und diese konnte lange Zeit (bis zur

292 So aber *Mills* (Fn. 233), S. 293.

293 Siehe nur *Erik Jayme*, Rapport définitif, Ann. Inst. Dr. Int. 54-I (1991), 62, 65 f; *Alexander Pfütze*, Die Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Rahmen der Verordnungen Rom I bis III, ZEuS 2011, 35, 39; *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), 32, 50-59; *dens.*, The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, *Rec. des Cours* 360 (2013), 9, 196-208; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 287), Art. 3 Rome I Regulation Rn. 3.

294 UN General Assembly Resolution 217 A (10 December 1948), OR III, Resolutions, UN Doc. A/810 S. 71.

295 Siehe aber *Jayme*, Ann. Inst. Dr. Int. 54-I (1991), 62, 64; *Basedow*, *RabelsZ* 75 (2011), 32, 55.

296 So *Jürgen Basedow*, Diskussionsbeitrag zu diesem Referat, in diesem Band, S. 129-130.

297 *Basedow*, *Rec. des Cours* 360 (2013), 9, 204.

298 Vgl. *August Reinisch*, Diskussionsbeitrag zu diesem Referat, in diesem Band, S. 131.

299 Entgegen *Mills* (Fn. 233), S. 293.

300 Statute of the International Court of Justice, done at San Francisco, 26 June 1945, 1945 UKTS 76.

301 Dafür *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 287), Art. 3 Rome I Regulation Rn. 4.

302 *Jan D. Lüttringhaus*, Eingriffsnormen im Internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht, *IPRax* 2014, 146, 147; *Judith Schacherreiter/Thomas Thiede*, Ingmar und Unamar, *ÖJZ* 2015, 598, 602-603; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 287), Art. 3 Rome I Regulation Rn. 4.

ersten IPR-Kompetenz einer supranationalen Institution mit dem Vertrag vom Amsterdam) nur mithilfe völkerrechtlicher Instrumente geschehen. Primäres Forum der internationalen Kollisionsrechtsvereinheitlichung war die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, bereits 1893 gegründet. Sie produzierte völkerrechtliche Übereinkommen. Völkerrechtliche Übereinkommen sind ein Bindeglied zwischen Völkerrecht und IPR: Ihr Inhalt und ihre Natur sind internationalprivatrechtlich, ihre Form aber ist völkerrechtlich.³⁰³

Völkerrechtliche Übereinkommen sind natürlich auch EuGVÜ, EVÜ und LugÜ. EuGVÜ und EVÜ stammen noch aus der Ära des Art. 220 EWGV, der völkerrechtlichen Verträgen zwischen den EWG-Mitgliedstaaten einen gewissen Reservatbereich sicherte.³⁰⁴ Das EVÜ war dabei gleichsam kollisionsrechtliche Flankendeckung für das EuGVÜ, um forum shopping entgegenzutreten,³⁰⁵ wie es die Gerichtsstandsoptionen insbesondere der Artt. 5; 6 EuGVÜ durchaus erlaubten.

b) Gebot einheitlicher Auslegung völkerrechtlicher Verträge als besondere, völkerrechtliche Methodik

Der völkerrechtliche Vertrag als formelle Quelle von IPR bedingt eine besondere Auslegungsmethodik.³⁰⁶ Anders als für ein Kollisionsnorm rein nationaler Provenienz gilt für ihn ein Gebot einheitlicher Auslegung, mag dieses (wie z.B. in Art. 20 HUP und früher in Art. 18 EVÜ und dessen Umsetzung Art. 36 EGBGB 1986) ausdrücklich aufgeführt sein, mag es an einer ausdrücklichen Formulierung fehlen. Geboten ist eine Auslegung, die von nationalen Maßstäben und Bezugspunkten abstrahiert. Geboten ist eine Auslegung, von der man wollen könnte, dass so in allen Vertragsstaaten ausgelegt wird. Bezugspunkt der systematischen Auslegung sind andere Übereinkommen, vorzüglich desselben Übereinkommensgebers, nicht nationale Kollisionsnormen.

c) Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen IPR

Welchen Rang völkerrechtliche Verträge innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung genießen, bestimmt sich nach dem Rangkollisionsrecht dieser Rechtsordnung. Die einzelne Rechtsordnung kann entscheiden, ob sie völkerrechtlichen Verträgen gleichen Rang mit ihrer nationalen Gesetzgebung einräumt oder gar höheren. Das deutsche Recht gibt völkerrechtlichen Verträgen bekanntlich den gleichen Rang wie einfachen Bundesgesetzen (mit der Folge, dass ein Treaty Override durch späteres Bundesgesetz wegen des Posterioritätsprinzips möglich bleibt, sogar ohne Verstoß gegen Art. 25 GG oder das Rechtsstaatsprinzip³⁰⁷). Das deutsche IPR ist indes völkerrechtliche Übereinkommen gegenüber freundlicher: Art. 3 Nr. 2 EGBGB gewährt Regelungen in völ-

³⁰³ Siehe nur *Adolf F. Schnitzer*, Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl. 1957, S. 31.

³⁰⁴ EuGH 27.9.1988 – Rs. 81/87, Slg. 1988, 5539, 5512 Rn. 21 – The Queen/Her Majesty’s Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.

³⁰⁵ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282 Einl. Anm. 2.

³⁰⁶ Siehe nur Artt. 20 HUP; 36 EGBGB 1986; *Wolfgang Meyer-Spahrenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, S. 105 f. et passim; *Jayme* (Fn. 1), S. 3, 4. Skeptisch allerdings *Schurig* (Fn. 6), S. 55, 65-67.

³⁰⁷ BVerfGE 141, 1 = NJW 2016, 1295; dazu u.a. *Mehrdad Payandeh*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, NJW 2016, 1279; *Marc Lampe*, Anmerkungen zum Treaty-Override-Beschluss des BVerfG, BB 2016, 1373; *Andreas Funke*, Keine Abwägung im Auswärtigen, DÖV 2016, 833; *Michael Heinke*, Höher oder schwerer? Ist die Vorrangrelation zwischen Völkervertragsrecht und Bundesrecht eine Frage der Abwägung?, Der Staat 55 (2016), 393.

kerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares nationales Recht geworden sind, den Vorrang jedenfalls vor dem EGBGB. Art. 3 Nr. 2 EGBGB wird indes verallgemeinert; seine Aussage dient gleichermaßen dazu, den Vorrang internationalzivilverfahrensrechtlicher Übereinkommen vor dem deutschen nationalen IZVR zu begründen.³⁰⁸

III. Einblick: Das Aufkommen des Europarechts und die Neujustierung der Verhältnisse – oder: Monismus oder Dualismus? Trialismus!

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und IPR hat sich verändert, seitdem sich ein dritter Spieler mit Macht an den Tisch gesetzt hat: das Europarecht.³⁰⁹ Denn der Wechsel vom internationalen zum supranationalen Recht ging zu Lasten des Völkerrechts.

1. Europarecht ist kein Völkerrecht (mehr)

Natürlich beruht das Unionsrecht auf dem Primärrecht, und das Primärrecht beruht auf Verträgen, die in ihrem Kern völkerrechtliche Verträge sind. Trotzdem hat sich das Unionsrecht in einem Maße vom Völkerrecht entfernt und vom Völkerrecht fortentwickelt, dass es gerechtfertigt ist, Europarecht als eigene Kategorie jenseits des Völkerrechts anzusehen.³¹⁰ Die Autonomie des Unionsrechts ist heute Fakt.³¹¹ Supranationales Recht ist nicht nur mehr, sondern etwas qualitativ Anderes als bloßes internationales Recht. Supranationales Recht beruht auf einem zumindest partiellen Transfer von Souveränitätsrechten seitens der Mitgliedstaaten.³¹² Supranationales Recht liefert sich Rangkonflikte allenfalls mit nationalem Verfassungsrecht und genießt im Übrigen einen Rang in der Normenhierarchie oberhalb einfachen nationalen Rechts. Primärrecht, Verordnungen und Entscheidungen (im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV) sind unmittelbar anwendbar, ohne dass es einer Umsetzung bedürfte. Die EU hat eigene Organe. Der EuGH hat die letztinstanzliche Zuständigkeit zur verbindlichen Auslegung des Europarechts, anders als es das Völkerrecht – mit Ausnahme des EGMR bei der EMRK – hält. Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV verpflichtet die EU zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts, im Prinzip verstanden einschließlich des Völkergewohnheitsrechts.³¹³ Im Zweifel sticht Europarecht aber bloßes Völkerrecht, wo

308 Siehe nur *Jan Kropholler* (Fn. 245), S. 56 f.; *Jan v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EGBGB Rn. 168.

309 Ähnlich, wenn auch nicht für das Internationale Privatrecht, sondern für das nationale Recht allgemein *Andreas Paulus*, From dualism to pluralism: the relationship between international law, European law and domestic law, Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge/New York 2010, S. 132.

310 Ebenso *Klaus Schurig*, in: *Kegel/Schurig* (Fn. 9), S. 13 f., 211-227; *ders.* (Fn. 6), S. 55, 61.

311 Siehe nur EuGH 18.12.2014 – Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 Rn. 178-200 – Beitritt der Union zur EMRK.

312 Siehe nur Artt. 24 GG; 29 Constitution of the Republic of Ireland.

313 EuGH 24.11.1992 – Rs. C-286/90, Slg. 1992, I-6019 Rn. 9 f. – Anklagemyndigheden/Peter Michael Poulsen u. Diva Navigation Corp.; EuGH 16.6.1998- Rs. C-162/96, Slg. 1998, I-3655 Rn. 45 f. – A. Racke GmbH & Co./Hauptzollamt Mainz; EuGH 21.12.2011 – Rs. C-366/10, Slg. 2011, I-13755 Rn. 101 – Air Transport Association of America u.a./Secretary of State for Energy and Climate Change; *Torsten Stein*, Völkergewohnheitsrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union – Nur, wenn es passt?, FS Kay Hailbronner, 2013, S. 517.

bei aller Rücksichtnahme Inkompatibilitäten bestehen. Art. 351 AEUV und die TNT/AXA-Rechtsprechung des EuGH³¹⁴ sprechen insoweit eine deutliche Sprache. Das Europarecht bewahrt eifersüchtig seinen Supremat, wie auch das EMRK-Gutachten des EuGH³¹⁵ deutlich gezeigt hat. Soweit unionsrechtlich gesetztes IPR oder IZVR in Verordnungen oder Richtlinien wirklich und inhaltlich mit Völkergewohnheitsrecht kollidieren sollte, steht eine *desuetudo* des betreffenden Völkergewohnheitsrecht in Rede. Denn insoweit haben sich dann (mindestens) 25 wichtige europäische Staaten anders entschieden, und man kann deshalb kaum mehr von einer *communis opinio* sprechen, dass es eine solche völkergewohnheitsrechtliche Regel weiterhin geben sollte (selbst wenn es sie zuvor je gegeben haben sollte).

2. Die Europäisierung des IPR

Das Unionsrecht hat ganz andere Möglichkeiten als das Völkerrecht. Der Vertrag von Amsterdam setzt für das IPR eine Zäsur. Denn mit ihm, genauer mit Artt. 61; 65 EGV, gewann das Gemeinschaftsrecht und gewannen die Gemeinschaftsorgane erstmals die Kompetenz für die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. Dieser hat sich namentlich die Kommission mit Verve angenommen. Dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam (und später desjenigen von Lissabon) folgte ein wahrer Hagel von Projekten im IPR und IZVR. In der Reihenfolge der ergehenden Verordnungen handelte es sich um: EuInsVO; EuZustVO; Brüssel II-VO; EuGVVO (Brüssel I-VO); EuBewVO; Brüssel IIa-VO; Rom II-VO; Rom I-VO; EuUntVO; Rom III-VO (allerdings „nur“ als verstärkte Zusammenarbeit); EuErbVO; Brüssel Ia-VO; EuInsVO 2015; EuGüVO; EuPartVO (die beiden letzteren wiederum „nur“ als verstärkte Zusammenarbeit). Die Verordnung wird das Instrument der Wahl und löst häufig völkerrechtliche Übereinkommen ab. Die Rom I-VO löst das EVÜ ab; die EuInsVO 2000 und die EuInsVO 2015 gehen über das gescheiterte EuInsÜ hinaus; EuGVVO und Brüssel Ia-VO lösen das EuGVÜ ab; die Brüssel II-VO und die Brüssel IIa-VO gehen über das gescheiterte Brüssel II-Übereinkommen hinaus. Das IPR und IZVR von EG bis EU hat nationale Kodifikationsüberlegungen überflüssig gemacht und nationale IPR-Kodifikationen ersetzt und verdrängt, wo es solche bereits gab. Es regiert, soweit es existiert und soweit es selber regieren will. Es nimmt zwar Rücksicht auf vor seinem Inkrafttreten bereits bestehende Altübereinkommen zwischen seinen Mitgliedstaaten und Drittstaaten,³¹⁶ in den meisten jüngeren Rechtsakten aber unter

314 EuGH 4.5.2010 – Rs. C-533/08, Slg. 2010, I-4107 – TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG; EuGH 19.12.2013 – Rs. C-452/12, ECLI:EU:C:2013:858 Rn. 34-49 – Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd./Inter-Zuid Transport BV; EuGH 4.9.2014 – Rs. C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 Rn. 35-42 – Nickel & Goeldner Spedition GmbH/„Kintra“ UAB.

315 EuGH 18.12.2014 – Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 Rn. 178-258; dazu z.B. *Jean-Michel Jacqué*, *Observations*, RTDEur 2014, 823; *ders.*, *Cah. dr. eur.* 2015, 19; Editorial, (2015) 51 CML Rev. 1; *Gragl*, *The reasonableness of jealousy* <<http://www.academia.eu/>>; *D. Simon*, *JCI Europe* février 2015, S. 4; *Halberstam*, *German L.J.* 16 (2015), 105; *Krenin*, *German L.J.* 16 (2015), 147; *Øby Johansen*, *German L.J.* 16 (2015), 169; *Lazowski/Wessel*, *German L.J.* 16 (2015), 169; *Peers*, *German L.J.* 16 (2015), 213; *Eeckhout*, *Jean Monnet Working Paper* 1/2015; *Tomuschat*, *EuGRZ* 2015, 133; *Wendel*, *NJW* 2015, 921; *Lambrecht*, (2015) 20 *Eur. Hum. Rights Rev.* 185; *Thym u. Grabenwarter*, *EuZW* 2015, 180; *Laurence Usunier*, *Observations*, RTDciv 2015, 335; *Wessel*, *Ars aequi* 2015, 674; *de Witte/Imamović*, (2014) 40 *Eur. L.J.* 683; *Govaere*, (2015) 52 *CMLRev.* 1277; *Christoph Schmidt*, *jM* 2015, 417; *Vergès*, *Liber amicorum Vlad Constantinescu*, 2015, S. 613; *Odermatt*, 47 *NYU J. Int'l. L. & Politics* 783 (2015).

316 Artt. 71 Abs. 1 Brüssel Ia-VO; 20 Abs. 1 EuZVO; 21 Abs. 1 EuBVO; 25 Abs. 1 Rom I-VO; 28 Abs. 1 Rom II-VO; 69 Abs. 1 EuUntVO; 19 Abs. 1 Rom III-VO; 75 Abs. 1 EuErbVO; 62 Abs. 1 EuGüVO;

ausdrücklicher Betonung von Art. 351 AEUV.³¹⁷ Völkerrechtlichen Neu-Übereinkommen jedoch schiebt es durch die AETR-Doktrin³¹⁸ und die exklusive Außenkompetenz der EU weitgehend einen Riegel vor. Wenn es aber schon dem besonderen Völkervertragsrecht dessen Platz zuweisen kann und über dessen fortbestehende (oder eben nicht fortbestehende) Reichweite entscheidet, ist es als gesetztes Recht gegenüber dem allgemeinen, nicht verfassten Völkerrecht erst recht in der Vorhand.

Der Vollzug des Brexit, wenn ein so wichtiger Staat wie das Vereinigte Königreich wieder Drittstaat wird, mag zwar zu einer partiellen Renaissance völkerrechtlicher Instrumente führen, selbst dies aber nur als partikuläres Phänomen. Intergouvernementale Ansätze können ihren Weg auch über den Rat finden. Im IPR zeichnet sich nicht ab, dass sie zu einer generellen Renaissance von Staatsverträgen zwischen den Mitgliedstaaten als präferiertem Handlungsinstrument führen würden. Ein spezieller Rückgriff auf Staatsverträge bleibt natürlich theoretisch immer denkbar, ist aber praktisch die klare Ausnahme. Paradoxerweise ist dafür gerade das HUP 2007 als einsamer Monolith der beste Beleg aus der jüngeren Vergangenheit. Im Kern war es ein innereuropäisches Anliegen. Trotzdem nahm es das Gewand eines Haager Übereinkommens ab, und dessen Vertragsstaat ist die EU, nicht der einzelne Mitgliedstaat. Dadurch ist selbst das HUP 2007 Unionsrecht.

Der völkerrechtliche Vertrag hat aus EU-Sicht in IPR und IZVR über weite Strecken ausgedient. Ihn braucht man kaum mehr, höchstens zur Einbindung Dänemarks,³¹⁹ des „Außenseiters“ unter den EU-Mitgliedstaaten in puncto Kollisionsrechtsvereinheitlichung³²⁰, vielleicht zur zukünftigen Weitereinbindung des Vereinigten Königreichs nach dem Vollzug des Brexit und im IZVR zum Versuch einer (Haager) Verständigung mit den USA und das LugÜ 2007 als Parallelinstrument im Verhältnis zu den (immer weniger gewordenen) EFTA-Staaten. Art. 15 EuUntVO ist ein hybrides Konstrukt, in-

62 Abs. 1 EuPartVO sowie Artt. 59-63 Brüssel IIa-VO und Artt. 45 Abs. 3 EuInsVO 2000; 85 Abs. 3 EuInsVO 2015.

317 Artt. 19 Abs. 1 Rom III-VO; 62 Abs. 1 EuGüVO; 62 Abs. 1 EuPartVO.

318 EuGH Rs. 22/70, Slg. 1971, 263, 275 Rn. 28 – Kommission der Europäischen Gemeinschaft/Rat der Europäischen Gemeinschaft (Europäisches Übereinkommen über Straßenverkehr); EuGH verb. Rs. 3, 4 u. 6/76 Slg. 1976, 1279, 1311 Rn. 30-33 – Cornelis Kramer (Biologische Schätze des Meeres); EuGH Gutachten 1/76 Slg. 1977, 741, 756 Rn. 5 – Entwurf zu einem Übereinkommen über die Errichtung eines europäischen Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt; EuGH Gutachten 2/91 Slg. 1993, I-1061, I-1079 Rn. 18 – Übereinkommen Nr. 170 der Internationalen Arbeitsorganisation über Sicherheit bei der Verwendung chemischer Stoffe bei der Arbeit; EuGH Gutachten 1/94 Slg. 1994 I 5267, I-5411 Rn. 76, I-5413 Rn. 82 f., I-5416 Rn. 95 – Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen auf dem Gebiet der Dienstleistungen und des Schutzes des geistigen Eigentums; EuGH Gutachten 2/92, Slg. 1995, I-521, I-559 f. Rn. 31-33 – Zuständigkeit der Gemeinschaft oder eines ihrer Organe zum Beitritt zu dem dritten revidierten Beschluss des Rates der OECD über die Inländerbehandlung; EuGH Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759, I-1787 Rn. 25-27 – Beitritt der Gemeinschaft zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; EuGH Gutachten 2/00, Slg. 2001, I-9713, I-9764 f. Rn. 45 f. – Protokoll von Cartagena; EuGH Rs. C-467/98, Slg. 2002, I-9519, I-9556 Rn. 82 – Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich Dänemark.

319 Siehe Übereinkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen vom 19.10.2005, ABl. EG 2005 L 300/55; Übereinkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 19.10.2005, ABl. EG 2005 L 300/62.

320 Begründet durch Prot. Nr. 22 zum EGV über die Position Dänemarks und heute Prot. Nr. 20 zum AEUV über die Position Dänemarks.

dem er das HUP 2007 inkorporiert. Selbst bei völkerrechtlichen Verträgen ist heute im Ausgangspunkt die EU das geborene Mitglied, dank ausschließlicher externer Kompetenz kraft Artt. 216 Abs. 1; 3 Abs. 2 AEUV als der Kodifizierung der AETR-Rechtsprechung^{321, 322}. Die Öffnung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, dass Regional Economic Integration Organisations Mitglied werden können, trägt dem Rechnung. Am Haager Tisch sitzt heute die EU. Völkerrechtliche Übereinkommen der EU sind integrierter Teil des Unionsrechts – und unterfallen insoweit der Auslegungskompetenz des EuGH. Mitgliedstaaten bedürfen heute besonderer Ermächtigungen durch die EU, wenn sie völkerrechtliche Übereinkommen mit Drittstaaten neu schließen oder diesen neu beitreten wollen.³²³

Alle Rom-Verordnungen enthalten lois uniformes, einheitliches Kollisionsrecht, das nicht danach unterscheidet, ob konkret anwendbares Recht dasjenige eines Mitgliedstaats oder eines Nichtmitgliedstaats ist.³²⁴ Europa schafft sich sein Kollisionsrecht auch für Drittstaatsverhältnisse selber (obwohl anfangs bezweifelt wurde, ob die primärrechtliche Kompetenzgrundlage dies wirklich abdeckte³²⁵). Die Europäisierung des IPR und IZPR war *das* kollisionsrechtliche Thema der 2000er³²⁶ und steht heute kurz vor ihrem vorläufigen Abschluss.³²⁷ Art. 3 EGBGB 2008 spiegelt die heutige Abfolge der Quellen nach Rang und Bedeutung getreulich wider: Seine Nr. 1 bezeichnet (deklaratorisch) den Vorrang unmittelbar anwendbarer Regelungen der EU, seine Nr. 2 gewährt völkerrechtlichen Übereinkommen den Vorrang vor dem nationalen deutschen IPR. Europarecht ist Nr. 1, Völkerrecht ist Nr. 2.

321 Nachweise oben Fn. 318.

322 Siehe nur *v. Hein*, in: MünchKomm BGB (Fn. 308), Art. 3 EGBGB Rn. 48.

323 Insbesondere Entscheidung 2003/93/EG des Rates vom 19. Dezember 2002 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Haager Übereinkommen von 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern im Interesse der Gemeinschaft zu unterzeichnen, ABl. EG 2003 L 48/1; VO (EG) Nr. 662/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Einführung eines Verfahrens für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten über spezifische Fragen des auf vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts, ABl. EG 2009 L 200/25; VO (EG) Nr. 662/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2009 zur Einführung eines Verfahrens für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, die die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, in Fragen der elterlichen Verantwortung und in Unterhaltssachen über spezifische Fragen sowie das anwendbare Recht in Unterhaltssachen betreffen, ABl. EG 2009 L 200/46.

324 Artt. 2 Rom I-VO; 3 Rom II-VO; 4 Rom III-VO; außerdem (keine nominelle Rom-VO, da *règlements triples* bzw. *quadruples* mit zwei bzw. drei IZVR-Komplexen) Artt. 20 EuGüVO; 20 EuPartVO; 20 EuErbVO; mittelbar zudem Art. 15 EuUntVO iVm Art. 2 HUP.

325 Dazu sogleich IV 4.

326 Siehe nur *Jürgen Basedow*, *The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, (2000) 37 C.M.L. Rev. 687; *ders.*, *15 Years of European Private International Law – Achievements, Conceptualization and Outlook*, *Liber amicorum Alegría Borrás*, 2013, S. 175; *Christian Kohler*, *Vom EuGVÜ zur EuGVVO: Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung*, FS Reinhold Geimer zum 65. Geb., 2002, S. 461; *Paolo Picone* (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004; *Wulf-Henning Roth*, *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, EWS 2011, 314.

327 Die internationalgüterrechtlichen Vorschläge, als allgemeine Verordnungen im Dezember 2015 an den Vetos Polens und Ungarns gescheitert, sind mit EuGüVO und EuPartVO Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen der weit überwiegenden Mehrzahl anderer Mitgliedstaaten geworden. Eine Novelle der Brüssel IIA-VO befindet sich im Gesetzgebungsverfahren.

3. Der Bedeutungsverlust der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht für die Mitgliedstaaten der EU

Mit dem Aufkommen des IPR und IZVR als Gegenstand von Gesetzgebung der EWG, der EG und heute der EU oder von Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EWG ging für die Mitgliedstaaten der EWG, EG bzw. EU ein Bedeutungsverlust des Haager IPR und der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht einher. Dies gilt nicht nur für die Instrumente, sondern auch für die Haager Konferenz als institutionellem Rahmen zur Schaffung von IPR oder IZVR. Einzige formelle Ausnahme in neuerer Zeit ist das Internationale Unterhaltsrecht, in dem noch ein Haager Abkommen regiert: Art. 15 EuUntVO verweist auf das Haager Unterhaltsprotokoll (HUP). Die Entstehung des HUP war aber gleichsam ausgelagerte Unionsgesetzgebung. Denn im Haag wurden die Weichen durch die internen Verhandlungen zwischen den EU-Mitgliedstaaten gestellt.³²⁸ Die Novellierung des HUÜ 1973 war ein Anliegen der EU-Mitgliedstaaten. Entsprechend gering ist die Attraktivität des HUP bisher für Nichtmitgliedstaaten der EU, von denen sich nur Serbien (immerhin Beitrittskandidat) zu einer Ratifikation erbarmt hat,³²⁹ außerdem die Ukraine am 21.3.2016 zur Zeichnung. Der Aufstieg der EG und heute der EU als Kollisionsrechtssetzer für ihre Mitgliedstaaten ging auf Kosten der Haager Konferenz für IPR. Denn die Haager Konferenz hatte ihre eine wichtige Funktion historisch darin, Verhandlungsforum zwischen den europäischen Staaten zu sein.³³⁰ Grundlage ihrer Erfolge waren in der Vergangenheit die Ratifikationen durch europäische Staaten.³³¹ Diese Funktion ist weitgehend entfallen.³³² Die Haager Konferenz, also der in der Vergangenheit wichtigste Schöpfer völkerrechtlicher Verträge für IPR und IZVR, kämpft um ihre Existenzberechtigung. Diese versucht sie heute zum wesentlichen Teil aus einer Mittlerfunktion zwischen Europa und den USA zu gewinnen, insoweit aber wieder am Erfolg gehindert durch die mangelnden Ratifikationsaussichten von Haager Übereinkommen auf der US-Seite infolge der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Bundesstaaten. Die Haager Konferenz hielt die Flagge des Völkerrechts im IPR hoch. Die EU hat diese Flagge ein großes Stück weit niedergeholt.³³³ Die Haager Konferenz ist für die europäischen Staaten nicht mehr der prinzipale Akteur der Kollisionsrechtsvereinheitlichung, seitdem es die EU-Kompetenz gibt.³³⁴ Daran ändert nichts, dass die Satzung der Haager Konferenz sich 2005 für eine Mitgliedschaft von Regional Economic Integration Organisations (REIOs) geöffnet hat und die EU die-

328 Illustrativ *Paul Beaumont*, *International Family Law in Europe – The Maintenance Project, the Hague Conference and the EU: A Triumph of Reverse Subsidiarity*, *RebelsZ* 73 (2009) 509.

329 www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133.

330 Siehe nur *Basedow*, FS Werner Lorenz zum 80. Geb., 2001, S. 463, 471 f.

331 *Basedow*, FS Werner Lorenz zum 80. Geb., 2001, S. 463, 475 f.

332 An kollisionsrechtspolitischen Zukunftsperspektiven für die Haager Konferenz versucht sich *Jürgen Basedow*, *EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – ein schwieriges Verhältnis*, *IPRax* 2017, 194, 199 f.

333 *Basedow*, FS Werner Lorenz zum 80. Geb., 2001, S. 463, 473.

334 *A.V.M. Struycken*, *Het Verdrag van Amsterdam en de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht – Brusselse schaduwen over Den Haag*, *WPNR* 6421 (2000), 735; *Basedow*, FS Werner Lorenz zum 80. Geb., 2001, S. 463, 473; *Michael Traest*, *De Europese Gemeenschap en de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen 2003; *ders.*, *Development of a European Private International Law and the Hague Conference*, *YbPIL* 5 (2003), 223; *Ralf Michaels*, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, *Liber amicorum Hans Micklitz*, 2014, S. 43, 51.

se auf sie zugeschnittene und von ihr angestoßene Chance natürlich genutzt hat. Die Haager Konferenz hat die ihr drohende Gefahr erkannt und ist die Gefahr offensiv angegangen. Sie hat Regionalbüros in Hong Kong und Buenos Aires gegründet. Sie hat ihre werbenden Aktivitäten auf Lateinamerika und Ostasien konzentriert. Dies hat durchaus beachtlichen Erfolg (32 Beitritte seit 2000, davon 30 von Staaten außerhalb der EU, allein 18 geographisch außereuropäische) gezeitigt, wenn man Erfolg an den Mitgliederzahlen und insbesondere den Neumitgliederzahlen der Haager Konferenz als Institution misst.³³⁵ Misst man Erfolg jedoch an Ratifikationszahlen von Übereinkommen, so könnte der Erfolg (erheblich) größer sein.³³⁶ Die vermehrte Hinwendung zu Instrumenten des soft law, namentlich so genannten Principles, markiert implizit eine Abkehr vom Zeitalter der „harten“ Kodifikationen. Der Wunsch, Anstöße zu geben und Modelle zu entwickeln, ist verständlich. Wenn indes die inhaltliche Übernahme der Hague Principles on Choice of Law in International Contracts³³⁷, des jüngsten Produkts der Haager Konferenz, in einem einzigen lateinamerikanischen Staat (Paraguay³³⁸) schon als großer Erfolg gefeiert wird, zeigen sich darin die reduzierten Erwartungen. In den EU-Mitgliedstaaten können jene Hague Principles dagegen kaum auf Gefolgschaft rechnen, weil in ihrem Bereich bereits die Rom I-VO als verbindliches Unionsrechtsinstrument regiert.

4. Europäische lois uniformes und Gesetzgebungskompetenz der EU für Drittstaatsverhalte

Die europäischen IPR-Akte sind durch die Bank weg³³⁹ lois uniformes: Artt. 2 Rom I-VO; 3 Rom II-VO; 4 Rom III-VO; 20 EuErbVO; 20 EuGüVO; 20 EuPartVO; 15 EuUnthVO iVm Art. 2 HUP. Man mag noch immer die Frage stellen, ob die EU überhaupt die Kompetenz hat, Regeln auch für Drittstaatsverhalte jenseits der Binnenmarktfälle zu erlassen.³⁴⁰ Indes wäre dies eine Schlacht der Vergangenheit. Die Rechtsakte existieren. Sie sind internationalem Entscheidungseinklang zwischen den Mitgliedstaaten und althergebrachten, bei ihrer Entstehung lange vorfindlichen Traditionen des IPR verpflichtet.³⁴¹ Die anfangs intensiv und lebhaft geführte Kompetenzdiskussion³⁴² ist seit Langem eigentlich verstummt.³⁴³ Das gilt spätestens, seitdem Art. 81

335 *Basedow*, IPRax 2017, 194, 195 f.

336 Zugestanden von *Basedow*, IPRax 2017, 194, 196.

337 The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, approved on 19 March 2015 <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt40en.pdf>>.

338 Ley sobre el Derecho aplicable al los Contratos Internacionales – Ley No. 5393 de 14 de enero de 2015, Gaceta Oficial de la República del Paraguay, núm. 13 de 20 de enero de 2015, S. 2.

339 Ausnahmen bilden die Kollisionsnormen der EuInsVO 2000 und der EuInsVO 2015.

340 *Peter Kindler*, Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige Internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPRax 2010, 44, 48.

341 *Jan-Jaap Kuipers*, Regulations (EC) Nos 662/2009 and 664/2009: Can Exclusivity Be Successfully Reconciled with Flexibility?, in: *Pietro Franzina* (ed.), The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13, 2017, S. 149, 156.

342 Ablehnend unter Art. 65 EG *Oliver Remien*, European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, (2011) 38 CML Rev. 53, 76. Zweifelnd *Erik Jayme/Christian Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht, IPRax 2000, 454. Befürwortend dagegen mit eingehender Begründung *Heike Dohrn*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht, 2004, S. 106-126.

343 Siehe z.B. den Zuschnitt der Beiträge in: *Alberto Malatesta/Stefania Bariatti/Fausto Pocar* (eds.), The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, Padova 2008,

Abs. 2 AEUV den Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes, wie Art. 65 EG ihn noch zu verlangen schien,³⁴⁴ in den maximalen Rang eines Regelbeispiels relegiert hat.³⁴⁵ Man mag eine Diskrepanz zwischen den Erwägungsgründen (1) der Rom I-VO, der Rom II-VO einerseits und dem Zuschnitt der Rechtsakte andererseits reklamieren.³⁴⁶ Ersichtlich nehmen beide aber Formulierungen aus dem Primärrecht auf und etablieren nichts Eigenes. Das wird erkennbar aus dem in den neueren Erwägungsgründen (1) der EuErbVO, der EuGüVO und der EuPartVO im Anschluss an Art. 81 Abs. 2 AEUV hinzugefügten „insbesondere“ vor dem Funktionieren des Binnenmarktes.

5. Europäische Gesetzgebung und Verschwinden von Freiräumen

Viele frühe völkerrechtliche Ansätze bezogen ihre Attraktivität aus der relativen Freiheit der Gedanken in ihrer Entstehungszeit, wie man IPR und das damals kaum als solches ausdifferenzierte IZVR ausgestalten könnte. Solche Freiheit waltet heute nicht mehr, soweit das Unionsrecht herrscht. Europäische Rechtsakte haben gestaltet, und sie gestalten mit Verbindlichkeit. Es ist kein Zufall, dass neuere völkerrechtsbezogene Ansätze im englischsprachigen Raum das unionsrechtliche IPR und IZVR nahezu vollständig ignorieren und stattdessen auf Material aus englischsprachigen Staaten Europas rekurrieren, um ihr eigenes System zu bilden. Das wird der heutigen Struktur des IPR und IZVR in Mitgliedstaaten der EU (die an der Vereinheitlichung teilnehmen) nicht mehr gerecht. Es übersieht und übergeht die einschneidende Änderung seit dem Vertrag von Amsterdam. Wer heute noch in europäisch vereinheitlichten Bereichen das IPR des Common Law oder, in der französischen Variante, das *droit commun* zuerst oder gar ausschließlich betrachtet, hängt Gedankenspielen nach und maßt sich Freiräume an, die es nicht mehr gibt.³⁴⁷ „Aus dem Gemüth“³⁴⁸ darf man heute nichts mehr schöpfen, soweit europäische Normen herrschen.

Zitelmann würde dies übrigens nicht passieren, wenn er heute noch lebte. Denn *Zitelmann* respektierte gesetztes Recht und wollte das Völkerrecht nur subsidiär, lückenfüllend heranziehen. Dies galt selbst dann, wenn positives gesetztes Recht inhaltlich mit einem erkannten Völkerrechtssatz kollidieren sollte.³⁴⁹ In seiner zweiten Begründungsvariante, Völkerrecht als dritte Kategorie „Überrecht“ neben/über Privatrecht und Öffentlichem Recht, würde er heute konsequent das Unionsrecht als das wahre Überrecht anerkennen. Er würde die Vorgaben der Normhierarchie einhalten. Seine Grundhaltung, positives Recht zu respektieren, würde und müsste sich darin konsequent niederschlagen.

und in: *Pietro Franzina* (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, 2017.

344 Zur Einordnung indes *Dohrn* (Fn. 327), S. 106-113.

345 *Wulf-Henning Roth*, EWS 2011, 314, 318.

346 *Alex Mills*, *EU External Relations and Private International Law: Multilateralism, Plurilateralism, Bilateralism, or Unilateralism?*, in: *Pietro Franzina* (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, 2017, S. 101, 110 f.

347 Nachdrücklich *Adrian Briggs*, *Private International Law in English Courts*, 2014, S. V f.

348 Vgl. *Kahn*, *JherJb* 42 (1898), 1, 22.

349 *Marcusen*, *NiemZ* 10 (1900), 257, 267.

6. Die Dreiteilung in der akademischen Praxis

Der angebliche Widerstreit zwischen Monismus und Dualismus hat seinen Blick zu sehr auf die Vergangenheit gerichtet. Er verharrt gedanklich im 19. und im frühen 20. Jahrhundert. Damals gab es noch keine EU. Heute gibt es sie. Die Dreiteilung schlägt sich längst schon nieder: Erstens sind die Lehrstühle für Völkerrecht einerseits und für Europarecht andererseits zumindest an allen größeren Fakultäten in Deutschland getrennt. Zweitens ist der *Jayme/Hausmann*, die „Quellenbibel“ im für Deutschland geltenden IPR und IZVR, dreigeteilt, nicht bloß zweigeteilt. In ihm rangieren die völkerrechtlichen Quellen nur noch an zweiter Stelle, ihrem normhierarchischen Rang entsprechend hinter dem Unionsrecht. Ihre größte praktische Bedeutung haben völkerrechtliche Normen noch im IZVR für Drittstaatsverhältnisse.

IV. Seitenblick

1. Personelle Trennung

Die großen Namen des „Internationalen Rechts“ gegen Mitte des 19. Jahrhunderts vereinten fast alle Völkerrecht und Internationales Privatrecht in ihrer eigenen Person. Als Spitze seien *Mancini*,³⁵⁰ *Asser*³⁵¹ und *Bluntschli*³⁵² genannt. Es gab jedoch eine gewichtige und gerade für Deutschland überaus bedeutsame Ausnahme von dieser Regel: *Savigny*. Dafür dürfte keine geringe Rolle gespielt haben, dass *Savigny* seine Wurzeln im Römischen Recht und im Privatrecht hatte.³⁵³ *Savigny* hat zwar erheblichen Einfluss im Ausland gehabt,³⁵⁴ aber nicht auf dem Gebiet des Völkerrechts. *Savigny* kann man *v. Wächter* zur Seite stellen, von dem ebenfalls keine völkerrechtlichen Aktivitäten bekannt sind. Charakteristisch scheint wiederum, dass es sich um einen deutschen Gelehrten privatrechtlicher Provenienz handelte. *Mancini* und *Asser* dagegen verfolgten politische Karrieren als Außenminister, also mit klarem Bezug als Akteure im Außenrecht des öffentlichen Rechts.

Die personelle Trennung der Disziplinen Völkerrecht und IPR setzt in Deutschland und im deutschsprachigen Raum bereits vor 1917 ein. Nach 1917 setzt sie sich nahtlos

350 Zu Person und Werk *Mancinis* grundlegend natürlich *Erik Jayme*, Pascale Stanislaio Mancini – Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz, 1980 (italienische Übersetzung von *Antonio Ruini*, 1988); außerdem *Antonio Villani*, Pasquale Stanislaio Mancini – Meridionalista d'Europa, 1989; *Ferdinando Treggiari*, Nationales Recht und Recht der Nationalität – Mancini, in: *Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel* (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, 1990, S. 145; *Yuko Nishitani*, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, 2000, S. 33-276.

351 Illustrativ *Alex Mills/Gert de Baere*, T.M.C. Asser and Public and Private International Law – The life and legacy of a „practical legal statesman“, Netherlands Yb. Int. L. 42 (2011), 3.

352 Zum Punkt *Kurt Siehr*, Johann Caspar Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zurich de 1853/55, Liber memorialis François Laurent, 1989, S. 1017; *Anton K. Schnyder*, Heimatrecht und Internationales Privatrecht in der Schweiz – Bluntschli, in: *Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel* (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, 1990, S. 135; *Erik Jayme*, Johann Kaspar Bluntschli (1808-1881) und das Internationale Privatrecht, FS Adolf Laufs, 2006, S. 135.

353 Daran vermag *Savignys* Tätigkeit als preußischer Minister für Gesetzgebung nichts zu ändern. Auch sie war nach innen, nicht nach außen gerichtet.

354 Siehe nur die Beiträge in: *Joachim Rückert/Thomas Duve* (Hrsg.), *Savigny international?*, 2015.

und verstärkt fort.³⁵⁵ Einzig zwei Heroen – Legenden und Ikonen schon zu Lebzeiten – überbrücken die Kluft: *Wilhelm Wengler* als Akademiker³⁵⁶ und *F.A. Mann* als Praktiker.³⁵⁷ Die fortschreitende Positivierung und (Teil-)Kodifizierung von IPR und IZVR in eigenen Rechtsakten hat je länger desto mehr zur Vertiefung der Kluft beigetragen. Die alten Gegensatzpaare Internationalisten und Nationalisten oder Universalisten und Positivisten sind verschwunden. Zu deutlich hat der Positivismus gesiegt. Das ist sogar konsequent, gerade wenn man *Zitelmanns* Standpunkt teilen würde. Denn *Zitelmann* maß dem allgemeinen Völkerrecht im IPR nur eine lückenfüllende Rolle bei.³⁵⁸ Je weniger Lücken es gibt, desto weniger bräuchte man aber selbst von einem internationalistischen und universalistischen Ausgangspunkt her kommend das allgemeine Völkerrecht, um die verbliebenen Lücken zu füllen.³⁵⁹ Universalistische Nationalisten (wie *Frankenstein*)³⁶⁰ müssten dies erst recht anerkennen.

a) Universitäten: Venien, Lehrstühle und Hauptwidmungen

Universitäre Lehrstühle in Deutschland sind primär einem der drei Hauptrechtsgebiete Privatrecht, Öffentliches Recht oder Strafrecht zugeordnet. Völkerrecht wie Internationales Privatrecht (oder Internationales Privat- und Prozessrecht) sind keine ersten Hauptvenien, sondern bestenfalls zweite Hauptvenien, ansonsten Nebenvenien. Völkerrecht ist eine öffentlichrechtliche Venia,³⁶¹ Internationales Privatrecht eine privatrechtliche.³⁶² *Wengler* beklagte gar, dass in Deutschland die völkerrechtliche Venia eine staatsrechtliche Venia gleichsam voraussetze.³⁶³ Das setzt sich bei den Lehrstuhlwidmungen und damit bei den Orientierungsmarken für angestrebte Karrieren in der Wissenschaft fort: Völkerrecht ist bei den einschlägigen Lehrstühlen zweite Widmung nach der ersten zum Öffentlichen Recht, Internationales Privatrecht zweite Widmung nach der ersten zum Bürgerlichen Recht (oder Privatrecht). Darin liegt eine kaum überwindbare Wasserscheide. Weder gibt es in Deutschland einen einzigen Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Internationales Privatrecht, noch umgekehrt einen für Bürgerliches Recht (oder Privatrecht) und Völkerrecht.³⁶⁴ In Österreich und der Schweiz verhält es sich nicht anders. Auch in den Niederlanden verhält es sich ebenso.³⁶⁵

355 *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 257.

356 *Stefan Leible/Matthias Ruffert*, Vorwort, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, S. 5; *dies.* (Fn. 6), S. 17, 19; *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 257.

357 Zu Person und Werk *Geoffrey Lewis*, *F.A. Mann*, Oxford/Portland, Oreg. 2013 (besprochen von *Michael H. Carl*, *RabelsZ* 79 [2015], 216).

358 *Treffend Mansel* (Fn. 10), S. 89, 98.

359 *Treffend wiederum Mansel* (Fn. 10), S. 89, 99.

360 Einordnung von *Ago*, *Rec. des Cours* 58 (1936 IV), 243, 262.

361 In Deutschland haben gegenwärtig nur zwei Professoren Venien sowohl für Bürgerliches Recht und Völkerrecht: *Burkhard Hess* und *Anatol Dutta*.

362 In Deutschland hat gegenwärtig kein Professor Venien sowohl für Öffentliches Recht als auch für Internationales Privatrecht.

363 *Wilhelm Wengler*, *Völkerrecht*, Bd. I, 1964, S. IX f.

364 *Karl-Heinz Ziegler* hatte zwar eine Venia für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Völkerrechtsgeschichte (nota bene: nicht für Völkerrecht allgemein) und schrieb eine Völkerrechtsgeschichte, 1. Aufl. 1994, 2. Aufl. 2007. Die Denomination seines Lehrstuhls an der Universität Hamburg (1971-1999) war jedoch Bürgerliches Recht und Römisches Recht – ohne jeglichen verbalen Ausweis für Völkerrecht.

365 *De Boer*, *NILR* 2010, 183, 184 f.

b) Forschungsinstitute

Einen deutlichen Ausweis für die personelle Trennung findet man in Deutschland auch bei den Forschungsinstituten: Es gibt zwei Kaiser-Wilhelm-Institute im internationalrechtlichen Bereich, 1924 gegründet dasjenige für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1926 gegründet jenes für ausländisches und internationales Privatrecht. *Ernst Rabel*, Gründungsdirektor des privatrechtlichen Instituts,³⁶⁶ war vieles, aber Völkerrechtler war er definitiv nicht.³⁶⁷

Das Institut de Droit International wird dagegen als Ausdruck für die Einheit von Völkerrecht und IPR ins Feld geführt. Ebenso wie die Academie de Droit International wurde es jedoch bereits vor dem Schisma, vor dem Auseinandergehen der beiden Disziplinen, gegründet. 1873, im Gründungsjahr des Institut de Droit International, hatte sich das Internationale Privatrecht noch nicht genügend emanzipiert, um eigene Institutionen ausbilden zu können. Seit Langem zeigt gerade die Academie de Droit International besonders deutlich, dass ein formell einheitliches Dach keine Einheit der Disziplinen nach sich ziehen muss. Das Programm ihrer Cours spiegelt im Gegenteil das Schisma besonders deutlich wider: Es ist klar zweigeteilt in Droit international public und Droit international privé. Vor dem Schisma liegen die Gründerjahre für weitere Institutionen: Im selben Jahr 1873 wird die Association for the Reform of the Law of Nations gegründet, die sich 1895 in International Law Association umbenennt, und 1869 beginnen *Rolin-Jacquemyns*, *Asser* und *Westlake* die *Revue de droit international et de législation comparée* als Plattform für alle Juristen, die vom esprit d'internationalité gepackt und an der fortschrittlichen Natur der europäischen Zivilisation interessiert sind.³⁶⁸

c) Italien als echter Kontrast?

In Italien ist die personelle Trennung weniger scharf ausgeprägt. Vielmehr herrscht dort an vielen Universitäten immer noch die Regel, dass sowohl ein völkerrechtliches als auch ein internationalprivatrechtliches Buch geschrieben haben muss, wer im Internationalen Recht das Äquivalent zur Habilitation, die Venia und die Hoffnung auf einen Lehrstuhl erlangen will. Die Lehrstühle sind für diritto internazionale denominiert. Insbesondere fehlt ihnen aber häufig die weitere Denomination, welche sie dem diritto civile oder dem diritto pubblico zuordnen würde.

Faktisch heißt dies aber keineswegs, dass es lauter *Pocars*, *Carbones* und *Picones* gäbe, welche die Einheit des diritto internazionale in eigener Person leben würden. Vielmehr sind die Binnenspezialisierungen doch deutlich. Man weiß die einzelnen Personen den Untergebieten zuzuordnen, und man weiß auch, dass das zweite Buch in der eigentlich fremden Unterdisziplin bloße Pflichtaufgabe ist. Das gilt insbesondere für die jüngeren Generationen, in denen die Spezialisierung ausgeprägter ist. Die letzten italienischen

366 Näher *Rolf-Ulrich Kunze*, *Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 1926-1945*, 2008.

367 Zur Person *Hans Julius Wolff*, *Ernst Rabel*, *SavZ RomAbt* 73 (1956), XI; *Gerhard Kegel*, *Ernst Rabel (1874-1955) – Vorkämpfer des Weltkaufrechts*, in: *Helmut Heinrichs/Klaus Franzki/Harald Schmalz/Michael Stolleis* (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 571; *ders.*, *Ernst Rabel*, in: *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, 2007, S. 16.

368 *De Boer*, *NILR* 2010, 183, 193.

Autoren, die jeweils ein Lehrbuch sowohl zum Völkerrecht als auch zum IPR schrieben, waren *Giulio Diena* und *Giorgio Balladore Pallieri* – und das schon 1930³⁶⁹ bzw. 1950/52.³⁷⁰ Der formelle Anspruch auf Einheit des Internationalen Rechts schlägt sich in Italien allerdings auch darin nieder, dass die *Rivista di diritto internazionale* gehaltvolle IPR- und IZPR-Aufsätze in erheblicher Zahl veröffentlicht. (Das hat sie aus der Sicht des deutschen IPR der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, wie dem Archiv für Völkerrecht, voraus.)

2. Der internationale Zeitschriftenmarkt: Ausdifferenzierung

Clunet (also das *Journal du droit international*³⁷¹), *International and Comparative Law Quarterly*, *Revista Española de Derecho Internacional*, *Netherlands International Law Review* und *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* (früher *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*) veröffentlichen ebenfalls Beiträge sowohl zum Völkerrecht als auch zum IPR oder IZVR. Dies zeigt immerhin eine gewisse Verbundenheit und ein gewisses wechselseitiges Interesse.³⁷² Schon bei der *Revue critique de droit international privé* verhält es sich aber anders. Sie wurde 1905 noch als *Revue de droit international privé* von *Darras* durchaus bewusst als Gegenentwurf zu Clunet begründet. Völkerrechtliche Beiträge wird man in ihr kaum finden. Rabels *Zeitschrift*, 1927 ins Leben gerufen, folgt einem vergleichbaren Modell. Sie hieß, bevor der Name ihres Gründers sie zu ehren und zieren begann, bis 1960 ursprünglich *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, der Denomination ihrer herausgebenden Institution folgend. Die letzten Jahrzehnte haben europaweit ein bemerkenswertes Aufblühen eigenständiger internationalprivatrechtlicher und –verfahrenrechtlicher Zeitschriften gesehen: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, *Yearbook of Private International Law*, *tijdschrift.ipr@be*, *Journal of Private International Law*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* – und in Deutschland natürlich die *IPRax*, flankiert von *GPR* und neuestens *IWRZ*. Hinzu kommen länger bestehend, aber auch erst Nachkriegsgründungen, die *RIW* in Deutschland und die *ZfRV* in Österreich. Blickt man auf die Publikationsorgane, so hat sich das Schisma vertieft und nicht geschlossen. Die Ausdifferenzierung spiegelt die zunehmende Spezialisierung und sogar Binnendifferenzierung der Disziplinen wider.

3. Die Lehrbuchliteratur

Das Schisma spiegelt sich auch im Lehrbuchmarkt wider. Zwar enthalten viele IPR-Lehrbücher noch heute ein Kapitel über das Verhältnis des IPR zum Völkerrecht.³⁷³ Jedoch ist dies jeweils in den übergreifenden Kontext des Verhältnisses

369 *Giulio Diena*, *Principi di diritto internazionale*, pt. 1: *Diritto internazionale pubblico*, pt. 2: *Diritto internazionale privato*, beides 2. Aufl. 1930.

370 *Giorgio Balladore Pallieri*, *Diritto internazionale privato*, 1950, *Diritto internazionale pubblico*, 1952. Allerdings hat *Balladore Pallieri* 1974 ein weiteres *Diritto internazionale privato* vorgelegt.

371 So der Titel ab Band 42 (1915); bis Band 41 (1914) lautete der Titel: *Journal du droit international privé*.

372 *De Boer*, NILR 2010, 183, 184.

373 Insbesondere *Christian v. Bar*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 3 I 1 (§ 3 Rn. 1-34).

zwischen dem IPR und dessen Nachbargebieten eingeordnet.³⁷⁴ Kein Autor eines IPR-Lehrbuchs käme heute mehr auf die Idee, „Internationales Recht“ oder gar „Völkerrecht“ als Überkategorie, als *genus proximum*, zu wählen und das IPR als bloßes Untergebiet dazu einzuordnen. Umgekehrt schlägt sich das Schisma noch krasser nieder: Kein heutiges Lehrbuch des Völkerrechts enthält ein eigenes Kapitel zum IPR oder IZVR.³⁷⁵ Das wäre aber nicht nur logisch, sondern sogar notwendig, wenn das IPR oder das IZVR eine Unterdisziplin des Völkerrechts wäre. Das Völkerrecht ist es gewohnt, in viele Teilgebiete zersplittert zu sein. Völkerrechtslehrbücher spiegeln dies getreulich wider. Nur das IPR tritt in ihnen nicht als eigenes Kapitel auf, sondern wird bestenfalls in wenigen dürren Sätzen oder gar nur Worten erwähnt. Ein einziges³⁷⁶ heutiges Völkerrechtslehrbuch widmet dem IPR immerhin einige Seiten.³⁷⁷ Völkerrechtler befassen sich gemeinhin nicht mit IPR.³⁷⁸ Das Völkerrecht erhebt also insoweit (mit Recht) keinen Hegemonialanspruch. An der Außengrenze der *jurisdiction to prescribe* und der *jurisdiction to adjudicate* verläuft die Außengrenze der Behandlung.³⁷⁹ Wenn es denn eine Partnerschaft zwischen IPR und Völkerrecht geben sollte, dann könnte der völkerrechtliche Partner sein Interesse an ihr stärker zeigen.³⁸⁰

V. Umblick

Natürlich können Völkerrecht und IPR einander ergänzen und im Rahmen ihrer jeweiligen Möglichkeiten gemeinsam gleiche Ziele verfolgen, z.B. bei wirtschaftlicher Entwicklung und *rule of law*.³⁸¹ Natürlich weisen Völkerrecht und IPR auch heute wichtige Berührungspunkte und Überschneidungsgebiete auf. Dies bewegt sich aber nicht in einem Über/Unterordnungsverhältnis mit dem Völkerrecht als übergeordneter Kategorie und dem IPR als Unterkategorie.

1. Menschenrechte und IPR

Häufig werden die Menschenrechte als verbindendes Element zwischen Völkerrecht und IPR, als Einbruchsstelle des Völkerrechts in das IPR angesehen.³⁸² Die Menschen-

374 Insbesondere *Christian v. Bar*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 3 I.

375 Die letzte Ausnahme war *Bleckmann* (Fn. 215). Allerdings war das (Unter-)Kapitel nur knapp zwei Seiten lang.

376 *De Boer*, NILR 2010, 183, 184.

377 *Michael Akehurst*, *A Modern Introduction to International Law*, 3. Aufl. London 1970, S. 53-57; *Peter Malanczuk*, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Aufl. London 1999, S. 48-52.

378 *Christine E. Schwöbel*, *Whither the Private in Global Governance?*, *Int. J. Const. L.* 10 (2012), 1106; *Michaels*, 27 *Temple Int'l. & Comp. L. J.* 499, 502 (2013).

379 Den Einflüssen der *jurisdiction to adjudicate* auf die *jurisdiction to legislate* im IPR widmet sich insbesondere *Pierre Mayer*, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 68 (1979), 1, 19-29, bezeichnenderweise ein Internationalprivatrechtler.

380 *De Boer*, NILR 2010, 183, 184.

381 Siehe nur *David Stewart*, *How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law?* *Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público: un encuentro necesario*, Asunción 2011.

382 Insbesondere *Erik Jayme*, *JZ* 1993, 1098; *ders.* (Fn. 1), S. 3, 45 f. sowie *Horatia Muir Watt*, *Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, S. 457; *Didier Operti Badán*, *Reflexiones sobre un tema*

rechte sind sicherlich ein wichtiger Faktor, und man darf sie für die Ergebnisse einer kollisionsrechtlichen Rechtsanwendungsprozesses nicht a priori außer acht lassen.³⁸³

a) *Grundsätzliche Ansiedelung beim ordre public*

Die Menschenrechte taugen jedoch nicht, eine so starke Klammer um Völkerrecht und IPR zu legen, dass man eine Einheit beider Rechtsgebiete annehmen müsste. Denn Menschenrechte sind im IPR nur ein Randthema.³⁸⁴ Sie kommen grundsätzlich nur einzelfallbezogen zum Zuge. Es ist kein Zufall, dass ihr Reservatbereich im IPR der *ordre public*, eine einseitige Kollisionsnorm zur Korrektur von Anwendungsergebnissen im Einzelfall, sein soll,³⁸⁵ sozusagen das irreguläre Element des IPR (und selbst dort noch haben sie sich einen Platz neben der europäischen Aufladung des *ordre public*³⁸⁶ zu suchen).

aa) *Kein Einfluss auf kollisionsrechtliche Regelbildung*

Die Menschenrechte beeinflussen dagegen in der legislativen Praxis der Kollisionsrechtssetzung nicht die Regelbildung im IPR. Die Menschenrechte haben den deutschen Gesetzgeber bisher nicht zur Umgestaltung auch nur einer einzigen Kollisionsnorm des IPR veranlasst. Allenfalls für Art. 10 Rom III-VO mag man einen menschenrechtlichen Einfluss (der Gleichberechtigung) auf die in ihm gebildete Regel zubilligen, selbst dies indes nur bei einer bestimmten Lesart.³⁸⁷ Richtiger ist Art. 10

esencial: derecho internacional privado y derechos humanos, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción 2013, S. 63; *Gabriella Carella*, Sistema della norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?, *Diritti umani e dir. int.* 2014, 523.

383 Eingehend *Christoph Engel*, Ausstrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht, *RabelsZ* 53 (1989), 3; *Ulrich Ehrlicke*, Auswirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht, *EuGRZ* 1993, 113; *Dirk Looschelders*, Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht, *RabelsZ* 65 (2001), 463; *Axel Halfmeier*, Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung, *RabelsZ* 68 (2004), 653; *Patrick Kinsch*, Droits de l'homme, droits fondamentaux e droit international privé, *Rec. des Cours* 318 (2005), 9; *Fabien Merchadier*, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, 2007; *Silvia Marino*, Brevi considerazioni sulle interazioni fra diritto internazionale privato e dritti umani, *Cuad. Der. Trans.* 7 (1) (2015), 112; *James J. Fawcett/Máire Ní Shúilleabháin/Sangeeta Shaw*, Human Rights and Private International Law, 2016; außerdem z.B. *Uglješa Grušić*, Contractual Networks in European Private International law, (2016) 65 *ICLQ* 581, 608-612.

384 Eingehend *Christian v. Bar*, Menschenrechte im Kollisionsrecht, *BerDGesVR* 33 (1994), 191.

385 Insbesondere *Dagmar Coester-Waltjen*, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung, *BerDGesVR* 38 (1998), 9; *Looschelders*, *RabelsZ* 65 (2001), 463, 476-478; *Markus Voltz*, Menschenrechte und ordre public im Internationalen Privatrecht, 2002; *Jayme* (Fn. 1), S. 3, 45 f.; *Andreas Spickhoff*, Der völkerrechtsbezogene ordre public, in: *Stefan Leible/Mathias Ruffert* (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, S. 275, 292-295; *Michael Stürner*, Die Rolle des Kollisionsrechts bei der Durchsetzung von Menschenrechten, *FS Dagmar Coester-Waltjen*, 2015, S. 843, 851-854.

386 Siehe nur *Dieter Martiny*, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: *Christian v. Bar* (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, 1990, S. 211; *ders.*, Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, *FS Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, S. 523; *Jürgen Basedow*, Die Verselbständigung des europäischen ordre public, *FS Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, S. 391; *ders.*, Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence, *Mélanges Paul Lagarde*, 2005, S. 55; *Ioanna Thoma*, Die Europäisierung und Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, 2007; *Tim Corthaut*, *EU Ordre Public*, Alphen aan den Rijn 2012.

387 Vgl. *Susanne Gössl*, in: *BeckOGK BGB*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 3 (2016).

Rom III-VO dagegen als besondere ordre public-Klausel³⁸⁸ mit eindeutiger positiver Berufung der lex fori³⁸⁹ und damit als irreguläre Durchbrechung der über die eigentlichen Anknüpfungsnormen erzielten Ergebnisse einzuordnen. Dafür streitet auch die Gleichbehandlung der beiden Varianten innerhalb des Art. 10 Rom III-VO; nur deren zweite ist durch Gleichberechtigung fundiert, die erste beruht auf einem favor divortii³⁹⁰ zum Schutz der Freiheit zur Wiederverheiratung, diese wiederum geschützt durch die Eheschließungsfreiheit des Art. 12 ERMK.³⁹¹ Deshalb bleibt es dabei: Menschenrechte haben ihre kollisionsrechtliche Domäne beim ordre public.

bb) Kontrast zum Einfluss von Grundrechten und Grundfreiheiten

Dagegen haben die Grundrechte, vornehmlich Art. 3 Abs. 2 GG, die IPR-Reform von 1986 veranlasst, indem sie Artt. 14; 15 EGBGB 1896 nichtig gemacht haben.³⁹² Positiv hat Art. 6 Abs. 1 GG bewirkt, dass es Art. 13 Abs. 2 EGBGB gibt.³⁹³ Ebenso haben die Grundfreiheiten des europäischen Primärrechts unmittelbaren Niederschlag in Kollisionsnormen des deutschen IPR gefunden. Am Bedeutsamsten ist dies sicherlich im Internationalen Gesellschaftsrecht geschehen, indem sich für EU- und EWR-Gesellschaften das maßgebliche Richterrecht von der Sitztheorie ab- und – durch Artt. 49; 54 AEUV veranlasst – der Gründungstheorie zugewendet hat.³⁹⁴ Auf Art. 21 AEUV wiederum ist Art. 48 EGBGB zurückzuführen.³⁹⁵ Art. 21 AEUV kann noch weit darüber hinaus ein Anerkennungsprinzip im gesamten Internationalen Familienrecht tragen.³⁹⁶ Dessen gesetzliche Verankerung in Deutschland ist freilich noch Zukunftsmusik. Die

388 *Petra Hammje*, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, RCDIP 100 (2011), 291, 334; *Christian Kohler/Walter Pintens*, FamRZ 2011, 1433, 1434; *Tobias Helms*, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765, 1771 f.; *ders.*, Neues europäisches Familienkollisionsrecht, Liber amicorum Walter Pintens, 2012, S. 681, 684; *Christian Kohler*, Le choix de la loi applicable au divorce – Interrogations sur le règlement „Rome III“ de l’Union européenne, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 208, 212; *Heinz-Peter Mansel*, Rechtswahl, in: *Stefan Leible/Hannes Unberath* (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 241, 258; *Juliane Mörsdorf-Schulte*, Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III), RabelsZ 77 (2013), 786, 825; ähnlich *Pietro Franzina*, The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation n°. 1259/2010 of 20 December 2010, Cuad. Der. Trans. 3 (2) (2011), 85, 122.

389 *Caroline Henricot*, Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement «Rome III», J. trib. 6487 (2012), 557, 561.

390 *Michael Traest*, Rome III: „Europese“ verwijzingsregels inzake echtscheiding als eerste toepassing van de nauwere samenwerking, SEW 2012, 98, 106; *María del Carmen Vaquero López*, Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial, AEDIPr 2011, 957, 973 f.; *Mercedes Sabido Rodríguez*, La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en derecho internacional privado español, Rev. Der. Com. Eur. 45 (2013), 499, 527 f.

391 *Johannes Stürner*, Die Rom III-VO – ein neues Scheidungskollisionsrecht, Jura 2012, 708, 713.

392 BVerfGE 63, 181; BVerfGE 68, 384.

393 Siehe BVerfGE 31, 58.

394 Siehe nur EuGH 9.3.1999 – Rs. C- 212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros Ltd./Erhvers- og Selskabssytrelsen; EuGH 5.11.2002 – Rs. C- 208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering GmbH; EuGH 30.9.2003 – Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.; EuGH 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – Vale Épitési kft.

395 Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drs. 17/11049, 12; AG Nürnberg StAZ 2015, 59, 60; *Peter Mankowski*, in: Nomos Kommentar BGB, Bd. I, 3. Aufl. 2016, Art. 48 EGBGB Rn. 2 m.w.N.

396 Insbesondere *Peter Mankowski*, Primärrechtliche Anerkennung im Internationalen Familienrecht?, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 571.

Menschenrechte jedoch haben bisher keinen einzigen Skalp einer deutschen Kollisionsnorm für sich reklamieren können. Selbst der besonders angegriffene³⁹⁷ Art. 17 Abs. 2 EGBGB, das Monopol der deutschen Gerichte für Scheidungen in Deutschland, existiert fröhlich fort.

cc) Standort beim ordre public und Verzichtbarkeit eines Inlandsbezugs bei Menschenrechtsverletzungen?

Der ordre public erfordert nach hergebrachter Lesart als zweites Tatbestandsmerkmal einen hinreichenden Inlandsbezug. Nur dieser soll rechtfertigen, ein über Auslandsrecht erzieltes Ergebnisse an Maßstäben der lex fori kontrollieren zu dürfen, ohne anmaßend zu sein. Dieses Erfordernis soll entfallen können, wenn man einen ordre public transnational etablieren könnte, der einen global geltenden Wertekanon widerspiegelt. Es würde also gleichsam im Rahmen des ordre public ein Weltrechtsprinzip³⁹⁸ gelten, welches den Einsatz der Menschenrechte als Teil der lex fori legitimierte. Menschenrechte würden zum positiven ordre public.³⁹⁹ Das Strafrecht mag sich flankierend in quasi-extraterritorialer Anknüpfung auch Auslandssachverhalte nach dem Weltrechtsprinzip unterwerfen, um private Akteure zu disziplinieren und in die menschenrechtliche Pflicht zu nehmen.⁴⁰⁰ Das IZPR kämpft schon mit der Zuständigkeitsbegründung.⁴⁰¹ Auf der Zuständigkeitsebene ein Weltrechtsprinzip einzuführen wäre bereits ein mutiger und innovativer Schritt.⁴⁰² Ihm, menschenrechtlich überformt, ein Weltrechtsprinzip beim anwendbaren Recht qua Anwendung der lex fori folgen zu lassen, wenn es einmal etabliert ist, hätte allerdings durchaus innere Logik.⁴⁰³

b) Staatsangehörigkeitsanknüpfung und Menschenrecht auf kulturelle Identität

Eine menschenrechtliche Beeinflussung der kollisionsrechtlichen Regelbildung soll sich an einer anderen Flanke ergeben können: Im Internationalen Privatrecht wird die Staatsangehörigkeit teilweise als Merkmal und Ausdruck kultureller Identität her-

397 Erik Jayme, Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, IJVO 1991/92, 8, 22-24 = in: Erik Jayme, Internationales Privatrecht und Völkerrecht (Gesammelte Schriften, Bd. 3), 2003, S. 95, 107 f.

398 Vgl. Georg Nolte, Universal Jurisdiction in Private Law: The Alien Tort Claims Act, in: Christian Tomuschat/Jean-Marie Thouvenin (eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order, Amsterdam 2006, S. 373; dens., Das Weltrechtsprinzip in Zivilverfahren, FS Christian Starck, 2007, S. 847.

399 Kritisch dazu Michael Stürner, FS Dagmar-Coester-Waltjen, 2015, S. 843, 852.

400 Z.B. Christoph Katholnigg, Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung, Wien 2016.

401 Siehe in England HRH Emere Godbe Bebe Okpabi v. Royal Dutch Shell plc and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. [2017] EWHC 89 (TCC) (Q.B.D., Fraser J.) einerseits und Lungowe v. Vedanta Resources plc and Konkola Copper Mines plc [2016] EWHC 292 (TCC) (Q.B.D., Coulson J.) andererseits.

402 Peter Mankowski, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit deutscher Zivilgerichte bei Menschenrechtsverletzungen, in: Bernd v. Hoffmann (Hrsg.), Universalität der Menschenrechte, 2009, S. 139, 184-192.

403 Beth van Schaack, In Defence of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention, 42 Harv. Int'l. L. J. 131, 196 (2001) sowie Michael Schulz, Das Alien Tort Statute und transnationale Deliktssklagen – Im Kontext der Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen, 2016, S. 361-363.

ausgestellt.⁴⁰⁴ Die Staatsangehörigkeit einer Person indiziere eine Verbindung mit der Kultur dieses Staates und darüber hinaus mit dessen Recht, das Recht Teil der Kultur sei.⁴⁰⁵ Das IPR habe die Funktion, die kulturelle Identität des Individuums zu schützen und zu wahren. Zur kulturellen Identität gehörten nicht nur die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen; vielmehr sei auch das Recht eine Kulturerbscheinung, welche das Individuum maßgeblich präge, ein weiterer Faktor geistiger Identitätsbildung. Der Anspruch auf Achtung der kulturellen Identität verstärke das Interesse des Individuums, nach dem Recht beurteilt zu werden, mit dem es am engsten verbunden sei.⁴⁰⁶ Hinter ihm stehe zuvörderst eine menschenrechtliche Grundlage, vornehmlich Art. 8 Abs. 1 EMRK und das darunter entwickelte Recht auf Achtung des eigenen Lebensstils,⁴⁰⁷ daneben aber auch Artt. 29 Abs. 1 lit. c; 30 mitsamt Abschnitt (12) Präambel der UN-Konvention über die Rechte des Kindes^{408, 409} Die UN-Kinderrechtskonvention enthalte in ihren Artt. 7; 8; 21 b weitere Anhaltspunkte.⁴¹⁰ Dem Art. 30 UN-Kinderrechtskonvention sei Art. 5 Abs. 1 Rahmen-Konvention des Europarates über den Schutz nationaler Minderheiten⁴¹¹ vergleichbar.⁴¹² Diesen Normen wird zum einen das Menschenrecht auf Diversität aus der Erklärung der UNESCO-Generalversammlung vom 2.11.2001 und zum anderen Art. 22 GRCh, demzufolge die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet, hinzugesellt.⁴¹³ Mittelbar soll auch Art. 9 Abs. 1 EMRK hineinspielen.⁴¹⁴ Das IPR werde über eine Garantie der kulturellen Identität selbst zur Menschenrechtscharta.⁴¹⁵ Darüber hinausgehend wird jenes Recht in das allgemeine Persönlichkeitsrecht hineingelesen und so unter den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG gestellt.⁴¹⁶ Ergänzend werden in diesem grundrechtlichen Kontext die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG und Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG genannt.⁴¹⁷

404 Zuerst wohl in *Erik Jayme*, Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, IJVO 2 (1991/92), 8, 11. Mittel- und Ankerpunkt des gedanklichen Universums ist dann *Erik Jayme*, Identité culturelle et intégration – le droit international privé postmoderne, Rec. des Cours 251 (1995), 9, 167-200; außerdem *ders.* Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1996, 237, 241-243; *ders.*, Diskussionsbeitrag, BerDGesVR 38 (1998), 117; *ders.*, Urteilsanmerkung, IPRax 1999, 49; *ders.*, Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRax 2000, 165, 169; *ders.*, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, in: *ders.* (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, S. 5.

405 *Jayme*, IPRax 1996, 237, 242; *ders.*, Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, RabelsZ 67 (2003), 211, 224.

406 Insbesondere *Jayme*, Rec. des Cours 251 (1995), 9, 171 f.

407 Entwickelt durch EMRK 3.10.1983, D.R. 35, 30, 35 – Fall G und E/Norwegen.

408 BGBl. 1992 II 122.

409 *Jayme*, IJVO 2 (1991/2), 8, 10 f.; *ders.*, Rec. des Cours 251 (1995), 9, 167 f.; *ders.*, BerDGesVR 38 (1998), 117 f.; *ders.*, IPRax 1999, 49 f.; *ders.*, IPRax 2000, 165, 169; *Katja Klingenstein*, Kulturelle Identität und Kindeswohl im deutschen internationalen Adoptionsrecht, 2000, S. 42-45.

410 Eingehend zum Gesamtkomplex im Rahmen der UN-Kinderrechtskonvention *Klingenstein* (Fn. 406), S. 29-61; *Claudia Lima Marques*, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts, 1997, S. 110-115 sowie *Ende*, Kulturelle Identität als notwendige Ergänzung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes – Die UN-Kinderkonvention im Kontext der Unionsbürgerschaft, IPRax 1998, 244.

411 Framework Convention of the Council of Europe for the Protection of National Minorities, Strasbourg February 1, 1995.

412 *Klingenstein* (Fn. 406), S. 64.

413 *Jayme*, in: *Jayme* (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (2003), 5, 6.

414 *Klingenstein* (Fn. 406), 62 f.

415 *Jayme*, IJVO 2 (1991/92), 8, 10.

416 *Coester-Waltjen*, BerDGesVR 38 (1998), 9, 16; *Looschelders*, RabelsZ 65 (2001), 463, 469.

417 *Klingenstein* (Fn. 8), 65-67 sowie *Ende*, IPRax 1998, 244, 245.

Selbst wenn man bereit sein sollte, ein Menschenrecht auf kulturelle Identität anzuerkennen, wäre damit jedoch keineswegs besiegelt, dass es die Staatsangehörigkeitsanknüpfung tragen würde. Historisch-genetisch kann dies schon deshalb nicht der Fall sein, weil die Staatsangehörigkeitsanknüpfung erheblich älter ist als die behauptete Entdeckung eines solchen Menschenrechts. Historisch hat die kulturelle Identität keine Rolle gespielt für die Kodifizierung von Staatsangehörigkeitsanknüpfungen. Historisch beruht die Staatsangehörigkeitsanknüpfung vielmehr gedanklich auf der Personalhoheit. Das Staatsangehörigkeitsprinzip hatte im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht historisch die Funktion, Emigrationsländern eine gewisse rechtliche Herrschaft über ihre emigrierten Staatsangehörigen zu bewahren, eben solange diese noch ihre Staatsangehörigen waren und sich nicht in einer neuen Heimat einbürgern ließen. Im 19. Jahrhundert emigrierten Millionen von Europäern in die neue Welt. Das Staatsangehörigkeitsprinzip erlaubte den Gerichten der Herkunftsländer, diese Personen und ihre Nachlässe weiterhin in weitem Umfang nach der *lex fori* zu beurteilen.⁴¹⁸ Heute kann man der Staatsangehörigkeitsanknüpfung demokratische Elemente hinzuschreiben, nämlich die Rechte des Staatsbürgers, zuvörderst dessen Wahlrecht.⁴¹⁹ Kulturelle Identität kann gerade bei Personen, die einem Staat angehören, aber in einem anderen leben, im Widerstreit zwischen zwei Polen stehen: Heimatverbundenheit und Integration in eine Lebensumwelt. Jenseits der idealtypischen Fälle, in denen Staatsangehörigkeit und Aufenthalt konvergieren, vermag die kulturelle Identität eine Staatsangehörigkeitsanknüpfung nicht überzeugend zu rechtfertigen.⁴²⁰ Nicht das Recht stiftet die Identität.⁴²¹ Auch Nationalität ist keineswegs der einzige prägende Faktor; neben sie können namentlich Ethnie, Regionalität oder Religionszugehörigkeit treten.⁴²² Identität sollte im Kern eine Frage der Selbstdefinition und der Selbstbestimmung der jeweiligen Person sein.⁴²³

c) Menschenrechtliche Schutzpflichten und IPR

Über die traditionelle Abwehrdimension hinaus werden aus den Menschenrechten zunehmend Schutzpflichten abgeleitet, also Ansprüche gegen Staaten, zum Schutz der Menschenrechte gegen Verletzungen durch private oder ausländische Akteure aktiv tätig zu werden.⁴²⁴ Solchen Schutzpflichten werden bisher allerdings kaum extraterrito-

418 Jürgen Basedow/Barbara Diehl-Leistner, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland, in: Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel (Hrsg.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, S. 13, 22; Jürgen Basedow, Der Raum des Rechts und das internationale Privatrecht, *Liber amicorum Krešimir Sajko*, Zagreb 2012, S. 1, 13; Mankowski, IPRax 2017, 130, 132.

419 Heinz-Peter Mansel, Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?, in: Erik Jayme (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, 2003, S. 119, 135-138; ders., *BerDGesVR* 43 (2008), 137, 165 f.; Götz Schulze, in: *Nomos Kommentar zum BGB*, Bd. I, 3. Aufl. 2016, Art. 5 EGBGB Rn. 6; Mankowski, IPRax 2017, 130, 132.

420 Mansel (Fn. 419), S. 119, 132 f.; ders., *BerDGesVR* 43 (2008), 137, 164; Mankowski, IPRax 2004, 282, 285.

421 Peter Mankowski, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, IPRax 2004, 282, 283 f.; Mansel, *BerDGesVR* 43 (2008), 137, 163.

422 Mankowski, IPRax 2004, 282, 286 f.

423 Kurt Siehr, Vom universellen zum globalen IPR – Zur jüngsten Geschichte und Entwicklung des Internationalen Privatrechts, FS Erik Jayme, 2004, S. 873, 879.

424 Siehe nur Sandra Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht, 2012; Heike Krieger, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, Kap. 6 Rn. 24 ff.

riale Wirkungen zugebilligt.⁴²⁵ Sie wirken mithin bisher nur territorial. Dass menschenrechtliche Schutzpflichten ihren Rechtsschutz mithilfe des Privatrechts und des Kollisionsrechts verwirklichten, ist bisher kaum mehr als ein Programmsatz. Er harrt der Ausführung. Dass sich aus menschenrechtlichen Schutzpflichten heute schon „harte“ Gebote für konkrete Ausgestaltungen des IPR ableiten ließen, ginge jedenfalls über den im Völkerrecht erreichten und akzeptierten Stand hinaus.

d) *Menschenrechtliche Anerkennungspflicht für familienrechtliche Statusverhältnisse und Verweisungsrecht IPR*

Das Menschenrecht auf Schutz des Familienlebens aus Art. 8 EMRK kann umwälzend wirken. Denn der EGMR stützt auf es seit der Wagner-Entscheidung,⁴²⁶ insbesondere aber in *Mennesson*,⁴²⁷ *Labassée*⁴²⁸ und *Paradiso*⁴²⁹, einen klaren Schutzansatz, einmal etablierte Familienbeziehungen und Statusverhältnisse möglichst nicht mehr antasten zu lassen.⁴³⁰ Rechtstechnisch ist Anerkennung aber etwas anderes als Verweisung. Rechtstechnisch erstreckt Anerkennung die Wirkungen einer konkreten (gerichtlichen oder behördlichen) Entscheidung oder Registrierung. Anerkennung sieht auf ein konkretes Objekt und ein andernorts bereits erzieltetes konkretes Ergebnis. Sie ist ein verfahrensrechtliches Instrument. Jede Anerkennungslösung bewirkt ein konkretes Ergebnis für einen konkreten Fall. Jede Anerkennungslösung ist dem Verweisungsrecht des IPR vorgelagert. Zum Verweisungsrecht kommt man gar nicht mehr, wenn man anerkennt. Denn man hat dann ja bereits qua Anerkennung ein konkretes Ergebnis. Anerkennung hat Vorrang vor dem IPR. Sie etabliert ein zweites Regime im Kollisionsrecht.⁴³¹ Sie greift aber nicht in den Normenbestand des Verweisungsrechts ein. Sie ändert keine Verweisungsnormen, und sie formuliert keine eigenen Verweisungsnormen.

425 *Thilo Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *VVDStRL* 74 (2015), 373, 391-393 m.w.N.

426 EGMR 28.6.2007 – 76240/01 – *Wagner u. J.M.W.L./Luxemburg* = *FamRZ* 2007, 1529 m. Anm. *Dieter Henrich*; dem folgend EGMR 13.12.2007 – 39051/03 – *Emonet/Schweiz*; EG;R 3.5.2011 – 56759/08 – *Negrepontis-Giannisis/Griechenland*; EGMR 14.11.2013 – 19391/11 – *Topic-Rosenberg/Kroatien*.

427 EGMR 26.6.2014 – 65192/11 – *Mennesson/Frankreich* = *Rev. crit. dr. int. pr.* 104 (2015), 144 note *Sylvain Bollée* = *Rev. crit. jur. belge* 2015, 5 note *Louis Van Bunnem* = *iFamZ* 2014, 230 m. Anm. *Verena Cap* = *REDI* 2015-1, 238 m. Anm. *Pilar Jiménez Blanco*; dazu *Elisabeth Viganetti*, *Gaz. Pal.* N°s. 204-205, 23-24 juillet 2014, S. 12; *Konrad Duden*, *ZEuP* 2015, 637.

428 EGMR 26.6.2014 – 65941/11 – *Labassée/Frankreich* = *NJW* 2015, 3211 = *FamRZ* 2014, 1525 m. Anm. *Rainer Frank* = *ZEuP* 2015, 637 m. Anm. *Konrad Duden* = *RCDIP* 103 (2014), 619 note *Sylvain Bollée* = *D.* 2014, 1794 note *François Chénéde* = *D.* 2014, 1806 note *Louis d'Avout*; dazu *Hugues Fulchiron/Christine Bidaud-Garon*, *Reconnaissance ou reconstruction?*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 104 (2015), 1.

429 EGMR 24.1.2017 – 25358/12 – *Paradiso u. Campanelli/Italien* = *NJW* 2017, 941 = *FamRZ* 2017, 444 m. Anm. *Konrad Duden*; dazu *Anne Sanders*, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, *NJW* 2017, 925.

430 *Jean Sagot-Duvauraux*, La préservation des liens familiaux en droit international privé, *Mélanges Jean-Pierre Laborde*, 2015, S. 191, 195 f.

431 Siehe nur generell *RGRK/Wengler* (Fn. 246), S. 395-397; *Mankowski*, in: *v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 5 Rn. 134-140; *ders.*, In Deutschland (bisher) nicht anerkannte Scheidung aus einem Nichtmitgliedsstaat der Brüssel IIa-VO und erfolgte Wiederverheiratung in einem dritten Staat, *StAZ* 2016, 193 f.; *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 723-725; *Michael Grünberger*, Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR, in: *Stefan Leible/Hannes Unberath* (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013, S. 81, 123 f.; *Thomas Pfeiffer*, Internationales Zivilprozessrecht (§ 121), in: *Leitgedanken des Rechts – Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 1315, 1317-1319 Rn. 7-10.

2. Nutzbarmachung des IPR im Kampf für Menschenrechte?

a) Grundsätzliches

Die Menschenrechte könnten verbindendes Element zwischen IPR und Völkerrecht sein, um das IPR in den Kampf für Menschenrechte einzubinden und einzubringen. Bei genauerem Zusehen betrifft dies aber wiederum gar nicht die Ebene der kollisionsrechtlichen Anknüpfung als solcher, sondern bewegt sich vielmehr auf der sachrechtlichen Ebene, gegebenenfalls mit dem *ordre public* als Einbruchsstelle für die Durchsetzung gegenüber den Vorstellungen eines eigentlich berufenen ausländischen, forumfremden Rechts. Eine mehr- oder allseitige Kollisionsnorm, die sich einer Anknüpfung zugunsten einer „*lex humanitatis*“ verschrieben hätte, gibt es nicht. Hungerlöhne oder menschenunwürdige Arbeitsbedingungen in Bangladesh, Streikverbote im philippinischen Arbeitsrecht werden nicht durch eine Anknüpfung ausgeschaltet, welche aus inhaltlichen Gründen bereits davon absehen würde, solche Rechte überhaupt zu berufen. *Abstrakte* Zensuren für den Inhalt fremder Rechte vergibt das IPR nicht.⁴³² Vielmehr betreibt es nur eine Korrektur unerträglicher *konkreter* Ergebnisse über den *ordre public*.⁴³³ Es hat also durchaus ein Instrument im Köcher, um Menschenrechte zu schützen. Jedoch arbeitet es nicht mit einer unter inhaltliche Bedingungen gestellten Grundanknüpfung. Eine so weitgehende materielle Aufladung ist dem IPR fremd. Sie ließe sich auch kaum in eine hinreichend praktikable Formulierung gießen. Möchte man wirklich eine Anknüpfung abstrakt und allgemein „unter dem Vorbehalt einer Vereinbarkeit mit den Menschenrechten“? Das IPR als solches, strikt im Sinne von Verweisungsnormen verstanden, ist generell kein Instrument für private enforcement gesellschaftlich oder völkerrechtlich gewollter Werte.⁴³⁴

Neuester Mahnposten im Völkerrecht⁴³⁵ sind die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte,⁴³⁶ in Deutschland umgesetzt durch den Nationalen Aktionsplan „Wirtschaft und Menschenrechte“⁴³⁷. Sie statuieren Sorgfaltspflichten von Unternehmen. Indes sind sie bloßes *soft law*.⁴³⁸ Es bleibt Aufgabe der einzelnen Staaten, die Menschenrechte auf ihrem eigenen Territorium umzusetzen.⁴³⁹ Das Instrumentarium dafür ist im Kern öffentlichrechtlich, ja eingriffsrechtlich. Staatliche Pflichten zum Schutz von Menschenrechten⁴⁴⁰ werden nur durch Garantien von Ergebnissen erfüllt. Allseitiges Verweisungsrecht mit seiner offenen Verweisung auf Auslandsrecht, mit

432 Siehe nur *Mankowski*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7 Rn. 265 unter Hinweis auf BVerfGE 31, 59, 75.

433 Siehe nur *Mankowski*, in: *Christian v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7 Rn. 265.

434 Vgl. *Matthias Weller*, Perspektiven des Europäischen Kollisionsrechts: Private Enforcement durch Internationales Privatrecht? Wirkungen von Korruption auf internationale Verträge, in: EBS Universität für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts 2014, 2015, S. 27.

435 Zur Entwicklung z.B. *Jena Martin/Karen E. Bravo*, The Business and Human Rights Landscape, 2015.

436 UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Resolution 17/4 of the UN Human Rights Council of 16 June 2011 sowie A/HRC/17/31; danach noch UN High Commissioner for Human Rights, Improving Accountability and Access to Remedy for Victims of Business-Related Human Rights Abuse, UN Doc. A/HRC/32/19 (May 10, 2016).

437 Von der Bundesregierung verabschiedet am 21.12.2015.

438 *Marian Paschke*, Extraterritoriale Sorgfaltspflichten von Außenwirtschaftsunternehmen zur Achtung von Menschenrechten ante portas?, RdTW 2016, 121, 123.

439 *Thomas Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, 2012, S. 54-73; *Paschke*, RdTW 2016, 121, 123.

440 Eingehend dazu *Thomas Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, 2012; *Volker Grabosch/Christian Schepers*, Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen, 2015.

dem ihm inhärenten Sprung ins Dunkle⁴⁴¹ des inhaltlich noch nicht bekannten Auslandsrechts, passt dafür nicht, weil es keine Ergebnisse garantiert.⁴⁴² Allerdings mag eine Klage vor dem LG Dortmund gegen ein deutsches Auftraggeberunternehmen um Folgen eines Brandes in einer Textilfabrik in Karachi⁴⁴³ auf der Grundlage pakistanischen Sachrechts (als des nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO berufenen Deliktsstatuts) für den Kläger durchaus günstigere Ergebnisse zeitigen, als sie sich nach deutschem Sachrecht ergeben würden.⁴⁴⁴

b) Internationales Deliktsrecht

aa) Erfolgsortanknüpfung im Internationalen Deliktsrecht

Zwar wird an der Erfolgsortanknüpfung im Internationalen Deliktsrecht kritisiert, sie führe bei Menschenrechtsverletzungen z.B. durch Folter in einer Militärdiktatur dazu, dass das Recht eben dieser Militärdiktatur anwendbar sei (soweit man dabei überhaupt von „Recht“ sprechen könne).⁴⁴⁵ Dies hieße, die Entscheidung über den Anspruch des Verletzten gerade demjenigen Rechtssystem zu überlassen, unter welchem die zu sanktionierenden Rechtsverletzungen stattfinden konnten.⁴⁴⁶ Die Anwendung des Tatortrechts erscheine widersinnig, wenn gerade dort das Recht mit Füßen getreten werde.⁴⁴⁷ Ein erster denkbarer Einstieg dagegen wäre, eine etwaige opfergünstigere formale Rechtslage des Erfolgsortrechts anzuwenden⁴⁴⁸ statt der geübten, durch Willkür, Unterwerfung, Korruption oder Rechtsbeugung geübten Praxis, die oftmals gerade die Justiz als zentralen Bestandteil im Apparat eines herrschenden Unterdrückungsregimes erweisen würde. Erfolgversprechender und systemkonformer erscheint trotzdem der schlussendliche Einsatz der *lex fori* über den *ordre public* des Forums, um unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden.⁴⁴⁹ Der *ordre public* könnte hier menschenrechtlich aufzuladen sein und verhindern, dass sich der Forumstaat zum Handlanger des Tatortstaates macht und dadurch eine eigene Menschenrechtsverletzung begeht. Das IPR hat noch einen Pfeil im Köcher. Es belässt es eben nicht bei der Anwendung des Erfolgsortrechts, sondern kontrolliert die über dieses erzielten Ergebnisse am *ordre public* des Forumstaates. Art. 26 Rom II-VO steht in der Anwendung hinter und über Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Die Regel hat keine strukturellen Defizite, sondern führt nur in bestimmten Fällen zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen. Genau, um so etwas zu

441 *Leo Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 90.

442 *Matteo Fornasier*, Unternehmerische Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, *ZvglRWiss* 2018 Heft 1 sub V 1.

443 Zum Sachverhalt *Chris Thomale/Leonhard Hübner*, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, *JZ* 2017, 385 (385 f.).

444 *Caterina Lobenstein/Petra Pinzler*, Ist KiK schuld?, *Die Zeit* Nr. 13 vom 4.8.2016, S. 19, 20.

445 *Halfmeier*, *RabelsZ* 68 (2004), 653, 672.

446 *Beth Stephens*, Translating Filártiga – A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations, 27 *Yale J. Int'l. L.* 1, 32 (2002); *Halfmeier*, *RabelsZ* 68 (2004), 653, 672 sowie *Arndt Scheffler*, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte, 1997, S. 238.

447 *Gerfried Fischer*, Schadensersatzansprüche wegen Menschenrechtsverletzungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht, *FS Walter Remmers*, 1995, S. 447, 451.

448 *Halfmeier*, *RabelsZ* 68 (2004), 653, 672.

449 *Theresa Wilhelmi*, Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht, 2007, S. 338 sowie *Michael Schulz* (Fn. 403), S. 304-320.

korrigieren, ist der *ordre public* da.⁴⁵⁰ Eine materielle Aufladung der Ausweichklausel aus Art. 4 Abs. 3 S. 1 Rom II-VO⁴⁵¹ wäre der falsche Weg.⁴⁵² Das Ubiquitätsprinzip für Menschenrechtsverletzungen wieder einzuführen wäre ein nur de regulatione ferenda denkbarer Schritt; auf eine Analogie zu Art. 7 Rom I-VO könnte er sich kaum stützen, zumal er systemsprengendes Potenzial hätte.⁴⁵³

bb) Sonderregel für Amtsdelikte im Internationalen Deliktsrecht

Traditionell herrscht für Amts- und Staatsdelikte im IPR das Amtsstaatsprinzip:⁴⁵⁴ Für sie soll das Recht des Staates gelten, der (oder dessen Amtsträger) das Amtsdelikt begangen hat.⁴⁵⁵ Diese besondere Regel führt also direkt zum Recht des potenziellen Täterstaates. Sie ist weniger eine Sonderanknüpfung,⁴⁵⁶ denn diesen Mechanismus sollte man Eingriffsrecht vorbehalten. Vielmehr ist sie eine besondere Anknüpfungsregel für eine bestimmte Deliktskategorie. Indes findet man in der Rom II-VO keine Norm, die sie kodifizieren würde. Der Grund dafür ist Art. 1 Abs. 1 S. 2 aE Rom II-VO: Aus der Rom II-VO ausgenommen ist „die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte (*acta iure imperii*)“. Gestützt auf Menschenrechte wird die Reichweite dieses Ausschlusses angegriffen und das Amtsstaatsprinzip für Amts- und Staatsdelikte in Frage gestellt:⁴⁵⁷ Auch unionsrechtliches Sekundärrecht müsse GRCh und EMRK beachten. Artt. 47 GRCh; 6 I EMRK garantierten ein faires Verfahren. Für die Zwecke des Art. 6 I EMRK habe der EGMR Staats- und Amtshaftung als zivilrechtlich eingestuft.⁴⁵⁸ Dies erfasse u.a. Ansprüche auf Haftentschädigungen,⁴⁵⁹ Zwangsarbeiterklagen⁴⁶⁰ und Ersatzansprüche wegen Fehlverhaltens von Soldaten im Ausland.⁴⁶¹ Menschenrechtlich sei Waffengleichheit ohne einseitige Privilegien geboten, einschließlich paritätischen Zugangs zu Kollisionsnormen.⁴⁶²

450 Michael Stürmer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 843, 851-853; Marc-Philippe Weller/Luca Kaller/Alix Schulz, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387, 394.

451 Dafür Thomale/Leonhard Hübner, JZ 2017, 385, 391 f.

452 Michael Stürmer, FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 843, 850 f.; Marc-Philippe Weller/Kaller/Alix Schulz, AcP 216 (2016), 387, 394.

453 Fornasier, ZvglRWiss 2018 Heft 1 sub V 1.

454 BGH VersR 1978, 231, 233; BGHZ 155, 279, 282; BGHZ 190, 301, 304-306; OLG Köln VersR 2000, 590, 591; OLG Köln NJW 2005, 2860, 2861; LG Rostock NJ 1995, 489, 490; Harald Mueller, Das Internationale Amtshaftungsrecht, 1991, S. 163 f. et passim; Anatol Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, AöR 133 (2008), 191, 206-208.

455 Eingehend dargestellt zuletzt von Oliver F. Knöfel, Staats- und Amtshaftung im Europäischen Internationalen Privatrecht, FS Ulrich Magnus, 2014, S. 459 (459-464 m.w.N.).

456 So aber Christian v. Bar, Internationales Privatrecht II: Besonderer Teil, 1991, Rn. 685; Knöfel, FS Ulrich Magnus, 2014, S. 459, 463.

457 Knöfel, FS Ulrich Magnus, 2014, S. 459, 473; ders., in: Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 6, 2. Aufl. 2015, Art. 1 Rom II-VO Rn. 28.

458 EGMR *McGinley and Egan v. United Kingdom*, ÖJZ 1999, 355, 356 § 84; EGMR *McElhinney v. Ireland* EHRJ 2002, 415 §§ 24-25; EKMR HR CD 17, 36.

459 EGMR *Georgiadis v. Greece*, ÖJZ 1998, 197, 198 § 35; EGMR *Werner v. Austria*, ÖJZ 1998, 233, 234 §§ 34-35; EGMR *Lamanna v. Austria*, ÖJZ 2001, 910, 911 § 29.

460 EGMR *Woś v. Poland*, NJOZ 2007, 2326, 2330-2331 § 26.

461 EGMR *McElhinney v. Ireland* EHRJ 2002, 415 §§ 24-25.

462 Knöfel, FS Ulrich Magnus, 2014, S. 459, 473; ders., in: Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 6, 2. Aufl. 2016, Art. 1 Rom II-VO Rn. 28.

cc) *Human Rights Litigation*

In den USA obwaltet(e) die so genannte Human Rights Litigation.⁴⁶³ Sie vollzog sich jedoch nicht auf einer aus dem Völkerrecht stammenden menschenrechtlichen Grundlage, sondern unter dem Alien Tort Statute (ATS)^{464, 465}. Historisch war das bereits 1789 erlassene ATS gar nicht für Menschenrechtsschutz geschaffen und gedacht.⁴⁶⁶ Fast zwei Jahrhunderte⁴⁶⁷ war es eine *schlafende* Schönheit.⁴⁶⁸ Dann wurde es als Instrument entdeckt und zu seinem gleichsam zweiten Leben erweckt. Die Human Rights Litigation US-amerikanischer Provenienz beruhte auf einseitigem Übergreifen, auf extraterritorialer Erstreckung eines nationalen Gesetzes. In sich konsequent hat *Kiobel*⁴⁶⁹ sie dementsprechend zurückgenommen, weil die presumption against extraterritoriality wieder stärker betont wird und größere Beachtung in der richterlichen Außen- und

463 Z.B. *Beth Stephens/Judith Chomsky/Jennifer Green/Paul Hoffman/Michael Ratner*, International Human Rights Litigation in U.S. Courts, 2d ed. 2008; *Jennifer Green*, Corporate Torts: International Human Rights and Superior Officers, 17 Chi. J. Int'l. L. 447 (2017).

464 28 U.S.C. § 1350.

465 Eingehend insbesondere *Michael Schulz* (Fn. 403), S. 37-198.

466 Z.B. *Gary Clyde Hufbauer/Nicholas K. Mitrokostas*, Awakening Monster: The Alien Tort Statute of 1789, Washington DC 2003.

467 Bis zu *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980).

468 Z.B. *Gary Clyde Hufbauer/Nicholas K. Mitrokostas*, International Implications of the Alien Tort Statute, 16 St. Thomas L. Rev. 607 (2004).

469 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 133 S. Ct. 1659 (2013); dazu z.B. *Maziau*, D. 2013, 1081; *ders.*, D. 2013, 1316; *Sandrock*, RIW 2013, 497; *Reynolds/Mark Zimmer*, RIW 2013, 509; *Wernicke*, EuZW 2013, 401; *Reimann*, IPRax 2013, 455; *Wolfgang Winter*, IPRax 2013, 462; *Kenneth Anderson*, 2013 Cato Sup. Ct. Rev. 149; *Martin Metz*, BB 2013, 2059; *Ralph G. Steinhardt*, 28 Md. J. Int'l. L. 1 (2013); *Simons*, 28 Md. J. Int'l. L. 28 (2013); *Donald I. Baker*, 28 Md. J. Int'l. L. 42 (2013); *Colangelo*, 28 Md. J. Int'l. L. 65 (2013); *ders.*, 44 Georgetown J. Int'l. L. 1329 (2013); *Curran*, 28 Md. J. Int'l. L. 76 (2013); *Jaye Ellis*, 28 Md. J. Int'l. L. 90 (2013); *Hafetz*, 28 Md. J. Int'l. L. 107 (2013); *Lobel*, 28 Md. J. Int'l. L. 129 (2013); *Craig Martin*, 28 Md. J. Int'l. L. 146 (2013); *Parrish*, 28 Md. J. Int'l. L. 208 (2013); *Sloss*, 28 Md. J. Int'l. L. 241 (2013); *Beth Stephens*, Extraterritoriality and Human Rights after *Kiobel*, 28 Md. J. Int'l. L. 256 (2013); *Nerina Boschiero*, Riv. dir. int. priv. proc. 2013, 249; *Matteo M. Winkler*, 39 N.C. J. Int'l. & Comm. Reg. 171 (2013); *Nzelibe*, 33 Nw. J. Int'l. L. & Bus. 475 (2013); Note 127 Harv. L. Rev. 308 (2013); *Bhama*, 27 Emory Int'l. L. Rev. 447 (2013); *Bensimon*, 10 Loyola U. Chi. Int'l. L. Rev. 199 (2013); *Sanger*, (2013) 72 Cambridge L.J. 487; *Slawotsky*, 37 Hastings Int'l. & Comp. L. Rev. 121 (2014); *Michael Stürmer*, JZ 2014, 13; *Cleveland*, 52 Columb. J. Trans. L. 8 (2013); *Paul L. Hoffman*, 52 Columb. J. Trans. L. 28 (2013); *Metlitsky*, 52 Columb. J. Trans. L. 53 (2013); *Michael D. Ramsey*, 52 Columb. J. Trans. L. 67 (2013); *Wuerth*, 107 Am. J. Int'l. L. 601 (2013); *Chander*, 107 Am. J. Int'l. L. 829 (2013); *Ku*, 107 Am. J. Int'l. L. 835 (2013); *Steinhardt*, 107 Am. J. Int'l. L. 841 (2013); *McCorquodale*, 107 Am. J. Int'l. L. 846 (2013); *Kaeb/Scheffer*, 107 Am. J. Int'l. L. 852 (2013); *Curran/Sloss*, 107 Am. J. Int'l. L. 858 (2013); *Muir Watt*, Rev. crit. dr. int. pr. 102 (2013), 861; *Blayne*, Hague Yb. Int. L. 2013, 116; *Floreay*, 27 Pacific McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 197 (2014); *Mora*, (2014) 63 ICLQ 699; *Uta Kohl*, (2014) 63 ICLQ 665; *Saage-Maaß/Beinlich*, KJ 2015, 159; *Maria Chiara Marullo/Francisco Javier Zamora Cabot*, Transnational Human Rights Litigations – *Kiobel's* Touch and Concern: A Test under Construction (2015) <<https://redtiempodelosderecho.files.worldpress.com/2015/01/wp-1-16.pdf>>, und 89 Notre Dame L. Rev. 1467-1812 (2014) mit Beiträgen von *Beth Stephens*, *Casto*, *Dodge*, *Bellia Jr./Bradford R. Clark*, *Thomas H. Lee*, *Eugene Kontorovich*, *Ralph G. Steinhardt*, *Vázquez*, *Alford* und *Cassel*.
Danach *Daimler AG v. Barbara Bauman* 134 S.Ct. 746 (dazu *Maziau*, JCP E No. 19, 8 mai 2014, S. 29; *Linda J. Silberman*, The End of Another Era: Reflection on *Daimler* and Its Implications for Judicial Jurisdiction in the United States, NYU Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 517 [2015], 19 Lewis & Clark. L. Rev. [2015]; *Kevin D. Benish*, Pennoyer's Ghost: Consent, Registration Statutes and General Jurisdiction after *Daimler AG v. Bauman*, 90 NYU L. Rev. 1609 [2016]; *Balintulo v. Daimler AG* 727 F. 3d 174 (2d Cir. 2013) (dazu *Michael Margherita*, 22 Tulane J. Int'l. & Comp. L. 411 [2014]).

„Weltjustiz“politik findet.⁴⁷⁰ Sie ist von einer kaum beachteten Zweifelsregel zu einer zentralen Aussage erstarkt.⁴⁷¹ Das Zeitalter der US-Hegemonialansprüche scheint vorbei zu sein.⁴⁷² Human Rights Litigation ist materiellrechtlich eine Frage nach der extraterritorialen Anwendung oder Ausdehnung forumeigener Gesetze und nicht nach einer mehrseitigen Koordination durch klassisches Kollisionsrecht.⁴⁷³ Eine Überlagerung allgemeiner allseitiger Kollisionsnormen durch spezielle einseitige Anknüpfung schließt dies allerdings nicht aus. Indes muss sich solche einseitige Spezialanknüpfung im europäischen IPR-System durch enge Nadelöhre zwingen, in denen die Mitgliedstaaten noch einseitig Normen setzen und durchsetzen dürfen: entweder kraft Sonderanknüpfung forumeigenen Eingriffsrechts über Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO bzw. Art. 16 Rom II-VO oder integriert über den *ordre public* und Art. 21 Rom I-VO bzw. Art. 26 Rom II-VO. Sehr phantasievoll ist ein Ansatz, Art. 17 Rom II-VO ins Spiel zu bringen und darüber deutsche Werte und Menschenrechtsvorstellungen gegen deutsche Auftraggeber oder Mutterunternehmen durchsetzen zu wollen.⁴⁷⁴

dd) Modifikationen bei der ordre public-Klausel?

Durchaus systemkonform könnten Modifikationen an den Anforderungen der *ordre public*-Klausel sein, um bei Menschenrechtsverletzungen inländisches, menschenrechtskonformes Recht schneller und leichter zum Einsatz zu bringen als generell. Vorgeschlagen wird zum einen, bei Menschenrechtsverletzungen auf einen Inlandsbezug zu verzichten,⁴⁷⁵ gestützt auf die Relativität des *ordre public*, die kommunizierenden Röhren zwischen Stärke des Inlandsbezugs und Wertigkeit des Schutzguts.⁴⁷⁶ Insofern sei das Inland zur Verteidigung fundamentaler Gemeinschaftswerte aufgerufen und befugt.⁴⁷⁷ Zum anderen wird – mit gleicher Folge, dass es auf einen Inlandsbezug nicht mehr ankommen soll⁴⁷⁸ – ein *ordre public* transnational für Menschenrechtsver-

470 Grundlegend *Morrison v. National Australia Bank Ltd.* 561 US 247 (2010); dazu u.a. *Peter Mankowski*, Extraterritoriale Reichweite des US-Wertpapierrechts?: NZG 2010, 961. Danach z.B. *City of Pontiac Policemen's & Firemen's Retirement System v. UBS AG* 752 F. 3d 173 (2d Cir. 2014) (dazu u.a. *Paul Beavers*, Problematic Extensions of the Morrison Doctrine, 44 Securities Regulation L.J. 37 [2016]).

471 *Mathias Lehmann*, Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts, RIW 2010, 841, 848; *Winfried Huck*, Extraterritorialität US-amerikanischen Rechts im Spannungsfeld zu nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsordnungen, NJOZ 2015, 993, 995; *Thomas Gasteyer*, Gedanken zur extraterritorialen Anwendung von Recht, Liber amicorum Dolf Weber, 2016, S. 89, 98 f.

472 *Stephen B. Burbank*, International Civil Litigation in U.S. Courts: Becoming a Paper Tiger?, 33 U. Penn. J. Int'l. L. 663 (2012); *Axel Halfmeier*, Transnationale Delikte vor nationalen Gerichten – oder: Wie weiter nach dem Ende der amerikanischen Rechtshegemonie?, FS Ulrich Magnus, 2014, S. 433, 438-440.

473 Eigenwillig ist die Behandlung in ILA, Interim Report, Private International Law Aspects of Civil Litigation for Human Rights Violations, in: Committee on International Civil Litigation and the Interest of the Public – Report of the Hague Conference, London 2010, S. 564.

474 *Volkan Güngör*, Sorgfaltspflichten bei Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2016, S. 121.

475 *Julian Kokott*, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen *ordre public*, BerDGesVR 38 (1998), 71, 107; *Karl Kreuzer*, Clash of civilizations und Internationales Privatrecht, Rechtswissenschaft 2010, 143, 178-181; *Güngör* (Fn. 474), S. 113-117.

476 *Güngör* (Fn. 474), S. 116.

477 *Kreuzer*, Rechtswissenschaft 2010, 143, 180 sowie *Peter Scholz*, Die Internationalisierung des deutschen *ordre public* und ihre Grenzen am Beispiel islamisch geprägten Rechts, IPRax 2008, 213, 216.

478 *Christian Völker*, Zur Dogmatik des *ordre public*, 1998, S. 278.

letzungen propagiert.⁴⁷⁹ Beides wäre eine Durchbrechung der traditionellen ordre public-Dogmatik,⁴⁸⁰ zumal man über die Anwendbarkeit von Menschenrechten im Horizontalverhältnis zwischen Privaten durchaus rechnen könnte.⁴⁸¹ Beides ginge dahin, mit beschränkten Mitteln Polizey für die ganze Welt sein zu wollen. Noch deutlicher würde dies, wenn man über Art. 16 Rom II-VO die Menschenrechte zu inländischen Eingriffsnormen und zum Gegenstand einer echten Sonderanknüpfung machen wollte.⁴⁸²

ee) Weltrechtsprinzip bei Menschenrechtsverletzungen:

allenfalls internationale Zuständigkeit, nicht Verweisungsrecht

Der Kampf gegen Menschenrechtsverletzungen ist primär eine Zuständigkeitsfrage. Im Raum steht insbesondere, ob ein Weltrechtsprinzip gefordert ist, ob Menschenrechte also taugen, eine universale Zuständigkeit für die Beurteilung von Menschenrechtsverletzungen zu schaffen, gleich, wo diese begangen wurde, und jenseits etwaiger Begrenzungen durch einen Katalog kodifizierter Zuständigkeitstatbestände in der *lex fori*.⁴⁸³ Dies berührt zwei weitere Komplexe: erstens ein Menschen- oder Grundrecht des Beklagten auf seinen *gesetzlichen* Richter; zweitens die Immunität von Staaten als Beklagte. Rechtlich sind dies ausgesprochen heikle Materien.⁴⁸⁴ Der EGMR hat jedenfalls *keine* Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK darin gesehen, dass ein Mitgliedstaat der EMRK keine Universalzuständigkeit für Rechtsverfolgung gegen Folter vorsieht.⁴⁸⁵

Eines aber lässt sich sicher feststellen: Bei allen diesen Aspekten geht es um Verfahrensrecht, nicht um Verweisungsrecht. Das IPR als solches ist nicht unmittelbar betroffen, selbst wenn sich wirklich eine menschenrechtliche Ableitung begründen lässt. Transmissionsriemen müsste rechtstechnisch eine Kollisionsnorm sein, die bei menschenrechtlich fundierter Zuständigkeit die *lex fori* beruft.⁴⁸⁶

c) Menschenrechte und Internationales Schuldvertragsrecht

Menschenrechte können auch in Verträge hineinspielen. Denkbare Beispiele sind insbesondere im Arbeitsrecht Legion: Sklavenarbeit, Gefangenearbeit, Kinderarbeit, sex trafficking; Ausbeutung durch Hungerlöhne insbesondere in der Seeschifffahrt. Das IPR hält ein Mittel parat, um dagegen zu intervenieren: den ordre public des Art. 21 Rom I-VO. Menschenrechte zählen hinter den Grundrechten zum Kernbestand des

479 Siehe nur *Norbert Horn*, Neue Elemente eines internationalen Ordre public, *RabelsZ* 44 (1980), 423, 448 ff.; *dens.*, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2008, 209, 211.

480 *Marc-Philippe Weller/Kaller/Alix Schulz*, *AcP* 216 (2016), 387, 396; *Gerhard Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 749 mit 746 f.

481 *Gerhard Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 745 f.

482 *Gerhard Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 744-748; *Güngör* (Fn. 474), S. 108-113.

483 Insbesondere *Theresa Wilhelmi* (Fn. 449), S. 413-429.

484 Zum Verhältnis von Staatenimmunität und Menschenrechtsverletzungen eingehend *Peter Mankowski*, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit deutscher Zivilgerichte bei Menschenrechtsverletzungen, in: *Bernd von Hoffmann* (Hrsg.), *Universalität der Menschenrechte*, 2009, S. 139, 140-166.

485 EGMR 21.6.2016 – 51357/07 – *Abdennacer Naït-Liman c/Suisse*.

486 Vgl. *Donald Earl Childress III*, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, 44 *U.C. Davis L. Rev.* 11, 66 (2010); *Michael Stürner*, Die Rolle des Kollisionsrechts bei der Durchsetzung von Menschenrechten, *FS Dagmar Coester-Waltjen*, 2015, S. 843, 844, 847.

deutschen *ordre public* und sind auch europäische Kernwerte.⁴⁸⁷ Allerdings setzt der *ordre public* einen Inlandsbezug voraus, bevor er zum Einsatz kommen kann. Besondere Anknüpfungen, die sich gerade um Menschenrechtsverletzungen bekümmerten und aus den Menschenrechten heraus geboren wären, kennt das Internationale Schuldvertragsrecht der Rom I-VO nicht. Solche Ansätze sind zu keiner Zeit ernsthaft diskutiert oder auch nur angedacht worden.⁴⁸⁸ Art. 8 Rom I-VO wird als Regelanknüpfung normal angewendet, selbst wenn mögliche Menschenrechtsverletzungen durch arbeitgebende Subunternehmen in Rede stehen könnten.⁴⁸⁹

3. Völkerrechtliche Erstfragen im IPR

a) Grundsätzliches

Ein weiterer Berührungspunkt zwischen Völkerrecht und IPR sind völkerrechtliche Erstfragen in Tatbeständen des IPR. An erster Stelle steht dabei der Staatsbegriff. Der Staatsbegriff im IPR ist nicht unmittelbar an völkerrechtliche Schranken gebunden. Daraus folgt im IPR eine zweistufige Prüfung mit einer Trennung zwischen Völkerrecht und IPR.⁴⁹⁰ Das Völkerrecht hat insoweit durchaus Bedeutung für die Erstfragen, die sich im Rahmen des Anknüpfungspunktes im IPR stellen. Völkerrechtliche Erstfragen stellen sich im Prinzip nur beim Anknüpfungspunkt, dagegen grundsätzlich nicht – wie bei „klassischen“ Erstfragen⁴⁹¹ des IPR – beim Anknüpfungsgegenstand. Gemeinsam ist beiden Arten von Vor-Fragen aber die Präjudizialität für den Tatbestand der Kollisionsnorm. Die Präjudizialität ist notwendig, denn fehlte sie, so müsste man solche Vor-Fragen gar nicht stellen. Jedoch übernimmt das IPR die vom Völkerrecht erzielten Ergebnisse nicht *tels quels*, ohne sie zu hinterfragen. Vielmehr schaltet es hinter die völkerrechtliche Antwort eine zweite, genuin internationalprivatrechtliche Prüfung als Filter. Die Begriffsbildung im IPR ist insoweit autonom,⁴⁹² aber nicht völlig losgelöst von der völkerrechtlichen. IPR und Völkerrecht regeln unterschiedliche Materien: Völkerrecht Beziehungen zwischen Staaten oder zwischen Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten, IPR Beziehungen zwischen Privaten (sowie im Internationalen Wirtschaftsrecht zwischen Privaten und Staaten). Aus diesem unterschiedlichen

487 Siehe nur EuGH 28.3.2000 – Rs. C-7/98, Slg. 2000, I-1935, I-1965 f. Rn. 25, I-1969 Rn. 39 f. – Dieter Krombach/André Bamberski; Kurt Siehr, Der *ordre public* im Zeichen der europäischen Integration: Die Vorbehaltsklausel und die EU-Binnenbeziehung, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 424, 436; Wolfgang Wurmnest, *Ordre Public (Public Policy)*, in: Stefan Leible (ed.), *General Principles of European Private International Law*, 2016, S. 305, 319, 324; Julius v. Staudinger/Rainer Hausmann, BGB, Artt. 11-29 Rom I VO; 46b, 46c EGBGB, 2016, Art. 21 Rom I-VO Rn. 14.

488 Siehe z.B. Marc-Philippe Weller/Kaller/Alix Schulz, AcP 216 (2016), 387, 392 f.

489 Günstig (Fn. 474), S. 97 f.

490 Peter Mankowski, *Arbeitsverträge von Seeleuten im deutschen Internationalen Privatrecht*, RabelsZ 53 (1989), 487, 501; ders., *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im internationalen Privatrecht*, 1995, S. 481; Hugendubel, *Die Bestimmung des Arbeitsstatuts im Internationalen Seearbeitsrecht*, 1998, S. 145; Kropholler (Fn. 245), S. 54 (§ 8 II 1); Alexander Block, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen im staatsfreien Raum*, 2012, S. 40.

491 Zur Unterscheidung von Vor- und Erstfragen im IPR, erstere im anwendbaren Recht, letztere in der Kollisionsnorm der *lex fori* selber, Peter Winkler v. Mohrenfels, *Kollisionsrechtliche Vorfrage und materielles Recht*, RabelsZ 51 (1987), 20; Mankowski, in: v. Bar/Mankowski (Fn. 24), § 7 Rn. 182-186.

492 Siehe nur Kropholler (Fn. 245), S. 54 (§ 8 II 1); v. Hein, in: MünchKomm BGB (Fn. 296), Einl. IPR 48.

Regelungsgegenstand folgen unterschiedliche Perspektiven.⁴⁹³ Man muss gleichsam zwischen einer „Staatsdimension“ einerseits und einer „Privat- und Wirtschaftsdimension“ andererseits unterscheiden.⁴⁹⁴

b) Lokalisierung und völkerrechtliche Zuordnung von Orten

Für alle an einen Ort anknüpfenden Anknüpfungspunkte des IPR ist die Zuordnung dieses Ortes zu einem Staat unerlässlich. Denn ohne eine solche Zuordnung gäbe es konkret keine Rechtsfolge der jeweiligen Kollisionsnorm. Rechtsfolge einer Kollisionsnorm ist die Anwendung eines bestimmten staatlichen Rechts, nämlich des durch den Anknüpfungspunkt bezeichneten staatlichen Rechts. Ein Ort weist nur dann auf ein bestimmtes staatliches Recht, wenn er einem bestimmten Staat zugeordnet werden kann. Welchem Staat ein Ort zuzuordnen ist, regelt im Ausgangspunkt das Völkerrecht.⁴⁹⁵ Es regiert im Ausgangspunkt Inhalt und Kriterien von Territorialhoheit. Auch das europäische IPR und IZPR folgt für die Zuordnung von Orten oder Gebieten zu Staaten im Ausgangspunkt den Vorgaben des Völkerrechts.⁴⁹⁶ Das Völkerrecht ist ihm gleichsam „Personalstatut“ des Staates, „Staatsstatut“.⁴⁹⁷ Jedoch kennt das IPR keine absolute Bindung an die völkerrechtlichen Vorgaben. Vielmehr geht es vom Völkerrecht aus, unterzieht dessen Einspeisungen aber einer Kontrolle und Filterung nach seinen eigenen, internationalprivatrechtlichen Maßstäben und Bedürfnissen. Vier Konstellationen sind dabei für das IPR besonders in den Blickpunkt gerückt. Deren erste ist der Wechsel der Herrschaft über ein Gebiet. Besondere Probleme bereiten hier Okkupation und Annexion durch einen fremden Staat zum einen, Unabhängigkeitserklärung zum anderen und Usurpation durch Revolution oder lokale Warlords zum dritten. Deren zweite sind Failing States. Deren dritte sind staatsfreie Räume. Deren vierte betrifft die Zuordnung von Festlandsockel, Ausschließlicher Wirtschaftszone und Hoher See. Bei Schiffen ist, fünftens, die Abwägung zwischen Flaggenhoheit des Flaggenstaates und Territorialhoheit von Küsten- oder Hafenstaaten wichtig.

c) Unklarer Souverän

Okkupation, Annexion und Unabhängigkeitserklärung haben gemeinsam, dass der maßgebliche Souverän unklar ist. Okkupation meint militärische Besetzung, Annexion darüber hinausgehend den Versuch der Eingliederung des okkupierten Gebiets in das Staatsgebiet des Okkupators. Bedeutsamste Beispiele dafür sind in neuerer Zeit Pa-

493 Kilian Bälz, Zerfallende Staaten im internationalen Rechtsverkehr, Völkerrecht und Internationales Privatrecht, IPRax 2016, 531, 534 sowie Albert de La Pradelle, De la délimitation du Droit International Public et du Droit International Privé, Nouv. Rev. dr. int. pr. 1934, 9, 19.

494 Kilian Bälz, „Failing States“ im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 2015, 257; ders., IPRax 2016, 531, 534 f.

495 Siehe nur v. Bar, in: v. Bar/Mankowski (Fn. 24), § 3 Rn. 27.

496 EuGH 27.2.2002 – Rs. C-37/00 – Slg. 2002, I-2013, I-2042 f. Rn. 31-36 – Herbert Weber/Universal Ogden Services Ltd.; Frankenstein (Fn. 88), S. 113; H.L.J. Roelvink, Het continentaal plat als IPR-aanknopingspunt, in: Bundel opstellen aangeboden aan A.V.M. Struycken, 1996, S. 273, 282; Peter Mankowski, Europäisches Internationales Arbeitsprozessrecht – Weiteres zum gewöhnlichen Arbeitsort, IPRax 2003, 21 (21 f.); ders., Das Internationale Arbeitsrecht und die See – Die Fortsetzung folgt, IPRax 2005, 58, 60; André Huet, Note, Clunet 130 (2003), 661, 663; Theodor M. de Boer, Noot, Ned. Jur. 2005 Nr. 337 S. 2611, 2612; Marta Requejo Isidro, Nota, REDI 2005-1, 414, 417; Philipp Egler, Seerechtliche Streitigkeiten unter der EuGVVO, 2011, S. 165-168; Thomas Rauscher/Peter Mankowski, EuZPR/EuIPR, Brüssel Ia-VO, 4. Aufl. 2016, Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 36.

497 Kilian Bälz, Zerfallende Staaten im internationalen Rechtsverkehr: Völkerrecht und Internationales Privatrecht, IPRax 2016, 531, 534 f.

lästina und Ost-Jerusalem.⁴⁹⁸ Der UN-Sicherheitsrat oder die UN-Vollversammlung haben in mehreren Resolutionen die Annexion Ost-Jerusalems durch Israel missbilligt⁴⁹⁹ oder das Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser hervorgehoben.⁵⁰⁰ In ähnliche Richtung hat sich der ICJ geäußert.⁵⁰¹ Zudem spricht die Verwaltung der Palästinensischen Gebiete durch die Palästinensische Behörde dagegen, dass Israel eine rechtlich anerkannte Staatsgewalt über Ost-Jerusalem ausüben würde.⁵⁰² Die Generalversammlung der UN beschloss am 29.11.2012 die Palästinensergebiete als Beobachterstaat (non-member observer state) anzuerkennen. Diesen völkerrechtlichen Vorgaben wird zugeschrieben, dass sie sich prinzipiell auch im IPR fortsetzen können, z.B. indem ein gewöhnlicher Aufenthalt in Ost-Jerusalem kein gewöhnlicher Aufenthalt in Israel sei und deshalb nicht unter das HKÜ falle, obwohl Israel Vertragsstaat des HKÜ sei.⁵⁰³

Indes kann dies an den Bedürfnissen und an der Lebensrealität der Bevölkerung in den betroffenen Gebieten vorbeigehen.⁵⁰⁴ Gerade Okkupationsmacht kann besonders merklich und prägend sein. Auf annektierte Gebiete wird der annektierende Staat sein Recht mit besonderem Anspruch erstrecken, eben um seine Macht über diese Gebiete besonders deutlich zu machen.⁵⁰⁵ In ihrem Alltag wird die Bevölkerung das Recht des annektierenden Staates spüren und sich diesem beugen müssen, sei es auch nolens volens. Indem man auf das „alte“ Recht abstellte, würde man der Bevölkerung neue Ungerechtigkeit und neue Interessenwidrigkeit zumuten, wenn sich das „neue“ Recht faktisch durchgesetzt hat.⁵⁰⁶ Kein Amtsträger des „alten“ Staates wird im okkupierten Gebiet mehr für den „alten“ Staat amtieren können. Funktionen nehmen vielmehr nur die Amtsträger des „neuen“ Staates wahr. Unter Umständen kann die Bevölkerung von diesem „neuen“ Recht sogar profitieren, wenn es moderner und interessengerechter sein sollte als dasjenige aller Alternativen.⁵⁰⁷ Ob Völkerrechtsinstitutionen im

498 *Hans-Peter Gasser*, Kann Völkerrecht eine befriedigende Antwort auf eine unvorhergesehene Entwicklung geben? – Der Israel/Palästina-Konflikt als Beispiel, FS Daniel Thürer, 2015, S. 193 weist zu Recht auf die verkomplizierende Komponente hin, dass die Palästinenser nicht etwa Rückgabe an den ursprünglich zuständigen Staat Jordanien fordern, sondern Anerkennung eines neu entstehenden Staates Palästina.

499 Z.B. UN General Assembly Resolutions 38/180 (19 December 1983), 40/168 (16 December 1985), 43/54 (6 December 1988); UN Security Council Resolutions 252 (21 May 1968), 267 (3 July 1969), 271 (15 September 1969), 298 (25 September 1971), 476 (30 June 1980), 478 (20 August 1980).

500 UN General Assembly, The Right of the Palestinian People to Self-Determination, A/RES/69/165, 18 December 2014.

501 ICJ Advisory Opinion 9. July 2004, ICJ Rep. 2004, 136.

502 *Michael Leipold*, Urteilsanm., NZFam 2016, 144.

503 OLG München 18.12.2015, BeckRS 2016, 00052; AG Koblenz FamRZ 2013, 52; *Michael Leipold*, NZFam 2016, 144.

504 Zum Folgenden näher *Peter Mankowski*, Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR und IZVR, IPRax 2017, 347.

505 *v. Bar*, in: *v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 3 Rn. 31.

506 *v. Bar*, in: *v. Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 3 Rn. 32.

507 Siehe am Beispiel Palästina *Michael Karayanni*, The Quest for Creative Jurisdiction: The Evolution of Personal Jurisdiction Doctrine of Israeli Courts towards the Palestinian Territories, 29 Mich. J. Int'l. L. 665 (2008); *dens.*, Choice of Law under Occupation: How Israeli Law Came to Serve Palestinian Plaintiffs, (2009) 5 JPrIL 1; *dens.*, Conflicts in a Conflict – A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories, New York 2014; *dens.*, The Extraterritorial Application of Access to Justice Rights: On the Availability of Israeli Courts to Palestinian Plaintiffs, in: *Horatia Muir Watt/Diego P. Fernández Arroyo* (eds.), Private International Law and Global Governance, Oxford 2014, S. 211; *David Kretzmer*, The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel, Int. Rev. of the Red Cross 2012, 207.

fernen New York den Staat des „neuen“ Rechts als den „falschen“ Staat ansehen und den Staat, welchem die Gebiete vor der Annexion zugehörten, als den „richtigen“, mag für das Völkerrecht wichtig sein, für das Privatrecht und das IPR ist es dies nicht. Privatrecht und IPR befassen sich mit den Lebensverhältnissen betroffener Privater. Sie erkennen die rechtliche Realität unabhängig von deren Rechtmäßigkeit an und orientieren sich an den Bedürfnissen der Betroffenen.⁵⁰⁸ Nur in der Vergangenheit geltendes Recht ist ihnen kein richtiges Recht, während sie sich umgekehrt kein Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Moralität von Recht anmaßen. Es zählt konkrete Effektivität, weder abstrakte Effektivität noch abstrakte Legitimität.⁵⁰⁹ Das Selbstbestimmungsrecht der Völker ist ein hehres Postulat,⁵¹⁰ aber dann, wenn es faktisch missachtet wird, nur ein normativer Gedanke, wie eine Lage sein sollte – aber eben nicht ist. Privatrecht muss sich aber an Rechtsdurchsetzungsmacht und positiver Ist-Lage, nicht normativer Soll-Lage orientieren. Anderenfalls produzierte es hinkende Rechtsverhältnisse, die aus der Sicht eines Staates gültig wären, aus der Sicht eines anderen Staates aber nicht. Das wäre Außenpolitik auf dem Rücken der betroffenen Privaten.

In diesem Punkt gibt es also einen durchaus eigenständigen, von jenem des Völkerrechts abweichenden Staatsbegriff des IPR.⁵¹¹ Ein Völkerrechtsverstoß liegt darin nicht. Denn auch das Völkerrecht kann Flexibilität zeigen und Rücksicht auf die Interessen der betroffenen Menschen nehmen.⁵¹² Jenseits außenpolitischer Interessen einzelner Staaten können de facto-Regimes auch aus völkerrechtlicher Sicht relevant sein.⁵¹³ Fehlende internationale Anerkennung macht de facto-Regimes nicht per se illegitim.⁵¹⁴ Und vor allem: Fehlende internationale Anerkennung schafft solche Regimes nicht aus der Welt. Nichtanerkennung provoziert im Gegenteil nur einen Widerspruch zwischen „Papierlage“ und Realität. Nichtanerkennung führt zu hinkenden Rechtsverhältnissen, letztlich aus Dogmatismus.

508 BGH IPRspr. 1966/67 Nr. 14, S. 51; *Friedrich Alexander Mann*, Völkerrecht im Prozeß, StJZ 1950, 546; *Hans Stoll*, Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts, BerDGesVR 4 (1961), 131, 150; *Wilhelm Knittel*, Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im Internationalen Privatrecht, 1963, S. 84-99; *Christoph Engel*, Die Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das Internationale Privatrecht, FS Dietrich Rothoef, 1994, S. 87, 92-95; *Daniel Busse*, New Political Entities and the Conflict of Laws – A German View, in: *Amos Shapira/Mala Tabory* (eds.), New Political Entities in Public and Private International Law, The Hague/Boston/London 1999, S. 115, 117 f.; v. *Bar*, in: v. *Bar/Mankowski*, (Fn. 24), § 3 Rn. 28, 32.

509 *Christoph Engel*, FS Dietrich Rothoef, 1994, S. 87, 92-95.

510 ICJ Advisory Opinion 16 October 1975, ICJ Rep. 1975, 12 –Western Sahara; EuGH 21.12.2016 – Rs. C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973 Rn. 88-91 – Rat/Front Polisario (dazu *Alan Hervé*, La Court de Justice de l’Union européenne comme juge de droit commun du droit international public?, RTDEur 2017, 23).

511 *Busse*, in: *Shapira/Tabory* (Fn. 486), S. 115, 117 f.

512 Grundlegend ICJ Advisory Opinion 21 June 1971, ICJ Rep. 1971, 16 para. 125 – Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970).

513 Grundlegend *Jochen Abraham Frowein*, Das de-facto-Regime im Völkerrecht, 1968; außerdem z.B. *Georg Nolte*, Faktizität und Subjektivität im Völkerrecht – Anmerkungen zu Jochen Froweins „Das de-facto-Regime im Völkerrecht“ im Licht aktueller Entwicklungen, ZaöRV 75 (2015), 715.

514 *Otto Luchterhandt*, Transnistrien vor und nach dem Regimewechsel in Kiew und Russlands Krim-Annexion, osteuropa recht 2016, 4, 28.

d) *Failing States*

Bei Failing States gibt es die Besonderheit, dass die bisherige Staatsgewalt erschüttert und delegitimiert ist, ohne dass sich an ihrer Stelle eine klare Alternative für den Gesamtstaat abzeichnen oder gar etablieren würde.⁵¹⁵ Dabei sind mehrere Varianten vorstellbar.

Zum einen kann der gesamte Staat im Chaos versinken. An die Stelle des „alten“ Rechts tritt nichts Neues. Andererseits usurpiert niemand hinreichend die Kompetenz, um das „alte“ Recht aufzuheben. Als immer noch relativ bessere Alternative zur kompletten Rechtlosigkeit geht eine Verweisung auf das Recht eines solchen Failing State immer noch auf das bisherige Recht. Ansonsten ginge sie ins Leere. Dem Failing State fehlt es zwar definitionsgemäß an der Staatsgewalt, aber das IPR muss hier auf der zweiten Stufe auf die Handhabbarkeit seiner Anknüpfungen achten. Allenfalls wäre denkbar, dass man wegen Nichterfüllbarkeit des primären Anknüpfungsbefehls auf einen subsidiären Anknüpfungsbefehl zurückfiele und die *lex fori* als Ersatzrecht heranzöge.

Zum anderen können sich regionale oder lokale Autoritäten entwickeln. Soweit diese in ihrem Machtbereich wirklich ihre vom „alten“ Recht abweichenden Rechtsvorstellungen durchzusetzen vermögen, zählt die tatsächliche Durchsetzungsmacht. Deren bloße Regionalität oder Lokalität ist in dem von Artt. 4 Abs. 3 EGBGB; 22 Rom I-VO; 25 Rom II-VO; 14 Rom III-VO; 36; 37 EuErbVO; 33; 34 EuGüVO; 33; 34 EuPartVO gezogenen Rahmen abzubilden. Ansonsten, d.h. wenn auch regional oder lokal keine neuen Rechtsmaßstäbe etabliert werden, ist mangels Alternative das „alte“, zumindest auf dem Papier fortgeltende Recht anzuwenden.

e) *Territorialgewässer, Ausschließliche Wirtschaftszone, Hohe See*

Für die seeseitige Abgrenzung staatlicher Macht gibt die UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) das Regime vor. Sie unterscheidet Territorialgewässer, die sicher der Territorialhoheit des Küstenstaates unterfallen, von der Hohen See, die eben keinem Staat zuzuordnen ist. Dazwischen kennt sie, eine ihrer wichtigen Neuerungen gegenüber dem vorherigen Rechtszustand, den Kontinentalschelf und die Ausschließliche Wirtschaftszone. Den Kontinentalschelf behandelt sie als Territorialgewässer. Die Ausschließliche Wirtschaftszone ist dagegen kein volles Territorialgewässer. Indes hat der Küstenstaat in ihr nach Artt. 56; 60 UNCLOS exklusive Rechte. Allerdings sind diese Rechte sachlich nicht umfassend, sondern nur begrenzt. Diese limitierte Zuordnung sollte aber für die Zwecke des Internationalen Privatrechts nicht hindern, die Ausschließliche Wirtschaftszone dem Küstenstaat zuzuschreiben.⁵¹⁶ Die wenig erfreuliche Alternative wäre die Annahme staatsfreien Gebiets. Staatsfreies Gebiet stellt

515 Näher *Daniel Thürer/Matthias Herdegen/Gerhard Hohloch*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, *BerDGesVR* 34 (1996); *Robin Geiß*, „Failed States“ – Die normative Erfassung gescheiterter Staaten, 2005; *Neyire Akpınarlı*, The Fragility of the ‚Failed State‘ Paradigm, Leiden/Boston 2010.

516 Eingehend *Wolfgang Wurmnest*, The Law Applicable on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone, in: *Jürgen Basedow/Uwe Kischel/Ulrich Sieber* (eds.), German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2010, S. 371 = *Ocean Yb.* 25 (2011), 311; *ders.*, Windige Geschäfte? Zur Bestellung von Sicherungsrechten an Offshore-Windkraftanlagen, *RabelsZ* 72 (2008), 236.

die Verweisungsnormen des IPR, deren Rechtsfolge die Anwendung eines bestimmten staatlichen Rechts ist, aber stets vor besondere Herausforderungen und bringt sie in besondere Nöte. Die Hohe See ist unvermeidlich kein staatliches Gebiet. Für die Ausschließliche Wirtschaftszone lässt sich die Not aber vermeiden.

f) *Schiffe im Besonderen*

Die Zuordnung von Orten oder Gebieten zu einem Staat kann auf Grund jeder Art völkerrechtlicher Hoheit erfolgen. Territorialhoheit ist nicht erforderlich. Flaggenhoheit als dritte Hoheitsform (neben Territorialhoheit und Personalhoheit) reicht dem Völkerrecht für eine Zuordnung des Schiffes zu dessen Flaggenstaat aus und sollte daher auch dem IPR ausreichen. Dass Art. 91 UN-SeeRÜbk. 1982 die Flaggenhoheit völkerrechtlich kodifiziert, ist richtig, besagt für sich aber noch nichts Ausschlaggebendes, sondern bedarf noch der Transmission und Überleitung in das IPR.⁵¹⁷ Anders als bei okkupierten und annektierten Gebieten geht es hier aber nicht um konkurrierende Hoheitsansprüche, von denen einer formal, der andere aber faktisch stärker ist. Vielmehr geht es darum, überhaupt zuzuordnen und so den betroffenen Privaten einen Rechtsrahmen zur Orientierung zu eröffnen.

Eine Abwägung zwischen der Flaggenhoheit einerseits und der Territorialhoheit der Anrainerstaaten andererseits scheint geboten, soweit Schiffe unter Territorialhoheit eines Staates stehende Gewässer durchfahren.⁵¹⁸ Indes fällt diese Abwägung völkerrechtlich dahin aus, dass zwar grundsätzlich Hafen- und Anrainerstaaten die Hoheit hätten, diese aber grundsätzlich nur dann ausüben, wenn von den inneren Angelegenheiten des Schiffes ihre Belange beeinträchtigt zu werden drohen. Die *inneren* Angelegenheiten des Schiffes und des Schiffsbetriebs werden grundsätzlich dem Flaggenstaat überlassen.⁵¹⁹ Zu den inneren Angelegenheiten zählen insbesondere arbeitsrechtliche Streitigkeiten.⁵²⁰ Dies gilt selbst in Häfen.⁵²¹ Solange die Würde des Hafenstaates oder die Ruhe des Hafens nicht berührt sind, also solange keine externen Effekte eintreten, überlässt die Staatenpraxis die inneren Angelegenheiten selbst dort der Regulierung durch den Flaggenstaat.⁵²² Umso mehr gilt es bei Fahrt nur durch Ausschließliche Wirtschaftszonen, wo die Belange des Anrainerstaates weniger berührt sind.⁵²³ In jedem Fall gibt es dort konkurrierende Hoheitsansprüche von Anrainer- und Flaggenstaat und keine exklusive, verdrängende Jurisdiktion des Anrainerstaates.⁵²⁴

517 *Peter Mankowski*, Urteilsanm., AP H. 1/2011 Art. 18 EuGVVO Nr. 1 Bl. 6R, 7.

518 Siehe nur *Felipe Temming*, Urteilsanm., jurisPR-ArbR 15/2010 Anm. 6 sub C.

519 Siehe nur *John C. Colombos*, *International Law of the Sea*, 6. Aufl. 1967, S. 326 § 350; *Robin Ralf Churchill/Alan Vaughan Lowe*, *Law of the Sea*, 3. Aufl. 1999, S. 65-68.

520 Siehe nur *Inken v. Gadow-Stephani*, *Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot*, 2006, S. 204.

521 Siehe nur *Churchill/Vaughan Lowe* (Fn. 519), S. 65 f.

522 Siehe nur *Louis B. Sohn/Kristen Gustafson*, *The Law of the Sea in a Nutshell*, 1984, S. 86; *Churchill/Lowe* (Fn. 519), S. 65 f.; *Haijiang Yang*, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Waters and the Territorial Sea*, 2006, S. 84.

523 Eingehend *Haijiang Yang*, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Waters and the Territorial Sea*, 2006; außerdem *Mankowski*, AP H. 1/2011 Art. 18 EuGVVO Nr. 1 Bl. 6R, 8R.

524 Artt. 217; 218; 220 UNCLOS 1982; *Cord Hasselmann*, *Die Freiheit der Handelsschifffahrt*, 1987, S. 360; *Rainer Lagoni*, *Der Hamburger Hafen, die internationale Handelsschifffahrt und das Völkerrecht*, AVR 26 (1988), 261, 335; *Haijiang Yang* (Fn. 522), S. 84.

g) Rechtsverhältnisse von Flüchtlingen

Berührungspunkte zwischen IPR und Völkerrecht gibt es zudem beim Personalstatut der Flüchtlinge.⁵²⁵ Art. 12 Abs. 1 Genfer FlüchtlingsKonv.⁵²⁶ enthält eine eigene Kollisionsnorm, vom europäischen Recht akzeptiert,⁵²⁷ und knüpft an den Wohnsitz an, heute zumindest in Deutschland weitgehend als gewöhnlicher Aufenthalt begriffen.⁵²⁸ Art. 12 Abs. 2 S. 1 Genfer FlüchtlingsKonv. dagegen beantwortet eine völkerrechtliche Erstfrage im IPR.⁵²⁹ Er verpflichtet die Vertragsstaaten zur Anerkennung der von einem Flüchtling bisher erworbenen und sich aus seinem Personalstatut (genauer: aus seiner personenrechtlichen Stellung⁵³⁰) ergebenden Rechte, insbesondere solche aus einer Eheschließung.

3. Gleichbehandlungsgebot unter Staaten und Meistbegünstigung

Das Verhältnis von völkerrechtlicher Meistbegünstigung und europäischem IPR/IZVR ist facettenreich. Immer wieder stellt sich die Grundfrage, inwieweit das Unionsrecht etwas so Spezifisches hat, dass seine Vorteile Drittstaaten nicht weitergegeben werden dürfen.⁵³¹ Bei allseitigen Kollisionsnormen stellt sich kein Problem. Dort werden Binnenmarkt- und Drittstaaten Sachverhalte gleich behandelt. Spezifisches Binnenmarkt-IPR wirft dagegen die Meistbegünstigungsfrage auf, insbesondere soweit es sich des Herkunftslandprinzips befleißigt. Direkt aus Grundfreiheiten fließt das Herkunftslandprinzip nicht, sodass insoweit keine Schranke bestehen kann. Auch im Übrigen können Grundfreiheiten kaum Schranken ziehen, da sie primär als Abwehrrechte gegen die Mitgliedstaaten, aber kaum als Ausgrenzungen Dritter gedacht sind. Altverträgen der Mitgliedstaaten räumt Art. 351 Abs. 1 AEUV den Vorrang ein. Daran ändert auch Art. 351 Abs. 3 AEUV nichts, der im Konfliktfall hinter Art. 351 Abs. 1 AEUV zurückstehen muss. Meistbegünstigungsklauseln in Altverträgen können also durchaus Wirkungen auch hinsichtlich des europäischen IPR/IZVR entfalten. Insbesondere lässt sich feststellen: Das Herkunftslandprinzip ist grundsätzlich im Prinzip qua Meistbegünstigung zu übertragen, soweit Meistbegünstigung sachlich einschlägig ist.⁵³² Im Wettbewerbsrecht wird dies virulent, soweit Meistbegünstigung im Warenverkehr gewährt wird. Die Gründungstheorie ist ebenfalls im Prinzip qua Meistbegünstigung zu erstrecken, soweit Meistbegünstigung sachlich einschlägig ist.⁵³³ Dafür reicht Meistbegünstigung im reinen Handels- und Leistungsbereich nicht aus. Sobald

525 Näher *Vincent Chetail*, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: Histoire d'une brève rencontre*, *Clunet* 141 (2014), 447.

526 Geneva Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, 189 UNTS 150; New York Protocol relating to the Status of Refugees of 31 January 1967, 606 UNTS 267.

527 *Peter Mankowski*, *Dual and Multiple Nationals, Stateless Persons, and Refugees*, in: *Stefan Leible* (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn 2016, S. 189, 206 f.

528 So korrekt *öBGBI.* 1955/55 S. 403; AS 1955, 443.

529 Näher *Marc-Philippe Weller*, *Migrationsbewegungen und Internationales Privatrecht*, in diesem Band, S. 247 f.

530 So korrekt *öBGBI.* 1955/55 S. 403; AS 1955, 443.

531 Eingehend *Peter Mankowski*, *Völkerrechtliche Meistbegünstigung und europäisches IPR/IZVR*, in: *Stefan Leible/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, S. 235, 245-258.

532 Näher *Mankowski* (Fn. 531), S. 235, 258-260.

533 Näher *Mankowski* (Fn. 531), S. 235, 260-265.

Meistbegünstigung aber im Niederlassungsbereich gewährt ist, stellt sich die Frage mit Nachdruck.

4. Comitas/comity?

Historisch mag man Verbindungslinien zwischen IPR und Völkerrecht bei der comitas oder comity vermuten.⁵³⁴ Schließlich galt diese den niederländischen Kollisionsrechtlern des 17. Jahrhunderts als Grundlage für die Anwendung fremden Rechts.⁵³⁵ Jedoch heißt dies für die konkrete Ausgestaltung von Kollisionsnormen nichts, es sei denn, man wollte die Mehr- oder Allseitigkeit von Kollisionsnormen als etwas Besonderes und nicht Typisches bewerten. Schon *Savigny* sah die Gleichstellung ausländischer und inländischer Rechtsquellen auf der Rechtsfolgende „als freundliche Zulassung unter souveränen Staaten, nämlich als Zulassung ursprünglich fremder Quellen, aus welchen die einheimischen Gerichte die Beurteilung mancher Rechtsverhältnisse zu schöpfen haben“;⁵³⁶ er schränkt dies jedoch sogleich ein: „Nur darf diese Zulassung nicht gedacht werden als Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür, die zugleich als zufällig wechselnd und vorübergehend zu denken wäre. Vielmehr ist darin eine eigenthümliche und fortschreitende Rechtsentwicklung zu erkennen.“⁵³⁷ Comitas dient eben nur als Begründung der Gleichstellung in- und ausländischen Rechts, nicht als völkerrechtsinduziertes Fundament.⁵³⁸ *Savigny* zieht eben aus dem Bezug keine einzige der denkbaren Folgerungen.⁵³⁹ Zudem begründet bloße Comitas eben gerade keine völkerrechtliche *Verpflichtung*.⁵⁴⁰

5. Eingriffsnormen

a) Grundsätzliches

Eingriffsnormen scheinen ein natürliches Berührungsfeld für Völkerrecht und IPR. Schließlich schlagen sich in Eingriffsnormen per definitionem (heute des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO) öffentliche, überindividuelle Interessen des jeweils normsetzenden Erlassstaates nieder. Eingriffsnormen sind – in der Terminologie des deutschen Rechts – gleichsam das Einfallstor des öffentlichen Rechts in das IPR. Die besondere Behandlung von Eingriffsnormen beruht darauf, dass sie Ausdruck staatlicher Souveränität sind,⁵⁴¹ eben das „politische“, „streng positive“, (von den Zwecken des genuinen Privatrechts her) „anomalische“ Recht *Savignys*.^{542,543} Sie haben deutlich öffentlichrechtlichen Charakter, wenn man die Abgrenzungskriterien zwischen öffentlichem und

534 Zur Rolle von Comity im heutigen IPR aus englischer Sicht *Adrian Briggs*, *The Role of Comity in Private International Law*, *Rec. des Cours* 354 (2011), 69.

535 *Ulricus Huber* (Fn. 28); *Paul Voet* (Fn. 26), sect. IV cap. II num. 17.

536 V. *Savigny* (Fn. 11), S. 28.

537 V. *Savigny* (Fn. 11), S. 29.

538 *Neuhaus*, *GYIL* 21 (1978), 60, 62.

539 *Max Gutzwiller*, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, 1923, S. 44; zustimmend *Egon Lorenz*, *Zur Struktur des Internationalen Privatrechts*, 1977, S. 49 f.

540 Siehe nur *Otto Fischer*, *Jher.Jb* 65 (1915), 125, 138.

541 Nachdrücklich insbesondere *Jacques Foyer*, *Lois de police et principe de souveraineté*, *Mélanges Bernard Audit*, 2014, S. 339.

542 V. *Savigny* (Fn. 11), S. 32-39, 248, 269, 275 f.

543 *Wulf-Henning Roth*, *Savigny, Eingriffsnormen und die Rom I-Verordnung*, *FS Gunther Kühne*, 2009, S. 859, 866.

Privatrecht nach deutschen Maßstäben anlegen würde.⁵⁴⁴ Dies heißt aber nicht notwendig, dass mit ihnen automatisch das Völkerrecht Einzug halten würde. Denn Eingriffsnormen operieren mit ihren extraterritorialen Anwendungsansprüchen oftmals an den Grenzen des Völkerrechts. Ihre Völkerrechtskonformität steht oft in Frage. Umgekehrt verlangt Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO nicht, dass eine Eingriffsnorm des Erfüllungsortsrechts völkerrechtskonform sein müsste. Eine entsprechende Vorprüfung ist dort nicht vorgeschrieben. Die Völkerrechtskonformität mag ein Aspekt für die Gültigkeit der Eingriffsnorm im Recht ihres Erlassstaates sein. Das ist aber eine Frage an das Recht des Erlassstaats und den Rang, den Völkerrecht innerhalb dieses Rechts genießt, nicht an das Kollisionsrecht des Forumstaates. Die Völkerrechtskonformität der Eingriffsnorm mag außerdem ein Faktor bei der Ermessensausübung sein, aber mehr auch nicht. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO erwähnt sie nirgends ausdrücklich und hebt sie nirgends hervor.

b) *Comitas und Sonderanknüpfung*

Comitas wird bemüht, um eine „freundliche“ Sonderanknüpfung forumfremden Eingriffsrechts ins Werk zu setzen.⁵⁴⁵ Dies soll im Sinne eines hard values approach oder einer Bilateralisierung insbesondere ins Spiel kommen, wenn Forumstaat und Erlassstaat der Eingriffsnorm kongruente Werte und Wertentscheidungen verfolgen.⁵⁴⁶ Mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO lässt sich dieser offene und eingriffsnormenfreundliche Ansatz nicht mehr vereinbaren. Denn aus Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ist ein Umkehrschluss zu ziehen, dass eine Sonderanknüpfung anderer forumfremder Eingriffsnormen als jener des Erfüllungsortsrechts ausgeschlossen ist.⁵⁴⁷ Freundlichkeit muss hinter klaren Vorgaben des forumeigenen Kollisionsrechts zurückstehen. Eine Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen eines tatsächlich erfolgten Eingriffs auf der sachrechtlichen Ebene ist etwas anderes als normative Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht auf der kollisionsrechtlichen Ebene und bleibt möglich.⁵⁴⁸

544 Jörg Menzel (Fn. 117), S. 186-188.

545 Karl Matthias Meessen, AöR 110 (1985), 398, 409 f., 416-418; ähnlich Ernst-Joachim Mestmäcker, Staatliche Souveränität und offene Märkte, RabelsZ 52 (1988), 205, 207; Ulrich Ehrlicke, Zu den kollisionsrechtlichen Auswirkungen einer fremden bankenrechtlichen Liquidation in Österreich, IPRax 1994, 382, 385; Ralf Michaels, Anerkennung internationaler Schiedssprüche und ordre public, ZfRV 1999, 5, 6.

546 Bernhard Großfeld/Andrew Rogers, A shared values approach to jurisdictional conflicts in international economic law, (1983) 32 ICLQ 931, 939, 943; ähnlich Michael Martinek, Das internationale Kartellprivatrecht, 1987, S. 52; Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker/Eckard Rehlinger, GWB, 3. Aufl. 2001, § 130 Abs. 2 GWB Rn. 241 zum einen und Annie Toubiana, La domaine de la loi du contrat en droit international privé, 1972, S. 231, 258 et passim sowie Paul Heinrich Neuhaus, Buchbesprechung, RabelsZ 33 (1969), 195; Schurig (Fn. 210) S. 321-330 zum anderen.

547 Siehe nur EuGH 18.10.2016 – Rs. C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 Rn. 40-50 – Grigorios Nikiforidis/Republik Griechenland; CA Paris 25.2.2015, D. 2015, 1260 note Matteo M. Winkler/Arnaud Lacombe; Basedow, Rec. des Cours 360 (2013), 9, 333; Peter Mankowski, Drittstaatliche Embargonormen, Außenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall, IPRax 2016, 485, 487; ders., Urteilsanm., RIW 2016, 815.

548 EuGH 18.10.2016 – Rs. C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 Rn. 51 f. – Grigorios Nikiforidis/Republik Griechenland; Mankowski, RIW 2016, 815, 816; Konrad Duden, Urteilsanm., EuZW 2016, 943 f.; Thomas Pfeiffer, Urteilsanm., LMK 2016, 382315; Sophie Lemaire/Louis Perreau-Saussine, Applicabilité du règlement „Rome I“ et prise en consideration des lois de police étrangères: la CJUE met en danger la sécurité contractuelle, JCP G 2017, 94, 95-97.

6. Völkergewohnheitsrechtliche Gebote und Verbote für das IPR?

a) Grundsätzliches

Theoretisch kann Völkergewohnheitsrecht, in Deutschland als allgemeine Regel des Völkerrechts über Art. 25 GG, den Staaten bei der Ausgestaltung und Anwendung ihres IPR Grenzen ziehen.⁵⁴⁹ Theoretisch könnte sich sogar aus dem IPR selbst heraus eine die Möglichkeiten des IPR begrenzende allgemeine Regel des Völkerrechts bilden.⁵⁵⁰ Jedoch muss eine solche Regel eben als Regel und als verbindlich nachgewiesen werden. Für einzelne kollisionsrechtliche Sätze wird insbesondere ob ihrer faktisch weltweiten Verbreitung in den nationalen Kollisionsrechten eine Geltung als Völkergewohnheitsrecht angedacht. Um Völkergewohnheitsrecht zu sein, müssten sich *consuetudo longa* und *opinio communis* zusammenfinden. Diesen müsste sich zusätzlich ein Bewusstsein der Bindung seitens der Staaten hinzugesellen, schon weil jede bindende Regel den Handlungsspielraum und die Rechtssetzungsfreiheit der Staaten beeinträchtigen würde.⁵⁵¹ Ganz ausnahmsweise mag ein nationaler Gesetzgeber in den Materialien zu einer nationalen Kollisionsnorm dokumentieren, dass er sich völkerrechtlich gebunden fühle, weil er alternative Optionen als (angeblich) nicht völkerrechtskonform verwarf.⁵⁵² Die bloße Existenz einer Kollisionsnorm drückt nicht per se aus, dass der betreffende Gesetzgeber glaubte, völkerrechtlich nicht anders legislieren zu dürfen.⁵⁵³ Sachlich-inhaltlich übereinstimmende Kollisionsnormen mögen allenfalls gemeinsames oder gemeines Recht sein, die höhere Qualität als Völkergewohnheitsrecht gewinnen sie dadurch aber nicht per se.⁵⁵⁴ Denn jeder Staat wäre sanktionslos frei, sie aufzugeben oder abzuändern.⁵⁵⁵ Vielmehr ist ein Nachweis erforderlich, dass die Übereinstimmung in der Staatenpraxis als völkerrechtlich geboten und verbindlich angesehen wird.⁵⁵⁶ Dass die meisten nationalen Kodifikationen (auch) lokale Varianten einer gemeinsamen IPR-Tradition sind und insbesondere die Verweisungsmethode samt den ihr innewohnenden Fragen des Allgemeinen Teils des IPR umsetzen,⁵⁵⁷ macht diese Tradition nicht rechtlich bindend. Ein völkerrechtliches Gebot zu allseitigen Anknüpfungen oder gar zur Beachtung des *renvoi* abzuleiten⁵⁵⁸ bricht sich an der Realität vielfältiger einseitiger Kollisionsnormen in nahezu allen Rechtsordnungen und an der *renvoi*-Feindlichkeit vieler Kollisionsrechtsordnungen. Rom I-, Rom II- und Rom III-VO stünden ansonsten wegen ihrer *renvoi*-Feindlichkeit in Konflikt mit dem Völkerrecht. Auch internationale Entscheidungsharmonie, dass man möglichst internationalisierungsfähige Anknüpfungen herstellen solle, transportiert zwar Reste univer-

549 PCIJ PCIJ Series A 20/21 (1929), 41 – Serbian and Brazilian Loan Cases; BVerfG WM 2008, 2035, 2036; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht I/1, 2. Aufl. 1989, S. 323; Kurt Siehr, Internationales Privatrecht, 2001, S. 365.

550 BVerfG WM 2008, 2035, 2036.

551 Siehe nur Matthias Herdegen, Völkerrecht, 14. Aufl. 2015, § 3 Rn. 9.

552 Karl Matthias Meessen, Kollisionsrecht als Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts: völkerrechtliches Minimum und kollisionsrechtliches Optimum, FS F.A. Mann, 1977, S. 227, 230.

553 Meessen, FS F.A. Mann, 1977, S. 227, 229; siehe auch Ago, Rec. des Cours 58 (1936 IV), 243, 290.

554 BVerfG WM 2008, 2035, 2036; Meessen, FS F.A. Mann, 1977, S. 227, 229 f.; Neuhaus (Fn. 111), S. 74 (§ 8 II 2); siehe auch Ago, Rec. des Cours 58 (1936 IV), 243, 289.

555 Leo Srisower, Einige Bemerkungen über Staatsverträge, welche die Rechtslage der Individuen betreffen, [öst] ZÖR 3 (1924), 272; siehe auch Satter, [öst]ZÖR 7 (1928), 45, 51 f.

556 BVerfG WM 2008, 2035, 2036; Meessen, FS F.A. Mann, 1977, S. 227, 230.

557 Siehr, FS Erik Jayme, 2004, S. 873, 875 f.

558 Dahin tendenziell Götz Schulze, in: Online-Großkommentar zum BGB Art. 3 EGBGB Rn. 16 (Okt. 2016).

salistischen Gedankenguts, weil sie letztlich auf gemeinschaftliche Werte abzielt.⁵⁵⁹ Sie hat aber eher kantische⁵⁶⁰ Anklänge⁵⁶¹ und ist eine philosophisch-politische Maxime, kein bindendes Gebot des Völkerrechts.⁵⁶² Der Kollisionsrechtssetzer ist frei, interne Entscheidungsharmonie höher zu gewichten als internationale. Internationale Entscheidungsharmonie ist nur eines unter mehreren Ordnungsinteressen,⁵⁶³ und noch die Ordnungsinteressen sind nur eine von drei internationalprivatrechtlichen Kategorien und insgesamt fünf Kategorien an Interessen.⁵⁶⁴ Darin liegt keine Völkerrechtsvergesenheit des IPR.⁵⁶⁵

Die Liste angeblich dem Völkerrecht entstammender Sätze für das IPR ist lang und, nach einzelnen Autoren divergierend, variantenreich. Einige Sätze sind dabei so allgemein und inhaltsarm, dass man speziell ihnen mangels hinreichender Konturenschärfe kein echtes Gebot entnehmen könnte, selbst wenn man abstrakt die Möglichkeit völkergewohnheitsrechtlicher Vorgaben für das IPR anzuerkennen bereit wäre.⁵⁶⁶

b) *Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht*

Prominentestes Beispiel ist traditionell die Situs-Regel, die Berufung der *lex rei sitae* im Internationalen Sachenrecht, präziser: im Internationalen Immobiliarsachenrecht.⁵⁶⁷ An dem Gefühl, insoweit gegenüber anderen Staaten gebunden zu sein und nicht einseitig abweichend legiferieren zu können, fehlt es hier aber.⁵⁶⁸ Deutlichster Ausweis dafür sind Durchbrechungen der Anknüpfung an die *lex rei sitae*: das Gewähren von Parteiautonomie einerseits, objektive Ausweichklauseln wie Art. 46 EGBGB andererseits, Spezialregeln wie Art. 44 EGBGB (deliktische Anknüpfung für Grundstücksimmissionen, sei es auch mit Rücksicht auf die Rom II-VO) zum dritten.⁵⁶⁹ Die

559 *de Boer*, NILR 2010, 183, 196 f.

560 Zur Bedeutung Kants für das IPR allgemein *Gian Paolo Romano*, *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de justice*, FS Ivo Schwander, St. Gallen 2011, S. 613; *ders.*, *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de justice*, Clunet 139 (2012), 67 sowie *Kurt Siehr*, *Philosophical Aspects of Private International Law*, Festschrift Helge Johan Thue, Oslo 2007, S. 440.

561 Siehe nur *Rodolfo de Nova*, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, Rec. des Cours 118 (1966 II), 435, 463; *Neuhaus* (Fn. 111), S. 54 f. (§ 6 III 2); *Friedrich K. Juenger*, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht 1993, S. 39.

562 Dahin aber *Götz Schulze*, in: OGK BGB (Fn. 387), Art. 3 EGBGB Rn. 28.2 (Okt. 2016).

563 Grundlegend *Gerhard Kegel*, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, FS Hans Lewald, 1953, S. 259, 277; *Schurig*, in: *Kegel/Schurig* (Fn. 9), S. 139-141 (§ 2 II 3 a).

564 Grundlegend *Kegel*, FS Hans Lewald, 1953, S. 259, 274-279; *Schurig*, in: *Kegel/Schurig* (Fn. 9), S. 128-158 (§ 2 I-IV).

565 Anders *Götz Schulze*, *Diskussionsbeitrag zu diesem Referat*, in diesem Band, S. 138-139

566 *Otto Fischer*, *Die Methode der Rechtsfindung im internationalen Recht*, JherJb 65 (1915), 125, 137.

567 *Kahn*, JherJb 40 (1898), 1, 40 f.; *Max Gutzwiller*, *International-Privatrecht*, in: *Rudolf Stammler* (Hrsg.), *Das gesamte deutsche Recht*, Bd. I, 1931, S. 1515, 1554; *Arthur Nussbaum*, *Grundzüge des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, 1952, S. 8; *Werner Niederer*, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3. Aufl. 1961, S. 107; *Bleckmann* (Fn. 215), S. 42; *Gerhard Dannemann*, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, 2004, S. 55 f. sowie *Wilhelm Wengler*, *Völkerrecht*, Bd. II, 1964, S. 945; vgl. auch *Frankenstein*, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, Bd. II, 1929, S. 9.

568 *Makarov*, *Mélanges Georg Streit*, Bd. I, Athen 1939, S. 535; *Alexander N. Makarov*, *Völkerrecht und Internationales Privatrecht*, *Mélanges Georg Streit*, Bd. I, Athen 1939, S. 535, 548 f.; *ders.*, *Internationales Privatrecht und Völkerrecht* in: *Karl Strupp/Hans Jürgen Schlochauer* (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 1961, S. 129, 130; *Neuhaus* (Fn. 111), S. 74 (§ 8 II 2); *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 113; *Julius v. Staudinger/Heinz-Peter Mansel*, BGB, Artt. 43-46 EGBG, 2015, Art. 43 EGBG Rn. 200.

569 *Mansel* (Fn. 10), S. 89, 113; *Staudinger/Mansel* (Fn. 568), Art. 43 EGBG Rn. 200.

IPR-Gesetzgeber nehmen sich insoweit jede Freiheit, soweit ihnen eine Abweichung von der Situs-Regel gerechtfertigt oder gar geboten erscheint. Droit acquis unter den Schutz der menschenrechtlichen Eigentumsfreiheit zu stellen und daraus ein völkerrechtliches Gebot zu Anerkennungsregeln wie Art. 43 Abs. 2, 3 EGBGB abzuleiten⁵⁷⁰ ginge sehr weit.⁵⁷¹

7. Inlandssachverhalte und Sachverhalte ohne Verbindung zum Forumstaat

Dem Völkerrecht wird teilweise ein positives Gebot entnommen, dass eine bestimmte Rechtsordnung anzuwenden sei, wenn der Sachverhalt nur zu dieser Rechtsordnung als einziger Verbindungen aufweise. Spiegelbild dessen soll ein Verbot sein, das eigene Sachrecht des Forums, die lex fori, anzuwenden, wenn der Sachverhalt keine einzige Verbindung zum Forumstaat aufweise.⁵⁷² Beides wird sozusagen „unterteilweise“ dadurch eingeschränkt, dass es nur für politisch und ethisch neutrale Fragen gelten sollte.⁵⁷³ Im gelebten IPR kollidiert der zweite Teil, also das Verbot, mit der lex fori-Regel für das Internationale Familien und insbesondere das Internationale Scheidungsrecht in den angelsächsischen Kollisionsrechten.⁵⁷⁴ Gegen die angelsächsischen Staaten und deren unumstößlich geübte Praxis dürfte sich kaum die für ein entsprechendes Verbot aus allgemeinem Völkerrecht nötige allgemeine Rechtsüberzeugung bilden. Völkergewohnheitsrecht müsste sich dann gegen eine überaus relevante Zahl von Staaten gebildet haben.⁵⁷⁵ Freilich mag man einwenden, dass in angelsächsischen Staaten schon die eigene Zuständigkeit nicht angenommen werden dürfte, wenn es an jeglichen, seien sie auch noch so minimalen, objektiven Berührungspunkten zum Forumstaat fehlt. Diese Fälle könnten also schon durch einen vorgeschalteten Filter fallen, bevor die kollisionsrechtliche Ebene erreicht ist. Schon der Begriff der Verbindungen zum Forumstaat bedürfte der näheren Ausfüllung. Sollen nur objektive Verbindungen zählen, oder reichen auch subjektive, aus Parteiwillen geschaffene? Wenn nur objektive Verbindungen zählen würden, würde ein so verbreitetes Institut wie die Wahl eines neutralen Rechts im Internationalen Schuldvertragsrecht⁵⁷⁶ völkerrechtswidrig. Das wäre angesichts der zunehmenden Zulassung der freien Rechtswahl ein merkwürdiges, ja verstörendes Ergebnis. Es müsste obendrein Rückkoppelungen haben, ob man wirklich ein entsprechendes Verbot aus Völkergewohnheitsrecht schöpfen dürfte. Auch das angebliche Gebot, das Recht der einzig verbundenen Rechtsordnung anzuwenden, droht mit dem lex fori-Prinzip in wichtigen Rechtsordnungen zu konfliktieren und kann sich allenfalls über die Ausformung der dortigen Zuständigkeitstatbestände abmildern. Man mag aber immerhin Artt. 3 Abs. 3 Rom I-VO; 14 Abs. 3 Rom II-VO sachlich in der Nähe verorten.

570 Dafür RGRK/Wengler (Fn. 246), S. 24; *Julius v. Staudinger/Hans Stoll*, BGB, Internationales Sachenrecht, 13. Bearb. 1996, Rn. 121; *Oliver Remien*, Diskussionsbeitrag zu diesem Referat, in diesem Band, S. 137-138.

571 *Staudinger/Mansel* (Fn. 568), Art. 43 EGBGB Rn. 205 f.

572 *Makarov*, Mélanges Georg Streit, Bd. I, Athen 1939, S. 535, 552 f.; *Neuhaus* (Fn. 111), S. 73 (§ 8 II 2).

573 *Neuhaus* (Fn. 111), S. 73 (§ 8 II 2).

574 *Franz Gamillscheg*, Buchbesprechung, *RabelsZ* 37 (1973), 808, 810.

575 Vgl. *Ago*, *Rec. des Cours* 58 (1936 IV), 243, 256.

576 Siehe zu dieser nur *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 287), Art. 3 Rome I Regulation Rn. 201-211 m.w.N.

8. Internationales Wirtschaftsrecht: Conflict of Regulatory Laws?

Am engsten dürften die Berührungspunkte im Bereich des Verweisungsrechts beim Internationalen Wirtschaftsrecht sein. Freilich ist dieser Begriff nicht konturenscharf. Er kann, je nach Standort des Betrachters, Verschiedenes bedeuten. Internationales Wirtschaftsrecht kann Kollisionsrecht sein, sozusagen die Unterdisziplin des IPR zum öffentlichrechtlichen Wirtschaftsrecht hin.⁵⁷⁷ Es kann aber auch Wirtschaftssachrecht aus internationaler Quelle oder für grenzüberschreitende Sachverhalte meinen.⁵⁷⁸ Internationales Wirtschaftsrecht hat jedenfalls keinen wirklich feststehenden Begriffsinhalt. Man mag sich indes darauf verständigen, dass es im Kern um regulatory laws geht. Man mag sich darauf verständigen, dass es um Ansätze geht, die von Normen her denken und insoweit die savignyanische Wende des IPR nicht mitmachen, weil sie eben Interessen einzelner Staaten betreffen und nicht international fungibel, austauschbar, gleichwertig sind. Interessanterweise bleibt es beim conflict of regulatory laws und spielen „deregulatory laws“ keine wirkliche Rolle. Der Versuch, eine Verbindung zwischen WTO-Recht und IPR herzustellen,⁵⁷⁹ erlebte keinen wirklichen Durchbruch, so sehr sich auch die Bedeutung von Märkten erhöht haben mag.⁵⁸⁰

Gleichermaßen hat der völkerrechtliche Investitionsschutz (bisher) kein Pendant im IPR. Ein Thema BITs und IPR gibt es nicht. Im Gegenteil ist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit namentlich des ICSID deutlich dabei, sich als eigenständiger Zweig der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *neben* der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu etablieren. Allerdings gibt es Versuche, den Begriff der Investition übergreifend sowohl für die Zwecke des Völkerrechts als auch des IPR zu definieren.⁵⁸¹ Außerdem wird reklamiert, gerade in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Institution zeige sich, dass sich im Investitionsschutzrecht öffentlichrechtliche und privatrechtliche Elemente trafen.⁵⁸² Dies bedingt jedoch kein generelles Überwirken auf die kollisionsrechtliche Regelbildungstechnik. Privatrechtliche Elemente könnten sich in BITs theo-

577 So ersichtlich das beim Band 11 des Münchener Kommentars zum BGB, zuletzt 6. Aufl. 2015, gepflegte Verständnis.

578 So insbesondere *Herdegen* (Fn. 5), § 1 Rn. 12.

579 *Paolo Mengozzi*, Private International Law and the WTO Law, *Rec. des Cours* 292 (2011), 253; *Wulf-Henning Roth*, Welthandelsrecht und Internationales Privatrecht, *BerDGesVR* 40 (2003), 331; *Markus Kraus*, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts auf das Internationale Kollisionsrecht, 2007.

580 *Michaels*, (2008) 4 *JPrIL* 121, 130.

581 Namentlich *Guido Carducci*, Defining „Investment“ in Public and Private International Law and the Scope of ICSID, NAFTA, Energy Charter Treaty Investment Arbitration, *Liber amicorum Paolo Picone*, 2011, S. 649.

582 *Zachary Douglas*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, (2003) 71 *BYIL* 151; *Gus van Harten*, Investment Treaty Arbitration as Public Law, Oxford 2007, S. 4 et passim; *Stephan W. Schill*, Public or Private Dispute Settlement? The Culture Clash in Investment Treaty Arbitration and Its Impact on the Role of the Arbitrator, in: In Memoriam Thomas Wälde, 2011, S. 23; *ders.*, Internationales Investitionsschutzrecht und vergleichendes öffentliches Recht: Grundlagen und Methoden eines öffentlichrechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, *ZaöRV* 71 (2011), 247, 248; *ders.*, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, *Eur. J. Int. L.* 22 (2011), 875; *Alex Mills*, Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration, (2011) 14 *J. Int. Econ. L.* 469; *ders.*, The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration, in: *Chester Brown/Kate Miles* (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge 2011, S. 35; *Caroline Foster*, A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as ‘Internationalized Public Law’, (2015) 64 *ICLQ* 461; *Christoph Krönke*, Das Ordnungspotenzial der Chorzów-Grundsätze für das Investitionsschutzrecht, *ZaöRV* 76 (2016), 97, 98.

retisch in Gestalt genuin zweiseitiger besonderer Kollisionsnormen zeigen. Das scheint bisher aber nirgends der Fall zu sein.

VI. Internationales Zivilverfahrensrecht und Völkerrecht

1. Verfahrensrecht als im Kern öffentliches Recht oder als Rechtsgebiet sui generis

Mehr Überschneidungsbereiche mit dem Völkerrecht als das eigentliche IPR hat das IZVR,⁵⁸³ inzwischen weitgehend eigenständiges Gebiet zwischen IPR und Prozessrecht, aber mit dem IPR unter dem gemeinsamen Oberbegriff „Privates Internationalrecht“ vereint und mit dem IPR vielfach verbunden.⁵⁸⁴ Die Existenz völkerrechtlicher Vorgaben ist im IZVR unbestritten.⁵⁸⁵ Die größeren Überschneidungsbereiche des IZVR mit dem Völkerrecht sind kaum verwunderlich. Denn Verfahrensrecht regelt paradigmatisch⁵⁸⁶ Verfahren vor staatlichen Gerichten. Prozessrecht befasst sich mit den Beziehungen zwischen Gerichten (also Staatsorganen der Judikative als dritter Gewalt) und Parteien. Prozessrecht ist seinem Wesen und Kern nach, wenn nicht gar eigentlich Zweig des öffentlichen Rechts,⁵⁸⁷ so doch zumindest Gebiet sui generis,⁵⁸⁸ in dem Staatsorgane tätig sind. Im Zivilprozessrecht tritt dies wegen der Horizontalwirkungen im Verhältnis zwischen den Prozessparteien zwar nicht immer so deutlich vor Augen, bleibt aber trotzdem richtig. Es agieren staatliche Amtsträger, und deren Kompetenzen sind abzustecken. Zivilrechtspflege ist der zivilrechtliche Zweig des staatlichen Gewaltmonopols.

2. Gerichtsbarkeit und Immunität

Allererste, wenn auch nur selten beschrittene Stufe des IPR ist die Frage nach dem Bestehen von Gerichtsbarkeit. Im praktischen Kern ist dies die Frage nach Immunität des Beklagten. Die völkerrechtliche Prägung ist dabei evident. Denn Immunität beurteilt sich im Ausgangspunkt nach völkerrechtlichen Maßstäben. Jenseits kaum in Kraft befindlicher Übereinkommen meint dies das Völkergewohnheitsrecht der Immunität. In Deutschland ist völkergewohnheitsrechtliches Recht der Immunität allgemeine Regel des Völkerrechts und genießt nach Art. 25 GG einen Rang über den einfachen Bundesgesetzen.⁵⁸⁹ Seine Feststellung obliegt nach Art. 100 Abs. 2 GG dem BVerfG. Für *acta iure gestionis* genießt ein Staat völkergewohnsrechtlich keine Immunität mehr.⁵⁹⁰

583 Siehe nur Neuhaus (Fn. 111), S. 73 (§ 8 II).

584 Eingehend dazu *Peter Mankowski*, Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts: Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 82 (2018) Heft 2.

585 Siehe nur *Anna-Kristina Bitter*, Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union, 2009, S. 157-161; *Reinhold Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 119 f. et passim.

586 Schiedsrecht und andere Arten der Alternative Dispute Resolution seien hier ausgeklammert.

587 Dafür z.B. *Reinhold Geimer* (Fn. 585), Rn. 14; *Jörg Menzel* (Fn. 117), S. 617.

588 Dafür insbesondere *Haimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 12.

589 Siehe nur BVerfGE 117, 141; BVerfG 17.3.2014 – 2 BvR 736/13 Rn. 21; OLG Schleswig ZIP 2015, 1253 (dazu *Peter Mankowski*, Kurzkomentar, EWIR 2015, 431).

590 Siehe nur BVerfGE 117, 141 Rn. 34 f.; BGH ZIP 2016, 789 Rn. 12, 17 (dazu *Peter Mankowski*, Kurzkomentar, EWIR 2016, 285); OLG Köln WM 2016, 1590 (dazu *Peter Mankowski*, Urteilsanm., WuB 2016, 617); OLG Oldenburg WM 2016, 1878 (dazu *Peter Mankowski*, Urteilsanm., WuB 2016, 783);

Soweit keine völkerrechtlichen Hilfen z.B. für die exakte Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* in einem konkreten Fall ersichtlich sind, kommen die Maßstäbe der *lex fori* zum Zuge.⁵⁹¹ Das Basler Übereinkommen über Staatenimmunität⁵⁹² ist zu beachten. Das UN-Übereinkommen von 2004,⁵⁹³ obwohl bisher nicht in Kraft getreten, kann völkergewohnheitsrechtliche Maßstäbe beeinflussen.⁵⁹⁴

3. Internationale Zuständigkeit

Internationale Zuständigkeit wird unter allen Instituten des IPR und IZVR die größte Nähe zum Völkerrecht zugeschrieben.⁵⁹⁵ Sie ist gleichsam in Normen des Forumrechts gegossene *jurisdiction to adjudicate* für Streitigkeiten zwischen Privaten.⁵⁹⁶ Sie befasst sich mit der Abgrenzung der Souveränitätssphären von Staaten zueinander.⁵⁹⁷ Trotzdem wäre es falsch, das „international“ auf die Quelle und damit fundamental auf das Völkerrecht zurückzubeziehen.⁵⁹⁸ Die internationale Zuständigkeit des IZVR sorgt sich um eine hinreichende Nähebeziehung zwischen Verfahren und Forum, die es rechtfertigt, dass der Forumstaat über den jeweiligen Sachverhalt zu Gericht sitzt.⁵⁹⁹ Die Nähe zum genuine link-Erfordernis des Völkerrechts und zur völkerrechtlichen Exorbitanzkontrolle ist unverkennbar.⁶⁰⁰ Nur wird das genuine link eben durch die verschiedenen Zuständigkeitstatbestände im IZVR besonders ausgeformt. In einem Modell, das – anders als das kontinentaleuropäische – nicht auf ausformulierte, feste Zuständigkeitstatbestände setzt, sondern auf *minimum contacts, forum non conveniens* und viel richterliche Ermessensentscheidung im konkreten Einzelfall,⁶⁰¹ wird dies allerdings weniger deutlich. Wie bei den Anknüpfungspunkten des IPR ist bei der internationalen Zuständigkeit des IZPR das Völkerrecht zu undifferenziert und zu konturenschwach, um belastbare Zuständigkeitstatbestände auszuformen. Das allgemeine Völkerrecht bietet keine verbindliche Zuständigkeitsordnung mit Untertatbeständen, welche die Staaten bei der Ausgestaltung ihrer Zuständigkeitsnormen im

OLG Schleswig ZIP 2016, 1501 (dazu *Peter Mankowski*, Urteilsanm., WuB 2017, 292); OLG München ZIP 2017, 300.

591 Siehe nur BVerfGE 16, 27, 62; BVerfG NJW 2014, 1723 Rn. 21; BAGE 144, 244 Rn. 15 m.w.N.; BGH ZIP 2016, 789 Rn. 15; OLG Köln WM 2016, 1590.

592 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16.5.1972, BGBl. 1990 II 34 = SEV Nr. 074.

593 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of December 2, 2004, ILM 44 (2005), 801.

594 *Reinhold Geimer* (Fn. 585), Rn. 666.

595 *Joseph Henry Beale*, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York 1935, § 1.10.

596 Z.B. *Pierre Mayer*, *Rev. crit. dr. int.* pr. 68 (1979), 1, 17-19.

597 Siehe nur BGHZ 44, 46, 50; BGHZ 153, 82, 86; BGHZ 157, 224, 229; OLG Frankfurt ZIP 2011, 1354, 1356; *Jan Kropholler*, *Internationale Zuständigkeit*, in: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts I*, 1982, Kap. III Rn. 4.

598 *Kropholler*, in: *HdbIZVR I* (Fn. 594), Kap. III Rn. 7. Unzutreffend *Joseph H. Kaiser*, *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, BDGesVR 7 (1967), 1, 7.

599 Siehe nur *Walter Jellinek*, *Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile*, 1953, S. 218; *Peter Schlosser*, *Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozeßrecht*, ZZP 79 (1966), 164, 179.

600 Siehe nur *Joachim Bertele*, *Souveränität und Verfahrensrecht*, 1999, S. 221-223.

601 So paradigmatisch in den USA.

IZVR verpflichten würde.⁶⁰² Vielmehr haben die zur Regelung berufenen⁶⁰³ Staaten insoweit einen weiten Ausgestaltungsspielraum.⁶⁰⁴ Die Staatenpraxis kennt eigentlich keine Proteste wegen unzureichender oder übergreifiger Ausgestaltung nationaler Zuständigkeitstatbestände.⁶⁰⁵ Wenn man dem Völkerrecht⁶⁰⁶ ein Verbot der Justizverweigerung entnehmen will, folgt daraus immer noch keine positive Formulierung solcher Normen.⁶⁰⁷ Jeder besondere Gerichtsstand, sei es einer des Erfüllungsortes oder des Vermögens, ist Justizgewährung und gerade keine Justizverweigerung – ohne dass damit auch nur im Ansatz festgelegt wäre, ob es beide oder auch nur einen von beiden geben müsste. Dem Völkerrecht ein positives und unbedingtes Gebot zu entnehmen, Notgerichtsstände vorhalten zu müssen, ginge zu weit. Ein solches Gebot müsste sich bereits daran messen lassen, dass das in Art. 26 Vorschlag Brüssel Ia-VO (in Anlehnung an eine Anregung durch Art. 24bis Proposition Groupe Européen de Droit International Privé⁶⁰⁸) noch vorgesehene *forum necessitatis* es nicht in die Endfassung der Brüssel Ia-VO geschafft hat. Sollten sich die Mitgliedstaaten der Brüssel Ia-VO damit etwa völkerrechtswidrig verhalten und ihre eigene zuvor gehegte Überzeugung, ohne die es ja kein einschlägiges Völkergewohnheitsrecht geben dürfte, verraten haben? *Fora necessitatis*⁶⁰⁹ bergen in der Sache massive Probleme, sowohl hinsichtlich der Wer-

602 Siehe nur *Fedozzi* (Fn. 132), S. 7; *Meili* (Fn. 75), S. 197; *Robert Neuner*, Internationale Zuständigkeit, 1929, S. 13; *Erwin Riezler*, Internationales Zivilprozessrecht, 1949, S. 204; *Alfred Walchshöfer*, Die deutsche internationale Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 80 (1967), 165, 179; *Gérald Breuleux*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Zürich 1969, S. 15; *Jochen Schröder*, Internationale Zuständigkeit, 1971, S. 83; *Bernd von Hoffmann*, Gegenwartsprobleme der internationalen Zuständigkeit, IPRax 1982, 217; *Kropholler*, in: HdbIZVR I (Fn. 594), Kap. III Rn. 48; *Johannes Dessauer*, Internationales Privatrecht, Ethik und Politik, 1986, S. 112; *Reinhold Geimer*, Internationales rechtliches zum Justizgewährungsanspruch – Eine Skizze, FS Heinrich Nagel, 1987, S. 36, 38; *ders.*, Verfassung, Völkerrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht, ZfRV 1992, 321, 335; *ders.* (Fn. 585), Rn. 848; *Thomas Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, S. 20 f.; *Rolf A. Schütze*, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 103.

Anderer Ansicht *Hans Sperl*, Eine internationale Zuständigkeitsordnung in bürgerlichen Rechts-sachen, NiemZ 35 (1925), 1, 13; *ders.*, Eine internationale Zuständigkeitsordnung in bürgerlichen Rechtssachen, Wien 1926, S. 13.

603 Siehe nur schon früh *Ludwig v. Bar* (Fn. 34), Bd. II, S. 398; *Fedozzi* (Fn. 132), S. 7; *Meili* (Fn. 75), S. 197; *Neuner* (Fn. 602), 1929, S. 13 f.

604 Siehe nur *Kropholler*, in: HdbIZVR I (Fn. 594), Kap. III Rn. 44 (unter Hinweis auf StIGH PCIJ Serie A No. 10 S. 18 – SS „Lotus“); *Haimo Schack*, Internationale Zuständigkeit und Inlandsbeziehung, FS Hideo Nakamura, Tokyo 1996, S. 491, 505 f.; *ders.* (Fn. 565), Rn. 215; *Pascal de Vareilles-Sommières*, La compétence internationale en droit international privé, 1997, S. 283; *Reinhold Geimer*, Reflexionen über ausschließliche internationale Zuständigkeiten, Liber amicorum Karl Heinz Böckstiegel, 2001, S. 187, 188; *ders.* (Fn. 585), Rn. 848; *Rolf A. Schütze* (Fn. 602), Rn. 103.

605 Siehe *Winfried Kralik*, Die internationale Zuständigkeit, ZZP 74 (1961), 1, 13; *Clive Parry*, Esistono norme internazionali sui limiti della giurisdizione civile?, Annali Fac. Giur. Univ. Bari 16 (1961), 69, 73-76; *Michael Barton Akehurst*, Jurisdiction in International Law, BYIL 46 (1972-73), 145, 175-177; *Kropholler*, in: HdbIZVR I (Fn. 594), Kap. III Rn. 44.

606 Insoweit klar zu unterscheiden vom nationalen Verfassungsrecht; natürlich begründet Art. 19 IV GG deutsch-verfassungsrechtlich einen Justizgewährungsanspruch als Korrelat zum staatlichen Gewaltmonopol in Deutschland; siehe nur BVerfGE 54, 277, 292.

607 Vgl. *Kropholler*, in: HdbIZVR I (Fn. 594), Kap. III Rn. 43; *Pfeiffer* (Fn. 602), S. 21-24.

608 European Group for Private International Law (Bergen Session, 21 September 2008), IPRax 2009, 283, 284 Art. 24bis.

609 Zu ihnen z.B. *Tadeusz Ereciński/Karol Weitz*, Internationale Notzuständigkeit im polnischen Internationalen und Europäischen Zivilverfahrensrecht, FS Athanassios Kaissis, 2012, S. 187; *Wolfgang Hau*, Grundlagen der internationalen Notzuständigkeit im Europäischen Zivilverfahrensrecht, ebd., S. 355.

tungen als auch hinsichtlich ihres genauen Zuschnitts.⁶¹⁰ Umgekehrt müsste es allerdings völkerrechtliche Bedenken auslösen, wenn ein Staat schlechterdings alle Zivilrechtsstreitigkeiten ausschließlich an sich ziehen wollte.⁶¹¹ Notzuständigkeiten kennen allerdings im geltenden europäischen IZPR Art. 11 EuErbVO für Erbstreitigkeiten, Art. 10 EuGüVO für Ehegüterrechtsstreitigkeiten und Art. 10 EuPartVO für Güterrechtsstreitigkeiten bei eingetragenen Partnerschaften.

Auch im IZPR spielt die – dort prozessuale – Parteiautonomie inzwischen eine über-
ragend wichtige Rolle, zumindest im europäischen Raum. Art. 17 EuGVÜ, Art. 23
EuGVVO, Art. 25 Brüssel Ia-VO, Art. 23 LugÜ 2007 und das HCCA⁶¹² belegen dies.
Das allgemeine Völkerrecht prägende Kraft entfalten sie jedoch nicht. Das allgemeine
Völkerrecht arbeitet bei der jurisdiction to adjudicate weiterhin mit objektiven Tat-
beständen. Das ist kaum verwunderlich, betrifft es doch zuvörderst Hoheitsansprüche
von Staaten und das Internationale Straf- bzw. Verwaltungsrecht. In beiden Beziehun-
gen tritt der Staat als Beteiligter am Rechtsverhältnis auf. Im IZPR dagegen agieren
bei Parteivereinbarungen Private. Der Staat ist bei einer Gerichtsstandsvereinbarung
keine Partei im eigentlichen Sinn, sondern nur in anderen Hinsichten betroffen und
im weiteren Sinn „beteiligt“: erstens, indem er prozessuale Parteiautonomie gewäh-
ren muss, damit die Gerichtsstandsvereinbarung überhaupt Wirkungen entfalten kann;
zweitens, indem er gegebenenfalls eine Derogation seiner Gerichtszuständigkeit ak-
zeptiert; drittens, indem er seine Gerichte als Fora zur Verfügung stellt und öffnet,
wenn deren Zuständigkeit durch jene Vereinbarung prorogiert wird.

4. Rechts- und Beweishilfe

Die hoheitliche judikative Tätigkeit jedenfalls unter möglicher Anwendung von Zwang
findet ihre Grenze aber an der Staatsgrenze des Forumstaates. Dort endet die Gewalt
der Judikative mit der Territorialhoheit des Forumstaates. Dahinter trifft er auf Ter-
ritorialhoheit und Souveränität anderer Staaten.⁶¹³ Justizielle Kognitionsaufgabe und
dafür zur Verfügung stehende Justizbefugnisse klaffen auseinander.⁶¹⁴ Der Forumstaat
ist auf Hilfe oder zumindest Entgegenkommen und Duldung des Staates angewiesen,
in welchem ein Erfolg eintreten, z.B. eine Zustellung stattfinden soll. Zwangsmittel
richten sich in Ob und Wie nach dem Recht des ersuchten Staates.⁶¹⁵ Rechtshilfe be-
ruht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit und des gegenseitigen Entgegenkommens

610 Ulrich Magnus/Peter Mankowski, The Proposal for the Reform of Brussels I, *ZvGLRWiss* 110 (2011), 252, 269.

611 Giorgio Ballardore Pallieri, Principi del diritto internazionale economico, *Riv. dir. comm.* 1928 I 453, 458; Bruno Breschi, La competenza di tribunali stranieri nel nuovo ordinamento del giudizio di delibazione, 1925, S. 33; Neuner (Fn. 602), S. 14.

612 Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

613 Siehe nur Dieter Leipold, *Lex fori, Souveränität, Discovery – Grundfragen des Internationalen Zivilprozeßrechts*, 1989, S. 31; Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze/Oliver L. Knöfel, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, Losebl. 1973 ff., B Vor I 30 Einl. *EuBeweisVO* Rn. 10 (Sept. 2007); Bertele (Fn. 600), S. 334-341.

614 Siehe nur Heinrich Nagel, *Nationale und internationale Rechtshilfe im Zivilprozeß*, 1971, S. 48 f.; Peter Nobel, *Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen*, *SZW* 1995, 72, 74; Geimer/Schütze/Knöfel (Fn. 613), B Vor I 30 Einl. *EuBeweisVO* Rn. 10 (Sept. 2007).

615 Siehe nur Abbo Junker, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, 1987, S. 324 f.; Leipold (Fn. 589), S. 31.

als Ausprägung der völkerrechtlichen *Courtoisie*, ohne dass es für sie eine völkerge-
wohnheitsrechtliche Grundlage gäbe.⁶¹⁶ Rechtshilfe ist nach außen gerichtetes Exeku-
tivhandeln und daher durch Souveränitätsaspekte und außenpolitische Überlegungen
überlagert.⁶¹⁷

Insbesondere der rechtsförmliche Zugriff auf Beweismittel durch Gerichte ist hoheitli-
che judikative Tätigkeit. Die hoheitliche judikative Tätigkeit jedenfalls unter möglicher
Anwendung von Zwang findet ihre Grenze aber wiederum an der Staatsgrenze des
Forumstaates. Dort endet wiederum die Gewalt der Judikative mit der Territorialho-
heit des Forumstaates. Der rechtsförmliche Zugriff auf Beweismittel durch Gerichte ist
deshalb auf Beweismittel beschränkt, die im Forumstaat belegen sind. Auf Beweismit-
tel außerhalb seines Forumstaates kann ein Gericht nur zugreifen, soweit dies der Staat
gestattet, in dem die Beweismittel sich befinden. Die EuBVO zeichnet paradigmatisch
die beiden typischen und hauptsächlichen Wege, auf denen ein Zugriff auf Beweismit-
tel im Forumausland möglich ist: Beweishilfe durch ein Gericht oder sonstige staatliche
Stelle des Staates, in dem sich die Beweismittel befinden, oder Auslandsbeweisaufnah-
me durch das Erkenntnisgericht selber mit Erlaubnis durch den Staat, in dem sich die
Beweismittel befinden. Staatsvertragliche und unionsrechtliche Rechtsakte zur Rechts-
und Beweishilfe sind kein Souveränitätsverzicht,⁶¹⁸ sondern bestätigen im Gegenteil
indirekt das völkerrechtliche Souveränitätsverständnis.⁶¹⁹

5. Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

a) Anerkennung

Im Ausgangspunkt erstreckt die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung die
Wirkungen, welche diese Entscheidung nach dem Recht ihres Erlassstaates hat, auf
das Territorium des Zweitstaats oder Anerkennungsstaats.⁶²⁰ Dies kann in einem be-
sonderen Verfahren geschehen (*Delibation*), erfolgt aber heute typischerweise durch
automatische und inzidente Anerkennung in jedem zweitstaatlichen Verfahren, in dem
möglicherweise zu erstreckende Wirkungen der betreffenden erststaatlichen Entschei-
dung eine Rolle spielen können.⁶²¹ Ob eine reine Wirkungserstreckungslehre gilt (also

616 Siehe nur BVerwG NJW 1984, 574; *Erwin Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht, 1949, S. 674; *Reinhold Geimer*, Betrachtungen zur internationalen (aktiven und passiven) Rechtshilfe und zum grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, FS Ulrich Spellenberg, 2010, S. 409 (409 f.); *Hartmut Linke/Wolfgang Hau*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. 3.35.

617 *Thomas Pfeiffer*, Internationales Zivilprozessrecht (§ 121), FS Paul Kirchhof, 2013, S. 1315, 1325 Rn. 22.

618 So aber *Wolfgang Hau*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Europäischen Justizraum, ERA-Forum 2005, 224, 228; *Thomas Rauscher/Jan v. Hein*, EuZPR/EuIPR, Bd. II, 4. Aufl. 2015, Art. 1 EG-BewO Rn. 19.

619 *Dagmar Coester-Waltjen*, Einige Überlegungen zur Beschaffung von Beweisurkunden aus dem Ausland, FS Peter Schlosser, 2005, S. 147, 155; *Geimer/Schütze/Knöfel* (Fn. 613), B Vor I 30 Einl. EuBeweisVO Rn. 11 (Sept. 2007).

620 Siehe nur Art. 54 I UA 2 Brüssel Ia-VO; EuGH 4.2.1988 – Rs. 145/86, Slg. 1988, 645 Rn. 11 – Horst Ludwig Martin Hoffmann/Adelheid Krieg; EuGH 28.4.2009 – Rs. C-420/07, Slg. 2009, I-3571 Rn. 66 – Meletis Apostolides/David Charles Orams u. Linda Elizabeth Orams; EuGH 13.10.2011 – Rs. C-139/10, Slg. 2011, I-9511 Rn. 38 – Prism Investments BV/Jaap Anne van de Mer; EuGH 15.11.2012 – Rs. C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719 Rn. 34 – Gothaer Allgemeine Versicherung AG/Samskip GmbH.

621 Siehe nur Artt. 36 Abs. 1 Brüssel Ia-VO; 33 Abs. 1 LugÜ 2007; 23 Abs. 1 EuUnthVO; 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO; 39 Abs. 1 EuErbVO; 36 Abs. 1 EuGüVO; 36 Abs. 1 EuPartVO.

auch solche Wirkungen erstreckt werden, die einer vergleichbaren Entscheidung aus dem Zweitstaat selbst nicht zukämen⁶²²) oder eine Kumulationslehre (die Wirkungen, die einer vergleichbaren Entscheidung aus dem Zweitstaat selbst zukämen, ziehen eine Obergrenze für die Wirkungserstreckung⁶²³), ist im hiesigen Kontext irrelevant.

b) Vollstreckbarerklärung

Die Vollstreckbarerklärung verleiht einer ausländischen Entscheidung durch einen konstitutiven Akt gesondert die Vollstreckungswirkung für das Territorium des Zweitstaats. Grundlage der Vollstreckung im Zweitstaat ist allein das vom Zweitstaat erteilte Exequatur, die zweitstaatliche Vollstreckbarerklärung.⁶²⁴ Ohne die helfende, ja gewährende Hand des Zweitstaates ist die erststaatliche Entscheidung im Zweitstaat keine Vollstreckungsgrundlage.

Die Vollstreckbarerklärung ist – der in vielen Kurzbezeichnungen von sogenannten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen gebrauchten irreführenden Terminologie zum Trotz – zu unterscheiden von der eigentlichen Zwangsvollstreckung.⁶²⁵ Sie ist ein titelschaffendes Verfahren. Vollstreckungstitel ist im Zweitstaat nur die zweitstaatliche Vollstreckbarerklärung.⁶²⁶ Die eigentliche Zwangsvollstreckung erfolgt auf der Grundlage dieses Titels und richtet sich nach dem nationalen Zwangsvollstreckungsrecht des Zweitstaates.⁶²⁷ Die Vollstreckbarerklärung erweitert die Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung nicht gegenüber dem, was das zweitstaatliche Recht bietet, und stellt die erststaatliche Entscheidung auch nicht mittelbar besser als eine zweitstaatliche.⁶²⁸

622 Dafür z.B. *Gerfried Fischer*, Objektive Grenzen der Rechtskraft im Internationalen Zivilprozessrecht, FS Wolfram Henckel, 1995, S. 199, 204 f.; *Linke/Hau* (Fn. 592), Rn. 12.7; *Jan Kropholler/Jan v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Vor Art. 33 EuGVO Rn. 9; *Rauscher/Leible* (Fn. 496), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 3 f.

623 *Haimo Schack*, Widersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als heilen, IPRax 1989, 139, 142; *ders.*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 885 f.; *ders.*, „Anerkennung“ ausländischer Entscheidungen, FS Eberhard Schilken 2015, S. 445 unter Berufen auf EuGH 28.4.2009 – Rs. C-420/07, Slg. 2009, I-3571 Rn. 66 – Meletis Apostolides/David Charles Orams u. Linda Elizabeth Orams; EuGH 13.10.2011 – Rs. C-139/10, Slg. 2011, I-9511 Rn. 38 – Prism Investments BV/Jaap Anne van de Mer.

624 Siehe nur OLG München FGPrax 2016, 68.

625 Siehe nur BGH ZIP 2008, 1943 = WM 2008, 1794; OLG Frankfurt RIW 1993, 944; OLG München FamRZ 2002, 408; *Esteban de la Rosa*, La Ley Unión Europea 4239 (28 de febrero de 1997) 1; *Rafael Arenas García*, La Ley Unión Europea 4994 (17 de febrero de 2000) 3; *ders.*, AEDIPr 2002, 550, 555; *Pilar Jiménez Blanco*, Nota, AEDIPr 2000, 773f; *Angeles Lara Aguado*, Nota, AEDIPr 2002, 696, 697; *Alexander Layton/Hugh Mercer*, European Civil Practice, 2. Aufl. London 2004, Rn. 27.008; *Alvarez de Sotomayor*, Nota, RED I 2006, 459, 461; *Strasser*, FPR 2007, 451, 453 f; *ders.*, RPfeger 2008, 547, 548; *Anna-Kristina Bitter* (Fn. 585), S. 7.

626 Näher *Peter Mankowski*, Urteilsanm., ZZP Int. 4 (1999), 276-279 m.w.N.; außerdem die Nachweise in der vorigen Fn. und *Herbert Roth*, Systembedingt offene Auslandstitel, IPRax 2006, 38, 39; *Reinhold Geimer*, Exequaturverfahren, FS Apostolos Georgiades, 2006, S. 489, 492.

627 Siehe nur EuGH Slg. 1985, 1981, 1992 Rn. 18 – Deutsche Genossenschaftsbank/Brasserie du pêcheur SA; EuGH Slg. 1985, 3147, 3159 Rn. 16 – P. Capelloni u. F. Aquilini/J.C.J. Pelkmans; EuGH Slg. 1999, I-2543, I-2571 Rn. 28 – Éric Coursier/Fortis Bank SA u. Martine Bellami, verh. Coursier; BGE 124 III 505, 507; CA Bruxelles J. trib. 2000, 426, 427; OLG Zweibrücken IPRspr. 2000 Nr. 159 S. 353; *Arenas García*, AEDIPr 2002, 550, 556; *Alegría Borrás*, Bericht zum Entwurf eines Übereinkommens Brüssel II, ABl. EG 1998 C 221/27 Nr. 81.

628 CA Bruxelles J. trib. 2000, 426, 427; *Reinhold Geimer*, in: *Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 38 EuGVO Rn. 9.

So kupert insbesondere das erstinstanzliche Vollstreckbarerklärungsverfahren auch sein mag, bleibt es doch (besonderes) Erkenntnisverfahren.⁶²⁹ Die Vollstreckbarerklärung ist Gestaltungsentscheidung und weder Feststellungs- noch Leistungsurteil.⁶³⁰ Dies ergibt sich aus dem *Streitgegenstand* des Vollstreckbarerklärungsverfahrens: In diesem geht es nicht um den Bestand des im Erststaat ausgeurteilten materiellen Anspruchs, sondern um das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung im Zweitstaat (oder anders formuliert: um den Anspruch des Titelinhabers auf Vollstreckbarerklärung im Zweitstaat).⁶³¹ Die Vollstreckbarerklärung ist keine Neuverurteilung im Zweitstaat auf der Grundlage des erststaatlichen Titels,⁶³² keine action upon the judgment.⁶³³ Andererseits ist die Vollstreckbarerklärung anders als die Anerkennung nicht bloße Wirkungserstreckung,⁶³⁴ sondern echte Wirkungsverleihung.⁶³⁵ Dies schlägt sich in Notwendigkeit und Existenz eines eigenen, gesonderten Verfahrens nieder, während die Anerkennung in aller Regel automatisch und inzident in anderweitigen Verfahren erfolgt.

c) Vollstreckung

Die eigentliche Zwangsvollstreckung ist Hoheitsausübung par excellence.⁶³⁶ Denn sie setzt Zwangsmittel ein. Zwangsmittel kann nur der Staat einsetzen, auf dessen Territorium dessen Vollstreckungsorgane agieren.⁶³⁷ Die Wirkung und Reichweite von Vollstreckungsmaßnahmen ist territorial auf das Hoheitsgebiet ihres jeweiligen Erlassstaates begrenzt. Zwangsvollstreckung im Ausland wäre Verletzung der Souveränität jenes Auslands (es sei denn, jenes Ausland hätte sie ausdrücklich gebilligt). Vollstreckungsmaßnahmen beanspruchen im Prinzip nicht einmal extraterritoriale Wirkung. Sie sind als Hoheitsausübung Ausfluss von Territorialhoheit. Insoweit nehmen sie an der Abgrenzung der territorialen Hoheitssphären durch das Völkerrecht teil. Jurisdiction to enforce ist ihrem ganzen Grundcharakter nach territorial.⁶³⁸ Durchsetzungsmacht⁶³⁹ ist

629 *Rauscher/Mankowski* (Fn. 496), Vor Art. 38 Brüssel I-VO Rn. 4.

630 *Reinhold Geimer*, in: *Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung I/1, 1983, S. 1134, 1185; *ders.*, FS Apostolos Georgiades, 2006, S. 489, 492; *ders.*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 628), Art. 38 EuGVO Rn. 1; *Domenico Acoella*, Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, 1989, S. 147; *Peter Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 38 EuGVO Rn. 1; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 496), Vor Art. 38 Brüssel I-VO Rn. 4a.

631 Siehe nur *Geimer*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 628), Art. 38 EuGVO Rn. 10; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 496), Vor Art. 38 Brüssel I-VO Rn. 4.

632 *Geimer*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 628), Art. 38 EuGVO Rn. 1; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 496), Vor Art. 38 Brüssel I-VO Rn. 4.

633 Zu diesem Institut des englischen IZPR *Lawrence Collins*, in: *Albert Venn Dicey/John Humphrey Carlile Morris/Lawrence Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 14-006 ff.

634 Missverständlich insoweit EuGH Slg. 2009, I-3571 Rn. 66 – *Meletis Apostolidis/David Charles Orams* u. *Linda Elizabeth Orams*.

635 *Geimer*, in: *Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze* (Fn. 628), Art. 38 EuGVO Rn. 1 f.; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 496), Vor Art. 38 Brüssel I-VO Rn. 4a.

636 Siehe nur *Peter Gottwald*, Die internationale Zwangsvollstreckung, IPRax 1991, 285; *Julia Grothaus*, Inlandsvollstreckung mit Auslandswirkung, 2010, S. 74-80 et passim; *Schack* (Fn. 588), Rn. 1061; *Linke/Hau* (Fn. 592), Rn. 14.46.

637 Siehe nur *Anna-Kristina Bitter* (Fn. 585), S. 161-166; *Schack* (Fn. 588), Rn. 1061.

638 Siehe nur *Bertele* (Fn. 600), S. 99-112; *Reinhold Geimer* (Fn. 585), Rn. 3200.

639 So der Terminus z.B. bei *August Reinisch*, Jurisdiction: Grenzen der Staatsgewalt, FS 50 Jahre ZfRV, 2013, S. 171, 173.

eben territorial begrenzt. Inländische Zwangsmittelanwendung bzw. -androhung zum mittelbaren Erzwingen von Handlungen im Forumausland ist ein Sonderproblem.⁶⁴⁰

VII. Ausblick

Theodor de Boer sagte aus Anlass des 100jährigen Bestehens unserer niederländischen Schwestervereinigung: „Today, no conflicts scholar of note would suggest that public and private international law are branches of the same tree.“⁶⁴¹ Das ist natürlich scharf formuliert, der Pointe geschuldet. Es birgt jedoch einen wahren Kern. Apriorismus, Naturrecht und Gemeinschaft der Staaten sind endgültig positiver Regulierung, Ausdifferenzierung und Fundierung gewichen. Kein Weg führt mehr zurück zum chaotischen Zustand des späten 19. Jahrhunderts. Die schöpferischen und idealistischen Zeiten sind vorbei. Jegliche Renaissance einer vermeintlichen Einheit von Völkerrecht und IPR ist unrealistisch. Zu weit haben sich die Wege getrennt. Zu unterschiedlich sind Grundlagen, Methoden und Ziele. Zu sehr haben Kodifikationen und Europäisierung zur Ausdifferenzierung und Emanzipation des IPR geführt. Das IPR ist längst in seine exegetische Phase eingetreten.⁶⁴² Gesetzgeber und Kommentatoren haben das Wort, nicht mehr Demiurgen und selbsternannte Systembauer. Das IPR hat einen relativ verlässlichen Normen- und Regelbestand. Es muss sich nicht auf soft law stützen, sondern kann auf viele moderne Regimes supranationaler, internationaler oder nationaler Provenienz blicken. Gerade die letzten Jahre und Jahrzehnte haben das Aufkommen der europäischen Vereinheitlichung ebenso gesehen wie viele neue, moderne IPR-Kodifikationen. Das IPR hätte keinerlei Vorteil davon, eine Provinz des Völkerrechts zu sein. Unter dem Völkerrecht wäre es nur eine Teildisziplin unter und neben anderen. Materielle Vorteile würden sich aus einer Umsystematisierung nicht ergeben. Im Gegenteil drohte diese eine zusätzliche Ebene Unklarheit zu schaffen und Friktionen mit dem Europarecht aufzuwerfen. Das Völkerrecht hat seit Langem seine Fragmentierungsdebatte.⁶⁴³ Unsicherheit über die verbindlichen Rechtsquellen herrscht im IPR gerade nicht, und im IPR kann soft law allenfalls bei möglichen Rechtswahlobjekten eine Rolle spielen. Warum sollte es für das IPR mit seinem lebendigen Binnendiskurs innerhalb der eigenen Disziplin attraktiv sein, sich dem Völkerrecht einzugliedern? Um relativ abstrakte Gedanken einfließen lassen zu können, deren Nutzwert zweifelhaft ist, müss-

640 Umfassend *Grothaus* (Fn. 636).

641 *de Boer*, NILR 2010, 183, 195.

642 *Heinz-Peter Mansel*, Diskussionsbeitrag zu diesem Referat, in diesem Band, S. 131.

643 Siehe nur International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, May 1-June 9, July 3-August 11, 2006, UN Doc. A/C.4/L.682 (as corrected UN Doc. A/C.4/L.682/Corr 1); *Martti Koskenniemi*, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden J. Int. L.* 15 (2002), 553; *Prost* (Fn. 8); *Ralf Michaels/Joost Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law, 22 *Duke J. Comp. & Int'l. Comp. L.* 349 (2012); *Tomer Broude*, Keep Calm and Carry on, 27 *Temple Int'l. & Comp. L. J.* 279 (2013); *Barbara Stark*, International Law from the Bottom Up: Fragmentation and Transformation, 34 *U. Penn. J. Int'l. L.* 687 (2013); *Anthony Colangelo*, A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization, 49 *NYU J. Int'l. & Politics* 1 (2016) und die Beiträge von *August Reinisch*, *Dirk Pulkowski*, *Jörg Kammerhofer*, *Erich Vranes* und *Georg Schusterschütz*, in: *Georg Nolte/Peter Hilpold* (Hrsg.), *Auslandsinvestitionen – Entwicklung großer Kodifikationen – Fragmentierung des Völkerrechts – Status des Kosovo*, 2008, S. 138-229.

te man erst unter erheblichen methodischen Risiken und Kosten vorhandene Normenbestände hinwegklären, deren Nutzwert erwiesen ist. IPR und IZPR erleben bereits in sich eine immer weiter fortschreitende Ausdifferenzierung und Spezialisierung in Unterteildisziplinen, z.B. Internationales Schuldvertragsrecht, Internationales Deliktsrecht, Internationales Eherecht, Internationales Kindschafts- und Abstammungsrecht, Internationales Unterhaltsrecht, Internationales Erbrecht, Internationales Arbeitsrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Internationales Zivilprozessrecht, Internationales Familienprozessrecht, Internationales Insolvenzrecht, Internationales Schiedsrecht. Ein Rekurs auf ein scheinbar übergeordnetes Dach zwei Ebenen höher drohte unnötig Kräfte zu binden und wertvolle Konkretisierungen zu vernichten. Die analytische Methode hat gesiegt und folgt der Dynamik der wirtschaftlichen wie der demographischen Entwicklung. Ihre Anwendung durch abstrakte Vorüberlegungen ohne greifbaren Zusatznutzen zu erschweren wäre kontraproduktiv.

Darüber sollte man jedoch nicht das Gemeinsame übersehen: Völkerrecht und IPR haben eine gemeinsame übergeordnete Aufgabe, nämlich die grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen zu ordnen.⁶⁴⁴ Das bedingt zwar nicht, dass eines von beiden Teil des anderen sein müsste.⁶⁴⁵ Es impliziert aber, dass beide Gebiete einander wechselseitig aufmerksam beobachten. Es impliziert aber, dass das eine vom anderen (und das andere vom einen) lernen kann. Schon das IZVR bietet dafür, gleichsam als Verbindungsglied, Anlass wie Gewähr. Das völkerrechtliche Bewusstsein und die Achtung vor fremden Souveränen können helfen, einer unilateralistischen Tendenz im IPR hin zur *lex fori* zumindest entgegenzuwirken. Die Gleichberechtigung aller Staaten im Völkerrecht korreliert durchaus mit der Allseitigkeit der klassischen Verweisungsnormen im IPR (auch wenn diese mit der angeblichen Gleichwertigkeit und funktionalen Austauschbarkeit aller Privatrechtsordnungen eine etwas andere gedankliche Grundlage hat). Im Internationalen Wirtschaftsrecht, das weit gedacht auch Außenwirtschaftsrecht und Internationales Enteignungsrecht umfasst, berühren sich Rechtsanwendung und Außenpolitik. Umgekehrt könnten kollisionsrechtliche Techniken und Denkweisen (wie Verweisung und verfahrensmäßige Anerkennung) das Völkerrecht befruchten, wenn sie stärker rezipiert würden. „Living apart together“⁶⁴⁶ allein erschie-
ne zu hart und zu trennend. „Living apart – but together“ trifft dagegen das Richtige.

644 Paradigmatisch *Mathias Forteau*, *Le droit international privé, reflet des limites (mais aussi de la nature) du droit international public*, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruxelles 2015, S. 55, 57; „Sous cet angle fonctionnel, le droit international privé et le droit international public sont consubstantiels l'un à l'autre.“

645 Siehe *Magdalene Schoch*, *Conflict of Laws and Private International Law*, 33 *Am. Society Int'l. L. Proceedings* 81, 82 (1939).

646 So der Titel von *de Boer*, NILR 2010, 183.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Peter Mankowski, Hamburg

A. Völkerrecht, IPR und die Früchte von Nationalstaatenwerdung und Kodifizierung

1. Das IPR und das moderne Völkerrecht sind in ihrer heutigen Form Kinder der Herausbildung von Nationalstaaten im 19. Jahrhundert. Völkerrecht regelt Beziehungen zwischen souveränen Staaten. IPR regelt Rechtskonflikte zwischen verschiedenen nationalen Privatrechten.
2. Vor der Kodifizierung des IPR bestand die Freiheit, dass jeder Rechtsdenker versuchen konnte, sein eigenes Gedankengebäude und System zu errichten. Kodifizierung und Ausdifferenzierung haben diese Freiheit beschränkt.
3. Frühe Denker (in Deutschland insbesondere *Ludwig v. Bar* und *Zitelmann*) konnten noch Versuche einer internationalistischen, universalistischen und aprioristischen Fundierung des IPR unternehmen. Spätestens ab dem fin de siècle schwindet diese Freiheit. Die Lücken, welche das allgemeine Völkerrecht füllen könnte, werden immer kleiner. Spätere Versuche einer Fundierung unter völkerrechtlicher Kompetenzzuweisung auf einer ersten Stufe (*Frankenstein, Picone*) laufen bereits weit außerhalb der Hauptentwicklung und haben sich nie durchzusetzen vermocht.
4. Kodifizierung und Ausdifferenzierung haben das IPR immer weiter emanzipiert. Die „Ursuppe“ eines grundsätzlich als Einheit verstandenen „internationalen Rechts“ gibt es nicht mehr.
5. Das Völkerrecht vermag keine Erklärung für die Rechtswahlfreiheit, also für die Parteiautonomie als sich immer weiter ausbreitendes Basisphänomen des modernen IPR, zu bieten.

B. Die Gegenwart: Trialismus von Europarecht, Völkerrecht und IPR

6. Den früheren Dualismus von Völkerrecht und IPR hat heute in den Mitgliedstaaten der EU ein Trialismus ersetzt: Das Europarecht sitzt als mächtiger, wenn nicht gar dominanter, dritter Spieler mit am Tisch. Die Europäisierung des IPR ist die wichtigste Entwicklung im (europäischen) IPR der letzten Jahrzehnte.
7. Der Trialismus schlägt sich auch personell und institutionell nieder. Akademische Wissenschaft, Zeitschriftenmarkt und Lehrbuchmarkt sind ausdifferenziert und dadurch aufgespalten.

C. Berührungspunkte zwischen Völkerrecht und IPR

8. Menschenrechte und IPR haben Berührungspunkte. Indes haben die Menschenrechte (anders als die Grundrechte in Deutschland) bisher das IPR nicht zur bestimmten Ausgestaltung von Verweisungsregeln veranlasst. Selbst ein Menschenrecht auf kulturelle Identität vermöchte nicht zur Staatsangehörigkeitsanknüpfung zu zwingen.
9. Der Einsatz von IPR und Privatrecht zur Durchsetzung von Menschenrechten wird bisher wesentlich auf der sachrechtlichen, nicht auf der kollisionsrechtlichen Ebene diskutiert. Selbst die human rights litigation in den USA hatte ihre Grundlage nicht im Völkerrecht.

10. IPR kann völkerrechtliche Erstfragen enthalten. Es übernimmt die Antworten des Völkerrechts jedoch nicht *telles quelles* und fühlt sich nicht sklavisch an diese gebunden. Vielmehr schaltet es seinen eigenen, genuin kollisionsrechtlichen Filter nach. Bei der Zuordnung von Orten zu Rechten zeigt sich dies in den Fallgruppen unklarer Souveräne und Failing States. Keine abweichenden Ergebnisse zeigt die Zuordnung von Seegebieten und Schiffen.

11. Comity ist keine verbindliche Grundlage des IPR. Selbst und gerade bei der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen macht sie keine belastbaren Vorgaben.

D. Internationales Zivilverfahrensrecht und Völkerrecht

12. Das IZVR hat stärkere Berührungspunkte zum Völkerrecht als das IPR. Dies erklärt sich aus seinem Charakter als Regelung von Prozessrechtsverhältnissen zwischen Privaten und der Judikative als dritter Staatsgewalt. Judikatives Handeln ist nach Natur und Charakter hoheitliches Handeln.

13. Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit (als Abgrenzung von Judikations-sphären der Staaten gegeneinander), Rechtshilfe, Beweishilfe, Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung beziehen sich stets auf hoheitliches Handeln und Souveränität der Staaten zurück. Bei internationaler Zuständigkeit zum einen und Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung zum anderen leuchtet die zivilverfahrensrechtliche Seite von *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to enforce* deutlich hervor.

F. Résumé

14. Jegliche Renaissance einer vermeintlichen Einheit von Völkerrecht und IPR ist unrealistisch. Völkerrecht und IPR können aber wechselseitig vom jeweils anderen Gebiet lernen. Kooperation ist die *Maxime*, nicht Fusion.

Summary

The Evolution of the Relationship between Private and Public International Law
by Prof. Dr. Peter Mankowski, Hamburg

A. Public international law, private international law and the consequences of the birth of nations and national codifications

1. Both private and modern public international law, as commonly distinguished today, result from the birth of the nation state in the 19th century. Public international law concerns relations between sovereign states. Private international law addresses the conflict of laws between different national private laws.
2. Prior to the codification of private international law every great thinker was at liberty to erect his own system. Codification and differentiation have severely curtailed and reduced such liberty.
3. Early masters (in Germany in particular *Ludwig von Bar* and *Zitelmann*) felt still at liberty to attempt an internationalistic, universalistic and aprioristic foundation of private international law. By the *fin de siècle* such liberty had vanished. The gaps possibly to be filled by general rules of public international law became ever smaller. Later attempts to found private international law on a system of competences to be derived from public international law (*Frankenstein, Picone*) were not mainstream, but remained the views of outsiders and lacked success.
4. The emancipation of private international law progressed with increased codification and differentiation. If something like a common ground might have existed in the past, it does not exist anymore today.
5. Public international law is at pains explaining party autonomy, one of the pillars, if not *the* pillar of modern-day private international law.

B. Today: Trialism of EU law, public international law and private international law

6. Today, the former dualism of public international law and private international law has been replaced by a trialism in the Member States of the EU: EU law has become part of the game, if not the dominant player at all. Europeanisation of private international law has been by far the most important development in (European) private international law in the last decades.
7. The said trialism is evident both in regard to personnel and to institutions. Academia, reviews and book markets are evidently split.

C. Intersections between public international law and private international law

8. Human rights and private international law have intersections. But human rights have not yet compelled private international law to adopt a certain design of conflicts rules, in contrast to fundamental rights under German constitutional law. Even a human right to cultural identity would not force private international law into adopting any nationality principle.

9. To employ private international law and private law in order to enforce human rights is essentially an issue of substantive law, not of conflicts law. Even American human rights litigation has not emanated from public international law.

10. Private international law might contain incidental questions and preliminary issues relating to public international law. But private international law does not import the answers given by public international law as such and is not bound slavishly to public international law. Conversely, it establishes its very own, genuine filter. When attributing territories to legal orders this is evident if the relevant sovereign is unclear or if Failing States are at stake. The attribution of maritime areas or ships does not deviate substantially from public international law, however.

11. Comity is not a binding fundament for private international law. Even in the area of internationally mandatory rules, comity does not point to any clear direction.

D. International procedural law and public international law

12. International procedural law has closer ties to public international law than private international law. This is the consequence of international procedural law regulating the relation between private parties and state-run court systems. Adjudication is sovereign activity by nature and character.

13. Immunity, jurisdiction (separating States' spheres from each other), judicial cooperation, recognition and enforcement all relate back to state sovereignty. With regard to international jurisdiction, on the one hand, and recognition and enforcement, on the other hand, the civil procedural part of jurisdiction to prescribe and jurisdiction to enforce is clearly discernible.

F. Résumé

14. Any renaissance of an assumed unity of public and private international law is unrealistic and improbable. Yet public and private international law can mutually benefit from each other. Cooperation should be the maxim of the day, not fusion.

Diskussion

zu den Referaten Khan und Mankowski

Frau Dethloff: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich befürchte, ich kann schon jetzt angesichts der Vielzahl der Wortmeldungen keine weiteren mehr annehmen. Es liegen sowohl Wortmeldungen zu Herrn Khan als auch eine sehr große Zahl zu dem Vortrag von Herrn Mankowski vor, zu dem wir noch keine Beiträge gehört haben. Ich möchte mit einer Fragerunde und Beiträgen zu dem Vortrag von Herrn Mankowski beginnen und zunächst Eva-Maria Kieninger, anschließend Herrn Basedow, Herrn Frowein und Herrn Mansel das Wort erteilen. Ich darf Sie alle bitten, sich im Interesse unseres Termins, den wir um 12.00 Uhr beim Auswärtigen Amt haben, recht kurzzufassen. Herr Nolte hat es schon gestern ausgeführt, wir müssen pünktlich um 11.00 Uhr starten. Sie sehen hier oben alle die Ampel.

Frau Kieninger: Nur eine kurze einleitende Bemerkung zu dem Vortrag von Herrn Mankowski, für den ich mich ganz herzlich bedanken möchte. Du hast das Schwergewicht, wie es ja auch die Themenstellung nahelegte, auf die Entwicklung der Lehre im IPR und ihrem Verhältnis zum Völkerrecht gelegt und ein doch etwas ernüchterndes Fazit gezogen mit einem kleinen positiven Schwenk am Schluss. Wenn man auf die Lösung praktischer Fragen schaut, gibt es aber doch vielfältige Überschneidungen und Möglichkeiten der Zusammenarbeit. Ich möchte nur ein Thema erwähnen, das gerade erst vor ein paar Tagen auf meinem Schreibtisch gelandet ist. Es handelt sich um eine Anfrage des Europäischen Parlaments für eine Studie zu dem Schicksal unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in der Europäischen Union, wo wir auf der einen Seite Regeln im Asylrecht haben, in der Genfer Flüchtlingskonvention, auf der anderen Seite IPR-Regeln, die Fragen der Minderjährigkeit, Vormundschaft und so weiter regeln. Das Europäische Parlament bittet hier ganz kurzfristig um eine wissenschaftliche Studie, wie diese Regeln besser aufeinander abgestimmt werden können. Das ist nur ein Beispiel, und vielleicht werden wir ja auch morgen bei den konkreteren Themen darüber sprechen. Insgesamt denke ich aber doch, dass es, wenn wir auf die praktischen Fälle blicken, eine Vielzahl von Problemkonstellationen gibt, wo beide Disziplinen sehr gut zusammenarbeiten können und müssen.

Frau Dethloff: Zunächst möchte ich nun einige Wortmeldungen zusammenfassen und dann die Gelegenheit zu einem Zwischenwort geben. Ich darf Sie bitten, eingangs jeweils ihren Namen zu nennen. Denn alle Beiträge werden aufgezeichnet, um die spätere Protokollerstellung zu erleichtern. Vielen Dank!

Herr Basedow: Herr Mankowski, Sie haben eine große Fülle von Aspekten angesprochen. Ich möchte nur kurz den Schluss aufgreifen. Danach kann man heute nicht mehr sagen, IPR und Völkerrecht seien zwei Äste desselben Baumes; Sie halten beide Disziplinen offenbar eher für verschiedene Bäume. Aber stimmt diese Schlussfolgerung mit Ihren eigenen Prämissen überein? Was Sie als „Ursuppe“ bezeichnet haben, das ist doch der gemeinsame Stamm, von dem sich die Zweige Völkerrecht und IPR ableiten, beide mit der Aufgabe, in ihrem jeweiligen Gebiet für eine Koordination von Rechtsordnungen zu sorgen.

Ich möchte zwei konkrete Fragen ansprechen. Sie haben das IZPR mit einem Blick zur Seite erwähnt, als selbständiges Rechtsgebiet. Ich meine, dass IPR und IZPR untrennbar vereinigt sind. Man kann das IZPR nicht als selbständiges Rechtsgebiet bezeichnen. Wenn Sie in einem Land sicherstellen wollen, dass bestimmte Fragen – beispielsweise Grundstückseigentum – nach dem Recht dieses Landes beurteilt werden, weil das Grundstück in dem Land liegt, dann sagen Sie ganz einfach, wir haben die ausschließliche Zuständigkeit dafür. Und so ist es auch bei Patenten. Sie wissen selbst, wie viele ausschließliche Zuständigkeiten es gibt, die durch den Wunsch nach Anwendung der *lex fori* motiviert sind. Das heißt, IPR und IZPR sind gewissermaßen verschiedene Instrumente in der Hand des Gesetzgebers des internationalen Rechts, um eine Verteilung zwischen den Rechtsordnungen herzustellen. Das hat zur Konsequenz, dass die Menschenrechtsdimension, die Sie angesprochen haben, eine sehr viel größere Bedeutung hat, weil es eben im IZPR doch sehr häufig um die Verwirklichung von Rechtsschutz geht.

Ein zweiter Punkt: Sie haben gesagt, die Parteiautonomie dringe vor, aber sie habe keinen völkerrechtlichen Bezug. Ich sehe das anders. In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 finden wir ein Menschenrecht auf Rechtssicherheit der Einzelperson. Nun ist die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte nicht unmittelbar zwingend, aber sie hat ja doch eine erhebliche Dignität. Wenn es ein solches Recht auf Rechtssicherheit gibt in transnationalen Rechtsbeziehungen, dann frage ich mich, ob man darin nicht immer dann ein Gebot der Zurückhaltung der Staaten sehen muss, wenn sie selbst als nationale Gesetzgeber diese Rechtssicherheit gar nicht gewährleisten können. Und das ist bekanntlich die typische Situation im IPR. Wir haben Kollisionsnormen vom Typ A in Großbritannien und vom Typ B in Deutschland. Unter diesen Umständen bedeutet Rechtssicherheit, dass man es in erster Linie den Privaten selbst überlässt, das maßgebliche Recht festzulegen. Insofern sehe ich hier doch eine völkerrechtliche Verankerung für Privatautonomie und damit für eine freiheitliche internationale Gesellschaft.

Herr Frowein: Vielen Dank, Frau Vorsitzende, ich hoffe, ich mache es sogar kürzer. Der Punkt V der Thesen von Herrn Mankowski („V. Umblick: Berührungspunkte zwischen IPR und Völkerrecht, c) Menschenrechtliche Anerkennungspflicht für familienrechtliche Statusverhältnisse und Verweisungsrecht IPR“) fordert mich heraus zu dem Hinweis, dass das im Namensrecht eine erhebliche Rolle spielt, wo wir eine klare Kollisionsnorm bei gemischt-nationalen Ehen für den Nachnamen, nicht aber für den Vornamen haben, was zu dem idiotischen Ergebnis führt, dass die deutschen Behörden zum Teil gespaltene Vornamensregelungen annehmen, wenn Personen etwa in Washington geboren und mit dem amerikanischen Namensrecht ausgerüstet sind. Bei mir hat das bei meinen Enkeln zu der Diskussion geführt, ob der Name Frowein als „middle name“ auch in Deutschland als Vorname eingetragen werden könnte. Nachdem ich darauf hingewiesen habe, dass ich jeden ablehnenden Bescheid bis nach Karlsruhe anfechten werde, wurde Frowein als gebräuchlicher Vorname eingestuft.

Frau Dethloff: Vielen Dank, Herr Frowein, das freut mich ganz besonders. Ich möchte jetzt Herrn Paulus bitten, zu beiden Referaten das Wort zu ergreifen.

Herr Paulus: Vielen Dank. Ganz kurz: Daniel Khan hat gestern, wie ich finde zu Recht, darauf hingewiesen, dass diese Gesellschaft eine Doppelrolle einnimmt: Einer-

seits die Wissenschaft, die neutral und objektiv zu sein hat, und andererseits die Advokatur. Auch eine Doppelrolle für Juristen, in der sie immer wieder auftreten. Ich frage mich, inwieweit das in der frühen Geschichte der Gesellschaft eine Rolle gespielt hat, ob hier auch die Betroffenen selber versucht haben, ihre beiden Rollen in einer Weise zu trennen, die beiden zugute gekommen wäre. Die zweite Frage an Herrn Mankowski: Gibt es nicht geradezu notwendig Berührungspunkte zwischen Zivilrecht und Völkerrecht und dann sicherlich auch zwischen IPR und Völkerrecht in der Schiedsgerichtspraxis? Darauf sind Sie nicht eingegangen. Ich weiß, das ist einen eigenen Vortrag wert, aber vielleicht können Sie ja ein, zwei Sätze dazu sagen. Vielen Dank!

Herr Mansel: Wir haben gestern und heute zwei grandiose Umschauen über unsere beiden Disziplinen geboten bekommen. Vielen Dank! Ich möchte jetzt zu Peter Mankowski sprechen. Völkerrecht und internationales Privatrecht beschäftigen sich mit demselben Gegenstand, nämlich mit der Ordnung des Chaos, das die einzelstaatliche Gesetzgebung dadurch schafft, dass die verschiedenen Staaten ihre jeweilige Regelungen nicht ausreichend aufeinander abstimmen – das hast du herausgearbeitet. Deswegen ist der Kern des Anliegens beider Fächer derselbe: Die Bewältigung dieses Chaos durch Bändigung der Souveränität der Gesetzgebung oder der Exekutive. Wenn wir das als gemeinsamen Ausgangspunkt sehen, dann haben wir bereits eine gemeinsame Basis beider Fächer.

Allerdings ist das IPR zurzeit in eine exegetische Phase getreten, weil wir so viele Normen aus Brüssel bekommen haben. Das verdeckt vielleicht den Blick darauf, dass große Herausforderungen nicht nur in der Auslegung von Kollisionsnormen bestehen. Wenn man das IPR nur als Verweisungsrecht und das Völkerrecht nur als das Recht zwischen den Staaten versteht, obwohl der Mensch als Völkerrechtssubjekt bereits aufgetreten ist, dann bestehen zwischen beiden Fächern wenige inhaltliche Verbindungslinien. Aber ich glaube, dass das Gegenteil der Fall ist und dass die aktuellen grenzüberschreitenden Probleme der globalen Wirtschaft nur durch beide Disziplinen gemeinsam bewältigt werden können. Heute beschäftigen die Gesellschaft viele Querschnittsthemen: Der Schutz von Daten, Verfügungsrechte über Daten, der Schutz vor Hasskommentaren. Diese Fragen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit großen internationalen Unternehmen als Akteuren. Die Staaten haben heute Probleme, die global agierenden Unternehmen zu bändigen und für den Schutz der von diesen Unternehmen verwalteten Daten zu sorgen. Das ist eine Aufgabe, die das internationale Privatrecht wie das Völkerrecht nur gemeinsam erfüllen können, weil die Grenzen beider Fächer untereinander zerfließen. Vielen Dank!

Herr Reinisch: Besten Dank, Herr Mankowski. Ich kann mich kurz fassen, da ich mich im Wesentlichen auf eine Frage beziehe, die bereits Herr Basedow gestellt hat. Ich kann in Ihrer These 8 nachvollziehen, dass sich die Menschenrechte wohl schwer tun, konkrete Verweisungsregeln hervorzubringen. Aber die Menschenrechte, ich würde sie doch als Bestandteil des Völkerrechts reklamieren und damit auf Ihre These 5 kommen, scheinen mir doch eine Grundlage für die Parteiautonomie zu sein als Ausdruck eines selbstbestimmten, würdevollen Daseins.

Herr Thorn: Ich kann mich kurz fassen, weil vieles schon gesagt wurde. Ich darf mich selbst als Generalisten bezeichnen und habe eher Bedenken gegenüber einer immer weitergehenden Spezialisierung, etwa auf das Internationale Familienrecht, das Inter-

nationale Schuldrecht oder Ähnliches – man fragt sich, wo das enden mag. Konkret kann ich mir Lehre und Forschung im IPR ohne seine Bezüge zum Völkerrecht nicht vorstellen.

Zwei Beispiele, die die Bezüge deutlich machen sollen: Zum einen werden auf dem Gebiet des Datenschutzes zukünftig wohl einseitige Kollisionsnormen in Form von Eingriffsnormen vorherrschen; deren räumlicher Anwendungsbereich unterliegt völkerrechtlichen Grenzen, über die wir nachdenken müssen. Zum anderen hat die Europäisierung des Kollisionsrechts dazu geführt, dass wir uns in erster Linie um die Europarechtskonformität unserer Anknüpfungsregeln sorgen. Indes diskriminiert das Europäische Kollisionsrecht systematisch Parteien mit Sitz in Drittstaaten, etwa im Fall von Verbrauchern, Versicherungsnehmern oder auch Handelsvertretern. Über die Frage, ob dies stets im Einklang mit dem Völkerrecht steht, haben wir uns bisher, wie ich glaube, noch zu wenige Gedanken gemacht.

Frau Dethloff: Ich möchte nun zunächst kurz Herrn Mankowski Gelegenheit für ein Zwischenwort geben. Dann würde ich gerne die Fragen, die sich noch speziell an Herrn Khan richten, anschließen, danach auch ihm die Gelegenheit für eine Stellungnahme geben und im Anschluss noch einmal beiden Referenten zum Abschluss das Wort erteilen.

Herr Mankowski: Ich rolle das Feld von hinten auf. Lieber Karsten, Verhältnis EU-Recht und Völkerrecht: Das macht ein Fass auf, das weißt du auch selber. Ich sage nur Gutachten 2/13, EMRK-Gutachten, die deutliche Autonomie, die der EuGH darin reklamiert. „Bitte kein EMRK-Beitritt der EU, weil wir die Auslegungshoheit haben wollen.“ Man sieht es ja selbst dort, wo im Sekundärrecht ausdrückliche Rangkollisionsnormen bestehen, die eigentlich existierenden Völkerverträgen der Mitgliedstaaten den Vorrang einräumen würden: Art. 71 Brüssel-Ia, dann kommt die *TNT-AXA*-Rechtsprechung, und dann kommt Art. 351 AEUV oben drüber – das Unionsrecht beansprucht dort den Primat. „Es gilt, was wir sagen.“ Beim Thema Eingriffsnormen ließe sich lange diskutieren. Das machen wir während der nächsten Kaffeepause, sofern du gestattest. Generalist bin ich auch. Ich bin neulich einmal als einer der letzten dieser Art im IPR vorgestellt worden. Das hat mich doch etwas geschockt.

Parteiautonomie als Ausdruck selbstbestimmten Daseins oder aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte – ja, aber nirgendwo steht spezifisch das Wort Rechtswahlfreiheit. Der EuGH hat in der *Unamar*-Entscheidung noch eine Grundlage der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta gefunden, die man ja im weitesten Sinne auch menschenrechtlich einordnen kann, obwohl formell Unionsrecht. Das ließe sich dort finden, aber das Wort Rechtswahlfreiheit taucht so nicht auf. Sie müssen schon mit gewissen Auslegungskunststücken arbeiten, um dorthin zu kommen – Herr Basedow übrigens genauso. Das hängt schon mit dem Alter der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte zusammen.

Thema Schiedsgerichtsbarkeit, Herr Paulus: Wenn Sie einem IPRler „Schiedsgerichtsbarkeit“ sagen, denkt er natürlich an die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Sie werden an die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gedacht haben. Dort gibt es in der Tat die Debatte, dass sich in dieser privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente vereinen und eben soweit dann eine gewisse Konvergenz da ist. Andererseits, wenn ich mir BITs als übliche materielle Rechtsgrundlage für die Investitions-

schiedsgerichtsbarkeit anschau, dann haben wir doch Staaten als Vertragspartner, und die IPR-Komponente, jedenfalls im klassischen Sinne des Verweisungsrechts, wird mir etwas weniger klar.

Heinz-Peter Mansel, wie könnte ich anders als zustimmen? Das sind Probleme, die auf der Tagesordnung stehen, für die wir alle noch keine richtige Lösung haben, solange wir nicht unsererseits lange Arme in die USA entwickeln – vielleicht kommt das ja noch. Die Präsidentschaft Trump kann in der Hinsicht sehr sinnvoll sein.

Herrn Froweins namensrechtliche Fälle, da möchte ich fragen, wann haben die gespielt?

Herr Frowein: Vor zwei bis drei Jahren.

Herr Mankowski: Vor zwei Jahren, also aktuell? Das wundert mich etwas, denn an sich haben wir keine getrennten Kollisionsnormen für Vor- und Nachnamen, der Art. 10 Abs. 1 EGBGB gilt überall. Wir haben im deutschen Recht mit dem Mittelnamen ein Problem, aber das ist eher auf der sachrechtlichen Ebene anzusiedeln denn auf der kollisionsrechtlichen.

Herr Basedow, IPR und IZPR als untrennbare Einheit, rechtsaktübergreifende Auslegung – ich bin sofort dabei. Das kann man auch alles nächstes Jahr in RabelsZ nachlesen. Aber gemeinhin wird in der Diskussion über das Verhältnis zwischen IPR und Völkerrecht das IPR klassisch als Verweisungsrecht verstanden, weil die Diskussion schon relativ alt ist. Insofern fühlte ich mich doch bemüßigt, dieses „stating the obvious“ zu machen, dieses Triviale, auch darauf hinzuweisen, dass es ein Gebiet gibt des *droit internationale privé* oder des *conflict of laws* im weiteren Sinne, in dem deutlich auch völkerrechtliche Elemente sind.

Eva-Maria Kieningers Frage oder Hinweis möchte ich doch eher der Diskussion morgen und damit den Kollegen überantworten und mich damit einfach aus der Verantwortung stellen. Vielen Dank!

Frau Dethloff: Vielen Dank, die Verantwortung wird sicher morgen jemand anders übernehmen. Heute möchte ich fortfahren mit Fragen, die sich speziell an Herrn Khan richten, und bitte Herrn Steiger um seinen Beitrag.

Herr Heinhard Steiger: Vielen Dank. Sie haben, Herr Khan, gestern in Ihrem schönen Vortrag, für den ich ausdrücklich danken möchte, am Ende oder gegen Ende die Frage gestellt, ob wir stolz sein können auf unsere Vorfahren. Sie haben mit einem Zögern persönlich diese Frage positiv beantwortet. Ich möchte auch diese Antwort nicht in Frage stellen, wohl aber die Frage selbst. Wir haben in den letzten 20-30 Jahren aufgrund eines enormen Aufstiegs der Völkerrechtshistorie viel erfahren – als ich damit anfang, war das ein Nischenfach, das kann man heute nicht mehr behaupten – ausgelöst durch und ausgerichtet sehr stark auf eine Kritik an Imperialismus, Kolonialismus, Eurozentrik nicht nur der Völkerrechtsgeschichtsschreibung, sondern des Völkerrechtes selbst. Ich halte das für einen wissenschaftlichen Fortschritt und auch eine notwendige Blickänderung; oder vielleicht besser Blickergänzung. Aber dieser Fortschritt ist auf der anderen Seite doch häufig mit einem moralischen Akzent versehen, was natürlich bei Imperialismus und Nationalismus sehr naheliegt. Dagegen habe ich nun Bedenken, weil die Zeit, um die es geht, das 19. und 20. Jahrhundert, aber auch früher natür-

lich, sehr stark ihre eigenen Voraussetzungen hatte, ihre eigenen Bedingungen und Möglichkeiten der Konzeption des Völkerrechts, auch durch den sich globalisierenden Handel. Das Gleiche gilt umgekehrt aber auch für uns. Wir sind im hermeneutischen Zirkel gefangen, auch für uns gelten unsere Voraussetzungen des Denkens. Und deswegen halte ich diesen Ansatz für etwas verfehlt und irreführend. Ich denke, methodisch kann er ja letzten Endes nur subjektiv beantwortet werden. Das kam ja in Ihrer Antwort selber sehr stark zum Ausdruck. Von daher bin ich eigentlich skeptisch, ob eine derartige Fragestellung wirklich weiterführt in unseren Erkenntnissen, in unseren wissenschaftlichen Einsichten in diese vergangenen Zeiten. Es wird sehr subjektiv, es wird sehr angreifbar, nachher verlagert sich die Diskussion auf solche Bewertungen und in der Sache selber bleibt das etwas zurück. Deswegen bin ich eher geneigt, solche Fragestellungen zu vermeiden, weil sie in falsche Richtungen führen. Vielen Dank!

Herr Tomuschat: Noch einmal vielen Dank für den schönen und sehr ertragreichen Vortrag. Ich habe eine ganz einfache Frage: Die Gesellschaft ist im Jahr 1917 gegründet worden. Das war ein Jahr des Umbruchs. Es zeigte sich, dass der Krieg nicht gewonnen werden konnte. Der Reichstag verabschiedete eine Resolution für den Frieden. Ich weiß nicht, ob ich das überhört habe, aber wie hat sich die Gesellschaft zu dieser Grundfrage Krieg und Frieden eingestellt? Hat sie auch, wie viele der Deutschen oder meisten Deutschen, auf einem Siegfrieden beharrt, oder hat sie sich kompromisslos für einen Friedensschluss eingesetzt? Dazu hätte ich gerne etwas gehört, denn das war ein entscheidendes Jahr, das war die entscheidende Frage der Nation 1917.

Herr Hobe: Mir geht es eigentlich nur um die Wiederholung der Frage von gestern nach dem Verhältnis Völkerrecht und staatliches Recht, ob da also eine Tendenz zu erkennen ist, wenn es Richtung 1933 geht. Es geht mir also darum, zu erfahren, ob die Diskussion in der Völkerrechtsgesellschaft da eine entsprechende Tendenz sichtbar macht. Insofern greife ich auch ein wenig das Petitum meines Vorredners, Herrn Tomuschat auf, noch ein bisschen deutlicher werden zu lassen, wie die Diskussionsstränge damals in der neuen Völkerrechtsgesellschaft verlaufen sind.

Frau von Ungern-Sternberg: Auch anknüpfend an Herrn Steiger hätte ich die Frage, wie legitim es ist, geschichtliche Prozesse und Vereinigungen zu bewerten. Vor allem: Welche Maßstäbe legt man an? Auch ich habe mich über das Wort „Stolz“ etwas gewundert und ich glaube, es ist sehr richtig, natürlich nicht die heutigen Maßstäbe anzulegen – das ist ahistorisch. Ich halte die Frage einer Bewertung aber doch für legitim und würde sagen, dass man sie sachbezogen und vergleichend angehen muss. Man müsste beispielsweise nicht nur fragen, wie man in der Vereinigung zu Versailles, sondern wie man generell zu dem großen Thema Ächtung des Krieges stand. Wenn man die deutschen Völkerrechtler mit den übrigen Staatsrechtslehrern oder den Völkerrechtlern in England, den USA oder Frankreich vergleicht, dann könnte man entsprechende Bewertungen – als mehr oder weniger fortschrittlich – vornehmen.

Herr Jekewitz: Eine schlichte Frage: Hat eine frühere Mitgliedschaft in der Gesellschaft eine Rolle gespielt bei der Anwendung des Gesetzes über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von 1933? Und zwar dort besonders des § 5, wie das etwa in Bezug auf den Republikanischen Richterbund der Fall gewesen ist, dem nicht nur Richter angehörten, sondern auch Hochschullehrer und Anwälte, die in erster Linie – auch wenn sie die „doppelte Voraussetzung“ erfüllten, dass sie zudem „nicht-arischer

Abstammung“ waren – wegen ihrer Tätigkeit in damals als solche angesehenen „republikverdächtigen Institutionen“ aus dem Amt gejagt wurden. Und die zweite Teilfrage: Wie war es dann mit denen, die diesem Schicksal entkommen sind, mit ihrem Verhältnis zum Kaiser-Wilhelm-Institut in Berlin, das ja für einige, die sich nicht mehr vertreten fühlen konnten durch die Gesellschaft, eine Zufluchtsstätte wurde. Immerhin war dort Berthold Graf Schenk von Stauffenberg seit 1929 beschäftigt, mit dessen Hilfe 1937 etwa Helmut Strebelt – beide aus dem George-Kreis – dort Aufnahme und Arbeit fand, die er nach 1945 dann am Max-Planck-Institut in Heidelberg fortsetzen konnte.

Frau Dethloff: Vielen Dank, das war jetzt eine Diskussion, bestehend aus einer Fragerunde und Beiträgen, die sich speziell auf Herrn Khans Vortrag bezogen. Jetzt möchte ich Herrn Khan die Gelegenheit geben, hierzu Stellung zu nehmen.

Herr Khan: Lassen Sie mich vielleicht mit der wohl grundsätzlichen Frage beginnen, nämlich derjenigen nach der Bewertung historischer Prozesse, aufgeworfen von Herrn Steiger und Frau von Ungern-Sternberg. Ich meine zunächst, dass das Fällen von naturgemäß subjektiven Werturteilen ein durchaus legitimer, wenn auch – Herr Steiger, da stimme ich Ihnen natürlich zu – sicher nicht hinreichender Bestandteil im Prozess der historischen Urteilsbildung ist. Und natürlich soll dieses Werturteil keinesfalls an die Stelle eines Sachurteils, also einer mehr oder minder nüchternen, sachbezogenen und vergleichenden „Erfolgsbilanz“ treten, die Sie, Frau von Ungern-Sternberg, natürlich ebenfalls ganz zu Recht anmahnen. Ein solches (abschließendes) Sachurteil zu ganz konkreten Positionierungen zu fällen (etwa, Frau von Ungern Sternberg, zur Frage der Ächtung des Krieges), das aber war weder mein Anliegen, noch hätte ich dies im Rahmen dieses Vortrages mit einiger Seriosität wirklich leisten können. Mir ging es vielmehr, natürlich in einer rein subjektiven Wahrnehmung, ganz einfach um eine, jedenfalls in der Bilanz, ausgesprochene „positive Emotion“ gegenüber dem Wirken der in der Gesellschaft damals versammelten Individuen – nicht mehr und nicht weniger wollte ich mit dem Begriff „Stolz“ ausdrücken. Es war eine sehr schwierige Zeit damals, gerade für deutsche Völkerrechtler, an das Völkerrecht zu glauben. Es war wohl in der damaligen historischen Situation wirklich nicht einfach daran zu glauben, dass das Völkerrecht der richtige Weg sei, um die damals als deutsch definierten Interessen durchzusetzen. Wofür ich dann Stolz (oder, wem das zu pathetisch erscheint, gerne auch – synonym – Hochachtung) empfunden habe, ist dieser doch letztlich bei allen maßgeblichen Akteuren der Gesellschaft spürbare unbeirrbar und irgendwie bedingungslose Glaube an diese Rechtsordnung – trotz der ständigen Niederlagen, die man in der Arena der Völkerrechtspraxis erlitt: Versailles, der eigene Völkerbundentwurf, der ja bekanntermaßen in keiner Weise berücksichtigt wurde, diverse Niederlagen vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof und so weiter. Und am Ende der Weimarer Republik hätte die Gesellschaft dann angesichts ihrer in vielfacher Hinsicht heterogenen Zusammensetzung natürlich auch das Potenzial gehabt, zu einem Kampfplatz von Ideologien und noch unschöneren Auseinandersetzungen zu werden. Und das wurde sie nie. Auch darauf kann man durchaus ein wenig stolz sein, finde ich.

Herr Tomuschat, wie hielt die Gesellschaft es 1917 mit der Frage Krieg und (Sieg-)frieden? Die Gesellschaft hat sich, soweit ersichtlich, nicht mit der (Friedens-)resolution des Reichstags befasst – und die Positionen der in der DGVR damals vereinigten Völkerrechtler und Praktiker hierzu waren naturgemäß sehr unterschiedlich. Also, eine explizite Positionierung Pro oder Contra Siegfrieden gibt es nicht. Was man allerdings

wohl sagen kann, ist, dass man nicht mehr ernsthaft an den Siegfrieden glaubte – Niemeyer und wohl auch alle anderen, die damals maßgeblich an der Gründung beteiligt waren. Ja, man wird wohl sogar sagen können, dass die als drohend erkannte Niederlage einer der maßgeblichen Gründe gewesen ist, dass die Gesellschaft 1917 gegründet wurde: Auch das habe ich irgendwo in meinem Vortrag in einem Halbsatz angedeutet. Trotz des offiziell natürlich nach wie vor zur Schau getragenen Siegeswillens, war die Organisation der Theoretiker und Praktiker des Völkerrechts in der DGVR eigentlich eine Vorbereitung auf als schwierig erwartete Friedensverhandlungen. Das kommt in der Tat 1917/1918 in den Reden auch durchaus immer wieder deutlich zum Ausdruck. Also die DGVR war jedenfalls ganz sicher kein Instrument, um einen Siegfrieden vorzubereiten. Nein, man rechnete mit der Niederlage. Davon kann man ausgehen. Man konnte das nicht so deutlich sagen, aber der Kaiser selbst hat ja 1916 oder 1917 bereits in einer Rede gesagt, von einem Siegfrieden, davon können wir nicht ausgehen, wir werden einen Kompromiss eingehen müssen – und das war sicher auch die ganz überwiegende Haltung der Gesellschaft. Herr Jekewitz: Spezifisch auf die Anwendungspraxis des § 5 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums habe ich meine Recherchen nicht ausgedehnt – sicher ein lohnenswertes Unterfangen, was aber wohl umfangreiche Archivarbeiten voraussetzen würde. Besonders „republikverdächtig“ aber war die DGVR als Ganzes wohl nicht, wenn ich das mal untechnisch so sagen darf. Natürlich handelte es sich um eine politisch und weltanschaulich sehr heterogene Gesellschaft, wobei man den Schwerpunkt aber wohl, grosso modo, bei den Nationalkonservativen verorten kann: Also eine im Hinblick auf das Ziel der nationalsozialistischen Neuausrichtung von Staat und Gesellschaft in besonderem Maße der Subversion verdächtige Vereinigung war die DGVR ganz sicher nicht. Die letztlich vergeblichen Andienungsversuche unseres Vorsitzenden im Jahre 1933 (ich habe in meinem Vortrag ja kurz darauf hingewiesen) zeigen ja auch deutlich, dass man grundsätzlich durchaus bereit war sich mit den neuen Machthabern zu arrangieren. Zwar ist es sicher richtig, dass das Kaiser Wilhelm Institut unter der durchaus geschickten Führung von Viktor Bruns nie wirklich im radikalen Sinne gleichgeschaltet worden ist und durchaus eine gewisse Distanz zur NS-Völkerrechtslehre behaupten konnte. Und mit historisch, politisch-juristisch oder auch geographisch eher abgelegenen Arbeiten konnte man hier als der NS-Ideologie „reserviert“ bis (nicht offen) ablehnend gegenüberstehender Wissenschaftler wohl die NS-Herrschaft überleben. Dass das Institut indes zur Fluchtstätte für wirklich politisch und/oder rassisch gefährdete DGVR Mitglieder geworden ist, geben die Fakten wohl nicht her: Kaufmann wurde durch Schmitt ersetzt – und echte Initiativen zur aktiven Schutzgewährung (potentieller) Verfolgter des NS-Regimes ist mir jedenfalls nichts bekannt.

Frau Dethloff: Vielen Dank. Wir haben noch Gelegenheit für fünf weitere Wortbeiträge, die sich auf den Vortrag von Herrn Mankowski beziehen. Wenn sich alle weiterhin zeitlich so diszipliniert verhalten wie bislang, dann besteht noch die Gelegenheit zu kurzen Schlussworten und wir werden den Saal pünktlich um 11.00 Uhr verlassen können. Jetzt darf ich Herrn Ress um seinen Wortbeitrag bitten.

Herr Ress: Eigentlich hat Herr Basedow meine Frage fast vorweggenommen. Ich wollte sagen, dass ich diese strikte Trennung, die sich zum Teil im Laufe der Geschichte zwischen IPR und Völkerrecht gezeigt hat, nicht teile – aus verschiedenen Gründen. Modern würde ich sagen, haben die Menschenrechte eigentlich einen erheblichen Teil

des IPR überrollt. Wir stellen heute nahezu jede zweite IPR-rechtliche Frage auch unter dem Aspekt, wie weit ist diese Frage, dieses Verfahren und diese Lösung mit den allgemeinen Menschenrechten – sei es Konventionsrechten oder allgemeinen Menschenrechten – vereinbar. Über nationale Regeln, über den *ordre public* und was es noch gibt, dringen die Menschenrechte intensiv in die Beantwortung der IPR-rechtlichen Fragen ein und füllen sie in erheblichem Maße aus, sodass wir heute von einer wirklichen Trennung als Völkerrechtler oder IPR-Rechtler gar nicht mehr ausgehen können. Das ist ein Befund, der eigentlich auch unsere Gesellschaft weiterhin intensiv zusammenschweißt und die gemeinsame Behandlung dieser Materien, wie etwa auch im Institut de Droit International, die leider in unserem akademischen Leben verloren gegangen ist, weiterhin begründet. Insofern möchte ich in Anknüpfung an Herrn Basedow für eine Einheitsbetrachtung plädieren, auch im Hinblick auf das Prozessrecht, was er auch erwähnt hat. Wenn ich nur an Probleme der Immunität denke, so haben wir hier eine Situation, die eine gemeinsame Antwort verlangt und nicht eine Trennung. Danke!

Herr Marauhn: Vielen Dank. Herr Mankowski, ich möchte auf Ihre These 9 kurz eingehen. Zunächst einmal vielen Dank für das Referat. Ich habe das Referat wahrgenommen als einen Einstieg in eine hoffentlich noch mehrere Tagungen der Gesellschaft andauernde Debatte über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und IPR, denn das haben wir bislang so als eigenständiges Thema noch nicht intensiver behandelt. Ihre These 9 finde ich etwas zurückhaltend formuliert. Zwar ist die Debatte bisher tatsächlich etwas beschränkt, inwieweit man das IPR nutzen kann zur Durchsetzung menschenrechtlicher Normen. Aber wenn wir uns anschauen, dass wir auf der menschenrechtlichen Ebene auch Schutzpflichten haben und diese Schutzpflichten den Staat oder die Staaten veranlassen könnten, tatsächlich das IPR in diese Richtung weiter zu entwickeln durch gesetzgeberische Maßnahmen und dadurch Spielräume zur besseren Durchsetzung von Menschenrechten gerade im transnationalen Kontext zu schaffen, dann denke ich mir, ist da noch viel Musik drin. Ich würde mir wünschen, dass man vielleicht auch in diesem Zusammenhang Forschungslinien eröffnet. Wir haben ja Mitglieder in der DFG, die sich ja dafür einsetzen können, dass vielleicht an dieser Schnittstelle zwischen IPR und Völkerrecht Projekte auf den Weg gebracht und unterstützt werden können. Eine weitere Brücke sehe ich zum Vortrag von dir, Daniel, denn gestern wurde angesprochen, dass die Gesellschaft früher politisch und praktisch war, wenn ich das mal so flapsig formulieren darf. Politisch und praktisch kann die Gesellschaft genau auch an dieser Stelle sein. Der Bundestag hat sich einmal mit der Frage beschäftigt, inwieweit das IPR tatsächlich zur Durchsetzung von Menschenrechten genutzt werden kann. Das haben sicher auch die gesetzgebenden Körperschaften in Österreich und der Schweiz getan. Ich denke, da kann die Gesellschaft durchaus Position beziehen. Vielen Dank!

Herr Remien: Vielen Dank, Peter, für diesen sehr bereichernden Vortrag. Ich würde gerne zu zwei kleinen Aspekten ganz kurze Bemerkungen machen. Zum einen hast du die Europäisierung ja sehr in den Vordergrund gestellt und gesagt, da sind das drei Rechtsquellenbereiche. Das ist natürlich vollkommen richtig und wichtig, andererseits möchte ich das doch ein bisschen relativieren, denn in einer globalen Sicht der Dinge ist die Europäisierung ja eigentlich nur eine regionale Verschiebung des Rechtsquellenautors der IPR-Regelungen. Wenn wir das aus amerikanischer, chinesischer oder

sonstiger Perspektive betrachten würden, kann man sagen, da wird nach wie vor IPR in europäischem Stil jetzt durch einen europäischen Gesetzgeber und nicht mehr durch einen nationalstaatlichen gemacht. Das ist die eine Relativierung. Die andere Relativierung ist, dass in der Lehre, glaube ich, und in der Wissenschaft und vielleicht auch in der Gerichtspraxis das noch nicht so ganz europäisch betrieben wird, leider. Das steht aber auf einem anderen Blatt.

Die zweite kurze Bemerkung: Du hast die Anerkennung bei den Statusrechtsverhältnissen und da auch den Zusammenhang mit Menschenrechten betont. Das fand ich sehr gut und sehr interessant. Ich würde versuchen, das noch in eine etwas weitere Perspektive zu richten. Ich dachte dabei an das internationale Sachenrecht, das du auch kurz erwähnt hast, nämlich den Grundsatz der wohlerworbenen Rechte – *les droits acquis*. Wenn ich im Ausland Eigentum erworben habe an einer beweglichen Sache und die nach Deutschland bringe, dann ist das Eigentum nicht weg, sondern es gilt das *lex rei sitae* zum Zeitpunkt, an dem ich Eigentum erworben habe, das war irgendwo in der Welt. Wenn ich jetzt ein Geschäft hier durchführe, dann gilt sachenrechtlich das deutsche Sachenrecht als *lex rei sitae*, aber das Sachenrecht, das ich erworben hatte, wird anerkannt. Kann man nicht sagen, dass dem eigentlich ein menschenrechtliches Prinzip zugrunde liegt? Das Recht, das ich irgendwo in der Welt hatte und das ich jetzt mit mir mitbringe, das wird eigentlich mit gewissen Vorbehalten auch am neuen Lagerort oder Aufenthaltsort anerkannt. Das gilt sicher nicht unbeschränkt, aber vielleicht liegt da noch mehr im ganz traditionellen IPR des Sachenrechts an menschenrechtlicher Grundlage. Danke schön!

Herr Weller: Vielen Dank, Peter Mankowski, für den schönen Vortrag. Der Spagat zwischen trennenden und verbindenden Gesichtspunkten ist klar zum Ausdruck gekommen. Das Bestehen der institutionellen Trennung ist aus meiner Sicht unbestreitbar. Andererseits gibt es aber erhebliche Berührungspunkte. Die entsprechenden Einbruchstellen wurden bereits genannt, namentlich waren dies Erst- und Vorfragen, die Auslegung von Generalklauseln, der *ordre public* sowie das internationale Prozessrecht. Auch die Akzessorietät wirkt in beide Richtungen. Dies möchte ich anhand eines Beispiels illustrieren, anknüpfend an Eva-Maria Kieninger – sie hatte die Vormundschaft samt der zugehörigen EU-Regulierung erwähnt. In der Genfer Flüchtlingskonvention, von der morgen auch die Rede sein wird, gibt es eine immer wichtiger werdende Kollisionsregel: Art. 12, der das Personalstatut von Flüchtlingen regelt. Innerhalb dieser Vorschrift stellt sich die Frage nach dem Flüchtlingsbegriff, welche das Völkerrecht beantwortet. Das IPR ist in diesem Kontext also akzessorisch zum Völkerrecht. Umgekehrt knüpft das Ausländerrecht bisweilen bei der Beantwortung von Vorfragen an das Privatrecht an, etwa wenn es um den Familiennachzug geht. Für die Begriffe der Ehe und der Familie hat also das Privatrecht die Definitionsgewalt. In diesem Sinne noch einmal vielen Dank für den schönen Vortrag!

Frau Dethloff: Danke schön. Bevor wir zu einer kurzen Schlussrunde kommen, habe ich noch eine letzte Frage von Herrn Schulze.

Herr Schulze: Lieber Peter, vielen Dank für deinen Vortrag. Ich glaube als IPR'ler auch, dass wir alles, was wir tun, vor der Matrix eines Völkerrechts tun, dass wir sozusagen ein Welt-IPR imaginieren, auch wenn wir es oft nicht aussprechen. Wir legitimieren uns aus dem Völkerrecht. Das IPR kann nur deshalb rechtfertigen, in einem Staat fremdes Recht anzuwenden, weil das Recht fremder Staaten als Gleiches anerkannt

und die Staatengleichheit damit die Grundbedingung des IPRs bildet. Die Aufgabe des IPRs liegt nicht im Ausgleich konfligierender Sachinteressen, sondern sie betrifft den Konflikt staatlicher Interessen, den Geltungsanspruch eines Sachrechts räumlich in einem grenzüberschreitenden Privatrechtsfall zu bestimmen. Das kann nicht nur aus der partikularen, freien, wie Redaktor Gebhard gesagt hat, nationalen Perspektive erfolgen, sondern es stellt eine originäre Aufgabe des Völkerrechts dar, diese Koordinationsleistung zu erbringen. Daher glaube ich, dass wir weiterhin in einer völkerrechtlichen Perspektive leben und uns als Teil eines gemeinsamen Ganzen verstehen. Danke!

Frau Dethloff: Vielen Dank. Sie haben heute grandiose Vorträge gehalten. Von daher werden Sie auch die Herausforderung bewältigen, je ein Schlusswort von dreieinhalb Minuten zu sprechen. Zunächst Herr Mankowski.

Herr Mankowski: Dass die menschenrechtliche Dimension noch viele Details birgt, steht völlig außer Frage. Das ist ein Berührungspunkt mit Fragen, die sich auch für das IPR stellen – auch für die Zukunft. Dass jeder zweite IPR-Fall menschenrechtsbezogen sei, glaube ich für die kleine Münze der Fälle im Vertrags- und Wirtschaftsrecht ehrlich gesagt nicht. Die Anerkennung von Statusverhältnissen, *les droits acquis* im internationalen Sachenrecht: für das eine definitiv, wenn es denn kommt, eine menschen- und auch europarechtliche Grundlage; für das andere die Frage nach der zeitlichen Dimension, ob man nicht die Begründung einfach austauscht.

Übergreifend war vielen Beiträgen, dass sie über die allgemeine Diskussion hinaus auf die Dimension des Verhältnisses zwischen den beiden Disziplinen – dies sind sie nach meiner Überzeugung, das ist auch im Vortrag deutlich geworden – innerhalb unserer Gesellschaft abgestellt haben. Dass es zwei getrennte Disziplinen sind, heißt ja nicht, dass sie nicht kooperieren können zum wechselseitigen Nutzen und mit wechselseitigem Gewinn. Gerade das tun wir ja seit nun inzwischen 100 Jahren in dieser Gesellschaft, mal weniger erfolgreich, aber meistens sehr erfolgreich. Vielen Dank!

Herr Khan: Zunächst freue ich mich sehr darüber, dass mein historisches Thema doch so ein großes Interesse gefunden hat. Herr Steiger, das liegt in der Tat ein wenig im Trend der Zeit. Es wäre sicher lohnend, insoweit vor allem auch Kontinuitätslinien nachzuzeichnen. Da gibt es in der Tat ganz viel zu entdecken: Internationales Strafrecht, Europäische Integration, Minderheiten, Menschenrechte – all das wurde schon damals (an-)diskutiert. Herr Ress, Herr Frowein – ich kann leider an dieser Stelle nicht im Detail darauf eingehen. Das wäre sicher interessant für ein DFG-Forschungsprojekt. Vor allem aber sind auch die Diskontinuitäten interessant: Warum haben wir uns eigentlich von den „Hilfswissenschaften“ abgekoppelt? Und warum haben wir die Wende zurück zur Gelehrtengesellschaft eigentlich vollzogen?

Herr Frowein, das was Sie sicher ganz zutreffend als „Weg in die Internationalität“ bezeichnen, manifestiert sich – und das finde ich ganz besonders spannend – in der Tat auch und gerade in, sagen wir, individuellen Entwicklungsprozessen. Kaufmann ist so ein typisches Beispiel: 1911 bis in die Kriegsjahre hinein war sein Credo noch Selbstbehauptung des souveränen Machtstaates – und dann diese Wandlung hin zur Einordnung in eine durch Völkerrecht geordnete Staatengemeinschaft in seiner Haager Vorlesung von 1935. Oder, Herr Ress, im Zusammenhang mit der Diskussion des Vortrages 1925 ein schwieriger Spagat: Wie stehen wir gegenüber der internationalen Gerichtsbarkeit? Im Hinblick auf die internationale Strafgerichtsbarkeit (Art. 227

Versailler-Vertrag) war man natürlich sehr kritisch. Aber auf der anderen Seite die *Commissions mixtes*, die Verwaltungsgerichte, Oberschlesien, das wirkte sich dann eben u.U. doch zugunsten Deutschlands aus. Auch Individuen vor internationalen Gerichten war so eines der ganz großen Themen, mit denen man eben wirklich ernsthaft rang: Meurer war da so ein Beispiel: Er stand 1925 zwar auf dem Standpunkt, internationale Gerichtsbarkeit gäbe es (*de lege lata*) nur zwischen Staaten. Aber er begrüßte eben auch eine andere Entwicklung, die dann 1928 mit dem Danzig-Gutachten ja in gewisser Weise auch erfolgte.

Lieber Herr Bothe, zu Strupp könnte man vielleicht noch ergänzen, dass dieser nicht nur in französischer Sprache publiziert hat, sondern er hat vor allem auch die Courage besessen, französische Texte zu übersetzen, etwa auch zu so sensiblen Themen wie der belgischen Neutralität. Das war natürlich nur unter Pseudonym („Juridicus“) ratsam. Aber kein Wunder, dass in der nationalistisch aufgeladenen Stimmung unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg die Habilitation in Frankfurt scheiterte.

Wichtig ist mir abschließend vielleicht noch Folgendes: In der DGVR fand insgesamt kein Kampf gegen Versailles statt, sondern ein Kampf um Versailles. Das ist zwar nur ein kleiner, aber doch feiner und nicht ganz unwichtiger Unterschied. Es ging um die Deutungshoheit und da merkt man eben auch ganz deutlich den Einfluss des Auswärtigen Amtes: Pragmatiker und Positivisten. Der Vertrag war jetzt nun einmal da, da müssen wir jetzt mit juristischen Mitteln einfach das Beste daraus machen. Das war in der Tat, Herr Giegerich, *lawfare*, also die Fortsetzung des Kampfes mit anderen Mitteln. Aber Deutschland hatte auch nur das Recht. Die Alliierten hatten die Macht. Deswegen ist es kein Wunder, dass *lawfare* in Deutschland damals eine ganz besondere Rolle spielt, die ich in der konkreten historischen Situation vielleicht nicht ganz so negativ konnotieren würde wie Sie. Letzter Satz: Die „Fundamentalkritiker“ – Kelsen und Schmitt – waren nicht dabei. Das war natürlich auch interessant, denn die gesamte Diskussion bewegte sich damit so ein bisschen im „Mittelfeld“, ein bisschen pazifistisch, ein wenig nationalkonservativ, aber auf jeden Fall mit ganz viel Pragmatismus – da hat Niemeyer sicher eine steuernde Rolle gehabt, die auch weiterer Forschung sehr wohl wert wäre. Ich danke!

Frau Dethloff: Unseren Referenten von heute gebührt ein ganz herzlicher Dank!

Rede von Außenminister Sigmar Gabriel beim Festakt zum 100-jährigen Bestehen der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht

16.03.2017

Sehr geehrter Herr Professor Nolte,
verehrte Mitglieder der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht,
liebe Gäste,
meine Damen und Herren,

„Für manche, auch wissenschaftlich Gebildete und sogar Juristen, ist heute das Völkerrecht ein Trümmerhaufen und leerer Wahn“.

Das sind nicht meine Worte. Und das ist auch keine Beschreibung der heutigen Welt!

Es ist vielmehr der Beginn eines leidenschaftlichen Plädoyers eines der Gründerväter Ihrer Gesellschaft, Moritz Liepmann. Ein Plädoyer für das Völkerrecht. Geschrieben vor hundert Jahren! In einer Zeit, in der das Stahlgewitter des 1. Weltkrieges noch tobte. In einer Zeit, in der die europäische Friedensordnung gerade so gewaltsam zusammengebrochen war. Und noch bevor der amerikanische Präsident Wilson seine berühmten 14 Punkte vorgestellt hatte.

Eine ziemlich mutige Avantgarde, die Sie da als Vorgänger haben! Ich gratuliere zu Ihrem Jubiläum des Gründungsdatums der Gesellschaft. Und freue mich, dass Sie heute hier bei uns im Auswärtigen Amt zu Gast sind!

* * *

Meine Damen und Herren,

lassen Sie mich zurückkommen auf das von mir eingangs zitierte Wort vom Völkerrecht als einem „Trümmerhaufen“. 100 Jahre nach der Gründung Ihrer Gesellschaft, können wir diesen Vorwurf so einfach abtun? Oder müssen wir uns nicht auch heute ernsthaft die Frage stellen, welche Rolle, welchen Stellenwert das Völkerrecht in unserer komplexen und konfliktbeladenen Welt hat? Das an sich ist schon schwierig. Aber wenn man es dann noch mit autoritären Bewegungen zu tun hat, selbst in den Zentren der liberalen Demokratien der westlichen Welt, die es zum Credo ihrer Politik erheben, genau aus dieser Rechtsordnung einer multipolaren Welt auszuscheren und sagen: „Die Interessen meiner Nation setze ich absolut, sie sind das einzige, was zählt!“ – dann muss man sich in der Tat Sorgen machen. Weil dies natürlich das Gegenteil von der Idee des gemeinsamen Völkerrechts ist, da es ja gerade die absoluten Machtansprüche der einzelnen Staaten einhegen soll, durch die Stärke des Rechts Verbindlichkeit und Vertrauen schaffen soll. Im Respekt vor gemeinsam geschaffenen Regeln. In der Erkenntnis, dass alle beim Respektieren dieser Regeln besser leben, als wenn einer versucht, etwas kurzfristig gegen den andern durchzusetzen, aber langfristig vielleicht zum Verlierer wird. Es gibt also Gründe dafür, zwar nicht über einen Trümmerhaufen zu reden, aber darüber, was wir tun können, damit das Völkerrecht nicht zum Trümmerhaufen wird.

Sie, verehrte Damen und Herren, haben als Mitglieder der Gesellschaft für Internationales Recht möglicherweise eine klare Haltung zu dieser Frage – ohne Zweifel eine sehr differenzierte, wie es sich für Juristen gehört! Vielleicht sind Sie als Professorinnen und Professoren für Völkerrecht und Internationales Privatrecht in dieser Frage sogar ein bisschen im positiven Sinne befangen. Man soll ja nicht neutral sein, zu solchen Fragen. Im Gegenteil, man soll das eigene berufliche Engagement einbringen und die Rückschritte im Zusammenleben der Völker nicht einfach nur diagnostizieren, sondern überlegen, was unsere gemeinsame Aufgabe ist, einen Rückschritt im Verhältnis der Völker möglichst gar nicht erst stattfinden zu lassen oder dort wo er stattfindet, ihn aufzuhalten.

Ich hingegen bin kein Jurist, wie Sie wissen. Ich begeben mich also auf sehr dünnes Eis, wenn ich ausgerechnet vor Ihnen als den Experten etwas zur Bedeutung des Völkerrechts sage. Ich will es trotzdem versuchen und versuchen eine politische Antwort zu geben.

Ich stelle meine Schlussfolgerung gleich an den Anfang: Ich bin überzeugt, das Völkerrecht ist kein „Trümmerhaufen“. Es ist vielmehr ein komplexes Bauwerk, an dem ständig gearbeitet wird. Mal wird ein Geschoss hinzugefügt. Mal wird eine tragende Wand, versehentlich oder wie wir merken auch absichtlich, beschädigt. Das Völkerrecht hat viele Baumeister. Und immer braucht es Statiker, die die Baumaßnahmen bewerten. Ich weiß, es heißt „Judex non calculat“ und dass Sie daher nicht Rechenkünstler sind. Aber im übertragenen Sinne geht es genau um diese Statik im internationalen Recht.

Sie, meine Damen und Herren, sind für mich die Statiker des Völkerrechts! Ohne Sie würde das Haus des Völkerrechts schnell verfallend. Wir würden ziemlich schnell nicht nur Risse in einzelnen Teilen, sondern auch Risse im Fundament bekommen. Deshalb danke ich Ihnen herzlich für Ihr Engagement.

Für uns, für die Bundesregierung, ist es von essentieller Bedeutung. Wir sind froh, dass es dieses Bauwerk gibt, das Völkerrecht, als Eckpfeiler einer internationalen Ordnung. Denn aufgrund unserer Offenheit, aufgrund unserer globalen Vernetzung sind wir als Deutschland vielfach exponiert und natürlich auch verletzlich. Das sind Demokratien in der Regel ohnehin. Jedenfalls sind sie, wie wir in Bezug auf die Türkei lernen, nicht im gleichen Maße zu Rigorosität und Härte fähig, wie das nicht-liberale Demokratien sind. Ich bin aber trotzdem der Überzeugung, dass wir diejenigen sind, die mit mehr Erfolg, mehr Stabilität das Leben für unsere Menschen organisieren können.

Aber auch Deutschland, auch Europa merkt jetzt gerade die Verletzlichkeit, wenn der Schutz durch internationale Abkommen, zum Beispiel Handelsabkommen, schwächer wird. Für eine Exportnation wie unser Land ist es eine große Herausforderung, wenn die Vereinigten Staaten von Amerika erklären, es gäbe keinen einzigen internationalen Vertrag im Interesse der Vereinigten Staaten. Alle seien gegen die Interessen der Vereinigten Staaten gerichtet und deshalb müssten alle in Frage gestellt werden. Im Übrigen wolle man auch nicht mit Europa verhandeln, sondern bilaterale „deals“ – ich weiß nicht, ob dieser Begriff schon Eingang ins Völkerrecht gefunden hat – abschließen, zwischen Deutschland und den USA, zwischen Frankreich und den USA. Das ist eine große Herausforderung, nicht nur rechtlicher Natur, sondern auch politischer und ökonomischer Natur. Das gefährdet die Stabilität unseres Landes und unseres Kontinents. Ich glaube, es gefährdet am Ende auch die Stabilität der Vereinigten Staaten

von Amerika. Es wird wahrscheinlich mehrerer Besuche in den USA bedürfen, um das dort wieder ins Bewusstsein zu rufen.

Wir sind eben verwundbar, wenn diese Regeln in Frage gestellt werden. Wenn Abschottung oder erratisches Handeln die Oberhand gewinnen. Deshalb sind wir angewiesen auf klare und verlässliche Spielregeln im politischen und im wirtschaftlichen Miteinander von Staaten und Institutionen.

Und deshalb, meine Damen und Herren, sollten gerade wir – Deutschland – uns besonders dafür engagieren, dass wir das internationale Recht nicht nur wahren, sondern es ausbauen.

Wir sind dabei nicht naiv. Um im Bilde zu bleiben: das Völkerrecht sieht heute nicht so aus, als hätte ein Architekt damit einen Wettbewerb gewonnen. Es hat ein paar schiefe Wände und sicherlich auch einige undichte Stellen im Dach. Und ein ziemlich scharfer Wind pfeift um die Ecken des Völkerrechts!

Zwar bekennen sich alle Staaten zum Völkerrecht, zur Charta der Vereinten Nationen als globalem Ordnungsrahmen. Aber wir müssen doch feststellen: die Weltordnung, wie sie nach 1945 aufgebaut wurde, wird nicht mehr von allen Staaten als selbstverständlich angenommen. Da gibt es Teile, die aus meiner Sicht verständlich sind, denn es bildet die Situation nach dem 2. Weltkrieg ab.

Dass die Welt sich verändert, ist unübersehbar. Asien, Lateinamerika, Afrika wachsen, wir in Europa schrumpfen. Das bedeutet, dass natürlich der Anspruch auf Mitwirkung aus diesen Teilen der Welt größer wird, denn sie wollen ja nicht zum verlängerten Arm ihrer ehemaligen Kolonialherren, vor allen Dingen im Sicherheitsrat, gemacht werden.

Ich glaube, dass das etwas ist, dem man sich stellen muss und sich auch die Frage stellen muss: Was heißt das nun für das Völkerrecht, für die internationalen Institutionen, für die Zusammenarbeit der Parlamente und Regierungen. Wir haben das gerade auch beim Außenministertreffen der G20 in Bonn im letzten Monat gesehen, wo auch China, Indien, Saudi-Arabien, Indonesien mit am Tisch sitzen und mit ganz klaren eigenen Vorstellungen darüber, wie sich das internationale Recht entwickeln soll, die nicht zwangsläufig mit den unsrigen übereinstimmen.

Angesichts dieser Neuvermessung der Welt wird keine Nation einfach auf überkommene Vorrechte pochen können. Die Vereinten Nationen werden wieder stärker zum Kristallisationspunkt von Interessensgegensätzen und damit eben auch von konkurrierenden Werte- und Ordnungsvorstellungen.

Das geht so weit – das ist kein Geheimnis – dass einige den westlichen Wertekanon für obsolet erklären. Hinter „westlichen Werten“ vermuten manche, wohl nicht immer ganz zu Unrecht, doppelte Standards und verborgene Interessen.

Trotzdem müssen wir an dieser Stelle dagegen halten: indem wir dies durch unsere eigene Politik glaubhaft widerlegen natürlich – wenn wir zum Beispiel unsere demokratischen Werte der Rede- und Versammlungsfreiheit auch dann hochhalten, wenn es uns schwerfällt. Was bei gelegentlichen Veranstaltungen in diesem Land nicht ganz leicht fällt.

Wir müssen deutlich machen, dass diese sogenannten „westlichen“ Werte doch keine Werte sind, die geographisch zu verorten wären. Ich habe mich kürzlich darüber mit meinem russischen Kollegen in einer Pressekonferenz in verstärkter Höflichkeit unterhalten. Ich finde schon, dass wir klarmachen müssen, dass es keine geographische

Verortung ist. Und dass es eben nicht in einen Gegensatz zu einer multipolaren Weltordnung steht. Ganz im Gegenteil, dass es nämlich einen universellen Charakter hat. Ich glaube deshalb, dass wir in Deutschland, wir in Europa diese Universalität unserer Werte hochhalten müssen und sie nicht preisgeben dürfen. Und dass wir dann uns auch verstärkt Gedanken darüber machen müssen, wie wir damit umgehen wollen, wie wir sie stärker verteidigen wollen und dafür Freunde, Partner, Unterstützer finden. Und dass es schon sein kann, dass diese westlichen Werte in Teilen der Welt durch Freiheitsbewegungen manifestiert werden, während sie im geographischen Westen durch Gefangenenlager wie in Guantanamo und das Nicht-Hineinlassen islamischer Besucher in den eigenen Staat eher in Frage gestellt werden, als verteidigt werden.

Es kommt also drauf an, dass wir wissen, worüber wir reden und an welcher Stelle wir in der Welt stehen. Wir müssen also deutlich machen, dass unsere Werte in den internationalen Vereinbarungen über Menschenrechte festgeschrieben sind. Ich bin mir sicher: diejenigen, die unter Menschenrechtsverletzungen leiden, müssen auch wissen, dass wir dieses Grundrecht kennen, erkennen und auch bereit sind, Verletzungen zu verfolgen.

* * *

Meine Damen und Herren,

von den Infragestellungen unserer Wertvorstellungen sollten wir uns nicht beirren lassen. Sie sollten uns vielmehr anspornen, gemeinsam mit unseren Partnern für eine Verrechtlichung der internationalen Beziehungen einzutreten.

Gerade für kleine, aber auch für mittelgroße Staaten wie Deutschland ist das Völkerrecht elementare Voraussetzung der gleichberechtigten Teilnahme an internationalen Beziehungen. Denn in einer allein auf ungezügelter Macht und ihrer Ausübung beruhenden Weltordnung wird natürlich der aktuell Stärkste gewinnen, derjenige, der seine Macht am rücksichtslosesten einsetzt. Das Völkerrecht setzt dem einen fundamental anderen Ansatz entgegen. Den der souveränen Gleichheit der Staaten. Es setzt willkürlicher Machtpolitik Grenzen.

Und für das Völkerrecht gilt, wie für alle rechtlichen Normen, dass Geltung und Bedeutung eben nicht durch den Rechtsbruch aufgelöst werden. Im Gegenteil: So haben uns die furchtbaren Verletzungen des humanitären Völkerrechts im syrischen Bürgerkrieg eindringlich vor Augen geführt, wie wichtig die Einhaltung von Normen ist. Und auch wenn wir diese Verletzungen nicht verhindern konnten, helfen wir zumindest dabei, sie sichtbar zu machen und sie zu verfolgen.

Deutschland unterstützt deshalb den internationalen Mechanismus zur Aufarbeitung schwerwiegender Menschenrechts- und Völkerrechtsverletzungen in Syrien. Wir werden dem Generalsekretär der Vereinten Nationen dafür auch Finanzmittel bereitstellen. Mit dem erklärten Ziel sie für eine spätere gerichtliche Verwendung zu verwenden. Denn eine dauerhafte Friedensregelung lässt sich eben nicht auf Rechtsbruch bauen.

* * *

Meine Damen und Herren,

die Stärkung des Völkerrechts ist ein Grundpfeiler deutscher Außenpolitik – und sie ist aktueller denn je! Wir engagieren uns deshalb für eine Stärkung des Völkerrechts – politisch und praktisch.

Wir tun dies, indem wir unsere Beziehungen zu anderen Staaten auf die Basis von gemeinsam vereinbarten Regeln stellen. Zuallererst in der Europäischen Union. Aber auch weit darüber hinaus: Deutschland hat mehr als 6500 völkerrechtliche Verträge unterzeichnet und ratifiziert! An diesem engen Netz werden wir weiter arbeiten.

Wir machen uns für solche Instrumente stark, die eine friedliche Streitbeilegung fördern, insbesondere internationale Gerichte: Der Internationale Gerichtshof in Den Haag, oder der Internationale Seegerichtshof, der seinen Sitz in Hamburg hat und mit dem wir als Sitzstaat besonders eng verbunden sind. Wir rufen alle Parteien, große und weniger große Staaten, auf, die Entscheidungen der Gerichtshöfe und Schiedssprüche verbindlicher Schiedsorgane anzuerkennen und umzusetzen. Wir setzen uns ein für den Internationalen Strafgerichtshof: Deutschland war bei seinem Aufbau nicht nur sehr aktiv, sondern ist auch sein zweitgrößter Beitragszahler. Politisch treten wir natürlich auch gerade mit den Staaten in einen Dialog über den Wert des Internationalen Strafgerichtshofs, die daran in letzter Zeit Zweifel haben erkennen lassen.

Internationale Gerichte, Untersuchungskommission und völkerrechtliche Expertenberichte – all diese Instrumente können nicht die politischen Auseinandersetzungen zwischen Staaten ersetzen. Aber sie helfen, sie in Bahnen des Rechts zu lenken, sie einzuhegen. Und nicht in die Macht des Stärkeren ausufern zu lassen. Und sie eröffnen so die Chance auf friedliche Lösungen. Die Chance, nicht die Sicherheit.

Deshalb danke ich auch all Ihren Mitgliedern, die sich aktuell oder in der Vergangenheit als Richterinnen und Richter an internationalen Gerichtshöfen zur Verfügung gestellt haben. Dabei möchte ich unserem Ehrengast ganz besonders danken. Nämlich Herrn Professor Buergenthal.

Lieber Herr Buergenthal,

Sie haben sich, unter anderem über ein Jahrzehnt lang als Richter am Internationalen Gerichtshof, für die Stärkung des internationalen Rechts eingesetzt. Dafür möchte ich Ihnen besonders danken!

Und es bewegt mich persönlich sehr, dass Sie, nach alledem, was unser Land, was Deutschland Ihnen und Ihrer Familie vor über siebzig Jahren angetan hat, dem Schutz der Menschenrechte Ihre Arbeitskraft und Ihre Energie gewidmet haben. Ich finde, das ist etwas, was Mut macht. Herzlichen Dank!

* * *

Meine Damen und Herren,

es kann uns nicht nur darum gehen, die Völkerrechtsinstrumente zu stärken. Oder die Quantität der völkerrechtlichen Normen zu erhöhen.

Eine Verrechtlichung der internationalen Beziehungen ist wichtig. Aber die Tatsache allein, dass es internationale Regeln gibt, kann uns nicht reichen. Wir müssen den Anspruch haben, diese Regeln so zu gestalten, dass sie auch tatsächlich unsere Werte widerspiegeln. Wir müssen Völkerrecht auch als Instrument sehen, die Globalisierung gerecht zu gestalten. Ein Beispiel dafür sind die Debatten über Freihandelsabkommen. Im Kern geht es ja darum, der Globalisierung Regeln geben. Regeln sollen helfen, dem Wettbewerb einen stabilen Rahmen zu geben. Aber eben nicht zu Lasten der Umwelt, nicht zu Lasten von Arbeitnehmerrechten, nicht zu Lasten von sozialer Sicherheit und kultureller Vielfalt.

Wir glauben, dass uns das mit dem Freihandelsabkommen zwischen Kanada und der Europäischen Union gelungen ist. Das Abkommen dient eben nicht allein dazu, den Handel zu verbessern, sondern es geht gerade darum, einen Maßstab zu schaffen, an dem sich der Handel zu orientieren hat. Ich finde, es ist ein so fortschrittliches Abkommen, dass man jetzt andere Abkommen daran prüfen kann. Es ist allemal besser, selbst Standards zu setzen, als abzuwarten, dass das andere tun.

Das ist nicht nur gut für die Verbraucher in Europa und Kanada. Es ist auch ein klares Signal an die anderen internationalen Handelspartner, an die USA, an China, dass wir Europäer Standards setzen wollen, völkerrechtlich verbindliche Absprachen für die Globalisierung treffen wollen. Dieses starke Augenmerk auf die inhaltliche Ausformulierung, meine Damen und Herren, muss in Zukunft weitergehen.

Ein weiteres Beispiel für wirklich gute internationale Vereinbarungen im globalen Maßstab ist das Pariser Klimaschutzabkommen.

Ich kann mich noch lebhaft aus meiner Zeit als Umweltminister an die Diskussionen um einen Nachfolgevertrag zum Kyoto-Protokoll erinnern. Schwierige Diskussionen. Schwierig auch, Schwellenländer und Entwicklungsländer davon zu überzeugen, dass es kein neuer Trick der alten Kolonialmächte ist, sie an ihrem wirtschaftlichen Fortkommen zu hindern, sondern dass es für ihr eigenes Überleben notwendig ist. Dass es gelungen ist, ein globales Klimaabkommen zu verhandeln, ist auch ein Sieg für das Völkerrecht.

Und schließlich: mit der Agenda 2030 haben wir eine internationale Vereinbarung – sie ist kein völkerrechtlicher Vertrag, aber immerhin ein Beschluss aller Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen – die uns ermöglicht, für eine gerechtere Globalisierung zu arbeiten – eine Vereinbarung, die auf einem globalen Konsens aufbaut. Denn das Ziel muss mehr Wohlstand für alle sein, und nicht mehr Reichtum für wenige. Und dafür braucht es Regeln.

Auch beim Thema Migration wollen wir gerecht gestalten. Es geht um Rahmenbedingungen für kontrollierte Zuwanderung und den Kampf gegen Menschenhandel und Ausbeutung. Also eine Zuwanderung, von der die Migranten selbst, aber auch die Ausgangs- und die Zielstaaten profitieren. Wir diskutieren das intensiv im Kontext der Vereinten Nationen. Ende 2018 wird es eine Staatenkonferenz zu dem Thema geben. Die wird nicht direkt überschäumende Ergebnisse liefern. Aber allein die Tatsache, dass wir uns auf den Weg machen, solche komplizierten Fragen in einen rechtlichen Rahmen zu bringen, ist ein gutes Zeichen.

Wir haben es also in der Hand, Normen zu schaffen. Sicher, es geht bei diesem Beispiel um „soft law“ oder vielleicht müsste man besser sagen „slow law“ und nicht um einklagbare Ansprüche. Aber es geht darum, durch internationale Normsetzung mehr Gerechtigkeit und Gleichheit zu erreichen. Denn mehr Gleichheit ist nicht nur ein guter Kompass für den inneren Frieden von Gesellschaften. Sondern eben auch für den äußeren Frieden unserer Gesellschaften.

* * *

Meine Damen und Herren,

Ihre Rechtsgebiete, das Völkerrecht, das Internationale Privatrecht, liegen an der Schnittstelle zu unserem politischen Handeln. Völkerrecht, so sehe ich es jedenfalls,

ist damit nie nur technisch oder gar unpolitisch. Es wirkt in den politischen Raum der internationalen Beziehungen hinein wie kein anderes Rechtsgebiet.

Und es ist damit auch, wie kein anderes Rechtsgebiet, politischen Entwicklungen ausgesetzt. Gerade weil wir uns in einer Zeit befinden, in der die Gewichte sich in der Welt verschieben, müssen wir mehr denn je auf die ordnende Kraft des Rechts setzen. Nicht naiv. Sondern entschlossen und immer mit der Klarheit von welcher Interessensbasis wir das verfolgen.

Ich hoffe, wir können dabei auch in der Zukunft – mindestens in den nächsten 100 Jahren – auf Sie, auf die Mitglieder der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht zählen! Als Berater, vielleicht auch manchmal als Prozessbevollmächtigte, und immer auch als kritische Beobachter und Kommentatoren! Unser gemeinsamer Ansporn sollte es sein, dass auch in 100 Jahren das Diktum vom Völkerrecht als „Trümmerhaufen“ nicht mehr ist als ein „leerer Wahn“!

Ich wünsche Ihnen eine gute und ertragreiche Jubiläumstagung!

Vielen Dank.

Zugänge zum Völkerrecht in Europa 1918–1939

Von Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Zürich*

- I. Situation der Zeit: Fundamentale Krisenerfahrungen
 - 1. Erschütterung des Erfahrungswissens: Theorieschub
 - 2. Ausgehöhlttes Völkerrecht: Suche nach sicherem Grund
 - II. Zugänge 1918–1939: Vielfältiges Ringen um sicheren Grund
 - 1. Dynamiksensibler Kritikmassstab: Materiell „richtiges“ Völkerrecht als Funktion des Faktischen (Scelle)
 - 2. Recht als Rationalitätsspeicher: Gemeinschaftskonstruktion durch Völkerrecht (Lauterpacht)
 - 3. Soziologisierung der Schlüsselkonzepte: Dogmatik als Friedensdienst (Huber)
 - 4. Suche nach dem richtigen Positivismus: Ringen um Konzeptklarheit (Anzilotti)
 - III. Nachwirken: Themen und Zugangsweise
 - 1. Kontinuität der Themen: Fragmentierung und Einheit, Akteursvielfalt, Dynamik
 - 2. Zugangsweise: Bedürfnis nach theoriegeleiteter Dogmatik
- Thesen
Summary

I. Situation der Zeit: Fundamentale Krisenerfahrungen

1. Erschütterung des Erfahrungswissens: Theorieschub

„Wie hätte der Künstler, der Soldat im Künstler“, schrieb Thomas Mann 1914 (er hat sich dieser Worte, was oft unterschlagen wird, später sehr geschämt), „nicht Gott loben sollen für den Zusammenbruch einer Friedenswelt, die er so satt, so satt, so überaus satt hatte! Krieg! Es war Reinigung, Befreiung, was wir empfanden.“¹ Zehn Jahre später, im Jahr 1924, lässt der gleiche – oder vielleicht sollte man sagen: ein anderer – Thomas Mann seinen Helden Hans Castorp am Ende seines Romans „Der Zauberberg“ einem sinnlosen Tod auf den Schlachtfeldern des Ersten Weltkriegs entgegengehen. Hans Castorps Naivität, im Grunde Thomas Manns eigene frühere, werden dabei in einer bizarren Schlusszene grell angestrahlt; Castorp summt, kurz vor dem Untergang und wie von einer anderen Welt, Schuberts „Lindenbaum“.² Der Erste Weltkrieg, und darum geht es mir zunächst, war ein Ereignis jenseits jeden Erwartungshorizonts. Er erschütterte das Erfahrungswissen, rüttelte an Wissens- und Gefühlsroutinen. Das politische Wissen generell, könnte man zuspitzend formulieren, geriet ins Wanken. Thomas Manns Wandlung als Reaktion darauf ist nur ein extremes Beispiel. Reinhart Koselleck hat mit Blick auf dieses Phänomen einmal von der Verkürzung historischer

* Der Text ergänzt den Beitrag „Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht von 1917 bis 1933“ von Daniel-Erasmus Khan in diesem Band. Er behandelt Zugänge von Autoren, die nicht schwerpunktmässig in Deutschland wirkten.

1 *Thomas Mann*, Gedanken im Kriege (1914), in: Grosse kommentierte Frankfurter Ausgabe, Bd. 15.1, 2002, S. 32.

2 *Thomas Mann*, Der Zauberberg (1924), in: Grosse kommentierte Frankfurter Ausgabe, Bd. 5.1, 2002, S. 1084.

Erfahrungsspannen gesprochen.³ Er meinte die Relativierung der Bedeutung von Erfahrung für die Einschätzung des Kommenden. Es scheint mir sinnvoll, diese Veränderung des geistigen Horizonts an den Anfang meines Beitrages zu stellen. Man kann die Zwischenkriegszeit, auch für unsere Disziplin – und nicht zuletzt ihre produktiven Aspekte –, in einem anspruchsvolleren Sinn nicht begreifen, wenn diese Verschiebung nicht in eine zentrale Position gerückt wird.

Der Theorieschub in der Völkerrechtswissenschaft nach 1918 steht mit der geschilderten Veränderung in einem offenkundigen Zusammenhang. Auch wer den Krieg bloss als Abweichung vom Normalen begriff oder sehen wollte, als temporären Durchbruch des Irrationalen, wie etwa Hersch Lauterpacht,⁴ hatte den Exzess und sein letztlich unbegreifliches Ausmass stets vor Augen. Es folgte ein intensives Ringen um die Herrschaft des Rechts, als Folge der Dimension des Krieges. Sie erzwang sozusagen die Bereitschaft, grundsätzlich zu denken. Blosser Pragmatismus reichte nicht mehr für das Gefühl, sich auf sicherem Grund bewegen zu können. Das Verhältnis zwischen Vergangenheit und Zukunft war, bildlich gesprochen, brüchig geworden. Georges Scelle, von dem im Folgenden noch die Rede sein wird, schrieb zu Beginn der Zwischenkriegszeit, es dürfe nun keine Anstrengung unterlassen werden, um menschliche Konflikte künftig anders als durch Krieg zu lösen – wie unwahrscheinlich dieses andere und wie verzweifelt diese Suche auch sein mögen.⁵ (Man wundert sich etwas ob des skeptischen Realismus dieser Worte, kennt man Scelle doch eher als einen Autor mit optimistischem Grundakkord – fast unbelehrbar optimistisch, ist man versucht zu sagen.) Die Zwischenkriegszeit jedenfalls war aus verschiedenen Gründen eine günstige Zeit für theoretische Reflexion. Die aufstrebenden Sozialwissenschaften und auch Entwicklungen in der Philosophie stellten Theorieangebote bereit, die dazu einluden, das Völkerrecht anders zu beleuchten oder gar neu zu fundieren. Sozialwissenschaftliche Grosstheorien und neukantianische Strömungen hatten Konjunktur. Sie haben in unserer Disziplin bekanntlich tiefe Spuren hinterlassen.⁶

3 *Reinhart Koselleck*, Die unbekannte Zukunft und die Kunst der Prognose, in: ders., *Zeitschichten*, 2003, S. 203–221 (221).

4 *Hersch Lauterpacht*, *International Law after the Covenant* (1936), in: Elihu Lauterpacht (Hrsg.), *Hersch Lauterpacht, Collected Papers*, Bd. 2, 1975, S. 145–158 (145).

5 *Georges Scelle*, *La Société des Nations – sa nécessité, son but, ses origines*, 1923, S. 2.

6 Frühe Theorien sozialer Ausdifferenzierung etwa von Emile Durkheim (*De la division du travail social*, 1893) und Herbert Spencer (*System of Synthetic Philosophy*, 1860) wurden insbesondere von Talcott Parsons und später Niklas Luhmann zur modernen Systemtheorie weiterentwickelt und stellen ideengeschichtlich gewissermassen die Grosseltern systemtheoretischer Ansätze in der Völkerrechtswissenschaft bzw. Theorie der internationalen Beziehungen dar (etwa: *Andreas Fischer-Lescano/Gunter Teubner*, *Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), S. 999–1046. Neukantianische Ansätze beeinflussen v.a. via Hans Kelsens Werk bis heute zeitgenössische Autoren. Zum Kelsianischen Formalismus im Völkerrecht und seinen Grenzen etwa: *Jochen von Bernstorff*, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, 2010, S. 233–271.

2. Ausgehöhlttes Völkerrecht: Suche nach sicherem Grund

Das elementarste Faktum nach dem Krieg aber war für die Völkerrechtswissenschaft ein dramatisch beschädigter Forschungsgegenstand.⁷ Gegen 17 Millionen Kriegstote waren mit der Vorstellung einer ernst gemeinten „Herrschaft des Rechts“ schon rein intuitiv nicht vereinbar. „Recht“ als Terminus und erst recht „Herrschaft des Rechts“ implizieren, ungeachtet des Kontexts, zumindest eine Minimalambition, die dramatischsten Formen der Gewalt einigermaßen einzuhegen.⁸ Die Realität hätte davon kaum weiter entfernt sein können. Das Völkerrecht hatte sich im Krieg, so könnte man formulieren, sozusagen selbst kannibalisiert. Fast alle Völkerrechtsverletzungen waren als Repressalien gerechtfertigt worden, man hatte sie gewissermaßen im Namen des Völkerrechts begangen.⁹ Als Beispiel sei der kompromisslose U-Boot-Krieg herausgegriffen, zu dem sich Deutschland berechtigt wähnte. Es rechtfertigte ihn als Gegenmassnahme gegen die britischen Methoden der Seekriegsführung.¹⁰ Die Blockade Deutschlands hatte zu einer dramatischen Hungersnot geführt, der je nach Schätzung zwischen 300'000 und 760'000 Menschen zum Opfer fielen.¹¹ Ein aus völkerrechtlicher Sicht zentrales Problem war die Vagheit des Repressalienrechts. Es trug zu den Gewaltspiralen wesentlich bei, weil Härte oft mit noch grösserer Härte vergolten wurde und regelmässig auch unschuldige Dritte traf. Die routinemässige Zuflucht zum Repressalienargument jedenfalls – in Verbindung mit den Unschärfen des Repressalienrechts – höhlt das Völkerrecht regelrecht aus. Der damalige amerikanische Aussenminister Robert Lansing brachte das Problem 1916 prägnant auf den Punkt: „[...] every new breach begat another, which in turn begat others, until the standards of right [...] were torn to bits.“¹² Dazu kamen heftige Attacken auf die Reputation des Völkerrechts nach dem Krieg. In Deutschland war es bekanntlich wegen des sogenannten Kriegsschuldparagraphen für viele ein Völkerunrecht.¹³ Doch auch in den anderen europäischen Ländern war sein Ansehen schlecht. Im Vereinigten Königreich etwa sprach der bereits berühmte John Maynard Keynes abschätzig nur vom „sogenannten Völkerrecht“, da er die Ordnung der Pariser Verträge für verfehlt hielt.¹⁴

Diese Ausgangslage verlangte – vor allem anderem – ein Überdenken des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Krieg. „Wie kann das Recht selbst mehr Friedenslasten tragen?“, war die Frage, die für die Disziplin im Raum stand, und der Völkerbund

7 Bezeichnenderweise beginnt Otfried Nippold sein 1917 erschienenes Werk „Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkriege“ mit dem Hinweis, dass Totgesagte der Redensart nach länger leben: *Otfried Nippold, Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkriege*, 1917, S. 3.

8 *Christoph Menke, Law and Violence, Law and Literature* 22 (2010), S. 1–17 (1).

9 Dies geschah teilweise gutgläubig: vgl. *Isabel V. Hull, A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War*, 2014, S. 276–316. Zur alten Unterscheidung zwischen allgemeiner und spezieller Repressalie und zum teilweisen Quasi-Kriegscharakter der allgemeinen Repressalie: *Wilhelm G. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1988, S. 237–239.

10 *James Wilford Garner, International Law and the World War*, Bd. 1, 1920, S. 334–335.

11 Zur Diskussion im Einzelnen: *Hull* (Fn. 9), S. 169 m.H.

12 *Robert Lansing, Memo of December 1, 1916*, in: *United States* (Hrsg.), *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States: The Lansing Papers, 1914–1920*, Bd. I, 1939, S. 229.

13 Die Verhöhnung beklagend: *Walther Schücking, Die völkerrechtliche Lehre des Weltkrieges*, 1918, S. 3.

14 *John Maynard Keynes, The Economic Consequences of the Peace*, 1920, S. 71–72.

verkörperte sie in gewisser Weise, die Idee des „peace through law“.¹⁵ Auf das Gleichgewicht der Mächte allein mochte man nicht mehr bauen. Es herrschte ein aus heutiger Sicht bemerkenswerter Glaube an ein internationales „social engineering“, an die Zivilisierbarkeit der Staatenwelt durch gemeinsam entwickeltes Recht.¹⁶ In diesem Geist sah etwa Art. 19 der Völkerbundsatzung vor, dass die Versammlung, das Hauptorgan, Staaten zu einer Nachprüfung friedensgefährdender Verträge auffordern kann. Die Bestimmung wurde nicht zufällig von vielen Autoren jener Zeit oft zitiert, etwa von Hans Kelsen, Georges Scelle und Hersch Lauterpacht. Viele hielten den Krieg jetzt schlicht für unzulässig – oder in der Terminologie von Scelle: für antisoziales positives Recht – und anachronistisch.¹⁷ Max Huber – auch von ihm wird noch die Rede sein – schrieb bereits 1916 in prononcierter Abkehr von früheren Positionen, bei der Rechtsinstitution des Krieges handle es sich um nichts weniger als eine „Verirrung des Völkerrechts“.¹⁸

Ich wende mich im Folgenden verschiedenen Zugängen zum Völkerrecht in der Zwischenkriegszeit in Europa zu. Man kann diese Thematik selbstredend auf sehr verschiedene Weisen angehen. Denkbar wäre etwa, sogenannte realistische und idealistisch-institutionalistische Strömungen zu unterscheiden oder nach optimistischen und pessimistischen Zugängen zu differenzieren, wie dies oft getan wird, d.h. Systematisierungsarbeit zu leisten.¹⁹ Ich habe hier anderes im Sinn, nicht nur weil das Problem solch dualer Narrative oft ist, dass sie dem Einzelnen nur sehr partiell gerecht werden. Schaut man genauer hin, erweisen sich die Etiketten doch oft als sehr vage und nicht selten unbefriedigend. Ich möchte eine einzige Frage in den Mittelpunkt stellen, die mir mit Blick auf jene Periode die interessanteste zu sein scheint: Wie haben bedeutende europäische Völkerrechtler nach dem Krieg versucht, für ihre völkerrechtliche Arbeit wieder verlässlichen Boden unter den Füßen zu gewinnen? Das mir aufgegebenes Thema der Zugänge verstehe ich in diesem Sinn als Frage nach dem Ringen um das richtige Fundament. Ich werde Georges Scelle, Hersch Lauterpacht, Max Huber und Dionisio Anzilotti behandeln, die fraglos zum Kanon bedeutender Völkerrechtler jener Zeit gehören. Sie stehen im Folgenden, selbstverständlich vereinfachend, für die Disziplin und ihre Zugänge in Europa ausserhalb Deutschlands. Natürlich geht es nicht darum, wer – naiv formuliert – Recht oder zumindest mehr Recht hatte als andere, sondern um das Existentielle des Wissenschaftlerdaseins, das Ringen um Stabilität auf schwankendem Grund.

15 Die Idee des „peace through law“ wird meist auf Kants Aufsatz über den Ewigen Frieden zurückgeführt. Sie wurde im 19. Jahrhundert von einzelnen Strömungen der Friedensbewegung propagiert, wobei etwa 1888 in Frankreich eine „Association de la paix par le droit“ gegründet wurde, die dann vor, während und nach dem Ersten Weltkrieg aktiv war.

16 Nach dem Zweiten Weltkrieg war dies anders. Martti Koskenniemi pointiert die Veränderung etwas einseitig dahingehend, das Völkerrecht sei nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem blossen Instrument zur Förderung der eigenen Agenda mutiert: *Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, 2001, S. 3.

17 Bei Hans Kelsen sind die Staaten Organe des Völkerrechts und als solche auf dieses als Ganzes verpflichtet, bei Georges Scelle verlangt das objektive (ideale) Recht die Ächtung kriegerischer Aggression, und bei Hersch Lauterpacht ist die Rationalität, die für die Überwindung des Krieges nötig ist, im Recht gewissermassen eingelagert.

18 *Max Huber, Der Wert des Völkerrechts* (1916), in: ders., *Gesellschaft und Humanität*, 1948, S. 165.

19 Grundsätzlich zur Frage von „Schulen“ im Völkerrecht: *Bardo Fassbender, Denkschulen im Völkerrecht*, in: *Paradigmen im internationalen Recht/Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, Bd. 45, 2012, S. 1–31.

II. Zugänge 1918–1939: Vielfältiges Ringen um sicheren Grund

1. Dynamiksensibler Kritikmassstab: Materiell „richtiges“ Völkerrecht als Funktion des Faktischen (Scelle)

Wer sich Georges Scelle zum ersten Mal nähert, angezogen möglicherweise von seinem Ruf als Avantgardist und kreativem Schöpfer neuer Konzepte, ist oft zunächst enttäuscht.²⁰ Seine Völkerrechtssoziologie ist dünn,²¹ seine Sprache höchst eigenwillig und sein Verständnis für die Komplexität von Normkonkretisierungen, freundlich formuliert, wenig entwickelt.²² Dennoch interessiert Scelle bis heute. Dieses Interesse hängt nicht nur damit zusammen, dass er Stichworte und Theorieelemente wie jene des methodologischen Individualismus oder der funktionellen Verdoppelung in die Diskussion eingeführt hat,²³ seine Anziehungskraft hat offenkundig auch damit zu tun, wie kompromisslos er einen zentralen Platz für das Völkerrecht im Projekt der Zivilisation beansprucht.

Scelle hat, grundsätzlich gesprochen, zwei Hauptanliegen. Sein erstes Bemühen gilt der Etablierung eines Rechtskonzepts, das ihm stets auch einen verlässlichen Massstab für Kritik am geltenden Recht liefert. Er will das positive Recht kritisieren können, und er findet diesen Massstab – zugespitzt formuliert – in einem ins Soziologische gewendeten Naturrechtsmodell, in Anlehnung vor allem an Lehren des französischen Staatsrechtlers Léon Duguit, den er für seine Zwecke adaptiert.²⁴ Für Scelle gibt es objektiv richtiges Recht (er nennt es auch gleich so, meint damit aber ideales Recht) und positives, das in einem konventionellen Sinn „gilt“. Objektiv geboten ist für Scelle, was in einem bestimmten Kollektiv biologisch und sozial notwendig, manchmal auch, was solidarisch oder fortschrittlich ist.²⁵ Wer Scelle genau liest, dem fällt rasch auf, dass die vagen Begriffe „notwendig“, „solidarisch“ und „fortschrittlich“ synonym und oft auch ziemlich willkürlich verwendet werden. Positives Recht, das dem objektiven nicht entspricht, ist für ihn antisozial oder antijuristisch.²⁶ Ein Beispiel ist für ihn etwa ein Völkerrecht, das gar keine Verantwortlichkeit des Einzelmenschen vorsieht.²⁷ Das Nürnberger Tribunal nach dem Zweiten Weltkrieg ist für Scelle denn auch nur ein Schritt in die richtige

20 Eine zunächst nur vorläufige Skizze von Scelles Konzeption ist zu finden in: *Georges Scelle, Essai de systématique du droit international* (Plan d'un cours de droit international public), *Revue générale de droit international public* 5 (1923), S. 116–142. Für die ausgearbeitete Konzeption siehe insbesondere: *ders., Précis de droit des gens*, 2 Bd., 1932/34; *Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours* 46 (1933/IV), S. 331–703; *Théorie du gouvernement international*, in: *Annuaire de l'Institut international de droit public* 1935, S. 41–112.

21 Recht als gesellschaftliches Phänomen – in Absetzung etwa zu nichtrechtlicher Normativität – wird nicht eigentlich analysiert, sondern seine Existenz wird als soziale Tatsache vorausgesetzt; Scelle liefert keine Theorie der Rechtsgeltung. Das erlaubt es ihm, sich auf die Frage des „richtigen“ (idealen) Inhalts zu konzentrieren, den er als Funktion der sozialen Tatsachen begreift.

22 Konkretisierung ist bei Scelle ein blosses Erkenntnisproblem, d.h. die „Richtigkeit“ der Konkretisierung hängt ausschliesslich von der Präzision der Wirklichkeitsanalyse ab.

23 Für eine gedankenreiche Diskussion der Idee des „dédoublement fonctionnel“ siehe: *Antonio Cassese, Remarks on Scelle's Theory of „Role Splitting“ (dédoublement fonctionnel)* in *International Law, European Journal of International Law* 1 (1990), S. 210–231.

24 Vgl. *Georges Scelle, La doctrine de Léon Duguit et les fondements du Droit des gens, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1-2 (1932), S. 83–119.

25 Dazu im Einzelnen: *Oliver Diggelmann, Anfänge der Völkerrechtssoziologie. Die Völkerrechtskonzeptionen von Georges Scelle und Max Huber im Vergleich*, 1999, S. 194–195 m.H.

26 *Scelle, Précis de droit des gens*, Bd. 1 (Fn. 20), S. 5.

27 *Ebd.*, S. 66.

Richtung – mehr aber nicht, denn es geht ihm um richtige Verantwortung.²⁸ Die Vagheit der Schlüsselbegriffe ermöglicht es ihm, sie nach den eigenen Präferenzen und jenen der Kultur zu bestimmen, aus der er kommt. Objektives Recht verlangt nach Scelle etwa, um diese Kulturverfangenheit zu illustrieren, dass sich sogenannte rückständige Kolonialvölker *nicht* emanzipieren.²⁹ Es bestehe eine Notwendigkeit, Bodenschätze und sonstige Reichtümer auszubeuten, wozu Kolonialvölker nur mit fremder Hilfe in der Lage seien. Nach Scelle muss die Völkerrechtswissenschaft das objektive Recht möglichst exakt in positives übersetzen. Rechtsetzung ist Übersetzung wissenschaftlicher Erkenntnisse in Normen, ganz im Sinne Saint-Simon'scher und vor allem Comte'scher Wissenschaftsgläubigkeit.³⁰

Nun zu Scelles zweitem Fundamentalanliegen: Scelle geht es auch um ein Völkerrechtskonzept, das die Vielfalt und vor allem die Dynamik internationaler Beziehungen reflektiert. Das Bild der Staatengemeinschaft erscheint ihm als unterkomplex. Er hält es – wie die ganze Schule, aus der er kommt – für eine Fiktion.³¹ Der Mensch gehört zwar durchaus auch einem staatlichen Kollektiv an, der Staat verschwindet bei Scelle also nicht. Darüber hinaus gehört er aber – vor allem infolge Arbeitsteilung (oder soziologisch ausgedrückt: Differenzierung), aber auch wegen schlichter Gemeinsamkeiten – auch vielen weiteren Kollektiven an: Familien, transnationalen Religionsgemeinschaften, durch Handelsbeziehungen entstandenen Verbindungen, Zusammenschlüssen in Organisationen etc.³² Jedes dieser Kollektive – das ist ein tragender Gedanke – besitzt sein eigenes objektives Recht, und das jeweils umfassendere – das ist gar der entscheidende Punkt – ist dem weniger umfassenden hierarchisch übergeordnet, und ebenso sein objektives Recht. Im Ergebnis bedeutet dies: Das objektive Recht ist hierarchisiert. Zuerst steht jenes der umfassendsten Kollektivität, der „société international global“, der Weltgesellschaft. Das Recht ist eine Einheit und monistisch.

Was ist der Kern dieses Denkens? Elementarprämisse ist bei Scelle die Annahme, es existiere tatsächlich ein mit dem positiven Recht kontrastierbares und zugleich hierarchisiertes objektives Recht. Es ist durch die sozialen Fakten determiniert und wissenschaftlich ermittelbar. Recht ist also nicht Ergebnis von Aushandeln, von Feilschen und Austarieren von Interessen, sondern wissenschaftlich ermittelbare Normativität.³³ Das Gewaltproblem, die Kardinalfrage nach dem Ersten Weltkrieg, löst sich bei einem solchen Zugang gewissermaßen von selbst. Das objektive Recht muss bloss realisiert und

28 Ebd., S. 143.

29 Noch nach dem Zweiten Weltkrieg: *Georges Scelle*, *Cours de droit international public*, 1948, S. 967, vgl. aber auch die Kritik auf S. 996.

30 Auguste Comte betont den direkten Zusammenhang zwischen der wissensabhängigen Denkweise einer Gesellschaft und ihrer Organisationsform. Er stellte die berühmte These auf, das Denken ursprünglicher Gesellschaften sei theologisch, jenes der weiter entwickelten metaphysisch und das der entwickelten positiv im Sinne sachlicher Informiertheit. Der soziologische Positivismusbegriff ist – trotz Zusammenhängen – von verschiedenen Verwendungen in den Rechtswissenschaften zu unterscheiden (rechtswissenschaftlicher Positivismus, Gesetzespositivismus).

31 Scelle führt die menschliche Tendenz zur Personalisierung von Kollektivitäten unter dem Einfluss des Ethnologen Lucien Lévy-Bruhl auf die Neigung zurück, hinter sichtbaren Phänomenen ein imaginäres Wesen zu vermuten: *Scelle*, *Précis de droit des gens*, Bd. 1 (Fn. 20), S. 12.

32 Zur Anlehnung an Durkheim und zur Adaptierung von dessen Soziologie im Einzelnen: *Diggelmann* (Fn. 25), S. 175–192.

33 Fundamentale Kritik an einem solchen technischen Verständnis wurde von Carl Schmitt formuliert: *Carl Schmitt*, *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen*, in: ders., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar* (1940), 1988, S. 120–132.

das antisoziale beseitigt werden. Man könnte sagen: Scelle sucht den sicheren Grund, indem er Politik im Kern entpolitisiert. Wissenschaft tritt an die zentrale Stelle, Politik wird zur Wissensumsetzung. Scelle sieht sich selbst, wie alle soziologisch inspirierten Autoren, als Realisten, doch im Kern flieht er vor der Politik, getrieben von tiefer Skepsis. Sie wird in seinem Werk dadurch kaschiert, dass er die Existenz eines Fortschrittsgesetzes behauptet, wie die ihn beeinflussende frühe französische Soziologie.³⁴ Für unseren Zweck lässt sich zusammenfassen: Scelle sucht den sicheren Grund, indem er die Politik der Politik entzieht.

2. Recht als Rationalitätsspeicher: Gemeinschaftskonstruktion durch Völkerrecht (Lauterpacht)

Hersch Lauterpachts Werk der Zwischenkriegszeit war ein Versuch, das dem Recht innewohnende Rationalitätspotential – und seine Kapazität zur Gemeinschaftsbildung – möglichst optimal zu nutzen. Auffällig ist bei ihm zunächst, dass er sich zumindest vordergründig weigert, den Ersten Weltkrieg als Teil einer neuen Realität zu sehen, die sich von jener der Vorkriegszeit grundlegend unterscheidet. Er deklariert den Krieg, fast etwas trotzig, zu einem blossen Ausbruch des Irrationalen in einer Langzeitentwicklung, die er für insgesamt friedlich und zum Vorteil der Völker verlaufend hält.³⁵ Die Aufgabe des Völkerrechtlers ist seiner Meinung nach, solch temporäre Regressionen mitzuverhindern. Lauterpacht geht davon aus, dass ein adäquates (er meint vor allem auch: ein adäquat durch Richter fortgebildetes) Völkerrecht die internationale Gemeinschaft mitkonstituiert, schafft, sie letztlich zur Föderation weiterentwickelt –³⁶ Gemeinschaftskonstruktion durch Völkerrecht: *ubi ius ibi societas*, um die gewöhnlich Ulpian oder Cicero zugeschriebene Formel umzukehren.

Lauterpacht stellt zwei zentrale Thesen auf. Die erste ist jene der Lückenlosigkeit des Völkerrechts. Es gibt kein *non liquet*,³⁷ Recht ist a priori vollständig, das Völkerrecht hält für jeden politischen Konflikt eine rechtliche Lösung bereit: in den Grundprinzipien, via Analogieschlüsse etc.³⁸ Das Recht ist ein Problemlösungsfundus, denn Rechtsordnungen haben, so schreibt er, einen eigentlichen *horror vacui*.³⁹ Sie haben eine grundsätzlich umfassende Steuerungs- und Problemlösungsambition, die nur genutzt werden muss. Die zweite Schlüsselthese betrifft die strategische Rolle des internationalen Richters. Ihm kommt bei der Konfliktlösung und beim Vorantreiben internationaler Integration die entscheidende Rolle zu. Dieser Aspekt von Lauterpachts Werk ist oft beschrieben worden und bekanntlich mit ein Grund für seine enorme Rezeption;

34 Die ständig fortschreitende Arbeitsteilung führt, wie bei Durkheim, automatisch zu grösserer Solidarität unter den Menschen.

35 *Lauterpacht*, *International Law after the Covenant* (Fn. 4), S. 145.

36 Letzteres Element tritt nach dem Zweiten Weltkrieg stärker hervor: *Hersch Lauterpacht*, *International Law and Human Rights*, 1950, S. 46.

37 *Hersch Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community* (1933), 1966, S. 63–65 m.H. auf die Friedensfunktion als die primäre Funktion des Rechts. Im ersten grossen Werk (*Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927) geht er noch nicht so weit und lotet vor allem die Möglichkeiten von Analogieschlüssen aus.

38 *Lauterpacht*, *Function of Law* (Fn. 37), S. 134.

39 *Hersch Lauterpacht*, *Succession of States with Respect to Private Law Obligations*, in: Elihu Lauterpacht (Hrsg.), *Hersch Lauterpacht, Collected Papers*, Bd. 3, 1977, S. 121–141 (126).

er schmeichelt damit auch dem Selbstwertgefühl unserer Disziplin.⁴⁰ Der Richter ist am Fortschritt orientiert und dem *common sense* verpflichtet. Lauterpacht unterzieht deshalb die gesamte Judikatur seiner Zeit einem akribischen *common sense*-Test. In seinem Hauptwerk von 1933 will er das Potential kreativer Rechtsprechung konkret aufzeigen,⁴¹ etwa wenn er das berühmte Schiedsurteil im Beringsee-Schiedsfall von 1891 zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und dem Vereinigten Königreich kritisiert. Es sei ein Beispiel, so die Essenz der Ausführungen, für Nichtnutzung des Rationalitätspotentials.⁴² Konkret: Es ging um britische Robbenfischerei im Beringmeer, die besonders rücksichtslos betrieben wurde, Lauterpacht missfiel das zugunsten der Briten ausfallende Urteil. Man hätte der Rücksichtslosigkeit, fand er, etwa mit Hilfe des Rechtsmissbrauchsverbots Grenzen setzen können.⁴³ Die Richterzentriertheit seines Denkens hat den Vorzug, dass er sich am oft fehlenden Kooperationswillen der Staaten nicht aufzureiben braucht, und dennoch bleibt er offen und sensibel für sozialen und rechtlichen Wandel. Man kann sagen: Lauterpacht arrangiert sich instinktsicher mit den internationalen Realitäten, insbesondere der Abwesenheit einer eigentlichen Gesetzgebung. Der Richter ist der Akteur, der die im Recht gespeicherte Rationalität für Völkerrecht und Frieden ermitteln und nutzbar machen muss.

Was ist der ideelle Kern dieses Zugangs? Elementarprämisse ist die Annahme einer im Prinzip *umfassenden* Steuerungsambition jeder Rechtsordnung. Lauterpacht sichert diese tragende Säule seines Denkens ab, indem er kategoriale Unterschiede zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht verneint.⁴⁴ Seine Aussagen über das Recht „an sich“ dienen geradezu der Invisibilisierung der Unterschiede. Dadurch erreicht er, dass die hohen Ambitionen staatlicher, hochintegrierter Rechtsordnungen – in denen die Verfassung die Politik ins Recht stellt – wie von selbst auch zu Ambitionen des Völkerrechts werden. Auch die Hierarchisierung des Völkerrechts erscheint so als etwas Selbstverständliches, und Lauterpacht kann etwa während der Mandschureikrise erklären, die Völkerbundsatzung sei „höheres Recht“.⁴⁵ Durch dieses Ins-Recht-Stellen der Politik wird das Gewaltproblem letztlich automatisch gelöst, denn Recht bedeutet Rationalität und Rationalität letztlich Gewaltächtung.⁴⁶

40 Koskenniemi, *Civilizer* (Fn. 16), S.367 m.H. auf Arnold McNairs Charakterisierung der Methode Lauterpachts als „constructive idealism“. Vgl. auch: *Iain G. M. Scobbie*, *The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function*, *European Journal of International Law* 8 (1997), S. 264–298 (insb. 277 f.).

41 Das Unterfangen entwickelte sich aus einem ursprünglich enger angelegten Projekt, die umstrittene Doktrin der Beschränktheit der Justizfunktion im internationalen Bereich auszuleuchten und ihr kritische Gegenargumente entgegenzustellen: *Lauterpacht*, *Function of Law* (Fn. 37), S. viii.

42 *Bering Sea Fur Seals Arbitration (UK/USA)*, Schiedsspruch vom 15. August 1893, RIAA XXVIII, S. 263–276.

43 *Lauterpacht*, *Function of Law* (Fn. 37), S. 98 f.

44 Die Argumentation ist insofern subtil, als Lauterpacht auch nicht kategorial Gleichheit behauptet. Die Strategie besteht letztlich darin, relevante Unterschiede zu verneinen, etwa indem die Frage allfälliger Lücken zu einem Problem des Rechts schlechthin erklärt wird: *Lauterpacht*, *Function of Law* (Fn. 37), S. 60.

45 *Hersch Lauterpacht*, *The Covenant as the "Higher Law"*, *British Yearbook of International Law* 18 (1936), S. 54–65 (64 f.). Die Anführungszeichen bringen wohl ein gewisses Unbehagen bei der Zuweisung eines solchen Status angesichts der damit verbundenen Konsequenzen zum Ausdruck.

46 Das Verbot der Anwendung von Gewalt ist nach Lauterpacht das Fundamentalprinzip jeder rechtlich organisierten Gemeinschaft: *Lauterpacht*, *Function of Law* (Fn. 37), S. 64.

Lauterpacht bleibt seinen Überzeugungen treu: Der Richter ist bei ihm auch nach dem Zweiten Weltkrieg weiterhin Verwalter und Wahrer von Frieden und Stabilität, wenn auch nun etwas weniger emphatisch.⁴⁷ Wie bei Scelle geht auch bei Lauterpacht das Spezifische der Politik verloren: das Aushandeln, die Kompromisse, das politische Ringen. In diesem fundamentalen Punkt berühren sich die beiden so unterschiedlichen Autoren, in ihrer Politiksepsis oder gar -verneinung. Für jedes politische Problem gibt es eine *rechtliche* und vernünftige Lösung. Beiden ist die Vorstellung legitimerweise koexistierender Interessen fremd. Lauterpacht sucht den sicheren Grund letztlich, indem er die Expansion des Rechts vorantreibt und sie mit Rationalität und Fortschritt gleichsetzt.

3. Soziologisierung der Schlüsselkonzepte: Dogmatik als Friedensdienst (Huber)

Der dritte Zugang, den ich betrachten möchte, ist jener von Max Huber: des Max Huber der Zwischenkriegszeit, d.h. vor allem des Richters, Schiedsrichters und Gutachters Max Huber und nur noch beschränkt des Universitätsgelehrten wie noch bis zu Beginn der 1920er-Jahre.⁴⁸ Sein völkerrechtliches Weltbild unterscheidet sich nun in einigen wichtigen Aspekten, wenn auch nicht generell, von jenem der Vorkriegsjahre.⁴⁹ Der Krieg hat markante Spuren hinterlassen.⁵⁰ Man könnte vereinfachend sagen, dass Huber nun nach dem sicheren Grund sucht, indem er seine dogmatischen Positionen kreativ und weitgehend konsequent auf die Stabilitätsidee ausrichtet. Sein Motto könnte gelautet haben: Friedenswahrung geht dogmatischer Stringenz vor. Was bedeutet das konkret? Huber „soziologisiert“ völkerrechtliche Schlüsselbegriffe, d.h. er verschafft sich, unter Berufung auf die Vielfalt und den Wandel der Wirklichkeit Spielräume für rechtliche Differenzierungen. Das ist der Kern seiner Strategie. Was Staat, Souveränität, *domaine réservé* etc. rechtlich bedeuten, bestimmt sich nach der sozialen Realität und ihrer Dynamik.⁵¹ Diese soziologisierende Methode wandte er schon in der Vorkriegszeit an, doch nun ist die Orientierung am Friedenspostulat stärker. Wenn die Koexistenz der Staaten dies erfordert, so nimmt er für unterschiedliche reale Situationen unterschiedliche rechtliche Gehalte der Schlüsselkonzepte an. Dogmatik ist für ihn keine abstrakte Disziplin, sie muss soziologisch informiert betrieben werden.

Paradigmatisch für diesen Zugriff sind das erste Aaland-Gutachten der „Juristenkommission“ des Völkerbundes, das Huber massgeblich prägte, und der nicht minder berühmte Schiedsspruch im Insel Palmas-Fall. Die Argumentation in diesen Fällen sei kurz näher betrachtet. Im Aaland-Gutachten ging es bekanntlich um die Frage, ob sich

47 Siehe insb.: *Hersch Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court*, 2. Aufl., 1958.

48 Huber gab seine Professur an der Universität Zürich, die er 1902 angetreten hatte, im Jahr 1921 auf. Zu seiner Tätigkeit als Richter am Ständigen Internationalen Gerichtshof: *Ole Spiermann, Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice*, *European Journal of International Law* 18 (2007), S. 115–133.

49 Die wichtigsten Schriften sind: *Max Huber, Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft* (1910), unverändert neu gedruckt und bekannt als: *Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts*, 1928; *ders., Die Staatensuccession – Völkerrechtliche und staatsrechtliche Praxis im XIX. Jahrhundert*, 1898.

50 *Diggelmann* (Fn. 25), S. 65–69.

51 Zur für Huber zentralen Unterscheidung zwischen rechtlichen Schlüsselbegriffen und übrigen Rechtsbegriffen: *Oliver Diggelmann, The Aaland Case and the Sociological Approach to International Law*, *European Journal of International Law* 18 (2007), S. 135–143 (138 f.).

der Völkerbundrat mit den aaländischen Sezessionsbestrebungen befassen darf.⁵² Es ging um einen Sachverhalt, der nach herrschender Lesart an sich klar dem *domaine réservé* Finnlands zuzurechnen gewesen wäre. Die negative Antwort war vorgezeichnet, denn von einem allgemein anerkannten Recht eines Bevölkerungsteils auf Selbstbestimmung konnte noch keine Rede sein. Was tat Huber, wenn ich seinen Namen, vielleicht ein bisschen unfair, stellvertretend für die ganze Kommission setzen darf? Er sagte: Staaten sind Organismen⁵³ (wir sehen hier Otto von Gierkes Spuren aus Hubers Berliner Jahren),⁵⁴ und wenn diese überleben wollen, müssen sie sich ständig den sich wandelbaren Umständen anpassen. Wenn nun ein Bevölkerungsteil die Sezession verlangt, so sind das solche sich verändernden Umstände. Diesem Anpassungszwang muss bei der Bestimmung des *domaine réservé* Rechnung getragen werden. Huber verschafft sich, abstrakt formuliert, mit dem „soziologischen“ Befund eines Anpassungszwangs des Staates an die soziale Realität Spielraum für Differenzierung. Die Kommission formulierte in der Folge die berühmt-kryptischen Worte, dass in Übergangssituationen das Prinzip des Selbstbestimmungsrechts der Völker ins Spiel kommen kann.⁵⁵ Die Staatengemeinschaft, heisst es im Gutachten, habe ein Eigeninteresse an solchen Situationen, da sie Implikationen für den Frieden haben. Es wird also – im Interesse der Stabilität – differenziert.

Derselben basalen Logik folgt auch der Insel Palmas-Schiedsspruch.⁵⁶ Es geht vor allem um die Frage, wie Territorialrechte erworben werden können. Reicht die bloße Entdeckung, oder ist effektive Ausübung von Souveränitätsrechten erforderlich? Wie geht Huber hier vor? Er macht zuerst einen Schritt zurück. Das Völkerrecht, schreibt er, habe den Zweck, die Koexistenz jener Interessen der Staaten zu sichern, die rechtlichen Schutz verdienen.⁵⁷ „[W]orthy of legal protection“ – das sind die entscheidenden Worte. Was aber konkret „worthy of legal protection“ ist, wird wiederum unter Rückgriff auf die soziale Wirklichkeit und vor allem die Stabilitätsidee bestimmt. Huber hält jene Interessen für schutzwürdig, die auch eine gewisse Absicherung der Bewohner des betreffenden Gebietes bedeuten – er meint effektiv ausgeübte Souveränität.⁵⁸ Huber präferiert also den Schutz des faktischen *status quo*, da so unvorhersehbare Dynamiken am ehesten vermieden werden können. Dogmatik steht hier im Dienst der Friedenssicherung.

Was ist der Kern dieses Denkens? Völkerrechtliche Dogmatik ist für Huber Dogmatik *sui generis* und nur sehr beschränkt mit dogmatischer Arbeit am staatlichen Recht zu vergleichen.⁵⁹ Völkerrecht muss seiner Meinung nach sehr viel stärker an die konkrete

52 Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Island Questions, in: Official Journal of the League of Nations, Special Supplement No. 3, Oct. 1920, abgedruckt in: *Hermann Raschhofer*, Selbstbestimmungsrecht und Völkerbund, 1969, S. 71–87.

53 Siehe bereits: *Huber*, Staatensuccession (Fn. 49), S. 24.

54 *Diggelmann* (Fn. 25), S. 72.

55 Report (Fn. 52), S. 75.

56 Island of Palmas Case (Netherlands/USA), Schiedsspruch vom 4. April 1928, RIAA II, S. 829 ff. (insb. 838–840).

57 Für eine eingehende Analyse der Schlüsselpassage: *Daniel-Erasmus Khan*, Max Huber as Arbitrator: The *Palmas* (*Miangas*) Case and Other Arbitrations, *European Journal of International Law* 18 (2007), S. 145–170 (162–166).

58 Island of Palmas Case (Fn. 56), S. 870.

59 *Max Huber*, Die konstruktiven Grundlagen des Völkerbundvertrages, *Zeitschrift für Völkerrecht* 12 (1922/1923), S. 1–18 (14). Vgl. dazu *Spiermann*, Judge Max Huber (Fn. 48), S. 116–119.

Wirklichkeit zurückgebunden werden, weshalb formaljuristische Argumente geringeres Gewicht haben, denn sie können zu einem gefährlichen Auseinanderklaffen von Recht und Realität führen – und letztlich zu irrelevanten Normen und dysfunktionalem Völkerrecht.⁶⁰ Hubers Zugang in der Zwischenkriegszeit kann man als durch den Weltkrieg geprägte Weiterentwicklung seiner früher entwickelten Positionen beschreiben.⁶¹ Die Stabilitätsidee steht nun viel stärker im Zentrum. Kritisch kann man ihm durchaus entgegenhalten, dass er sich gar grosse Spielräume herausnahm, die er auch nicht in jedem Fall so geschickt genutzt hat wie bei der Aaland- und der Palmas-Frage. Als Negativexempel gilt gemeinhin die zusammen mit Dionisio Anzilotti verfasste abweichende Meinung im Wimbledon-Fall, in dem die beiden einen an sich klaren Vertragstext zur Offenheit des Kieler Kanals beiseiteschoben.⁶² Hubers Grundintuition allerdings, dass Dogmatik aufs Engste mit der Koexistenzfrage zu verbinden sei, dürfte der zentrale Grund für die bis heute anhaltende Zustimmung zu seinen teilweise sehr kreativen Lösungen sein.

4. Suche nach dem richtigen Positivismus: Ringen um Konzeptklarheit (Anzilotti)

Auch Dionisio Anzilottis Ringen um sicheren Grund in der Zwischenkriegszeit ist hochinteressant. Er wird oft als Positivist etikettiert, und man kennt ihn heute vor allem für bestimmte dogmatische Ansichten und seine Tätigkeit als Richter und wie Huber als zeitweiligen Präsidenten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs.⁶³ Anzilotti bemühte sich jedoch sehr engagiert um ein verlässliches theoretisches Fundament für seine dogmatische Arbeit.⁶⁴ Er hatte seine Grundposition im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert gefunden. Später, um die Kriegsjahre und danach, versuchte er sie in Reaktion auf die Ereignisse zu modernisieren.⁶⁵ Anders als etwa Scelle hält er nicht um jeden Preis an einer einmal für richtig befundenen Auffassung fest. Er gibt Grundlegendes preis, wenn er merkt, dass sich die Welt verändert.

Ursprünglich steht er auf dem Boden deutscher Lehren, vor allem jener Karl Bindings, Georg Jellineks und Heinrich Triepels. Das Völkerrecht wird aus dem Willen der Staaten abgeleitet, und dieser ist gespalten: in einen Kollektivwillen einerseits, der allgemein die Rechtsgeltung bewirkt, und in rechtsgeschäftliche Willen andererseits, die sich auf spezifische Fragen beziehen.⁶⁶ Bereits vor dem Krieg wird Anzilotti aber immer klarer, dass vor allem das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Krieg überdacht werden muss. Zuerst versucht er es gewissermassen mit einer Flucht nach vorn. Von

60 Eine der bekanntesten Thesen Hubers lautet, dass sich das Völkerrecht weniger stark als das innerstaatliche Recht von seinem „sozialen Unterbau“ löst: *Huber, Soziologische Grundlagen* (Fn. 49), S. 9.

61 Bereits in seiner als „soziologische Völkerrechtstheorie“ bekannten Schrift aus dem Jahr 1910, aber auch seiner Dissertation über die Staatensukzession von 1898, hatte er den begriffsjuristischen Zugang zum Völkerrecht abgelehnt. Vgl. *Huber, Staatensuccession* (Fn. 49), S. 4.

62 StIGH, The S.S. „Wimbledon“ Case (UK, France, Italy, Japan/Germany), Gemeinsame abweichende Meinung der Richter Anzilotti und Huber, PCIJ Ser. A, Urteil Nr. 1, 17. August 1923, S. 35–42.

63 Für eine neuere Darstellung siehe: *Denis Alland, Anzilotti et le droit international*, Paris 2012, zu den Hintergründen insb. S. 25–71; für eine Übersicht über die Tätigkeit als Richter siehe: *José María Ruda, The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, *European Journal of International Law* 3 (1992), S. 100–122.

64 *Giorgio Gaia, Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, *European Journal of International Law* 3 (1992), S. 123–138 (137 f.).

65 Ebd., S. 124–125.

66 *Dionisio Anzilotti, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florenz 1902, abgedruckt in: ders., *Scritti di diritto internazionale pubblico*, 1956, S. 34.

1912 an und auch noch während des Krieges vertritt er die Auffassung, kriegführende Staaten seien im Grunde Schöpfer neuen Rechts, denn via Friedensverträge modifizierten sie es.⁶⁷ Abstrakt formuliert: Anzilotti versucht das Bedrohliche des Krieges für das Völkerrecht dadurch zu entschärfen, dass er den Krieg zum Spezifikum des Völkerrechts erklärt. Mit zunehmender Kriegsdauer wurde ihm die Abwegigkeit seiner Argumentation aber immer klarer, und Anzilotti war lernfähig. Mit der Schaffung des Völkerbundvertrages, der sich direkt gegen den Krieg wendet, wurde die Position unhaltbar. Krieg stellte man sich nun als Bruch dieses Grundvertrages vor, zumindest in bestimmten Konstellationen.⁶⁸ 1923 entschliesst sich Anzilotti, das Fundament seiner Konzeption auszutauschen. Er ersetzt das Willensmodell durch Hans Kelsens Grundnormthese, übernimmt dessen Theorie aber nicht *in toto*; vielmehr pflöpft er die Grundnormidee seinen bisherigen Positionen auf, auch etwa der von ihm propagierten dualistischen Konzeption des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht.⁶⁹ Die Grundnorm ist nun die Basis des Völkerrechts. Auf dieser neuen Grundlage bemüht er sich, wie schon früher, um die klare Unterscheidung von rechtlichen und nicht rechtlichen Normen im Bereich des Internationalen, zwischen Völkerrecht und blosem Brauch bzw. Sitte. Darum geht es ihm hauptsächlich: um scharfe Konturen des Rechtsbegriffs, um Unterscheidung rechtlicher von nichtrechtlicher Normativität.⁷⁰

Kern von Anzilottis Denken ist die Überzeugung, dass ein klar konturiertes und tendenziell eng gefasstes Völkerrecht am leistungsfähigsten ist. Zu dieser Grundintuition gelangte Anzilotti schon sehr früh. Er sah, dass das Völkerrecht stets gleich nach zwei Seiten hin abgesichert werden muss: gegen seine spekulative Aufblähung, wie sie vom Naturrechtsdenken her droht, und gegen seine degenerative Reduktion zum blossen Machtrecht.⁷¹ Anzilottis Leitidee ist die Konzeptklarheit – im Interesse von Verlässlichkeit und Leistungsfähigkeit des Völkerrechts. Das ist der Grund, weshalb er etwa nur sehr zurückhaltend Gewohnheitsrecht annimmt. Anzilotti verlangt hier echten stillschweigenden Konsens; mehr also, als typischerweise für Gewohnheitsrecht verlangt wird.⁷² Weniger ist im Ergebnis oft mehr, könnte sein Leitgedanke gewesen sein.

67 Etwa: *Dionisio Anzilotti*, Corso di diritto internazionale, 1912–14, S. 312–314. Kritische Diskussion bei: *Antonio Cassese*, Realism v. Artificial Theoretical Constructs. Remarks on Anzilotti's Theory of War, *European Journal of International Law* 3 (1992), S. 149–155 (insb. 152).

68 *Koskenniemi*, *Civilizer* (Fn. 16), S. 425.

69 *Dionisio Anzilotti*, Corso di diritto internazionale, 2. Aufl., 1923, S. 26 f. Er verschärft mit der Zeit gar sein dualistisches Verständnis des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht, um einer Tendenz zur Relativierung des Völkerrechts unter Berufung auf das innerstaatliche Recht zu begegnen. Dazu im Einzelnen: *Gaia* (Fn. 64), S. 134–137 m.H. darauf, dass Anzilottis Ansichten zu dieser Frage die dualistische Tendenz des Ständigen Internationalen Gerichtshofs etwa im Oberschlesien-Fall mitbeeinflusst haben dürften.

70 Der Vorwurf des Eklektizismus ist insofern berechtigt, als Anzilotti auf eine Auseinandersetzung mit den Prämissen Kelsens und der Möglichkeit eines Anschlusses ohne gleichzeitige Übernahme von dessen monistischer Konzeption des Völkerrechts verzichtet. Anzilotti sucht die theoretischen Elemente, die zu seiner Vorstellung von dogmatischer Arbeit passen, die Theorie folgt bei ihm gewissermassen der Praxis.

71 Zum Dilemma im Einzelnen siehe: *Alland* (Fn. 63), S. 25, der das Bild von Skylla und Charybdis verwendet, um das Dilemma des Völkerrechtlers auf den Punkt zu bringen, um das es Anzilotti hauptsächlich ging.

72 Anzilotti rückte von der Vorstellung, Gewohnheitsrecht bestehe aus stillschweigenden Vereinbarungen, nie ab. Er dürfte mit ihr etwa die knappe Lotus-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs beeinflusst haben. Siehe dazu: *Gaia* (Fn. 64), S. 130, nach dem die berühmte Passage des Urteils ohne Zweifel Anzilottis Ansichten reflektiere.

In aller Kürze wiederum: Das Austauschen des Fundaments in der Zwischenkriegszeit, der eklektische Anschluss an Kelsen, dient dem Zwecke, verlässliche dogmatische Arbeit erst wieder zu ermöglichen.⁷³

III. Nachwirken: Themen und Zugangsweise

1. Kontinuität der Themen: Fragmentierung und Einheit, Akteursvielfalt, Dynamik

Weshalb kümmern uns die behandelten Autoren noch heute? Ein Teil des langen Nachwirkens hängt mit ihren Beiträgen zu spezifisch modernen Themen des Völkerrechts zusammen, ihrer Rolle als Stichwortgeber und Schöpfer neuer Theorieelemente und Konzepte. Scelle und Lauterpacht etwa befassen sich mit der immer wichtiger gewordenen Frage der Einheit und Kohärenz des Völkerrechts.⁷⁴ Sie hat nichts an Bedeutung eingebüsst, im Gegenteil.⁷⁵ Fragmentierung und Einheit sind Schlüsselstichworte der heutigen Diskussion, theoretisch wie praktisch. Ein anderes sehr modernes Thema ist die Akteursvielfalt. Die Konzeption einer blossen Staatengemeinschaft als Substrat des Völkerrechts verlor mit dem Auftreten des Völkerbunds an Plausibilität. Scelle mit seinem Plädoyer für methodologischen Individualismus und auch Lauterpacht später mit seiner (wenn auch anders gearteten) Hinwendung zum Einzelnen haben Überlegungen und Stichworte geliefert, die ihre Namen bis heute modern klingen lassen.⁷⁶ Ein drittes modernes Thema ist die hohe Dynamik, die oftmalige Kluft zwischen rapiden realen Veränderungen und der Statik des Rechts. Huber hat hier Stichworte geliefert und dogmatische Antworten entwickelt, die regelmässig aufgegriffen werden. Sie sind Referenzpunkte der modernen Diskussion geblieben.⁷⁷

2. Zugangsweise: Bedürfnis nach theoriegeleiteter Dogmatik

Kümmern uns diese Autoren nur deswegen noch heute? Vielleicht sind sie noch aus einem ganz anderen Grund interessant. Die vier Erwähnten verbinden in ihrem Werk – so kritisierbar es im Einzelnen ist – Theorie und Dogmatik, letztlich wohl wegen des für sie evident strukturell Prekären des Völkerrechts. Dieses strukturell Prekäre ist, wie wir alle wissen, nicht verschwunden. Kurze Blicke nach Syrien oder in die Ukraine genügen, um uns das jeden Tag klarzumachen. Theorie jedoch ist suspekt geworden,

73 Bei der praktischen Arbeit ist er allerdings oft flexibel. Ein Beispiel ist das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs zur Zollunion zwischen Deutschland und Österreich von 1931. Anzilotti verfasst hier eine Einzelmeinung zur Auslegung und vertritt die Auffassung, dass die *ordinary meaning*-Regel nicht überdehnt werden darf und ihre Grenze da findet, wo ein Ergebnis absurd oder unvernünftig ist: StIGH, Customs Union Between Germany and Austria, Advisory Opinion, Ser. A/B, No. 41, Rn. 98–101.

74 Scelle und Lauterpacht haben die Themen mit theoretischen Überlegungen und Stichworten wie jenen der Hierarchie und des höheren Rechts in den Griff zu bekommen versucht. Siehe die Ausführungen oben unter II.1. und II.2.

75 Zur Diskussion um Kohärenz und Fragmentierung des Völkerrechts: *Martti Koskeniemi*, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2007.

76 *Scelle*, Essai (Fn. 20), S. 117–123; *Lauterpacht*, International Law and Human Rights (Fn. 36).

77 Das gilt insbesondere für die These des engen „Anschmiegens“ des Völkerrechts an sein soziales Substrat und die tragenden Ideen des unter II.3 diskutierten Aaland-Gutachtens und des Palmas-Schiedsspruchs.

suspekter zumindest als damals, wohl nicht zuletzt wegen einer gewissen demotivierenden Wirkung der poststrukturalistischen Philosophie. Sie neigt dazu, theoretische Bemühungen, soweit es nicht die eigenen sind, als naive Sprachspiele erscheinen zu lassen. So blickt man angesichts des so offensichtlich Prekären vielleicht gerne auf jene, die Theorie und Dogmatik in ihrem Werk integral zu verbinden wussten, auf jene, die um theoretisch sicheren Grund für dogmatische Arbeit rangen, auch wenn ihre Konzeptionen im Einzelnen nicht mehr die unseren sein können.⁷⁸

⁷⁸ In diesem Sinne wohl auch Jost Delbrück, der schreibt, dass die Nachwirkung einer Person oft mehr auf die Methode oder den Zugang und weniger auf die konkreten Positionen zurückzuführen ist: *Jost Delbrück, Max Huber's Sociological Approach to International Law Revisited*, *European Journal of International Law* 18 (2007), S. 97–113 (111).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Zürich

I. Situation der Zeit: Fundamentale Krisenerfahrungen

1. Erschütterung des Erfahrungswissens: Theorieschub

(1) Zu den zentralen Folgen des Ersten Weltkriegs zählte die Erschütterung menschlichen Erfahrungswissens („Verkürzung historischer Erfahrungsspannen“, R. Koselleck); der Theorieschub in der Völkerrechtswissenschaft und ihr Bemühen um bessere Nutzung des „Friedenspotentials des Rechts“ („peace through law“) sind vor diesem Hintergrund zu sehen.

2. Ausgehöhlttes Völkerrecht: Suche der Völkerrechtswissenschaft nach sicherem Grund

(2) Die Völkerrechtswissenschaft sah sich vor das Grundfaktum einer dramatisch beschädigten Reputation ihres Forschungsgegenstandes gestellt; fast alle Völkerrechtsverletzungen im Krieg waren als Repressalien gerechtfertigt und damit gewissermaßen „im Namen“ des Völkerrechts selbst begangen worden.

II. Zugänge 1918–1939: Vielfältiges Ringen um sicheren Grund

1. Dynamiksensibler Kritikmassstab: Materiell „richtiges“ Völkerrecht als Funktion von Bedürfnissen (Georges Scelle)

(3) Scelles Antwort auf die Situation der Zeit war ein gewissermaßen ins Soziologische gewendetes Naturrechtsmodell – mit der Grundunterscheidung zwischen objektivem (richtigem) und positivem Recht als Achse; die internationale Wirklichkeit wird als Neben- und Übereinander sich teilweise überlappende, überlagernde und hierarchisierter Kollektivitäten vorgestellt, die je ihr objektives Recht besitzen, das es in positives zu „übersetzen“ gilt.

(4) Zentral bei Scelle ist die Existenz eines objektiven Kritikmassstabes für die Bewertung von positivem Recht; er ergibt sich aus biologischen und sozialen Notwendigkeiten jedes Kollektivs, ist wissenschaftlich ermittelbar und zugleich der Schlüssel zur Lösung des Gewaltproblems.

2. Recht als Rationalitätsspeicher: Gemeinschaftskonstruktion durch Völkerrecht (Hersch Lauterpacht)

(5) Lauterpacht geht es um die Mobilisierung möglichst aller im Recht gespeicherten Rationalität zum Zweck internationaler Integration; er versucht dieses Ziel über die These der Lückenlosigkeit des Völkerrechts und durch Zuweisung der strategisch entscheidenden Rolle an den Richter zu erreichen, der über grosse Spielräume verfügt und einen Grossteil der Verantwortung trägt.

(6) Lauterpacht geht von einer grundsätzlich umfassenden Problemlösungsambition jeder Rechtsordnung aus („horror vacui“); der (implizite) Verzicht auf eine kategoriale Unterscheidung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht stützt seine

„Lückenlosigkeitsthese“, die der Mobilisierung der insbesondere in den Rechtsprinzipien eingelagerten und das Friedenspostulat in sich tragenden Rationalität dient.

3. Soziologisierung der Schlüsselkonzepte: Dogmatik als Friedensdienst (Max Huber)

(7) Hubers Antwort auf die Situation der Zeit ist eine „Soziologisierung“ der dogmatischen Schlüsselbegriffe (Staat, *domaine réservé* etc.); er hält ihre Bedeutung für nicht abstrakt ermittelbar und präferiert unter Rückgriff auf die Vielfalt der Wirklichkeit jene Auslegung, die der Idee der friedlichen Koexistenz der Staaten am besten entspricht.

(8) Für Huber ist Dogmatik im Völkerrecht Dogmatik *sui generis*; sie muss dem Umstand Rechnung tragen, dass das internationale Recht und die soziale Wirklichkeit nicht zu sehr auseinanderklaffen dürfen, wenn es nicht unwirksam werden soll.

4. Ringen um den richtigen Positivismus: Bemühen um Konzeptklarheit (Dionisio Anzilotti)

(9) Anzilotti ist auf der Suche nach einem zeitgemässen Positivismus, der das Völkerrecht nicht mehr auf den Willen der Staaten zurückführt; er übernimmt zu diesem Zweck Hans Kelsens Grundnorm-These, ohne jedoch an dessen Theorie integral anzuknüpfen und sein eigenes dualistisches Modell des Völkerrechts aufzugeben.

(10) Anzilotti geht von einem Zusammenhang zwischen konzeptioneller Klarheit des Völkerrechts und seiner Leistungsfähigkeit aus; ein unscharf konturiertes Völkerrecht läuft Gefahr, spekulativ aufgebläht zu werden (Gewohnheitsrecht, Naturrecht) oder zum Machtrecht zu degenerieren.

III. Nachwirken: Themen und Zugangsweise

1. Moderne Themen: Fragmentierung und Einheit, Akteursvielfalt, Dynamik

(11) Das lange Nachwirken der behandelten Autoren hängt wesentlich mit ihren Beiträgen an spezifisch „moderne“ Themen des Völkerrechts zusammen; zu nennen sind etwa die Themen Fragmentierung und Einheit, Akteursvielfalt und Dynamik der Wirklichkeit bei relativer Statik des vertraglichen Rechts.

2. Zugangsweise: Bedürfnis nach theoriegeleiteter Dogmatik

(12) Eine Rolle beim Nachwirken dürfte auch das Bemühen der behandelten Autoren um eine Verbindung von Theorie und dogmatischer Arbeit angesichts des strukturell Prekären des Völkerrechts spielen; da dieses Prekäre auch heute nicht verschwunden ist, blickt man in der eher theorieverlegenen Gegenwart gerne auf jene, für die die Notwendigkeit der Verbindung von Theorie und Dogmatik evident zu sein schien.

Summary

European Approaches to International Law from 1918 to 1939
by Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Zurich

I. Situation of the Era: Fundamental Experiences of Crisis

1. Relativization of the value of human experience: demand for theory

(1) The First World War relativized the value of human experience for anticipating the future (“shortening spans of historical experience”, R. Koselleck); both the increase in theoretical writing in the discipline of international law and in efforts to create “peace through law” are to be understood in light of this background.

2. Dramatically damaged international law: international legal scholarship’s search for solid ground

(2) International legal scholarship had to face the basic fact of a dramatically damaged reputation of its object of research; most violations of international law during the war had been justified as reprisals and therefore committed (to a large extent) “in the name” of international law.

II. Approaches to International Law 1918–1939: Diverse Struggle for Solid Ground

1. A dynamic yardstick for criticism: materially “right” international law as a function of social necessities (Georges Scelle)

(3) Scelle’s answer to the situation of the era can be described as a modern concept of natural law that was formulated in the language of sociology – with the basic differentiation between objective (right, correct) law and positive law (binding in the conventional sense); the international reality consists of co-existing and partly overlapping collectivities, each having their own objective law that is in need of “translation” into positive law, and the law of the larger collectivity always being superior to the one of the smaller one.

(4) Scelle’s aim is to establish an “objective” yardstick (objective law) for criticism of positive law; it derives from every collectivity’s biological and social needs (determinable with scientific methods) and thereby also automatically constitutes the solution to the problem of violence in international relations.

2. Law as a reservoir of rationality: construction of community through law (Hersch Lauterpacht)

(5) Lauterpacht’s main ambition is to mobilize the law’s full reservoir of rationality to further international integration; he tries to achieve this goal by claiming gaplessness of international law and assigning the strategic role to the judge, who possesses a wide margin of appreciation and constructs rational legal solutions with his common sense.

(6) Lauterpacht works with the assumption that every legal system has a comprehensive ambition to solve problems (“horror vacui”); this “gaplessness-thesis” has the func-

tion of enabling the mobilization of the rationality inherent in legal principles – and ultimately also carries the postulate of peace.

3. “Sociologization” of key concepts: doctrine as peace service (Max Huber)

(7) Huber’s answer to the situation of the era can be described as a “sociologization” of doctrinal key concepts (state, *domaine réservé* etc.); he does not consider their meaning to be determinable in an abstract manner and instead – drawing on the diversity of reality – favours the interpretation which is most consistent with the idea of the peaceful coexistence of states.

(8) Huber considers international legal doctrine as doctrine *sui generis*; it must always take into account that upholding the effectiveness of international law requires avoiding too wide a divergence between international law and social reality.

4. “Right” positivism: struggle for conceptual clarity (Dionisio Anzilotti)

(9) Anzilotti is in search of a contemporary positivism which does not reduce international law to a pure product of the will of states; he therefore adopts Hans Kelsen’s *Grundnorm*-theory in 1923 without, however, also accepting his theory as a whole and giving up his own dualistic model of international law.

(10) Anzilotti assumes a connection between conceptual clarity of international law and its performance; without clear contours it runs the risk of being speculatively inflated (customary law, natural law) or of degenerating into a purely power-based law.

III. Impact: modern topics and approach

1. Modern topics: fragmentation and unity, diversity of participants, dynamism

(11) The status of the discussed authors as “classics” of international legal scholarship is partly owed to their contributions to specifically “modern” topics of international law; among them are, i.a., those of fragmentation and unity, diversity of participants, and dynamism of reality in conjunction with the relatively static character of treaty law.

2. Approach: need for theory-based doctrine

(12) The efforts of the authors discussed towards establishing a connection between theoretical and doctrinal questions may also play a role in their continuing impact; given the often precarious state of international law in a theory-skeptical present, one is tempted to glance at those to whom the necessity of combining theory and doctrine seemed evident.

Völkerrechtskritik – Gestern und Heute

Von Prof. Dr. Jutta Brunnée*, Toronto

- I. Einleitung: Die Welt im Jahre 2017 und sieben Thesen zur Völkerrechtskritik
- II. Universalitätskritik „Gestern“
 - 1. Deutsche Völkerrechtskritik
 - 2. Russische Völkerrechtskritik
 - 3. Peripherie und Semiperipherie
 - 4. Vereinigte Staaten
- III. Universalitätskritik „Heute“
 - 1. Russland
 - 2. Peripherie und Semiperipherie
 - 3. Vereinigte Staaten
 - 4. Deutschland
 - 5. Kritische Völkerrechtstheorie
- IV. Abschließende Bemerkungen
- Thesen
- Summary

[D]ie internationalen Ereignisse der letzten Jahre, insbesondere der letzten Monate, können von Völkerrechtlern nicht stumm hingenommen werden, [...]

Viele Völkerrechtler würden die Politik gerne in Ruhe lassen. Aber leider lässt die Politik das Völkerrecht nicht in Ruhe. Und die Politik in Ruhe zu lassen führt fast immer zum Erhalt von Rechtsregeln, die auf politischen Fakten der Vergangenheit basieren. [...]

Angesichts der heutigen gesellschaftlichen und politischen Lage, auf welche die Völkerrechtler keinen Einfluss haben, kann die Erhaltung der Fiktion der universellen Geltung aller Regeln dem Fortschritt des Völkerrechts nur Schaden zufügen. [...]

Jegliches Wachstum des Völkerrechts, das heute möglich ist, wird ein Wachstum von Teilbereichen, und nicht des universellen Rechts, sein.¹

I. Einleitung: Die Welt im Jahre 2017 und sieben Thesen zur Völkerrechtskritik

Als ich Anfang des Jahres 2016 die Einladung zu einem Vortrag anlässlich der Berliner Tagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht bekam, stellte ich mir in keiner Weise vor, dass die Welt im März 2017 an einem solch prekären Punkt stehen würde.

* Von Mai bis September 2015 war ich Mitglied der Berlin-Potsdam Kolleg-Forschergruppe „The International Rule of Law – Rise or Decline?“ Dieser Vortrag ist zum Teil während meiner Zeit in Berlin entstanden und einige der hier verfolgten Gedanken sind von Diskussionsrunden in der Forschergruppe inspiriert. Ich danke *Gabriel Bibeau-Picard* für seine exzellente Quellenforschung.

1 *Wolfgang Friedmann*, *The Disintegration of European Civilization and the Future of International Law – Some Observations on the Social Foundations of International Law*, *Modern L. Rev.* 2 (1938) 194 (194 und 213) [meine Übersetzung].

Man denke an den „Brexit“-Plan der Briten, betrieben von einer Premierministerin, die Großbritannien auch gerne aus der Europäischen Menschenrechtskonvention austreten sehen würde.² Die Austrittsimpulse, und der sie zumindest zum Teil anfeuernde Wunsch Immigranten auszuschließen, scheinen auch in anderen europäischen Staaten Auftrieb gehabt zu haben, gefördert durch Rechts-Außen-Parteien, die sowohl Fremdenfeindlichkeit als auch die Vorteile besserer Beziehungen mit Wladimir Putins Russland betonten.³

Derartige Annäherungsversuche der westlichen Rechtsbewegungen sind insofern rätselhaft als Putin ein offensichtliches Interesse an der Schwächung des liberalen Westens, einschließlich der Europäischen Union (EU), hat.⁴ Jedenfalls bestätigte der russische Außenminister, im Februar 2017, anlässlich der Münchner Sicherheitskonferenz, dass Russland sich eine „post-westliche Weltordnung“ erhofft.⁵ Es war vielleicht auch kein Zufall, dass der chinesische Regierungschef nur ein paar Tage später erklärte, dass China eine „neue Weltordnung“ aufbauen will.⁶

Noch paradoxer erscheint es vor diesem Hintergrund, dass einer der einflussreichsten Berater des neuen amerikanischen Präsidenten erklärte, dass die EU nach dem Brexit von den USA eine feindliche Haltung erwarten könne, und dass die USA nunmehr bilaterale Regelungen mit einzelnen EU-Mitgliedsstaaten bevorzugen würden.⁷ Wie soll man es verstehen, dass die führende westliche Macht, der (zumindest selbsternannte) Leitstern der liberalen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, und unermüdlicher Verteidiger der internationalen Rechtsordnung, nun Abstand zu nehmen scheint, und sowohl einheimische als auch internationale Grundwerte in Frage zu stellen scheint?

In der Tat stellte Präsident Trump, kurz nach seinem Amtsantritt, eine Reihe von Grundsatznormen in Frage, wie etwa die Rechte von Flüchtlingen aus Kriegsgebieten, das Folterverbot, das internationale Gewaltverbot, und sogar das internationale Wirtschaftsrecht.⁸ Bislang hat der Präsident seine „America First“-Rhetorik beibehalten

2 Will Worley, Theresa May 'will campaign to leave the European Convention on Human Rights in 2020 election', 29.12.2016, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-campaign-leave-european-convention-on-human-rights-2020-general-election-brexit-a7499951.html>.

3 Jonas Schaible, Europas Nationalistische Internationale, 24.04.2017, <http://www.zeit.de/politik/ausland/2017-04/populismus-nationalismus-europa-internationale-allianz>.

4 Bohdana Kurylo, Russia and Carl Schmitt: the hybridity of resistance in the globalized world, 13.12.2016, <http://www.palgrave-journals.com/articles/palcomms201696>.

5 Deutsche Welle, Lavrov calls for 'post-West' world order; dismisses NATO as Cold War relic, 18.03.2017, <http://www.dw.com/en/lavrov-calls-for-post-west-world-order-dismisses-nato-as-cold-war-relic/a-37614099>.

6 Zheping Huang, Chinese president Xi Jinping has vowed to lead the „new world order“, 22.02.2017, <https://qz.com/916382/chinese-president-xi-jinping-has-vowed-to-lead-the-new-world-order/>. S. auch James Griffiths, China's new world order: Xi, Putin, and others meet for Belt and Road Forum, 14.05.2017, <http://www.cnn.com/2017/05/13/asia/china-belt-and-road-forum-xi-putin-erdogan/index.html>.

7 Laura Hughes, Senior Donald Trump aide warns European Union it can expect 'hostility' after Brexit, 22.02.2017, <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/02/21/senior-donald-trump-aide-warns-european-union-can-expect-hostility/>.

8 Jutta Brunnée/Stephen J. Toope, Whither the rule of law? 09.02.2017, <http://www.theglobeandmail.com/opinion/whither-the-rule-of-law/article33953502/>. S. auch UN rights boss says Trump comments break torture taboo, 27.06.2017, <https://www.theglobeandmail.com/news/world/un-rights-boss-says-trump-comments-break-torture-taboo/article35474488/>. Zum Gewaltverbot s. das United States White House Presidential Memorandum: Plan to Defeat the Islamic State of Iraq and Syria, 28.01.2017, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/28/plan-defeat-islamic-state-iraq>. In Abschnitt 2, iii (B) des Memorandums wies der Präsident seine Berater ausdrücklich an, ihm „über das geltende Völkerrecht hinausgehende Empfehlungen für den Kampf gegen den islamischen Staat“ zu unterbreiten [meine

und man versucht offensichtlich auch einen weiteren Slogan, nämlich dass Amerika „Kriege wieder gewinnen“ müsse,⁹ in die Tat umzusetzen. So hat das amerikanische Militär zum Beispiel die Luftangriffe auf Al-Qaida Ziele in Jemen intensiviert.¹⁰ In Syrien führte die amerikanische Luftwaffe nach augenscheinlichem Einsatz von Chemiewaffen durch Syrien Vergeltungsschläge gegen syrische Militärziele aus.¹¹ Im Juni schossen amerikanische Streitkräfte ein Flugzeug der syrischen Armee ab, welches an Angriffen auf Oppositionstruppen beteiligt gewesen sein soll.¹²

Obwohl die Völkerrechtsmäßigkeit dieser militärischen Maßnahmen jeweils zweifelhaft ist,¹³ haben Mitglieder der amerikanischen Regierung ihrerseits andere Staaten zur Einhaltung des Völkerrechts aufgerufen. Verteidigungsminister Mattis, zum Beispiel, kritisierte Russlands „aggressive“ und „destabilisierende“ Handlungsweise und hat gefordert, dass Russland das Völkerrecht beachtet, „genauso wie wir es von allen reifen Staaten der Welt erwarten.“¹⁴

Seit Amtsantritt des Präsidenten hat sich der Eindruck verstärkt, dass die Vereinigten Staaten in Bezug auf internationale oder völkerrechtliche Angelegenheiten unter Umständen nicht mehr mit einer Stimme sprechen. Amerikanische Gerichte, zum Beispiel, haben die Umsetzung der vom Präsidenten angeordneten Einreisebeschränkungen gegen Bürger von sieben muslimischen Staaten bisher blockiert bzw. eingegrenzt.¹⁵ Und während der Präsident die NATO kritisiert und sogar mit einem Austritt liebäugelte, bekräftigten mehrere Kabinettsmitglieder und der Senat die amerikanische Verbundenheit mit der Organisation.¹⁶ Auch in der internationalen Klimapolitik sind die Worte des Präsidenten schriller als die Handlungen der Regierung. Zwar hat Trump den Austritt aus dem Pariser Klimaschutzabkommen angekündigt und damit weltweit

Übersetzung]. Zum Wirtschaftsrecht s. etwa *Auswärtiges Amt*, Außenminister Gabriel nimmt US-Anti-Dumping Verfahren gegen deutsche Stahlunternehmen mit Unverständnis zur Kenntnis, 31.03.2017, http://www.auswaertigesamt.de/DE/Infoservice/Presse/Meldungen/2017/170331_BM_US-Anti-Dumping.html.

- 9 Jörg Lau/Michael Thumann, Donald Trump: Was, wenn er zuschlägt? 16.03.2017, <http://www.zeit.de/2017/12/donald-trump-krieg-nordkorea-islamischer-staat-iran>.
- 10 Dan De Luce/Paul McLary, Trump's Ramped-Up Bombing in Yemen Signals More Aggressive Use of Military, 09.03.2017, <http://foreignpolicy.com/2017/03/09/trumps-ramped-up-bombing-in-yemen-signals-more-aggressive-use-of-military/>.
- 11 Michael R. Gordon/Helene Cooper/Michael D. Shear, Dozens of U.S. Missiles Hit Airbase in Syria, 06.04.2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/06/world/middleeast/us-said-to-weigh-military-responses-to-syrian-chemical-attack.html>.
- 12 Michael R. Gordon/Thomas Erdbrink, U.S. Fighterjet Shoots Down Syrian Warplane, 18.06.2017, <https://www.nytimes.com/2017/06/18/world/middleeast/iran-syria-missile-launch-islamic-state.html>.
- 13 Kristine Beckerle, U.S. Officials Risk Complicity in War Crimes in Yemen, 04.05.2017, <https://www.justsecurity.org/40518/officials-risk-complicity-war-crimes-yemen/>; Marko Milanovic, The Clearly Illegal US Military Strike in Syria, 07.04.2017, <https://www.ejiltalk.org/the-clearly-illegal-us-missile-strike-in-syria/>; Kinga Tibori-Szabó, The Downing of the Syrian Fighter Jet and Collective Self-Defence, 23.06.2017, <http://opiniojuris.org/2017/06/23/the-downing-of-the-syrian-fighter-jet-and-collective-self-defence/>.
- 14 Richard Bravo, U.S. Defence Chief Says Russia Must Abide by International Laws, 16.02.2017, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-02-16/u-s-says-russia-must-abide-by-international-law-prove-itself> [meine Übersetzung].
- 15 Robert Barnes, Supreme Court allows limited version of Trump's travel ban to take effect, will consider case in fall, 26.07.2017, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-allows-limited-version-of-trumps-travel-ban-to-take-effect-will-consider-case-in-fall/2017/06/26/97afa314-573e-11e7-b38e35fd8e0c288f_story.html?tid=ss_tw&utm_term=.97ae7726b8fd.
- 16 Cristina Marcos, Bipartisan House leaders unveil resolution endorsing NATO's Article 5, 21.06.2017, <http://thehill.com/homenews/house/338855-bipartisan-house-leaders-unveil-resolution-endorsing-natos-article-5>.

berechtigte Empörung ausgelöst.¹⁷ Aber der amerikanische Schritt ist rechtlich gesehen weniger dramatisch als er vom Präsidenten politisch verkauft wird. Zum einen bleiben die USA zunächst an das Abkommen gebunden, da der Austritt formell erst im November 2019 erklärt und im November 2020 vollzogen werden kann.¹⁸ Zum anderen hat der Präsident von einer radikaleren, und schnelleren, Austrittsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht – der angekündigte Austritt beschränkt sich auf das Pariser Abkommen und erstreckt sich nicht auf die UN Rahmenkonvention zum Klimawandel.¹⁹ Auch in Sachen Klima scheinen also kühlere Köpfe mildernd gewirkt zu haben.

Trotz allem, die Äußerungen von Donald Trump sowie seine Fixierung auf die Vermeidung von „schlechten Geschäften“ verstärken den Eindruck, dass wir uns unter Umständen an der Schwelle einer grundlegenden Veränderung der Weltordnung befinden. Und, natürlich sind Unzufriedenheit und Kritik nicht auf die USA, Russland und Europa beschränkt – sie sind in vielen Teilen der Welt zu finden. Man denke hier zum Beispiel an die Gedankenspiele der Afrikanischen Union bezüglich eines Massenaustritts aus dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes.²⁰

Meiner Ansicht nach sind wir in der Tat an einem Punkt, an dem die Weltordnung, die der Westen seit dem Zweiten Weltkrieg gefördert hat, ernsthaft in Frage gestellt wird.²¹ Was diese Infragestellung besorgniserregend macht, ist die Tatsache, dass es dabei um Normen geht, die fest verankert – sogar selbstverständlich – zu sein schienen. Dabei denke ich insbesondere auch an die Idee der internationalen *Rechtsordnung* als solcher. Besonders schockierend ist gerade, dass die vielleicht schärfsten Herausforderungen nicht von der (ja leider wachsenden Anzahl von) autoritären Regimen oder „Schurkenstaaten“ ausgehen, sondern von Demokratien, und sogar der bislang führenden westlichen Demokratie. Hinzu kommt noch, dass die Infragestellung nicht nur die internationale Rechtsordnung betrifft, sondern auch binnenstaatliche Normen und die Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit. Wie sollen wir uns die Zukunft des Völkerrechts vorstellen, wenn sogar die Rechtsstaatlichkeit zu Hause hinterfragt wird? Wir sind an einem Scheideweg angekommen, mit riskanten Querstraßen. Hier in Deutschland und in Berlin wird uns dies besonders bewusst sein und in vieler Hinsicht mag es uns so vorkommen, als wären wir schon einmal an einem ähnlichen Punkt gewesen. So stammt dann auch das Zitat, mit dem dieser Beitrag begann, nicht aus heutiger Zeit, sondern aus einem Aufsatz von Wolfgang Friedmann aus dem Jahre 1938.²²

Aber meine Aufgabe in diesem Vortrag ist nicht, mich als Wahrsagerin in Sachen „Zukunft des Völkerrechts“ zu betätigen, sondern über die „Kritik am Völkerrecht

17 *Michael D. Shear*, Trump Will Withdraw U.S. from Paris Climate Change Agreement, 01.06.2017, <https://www.nytimes.com/2017/06/01/climate/trump-paris-climate-agreement.html>.

18 *Daniel Bodansky*, Sound and Fury on the Paris Agreement – But Does It Signify Anything? 02.06.2017, <http://opiniojuris.org/2017/06/01/what-to-look-for-in-any-us-withdrawal-from-the-paris-agreement/>.

19 *Duncan Hollis*, What to Look for in any U.S. Withdrawal from the Paris Agreement, 01.06.2017, <http://opiniojuris.org/2017/06/01/what-to-look-for-in-any-us-withdrawal-from-the-paris-agreement/>.

20 *Geoffrey York*, African Union’s Mass Withdrawal Strategy Mounts Pressure on ICC, 01.02.2017, <https://www.theglobeandmail.com/news/world/african-unions-mass-withdrawal-strategy-a-fresh-blow-to-international-court/article33869212/>.

21 Vgl. *Georg Nolte/Heike Krieger*, The International Rule of Law – Rise or Decline? – Points of Departure, KFG Working Paper Series, No. 1, 16.10.2016, 5, <http://kfg-intlaw.de/PDF-ftp-Ordner/KFG%20Working%20Paper%20No.%201.pdf>; *Stewart M. Patrick*, Trump and World Order: The Return of Self-Help, März/April 2017, <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-02-13/trump-and-world-order?cid=int-lea&pgtype=hpg>.

22 *Friedmann* (Fn. 1).

– Gestern und Heute“ nachzudenken. Natürlich ist die Fragestellung, die mir die Tagungsorganisatoren damit auf den Weg gaben, eng mit dem verbunden, was wir heute beobachten können. Wenngleich Bürger und Regierungen mit allen möglichen Dingen unzufrieden zu sein scheinen, so schwingt doch auch eine Kritik an der Weltordnung und dem internationalen Rechtssystem, das sie untermauert, mit.²³ Wie dem auch sei, sich näher mit der „Völkerrechtskritik – Gestern und Heute“ zu befassen, kann dabei helfen, sich mit den gegenwärtigen weltpolitischen Entwicklungen und ihren potentiellen Auswirkungen auf das Völkerrecht auseinanderzusetzen und sie in einen weiteren Zusammenhang zu stellen.

Heute gibt es natürlich eine unglaubliche Vielfalt von verschiedenen Ansätzen der Völkerrechtskritik – Legitimitätskritik, Gerechtigkeitskritik, Demokratiekritik, Menschenrechtskritik, feministische Kritik, Effizienzkritik, und viele mehr.²⁴ Im Rahmen dieses Beitrages muss ich daher notwendiger Weise eine Auswahl treffen, und auch etwas impressionistisch vorgehen. Die folgenden Seiten werden also eher „Vignetten“ als „Panorama“ bieten.

Wenn man sich mit Kritik sowohl von „gestern“ als auch „heute“ befasst, kann man mindestens drei konstante Themen identifizieren, welche in der einen oder anderen Form auch die oben genannte Vielfalt von Gegenwartskritiken unterfüttern. Ein erster Kritikstrang konzentriert sich auf die Spannung zwischen der Idee des Völkerrechts und souveräner Staatlichkeit. Ein zweiter breiter Kritikstrom mahnt, dass die Politik nicht nur das Völkerrecht nicht in Ruhe lässt (wie Friedmann es formulierte), sondern dass das Völkerrecht schlichtweg Politik in Verkleidung ist, genauer gesagt, Machtpolitik in Verkleidung. Das dritte große und sich über die Jahre erstreckende Kritikthema ist, dass das Völkerrecht, im Gegensatz zu seiner Ambition und seinem Geltungsanspruch, nicht wirklich universell ist. Alle drei Themen sind natürlich eng mit einander verwoben, und man könnte jedes von ihnen als Einstiegspunkt in einem der anderen Kritikansätze verwenden. In diesem Beitrag möchte ich mich aber auf die „Universalitätskritik“ konzentrieren.

Meiner Ansicht nach – und dies ist meine *erste These* – stellt diese die grundlegendste Herausforderung für das Völkerrecht dar, denn eine wirklich internationale *Rechtsordnung* muss eben universell sein. Die Universalitätskritik bietet meines Erachtens auch besonders fruchtbare Perspektiven für das Nachdenken über die heutige Lage und die verstärkte Infragestellung der bestehenden Weltordnung.

Meine *zweite These* ist, dass die völkerrechtliche Universalitätskritik relativ konstant geblieben ist – sie zieht sich wie ein roter Faden von gestern bis heute, auch wenn sich das Völkerrecht in der Zwischenzeit sowohl materiell als auch strukturell, durch die Teilnahme nicht-staatlicher Akteure und die stetig wachsende Rolle von internationalen Organisationen, natürlich erheblich verändert hat.

Meine *dritte These* ist, dass „Universalitätskritik“ in zwei (mit einander verbundenen) Varianten auftritt:

23 Ronald F. Inglehart/Pippa Norris, Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash, HKS Working Paper No. RWP16-026, 29.07.2016, 7, 19 f., 27, <https://ssrn.com/abstract=2818659>. Laut dieser detaillierten Studie ist Populismus insbesondere auch eine Gegenreaktion auf „progressive cultural change“ einschließlich „multilateral institutions of global governance“.

24 Für einen Überblick vgl. Andrea Bianchi, Theories of International Law: An Inquiry into Different Ways of Thinking (2016).

- in der ersten Variante wird das Bestehen, oder die „Echtheit,“ von das Völkerrecht untermauernden oder durch das Völkerrecht verfolgten universellen Werten in Frage gestellt (kurz: „Wertekritik“);
- in der zweiten Variante wird das Bestehen, oder sogar die Denkbarkeit, einer universellen Rechtlichkeit in Frage gestellt (kurz: „Rechtlichkeitskritik“ – mit „Rechtlichkeit“ meine ich sowohl die Geltung als auch die Systematik und Anwendung bzw. Argumentationsstrukturen des Völkerrechts).

Meine vierte These ist, dass von den beiden Varianten dieser Kritik die Wertekritik bemerkenswert konstant, und am weitesten verbreitet, geblieben ist.

Die *fünfte These* ist, dass von den beiden Varianten der Universalitätskritik dennoch die Rechtlichkeitskritik am gefährlichsten für das Völkerrecht ist. Denn nur wenn Rechtsnormen nach allgemeingültigen Regeln erzeugt, interpretiert und angewendet werden, kann das Völkerrecht eine universelle rechtliche Umgangsform sein.²⁵

Um diese Thesen zu beleuchten, werde ich mich entsprechend meiner Themensetzung mit der Völkerrechtskritik von „gestern“, d.h. grob gesagt mit der vom ersten bis zum Zweiten Weltkrieg prominenten Kritik, und „heute“, d.h. der mit der Gegenwartskritik im weitesten Sinne, einschließlich jetziger Entwicklungen, befassen.

Da es mir um Universalitätskritik geht, werde ich mich mit Kritiken aus verschiedenen Teilen der Welt befassen. Diesbezüglich muss ich wiederum selektiv und unvermeidbar impressionistisch vorgehen. Für die Zwecke meines Beitrags erschienen mir besonders relevant:

- die deutsche Völkerrechtskritik, insbesondere die einflussreiche Kritik von Carl Schmitt;
- die russische Völkerrechtskritik;
- die Völkerrechtskritik aus der sogenannten „Peripherie;“
- die amerikanische Völkerrechtskritik.

Meine *sechste These* ist, dass es heute auch eine quasi-universelle Universalitätskritik (wenn ich das so sagen darf), in der Form der kritischen Völkerrechtstheorie gibt. Hier werde ich mich insbesondere auf das Schrifttum von Martti Koskeniemi konzentrieren.

Meine *siebte und letzte These* kommt auf den Gedanken des Scheideweges zurück. Wir stehen u.U. an der Schwelle einer Völkerrechtskrise.

Lassen Sie mich noch anmerken, dass ich „Völkerrechtskritik“ insofern im weiten Sinne verstehe, als ich mich sowohl mit dem Schrifttum als auch mit der „offiziellen“ Kritik am Völkerrecht befassen werde, wobei die Grenzen oft verwischt sind.

25 Vgl. in diesem Zusammenhang das Argument, dass grundsätzliche Regeln und Prinzipien des friedlichen, internationalen Umganges in der Vergangenheit trotz machtpolitischer Wechsel relativ konstant geblieben sind; *Bardo Fassbender, Stories of War and Peace: On Writing the History of International Law in the 'Third Reich' and After*, EJIL 13 (2002) 479 (509).

II. Universalitätskritik „Gestern“

Damit komme ich nunmehr zur Universalitätskritik von „gestern“ kommen, beginnend mit der deutschen Völkerrechtskritik und insbesondere dem Gedankengut von Carl Schmitt.

1. Deutsche Völkerrechtskritik

Der aus heutiger Sicht einflussreichste deutsche Völkerrechtskritiker war ohne Zweifel Carl Schmitt, nicht zuletzt weil die Themen seiner Kritik von gestern auch in der heutigen Völkerrechtskritik zentral geblieben sind, interessanterweise nicht nur in der Kritik von „rechts“, sondern auch in der Kritik von „links.“²⁶ Sein Stellenwert ist nun auch gerade noch einmal durch ein mehr als 800 Seiten starkes „Oxford Handbook of Carl Schmitt“ eindrucksvoll bestätigt worden.²⁷

Ein wichtiger Hintergrund der Rechtskritik von Schmitt ist natürlich in den besonderen Umständen Deutschlands nach dem Ersten Weltkrieg zu finden,²⁸ manifest sowohl in der wachsenden Krise der Weimarer Republik²⁹ als auch im Versailler Vertrag und dem Projekt des Völkerbundes.³⁰ Schmitt sah in Letzterem ein groß angelegtes Manöver der siegreichen Alliierten mit dem Ziel, unter Berufung auf universelle Werte, Deutschland dauerhaft die Flügel zu stützen, bzw. ein globales Kontroll-System in rechtliche Form zu gießen.³¹

Schmitt artikulierte in diesem Zusammenhang eine scharfe Kritik am „Werte-Universalismus“ des Völkerrechts. „Universalistische, weltumfassende Allgemeinbegriffe“, so Schmitt, „sind im Völkerrecht die typischen Waffen des Interventionismus.“³² Durch die, mit dem im Namen der Menschheit begrenztem Kriege recht einhergehende, Einstufung der Gegner als Feinde der Menschheit, oder sogar der Menschlichkeit, warnte Schmitt, könnten alle Gegenmaßnahmen gerechtfertigt werden.³³ Gleichzeitig würde durch diese Beschränkung des traditionellen Rechts der Staaten auf Krieg deren souveräne Gleichheit in Frage gestellt.³⁴

Aber die tiefstschürfendste Völkerrechtskritik Schmitts war nicht die Kritik an dessen (in seinen Augen falschen) Werteuniversalismus. Es war vielmehr seine Behauptung,

26 S. *Torben Bech Dyrberg*, The leftist fascination with Schmitt and the esoteric quality of ‘the political’, *Philosophy & Social Criticism* 35 (2009) 649; *Benno Gerhard Teschke*, Fatal Attraction: a critique of Carl Schmitt’s international political and legal theory, *Int’l Theory* 3 (2011) 179 (180); *Robert Howse*, Schmitt, Schmitteanism and Contemporary International Legal Theory, in: *Anne Orford/Florian Hoffman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (2016) 212.

27 *Jens Meierhenrich/Oliver Simons* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016).

28 *Bardo Fassbender*, Carl Schmitt 1888-1985, in: *Bardo Fassbender/Anne Peters* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (2012) 1172 (1173).

29 *David Dyzenhaus*, Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar (1997) 1-37; *id.*, Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought, *Theoretical Inquiries in Law* 16 (2015) 337 (340).

30 *Martti Koskenniemi*, Carl Schmitt and International Law, in: *Meierhenrich/Simons* (Fn. 27) 592.

31 *Koskenniemi* (Fn. 30) 592, 598.

32 *Carl Schmitt*, Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff des Völkerrechts (1941; 3. Auflage 2009) 34.

33 *Carl Schmitt*, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923-1939 (1940; 4. Auflage 2014) 82; *Koskenniemi* (Fn. 30) 600.

34 *Koskenniemi* (Fn. 30) 600.

dass es *rechtliche* Weltordnung überhaupt nicht geben könne, da die Menschheit keine wirkliche politische Gemeinschaft sei, und es so keinen souveränen Machthaber geben könne.³⁵ Hier spielen natürlich Schmitts Kritik an Weimars liberalem Rechtsstaatsdenken, und damit sein Rechtsbegriff, stark mit. Schmitts Konzept der staatlichen Souveränität war ein Konzept der Volkssouveränität, welche an ein mehr oder weniger homogenes Volk gekoppelt war, wessen Macht außerhalb des Rechts stand und somit nicht rechtlich einschränkbar war.³⁶ Aus dem Gedanken der notwendigen politischen Einheit eines Volkes ergaben sich Schmitts Unterscheidung von „Freund“ und „Feind“³⁷, sowie der berühmt-berühmte Satz: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“³⁸

Für Schmitt waren liberal-demokratische Institutionen und die Idee des Rechtsstaates problematisch, da sie die für wahre Politik so wichtige Unterscheidung von Freund und Feind unterdrücken wollten.³⁹ Das Ziel des liberalen Rechtsstaates sei es, so Schmitt, durch die Herrschaft „neutralen“ Rechts die „Politik“ und insbesondere die Machtpolitik so weit wie möglich zu verdrängen.⁴⁰ Aber, so Schmitts Kritik, in Wirklichkeit sei der Rechtsstaat nur ein rhetorisches Instrument, welches dazu diene eine besondere Form der Machtpolitik, betrieben im Namen von allgemeingültigen (oder, im Völkerrecht, „universellen“) Regeln, zu verfolgen.⁴¹ Mit anderen Worten, liberales Rechtsdenken verstecke seine politischen Ziele, welche eben gerade in der Eliminierung des Politischen bestehen. In Wirklichkeit, so Schmitt, wolle die liberale Neutralität alle die ausschalten, die sich gegen diese Neutralität auflehnen.⁴² Aber, und hier schließt sich der Kreis zur Kritik am Werte-Universalismus, am Ende ginge es doch immer um das Politische, und die Berufung auf das Recht sei immer ein Versuch die Beherrschung von anderen zu legitimieren.⁴³ Vor diesem Hintergrund war für Schmitt das Völkerrecht natürlich eine noch dünnere Fassade, und seine Rechtlichkeit buchstäblich undenkbar, jedenfalls auf globaler Ebene.⁴⁴

Ich sollte vielleicht hinzufügen, dass Schmitt bei weitem nicht der einzige deutschsprachige Völkerrechtler war, der seinerzeit den Werte-Universalismus kritisierte. Interessanterweise warnten auch führende Stimmen am anderen Ende des politischen Spektrums, in der kosmopolitischen Völkerrechtsbewegung, vor ideologisch motiviertem Völkerrechtsdenken. Aber natürlich waren die Lösungsansätze hier grundlegend anders. Kelsen, zum Beispiel, empfahl genau das, was Schmitt als unmöglich bzw. un-

35 Schmitt (Fn. 33) 75-83.

36 Dyzenhaus, Kelsen, Heller and Schmitt (Fn. 29) 340.

37 Dyzenhaus, Legality and Legitimacy (Fn. 29) 41.

38 Carl Schmitt, Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität (1922) 9.

39 Dyzenhaus, Kelsen, Heller and Schmitt (Fn. 29) 341.

40 Dyzenhaus, Legality and Legitimacy (Fn. 29) 49.

41 Dyzenhaus, Kelsen, Heller and Schmitt (Fn. 29) 357.

42 Dyzenhaus, Legality and Legitimacy (Fn. 29) 39.

43 Dyzenhaus, Legality and Legitimacy (Fn. 29) 49.

44 Allerdings schloss Schmitt nicht die Möglichkeit aus, dass liberales Gedankengut weltweite Dominanz erlangen könnte, was aber zum Ende des für ihn so wichtigen „Politischen“ zwischen „Freund“ und „Feind“ führen würde. S. Dyzenhaus, Legality and Legitimacy (Fn. 29) 49-50. Die Überschneidungen und Unterschiede zwischen diesem Gedanken Schmitts und dem von Francis Fukuyama in *The End of History and the Last Man* (1992) vorhergesagten „Ende der Geschichte“ (durch den Triumph der liberalen Demokratie nach dem Ende des Kalten Krieges) sind durchaus interessant. Heute lässt sich aber anmerken, dass weder das „Politische“, noch die „Geschichte“ ein Ende gefunden haben, sondern im Gegenteil wieder an Stärke zu gewinnen scheinen; vgl. Fn. 84.

geeignet bezeichnete: einen strikten Rechtsformalismus, welcher wiederum mit der Zurückweisung einer Postulierung von absoluten universellen Werten oder einem universellen Gerechtigkeitsbegriff verbunden war.⁴⁵ Anders ausgedrückt, während Kelsen mit Schmitt in der Kritik am Werte-Universalismus übereinstimmte, so war er gleichzeitig auch ein leidenschaftlicher Verfechter eines auf formeller Gültigkeit basierenden „Rechtlichkeits-Universalismus“, und glaubte an den „zivilisierenden“ Einfluss des Völkerrechts.⁴⁶

2. Russische Völkerrechtskritik

Die russische Perspektive verdeutlicht, dass das Völkerrecht am Anfang des 20. Jahrhunderts nicht universell, sondern „europäisch“ war.⁴⁷ Für Russland, wie u.a. von Lauri Mälksoo eindrucksvoll dokumentiert, stellte sich damit die Frage, ob es ein vollends europäischer Staat werden, oder seine slawisch/eurasische Identität bewahren sollte.⁴⁸

Das Ringen um die „Europäisierung“ Russlands und seine Einbindung in das europäische Völkerrecht geht schon auf die Bemühungen von Peter dem Großen zurück, und wurde später insbesondere von Deutsch-Balten wie Friedrich Martens betrieben.⁴⁹ Interessant ist hier, dass die Verfechter der Verwestlichung Russlands mit den „europäischen“ und somit *nicht-* universellen, Zügen des Völkerrechts durchaus zufrieden waren. Ihr Ziel war es, Russland in den Kreis der „Zivilisation“ zu bringen, aber dabei auch nicht-christliche oder afrikanische Nationen aus diesem Kreise fernzuhalten.⁵⁰ In gewisser Weise ging es in dieser Phase damit nicht um eine Kritik am Völkerrecht und seiner mangelnden Universalität, sondern um die Einbeziehung Russlands, welche aber in Russland auch immer auf Widerstand stieß.⁵¹

Der Wendepunkt hin zur offenen Kritik war natürlich die bolschewistische Revolution von 1917.⁵² Nunmehr kam sowohl aus der russischen Politik als auch der Wissenschaft (welche eng aneinander gekoppelt waren) scharfe Kritik am Universalitätsanspruch des Völkerrechts, und zwar sowohl in Bezug auf Werte als auch Rechtlichkeit. Die Bolschewisten lehnten die Fundamente der europäischen Völkerrechtsordnung ab. So wurde etwa der europäische Staatsbegriff als kapitalistisches Gedankengebäude angesehen,⁵³ während Individualrechte auch historisch schon keine starken Wurzeln im russischen Rechtsdenken hatten.⁵⁴ Es gäbe keine universellen Werte, so hieß es, nicht einmal gemeinsame Grundwerte,⁵⁵ geschweige denn von den Kulturvölkern anerkannt-

45 Jochen von Bernstorff, *The Public Law Theory of Hans Kelsen* (2010) 251, 253. Daher sollte seine „Reine Rechtslehre“ die Rechtswissenschaft von allen „fremden Elementen, insbesondere politischen Ideologien“ befreien. S. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934; 2. Auflage 1960) iii, 1.

46 Von Bernstorff (Fn. 45) 255-256.

47 Diesen Gedanken werden wir insbesondere auch in der Völkerrechtskritik aus der Peripherie wiederfinden.

48 Lauri Mälksoo, *Russian Approaches to International Law* (2015) 38-40.

49 Lauri Mälksoo, *The History of International Legal Theory in Russia: A Civilizational Dialogue with Europe*, *EJIL* 19 (2008) 211 (216, 220).

50 Mälksoo (Fn. 49) 217, 220.

51 Mälksoo (Fn. 48) 221.

52 Lauri Mälksoo, *Russia – Europe*, in: *Fassbender/Peters* (Fn. 28) 764 (781).

53 Bianchi (Fn. 24) 74.

54 Mälksoo (Fn. 49) 74; Mälksoo (Fn. 48) 218.

55 Mälksoo (Fn. 48) 227; Iain Scobbie, *Wicked Heresies or Legitimate Perspectives*, in: *Malcolm D. Evans* (Hrsg.), *International Law* (2010) 58 (74).

te allgemeine Rechtsgrundsätze.⁵⁶ Ein universelles Völkerrecht wurde daher zunächst als unmöglich angesehen.

Laut Mälksoo sind die sozialistischen Völkerrechtstheorien, die mit der Entstehung der Sowjetunion aufkamen, nicht nur als Auswüchse kommunistischer Ideologie zu sehen, sondern auch als Fortsetzung des alten Ringens zwischen den Vertretern der Europäisierung und der Sonderstellung Russlands.⁵⁷ Andere Beobachter sind der Auffassung, dass der Marxismus-Leninismus einen wesentlicheren Einfluss auf das sowjetische Völkerrechtsverständnis hatte.⁵⁸ Wie dem auch sei, die Sowjetunion zog sich dann ja bekanntermaßen von der ursprünglichen Extremposition zurück. Zunächst wurde die Idee eines „Übergangsrechtes“, eines Koexistenz-Rechts, lanciert.⁵⁹ Und schließlich wurde anerkannt, dass es eben doch möglich war, dass zwischen Staaten mit unterschiedlichen Gesellschaftssystemen bestimmte allgemeine Regeln gelten, insbesondere die staatliche Souveränität untermauernde Regeln.⁶⁰

Insgesamt lässt sich feststellen, dass Russland sich verhältnismäßig schnell von seiner durchgreifenden Universalitätskritik zurückzog und, ähnlich wie die Vertreter der Peripherie (zu der ich jetzt komme), seine Völkerrechtskritik hauptsächlich auf eine Wertekritik begrenzte.

3. Peripherie und Semiperipherie

Obwohl das bestehende Völkerrecht im Zuge der europäischen Entdeckungsreisen und dann der kolonialen Expansion zunehmend außerhalb von Europa angewendet wurde, führten diese Begegnungen nicht zu einer wirklichen Universalisierung des Völkerrechts.⁶¹ Lange wurde das Völkerrecht nur zwischen europäischen Mächten, und dann einer kleinen Zahl anderer Staaten, angewandt.⁶² Dabei dienten, wie bekannt, seine als allgemeingültig erklärten Regeln dazu, weite Teile der Welt aus dem Völkerrecht auszuschließen, bzw. eine ungleiche Anwendung des Völkerrechts zu rechtfertigen.⁶³

Trotz alledem, soweit von der Peripherie und Semiperipherie eine Infragestellung des Völkerrechts ausging, bezog sich diese auf seinen Werte-Universalismus, und damit auf zentrale Begriffe wie „Staatlichkeit“, „Anerkennung“ und „Zivilisation.“⁶⁴ Interessanterweise wurde diese Kritik am damals geltenden Völkerrecht und die Bestrebung, die betreffenden Regeln zu ändern, auf Basis einer generellen Billigung der Rechtmäßigkeit des Völkerrechts und seines methodischen Ansatzes (Formalismus und Positivismus) verfolgt.⁶⁵ Wie in der Literatur vielfach belegt, sahen die Völkerrechtskritiker aus der

56 *Scobbie* (Fn. 55) 75.

57 *Mälksoo* (Fn. 49) 189-190; *Mälksoo* (Fn. 48) 268.

58 *Mikael Baaz*, International Law is different in different places: Russian interpretations and outlooks, *I-CON* 14 (2016) 262 (273).

59 *Scobbie* (Fn. 55) 74.

60 *Bianchi* (Fn. 24) 74-75.

61 *Arnulf Becker-Lorca*, Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933 (2014) 43; *Yasuaki Onuma*, International Law in a Transcivilizational World (2017) 74-84; *Matthew Craven*, Colonialism and Domination, in: *Fassbender/Peters* (Fn. 28) 863 (882-887).

62 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 41-43.

63 *Jörg Fisch*, Die europäische Expansion und das Völkerrecht (1984); *Antony Anghie*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law (2004) 52-114; *Martti Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960 (2002) 127-166.

64 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 50.

65 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 54-60.

Peripherie das Akzeptieren der Rechtlichkeit und damit einhergehender Grundregeln wie insbesondere die Souveränität der Staaten als Voraussetzung für die Veränderung des Völkerrechts, sozusagen „von innen.“⁶⁶ Aus diesem Grunde kamen dann auch mehr und mehr Juristen aus der Peripherie und Semiperipherie nach Europa, um dort Völkerrecht zu studieren.⁶⁷

In seinem wunderbaren Buch „Mestizo International Law“ hat Arnulf Becker-Lorca kürzlich gezeigt, dass die aktive Rolle der Juristen aus der Peripherie, und die Ziele, die ihre Heimatstaaten auf der Basis ihrer Kenntnisse verfolgten, eine wichtige Auswirkung auf das Völkerrecht hatten. Es ist falsch, so argumentiert er, die Universalisierung des Völkerrechts ganz als imperiale Aufoktroierung zu verstehen.⁶⁸ Durch die aktive Beteiligung der Peripherie an der Weiterentwicklung von Normen wuchs eine Art von gemischtem („Mestizo“) Recht, sodass wenigstens ein Teil des völkerrechtlichen Normgutes in diesem Sinne als wirklich „universell“ bezeichnet werden könne.⁶⁹ Die Verbreitung des Völkerrechts war also nicht nur „Konzession“, sondern auch „Aneignung.“ Ein von Becker-Lorca detailliert beschriebenes Beispiel dieser Prozesse ist gerade das der Entschärfung des Zivilisationsbegriffes und der Weiterentwicklung des Staatlichkeitsbegriffes, nebst flankierenden Regeln bezüglich der deklaratorischen Funktion der Anerkennung und des Einmischungsverbots, welche in der Konvention von Montevideo über die Rechte und Pflichten der Staaten von 1933 Ausdruck fanden.⁷⁰

Für die Zwecke meiner Anmerkungen ergibt sich folgendes Fazit: Die Völkerrechtskritik des frühen 20. Jahrhunderts aus der Peripherie war Wertekritik und nicht Rechtlichkeitskritik.

4. Vereinigte Staaten

Bezüglich der amerikanischen Völkerrechtskritik von „gestern“ werde ich mich relativ kurz fassen, denn die Haltung der Vereinigten Staaten gegenüber dem Völkerrecht nach dem ersten Weltkrieg wird eher mit der Vertretung von universellen Werten und eines universellen Völkerrechts, als mit Kritik in Verbindung gebracht.⁷¹ Der Vierzehn-Punkte-Plan des amerikanischen Präsidenten Woodrow Wilson und seine Bemühungen um die Gründung des Völkerbundes waren von dem Glauben getragen, dass das Völkerrecht die Welt „sicher für friedliebende Nationen“ machen könne, und dass die Vereinigten Staaten berufen waren, dieses Ziel im Interesse aller Staaten zu verfolgen.⁷² Nicht umsonst waren die USA eine der Zielscheiben der Schmitt'schen Kritik, dass die siegreichen Staaten das Völkerrecht zur Verfolgung von Machtpolitik nutzen.⁷³

66 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 37, 54.

67 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 49.

68 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 15, 44; vgl. *Onuma* (Fn. 61) 81.

69 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 22, 45.

70 *Becker-Lorca* (Fn. 61) 305-352; Text der Montevideo Konvention: 165 LNTS 19.

71 *Thomas J. Knock*, „Playing for a Hundred Years Hence“: Woodrow Wilson's Internationalism and His Would-Be Heirs, in: *John G. Ikenberry* (Hrsg.), *The Crisis of American Foreign Policy: Wilsonianism in the Twenty-first Century* (2009) 25.

72 *Mark W. Janis*, North America: American Exceptionalism in International Law, in: *Fassbender/Peters* (Fn. 28) 526 (548). Vgl. *Margaret MacMillan*, *Paris 1919: Six Months that Changed the World* (2002) 14.

73 *Schmitt* (Fn. 32) 22-41; *Koskenniemi* (Fn. 30) 599. Und Fn. 30-31.

Allerdings ist anzumerken, dass Wilsons Engagement nicht unbedingt repräsentativ für die amerikanische Nachkriegshaltung gegenüber dem Völkerrecht war. So gelang es ihm insbesondere nicht, den Widerstand im amerikanischen Senat zu überwinden, und den Eintritt der USA in den Völkerbund zu erreichen.⁷⁴ Bei weitem nicht alle amerikanischen Beobachter reagierten auf das Abgleiten Europas in das Chaos und die Brutalität des Ersten Weltkrieges mit Wilsons Idealismus. In der republikanischen Partei, zum Beispiel, herrschte tiefe Skepsis,⁷⁵ und auch Verfechter des Völkerrechts konstatierten, dass der Erste Weltkrieg sogar die Existenz des Völkerrechts in Frage gestellt hatte.⁷⁶

Mit Blick auf die heutige amerikanische Völkerrechtskritik ist außerdem anzumerken, dass der Idealismus der Außen- und Völkerrechtspolitik Wilsons unter anderem insofern lange Schatten geworfen hat, als er eine Gegenreaktion in Form des politikwissenschaftlichen Realismus hervorrief.⁷⁷ Anhänger des Realismus sahen Wilsons Idealismus und Legalismus als Paradebeispiele utopischen Denkens.⁷⁸ Einer der prominentesten Vertreter des amerikanischen Realismus war ironischerweise gerade ein in Deutschland ausgebildeter, und während dieser Zeit sowohl mit Schmitt als auch Kelsen befasster, Völkerrechtler – Hans Morgenthau.⁷⁹ Nach Auswanderung in die USA wandte er sich der Politikwissenschaft zu und artikulierte von diesem außerrechtlichen Standpunkt eine einflussreiche Form der Rechtlchkeitskritik. Sein „klassischer“ Realismus postulierte unter anderem, dass das Machtstreben der Staaten durch die menschliche Natur bedingt sei.⁸⁰ Das Völkerrecht könne daher nur ein Instrument der Macht sein, und nur so lange und in dem Rahmen bestehen wie von den mächtigen Staaten zugelassen.⁸¹ Morgenthaus Denken spielt eine wichtige Vorreiterrolle – diese Themen werden wir in der amerikanischen Kritik von heute prominent vertreten sehen.⁸²

III. Universalitätskritik „Heute“

Wenn man sich der Völkerrechtskritik der Gegenwart zuwendet, fällt als erstes auf, dass die bislang skizzierten Themen der Kritik „Dauerbrenner“ sind. Die Universalitätskritik ist nach wie vor wichtig, und die Werte-Kritik bleibt dabei nach wie vor dominant. Die wesentlichsten Veränderungen lassen sich in Bezug auf die Protagonisten entdecken, wobei aus dem Völkerrechtskritiker Deutschland (im Großen und Ganzen) ein Völkerrechtsverteidiger wurde, und die Vereinigten Staaten nunmehr eine Füh-

74 *MacMillan* (Fn. 72) 492; *Janis* (Fn. 72) 551.

75 *Janis* (Fn. 72) 551.

76 *Janis* (Fn. 72) 549 mit Hinweis auf eine Resolution der Amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft.

77 *Anne-Marie Slaughter-Burley*, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, *AJIL* 87 (1993) 205 (207).

78 *Koskenniemi* (Fn. 63) 466.

79 *Koskenniemi* (Fn. 63) 436, 457.

80 *Hans J. Morgenthau*, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace* (1948, 5. Auflage 1978) 4-15.

81 *Morgenthau* (Fn. 80) 285 f.; *Hans J. Morgenthau*, *Positivism, Functionalism and International Law*, *AJIL* 34 (1940) 260 (275). Vgl. *Jan Wiegandt*, *Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung? Eine Anmerkung zum Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht*, *ZaöRV* 71 (2011) 31 (43).

82 Im Überblick *Richard H. Steinberg*, *Wanted Dead or Alive: Realism in International Law*, in: *Jeffrey L. Dunoff/Mark Pollack* (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (2013) 146. Vgl. Fn. 129.

rungsrolle in der Kritik, und dabei insbesondere in der Kritik an der Rechtllichkeit des Völkerrechts, spielen. Ich beginne meine *tour d'horizon* mit den Konstanten und wende mich daher zunächst den Entwicklungen in Russland zu.

1. Russland

Heute ist offensichtlich, dass der triumphale Slogan des „Endes der Geschichte“ und der globalen Ausdehnung der westlichen Weltordnung, welche Francis Fukuyama angesichts des Endes der Sowjetunion und des kalten Krieges vorhersagte,⁸³ voreilig war.⁸⁴ Man kann vielleicht sogar sagen, dass dieses Triumphieren auf mangelndem Verständnis Russlands und seiner Geschichte basierte, und dass es immer sehr unwahrscheinlich war, dass Russland dem Westen „beitreten“ würde.⁸⁵ Russlands Haltung gegenüber dem Völkerrecht ist dabei sowohl von dem Auf und Ab in seinem Verhältnis zu Europa, als auch dem russischen Hang zu autoritären Regierungsformen, einer relativ schwach ausgeprägten Rechtsstaatlichkeit, und dem Streben nach territorialer Integrität als größter Flächenstaat der Welt geprägt.⁸⁶ Hinzu kommt eine nach wie vorher sprachlich und geografisch weitgehend abgeschottete Völkerrechtswissenschaft mit enger Anbindung an die Regierungspolitik.⁸⁷

Mein Eindruck ist, dass Russland an der eindringlichen Kritik am Werte-Universalismus festhält, und diese vielleicht sogar noch verschärft hat. Ich denke hier zum Beispiel an die Kritik am Konzept der internationalen Schutzverantwortung bzw. Russlands Rückkehr zur Ablehnung westlichen humanitären Eingreifens in Syrien nach einer Phase der Toleranz im Sicherheitsrat (Libyen).⁸⁸ Der Widerstand gegen von westlichen Staaten betriebene humanitäre Interventionen schließt sich nahtlos an die traditionelle Betonung der Staatshoheit und die damit verbundene Skepsis gegenüber anderen universalistischen Projekten, wie zum Beispiel Menschenrechte oder „constitutionalization“ der Völkerrechtsordnung, an.⁸⁹

Ich komme hier dann auch auf die eingangs genannten Parallelinitiativen Russlands und Chinas in Bezug auf die Förderung einer „post-westlichen“ bzw. „neuen“ Weltordnung zurück.⁹⁰ In einer gemeinsamen Erklärung aus dem Juni 2016⁹¹ skizzierten China und Russland wie eine Koexistenzordnung aussehen sollte, in der das Völkerrecht eine

83 *Fukuyama* (Fn. 44).

84 *Kurylo* (Fn. 4) 7.

85 *Mälksoo* (Fn. 48) 195.

86 *Mälksoo* (Fn. 48) 3. Vgl. *Kurylo* (Fn. 4) 4.

87 Vgl. *Maria Issaeva*, Does „Russian international law“ have an international academic future? 21.09.2015, <https://www.ejiltalk.org/does-russian-international-law-have-an-international-academic-future/>, wonach das Völkerrecht für Russen eine „Fremdsprache“ sei.

88 *Jutta Brunnée/Stephen J. Toope*, The Rule of Law in an Agnostic World: The Prohibition on the Use of Force and Humanitarian Exceptions, in: *Wouter Werner/Marieke de Hoon/Alexis Galán* (Hrsg.), *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskeniemi* (2017) 137 (148-158).

89 *Baaz* (Fn. 58) 271.

90 S. (Fn. 5) und (Fn. 6). Vgl. *Anne Peters*, After Trump: Russia and China move from norm-takers to shapers of the international legal order, 10.11.2016, <https://www.ejiltalk.org/after-trump-china-and-russia-move-from-norm-takers-to-shapers-of-the-international-legal-order/>.

91 The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law, http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698. Zu den Unterschieden zwischen den chinesischen und russischen Positionen s. *Aglaya Snetkov/Marc Lanteigne*, The loud dissenter and its cautious partner – Russia, China, global governance and humanitarian intervention, *IRAP* 15 (2015) 113.

gemeinsame Sprache aller Länder sein kann.⁹² Die Erklärung bekräftigt die „volle Verbundenheit“ Russlands und Chinas mit der UN Charta und der „Friendly Relations“ Deklaration. Unerwähnt bleiben etwa die Menschenrechte. Hervorgehoben werden Grundsätze des zwischenstaatlichen Völkerrechts, wie insbesondere die souveräne Gleichheit der Staaten, das Interventionsverbot, und die Staatenimmunität.⁹³ Betont wird die Wichtigkeit der friedlichen Streitbeilegung, aber auf Basis des Prinzips der staatlichen Zustimmung.⁹⁴ Indirekt werden westliche Staaten beschuldigt, das Völkerrecht durch „double standards“ und außerrechtlichen Druck auf andere Staaten, etwa durch „unilateral sanctions“, zu unterminieren.⁹⁵

Diese Postulate stehen mit langjährigen außenpolitischen Zielen Russlands in Einklang – eine „multipolare“ Ordnung soll einem als „unipolar“ empfundenen westlichen Multilateralismus entgegengesetzt werden.⁹⁶ Bereits im Jahr 2000 hieß es in einem Plandokument, dass Russland „versuchen sollte ein multipolares System internationaler Beziehungen zu schaffen, das die Diversität der modernen Welt und ihrer vielfältigen Interessen wirklich widerspiegelt.“⁹⁷ Westliche Bemühungen um multilaterale Ansätze wurden dagegen von Russland als „kollektiver Unilateralismus“ wahrgenommen.⁹⁸

Russland hat sich also nunmehr als Verteidiger des Völkerrechts als Schutz gegen eine hegemoniale westliche Außenpolitik positioniert,⁹⁹ wobei es natürlich selber flagrante Nichtbeachtung des Völkerrechts gezeigt hat, jedenfalls im Zusammenhang mit Versuchen, den alten Hoheitsbereich durch Interventionen in der Krim und östlichen Ukraine wiederherzustellen.¹⁰⁰ Aber trotzdem scheint Russland gleichzeitig seine Interessen innerhalb des bestehenden Rechtssystems zu verfolgen. Es vertritt dabei ein viel schmaleres Band von gemeinsamen Werten als der Westen, sowie einen wesentlich „dünnere“ internationalen Gemeinschaftsgedanken, ohne Förderung von „global governance“ oder Menschenrechten, geschweige denn Demokratie.¹⁰¹

Unter dem Strich ist festzustellen, dass Russland nach wie vor den Werteuniversalismus kritisiert, aber nicht unbedingt den Rechtlichkeitsuniversalismus. Man könnte sogar sagen, dass Russland ein rechtspositivistisches und formales Völkerrechtsverständnis vertritt, das als solches nicht allzu weit vom traditionellen europäischen Ansatz entfernt ist.¹⁰² Allerdings scheint Russland zur Idee des Koexistenzrechts zurückgekehrt

92 Lauri Mälksoo, Russia and China Challenge the Western Hegemony in the Interpretation of International Law, 15.07.2016, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-china-challenge-the-western-hegemony-in-the-interpretation-of-international-law/>.

93 (Fn. 91) Pkte. 2-4, 8.

94 (Fn. 91) Pkt. 5.

95 (Fn. 91) Pkt. 6.

96 Andrey Makarychev/Viatcheslav Morozov, Multilateralism, Multipolarity, and Beyond: A Menu of Russia's Policy Strategies, in: Ramesh Thakur/Mónica Serrano/Brian Job/Diana Tussie, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations 17 (2011) 353.

97 Makarychev/Morozov (Fn. 96) 355 [meine Übersetzung der in dem Aufsatz enthaltenen englischen Übersetzung]. Vgl. Fyodor Lukyanov, Russian Dilemmas in a Multipolar World, JIA 63 (2010) 19.

98 Makarychev/Morozov (Fn. 96) 356.

99 Mälksoo (Fn. 92). Laut Mälksoo bezeichnete Alexander Bastrykin, ein führender Völkerrechtler im russischen Regierungsapparat, das Völkerrecht als eine von westlichen Staaten gegen Russland eingesetzte Form von „hybrid warfare“. Vgl. Kurylo (Fn. 4) 5.

100 Issaeva (Fn. 87); Mälksoo (Fn. 92).

101 Baaz (Fn. 58) 271.

102 Baaz (Fn. 58) 275.

zu sein, wobei es versucht den eigenen Einflussbereich durch einen formalistischen Völkerrechtsansatz vom Westen abzuschirmen.¹⁰³

2. Peripherie und Semiperipherie

Nach dem Zweiten Weltkrieg konzentrierte sich die Völkerrechtskritik aus der nunmehr sogenannten Dritten Welt zunächst auf den Werteuniversalismus. Nach wie vor war die Reform des Völkerrechts das Ziel, z.B. durch Konsolidierung der souveränen Gleichheit der Staaten, der Weiterentwicklung des Selbstbestimmungsrechts, oder der Förderung einer Neuen Internationalen Wirtschaftsordnung;¹⁰⁴ seine Rechtllichkeit und Methodik wurden nicht angezweifelt.¹⁰⁵ Letzteres ist vielleicht damit zu erklären, dass die prominenten Vertreter dieser Kritik meist sowohl in der Völkerrechtswissenschaft als auch in der Völkerrechtspraxis engagiert waren.¹⁰⁶

In den Neunzigerjahren begann die Kritik aus dem „globalen Süden“ dann die Prämissen und Erkenntnisse der „Kritischen Völkerrechtstheorie“ aufzunehmen. In einer gewissen Duplizität der Ereignisse war hier wieder eine Juristen-Migration in den Westen zu beobachten, dieses Mal vornehmlich in die USA (besonders Harvard, um David Kennedy herum), aber zunehmend z.B. auch nach Helsinki, einem der europäischen Zentren der kritischen Völkerrechtstheorie (um Martti Koskenniemi herum).¹⁰⁷ Dabei gibt es aber wichtige Unterschiede zur ersten Welle: Die neue Generation der „Third World Approaches to International Law“ (TWAIL) beschränkte sich nicht auf die Wertekritik, sondern griff auch die „Rechtllichkeit“ des Völkerrechts an, aufbauend auf vielen der Kernthesen der „crits“ bzgl. der imperialistischen, pseudo-objektiven, und endlos dehnbaren Natur des Rechts.¹⁰⁸

Es ist nicht möglich, den Nuancen und der Vielfalt der TWAIL-Kritik hier Rechnung zu tragen.¹⁰⁹ Im Rahmen dieser Anmerkungen ist von besonderem Interesse, dass TWAIL eine scharfe, und nunmehr ausdrückliche Wertekritik bzw. Kritik am unaufrichtigen Universalismus des in Wahrheit einseitigen, und noch immer euro-zentrischen, Völkerrechts beinhaltet.¹¹⁰ Antony Anghie, zum Beispiel, argumentierte, dass das Völkerrecht und der Kolonialismus ein symbiotisches Verhältnis hatten. Das Völkerrecht, so Anghie, sei sowohl in seinem positivistischen Ansatz als auch konzeptionell durch die Logik des Imperialismus geprägt. Scheinbar objektive, allgemeingültige Begriffe, wie etwa der Begriff der souveränen Staatlichkeit, hätten sich erst in der Begegnung mit

103 Baaz (Fn. 58) 275.

104 Ram Prakash Anand, *New States and International Law* (1972); Taslim Olawale Elias, *Africa and the Development of International Law* (1974); Mohammed Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order* (1979).

105 Anghie (Fn. 63) 202.

106 Bianchi (Fn. 24) 210 f.

107 Tilmann Altwicker/Oliver Diggelmann, *What Should Remain of the Critical Approaches to International Law?* *International Legal Theory as Critique*, SRIEL 1/2014, 69 (71). Für einen Überblick der Verbindungen s. Bhupinder S. Chimni, *New Approaches to International Law: The Critical Scholarship of David Kennedy and Martti Koskenniemi*, in: *id.*, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (2017) 179.

108 Für einen Überblick Jason Beckett, *Critical International Legal Theory*, in: Anthony Carty (Hrsg.), *Oxford Bibliographies: International Law*, 24.04.2012, <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0007.xml>.

109 Für einen Überblick Makau Mutua, *What is TWAIL?* *ASIL Proceedings* 94 (2000) 31; Antony Anghie, *Imperialism and International Legal Theory*, in: *Orford/Hoffman* (Fn. 26) 156 (162-172).

110 Mutua (Fn. 109) 37 f.

der Peripherie, zwecks Rechtfertigung von Unterordnung und Ausbeutung, voll entwickelt.¹¹¹ Sundhya Pahuja argumentiert, dass die „Universalisierung“ des Völkerrechts kein neutraler Prozess der Einbeziehung aller Völker war, sondern eine Verdrängung von einheimischen Recht und Gesellschaftsformen beinhaltete. Der Preis der Aufnahme in die Völkerrechtsgemeinschaft war Assimilierung – „Nicht-Nationen“ mussten sich, zum Beispiel, dem europäischen Nationalstaatsgedanken, sowie westlichen Wirtschafts- und Entwicklungsmodellen, beugen.¹¹²

Varianten dieser Universalitätskritik können heute in vielen aktuellen Themenbereichen beobachtet werden. So wird zum Beispiel die Verstrickung der Peripherie in den „War on Terror“ als verbunden mit einer Rückkehr zu der Unterscheidung zwischen zivilisierten und unzivilisierten (hier: „unwilling and unable“) Staaten verstanden, und zwischen Verteidigern und Feinden der Menschheit, im Kampf gegen welche besondere Maßnahmen und Eingriffe gerechtfertigt sind.¹¹³ Ebenso haben TWAIL-Autoren Kritik daran geübt, dass völkerrechtliche Regelungen ökologischen oder ökonomischen Imperialismus unterstützen und legitimieren.¹¹⁴ Eingebettet in diese Kritikpunkte ist dann oft auch eine zumindest indirekte Rechtlchkeitskritik – mitschwingt der Vorwurf, dass das Völkerrecht doch nur eine dünn verhüllte Form der Machtpolitik ist.¹¹⁵

Ein weiterer Punkt ist von Interesse: Die erste Welle der Völkerrechtsmigranten aus der Peripherie war bestrebt, die praktischen Belange ihrer Herkunftsländer zu fördern.¹¹⁶ Dagegen ist die zweite Welle der Wissenschaftsmigration überwiegend theoretisch ausgerichtet, ähnlich eben wie die „critical international law“-Bewegung insgesamt.¹¹⁷ Im Gegensatz zur „gestrigen“ Zeit ist also „heute“ eine gewisse Spaltung zwischen der theoretischen Völkerrechtskritik aus der Peripherie und der tatsächlichen Völkerrechtspolitik der verschiedenen Peripheriestaaten zu beobachten. Die eingangs genannte Initiative bezüglich eines Massenaustritts afrikanischer Staaten aus dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes bietet ein interessantes Beispiel.¹¹⁸

Auf den ersten Blick erscheint die afrikanische Kritik als Angriff auf das Römische Statut als Symbol des Werteuniversalismus, und den Gerichtshof als Verkörperung der Bemühungen die universelle Rechtlchkeit und Rechtsdurchsetzung zu stärken. Aber durch näheres Hinsehen lässt sich erkennen, dass die Kritik nicht so sehr auf die im Statut verkörperten universellen Werte (d.h. die Völkerrechtsverbrechen), oder die

111 *Anghie* (Fn. 63) 3-8.

112 *Sundhya Pahuja*, *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality* (2013) 5-9.

113 *Nitina Tzouvala*, *TWAIL and the „Unwilling or Unable“ Doctrine: Continuities and Ruptures*, *AJIL Unbound*, 17.03.2016, <https://www.asil.org/blogs/symposium-twail-perspectives-icl-ihl-and-intervention-twail-and-%E2%80%9Cunwilling-or-unable%E2%80%9D-doctrine>.

114 *Karin Mickelson*, *Critical Approaches*, in: *Daniel Bodansky/Jutta Brunnée/Ellen Hey* (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007) 262 (273); *James Thuo Gathii*, *Third World Approaches to International Economic Governance*, in: *Richard Falk/Balakrishnan Rajagopal/Jacqueline Stevens* (Hrsg.), *International Law and the Third World: Reshaping Justice* (2008) 255; *Bhupinder S. Chimni*, *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, *ICCLR* 8 (2006) 3.

115 Zu TWAIL, Recht und Politik, sowie Dominanz der Ersten Welt *Altwickler/Diggelmann* (Fn. 107) 80 f.; *Wiegandt* (Fn. 81) 44-46.

116 Vgl. (Fn. 64 f.).

117 Natürlich gibt es auch Praktiker unter den TWAIL und „crit“ Autoren. Unter den letzteren ist Martti Koskeniemi, welcher u.a. im finnischen diplomatischen Dienst aktiv war, ein gutes Beispiel.

118 Vgl. (Fn. 20). Text des Römischen Statuts, (d)BGBl. 2000 II S. 1394.

Grundidee der internationalen Strafjustiz abzielt, sondern eher eine Kritik an Rechtlchkeits-Defiziten der Strafgerichtsbarkeit ist. So moniert das „Withdrawal Strategy“ Papier aus dem Januar 2017 „unreliable application of the rule of law,“ u.a. durch selektive Anwendung des Völkerstrafrechts in Afrika und die ungleiche Rolle des UN Sicherheitsrates in Entscheidungen über die Zuständigkeit des Gerichtshofes.¹¹⁹ Man könnte also sagen, dass die Idee des universellen Völkerrechts nicht kritisiert, sondern *verteidigt* wird. Dieser Eindruck wird auch dadurch verstärkt, dass der Großteil des Papiers sich (im Gegensatz zu schrillerer politischer Rhetorik und Presseberichten) detailliert und sorgfältig mit den relevanten Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention befasst.¹²⁰

Eine interessante Schlussfolgerung legt sich nahe: während die Universalitätskritik aus den Reihen der akademischen TWAIL-Bewegung pointiert ist, verteidigt die Praxis der Peripherieländer im Großen und Ganzen die Grundfeste des Völkerrechts, und beschränkt die Kritik auf den Mangel, oder die mangelnde Umsetzung, universeller Werte.

3. Vereinigte Staaten

Und so komme ich zurück zu meinem Ausgangspunkt, den Vereinigten Staaten. Wie eingangs ausgeführt, hat die neue US Regierung, oder zumindest der neue US Präsident, dem Völkerrecht gegenüber einen scheinbar kämpferischen Kurs eingeschlagen.¹²¹ Man kann in den Äußerungen Trumps und einiger seiner Berater durchaus Schmitt'sche Leitmotive mitschwingen hören. Auf den ersten Blick mögen die wahrscheinlich unbeabsichtigten Parallelen überraschend sein. Die derzeitige Lage der USA ist grundlegend anders als die, in der sich Schmitts Deutschland befand, und im internationalen Rahmen agiert das Land bislang aus einer Position der Stärke. Aber es ist immerhin interessant, dass zumindest Trump selber Amerika als zu schwach anzusehen scheint. Jedenfalls ist dies in seinen Slogans implizit: Anscheinend ist es nötig die USA „great *again*“ zu machen, dafür zu sorgen, dass Kriege *wieder* gewonnen werden.¹²² Wie auch immer, man kann aus der Rhetorik der neuen Regierung jedenfalls bekannte Themen heraushören.

Eine zumindest implizite Kritik am Werteuniversalismus schwingt im erklärten Rückzug von der aktiven Verteidigung der Menschenrechte und dem humanitären Eingreifen mit, auch wenn die amerikanische Intervention nach dem Einsatz von Chemiewaffen in Syrien den letzten Punkt etwas verwischt.¹²³ Deutlich heraushören aus der Trumpschen Rhetorik kann man auch die Idee der Volkssouveränität, und den Versuch

119 African Union, Draft 2: Withdrawal Strategy Document, 12.01.2017, Pkte. 2-4, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/icc_withdrawal_strategy_jan._2017.pdf.

120 African Union (Fn. 119), Pkte. 10-26.

121 Vgl. *Monika Hakimi*, International Law in the Age of Trump, 28.02.2017, <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-the-age-of-trump/>; *Jeffrey D. Sachs*, The high cost of abandoning international law, 06.03.2017, <https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/03/05/the-high-costs-abandoning-international-law/OXGzXIJp3th3Fc9EGNsXTN/story.html>.

122 Vgl. (Fn. 9).

123 *Sarah Margon*, Trump's Damning Global Retreat on Human Rights, 06.04.2017, <http://foreignpolicy.com/2017/04/06/trumps-damning-global-retreat-on-human-rights>; *Elise Labotte/Nicole Gaouette*, Does Trump want to be world's policeman after all? 15.04.2017, <http://www.cnn.com/2017/04/15/politics/trump-foreign-doctrine/index.html>.

„Feindgruppen“, seien es Muslime, Mexikaner oder generell Immigranten, auszugrenzen.¹²⁴ Besorgniserregend ist aber, dass Trumps Haltung auch eine Herausforderung an den Rechtlchkeitsuniversalismus zu beinhalten scheint. Die Rechtsstaatlichkeit scheint auch zu Hause eher als Hindernis angesehen zu werden, während das Augenmerk des Präsidenten eher auf „schlechte Geschäfte“ als auf Rechtlchkeit gerichtet zu sein scheint. Nach den ersten fünf Monaten der Trump-Regierung ist jedenfalls eindeutig, dass ein Rückzug der Vereinigten Staaten aus dem Projekt der Stärkung und Erweiterung der Völkerrechtsordnung in vollem Gange ist.¹²⁵

Dabei ist auch relevant, dass die amerikanische Völkerrechts- und Politikwissenschaft zum Teil dazu beigetragen hat, für diese Neigungen der neuen Regierung fruchtbaren Boden zu schaffen. Nach innen gerichtet findet der „America First“ Slogan Unterstützung im langjährigen Bestehen verschiedener amerikanischer Verfassungsrechtler aus dem gesamten politischen Spektrum auf den Vorrang der amerikanischen Verfassung vor dem undemokratischen¹²⁶ oder sogar schlicht unverbindlichen¹²⁷ Völkerrecht. Was das Völkerrecht als solches anbetrifft, so ist der Einfluss des Realismus und Rationalismus auf die amerikanische Wissenschaft und Praxis ja allgemein bekannt.¹²⁸ Wie bereits erwähnt, postuliert der von Hans Morgenthau mitbegründete Realismus, dass das Völkerrecht nicht fähig ist eine unabhängige Wirkung zu entfalten, sondern notwendigerweise den Interessen der Staaten und den jeweiligen Machtverhältnissen folgt.¹²⁹ Der dem Völkerrecht gegenüber etwas großzügigere Rationalismus sieht es als ein Mittel zum jeweiligen Zweck,¹³⁰ ein Mittel dessen Wirkung nicht eigenständig ist, sondern von externen Faktoren wie Effizienz der Problemlösung oder „Kosten“ der Nichteinhaltung abhängig ist.¹³¹

In der neueren Literatur haben besonders Goldsmith und Posner die Kritik am Rechtlchkeitsuniversalismus auf den Punkt gebracht.¹³² Sie bezeichnen die traditionelle Vorstellung vom Völkerrecht als ein universelles, geschlossenes System als falsch.¹³³ Es könne keine übergreifende moralische Grundlage für die Verbindlichkeit des Völkerrechts geben.¹³⁴ Regelmäßigkeiten im Verhalten der Staaten seien eben nicht allgemeiner Natur, sondern nur in spezifischen Situationen zu beobachten, und dann jeweils

124 *Julianna Hing*, Trump's Racial and Ethnic Hierarchy: Blacks v. Mexicans and Muslims, 16.06.2016, <https://www.thenation.com/article/trumps-racial-and-ethnic-hierarchy-blacks-v-mexicans-and-muslims/>.

125 *Hakimi* (Fn. 121).

126 *Jed Rubinfeld*, Unilateralism and Constitutionalism, NYU L. Rev. 79 (2004) 1971; *Curtis A. Bradley/Jack L. Goldsmith*, Federal Courts and the Incorporation of International Law, Harvard L. Rev. 111 (1998) 2260; *Jeremy Rabkin*, International Law „vs.“ the American Constitution, TNI 55 (1999) 30; *John Yoo*, Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding, Columbia L. Rev. 99 (1999) 1.

127 *John R. Bolton*, The Global Prosecutors, Foreign Affairs 78 (1999) 157; *John R. Bolton*, Is There Really „Law“ in International Affairs? TLCP 10 (2000) 1.

128 *Bianchi* (Fn. 24) 113.

129 Für einen Überblick s. *Steinberg* (Fn. 82). Vgl. Fn. 80-82.

130 *Robert O. Keohane*, After Hegemony: Cooperation and Discord in World Political Economy (1984).

131 Für einen Überblick, s. *Bianchi* (Fn. 23) 262-286; vgl. *Andreas Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67 (2007) 695 (713).

132 *Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner*, The Limits of International Law (2005). Vgl. aber auch *Andrew T. Guzman*, How International Law Works: A Rational Choice Theory (2008).

133 *Goldsmith/Posner* (Fn. 132) 25-42.

134 *Goldsmith/Posner* (Fn. 132) 14.

auf eigennütziges Handeln zurückzuführen.¹³⁵ Mit Recht wurde dieser Ansatz daher schlicht als „Völkerrechtsleugnung“ bezeichnet.¹³⁶

In einem neuen Aufsatz nimmt Posner dann implizit auch den völkerrechtlichen Universalismus aufs Korn. Er befasst sich mit dem Phänomen des Populismus, welcher sowohl Werteuniversalismus als auch den Rechtlichkeitsuniversalismus in Frage stellt, letzteren weil er gerade die Neutralität und die formalen Argumentationsmuster hinterfragt, auf denen Rechtlichkeit basiert. Laut Posner unterstreiche der aufgekommene Populismus, dass der Gedanke, die Menschheit hätte universelle Werte verinnerlicht, schlicht falsch sei.¹³⁷ Je mehr das Völkerrecht in die innerstaatliche Sphäre eindringt, oder als eindringend aufgefasst wird, je mehr käme es zu „backlash.“¹³⁸ Ähnlich wie Kollegen auf der Linken, aber auch seinerzeit Schmitt, kritisiert Posner den technokratischen Ethos des „liberal internationalism“, bzw. „global legalism.“¹³⁹ Nach Posners Einschätzung gibt es keinen allgemeinen Konsensus, nicht einmal im Westen, bezüglich der internationalen Rechtsstaatlichkeit („rule of law“). Er beschuldigt die Völkerrechtswissenschaft, in einer Welt zu leben, die mehr durch Vorstellungskraft als durch die Realität geschaffen ist.¹⁴⁰ So oder so, schreibt Posner, sei der Schwung heraus aus der Weltrechtsbewegung, da die Treiber dieser Bewegung eben nicht gemeinsame Werte, sondern immer nur Interessenverfolgung gewesen seien, welche sich nicht für alle ausgezahlt hätte.¹⁴¹

Mein Fazit ist, dass in den offiziellen Äußerungen zumindest einiger Mitglieder der amerikanischen Regierung derzeit eine punktuelle Kritik an der Werteuniversalität des Völkerrechts mitschwingt. Vielleicht sogar deutlicher kann man aber aus offiziellen und wissenschaftlichen Stellungnahmen zum Völkerrecht eine grundsätzliche Rechtlichkeitskritik heraushören. Dies ist besorgniserregend, auch wenn das Völkerrecht in der amerikanischen Praxis und Wissenschaft natürlich nach wie vor viele Anhänger und Verteidiger hat.

4. Deutschland

Im Großen und Ganzen lässt sich sagen, dass aus dem Völkerrechtskritiker von „gestern“ ein Völkerrechtsverteidiger geworden ist. Deutschland ist einer der vielleicht klarsten Vertreter des Werteuniversalismus, aber auch des Rechtlichkeitsuniversalismus. Diese Einschätzung trifft jedenfalls auf die wohl dominanten Strömungen in der deutschen Völkerrechtswissenschaft zu, das Konstitutionalisierungsdenken und das dogmatisch-systematische Verrechtlichungsdenken. Wie bereits verschiedentlich konstatiert und dokumentiert,¹⁴² gibt es in Deutschland eine breite, zum Teil an Kant und

135 Goldsmith/Posner (Fn. 132) 45 f.

136 Hans-Joachim Cremer, Völkerrecht – Alles nur Rhetorik? ZaöRV 67 (2007) 267 (276-278).

137 Eric Posner, Liberal Internationalism and the Populist Backlash, U. of Chicago, Public Law Working Paper No. 606, 14.01.2017, 8, 11, 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898357.

138 Posner (Fn. 137) 3, 6.

139 Posner (Fn. 137) 2.

140 Posner (Fn. 137) 8.

141 Posner (Fn. 137) 13.

142 S. etwa Armin von Bogdandy, Constitutionalism in international law: Comment on a proposal from Germany, Harvard Int'l L. J. 47 (2006) 22; Eyal Benvenisti, The Future of International Law Scholarship in Germany: The Tension Between Interpretation and Change, ZaöRV 67 (2007) 585 (588-590); Paulus (Fn. 131) 699-703; Nico Krisch, The Many Fields of (German) International Law, 17.01.2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716078.

zum Teil an die öffentlich-rechtliche Verankerung der deutschen Völkerrechtslehre anknüpfende, Literatur zur Weltverfassungsbildung.¹⁴³ Verwandte Arbeiten befassen sich mit Gemeinschaftswerten und -interessen im Völkerrecht.¹⁴⁴ Jan Klabbers hat sicher Recht mit seiner Beobachtung, dass es wohl kein Land auf der Erde gibt, in dem *erga omnes* Pflichten so warm empfangen, *jus cogens* so gefeiert, und die UN Charta so verbreitet als Weltverfassung verstanden wird, wie in Deutschland.¹⁴⁵

In der heutigen deutschen Völkerrechtspraxis bzw. -politik kann man durchaus verwandte Schwerpunkte finden, auch wenn Deutschland natürlich nicht immer nur Musterschüler ist. Die deutsche Außenpolitik, so kann man feststellen, verfolgt die Verteidigung und Weiterentwicklung des Völkerrechts aus „Prinzip“, aber auch um die Welt für Deutschland begehbar zu machen und Handlungsspielräume zu erhalten bzw. zu erweitern. So hat der deutsche Außenminister, Sigmar Gabriel, in seiner Rede anlässlich der DGIR-Tagung in Berlin dann auch das Völkerrecht als „Grundpfeiler deutscher Außenpolitik“ bezeichnet.¹⁴⁶ Ich erlaube mir, hier einige Passagen aus dieser Rede hervorzuheben, da sie einen direkten Bezug zu den in meinem Beitrag verfolgten „Universalitätsfragen“ haben. So sprach Außenminister Gabriel etwa von „der Erkenntnis, dass alle beim Respektieren [gemeinsamer] Regeln besser leben“, aber auch von der „essentiellen Bedeutung“ des Völkerrechts, denn „aufgrund unserer globalen Vernetzung sind wir als Deutschland vielfach exponiert und natürlich auch verletzlich.“ „[F]ür kleine, aber auch für mittelgroße Staaten wie Deutschland“, so Gabriel weiter, sei „das Völkerrecht elementare Voraussetzung der gleichberechtigten Teilnahme an internationalen Beziehungen.“ Es sei daher wichtig für Deutschland, anderen Staaten, wie z.B. Russland, klar zu machen, dass das Völkerrecht *nicht* „geografisch verortet“ sei, sondern dass es „einen universellen Charakter“ hätte. Es gelte für Deutschland, und Europa, dass „wir ... diese Universalität unserer Werte hochhalten müssen und sie nicht preisgeben dürfen“, und dass „weiter an der Verrechtlichung der internationalen Beziehungen gearbeitet werden muss.“ Dabei sei es wichtig, internationale „Regeln so zu gestalten, dass sie auch tatsächlich unsere Werte widerspiegeln“, um „die Globalisierung gerecht zu gestalten,“ sowohl in Bezug auf die Menschenrechte, als auch die

143 S. etwa *Alfred Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (1926); *Hermann Mosler*, Völkerrecht als Rechtsordnung, *ZaöRV* 36 (1976), 6; *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, *Col. J. Transnat'l L.* 36 (1998) 529; *Stefan Kadelbach*, Völkerrecht als Verfassungsordnung: Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007) 599; *Anne Peters*, Are We Moving towards Constitutionalization of the World Community? in: *Antonio Cassese* (Hrsg.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (2012) 118. S. auch die in eine etwas andere Richtung gehenden, aber dennoch verwandten Arbeiten von *Armin von Bogdandy/Sergio Dellavalle*, *Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*, *German L. J.* 10 (2009) 5; sowie *Armin von Bogdandy/Mathias Goldmann/Ingo Venzke*, *From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority*, *EJIL* 28 (2017) 115.

144 S. etwa *Bruno Simma*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *RdC* 250 (1994 VI) 221; *Christian Tomuschat*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *RdC* 281 (1999) 9; *Andreas L. Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung* (2001); *Anne Peters*, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, *EJIL* 20 (2009) 513; *Mehrdad Payandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010).

145 *Jan Klabbers*, Book Review, *Leiden Int'l L. J.* 16 (2003) 201 (202).

146 Rede von Außenminister Sigmar Gabriel beim Festakt zum 100-jährigen Bestehen der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, 16.03.2017, http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2017/170316_BM_DGIR.html.

Migration, den Klimaschutz, oder den Welthandel. Man kann also aus den Worten des Außenministers sowohl den Werte- als auch den Rechtlchkeitsuniversalismus ganz deutlich heraushören.

Natürlich gibt es in der deutschen Völkerrechtswissenschaft auch Alternativen zur Dogmatik bzw. zu den Konstitutionalisierungsthesen, wie z.B. pluralistische oder kollisionsrechtliche Ansätze,¹⁴⁷ und es gibt nach wie vor auch Völkerrechtskritik. Letztere kommt heute vornehmlich von „links“ bzw. ist Teil des bereits genannten, mittlerweile fast universellen, Stromes der kritischen Völkerrechtstheorie.¹⁴⁸

5. Kritische Völkerrechtstheorie

Und so komme ich zum Abschluss dann kurz zu einem besonders einflussreichen Vertreter der kritischen Völkerrechtsbewegung, Martti Koskenniemi. In der kritischen Völkerrechtstheorie verbinden sich die beiden Flüsse der Universalitätskritik zu einem breiten, nunmehr fast weltumspannenden Strom. Interessant ist dabei, dass dieser Strom in westlichen Ländern seinen Ursprung hat und von dort seinen Weg in die meisten Regionen der Welt gefunden hat. Ich sage „fast“ und „die meisten“, da es zum Beispiel in Russland oder China keine Vertreter der kritischen Völkerrechtstheorie gibt,¹⁴⁹ aus wohl offensichtlichen Gründen.

Martti Koskenniemi hat das Dilemma des Werteuniversalismus mit dem Bildnis des zwischen „Apology“ und „Utopia“ permanent hin-und-her gezerrten Völkerrechts einprägsam beschrieben.¹⁵⁰ Sofern das Völkerrecht universelle Werte postuliert, ist es „utopisch“, da es solche Werte nicht geben kann, bzw. es sich in Wahrheit immer nur um Postulate einflussreicher Staaten handelt; sofern das Völkerrecht strikt bei den durch staatliche Zustimmung erzeugten Normen bleibt, ist es nur „entschuldigend“ für das, was Staaten sowieso wollen.¹⁵¹ So oder so ist das Völkerrecht für Koskenniemi unvermeidbar politisch¹⁵² und meist auch hegemonial.¹⁵³ Einige der Leitmotive der Völkerrechtskritik von Schmitt (und des Realismus) schwingen bei Koskenniemi eindeutig mit, trotz seiner Bemühung um Distanz.¹⁵⁴

147 So etwa *Andreas Fischer-Lescano/Günther Teubner*, Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of International Law, *Michigan J. Int'l L.* 25 (2004) 999; *Markus Renner/Andreas Maurer*, Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie, *ARSP* 125 (2010) 107; *Nico Krisch*, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law (2012).

148 So etwa *Norman Paech/Gerhard Stuby*, Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen (2013); *Christian Joerges/David M. Trubek/Peer Zumbansen*, Critical Legal Thought: An American-German Debate (1989); *Christian Joerges*, German Perspectives and Fantasies, *German L. J.* 12 (2011) 10; Sonderheft: Import/Export – Koloniales Recht und postkoloniale Verhältnisse, *Forum Recht* (2012), <http://forum-recht-online.de/wp/?p=396>.

149 Zumindest sind mir keine in diesen Ländern arbeitenden kritischen Völkerrechtstheoretiker bekannt.

150 *Martti Koskenniemi*, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument – Reissue with New Epilogue (2005).

151 *Koskenniemi* (Fn. 150) Kap. 1 (besonders: 60-70). S. auch 227, wo die Debatte zwischen Schmitt und Kelsen als eines von vielen Beispielen für die im Völkerrecht auch theoretisch unvermeidbare Spannung zwischen „Entschuldigung“ (Schmitt) und „Utopie“ (Kelsen) aufgeführt wird.

152 *Koskenniemi* (Fn. 150) 69 f., 613.

153 So argumentiert Koskenniemi zum Beispiel, dass Konsensus nur das Ergebnis erfolgreicher Hegemonie ist, wobei einer gegebenen Position damit der Anschein der Selbstverständlichkeit und Neutralität gegeben wird. S. *Koskenniemi* (Fn. 150) 597. Vgl. *Martti Koskenniemi*, International Law and Hegemony: A Reconfiguration, *Cambridge Rev. of Int'l Aff.* 17 (2004) 197 (201).

154 S. *David Dyzenhaus*, Formalism, Realism and the Politics of Indeterminacy, in: *Werner/de Hoon/Galán* (Fn. 88) 39 (48-52).

Trotz allem, und hier zeigt er sich weniger zynisch als viele andere Vertreter der kritischen Völkerrechtstheorie, macht sich Koskeniemi für „constitutionalism as a mindset“¹⁵⁵ und insbesondere eine „Kultur des Formalismus“ stark.¹⁵⁶ Wir Völkerrechtler, so Koskeniemi, müssen konsequent an der Aufrechterhaltung dieser Kultur arbeiten, denn sie ist es, die es dem Völkerrecht erlaubt, der Welt etwas Universelles zu bieten: eine „Oberfläche“, so dünn sie auch sein mag, die allen Staaten gemein ist, und die es ihnen ermöglicht, ihre unterschiedlichen Werte und Prioritäten auf einer gemeinsamen Basis zu verfolgen.¹⁵⁷ So schreibt Koskeniemi:

Even if formalism may no longer be open as a jurisprudential doctrine of the black and white of legal validity (a position perhaps never represented by anyone), nothing has undermined formalism as a culture of resistance to power, a social practice of accountability, openness, and equality whose status cannot be reduced to the political positions of any one of the parties whose claims are treated within it. As such it makes a claim for universality that may be able to resist the pull towards imperialism.¹⁵⁸

Between the Scylla of Empire and the Charybdis of fragmentation, the culture of formalism resists reduction into substantive policy, whether imperial or particular. It represents the possibility of the universal (as Kant well knew) but it does this by remaining „empty,“ a negative instead of a positive datum, and thus avoids the danger of imperialism. Instead, it tries to induce every particularity to bring about the universality hidden in it.¹⁵⁹

A serious formalism is not commitment to a particular institution or a particular understanding of a rule. It is committed to the *idea* of law as a system of universal right and of assessing any institution, rule or judgment in view of that idea.¹⁶⁰

Diese Gedanken sind wichtig. Sie bringen mich zu meinen abschließenden Beobachtungen.

IV. Abschließende Bemerkungen

Meine Kurzreise durch die Völkerrechtskritik von „gestern“ und „heute“ hat gezeigt, dass es unter den Verfechtern der verschiedenen Kritiken durchaus Veränderungen gegeben hat. So scheint es etwa, als ob Deutschland und die Vereinigten Staaten in Sachen „Völkerrecht“ die Rollen getauscht hätten. Sicherlich überzeichnet und ver-

155 *Martti Koskeniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, TIL 8 (2007) 9.

156 *Koskeniemi* (Fn. 63) 494-509; *id.* (Fn. 150) 616; vgl. *Martti Koskeniemi*, Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law, 4 No Foundations 4 (2007) 1.

157 *Koskeniemi* (Fn. 150) 569 f.; *Martti Koskeniemi*, What Is International Law For? in: *Evans* (Fn. 55) 32, 44, 51.

158 *Koskeniemi* (Fn. 63) 500.

159 *Koskeniemi* (Fn. 63) 504. In dem Hinweis auf den der „leeren“ Formalität des Rechts innewohnenden Universalität nähert sich Koskeniemi dem Gedankengut Kelsens. Vgl. dazu *Jochen von Bernstorff*, Sisyphus was an International Lawyer: On Martti Koskeniemi's „From Apology to Utopia“ and the place of law in international politics, *German L. J.* 7 (2006) 1015, 1031; und *Jochen von Bernstorff*, Hans Kelsen and the Return of Universalism, in: *Orford/Hoffman* (Fn. 26) 192 (210 f.) (zu Kelsens „empty universal legal form“).

160 *Koskeniemi*, (Fn. 156) 19. Der hier zum Ausdruck gebrachte Glauben an die „Idee des Rechtes“ und seiner „universalisierenden Anziehungskraft“ wird von Koskeniemi allerdings durch seine radikale Unbestimmtheitsthese nach wie vor stark relativiert. S. dazu *Koskeniemi* (Fn. 150) 590; *Martti Koskeniemi*, Law, Teleology and International Relations: An Essay in Counterdisciplinarity, *International Relations* 26 (2012) 3 (22).

einfacht, aber im Großen und Ganzen zutreffend, könnte man sagen, dass die deutsche Völkerrechtswissenschaft und -praxis der Gegenwart den Staffelstab Wilson's übernommen hat und, an eigene idealistische und kosmopolitische Traditionen anknüpfend, bestrebt ist den Glauben an Völkerrecht und internationale Institutionen in die Tat umzusetzen. In den Vereinigten Staaten hingegen wird heute oft an den Schmitt'schen Völkerrechtszynismus von gestern angeknüpft, und das Etikett „liberal internationalist“ ist zuweilen eher Kritik als Kompliment.¹⁶¹

Aber insgesamt ist die Universalitätskritik von „gestern“ bis „heute“ relativ konstant geblieben, auch wenn sich das Völkerrecht in der Zwischenzeit natürlich sowohl materiell als auch strukturell wesentlich gewandelt hat.¹⁶² Insbesondere die Wertekritik hat sich als beständig erwiesen. Sie ist dabei, wenngleich zu verschiedenen Zeitpunkten, auch in allen Teilen der Welt zu finden. Am überraschendsten ist vielleicht, dass die Rechtlchkeitskritik eher die Ausnahme als die Regel gewesen ist. So wurde sie kurzzeitig in der Sowjetunion vertreten, war zentral in der deutschen Völkerrechtskritik Schmitts, und ist u.U. heute dabei in den Vereinigten Staaten an Boden zu gewinnen.

Meiner Ansicht nach ist es genau diese Kritik, welche die größte Gefahr für das Völkerrecht beinhaltet. Warum? Nun, ich gebe zu, persönlich skeptisch zu sein, dass sich allgemeine (materielle) Werte *a priori* postulieren lassen, in denen die Geltung des Völkerrechts verankert werden könnte. Die konstante und weitverbreitete Kritik an der Werteuniversalität, die ich skizziert habe, untermauert diesen Standpunkt, so meine ich. Aber ganz ohne gemeinsamen Wert geht es eben auch nicht. Meiner Ansicht nach findet sich dieser gemeinsame Wert, im dünnsten Sinne des Wortes, in der Rechtlchkeit.

Ein Völkerrecht ist nur dann denkbar, wenn sich die Teilnehmer wenigstens darüber einig sind, dass sie miteinander auf rechtlicher Basis verkehren wollen. Dies wiederum erfordert Übereinstimmung darin, dass Rechtsnormen verbindlich sind, bestimmte (formale) Merkmale aufweisen, und auf bestimmte Weise angewendet werden (d.h. interpretiert, umgesetzt oder durchgesetzt). Zumindest in diesem relativ minimalen Sinne muss das Völkerrecht universell sein.

Koskenniemi hat diese Mindestbedingung als „Kultur des Formalismus“ bezeichnet. Ob diese „Kultur“ stark genug ist, um Koskenniemis Völkerrechtsverstehen dezidiert von der Schmitt'schen Kritik am falschen Universalismus eines unvermeidbar politischen Völkerrechts abzugrenzen, ist eine Frage, die ich hier nicht vertiefen kann.¹⁶³ Wie dem auch sein mag, ich würde einige Schritte weiter gehen als Koskenniemi und die erforderliche Haltung als „Kultur der Rechtlchkeit“ bezeichnen.¹⁶⁴ Damit meine ich, dass Rechtsnormen bestimmte Merkmale aufweisen – sie müssen allgemeingültig, öffentlich, widerspruchsfrei, klar verständlich, angemessen, nicht rückwirkend, und

161 S. etwa *Posner* (Fn. 137).

162 S. etwa *Wolfgang Friedmann*, *The Changing Structure of International Law* (1964); *Edith Brown Weiss*, *The New International Legal System*, in: *Nandasiri Jasentuliyana* (Hrsg.), *Perspectives on International Law* (1995) 63; *Rosalyn Higgins*, *International Law in a Changing International System*, Cambridge L. J. 58 (1999) 78; *José E. Alvarez*, *International Organizations as Law-makers* (2005); *Kate Parlett*, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law* (2011).

163 Dazu s. *Brunnée/Toope* (Fn. 88); und *Dyzenhaus* (Fn. 154).

164 *Brunnée/Toope* (Fn. 88) 138-140.

relativ konstant sein, und die Staatenpraxis muss sich im Großen und Ganzen an die betreffenden Normen halten.¹⁶⁵

Dieses Verständnis der Rechtlichkeit erfordert keine vorab bestehende Übereinstimmung über (materielle) Werte, eine Eigenschaft, die angesichts der Vielfalt von Ansichten und Prioritäten in der Welt von zentraler Bedeutung ist.¹⁶⁶ Aber ich halte es dabei für durchaus möglich, das Völkerrecht in dieser Beziehung zu vertiefen – was ja in der Entwicklung des Völkerrechts von „gestern“ bis „heute“ auch geschehen ist.¹⁶⁷ Mit anderen Worten: Gemeinsame materielle Werte können nicht vorausgesetzt werden, können aber erarbeitet werden.¹⁶⁸

Trotz dieses dünnen Rechtlichkeitsbegriffes ist das Völkerrecht in der Lage das Staatenverhalten zu begrenzen, letzteres einschließlich des Verhaltens mächtiger Staaten. Insofern ist der Gedanke der „Kultur der Rechtlichkeit“ anspruchsvoller und optimistischer als jener der „Kultur des Formalismus.“¹⁶⁹ Aber beide Gedanken haben etwas gemeinsam: Sie erfordern Zusammenarbeit. Die Rechtlichkeit muss aktiv erarbeitet *und* erhalten werden.¹⁷⁰ Aus genau diesem Grunde habe ich eingangs die These aufgestellt, dass die auf die *Rechtlichkeitsuniversalität* abzielende Kritik für das Völkerrecht am gefährlichsten ist.

Das Völkerrecht hat Kritik an der Universalität der in ihm verankerten Werte immer wieder überstanden, und es möglich gemacht an Aufbau und Stärkung gemeinsamer Werte zu arbeiten. Aber die Wertekritik ist dabei fast immer mit grundsätzlicher Akzeptanz der Rechtlichkeit einhergegangen (sogar in Falle der ansonsten zum Teil vehementen Kritik aus Russland oder der Peripherie). Dagegen zeigt die Schmittsche „Doppelkritik“ (d.h. die Kritik sowohl an Werten als auch an Rechtlichkeit) die Gefahren der Rechtlichkeitskritik auf.

So ist die sich nunmehr in den USA u.U. herauskristallisierende Haltung gegenüber dem Völkerrecht besorgniserregend. Sie scheint eine Rechtlichkeitskritik zu beinhalten, was insofern erheblich ist, als die USA eben traditionell ein völkerrechtsfördernder Staat waren. Da die Aufrechterhaltung des Völkerrechtssystems Zusammenarbeit erfordert, wäre das Ausscheiden eines solch wichtigen Akteurs sicher nicht ohne Konsequenzen, umso mehr als es andere Staaten veranlassen könnte, sich ebenfalls vom Völkerrecht abzuwenden.

Aber ich möchte meine Anmerkungen nicht mit einem pessimistischen Ausblick beenden. Es ist durchaus möglich, dass Brexit, die Erfahrungen mit der amerikanischen Trump-Regierung, und die internationalen Krisen der letzten fünf Monate den Bevölkerungen und Regierungen in vielen westlichen und anderen Ländern die Wichtigkeit

165 *Brunnée/Toope* (Fn. 88) 140 f. Die von uns verwendeten „Rechtlichkeitskriterien“ bauen auf den besonders von Lon Fuller herausgearbeiteten Merkmalen der „rule of law“ auf. Vgl. *Lon L. Fuller, The Morality of Law* (1969); *Jutta Brunnée/Stephen J. Toope, Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (2010) 6-7.

166 Dazu s. *Jutta Brunnée/Stephen J. Toope, Interactional Legal Theory, the International Rule of Law and Global Constitutionalism*, in: *Antje Wiener/Anthony Lang* (Hrsg), *Handbook of Global Constitutionalism* (2017) 170.

167 Vgl. die in Fn. 162 zitierten Quellen.

168 Vgl. *Cremer* (Fn. 136) 286.

169 *Brunnée/Toope* (Fn. 88) 158 f.

170 *Brunnée/Toope* (Fn. 88) 140 f.

einer stabilen internationalen Rechtsordnung vor Augen geführt haben.¹⁷¹ In der Tat gibt es nunmehr auch Anzeichen, dass andere Staaten versuchen, die Führungsrolle der USA zu übernehmen, und sich verstärkt für die internationale Rechtsordnung engagieren.¹⁷²

Es ist zu früh, um bezüglich eines solchen „Führungswechsels“ ein Urteil abzugeben. Es ist auch schwer zu sagen, ob die derzeitige Krise kurzlebig oder von längerer Dauer sein wird. Gerade mit Blick auf „gestern“ kann man aber sagen, dass sogar tiefste Völkerrechtskrisen überwindbar sind. Ich komme auf Wolfgang Friedmann zurück. Im Jahre 1938 war er überzeugt, dass es für universelles Völkerrecht wenig Spielraum gab, und dass das Völkerrecht besten Falles ein Recht der „Koexistenz“ von Staaten mit verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Strukturen sein könne. Aber 25 Jahre später schrieb er sein berühmtes Buch „The Changing Structure of International Law“, und diagnostizierte die Weiterentwicklung des Völkerrechts zu einem vielschichtigen Kooperationsrecht.¹⁷³

Wie jede Form von Recht ist das Völkerrecht eine Aufgabe, ein unvollendetes Werk, an dem wir alle stetig hart arbeiten müssen. Wir können es nie als „vollendet“ oder selbstverständlich ansehen. Wir alleine können seinen Gang nicht bestimmen. Aber machtlos sind wir auch nicht.

171 Jedenfalls deuten Meinungsumfragen darauf hin, dass z.B. „Europa“ seit dem Brexit-Schock des letzten Jahres wieder an Beliebtheit gewonnen hat. S. *Bruce Stokes/Richard Wike/Dorothy Manevich*, Post-Brexit, Europeans More Favorable Toward EU, 15.06.2017, <http://www.pewglobal.org/2017/06/15/post-brexit-europeans-more-favorable-toward-eu/>.

172 Vgl. *Allison Smale*, Angela Merkel and Emmanuel Macron Unite Behind the Paris Accord, 02.06.2017, <https://www.nytimes.com/2017/06/02/world/europe/paris-agreement-merkel-trump-macron.html?mcubz=0>.

173 *Friedmann* (Fn. 162).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Jutta Brunnée, Toronto

I. Unter den verschiedenen Kritikansätzen, stellt die Universalitätskritik (d.h. die Hinterfragung oder Anzweiflung der Universalität des Völkerrechts) die grundlegendste Herausforderung an das Völkerrecht dar.

II. Die völkerrechtliche Universalitätskritik ist relativ konstant geblieben – sie zieht sich wie ein roter Faden durch die Völkerrechtskritik, von „gestern“ bis „heute“.

III. Die Universalitätskritik tritt allerdings in zwei Varianten auf.

- a) In der ersten Variante wird das Bestehen, oder die „Echtheit“, von das Völkerrecht untermauernden oder durch das Völkerrecht verfolgten universellen Werten in Frage gestellt („Wertekritik“).
- b) In der zweiten Variante wird das Bestehen, oder sogar die Denkbarkeit, einer universellen Rechtlichkeit in Frage gestellt („Rechtlichkeitskritik“ – mit „Rechtlichkeit“ meine ich sowohl die Geltung als auch die Systematik, Anwendung und Argumentationsstrukturen des Völkerrechts).

IV. Von den beiden Varianten der Universalitätskritik ist die Wertekritik von „gestern“ bis „heute“ bemerkenswert konstant, und am weitesten verbreitet, geblieben.

- a) Die Völkerrechtskritiken aus Russland und der (Semi)peripherie sind nach wie vor hauptsächlich Kritiken an der „Werteuniversalität“.
- b) Diese Kritik wird vor dem Hintergrund einer weitgehenden Akzeptanz des universellen Rechtlichkeitsanspruches des Völkerrechts angebracht.
- c) Die deutsche Universalitätskritik (insbesondere Schmitt) von „gestern“ war radikaler. Sie beinhaltet eine „Doppelkritik“: die Kritik an der Werteuniversalität wurde von einer pointierten Rechtlichkeitskritik begleitet.
- d) „Heute“ scheint diese „Doppelkritik“ in der amerikanischen Völkerrechtskritik Fuß zu fassen.

V. „Heute“ gibt es außerdem sozusagen eine quasi-universelle Universalitätskritik, in der Form der kritischen Völkerrechtstheorie.

- a) Die kritische Völkerrechtstheorie (von „links“) hat mit Schmitt's Völkerrechtskritik (von „rechts“) insofern Gemeinsamkeiten, als sie häufig Werte- und Rechtlichkeitskritik verbindet.
- b) In der Verbreitung der kritischen Völkerrechtstheorie hat eine „zweite Welle“ von völkerrechtlichen „Wissenschaftsmigranten“ aus der (Semi)peripherie nach Nordamerika und Europa eine wesentliche Rolle gespielt.
 - i. Eine „erste Welle“ von Völkerrechtlern aus der (Semi)peripherie kam „gestern“ insbesondere nach Europa um die formell/positivistische Systematik des Völkerrechts zu studieren und sodann eine auf die Werteuniversalität abzielende Kritik aufzubauen. Die Rechtlichkeit des Völkerrechts wurde dabei nicht angezweifelt, sondern diente als Basis für die Kritik „von innen“.
 - ii. Im Gegensatz zur ersten Welle, sind viele Wissenschaftsmigranten der zweiten Welle ausschließlich theoretisch ausgerichtet, und konzentriert auf die kritische Völkerrechtstheorie. Diese hat so fast weltweiten Einfluss gewonnen.

- c) Martti Koskenniemi's kritische Völkerrechtstheorie unterscheidet sich dadurch, dass er sich für einen, wenn auch minimalen, Rechtlchkeitsbegriff („Kultur des Formalismus“) einsetzt, ja sogar seine Wichtigkeit betont.

VI. Von den beiden Varianten der Universalitätskritik ist die Rechtlchkeitskritik am gefährlichsten für das Völkerrecht.

- a) Ein Völkerrecht ist nur dann denkbar, wenn sich die Beteiligten wenigstens darüber einig sind, dass sie mit einander auf rechtlicher Basis verkehren wollen.
- b) Dies wiederum erfordert Übereinstimmung darin, dass Rechtsnormen verbindlich sind, bestimmte (formale) Merkmale aufweisen, und auf bestimmte Weise hergestellt und angewendet (d.h. interpretiert, umgesetzt oder durchgesetzt) werden müssen.
- c) Zumindest in diesem Sinne, d.h. in der Anerkennung seiner Rechtlchkeit, muss das Völkerrecht universell sein.
- d) Die Anerkennung eines solchen formellen Rechtlchkeitsbegriffes ist gerade angesichts der unterschiedlichen Werte und Prioritäten der verschiedenen Staaten besonders wichtig – sogar unerlässlich.
- e) Die Rechtlchkeit des Völkerrechts muss (vornehmlich) durch die Staaten gemeinsam erhalten werden.
- f) Wenn die Rechtlchkeit als solche zunehmend in Frage gestellt wird, kann es zu einer Völkerrechtskrise kommen.

VII. Wir stehen möglicherweise an der Schwelle einer solchen Völkerrechtskrise.

- a) Von „gestern“ bis „heute“ ist die Wertekritik fast immer mit grundsätzlicher Akzeptanz der Rechtlchkeit einhergegangen (sogar im Falle der ansonsten zum Teil scharfen Kritik aus Russland oder der Peripherie – siehe These IV.a/b).
- b) Die insbesondere von Schmitt artikulierte „Doppelkritik“ zeigt die Gefahren der Rechtlchkeitskritik auf, und erfordert aufmerksames Beobachten der sich nunmehr in den USA herauskristallisierenden Haltung gegenüber dem Völkerrecht (siehe These IV.d).
- c) Letztere ist insofern besorgniserregend, als sie nicht nur die Rechtlchkeitskritik zum ersten Mal seit einiger Zeit wieder ins Zentrum zu setzen scheint, sondern außerdem von einem Staat ausgeht der (generell gesehen) immer ein führender Völkerrechtsförderer gewesen ist.
- d) Für Deutschland und andere völkerrechtsfördernde Staaten (und die Völkerrechtswissenschaft) stellt sich damit die Frage, wie einer neuerlichen „Doppelkritik“, insbesondere in der Variante der Rechtlchkeitskritik, zu begegnen ist.

Summary

International Law Critiques – Yesterday and Today
by Prof. Dr. Jutta Brunnée, Toronto

- I. Amongst the different types of critique, universalism critique (i.e. the questioning of international law's universality) presents the most fundamental challenge to international law.
- II. Universalism critique has remained a relative constant over time – it runs through international law critique like a red thread, from “yesterday” to “today.”
- III. However, universalism critique arises in two variants.
 - a) In the first variant, the existence, or the authenticity, of the universal values in which international law is said to be grounded or that are being pursued through international law is questioned (“value critique”).
 - b) In the second variant, the existence, or even the possibility, of universal legality is questioned (“legality critique” – by “legality” I mean the validity, internal structure, application and argumentative patterns of international law).
- IV. Of universalism critique's two variants, “value critique” has remained most common and remarkably constant from “yesterday” to “today.”
 - a) The critiques from Russia and the (semi-) periphery continue to consist mainly in a critique of international law's purported “value universalism.”
 - b) This value critique operates against the backdrop of a general acceptance of international law's universal legality claim.
 - c) “Yesterday's” universalism critique in Germany (especially Schmitt) was more radical. It entailed a “double critique”: value critique was combined with a pointed legality critique.
 - d) “Today,” this “double critique” appears to be gaining at least a toe-hold in American international law critique.
- V. “Today,” there also exists a quasi-universal universalism critique, in the guise of critical international law theory.
 - a) Critical international law theory (from the “left”) shares common ground with Schmitt's international law critique (from the “right”) insofar as it tends to combine value- and legality critique.
 - b) A “second wave” of “scholarly migration” from the (semi-) periphery to North America and Europe has played a significant role in the spread of critical international law theory.
 - i. “Yesterday,” a “first wave” of international lawyers from the (semi-) periphery went primarily to Europe to study the formal/positivist concept of international law and to then build a critique aimed at its asserted value universalism. The legality of international law was not questioned, but rather served as a basis for a critique from “within.”
 - ii. In distinction to the first wave, many scholarly migrants in the second wave are exclusively theoretical in orientation, focused on critical international law theory. The latter thereby as acquired almost universal purchase.

- c) Martti Koskenniemi's critical international law theory is distinct in that he advances a conception of legality ("culture of formalism"), however minimalist it may be, and indeed stresses its importance.

VI. Of the two variants of the universalism critique, the legality critique presents the greater threat to international law.

- a) International law is only conceivable if the participants agree at least that they want to engage one another on the basis of law.
- b) Such engagement, in turn, presupposes agreement that legal norms are binding, display certain (formal) traits, and are produced and applied (i.e. interpreted, implemented or enforced) in a specified manner.
- c) At least in this sense, i.e. in the recognition of its legality, international law must be universal.
- d) Given the diverse values and priorities of states, the shared acceptance of such a formal conception of legality is particularly important, even indispensable.
- e) The legality of international law must be collectively maintained (primarily) by states.
- f) When legality as such is increasingly questioned, a crisis of international law may arise.

VII. We may find ourselves at the threshold of such a crisis of international law.

- a) From "yesterday" to "today," value critiques have almost always been accompanied by general acceptance of international legality (even in the cases of the otherwise sharp critiques from Russia and the periphery – see hypothesis IV.a/b).
- b) The "double critique" articulated notably by Schmitt highlights the dangers of legality critique, and requires careful observation of shifts in the US attitude towards international law (see hypothesis IV.d).
- c) The latter is worrisome insofar as it seems to mark not only the first return to a pointed legality critique in some time, but also as it emanates from a state that, generally speaking, has been a leading supporter of international law.
- d) The attendant question for Germany and other international law supporting states (and for the scholarly community) is how to respond to a renewed "double critique," and notably its legality critique component.

Diskussion

zu den Referaten Diggelmann und Brunnée

Herr Reinisch: Meine Damen und Herren, wir wollen die Diskussion zu den Vorträgen eröffnen. Wir müssen offensichtlich nicht mehr mit den Koloraturen konkurrieren, die uns diesen Nachmittag begleitet haben. Ich schlage vor, dass wir in einer ersten Runde mit Diskussionsbeiträgen und Fragen, die sich auf beide Referenten beziehen, beginnen. Ich habe hier auf meiner Liste als Ersten Graf Vitzthum.

Graf Vitzthum: Vielen Dank beiden Referenten für ihre gelehrten, inspirierenden Vorträge. Wir werden diesen Dank nun gewiss von jedem Redner und jeder Rednerin hören, aber ich freue mich, ihn als Erster aussprechen zu können. Ich habe zwei Fragen. Beide Referierenden haben mehrfach Wolfgang Friedmann zitiert, Herr Diggelmann etwa im Zusammenhang mit Hersch Lauterpacht und der These, das Völkerrecht könne letztlich jede Streitige internationale Rechtsfrage klären. Die gleiche Überzeugung habe ich 1967/68 von Wolfgang Friedmann im Hörsaal in New York gehört. Er illustrierte sie an den Fällen Ost-Jerusalem und Überfischung der Meere. Nun meine erste Frage: Haben wir diesen Optimismus verloren? Sind wir insoweit „klüger“ als jene bedeutenden Völkerrechtler der Nachkriegszeit? Haben wir gefährliche Lücken im Völkerrecht und entsprechende Wirksamkeitsdefizite entdeckt? Beruht die von den Referenten angesprochene normative Schwäche des Völkerrechts wirklich auf dessen angeblicher Lückenhaftigkeit? Viel eher, scheint mir, fehlt es an der praktisch-politischen Bereitschaft, dieses letztlich vollständige Ordnungsinstrument als wertvoll, als verbindlich anzuwenden und im Konsens zu entwickeln.

Meine zweite Frage bezieht sich auf Russlands spezifisches Verhältnis zum Recht und damit zum Völkerrecht. Dieses Verhältnis spielte besonders im Vortrag von Frau Brunnée eine Rolle. Wurde hier nicht zweierlei ausgeblendet? Zunächst der Umstand, dass sich Russland seinerseits permanent auf „Völkerrecht“ beruft, auch rechtspolitisch? So propagiert Moskau etwa im UN-Menschenrechtsrat sog. „traditionelle Werte“, um die Gleichberechtigung der Frau und den Rechtsschutz für sexuelle Minderheiten zu relativieren: der Versuch einer Umgestaltung des Völkerrechts mit dessen Mitteln. Zudem wurden die beiden Revolutionen von 1917 als Ausdruck einer bloßen Werte- und Universalitätskritik interpretiert. Stand die Rolle von Recht in Russland nicht viel früher schon und viel tiefgreifender in der Kritik, etwa bei Tolstoi und Dostojewski? Die jahrhundertelange autokratische Herrschaftstradition, die machtlegitimierende Rolle der russisch-orthodoxen Kirche, die kontinentale Größe des notorisch expansiven Landes – induzierte dies nicht durchgehend Rechtsnihilismus und Scheinkonstitutionalismus? Weite Partien des Rechts in Russland, zumal die Verfassung von 1993, mögen formal nicht zu beanstanden sein. Fehlt es aber nicht ganz umfassend am Willen zum Recht, im nationalen traditionell rechtstaatswidrigen Rahmen und damit ebenso gegenüber dem Völkerrecht? Wie geht die Wissenschaft damit um? Danke.

Herr Reinisch: Ich darf auf die für mich nicht wirklich gut sichtbare Ampel hinweisen, die aber für das Auditorium gut sichtbar sein sollte. Dann gebe ich ein paar

Hinweise auf die Reihenfolge der nächsten Redner, sodass jeder ungefähr weiß, wann er dran kommt. Ich habe Herrn Marauhn, Frau Peters, Herrn Schorkopf und Herrn Paulus in der nächsten Gruppe an Fragenden.

Herr Marauhn: Vielen Dank. Ich schließe mich dem Dank an beide Referierenden an und habe an beide eine Frage. Zunächst an Herrn Diggelmann: Inwieweit sind die Zugänge, die Sie geschildert haben, zu verbinden mit der individuellen Wertgebundenheit der jeweiligen Autoren? Vor einigen Jahren hat Reut Paz ein schönes Buch mit dem Titel „A Gateway between a Distant God and a Cruel World“ veröffentlicht, das sich mit deutschsprachigen – oder im Ausgangspunkt deutschsprachigen – jüdischen Völkerrechtlern auseinandergesetzt hat; deshalb will ich zu diesen Personen nicht nachfragen. Aber zu Max Huber möchte ich gerne nachfragen, inwieweit für seinen Zugang zum Völkerrecht seine christliche Prägung eine Rolle gespielt hat.

Die zweite Frage richtet sich an dich, Jutta: Ich sehe vielleicht am Schluss alles etwas weniger pessimistisch als du; vielleicht habe ich dich auch missverstanden, dass du es gar nicht pessimistisch beschreiben wolltest. Du hast aber am Schluss gesagt, du wolltest mit einer optimistischen Note enden. Wenn wir uns tatsächlich bemühen, dem Völkerrecht mehr an Rechtlichkeit, mehr an Universalität auch auf der politischen Ebene zu vermitteln, ist es dann nicht angezeigt, vielleicht auch auf die Bescheidenheit Bezug zu nehmen? Die Bescheidenheit im Hinblick auf das, was man mit dem Völkerrecht regeln kann? Man kann eben nicht alles auf der völkerrechtlichen Ebene regeln, und man soll auch nicht alles auf der völkerrechtlichen Ebene regeln, wenn wir gerade die Rechtlichkeit des Völkerrechts erhalten wollen. Ich glaube, das müssten wir alle ein Stückweit berücksichtigen, wenn wir uns für die juristische Normativität an dieser Stelle einsetzen wollen. Vielen Dank!

Frau Peters: Vielen Dank für die zwei hervorragenden Referate, die sich sehr gut ergänzt haben, wie ich finde. Ich habe eine Frage an Oliver Diggelmann, die in die ähnliche Richtung geht wie die Frage von Thilo. Inwieweit sind aus deiner Sicht die Autoren, die du behandelt hast, von ihren nationalen Rechts Traditionen geprägt? Bei Huber wurde sichtbar, dass er sehr pragmatisch und geradezu dogmatikfeindlich vorging. Lauterpacht war Wahl-Engländer und bewegte sich in einem *common law*-System. Dadurch wird seine starke Betonung der Rolle des Richters verständlich. Wie bewertest du die Bedeutung einer solchen nationalen Vorprägung? Hindert sie die Herausbildung gemeinsamer Prinzipien des Völkerrechts?

An Jutta Brunnée – Du hast es angesprochen, aber ich würde gerne noch mehr hören zum Vorwurf der *double standards*, des Messens mit zweierlei Maß bei der Anwendung der Prinzipien auf die Realität. Sowohl die Kritik der afrikanischen Staaten am ICC als auch die russisch-chinesische Erklärung vom Juni letzten Jahres thematisieren das Problem der *double standards*. Man könnte sagen, der Vorwurf der *double standards* unterstreiche die Existenz von Werten. Es wird implizit mit dem Vorwurf gesagt, dass es Werte gibt, und dass sie einheitlich angewendet werden sollen. Betrifft dieser Vorwurf dann den rechtlichen Charakter der Prinzipien oder Werte? In dem Moment, wo man Prinzipien nicht gleichmäßig anwendet, wird ja ihr Rechtscharakter unterminiert.

Ein weiterer Aspekt ist, inwieweit die Leugnung von Fakten eine Rolle spielt. Ich sehe sowohl bei Russland als auch jetzt bei Präsident Trump nicht nur das Problem, dass Prinzipien gelehnet werden, sondern vor allen Dingen, dass erst einmal die Fakten

geklittert werden – dass es gar keine russischen Soldaten auf der Krim gab oder, dass es alternative Wahrheiten gibt. Natürlich ist das nicht neu. Kriegspropaganda und Verfälschung hat es immer gegeben. Aber mir scheint, dass aufgrund der jetzigen medialen Möglichkeiten Quantität in Qualität umschlägt und dass ironischerweise die poststrukturalistische Weltsicht der Relativierung von Fakten intellektuelle Munition liefert. Wenn alles relativ ist, dann gibt es grüne Männchen oder es gibt keine. Welche Folgen hat das für das Völkerrecht?

Herr Schorkopf: Herr Vorsitzender, beide Vorträge hängen aus meiner Sicht miteinander zusammen. Ich habe die personifizierte Theorie-Matrix von Herrn Diggelmann im Kopf gehabt, als ich Frau Brunnées Völkerrechtskritik und ihre Argumentation hörte. Warum ist das so? Wenn ich Huber und Scelle herausgreife, dann haben wir gehört, dass Scelle richtiges, objektives Recht entdecken wollte, um es im positiven Recht sichtbar zu machen. Bei Huber hörten wir, dass gesellschaftliche Veränderungen sich abbilden sollen und die Dogmatik damit in einer Verbindung steht. Wir haben gehört, dass in der Gegenwart ein Theoriebedarf da ist und deshalb diese Denker und andere noch eine gewisse Präsenz haben. Sehen wir also nicht in dem, was momentan passiert, eine Bewegung von Scelle zu Huber? Wenn Frau Brunnée von „dem Völkerrecht“ spricht, dann frage ich mich, welches? Das von Scelle, das richtige, das objektive Völkerrecht, das wir in den letzten zwanzig Jahren seit Ende der Geschichte zu entdecken und zu positiveren meinten und bei dem wir uns darüber ärgerten, dass ein Vertrag wieder nicht zustande gekommen, weil es doch so hätte sein müssen? Oder ist das nicht viel mehr die Position Hubers, weil wir sehen, dass wir gesellschaftliche Veränderungen haben, die sich nun im Recht abbilden? Haben wir möglicherweise deshalb auch diese überschießenden, teilweise hysterischen Reaktionen darauf, was sich in Amerika abspielt? Wenn ich es richtig sehe, haben relativ wenige Menschen in den liberalen Demokratien momentan wirklich personifizierte Erkenntnis aus erster Hand, wie die Administration denkt und was davon zu halten ist. Vieles beunruhigt uns, aber genau wissen wir es nicht. Kann es sein, dass in Amerika vielleicht nur eine Rekalibrierung vorgenommen und das Völkerrecht nicht in seiner Rechtlichkeit, sondern nur im Hinblick auf seinen Wertekanon in Frage gestellt wird? Aber wie gesagt – vielleicht gibt es dieses „das Völkerrecht“ gar nicht.

Letzter Gedanke: Wenn ich höre, dass Deutschland jetzt möglicherweise die Rolle des Verteidigers des Völkerrechts übernimmt, nachdem es früher, wie wir gestern gehört haben, ganz anders war, dann beunruhigt mich das stark. Diesen Grundgedanken, dass das Völkerrecht früher sehr kritisch gesehen wurde, muss man auch sehr differenziert sehen – wir haben von Carl Schmitt und anderen Kritikern gehört. Wir haben das auch heute Mittag gehört von Herrn Bundesaußenminister: Ist nicht vielleicht auch hier eine reflektierte Position notwendig? Denn wenn es das Völkerrecht so gar nicht gibt, sondern wir es immer den gesellschaftlichen Veränderungen anpassen, müsste auch Deutschland stärker darüber reflektieren – etwa im Hinblick auf den Strafgerichtshof, ob eine internationale Schwurgerichtskammer einzurichten ist, die jedes Verbrechen positivistisch aburteilt, dem Frieden vielleicht weniger dient, als eine politische Lösung, weil die Rahmenbedingungen sich verändert haben. Ich denke, es wäre mit Huber eine reflektierte Position notwendig – vielleicht eine Art partikularer Universalismus.

Herr Paulus: Vielen Dank. Das, was ich zunächst sagen will, passt ganz gut zur Frage von Frank Schorkopf. Meine Frage ist, ob man den „deal“, über den wir heute schon

gesprochen haben, wirklich grundheraus als etwas Negatives, Rechtsfeindliches ansehen muss. Diese Frage sollte man unabhängig davon stellen, ob Trump das so meint oder ob wir das nur benutzen können, um mit ihm zu reden. Setzt nicht der *deal* ein Rechtssystem voraus, das ihn aufrechterhält? Setzt er nicht sogar voraus, dass man sich an das Ergebnis des *deals* halten muss? Was ist ein Immobiliendeal ohne das Grundbuch oder wenigstens die Rechtsordnung, die ihn absichert? Hier wäre vielleicht ein Ansatzpunkt – und das ist an Jutta gerichtet – die Rechtskritik aufzunehmen und klarzustellen, dass auch die Trump-Regierung ein internationales Rechtssystem benötigt, ohne das ein *deal* nichts wert ist.

Die zweite Frage geht an Oliver Diggelmann und bezieht sich vor allem auf deine Kritik an Lauterpacht, dass er die Politik sozusagen ausgeschlossen hätte. Du hast das festgemacht daran, dass er gesagt hat, man kann jede Streitigkeit juristisch entscheiden. Aber ist das nicht genau der Ansatzpunkt von Art. 38 IGH-Statut, der subsidiär die allgemeinen Rechtsgrundsätze genau deswegen eingeführt hat, um jeden Streit entscheidungsfähig zu machen und ein *non liquet* zu vermeiden? Betrafen die Vorwürfe in dieser Zeit vielleicht doch eher den Inhalt dieser Grundsätze, also den Fortschrittsoptimismus, dass internationale Regeln immer zum Fortschritt führten? Und da sind wir wieder bei der Deutschen Gesellschaft und der Ungerechtigkeit des Versailler Kompromisses – stellt dieser und die darauf aufbauende Rechtsbewahrung eigentlich das Problem dar, und muss nicht das Recht immer offen sein für neue, gerechtere Lösungen? Können wir diesen Entscheidungsoptimismus vielleicht mit Lauterpacht als einen Ansatzpunkt dafür sehen, dass auch Völkerrecht ein *living instrument* sein muss und sich der Richter bewusst sein muss, dass er einerseits nicht zu weit gehen darf, wie Frank Schorkopf das gerade beschrieben hat, aber andererseits natürlich auch die Lösung eines einzelnen Rechtsstreits sich einpassen muss in ein Völkerrecht, das am Ende auch dem Allgemeinwohl dient und nicht nur den Streit entscheidet, ohne das Allgemeinwohl in den Blick zu nehmen. Ich glaube, diesen Anspruch müssen wir haben, auch wenn er in dem zunehmenden Trend zur Schiedsgerichtsbarkeit vielleicht etwas weniger sichtbar ist. Vielen Dank!

Herr Reinisch: Ich würde vorschlagen, wir machen eine erste Antwortrunde. Ich darf Herrn Diggelmann ersuchen.

Herr Diggelmann: Ich beginne mit Herrn Vitzthum und der Frage zur Lückenlosigkeitsthese: Ob wir den Optimismus hier verloren haben, d.h. ob wir zu wenig an die Problemlösungskapazität des Völkerrechts glauben? Ich bin nicht ganz sicher, ob das für mich wirklich die richtige Fragestellung ist. Ich glaube eher, die Grundfrage muss sein, ob wir die Problemlösungskapazität des Rechts richtig einschätzen? Vielleicht gibt es ein „genau richtig“ und ein „zu viel“ und ein „zu wenig“. Mir scheint, dass es, wenn man die Lückenlosigkeitsthese einmal nicht esoterisch, nicht aus unserem Binnendiskurs betrachtet, sondern von außen her, doch irritiert, wenn wir es als erstrebenswert darstellen, für jedes Problem eine rechtliche Lösung zu haben. Man lässt der Politik keinen Raum. Das ist als Antwort vielleicht ein bisschen abstrakt, aber ich würde es mal so stehen lassen. Vielleicht kann man die Frage so formulieren: Was ist die richtige Last, die man dem Recht aufbürdet und aufbürden kann?

Zum zweiten Fragenkomplex, den Thilo Marauhn und Anne Peters angesprochen haben: Wie weit sind die Positionen der einzelnen Autoren beeinflusst oder gar „determi-

niert“ durch die wissenschaftlichen Traditionen und Kulturen, aus denen sie kommen? Selbstverständlich in hohem Maß. Vielleicht in kleineren Ländern etwas weniger als in großen, könnte man als Hypothese einmal nehmen, weil sich große Länder oft selbst genügen. In kleineren Ländern ist die wissenschaftliche Community so übersichtlich, dass man eher gezwungen ist, über die Grenzen zu schauen. Man sieht es beispielsweise bei Scelle, den ich für manches, was mit Haltung zu tun hat, sehr achte, aber eigentlich nicht besonders originell finde. Er führt sehr konsequent viele Dinge weiter, die andere zwar so noch nicht gesagt haben, aber eigentlich längst gedacht. Da ist sehr viel Duguit und Emile Durkheim drin, um es flapsig zu formulieren, ganz viel Frankreich und kaum Ausland. Die Originalität scheint mir eher übersichtlich. Wenn man Max Huber näher betrachtet, muss man sagen, dass hier ein Eindruck des Eklektizismus kaum zu vermeiden ist. Er übernimmt in seinen Grundpositionen viel von Ferdinand Tönnies, aus der Massenpsychologie Le Bons, von Karl Marx und auch Herbert Spencer, aber er scheint mir weniger das „Produkt“ eines einzelnen Landes.

Zu Frank Schorkopfs Deutung der Gegenwart als Bewegung von Scelle zu Huber: Das ist ein interessanter Gedanke, eine interessante Frage, aber ich sehe mich nicht in der Lage, sie hier ganz spontan hinreichend präzise zu beantworten. Ich müsste wohl etwas darüber nachdenken. Vielleicht müsste man nach Aspekten differenzieren. Ich finde den Gedanken aber reizvoll. Vielleicht sollten wir das am Abend bei einem Glas Wein tun.

Und nun zu Andreas Paulus und der Frage, ob Lauterpacht nicht vielleicht doch Recht gehabt haben könnte mit seiner Lückenlosigkeitsthese und Art. 38 IGH-Statut. Man müsste vielleicht vorsichtig sagen, dass Art. 38 IGH-Statut zumindest die Möglichkeit schafft, eine rechtliche Lösung zu finden. Ich denke aber, dass diese Bestimmung als Netz für den Notfall konzipiert war, nicht als Gebot, auf jedes politische Problem eine rechtliche Lösung zu finden. Erneut also der Gedanke, den ich bereits vorhin ins Spiel gebracht habe: Gibt es allenfalls ein „zu viel“?

Frau Brunnée: Zunächst zu Herrn Vitzthum: Ich glaube, im Grunde genommen stimmen wir überein. Was Sie gesagt haben, hört sich für mich alles richtig an. Wenn ich das richtig verstanden habe, sagten Sie, dass man nicht unterschätzen sollte, wie stark Russland mit dem Völkerrecht arbeitet. Das sehe ich auch so. Manche Leute würden vielleicht sagen, dass das Völkerrecht dann auch in gewisser Weise missbraucht wird, um eigene Zwecke zu verfolgen. Das bestätigt aber in gewisser Weise die These, die ich aufgestellt habe, dass es sich hauptsächlich um eine Wertekritik anstatt einer Kritik an der Rechtllichkeit des Völkerrechts selber handelt. So zumindest habe ich das gesehen. Dann – wenn ich die Frage richtig in Erinnerung habe – ob die Kritik von 1917 nicht eine allgemeine Rechtskritik war: Ja, das war sie. Aber der Punkt, den ich versucht habe herauszuarbeiten, war, dass diese Phase von verhältnismäßig kurzer Dauer war und man dann zu einer Haltung zurückkehrte, der zufolge es eine gemeinsame Basis von rechtlicher Umgangsform geben konnte, eben eine Art Koexistenzrecht. Die Sowjetunion hat sich also verhältnismäßig schnell von der Extremposition der Doppelkritik, wie ich das genannt habe, zurückgezogen. Was die Rechtswirklichkeit anbetrifft – da kann ich auch nur zustimmen. Meine eigene Auffassung vom Recht ist in der Tat auch, dass wie mit dem Recht in der Praxis umgegangen wird, wichtiger oder zumindest genauso wichtig ist, wie das, was auf dem Papier steht. Insofern denke ich, sind wir wiederum grundsätzlich der gleichen Meinung.

Herr Marauhn: Ich schwanke ein bisschen zwischen Pessimismus und Optimismus. Grundsätzlich bin ich ein optimistischer Mensch, was vielleicht daraus schon deutlich wird, dass ich seit fast dreißig Jahren im Umweltvölkerrecht arbeite und immer noch an den Klimaschutz glaube. Georg Nolte und Heike Krieger sind hier. Letztes Jahr war ich in Berlin zu Gast in ihrer Research Group „International Rule of Law – Rise or Decline?“ und da war ich eher optimistisch. Jetzt – also weniger als ein Jahr später – denke ich, dass wir die Lage doch ernst nehmen sollten. Trotzdem glaube ich, dass es auch Grund zum Optimismus gibt, weil das, was wir jetzt so als Völkerrechtler und auch als Bürger erfahren, uns dann doch wieder daran erinnert, dass wir alle an unserem Rechtssystem aktiv teilnehmen müssen, dass es eben nicht nur auf Papier steht und von anderen für uns gehandhabt wird. Dann hast du, glaube ich, noch etwas angemerkt bezüglich Bescheidenheit gegenüber dem, was vom Völkerrecht geregelt werden kann. Da stimme ich vollkommen überein. Wie von mir ausgeführt, meine eigene Auffassung ist, dass das Völkerrecht eher etwas formelles, minimales ist und man sehr hart an wirklich gemeinsamen Werten arbeiten muss und sie nicht einfach voraussetzen oder in einen Vertrag schreiben kann. Es ist oft eben so, dass ein Vertrag nur der Anfang der Arbeit ist – man muss dann in der Praxis daran arbeiten, Werte auch in die Tat und damit nach und nach in das Gedankengut umzusetzen. Das ist sehr schwierig. Es ist daher vielleicht manchmal wirklich besser, einfach zu sagen, dass das Völkerrecht zu einer bestimmten Situation nur begrenzt, oder nur auf der prozeduralen Ebene beitragen kann.

Anne Peters – Du hast angemerkt, dass etwa von Afrika, Russland, China wahrgenommene *double standards* nicht gerade die Existenz des Völkerrechts bestärken. In diesem Zusammenhang fand ich insbesondere das von mir genannte Afrikabeispiel interessant. Auf den ersten Blick denkt man, es wird hier grundsätzlich auf der Ebene der Werteuniversalität kritisiert. Vielleicht ist das zum Teil so. Aber letztendlich geht es um die Rechtsanwendung, bzw. ungleiche Anwendung, welche die Rechtlichkeit unterminiert. Um letztere Frage schien es mir zumindest in dem von mir erwähnten Papier zum eventuellen Massenaustritt aus dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zu gehen. Dieses Papier setzte sich letztendlich für einen traditionellen Rechtlichkeitsgedanken ein.

Die Leugnung der Fakten – das ist auch ein sehr interessantes Thema. Also in gewisser Weise, wie du auch gesagt hast, ist es nicht neu, dass eine Leugnung der Fakten es Akteuren manchmal ermöglicht vorzugeben, dass sie das Recht aufrechterhalten, wenn dem nicht wirklich so ist. Dieses Verhalten ist mir etwa aus dem Umweltrecht bekannt. Man nehme zum Beispiel den Klimawandel, wo einige Stimmen lange sagten, dass er nicht stattfindet, nicht von Menschen verursacht wird, dass es Klimaschwankungen schon immer gegeben hat. Der Lösungsansatz im Umweltrecht ist dann eigentlich immer, dass man zunächst einmal zusammen daran arbeitet, eine gemeinsame Basis von Fakten zu erarbeiten. Das ist natürlich aber für die Fragen, die du angesprochen hast, viel, viel schwerer, weil die Fakten einem sozusagen weglaufen, über *Twitter*, *Facebook*, *Breitbart* und Sonstiges.

Ich glaube, die Frage von Ihnen, Herr Schorkopf, wenn ich das richtig verstanden habe, war, ob es das Völkerrecht an sich überhaupt gibt? Der erste Punkt war, dass vielleicht nur eine Rekalibrierung der Politik stattfindet, dass man die gegenwärtigen Entwicklungen in den USA vielleicht ein bisschen zu dramatisch sieht. Natürlich ist sehr schwer zu sagen, was wirklich vor sich geht. Daher habe ich auch versucht zu diffe-

renzieren. Einerseits gibt es da den Präsidenten, der viel Provokantes sagt, und einige seiner Berater, die das augenscheinlich unterstützen. Andererseits gibt es aber eine ganze Reihe von Kabinettsmitgliedern, die eher traditionell vorgehen. Es ist also im Moment manchmal schwer zu sagen, wie die amerikanische Regierung zum Völkerrecht steht. Es könnte durchaus sein, dass es auch hier am Ende nur um eine Kritik an bestimmten Werten geht und nicht unbedingt um eine Infragestellung des Rechtes als solchem. Es ist, glaube ich, zu früh, das abzuschätzen. Was die Frage Deutschlands als Verteidiger des Völkerrechts anbetrifft – Sie fragten, ob da mehr Reflektion stattfinden muss und, viel grundsätzlicher, ob es das Völkerrecht überhaupt gibt? Natürlich kann man nicht einfach sagen, Deutschland wird jetzt der rettende Engel sein, der die Völkerrechtsprobleme der Welt löst. Aber ich denke schon, dass Deutschland, aufgrund seiner besonderen Geschichte und der Erfahrung auf der falschen Seite gestanden zu haben, vielleicht nicht einmalig, aber doch jedenfalls sehr gut positioniert ist, sich mit der angebrachten Demut, dem angebrachten Realismus, aber auch mit der angebrachten Eindringlichkeit für das Völkerrecht einzusetzen. Damit meine ich jetzt nicht unbedingt, dass es gilt Werte in die Welt zu tragen, obwohl daran auch nichts grundlegend falsch ist. Wie bereits gesagt, wenn ich vom Völkerrecht und der Rechtlichkeit spreche, meine ich etwas viel Minimaleres und ich würde schon sagen, um die Frage zu beantworten, dass es auf dieser Basis ein Völkerrecht gibt. Der von mir skizzierte Begriff der Rechtlichkeit ist einer, der es gerade möglich macht ohne Werteübereinstimmung rechtlich miteinander umzugehen.

Und schließlich komme ich zu Andreas Paulus, und den Gedanken des *deals*. Ist ein *deal* etwas Negatives? Nein. Du hast natürlich Recht, dass ein *deal* ein Rechtssystem voraussetzt. Es könnte also in der Tat auch so sein, dass wir eigentlich eher vor einem Strukturwandel stehen. Wenn der Präsident tatsächlich maßgeblich ist für das, was in Sachen Völkerrecht aus den USA kommen wird, scheint ein Rückzug von Gemeinschaftsthemen und multilateralen Ansätzen im Gange zu sein, und eine Zuwendung zu Verhandlungen auf bilateraler Basis. Das würde heißen, dass das Völkerrecht ganz minimal verstanden wird, beschränkt zum Beispiel auf die Vertragsrechtskonvention oder ganz allgemeine Grundsätze. Aber angesichts der von mir erwähnten widersprüchlichen Stimmen in der Regierung müsste man einen *crystal ball* haben, um die Völkerrechtshaltung der USA vorherzusagen. Natürlich ist dabei die Haltung in den USA selber, wo der Rechtsstaat jedenfalls von Teilen der Regierung als Hindernis angesehen wird, schon etwas beunruhigend. Andererseits – und dabei belasse ich es dann – ist es natürlich auch so, dass die Entwicklungen in den USA viele Leute, sowohl im Regierungsapparat als auch in der *civil society*, dazu veranlasst haben, sich jetzt für die Rechtstaatlichkeit aktiv einzusetzen.

Herr Reinisch: Herzlichen Dank. Ich habe nun eine Reihe von Wortmeldungen, die sich explizit an Frau Brunnée wenden. Ich werde einmal ganz kurz die Reihenfolge vorlesen und ich bitte, geistig die Ampelzeit zu verkürzen. Herr Klein, Herr Hobe, Herr von Arnould, Herr Krisch und Herr Hartwig.

Herr Klein: Natürlich ist es oder wäre es der größte anzunehmende Unfall, wenn die Rechtlichkeit einer Rechtsordnung bestritten wird oder würde, auch wenn nur einzelne zentrale Normen herausgegriffen werden und deren Rechtsanspruch bestritten wird. Jutta, du hast Beispiele dafür gegeben, dass man in der Tat besorgt sein muss. Auf der anderen Seite frage ich mich, ob man diese Abweichungen nicht doch auch im völker-

rechtlichen Sinn auslegen kann. Es ist schon angesprochen worden – die Möglichkeit der Auslegung ist zu bedenken. Normen sind selten so klar, dass alle übereinstimmen in ihrem Verständnis. Sie werden also ausgelegt, und so lange sie nach den völkerrechtlichen Möglichkeiten und Mitteln ausgelegt werden, kann man eigentlich nicht sagen, man bewegt sich aus dem Völkerrecht heraus. Selbst wenn man sich von einer Norm abwendet – solange man von den normalen Kündigungsvorschriften von Verträgen Gebrauch macht, bewegt man sich im Völkerrecht, auch wenn es sich um ganz zentrale, wichtige menschenrechtliche Verträge handelt. Nach der Rechtsprechung der Menschenrechtsausschüsse können nur die beiden Menschenrechtspakte nicht gekündigt werden, und auch da sagen ernst zu nehmende Völkerrechtler, es sei kühn zu behaupten, dass sie nicht gekündigt werden können. Selbst *Ius-cogens*-Normen sind der Veränderung unterworfen, wie die Wiener Vertragsrechtskonvention ja ausdrücklich sagt. Solange man sich also nur in diesem Bereich bewegt, bleibt man natürlich im Bereich des Völkerrechts. Häufig kann man in der Argumentation sehen, dass Staaten vorgeworfen wird, dass sie Völkerrecht nicht beachten – zum Beispiel menschenrechtliche Normen, um dieses Beispiel aufzugreifen. Man prüft dabei aber überhaupt nicht, ob die Staaten sich an die entsprechenden Normen vertraglich gebunden haben oder ob sie daran sonst, z.B. gewohnheitsrechtlich gebunden sind: So, wenn man China oder auch den USA verschiedentlich etwa vorwirft, die Todesstrafe durchzuführen, und sagt, das ist eine schwere Menschenrechtsverletzung. Das kann man natürlich generell und aus guten moralischen Gründen behaupten, aber völkerrechtlich gesehen ist die Todesstrafe nicht aus der Welt geschafft, sondern das Verbot bindet nur die Staaten, die durch bestimmte völkerrechtliche Normen daran gebunden sind. Ich glaube, das Problem liegt darin, dass heutzutage viele Staaten wieder stärker auf das Konsensprinzip im Völkerrecht abstellen. Sie sagen, wie das früher ja unbestritten war, es ist nur das für mich bindend, dem ich zugestimmt habe. Und natürlich stößt sich das mit den objektiven Werten, mit der Konstitutionalisierungsdebatte. Das sind alles Dinge, die unter einen Hut gebracht werden müssen. Aber ganz so einfach ist das Problem nicht. Im Übrigen herzlichen Glückwunsch zu diesem wunderbaren Vortrag!

Herr Hobe: Ich fahre fort mit dem Lob für einen großartigen Vortrag. Jutta, du hast ein fantastisches Panorama gezeichnet. Ich komme trotzdem nicht umhin, einige Fragezeichen anzubringen. Das geht ein bisschen in die Richtung von dem, was Herr Klein eben auch vorgetragen hat. Anne Peters hat schon von den *double standards* gesprochen und ich halte das für richtig und glaube, darin inkarniert ist tatsächlich eine Wertedebatte. Mir ist nun nicht richtig klar geworden, was dein Plädoyer einer Wandlung von der Wertekritik hin zur Rechtliechkeitskritik im Kern bedeutet. Ist das ein bisschen die Vorstellung, die wir auch im deutschen Recht haben, also wegzukommen von der Kritik am Materiellen, hin zum Rückzug auf das Prozedurale? In der Tat glaube ich wie Herr Klein, dass der Kern des Problems darin liegt, dass wir ständig mit Werten argumentieren. Auch in der Praxis wird ständig mit Werten argumentiert und Herr Klein hat sehr deutlich gezeigt, dass die Völkerrechtsordnung voll von Werten ist. Aber ich glaube, dass die Reduktion darauf nicht einmal wünschbar ist. Vielleicht habe ich dich da auch missverstanden. Ich glaube in der Tat, das zentrale Problem liegt darin, dass ein Konsens, also eine Verbindlichkeit, ein Sich-Einigen-Können darauf so schwer geworden ist und dass wir teilweise nicht die Mechanismen gefunden haben, die dann durchaus im Prozeduralen liegen können, um das besser einfangen zu können. Das heißt, die große Hypothese, eigentlich sogar die tragende Prämisse des Völkerrechts,

man könnte sich auf alles irgendwo im Konsens doch einigen, die scheint nicht mehr zu stimmen. Und es gibt meines Erachtens noch keine wirksame Antwort darauf, wie wir in ganz vielen Teilbereichen – nicht zuletzt im Umweltrecht – ständig wieder feststellen. Also eine brillante Analyse, mit einigen deiner Antworten tue ich mich aber noch etwas schwer.

Herr von Arnould: Ich kann gut an Stephan Hobe anschließen, und zwar zunächst erst einmal, was den Dank angeht, für das wirklich sehr inspirierende und zum Nachdenken anregende Referat von Frau Brunnée. Auch an dich, Oliver, herzlichen Dank – das war außerordentlich lehrreich. Auch inhaltlich kann ich, denke ich, ganz gut an Stephan Hobe anschließen, weil ich ebenfalls ein Fragezeichen hinsichtlich der Ersetzung der Kultur des Formalismus bei Koskenniemi durch die Kultur der Rechtlichkeit, bei Ihnen, Frau Brunnée, anbringen möchte. Das Fragezeichen bezieht sich darauf, wie weit Sie über Koskenniemis Formalismus hinausgehen. Sie haben uns kurz einen Kriterienkatalog vorgestellt, der stark an Fuller erinnert, sodass ich den Eindruck hatte, Sie möchten Fullers Rechtsbegriff auf das Völkerrecht anwenden. Mir drängt sich da die Frage auf, ob das nicht doch vielleicht zu eng ist. Müssten wir nicht tatsächlich einbeziehen, dass die formale Rechtlichkeit – und mit ihr verbunden Erwartungen der Rechtssicherheit – zusammenstimmt mit der Gerechtigkeit unter dem Aspekt der Gleichheit? Das führt uns zu dem Punkt, den Anne Peters angesprochen hat: die Gleichheitserwartung. Müsste man nicht diesen Aspekt in den Rechtsbegriff integrieren? Dann hätten wir tatsächlich etwas gewonnen, auch gegenüber Koskenniemis Ansatz. Wir könnten dann sagen, es gibt diese fundamentale Gleichheitserwartung – und wenn das Völkerrecht diese Erwartung frustriert, unterminiert es damit eben auch automatisch die Rechtlichkeit. Das trifft das, was sie zum Afrikabeispiel gesagt haben, nur eben als Element der Rechtlichkeit. Daher würde ich letztlich denken, dass die Wertekritik, soweit sie sich auf fundamentale Ungleichbehandlung bezieht, Teil einer Verteidigung der Rechtlichkeit des Völkerrechts ist.

Herr Krisch: Während ich zuhörte, habe ich mich gefragt, was mich etwas unwohl fühlen lässt in dem Vergleich der Kritik von heute und gestern. Und ich habe mich gefragt, welche Rolle darin die Tatsache spielt, dass das Völkerrecht heute ja doch sehr anders ist als das Völkerrecht gestern. Viele der Kritikpunkte, die heute geäußert werden – die Afrikanische Union ist ein Beispiel, die Kritik an der WTO oder an dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof – sind Kritikpunkte gegen besonders starke Institutionen des Völkerrechts, die wir in der Vergangenheit eben nicht gehabt haben. Im Wesentlichen handelt es sich eigentlich um eine Kritik an den besonderen Institutionen, die in den 1990er Jahren geschaffen worden sind, in einer Zeit der Gemeinschaftswerte, in der alle dachten, dass wir in einer relativ homogenen Gemeinschaft leben, in der solche starke Institutionen funktionieren würden. Ist es nicht vielleicht tatsächlich ein normaler Prozess, dass mit einer stärker heterogenen internationalen Gesellschaft diese Institutionen wieder in die Schusslinie geraten und wir uns deswegen darüber gar nicht so sehr wundern sollten, sondern eigentlich überlegen müssten, inwieweit diese Institutionen angepasst werden können an die neue Ordnung? Damit geht auch ein bisschen mein zweiter Punkt einher. Ich hatte so schon in der Rede des Außenministers und jetzt auch hier bei den Wortbeiträgen das Gefühl, dass wir in gewisser Weise das Risiko laufen, selbstgefällig zu sein, wenn wir sagen, Deutschland sollte Vorreiter des Völkerrechts sein und wir wollen diese Rolle stützen. Denn im Völkerrecht geht es na-

türlich um Werte, aber auch um Interessen. Die völkerrechtliche Ordnung, wie sie jetzt besteht, ist eine, die von Interessen geprägt ist, die wir, zu einem Zeitpunkt als der Westen besonders dominant war, institutionalisiert haben. Insofern sollten wir, glaube ich, nicht zu sehr darauf drängen, das Völkerrecht, wie es ist, verteidigen zu wollen, sondern wir sollten in einem Geist der Bescheidenheit, wie Thilo Marauhn bereits gesagt hat, auch darüber nachdenken, was es heißt, auch solche Prozesse des Völkerrechts und des Völkerrechtswandels zu akzeptieren, die uns zu Kompromissen führen werden, die wir eigentlich nicht mögen – Machtaufgabe im Sicherheitsrat, im IMF, in allen möglichen Kontexten –, die aber möglicherweise dazu führen könnte, dass Rechtlichkeit auf eine erheblich breiteren Basis hergestellt werden kann. Insofern glaube ich, dass es uns gut täte zu sagen, dass das gegenwärtige Völkerrecht vielleicht nicht das einzig mögliche Völkerrecht ist, auch wenn es uns gerade entgegenkommt. Wir müssen uns wahrscheinlich fragen, wie es wäre, wenn wir auf der anderen Seite stünden und das Völkerrecht nicht derart stark durch uns geprägt worden wäre, sondern durch andere. Wie würden wir es dann verteidigen, und welche Prozesse der Völkerrechtsetzung und -interpretation würden wir dann verteidigen?

Herr Hartwig: Vielen Dank! Ich gerate leicht in den Verdacht, hier Verteidiger Russlands zu sein, möchte das zurückweisen, aber trotzdem sagen: Ich habe Zweifel, ob wir von einem russischen Sonderweg sprechen können. Ist es nicht so, dass Russland auch in der Champions League der Großmächte spielen will? Und dass da in Abwandlung von Carl Schmitt gilt, dass souverän ist, wer das Völkerrecht verletzen kann? In Anschluss an das, was Nico Krisch gesagt hat: Ich habe manchmal gewisse Zweifel, ob wir tatsächlich so vorbildlich sind. Jetzt spreche ich von Deutschland. Wenn ich beispielsweise an Kosovo denke, wo das Auswärtige Amt dann verschämt verbrämt, was es eigentlich gemacht hat, und erklärt, das Ganze sei ja gar kein Präzedenzfall. Warum sagt es, dass es kein Präzedenzfall ist? Das muss man sich einmal fragen. Wenn die Bundesregierung heute gefragt wird, wie sie den amerikanischen Einmarsch 2003 im Irak bewertet, antwortet sie im Parlament, dass es dazu so viele Meinungen gibt, dass sie diese nicht bewerten kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner AWACS-Entscheidung betreffend der Benutzung von AWACS-Flugzeugen 2003 in der Türkei völlig ungezwungen geschrieben, die AWACS-Flugzeuge in der Türkei wurden zur Verteidigung der Türkei stationiert. Das grundsätzliche Verbot des „*use of force*“ ist ein Prinzip der völkerrechtlichen Ordnung seit 1945. Wir befinden uns im permanenten Kriegszustand, wenn ich das mal so sagen darf. Der Bündnisfall ist nämlich am 12. September 2001 erklärt worden, und er gilt bis heute fort, und wenn für *Active Endeavour* eine Rechtfertigung gesucht wird, dann bezieht man sich auf das Selbstverteidigungsrecht. Wir sind ständig in der Selbstverteidigung und übrigens auch mit den entsprechenden Folgen. Es wurde auch der Strafgerichtshof genannt, den Deutschland sehr stark unterstützt. Als es einmal wirklich ernst wurde mit der Anwendung des Völkerstrafgesetzbuches, das ja gewissermaßen das Rom-Statut kopiert, da bot der Generalbundesanwalt eine Begründung für die Einstellung des Verfahrens – Sie erinnern sich an den Fall Rumsfeld –, die so gestaltet war, dass der ganze Gedanke des Völkerstrafgesetzbuches unterminiert wurde. Von daher gesehen frage ich mich, verhalten wir uns eigentlich so viel anders, als die Großmächte, wenn das Völkerrecht unser Verhalten in kritischen Situationen einhegen soll?

Frau Brunnée: Ich werde versuchen, mich kurz zu fassen. Herr Klein – der Angriff auf die Rechtllichkeit – kann man die derzeitigen Abweichungen nicht auch im völkerrechtlichen Sinne auslegen? Ich denke, dass das in einigen Fällen sicherlich möglich ist. Wie schon angeklungen ist, man kann auch nicht hundertprozentig sagen, worauf die amerikanische Völkerrechtspolitik hinauslaufen wird. Wie angedeutet, ist es zu verallgemeinern einfach von „den USA“ zu reden, da es eben so viele verschiedene Ebenen und Akteure mit recht unterschiedlichen Auffassungen gibt. Wie bereits festgestellt, ist da der Präsident, der für sich alleine steht mit einem Kreis von Leuten, die ihn vielleicht unterstützen, und dann eine ganze Reihe von Leuten im Regierungsapparat, welche „Korrekturarbeit“ zu leisten scheinen. Da gibt es etwa das, so meine ich, präzedenzlose Schauspiel, dass mehr als 900 Beamte im *State Department* auf den vom Präsidenten dekretierten Einreisestopp gegen Bürger verschiedener muslimischer Staaten mit einem *dissent memorandum* reagiert haben. Offensichtlich kann man also nicht sagen, dass sich „die amerikanische Regierung“ insgesamt von internationalen Werten abwendet. Ich denke, dass deine Anmerkung insofern eindeutig richtig ist, dass einige Dinge, die seit Amtsantritt geschehen sind, gar nicht so unterschiedlich von dem sind, was vorherige amerikanische Regierungen – zum Beispiel unter Georg W. Bush – gemacht haben. Zum Beispiel gab es viel Aufhebens darum, dass die USA sich aus NAFTA zurückziehen will oder aus dem Klimavertrag austreten wird. Solche Schritte sind natürlich vollkommen rechtmäßig, wie du sagst. Es ist vielleicht nicht das, was wir gerne wollen, aber das stellt nicht unbedingt das Völkerrecht in Frage. Die amerikanische Regierung könnte mit diesem Ansatz viele ihrer augenscheinlichen Ziele verfolgen. Die Frage ist eben, ob sie sich auf diesen legalen „Rückzugsansatz“ beschränken wird, oder ob sie das Völkerrecht eklatanter vernachlässigen oder sogar verletzen wird. In den nächsten Monaten werden wir einen besseren Eindruck gewinnen. Aber im Moment ist es durchaus denkbar, dass wir an der Schwelle eines Rückzugs stehen, eines Rückzugs auf ein viel konservativeres Konsensprinzip und einen viel stärkeren bilateralen Ansatz als das völkerrechtliche Miteinandergehen, an das wir gewöhnt gewesen sind.

Herr Hobe – *double standards*, Wertekritik – ist das eigentlich Rechtllichkeitskritik? Wenn ich das richtig verstanden habe, stimmen wir darin überein, dass das wahre Ziel der Kritik manchmal die Tatsache ist, dass im Völkerrecht verankerte Werte ungleichmäßig durchgesetzt werden, und dass eine derartige Kritik im Endeffekt nicht unbedingt Rechtllichkeitskritik als solche ist. Man könnte eine solche Kritik durchaus auch als Aufzeigen der Unechtheit dieser Werte verstehen. Trotzdem beinhaltet aber die Aufzeigung der ungleichmäßigen Anwendung des Rechts meiner Ansicht nach auch eine Rechtllichkeitskritik in dem Sinne, den ich skizziert habe.

Der von mir umrissene Völkerrechtsgedanke führt mich zugegebenermaßen zu dem Schluss, dass es oft ehrlicher ist zu sagen, dass in manchen Situationen – das geht auch zurück auf Thilo Marauhns Punkt von vorhin – bestenfalls möglich sein wird, ein rechtlich organisiertes, aber sehr stark prozedural ausgerichtetes Recht zu schaffen. Das sieht man meiner Ansicht nach am Pariser Klimavertrag, welcher diese Ausrichtung ganz eindeutig zeigt. Das ist natürlich nicht unbedingt befriedigend, aber wenn es gemeinsame Werte eben nicht wirklich gibt, oder auch nur Übereinstimmung bezüglich der Fakten, wie Anne Peters anmerkte. In solchen Situationen kann man ja nicht einfach munter Recht setzen und sich später wundern, wenn es nicht richtig funktioniert. Es ist dann doch ehrlicher, so glaube ich, darauf zu drängen, dass man erst einmal

– wenn es auch zeitaufwendig und frustrierend ist – auf einer weniger ambitionierten Ebene miteinander umgeht.

Herr von Arnould – die Kultur des Formalismus. Fuller haben Sie richtig rausgehört, sein Gedankengut spielt natürlich in meinem Völkerrechtsansatz eine wichtige Rolle. Ich habe diesen Ansatz in meinem Vortrag bewusst nicht in den Vordergrund gestellt. Aber ich denke, dass der von mir heute nur skizzierte Ansatz im Vergleich zu der erwähnten *culture of formalism* doch dem Völkerrecht mehr Kraft zuschreibt. Wenn man die Kriterien der Rechtlichkeit, von denen ich sprach, ernst nimmt, dann kann das Völkerrecht mehr Disziplin ausüben, als wenn man es nur als „Oberfläche“ ansieht, mit ganz dünnen *strings attached* sozusagen, wie Martti Koskenniemi das tut. Ist das dennoch ein zu schmaler Völkerrechtsbegriff? Also ich glaube, es ist gefährlich, einfach zu sagen, „X oder Y ist unser gemeinsamer Wert.“ Natürlich – der Gedanke der Gleichheit ist auch in der Rechtlichkeit mitinbegriffen. Wenn man die Kriterien, die ich genannt habe, ernst nimmt, dann gewährleisten sie, dass offen und verhältnismäßig gleich gestellt argumentiert wird, und dass dann unter Umständen auch die Schwächeren den Argumentationsspielraum der Stärkeren einschränken können. Abschließend ist vielleicht noch anzumerken, dass Fuller selber der Auffassung war, dass Gleichheit und Autonomie die Basiswerte sind, die erklären, warum die genannten Rechtlichkeitsprinzipien so wichtig, ja sogar unerlässlich sind.

Nico – der Vergleich von „gestern“ und „heute“ ist unter Umständen problematisch. Ja natürlich – das habe ich ja, so glaube ich, ein paar Mal auch gesagt. Es ist richtig, dass das Völkerrecht sich sehr verändert hat, und dass diese Dimension in meinem Vortrag weitgehend ausgeklammert war. So konnte ich nur andeuten, dass das Völkerrecht eben doch viel universeller und viel ambitionierter geworden ist, seit der Zeit, die ich als „gestern“ bezeichnet habe. Wie du richtig sagst, kamen natürlich mit der Hoffnung – manchmal vielleicht der falschen Hoffnung –, dass einige gemeinsame Werte nun von allen aufgenommen worden sind, dann auch verstärkt internationale Institutionen, die sie umsetzen sollten. Und da kommt es dann wahrscheinlich nicht nur zu Fortschritten, sondern auch zu mehr Reibung, eben weil die Institutionen darauf bestehen, dass die relevanten Werte dann auch umgesetzt werden. Natürlich kommt noch dazu – ich glaube, das hast du auch angedeutet –, dass die Völkerrechtsgemeinschaft seit „gestern“ stark gewachsen und viel heterogener ist, wobei auch *non-state actors* eine viel größere Rolle spielen. Ich denke, dass all diese Veränderungen, sowie die Tatsache, dass heute mächtige Akteure mit deutlich anderen Ansichten in der internationalen Arena stehen – unter anderem Russland und China – uns an einen Punkt gebracht haben, an dem wir damit konfrontiert werden, dass das, was wir uns vielleicht als Gemeingut vorgestellt haben, eben doch keine *universal values* sind. Ich stimme mit dir überein – Deutschland oder die deutsche Völkerrechtswissenschaft müssen, wenn sie sich für das Völkerrecht einsetzen, bescheiden und realistisch sein – aber vielleicht auch nicht zu bescheiden. Ich denke, Deutschland hat in der Völkerrechtsförderung und -verteidigung schon etwas zu bieten, aus den von mir bereits genannten Gründen. Und wenn ich sage, „das Völkerrecht verteidigen“, dann kann Deutschland natürlich wie jeder Staat die Werte, die uns wichtig sind, verteidigen. Eine solche Werteverteidigung ist ja auch ein Weg ins Gespräch zu kommen, und Dialog ist wichtig, wenn wirkliche Gemeinschaftswerte entstehen sollen. Aber du hast vollkommen Recht und das ist, denke ich, ein zentrales Problem, dass wir in einem Dialog auch offen sein müssen für ganz andere Denkweisen und für Kompromisse. Ich meine, dass in einem solchen Dialog die Rechtlichkeit

in dem beschriebenen minimalen Sinne eine Konstante bleiben kann, auch und gerade wenn die Gesprächspartner anderer Meinung sind. Ich bin mir bewusst, dass ich auf die Frage nach Institutionen nicht tiefer eingegangen bin, aber in Anbetracht der Zeit werde ich es zunächst bei dieser Antwort belassen.

Dann zu der letzten mir gestellten Frage: Sicher ist in der russischen Völkerrechtspraxis bei weitem nicht alles vorbildlich. Da, glaube ich, muss ich zu den von Ihnen genannten Beispielen nicht viel hinzusetzen. Ich kann auch nicht von mir behaupten, eine Expertin des russischen Völkerrechts zu sein – für die Zwecke dieses Vortrags, musste ich mich darauf beschränken etwas an der Oberfläche zu kratzen. Trotzdem habe ich den Eindruck gewonnen, dass aus vielen verschiedenen Gründen eine Aufrechterhaltung von einem Minimum von Völkerrechtlichkeit zu beobachten ist. Unter anderem aus den Gründen, die, wenn ich mich recht erinnere, Herr Vitzthum in der ersten Frageunde erwähnt hat. Aber es ist natürlich wahr, dass Russland – im Vergleich zu anderen Akteuren, die sich dem Gemeinschaftsgut kritisch gegenüber stellen – sicherlich auch einen Sonderweg als Weltmacht verfolgt.

Herr Reinisch: Herzlichen Dank! Je später der Nachmittag wird, umso schwieriger wird es, allen Wortmeldungen noch gerecht zu werden. Vor allem möchte ich gerne kurz vor 18.00 Uhr unserem Vorsitzenden noch einmal das Wort geben. Ich habe jetzt sechs Wortmeldungen, die sich nicht so eindeutig festgelegt haben, an wen sie gerichtet sind. Ich würde Herrn Bothe, Herrn Schweisfurth, Herrn von Bernstorff, Herrn Benedek, Herrn Fremuth und Herrn Winkelmann in dieser Reihenfolge ersuchen.

Herr Bothe: Vielen Dank! Aus Gründen der Zeit lasse ich den Dank weg, der versteht sich von selbst. Ich möchte das Phänomen überschreiben als Gerechtigkeitskrise in der praktischen Diplomatie. Sie haben, Frau Brunnée, das sehr überzeugend in der Theorie und in der großen Politik festgemacht, aber es ist auch eine sehr praktische diplomatische Frage. Dazu zwei Beispiele: eins zum *lawmaking* und eins zur Rechtsdurchsetzung. Zum *lawmaking* das Pariser Klimaschutzabkommen. Im Vorfeld der Verhandlungen gab es eine riesige Auseinandersetzung: Soll das Ergebnis rechtlich verbindlich sein oder nicht verbindlich? Das Ergebnis hat einmal zu Triumphgeheul – zu falschem Triumphgeheul wie ich meine – Anlass gegeben. Es sei jetzt rechtlich verbindlich, das sei ein Vertrag. Ja, es ist ein Vertrag, nur das Herzstück dieses Vertrages – nämlich die Reduktionsverpflichtungen – sind nicht rechtlich verbindlich, und wir alle wissen – auch die Verhandler wussten es –, dass das, was an einseitigen Erklärungen und Verpflichtungen da abgegeben worden ist, zu dem verbindlichen Ziel des Vertrages, den Anstieg der Temperatur unter 2 Grad zu halten, nicht ausreicht. Diese Nichtverbindlichkeit der nationalen Beiträge wird allerdings etwas abgemildert durch Verfahrens- und Überwachungspflichten, die verbindlich sind. Wir haben hier einen ganz merkwürdigen Kompromiss zwischen rechtlich verbindlich und nicht rechtlich verbindlich: Das Prinzip Hoffnung regiert die Welt.

Mein zweites Beispiel ist das humanitäre Völkerrecht. Es gab in den neunziger Jahren einen weitgehenden Konsens, dass das Recht gar nicht so schlecht ist – das stimmt auch. Aber es komme an auf die Rechtsdurchsetzung. So sagte es beispielsweise der Präsident des IKRK. In der Folge lancierten die Schweiz und das IKRK eine Initiative, eine sog. *compliance initiative*. Über diese wurde dann drauf los konsultiert, und was geschah in den Konsultationen? Systematisch sind alle harten Mechanismen der

Rechtsdurchsetzung hinweg konsultiert worden. Das erste Opfer waren verbindliche Verfahren der Tatsachenfeststellung – hier sind wir bei dem Punkt Leugnung der Tatsachen. Viele Regierungen fühlen sich viel wohler im Postfaktischen oder in alternativen Fakten. Verfahren der Tatsachenfeststellung, die wirklich objektiv und neutral sind, sind unbeliebt und fielen heraus. Das nächste Opfer war ein klassisches Mittel der Rechtskontrolle im Völkerrecht, das Berichtssystem. Es gibt Erfahrungen, wie man das richtig gestaltet. Die Konsultationen liefen darauf hinaus, alle Elemente der Effektivität dieses Berichtssystems im Text zu beseitigen. Ich kann das jetzt nicht im Einzelnen belegen. Dann kam die nächste Rot-Kreuz-Konferenz, wo auch dieses inzwischen zahnlos gewordene Instrument am Widerstand Russlands und Indiens scheiterte. Es wird weiter konsultiert – der Gegenstand heißt inzwischen nicht mehr *compliance initiative*, sondern *respect initiative*. Das Prinzip Hoffnung regiert auch insofern die Welt.

Herr Schweisfurth: Ich möchte noch einmal etwas zu dem Stichwort „Werte“ sagen. Wenn ich mir das richtig notiert habe, haben Sie gesagt, keine Vorabstimmung über universelle Werte. Das hat mir sehr gut gefallen. Ich habe nie die Vorstellung verstanden, dass das Völkerrecht auf so etwas wie einem Wertekanon beruht. Es gibt nur einen Wert, auf dem das Völkerrecht beruht, und das ist das, was Sie in Ihrem Vortrag wohl mit Rechtlichkeit gemeint haben, also der Rechtscharakter der Völkerrechtsnormen und die daraus folgende rechtliche Verbindlichkeit. Die Werte selber sind höher gelagert, die sind vom Völkerrecht geschützt. Wenn Sie also die Sauberkeit der Ozeane als einen Wert ansehen, beruht dieser nicht auf dem Völkerrecht, sondern die einschlägigen Umweltschutzkonventionen schützen diesen Wert.

Dann noch eine zweite Bemerkung zu dem Punkt Universalitätskritik. Gestern haben Sie da Russland erwähnt. Also damals wurde über Werte gar nicht diskutiert, höchstens auf einer Meta-Ebene konnte man sie dann vielleicht finden. Das Problem war die marxistische Völkerrechtstheorie. Damit mussten sie kämpfen und es hat lange gedauert, bis sie gesagt haben, es gibt so etwas wie die internationalen Wirtschaftsbeziehungen, das sind die sekundären Produktionsverhältnisse und darauf beruht das Völkerrecht. Das allein reicht aber nicht aus, denn das geht ja nicht automatisch hervor, sondern da muss noch das subjektive Element dazu und das war eben dann die Übernahme sozusagen der Vereinbarungslehre mit ein paar Varianten noch dazu.

Herr von Bernstorff: Auch von mir herzlichen Dank für zwei auch theoretisch tief-schürfende Vorträge. Zunächst eine Beobachtung, die versucht einen Bogen zu spannen zu dem sehr erhellenden Vortrag gestern Abend von Daniel Khan. Dieser Theorie-schub, von dem du, Oliver, gesprochen hast in den zwanziger Jahren, der scheint ja an der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in dieser Zeit weitgehend vorbei gegangen zu sein. Offensichtlich war dieser Kampf gegen Versailles und auch die Arbeit an den vielen konkreten Rechtsfragen, die sich aus dem Versailler Regime ergeben haben, so Kräfte raubend, dass diese großen Theoriendebatten in der Gesellschaft damals nicht stattgefunden haben. Interessanterweise sind es aber genau diese Weimarer Debatten, die in den letzten fünfzehn Jahren in der Völkerrechtswissenschaft besonders stark rezipiert werden.

In diesem Zusammenhang hätte ich noch ein paar Worte zu Schmitt und zu der Frage der Wertekritik: Ich denke, wie schon einige Vorrednerinnen und Vorredner, dass man bei dem Begriff Wertekritik sehr stark differenzieren muss, ob tatsächlich Werte ganz

in Frage gestellt werden. Da sehe ich in den jetzigen kritischen Strömungen sehr wenige, die sagen würden, so etwas wie Lebensschutz, Pazifismus sind per se keine Werte, hinter die wir uns stellen können. Ich sehe viel mehr, und das ist schon angesprochen worden, die Kritik an den doppelten Standards, die Kritik an Werterhetorik, die nicht eingehalten wird. Werterhetorik, die wie eine Monstranz vor sich hergetragen wird, ohne dass entsprechende Taten in bestimmten Bereichen folgen, also die Gestaltung und Anwendung des Rechts moralisch problematisch bleibt. Stichwort: Guantanamo.

Und vielleicht noch eine Anmerkung zum Label „kritisch“ im Blick auf Carl Schmitt: Schmitt ist ja ein Apologet. Schmitt ist hoch apologetisch, er richtet sich in seinen Schriften immer an der Außenpolitik des Reiches aus. Das heißt, am Anfang ist es die Kritik gegen Versailles, er reiht sich ein in den Kampf gegen Versailles. Dann, wenn die Nazis übernommen haben, baut er die Großraumtheorie, um die aggressiven Expansionsgelüste der Nazis theoretisch zu untermauern. Es sagt ja auch viel über seinen Opportunismus aus, dass die Monroe-Doktrin am Anfang in der Weimarer Zeit ganz stark als amerikanische Hegemonie kritisiert und dann 1939 zum Baustein seiner eigenen Großraumtheorie herangezogen wird. Gleichzeitig muss man aber sagen – und deswegen passt er natürlich schon in dieses Thema Kritik – dass er in den zwanziger Jahren eine sehr differenzierte Kritik der hegemonialen Inanspruchnahme des Völkerrechts für eigene partikulare Interessen aufgebaut hat und das ist wahrscheinlich bahnbrechend in der Weimarer Zeit.

Deswegen ist es auch nicht verwunderlich, dass nach 1990 die kritische Völkerrechtstheorie in einer Zeit der unipolaren Vorherrschaft des Westens – Nico hat es angesprochen – sich diese Hegemonialkritik zu Nutze macht, wieder aufgreift und sagt, aus Sicht der Dritten Welt, aus Sicht der Verlierer der post-1990 Ordnung müssen wir diese Ansätze aufgreifen, um das Völkerrecht heute zu kritisieren. Ich teile allerdings ganz klar die Kritik am Rechtsnihilismus, der mit angelegt ist bei Schmitt. Ich denke, dass die Kelsen'sche Theorie hier einen Mittelweg darstellt zwischen Ideologiekritik, also der Kritik an der hegemonialen Inanspruchnahme von Werten einerseits, und aber einem Glauben an die Geltung des Völkerrechts in den internationalen Beziehungen andererseits. Hier sehe ich einen Ausweg aus dem Rechtsnihilismus bei Schmitt hin zu einer angebrachten Ideologiekritik im Völkerrecht.

Herr Benedek: Danke vielmals. Ich wollte zu Herrn Diggelmann erst nachfragen, inwieweit die Diskussion zur Theorie der internationalen Beziehungen zwischen den sogenannten Realisten und Idealisten in den USA in den zwanziger und dreißiger Jahren sich auch im europäischen Völkerrecht in irgendeiner Weise widergespiegelt hat. Sie sind ja auf die Soziologisierung, Max Huber und so weiter eingegangen und ich denke hier an das Buch von E.H. Carr „*The Twenty Years' Crisis*“, wo das schön beschrieben wird. In gewisser Hinsicht wiederholt sich das immer wieder und da sind wir jetzt bei der Universalität des Völkerrechts – die Superrealisten Posner, Goldsmith und so weiter oder das Buch von Cassese „*Realising Utopia*“. Diese Schwankungen im Zugang zum Völkerrecht sind sozusagen periodisch. Wir haben uns bei der letzten Tagung der österreichischen Gesellschaft für Völkerrecht mit der Frage der Steuerungskraft des Völkerrechts beschäftigt und das hat ähnliche Fragen aufgeworfen wie das Universalismus-Thema. Das ist auch in der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht publiziert. Für die Steuerungskraft beziehungsweise für die Akzeptanz der Universalität ist auch wichtig, ob man als Land die Erfahrung gemacht hat, dass man

im Völkerrecht gleichberechtigt behandelt wird. Ein Beispiel ist etwa die Europäische Menschenrechtskonvention, die vorgesehen hat, dass die Kolonialmächte diese auf die Kolonialländer ausweiten konnten, was aber natürlich nicht passiert ist. Aber nachdem dann diese die Unabhängigkeit erlangt hatten, hat man in die Unabhängigkeitsverfassungen sofort große Menschenrechtskataloge hineinschreiben lassen, um die Rechte der verbleibenden weißen Minderheit dort zu schützen. Das heißt, diese selektive Anwendung, die der Süden oft erlebt hat, mag auch eine Rolle dafür spielen, dass hier die Akzeptanz nicht so stark ist. Ich denke auch an ein Thema, das wir morgen behandeln werden. Kein einziges EU-Land hat die Migrationskonvention der Vereinten Nationen ratifiziert. Interessen des Südens werden oft vernachlässigt und da hilft es auch nicht, wenn wie zum Beispiel gerade dieser Tage Österreich 200.000 Schweizer Franken bereit stellt, um die Verhandlungsfähigkeit der ärmsten Mitglieder der WTO zu stärken. Das sind eigentlich Beweise dafür, dass hier eine Schieflage vorliegt. Insofern denke ich, dass die Gerechtigkeitskritik tatsächlich ein wichtiges Thema ist. Hier braucht es eine emanzipatorische Haltung und das finden wir ja bei *third world legal studies*, aber auch bei dem feministischen Ansatz zum Völkerrecht. Hier geht es um weniger Ungleichheit und damit um die Stärkung der Akzeptanz des Völkerrechts. Was wir aber, glaube ich, nicht tun sollten, ist zu akzeptieren, wenn hier Kulturrelativismus oder Ähnliches verwendet wird, um im Endeffekt machtpolitische Interessen durchzusetzen.

Herr Fremuth: Ich schließe mich dem Dank an die Vortragenden nachdrücklich an. Meine Frage richtet sich an Frau Brunnée. Sie haben ausgeführt, dass das Völkerrecht die Kritik an der Werteuniversalität überlebt habe. Als Optimist hofft man, dass diese Annahme gelten möge, aber vielleicht darf ich meine vorsichtigen Zweifel in eine Frage kleiden: Ist nicht doch eine Entwicklung erkennbar, die Anlass zur Sorge gibt und die vielleicht auch den Boden für die Afrikanische Union hinsichtlich ihrer problematischen Haltung gegenüber dem ICC bereitet hat? Damit meine ich die Positivierung der Wertekritik im Rahmen der regionalen Ausdifferenzierung des Völkerrechts. Ich möchte zwei Beispiele nennen: Erstens, die Banjul-Charta, die – sicherlich beseelt vom Panafrikanismus – einige Besonderheiten aufweist. Ich beziehe mich auf die ausdrückliche Verankerung von Individualpflichten – weit über das hinausgehend, was etwa die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte so ein wenig andeutet. Und darauf aufbauend, und das ist mir besonders wichtig, die Indienststellung oder den Versuch der Indienststellung des Einzelnen für die afrikanische Einheit und für afrikanische Werte. Das zweite Beispiel ist die arabische Menschenrechtscharta aus 2004/2008, die durch Rekurs auf islamische Menschenrechtserklärungen auch religiöse Werte in Bezug nimmt und dabei über das hinausgeht, was wir in Europa zumindest als *invocatio dei* ja auch irgendwie kennen, und die sich zudem auf eine arabische Nation und deren Werte sowie Einheit beruft. Beides kann man vielleicht als Absage an universale Werte begreifen und meine Frage lautet nun: Geht nicht vermittelt über diese Positivierung im Rahmen des regionalen Völkerrechts eben doch eine Gefahr von der Wertekritik für das Völkerrecht als Rechtsordnung insgesamt aus? Vielen Dank.

Herr Reinisch: Danke! Herr Winkelmann hat, glaube ich, auf die Frage verzichtet. Dann darf ich in der umgekehrten Reihenfolge vorerst Jutta Brunnée ersuchen, Stellung zu nehmen.

Frau Brunnée: Eigentlich sehe ich alle Dinge, die gesagt wurden, als *friendly amendments*, weniger als Fragen. Über die ganz am Ende gestellte Frage müsste ich ein bisschen mehr nachdenken, um eine differenzierte Antwort geben zu können. Es ist sicher richtig, dass es heute auch verstärkt die wirkliche Anzweiflung von Werten beziehungsweise eine Lancierung von alternativen Werten, die nicht für die gegenwärtig noch dominanten Staaten nicht akzeptabel wären, gibt. Diese Tatsache stellt die Annahme, dass die Völkerrechtsordnung bestimmte Grundwerte mehr oder weniger selbstverständlich beinhaltet, stark in Frage. Sie führt dann auch wieder an einen bereits genannten Punkt zurück, nämlich dass wir in vielen Situationen entweder auf eine völkerrechtliche Regelung verzichten müssen oder aber dass wir mit einer weitgehend prozeduralen Vorgehensweise zufrieden sein müssen. Ich halte diese Entwicklungen in keiner Weise für gut und wir befinden uns zum gegenwärtigen Zeitpunkt sicher in einer schwierigeren Lage. Ich glaube nicht, dass ich deshalb von der von mir vertretenen Grundthese abrücken muss. Aber ich räume ein, dass eine vollständige Antwort mehr als die verbleibende Zeit in Anspruch nehmen würde.

Herr Diggelmann: Ich möchte zuerst etwas zum Thema Universalitätskritik sagen. Es geht mir nicht darum, diese Kritik zu verteidigen, selbstverständlich nicht, aber vielleicht ist das Thema doch etwas komplizierter, als es an der Oberfläche erscheint. Es geht bei dieser Diskussion natürlich sehr wesentlich darum, wem was nützt und so weiter, wir kennen diese Gedanken. Aber das ist nur ein Teil des ganzen Fragenkomplexes. Auf einer konzeptionellen Ebene ist das Problem des Völkerrechts auch – ein Kritiker aus dem islamischen Raum hat das so formuliert –, dass man etwas übernimmt bzw. übernehmen muss, was als „*the whole package of modernity*“ bezeichnet werden kann. Es ist eben nicht bloß die nur vordergründig neutrale Oberfläche des Völkerrechts, die das Problem ist, sondern es geht auch um eine Entscheidung für ein säkulares Verständnis des Lebens im weiteren Sinne, einschließlich der Politik. Das ist ein ständiges Dilemma im ganzen islamischen Raum. Inwieweit passt man sich an, um überhaupt ernst genommen zu werden, ohne gleich aber das über Bord zu werfen, was nach dem Empfinden vieler die eigene Identität ausmacht?

Meine zweite Bemerkung betrifft Herrn Benedeks Frage betreffend Einfluss des Völkerrechtsdiskurses der USA auf Europa. Ich bin dieser Frage nicht systematisch nachgegangen, würde aber doch zu sagen wagen, dass dieser Einfluss in der hier betrachteten Periode eher übersichtlich war. Wir sollten unsere heutige Welt nicht retroprojizieren auf jene Jahre, die trotz der Umbrüche nach dem Ersten Weltkrieg weit stärker noch die „alte“ Welt der Kolonialmächte war. Die USA waren zwar eine aufstrebende Macht, an der man nicht mehr vorbeikam, die Kolonialmächte gingen aber davon aus, dass sie und Europa noch sehr lange der Mittelpunkt bleiben und die Kolonialreiche behalten würden. Man dachte, eine Stiländerung würde genügen.

Herr Reinisch: Herzlichen Dank! Ich danke vor allem, dass wir es schaffen, kurz vor 18.00 Uhr unserem Vorsitzenden noch einmal das Wort zu geben für organisatorische Sachen. Aber vielleicht können wir das kurz mit einem Applaus für die beiden Vortragenden unterbrechen.

Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen durch Völkerrecht

Von Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Regensburg*

- I. Einleitung
- II. Vorklärungen
 - 1. Migrationsperspektiven
 - 2. Migration und Integration
- III. Ernüchternder Status quo
 - 1. Das souveräne Recht zur Grenzkontrolle
 - 2. Internationales Migrationsverhinderungsrecht
 - a) Rückübernahmeabkommen
 - b) Migrationsursachenbekämpfung
- IV. Realistische Optionen eines internationalen Migrationsmanagements
 - 1. Internationales Wanderarbeitnehmermanagement
 - a) Deutsches Wanderarbeitnehmermanagement 1955-1973
 - b) Universelles Wanderarbeitnehmermanagement
 - 2. Internationales Flüchtlingsmanagement
 - 3. Der institutionelle Rahmen
 - a) Anfänge in der Zwischenkriegszeit
 - b) UNHCR
 - c) Internationale Organisation für Migration
 - d) UNO
 - 4. Von der Reform zur Utopie
- V. Utopie
 - 1. Begründung einer internationalen Migrationsverantwortung
 - a) Internationale Solidarität als Rechtsprinzip
 - b) Das Konzept der Schutzverantwortung
 - 2. Ausgestaltung einer internationalen Migrationsverantwortung
 - 3. Verantwortungskonkretisierung durch den Sicherheitsrat
- VI. Schluss
- Thesen
- Summary

I. Einleitung

In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts regierte Kurfürst Friedrich Wilhelm von Brandenburg ein verwüstetes Land. Der dreißigjährige Krieg hatte die Bevölkerung dezimiert und die Wirtschaft ruiniert.¹ Friedrich Wilhelm von Brandenburg, der zum Großen Kurfürsten werden sollte, machte sich an den Wiederaufbau.

* Meinem Lehrstuhlteam danke ich für wertvolle Unterstützung.

1 S. Wolfgang Neugebauer, Brandenburg-Preußen in der Frühen Neuzeit. Politik und Staatsbildung im 17. und 18. Jahrhundert, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Preußischen Geschichte, Bd. 1: Das 17. und 18. Jahrhundert und Große Themen der Geschichte Preußens, 2009, S. 113 (166 ff.).

Zeitgleich spitzte sich in Frankreich die Verfolgung der als Hugenotten bezeichneten Protestanten zu. 1685 löste Ludwig XIV. mit dem Edikt von Fontainebleau eine Fluchtwelle aus.² Drei Wochen nach dem Edikt von Fontainebleau erließ der Große Kurfürst das Edikt von Potsdam.³ Darin bot er den verfolgten Hugenotten freie und sichere Niederlassung an. Ihnen wurden Privilegien gewährt, von Steuerbefreiungen bis hin zu Wirtschaftssubventionen.

Das Edikt von Potsdam wurde gedruckt und über die Vertreter des brandenburgischen Staates in Den Haag, Amsterdam, Hamburg, Köln und Frankfurt am Main genau dort verteilt, wo sich die Flüchtlinge aus Frankreich sammelten; auch nach Frankreich wurden Druckexemplare des Edikts geschmuggelt.⁴ In den folgenden Jahren kamen schätzungsweise 15.000 Hugenotten ins Land, von denen sich 6.000 in Berlin niederließen.⁵ Für damalige Verhältnisse war das eine ungeheure Zahl. Um 1700 soll jeder vierte Berliner ein Franzose gewesen sein.⁶ Frankreich verlor gut ausgebildete, erfahrene Gewerbetreibende, und Brandenburg profitierte.⁷

Das Beispiel der Hugenotten in Berlin zeigt dreierlei.

Erstens ist Migration kein neues Phänomen. Seit es Menschen gibt, wandern sie. Migrationsbewegungen bilden in der Menschheitsgeschichte eher den Normalfall.⁸ Dabei gehörte die Wanderung der Hugenotten im 17. Jahrhundert zu den kleineren Migrationsbewegungen.

Zweitens sind die Chancen für eine erfolgreiche Migration dann besonders hoch, wenn sowohl die Migranten als auch der aufnehmende Staat von der Aufnahme profitieren. Im 17. Jahrhundert suchten die Hugenotten eine neue Heimat, und der brandenburgische Staat gewann erfahrene Wirtschaftsbürger.

Drittens vollzog sich die Aufnahme der Hugenotten ohne Völkerrecht. Das Edikt von Potsdam war ein innerstaatlicher Akt. Der brandenburgische Staat sprach die französischen Glaubensflüchtlinge über seine Auslandsvertretungen an, verhandelte aber nicht mit Frankreich oder anderen Mächten. Auch das ist typisch. Bis heute liegt die Entscheidung über Aufnahme oder Abweisung von Migranten regelmäßig beim souveränen Staat.

Daraus ergibt sich das Programm dieses Berichts. In einem ersten Schritt ist der Frage nachzugehen, warum das Völkerrecht beim Umgang mit Migrationsbewegungen kaum eine Rolle spielt (III). In einem zweiten Schritt wird untersucht, welche Ansätze zur Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen das geltende Völkerrecht trotz allem kennt (IV). Bleibt die Rechtswirklichkeit auch nach sorgfältiger Analyse unbefriedigend, ist es Aufgabe einer engagierten Rechtswissenschaft, der tristen Wirklichkeit alternative Szenarien gegenüberzustellen und Denkräume für eine bessere Welt

2 Ursula Fuhrich-Grubert, Minoritäten in Preußen: Die Hugenotten als Beispiel, in: Neugebauer (Fn. 1), S. 1125 (1158 f.).

3 Potsdamer Edikt vom 29.10.1685; französischer und deutscher Abdruck in: *Eduard Muret*, Geschichte der französischen Kolonie in Brandenburg-Preußen, Berlin, 1885, S. 301 ff.

4 Fuhrich-Grubert (Fn. 2), S. 1165.

5 Fuhrich-Grubert (Fn. 2), S. 1172.

6 Fuhrich-Grubert (Fn. 2), S. 1173.

7 Zur wirtschaftlichen Bedeutung Fuhrich-Grubert (Fn. 2), S. 1179-1189.

8 S. Mischa Meier, Die „Völkerwanderung“, APUZ 26-27/2016, 3 (6); zu globalen Migrationsbewegungen seit dem 16. Jahrhundert Jochen Oltmer, Globale Migration, 2. Aufl. 2016, S. 20 ff.; zu asiatischen Wanderbewegungen seit 1850 Sunil S. Amrith, Migration and Diaspora in Modern Asia, 2011.

zu eröffnen, mögen diese auch utopisch erscheinen.⁹ Das wird im letzten Hauptteil des Berichts versucht (V). Bevor mit diesem Dreischritt begonnen wird, sind freilich ein paar Vorklärungen angebracht (II).

II. Vorklärungen

1. Migrationsperspektiven

Migranten sind Wanderer. Im Folgenden geht es um Migrationsbewegungen, die entstehen, wenn in einem bestimmten zeitlichen und räumlichen Zusammenhang eine Vielzahl von Individuen in ähnlicher Weise wandern und dabei Staatsgrenzen¹⁰ überschreiten, um ihren gewöhnlichen Aufenthalt¹¹ zumindest vorübergehend¹² in einen anderen Staat zu verlegen.¹³ Die Aufnahme der Hugenotten in Brandenburg ist eine solche Migrationsbewegung.

Blickt man auf Migrationsursachen, lassen sich verschiedene Formen von Migration unterscheiden. So erfasst das Flüchtlingsrecht der Genfer Flüchtlingskonvention nur einen engen Bereich der Migration, indem es an den Begriff der Verfolgung anknüpft.¹⁴ Bloße Gewaltflüchtlinge erfasst die Konvention ebenso wenig wie Wirtschaftsmigranten.¹⁵ Eine solche Kategorienbildung ist Ausdruck des Versuchs, Migration zu ordnen. Der Genfer Flüchtlingskonvention liegt der Ordnungsgedanke zugrunde, dass politisch Verfolgte schutzbedürftiger sind als bloße Gewaltflüchtlinge oder Wirtschaftsmigranten. Freilich können unterschiedliche Migrationsformen ineinandergreifen. So wurden die Hugenotten, die in Frankreich wegen ihres Glaubens verfolgt wurden, in Brandenburg aus wirtschaftlichen Gründen willkommen geheißen. Daher wird hier ein weiter Migrationsbegriff zugrunde gelegt, der alle Migrationsgründe umfasst, wenn im Fol-

-
- 9 Zum utopischen Element der Völkerrechtswissenschaft s. auch *Marti Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2. Aufl. 2005, S. 548 f., 557 ff.
- 10 S. demgegenüber für Wanderungen innerhalb eines Staates die Guiding Principles on Internal Displacement, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2; dazu *Simon Bagshaw*, *Responding to the Challenge of Internal Forced Migration: The Guiding Principles on Internal Displacement*, in: Ryszard Cholewinski/Richard Perruchoud/Euan MacDonald (Hrsg.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, 2007, S. 189 ff. Zu den internen Migrationsbewegungen, die völkerrechtlich kaum Probleme aufwerfen, gehören in historischer Perspektive auch die Migrationsbewegungen innerhalb des britischen Kolonialreichs; s. dazu *Amrith* (Fn. 8), S. 37; *Jane McAdam*, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, 2012, S. 143.
- 11 So die UN Recommendations on Statistics of International Migration, Revision 1, 1998, ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1, S. 10: „usual residence“.
- 12 Nach den UN Recommendations (Fn. 11), S. 10, handelt es sich bei einem Aufenthalt von mindestens 12 Monaten um einen „long-term migrant“ und bei einem Aufenthalt von mindestens 3 Monaten, aber weniger als 12 Monaten um einen „short-term migrant“.
- 13 Zu unterschiedlichen Migrationsformen *Richard Bedford*, *Contemporary patterns of international migration*, in: Brian Opeskin/Richard Perruchoud/Jillyanne Redpath-Cross (Hrsg.), *Foundations of International Migration Law*, 2012, S. 17 ff.
- 14 Dazu *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007/2009, S. 63 ff.; *Hugo Storey*, *Persecution: Towards a working definition*, in: Vincent Chetail/Céline Bauloz (Hrsg.), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, S. 459 ff.
- 15 Klimaflüchtlinge werden grundsätzlich ebenso wenig erfasst; s. *McAdam* (Fn. 10), S. 42 ff.; *Harriet Farquhar*, „Migration with Dignity“: Towards a New Zealand Response to Climate Change Displacement in the Pacific, *Victoria University of Wellington Law Review* 46 (2015), 29 (31 ff.); *Britta Nümann*, Kein Flüchtlingschutz für „Klimaflüchtlinge“, *ZAR* 2015, 165 ff.

genden nach Möglichkeiten der Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen gefragt wird.¹⁶

Migration lässt sich aus verschiedenen Perspektiven erzählen. Aus deutscher Sicht steht die Perspektive des potenziellen Zielstaates im Vordergrund. Für einen Zielstaat wie Deutschland kann Migration unter wirtschaftlichen und demografischen Gesichtspunkten relevant sein. Zunehmend wird Migration unter sicherheitsrechtlichen Aspekten thematisiert.¹⁷ Schließlich wirft Migration für einen Nationalstaat die Frage nach der nationalen Identität auf.¹⁸ Je nachdem, wie die einzelnen Aspekte eingeschätzt und gewichtet werden, kann ein Zielstaat unterschiedlich migrationsfreundlich oder -feindlich eingestellt sein.

Daneben ist die Perspektive des Herkunftsstaates zu berücksichtigen. Ein Herkunftsstaat mag Migration insbesondere bei schlechter Wirtschaftslage als Chance begreifen.¹⁹ Andererseits besteht die Gefahr, dass ein Staat durch Abwanderung gut ausgebildete Arbeitskräfte verliert, die die eigene Gesellschaft braucht.

Schließlich lässt sich Migration aus der Perspektive der Migranten erzählen. Juristisch entspricht dem ein menschenrechtlicher Ansatz, der das Flüchtlings- und Migrationsrecht von den Individualrechten der Betroffenen her denkt.²⁰

Hier wird freilich kein menschenrechtlicher Ansatz gewählt. Es soll vielmehr untersucht werden, wie Staaten und andere völkerrechtliche Akteure Migration ordnen und gestalten können. Menschenrechte verleihen den Staaten keine Ordnungs- und Gestaltungsmacht. Vielmehr begrenzen sie eine solche Macht und lassen Staaten bestenfalls Raum für Ordnung und Gestaltung.²¹

2. Migration und Integration

Migrationsbewegungen, bei denen Menschen dauerhaft oder zumindest über längere Zeit ihren Aufenthaltsort verändern, können nur gelingen, wenn die Migranten in der einen oder anderen Form im Zielstaat heimisch werden. Eine Gesellschaft, die Migranten als potentielle Kriminelle ausgrenzt, die jungen Männern keine Perspektive

16 Migrationsursachen werden vielfach in Push- und in Pull-Faktoren untergliedert. Im Ausgangsbeispiel war die Verfolgung der Hugenotten in Frankreich ein Push-Faktor, während das Edikt von Potsdam als Pull-Faktor wirkte. Die Unterscheidung verliert freilich ihre Aussagekraft, wo Migration auf sozialer Ungleichheit beruht. Dann steht der vergleichsweise schlechten wirtschaftlichen Lage im Ausgangsstaat als Push-Faktor spiegelbildlich der Wohlstand im Zielstaat als Pull-Faktor gegenüber.

17 S. nur *Andrew I. Schoenholtz*, Anti-Terrorism Laws and the Legal Framework for International Migration, in: Cholewinski/Perruchoud/MacDonald (Fn. 10), S. 3 ff.

18 S. dazu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on the „Refugee Crisis“, *German Law Journal* 17 (2016), 907 (909-911); zur Überwindung eines ethno-nationalistischen Volksbegriffs aus völkerrechtlicher Sicht *Helen Keller*, Kulturelle Vielfalt und Staatsvolk: Gilt es den Begriff des Volkes zu überdenken?, *BerDGVR* 43 (2008), 39 (58 ff.).

19 Attraktiv sind neben der Entlastung des eigenen Arbeitsmarktes auch die Finanztransfers der Migranten in die Heimat; s. dazu *Manuel Orozco*, Global Remittances and the Law: A Review of Regional Trends and Regulatory Issues, in: Cholewinski/Perruchoud/MacDonald (Fn. 10), S. 129 ff. sowie Report of the Special Representative of the Secretary-General on Migration Peter Sutherland, A/71/728 vom 3.2.2017, Rn. 66 f.

20 Für einen solchen Ansatz s. etwa jüngst *Anuscheh Farahat/Nora Markard*, Forced Migration Governance: In Search of Sovereignty, *German Law Journal* 17 (2016), 923 ff.

21 Selbst in der Schutzpflichtdimension begründen Menschenrechte keine Gestaltungsoptionen, sondern begrenzen die Ausübung bestehender Kompetenzen.

gibt und sie sich allein überlässt, indem sie den Familiennachzug versagt, wird aus dem Kreis der ausgegrenzten und perspektivlosen Fremden in hoher Zahl die Straftäter bekommen, die sie befürchtet.

Auch die Integration der Hugenotten vollzog sich nicht reibungslos. Auch hier wurden Scheiben eingeworfen und Wohnungen in Brand gesetzt.²² Über mehr als hundert Jahre hinweg lebten Hugenotten in Kolonien mit eigener Rechtsordnung.²³ Dass die Hugenotten zu guten Preußen wurden, lag entscheidend an der Förderung durch das Herrscherhaus.²⁴ Es erscheint zweifelhaft, ob ein ähnlicher Integrationsprozess in einer Demokratie überhaupt denkbar gewesen wäre.

„Wir schaffen das“²⁵ heute jedenfalls nicht ohne eine gute Integrationspolitik. Integration ist zunächst eine Aufgabe der jeweiligen Gesellschaft und des nationalen Rechts.²⁶ Völkerrechtlich lässt sich Integration kaum gestalten. Allenfalls können auf internationaler Ebene Standards für eine gute Integration aufgestellt werden.²⁷ Diese Fragen des Migrationsfolgenrechts können hier nicht vertieft werden.

III. Ernüchternder Status quo

1. Das souveräne Recht zur Grenzkontrolle

Hier soll es vielmehr um die internationale Lenkung von Migrationsbewegungen gehen. Das führt zum ernüchternden Status quo.

Der moderne Staat ist, mit den Worten *Georg Jellineks*, eine „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft“.²⁸ Staatliche Herrschaft ist danach vor allem Herrschaft über ein Gebiet.²⁹ Dann scheint es nur konsequent, dass jeder Staat darüber bestimmen kann, ob und welche Ausländer sich auf dem eigenen Staatsgebiet aufhalten dürfen und wem Zugang gewährt wird.³⁰ So heißt es in einer Entscheidung

22 *Fuhrich-Grubert* (Fn. 2), S. 1211.

23 *Fuhrich-Grubert* (Fn. 2), S. 1167-1179.

24 *Fuhrich-Grubert* (Fn. 2), S. 1212.

25 So Bundeskanzlerin Angela Merkel in der Bundespressekonferenz am 31.8.2015; Mitschrift abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/08/2015-08-31-pk-merkel.html> (alle Webadressen zuletzt aufgerufen am 18.12.2017).

26 S. dazu etwa *Anuscheh Farahat*, Progressive Inklusion, 2014.

27 S. beispielsweise OSCE High Commissioner on Human Rights, Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies & Explanatory Note, 2012; OECD (Hrsg.), Erfolgreiche Integration: Flüchtlinge und sonstige Schutzbedürftige, 2016; s. auch den Sutherland-Report (Fn. 19), Rn. 26-28, 74-76.

28 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 5. Neudruck der 3. Aufl. 1966, S. 183; zu den Elementen der Staatlichkeit s. auch *James Crawford*, The Creation of States in International Law, 2. Aufl. 2006, S. 45 ff.

29 Exemplarisch EGMR, Entsch. vom 12.12.2001 – 52207/99 (Banković u.a./Belgien u.a.), NJW 2003, 413, Rn. 59, wonach „die Hoheitsgewalt eines Staates aus Sicht des Völkerrechts vorrangig territorialer Natur“ ist; plastisch auch *Daniel-Erasmus Khan*, Territory Taking Centre Stage in International Law, in: Société française pour le droit international (Hrsg.), Droit des frontières internationales/The law of international borders, 2016, S. 57 (60 ff.).

30 Prägnant EGMR, Urt. vom 2.4.2015 – 27945/10 (Sarközi u. Mahran / Österreich), NVwZ 2016, 1235, Rn. 62: „Nach Völkerrecht und vorbehaltlich seiner vertraglichen Verpflichtungen hat jeder Staat das Recht, die Einreise von Ausländern in sein Staatsgebiet und ihren Aufenthalt dort zu kontrollieren ...“; weitgehend wortgleich schon EGMR, Urt. vom 28.5.1985 – 9214/80 u.a. (Abdulaziz, Cabales u. Balkandali/Vereinigtes Königreich), NJW 1986, 3007, Rn. 67; s. auch *Richard Perruchoud*, State Sovereignty and Freedom of Movement, in: Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross (Fn. 13), S. 123 ff.

des britischen House of Lords aus dem Jahr 2004 ganz selbstverständlich, die Befugnis, Ausländer zuzulassen, auszuschließen und abzuschieben gehöre zu den frühesten und am weitesten anerkannten Befugnissen des souveränen Staates.³¹

Historisch scheint das nur begrenzt richtig zu sein.³² Tatsächlich ist das Recht zur Grenzkontrolle keineswegs zwingend mit dem Westfälischen System souveräner Territorialstaaten verbunden. *Hugo Grotius* ging noch von dem aus, was heute als „Menschenrecht auf Migration“³³ bezeichnet würde.³⁴ Was die Praxis angeht, haben Staaten bis weit in das 19. Jahrhundert hinein offenbar kaum versucht, den Zugang von Ausländern zu ihrem Staatsgebiet zu kontrollieren.³⁵ Einen Wendepunkt bildet der *Chinese Exclusion Act*, mit dem die USA 1882 das Recht für sich in Anspruch genommen haben, über Einreise und Aufenthalt von Fremden zu entscheiden und Chinesen aus ihrem Staatsgebiet auszuschließen.³⁶ Mit dem Ersten Weltkrieg haben sich dann weltweit systematische Grenzkontrollen etabliert.³⁷ Seitdem ist das souveräne Recht zur Grenzkontrolle, das theoretisch im Konzept der Souveränität wurzelt, auch in der Praxis fest verankert.

Damit zeigt sich bereits eine gewisse Asymmetrie: Völkerrechtlich gesehen, haben die Zielstaaten die Rechtsmacht, grenzüberschreitende Migration zu verhindern, während die Ausgangsstaaten weitgehend machtlos sind, wollen sie nicht ihre Grenzen faktisch undurchlässig machen und zugleich die Ausreisefreiheit³⁸ in Frage stellen. Privilegiert

31 House of Lords, R. (On the Application of European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer, Prague Airport, Urt. vom 9.12.2004, [2004] UKHL 55 = [2005] HRLR 4, Lord Bingham of Cornhill, Rn. 11: „The power to admit, exclude and expel aliens was among the earliest and most widely recognised powers of the sovereign state.“

32 Grundlegend die Kritik von *James A. R. Nafziger*, *The General Admission of Aliens under International Law*, AJIL 77 (1983), 804 ff.; s. auch *Vincent Chetail*, *Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel*, EJIL 27 (2016), 901 (922).

33 So *Jochen Bung*, *Naturrecht – Völkerrecht – Weltrecht – Der Code des Hugo Grotius*, AVR 55 (2017), 125 (144).

34 Dieses Recht umfasste nicht nur die Durchwanderung durch fremdes Gebiet, sondern grundsätzlich auch die Ansiedlung in einem fremden Staat; *Hugo Grotius*, *Drei Bücher über das Recht des Krieges und des Friedens*, deutsche Übersetzung *Julius von Kirchmann*, Berlin, 1869, S. 253 ff., 257 ff.

35 *Louise W. Holborn*, *The International Refugee Organization*, 1956, S. 4; zur immigrationspolitischen Liberalität des 19. Jahrhunderts s. auch *Louis Varlez*, *Les migrations internationales*, RdC 20 (1927), S. 165 (201 ff.); speziell zu Niederlassungsverträgen zwischen deutschsprachigen und lateinamerikanischen Staaten *Stephan Breitenmoser*, *Migrationssteuerung im Mehrebenensystem*, VVDStRL 76 (2017), 9 (23 f.) sowie beispielhaft Art. 2 des Freundschafts-, Niederlassungs- und Handelsvertrag zwischen der Schweiz und der Republik Ekuador vom 22.6.1888, *Systematische Sammlung des [schweizerischen] Bundesrechts (SR) Nr. 0.142.113.271*; 1758 nennt *Emer de Vattel*, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Londres, 1758, Livre II, Chapitre VIII, § 100 (S. 329), China und Japan als Beispiel für geschlossene Staaten, während europäische Staaten grundsätzlich freien Zugang zu ihrem Staatsgebiet gewährten.

36 An act to execute certain treaty stipulations relating to Chinese vom 6.5.1882, 22 Stat. 58.

37 *Chetail* (Fn. 32), S. 922; zu neuen Tendenzen, die Grenzkontrolle in fremde Staaten oder staatsfreie Räume vorzuverlagern *Nora Markard*, *Das Recht auf Ausreise zur See*, AVR 52 (2014), 449 (455 ff.); *Bernard Ryan*, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, in: ders./Valsamis Mitsilegas (Hrsg.), *Extraterritorial Migration Control*, 2010, S. 3 (14 ff.); *Seline Trevisanut*, *The EU external border policy*, in: Francesca Ippolito/Seline Trevisanut (Hrsg.), *Migration in the Mediterranean*, 2015, S. 215 (229-231).

38 Art. 13 Abs. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art. 12 Abs. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art. 2 Abs. 2 Protokoll Nr. 4 zur Europäischen Menschenrechtskonvention; grundlegend *Rainer Hofmann*, *Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und staatlichem Recht*, 1988, S. 9 ff.; s. auch *Vincent Chetail*, *The transnational movement of persons under general international law*, in: ders./Bouloz (Fn. 14), S. 1 (9-27); *Markard* (Fn. 37), S. 456 ff.; *Christiano d’Orsi*, *La périgrination du*

sind damit Zielstaaten, die die Wirtschaftsmigration fördern wollen. Ihnen spricht die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) das souveräne Recht zu, eigene Arbeitsmigrationsstrategien zu entwickeln.³⁹ Der Ausgangsstaat kann bei der Ausreise grundsätzlich nicht kontrollieren, wohin eine Reise gehen soll und ob eine baldige Rückkehr geplant ist. Dagegen können die Zielstaaten regelmäßig aus eigener Machtvollkommenheit über Zuzug oder Nichtzuzug entscheiden. Völkerrechtliche Instrumente brauchen sie dafür nicht. Ihre Freiheit wird nur eingeschränkt, wenn der flüchtlings- und menschenrechtliche Mindestschutz des non-refoulement eingreift⁴⁰ oder wenn sie spezielle Abkommen schließen.⁴¹

2. Internationales Migrationsverhinderungsrecht

Abgesichert wird das souveräne Recht zur Grenzkontrolle durch völkerrechtliche Instrumente,⁴² die sich unter dem Begriff des internationalen Migrationsverhinderungsrechts zusammenfassen lassen.

a) Rückübernahmeabkommen

Eine wichtige Kategorie des Migrationsverhinderungsrechts bilden Rückübernahmeabkommen. Sie bauen auf der gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung eines jeden

migrant: l'espoir contraint, in: Guy S. Goodwin-Gill/Philippe Weckel (Hrsg.), *Migration and Refugee Protection in the 21st Century*, 2015, S. 51 (75-101); *Robert Uerpman*, Die Ausreise von DDR-Bürgern aus Ungarn aus völkerrechtlicher Sicht, JURA 1990, 12 (14 f.); selbst Art. 8 des UN-Wanderarbeiterübereinkommen vom 18.12.1990 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families [ICRMW], UNTS 2220, S. 3) betont das Recht jedes Arbeitsmigranten, jeden Staat einschließlich seines eigenen zu verlassen, sowie jederzeit in seinen Ursprungsstaat zurückzukehren und dort zu bleiben, ohne jedoch ein komplementäres Recht auf Arbeitsimmigration in einen fremden Staat auch nur anzudeuten. Lediglich für den Fall, dass sich ein Arbeitsmigrant bereits im anderen Staat befindet, wird die Aufenthaltsbeendigung gemäß Art. 22 ICRMW durch bestimmte vor allem prozedurale Garantien eingeschränkt. Zur begrenzten Tragweite der Konvention noch unten bei Fn. 74.

39 International Labour Organization, ILO Multilateral Framework on Labour Migration, 2006, S. 11, Prinzip Nr. 4: „All States have the sovereign right to develop their own policies to manage labour migration.“; dahin gehend auch schon *Varlez* (Fn. 35), S. 330.

40 Dazu *Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim*, in: Andreas Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, Article 33, para. 1, Rn. 47 ff.; *Rebecca M. M. Wallace*, The principle of *non-refoulement* in international refugee law, in: Chetail/Bouloz (Fn. 14), S. 417 ff.; *Christian Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: ders./Martin Burgi (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017, S. 7 (16 ff., 28 ff., 33 f., 37 f.); zum flüchtlingsrechtlichen Refoulement-Verbot auch schon *Paul Weis*, *The International Protection of Refugees*, AJIL 48 (1954), 193 (196-199).

41 Auch nach der Einreise steht es grundsätzlich im Ermessen des Territorialstaates, ob und wie lange er einem Ausländer den Aufenthalt auf dem eigenen Gebiet ermöglicht. So heißt es in Art. 3 Satz 1 der ILC Draft Articles on the Expulsion of Aliens aus dem Jahre 2014 kurz und bündig, ein Staat habe das Recht, einen Ausländer aus seinem Gebiet auszuweisen: „A State has the right to expel an alien from its territory.“ (Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session [5 May–6 June and 7 July–8 August 2014], UN Doc. A/69/10, Rn. 44). Der begleitende Kommentar spricht von einem „souveränen Recht“ (ebenda, Rn. 45, General Comment, Abs. 1). Dieses Recht sei unbestritten und stehe dem Staat kraft seiner Souveränität von Natur aus zu (ebenda, Art. 3, Commentary, Abs. 1).

42 Neben den im Folgenden behandelten Instrumenten und der Vorverlagerung der Grenzkontrolle (o. Fn. 37) ist namentlich die Zusammenarbeit zur Bekämpfung des Menschen schmuggels zu nennen; dazu *Anne T. Gallagher/Fiona David*, *The International Law of Migrant Smuggling*, 2014; *Patricia Mallia*, The cooperative mechanism established by the Migrant Smuggling Protocol to the UN Convention against Transnational Crime, in: Ippolito/Trevisanut (Fn. 37), S. 288 ff.

Staates auf, seine eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen,⁴³ und sichern diese Verpflichtung verfahrensmäßig ab. Teilweise erstrecken sie die Rückübernahmeverpflichtung auch auf Drittstaatsangehörige, die über den anderen Staat eingereist sind. So hat etwa die Europäische Union seit 2002 siebzehn Rückübernahmeabkommen abgeschlossen.⁴⁴ Ein Beispiel ist das Rückübernahmeübereinkommen mit der Türkei aus dem Jahr 2013.⁴⁵

Es ist auffällig, dass die Europäische Union in jüngster Zeit informelle Absprachen vorzuziehen scheint. So hat sie am 2.10.2016 eine Vereinbarung mit Afghanistan getroffen, um die Rückübernahme afghanischer Staatsangehöriger zu erleichtern.⁴⁶ Ähnlich wie im Abkommen mit der Türkei wird dazu geregelt, welche Reisedokumente anerkannt und innerhalb welcher Fristen sie ausgestellt werden sollen.⁴⁷ Ausweislich ihrer Präambel zielt die Afghanistan-Vereinbarung jedoch ausdrücklich nicht darauf ab, völkerrechtliche Rechte oder Pflichten zu begründen.⁴⁸ Für die Wahl einer rein politischen Vereinbarung dürften Flexibilität und Zeitersparnis sprechen, während finanzielle und andere Gegenleistungen⁴⁹ die tatsächliche Erfüllung der Vereinbarung mindestens ebenso gut absichern, wie es eine förmliche Rechtsverbindlichkeit bewirken könnte.⁵⁰

b) Migrationsursachenbekämpfung

Unerwünschte Migration lässt sich auch dadurch verhindern, dass Migrationsursachen beseitigt werden. Während Grenzkontrolle und Rückübernahme rein repressiv Migrationsströme unterbinden sollen, wirkt die Ursachenbekämpfung positiv, indem sie Menschen motiviert, in ihrer Heimat zu bleiben. Auf diese Weise wird Migrationsdruck abgebaut. So bekennen sich die Staaten in der Schlussklärung des New Yorker Welt-

43 Dazu *Mariagiulia Giuffré*, Obligation to readmit? The relationship between interstate and EU readmission agreements, in: Ippolito/Trevisanut (Fn. 37), S. 263 (264-269); *Kay Hailbronner*, Rückübernahme eigener und fremder Staatsangehöriger, 1996, S. 28 ff.; *Adela Schmidt*, Die Rückübernahmeabkommen der EU und der Kompetenzkonflikt mit ihren Mitgliedstaaten, 2016, S. 38-41; zurückhaltender *Stephen H. Legomsky*, The removal of irregular migrants in Europe and America, in: Chetail/Bouloz (Fn. 14), S. 148 (160).

44 Im Überblick *Schmidt* (Fn. 43), S. 391-939.

45 Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Türkei über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt vom 16.12.2013, ABl. EU 2014 L 134/3.

46 Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, unterzeichnet in Kabul am 2.10.2016, abrufbar unter: http://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf.

47 Teil II Abs. 1 und 2 Joint Way Forward (Fn. 46).

48 3. Präambelerwägung, Satz 1 Joint Way Forward (Fn. 46): „The JWF is not intended to create legal rights or obligations under international law.“

49 Zu den Anreizen für Herkunft- und Transitstaaten, sich auf ein Rückübernahmeabkommen einzulassen, s. *Schmidt* (Fn. 43), S. 80-85.

50 Das dürfte auch für die Vereinbarung zwischen der EU und der Türkei vom 18.3.2016 gelten, mit der der Flüchtlingsstrom von der Türkei nach Griechenland unterbunden wurde, veröffentlicht nur als Pressemitteilung 144/16 des Europäischen Rats vom 18.3.2016. Zwar sprechen *Rainer Hofmann/Adela Schmidt*, NVwZ-Extra 11/2016, S. 1 ff., http://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/NVwZ-Extra_2016_11.pdf, der Vereinbarung in Teilen völkerrechtliche Verbindlichkeit zu. Gegen einen Rechtsbindungswillen dürfte allerdings nicht nur die Form als bloße EU-Pressemitteilung sprechen, sondern auch der Umstand, dass der Europäische Rat beim Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung Rechte der anderen Unionsorgane verletzt hätte; dazu *Hofmann/Schmidt*, a.a.O., S. 6; s. ebenso die Kurzfassung des Beitrags in NVwZ 2016, 743 f. sowie *Schmidt* (Fn. 43), S. 364 ff.; gegen eine völkerrechtliche Verbindlichkeit auch *Walter* (Fn. 40), S. 42 f.

gipfels für Flüchtlinge und Migranten vom 19.9.2016 dazu, die „root causes“, also die „tieferen Ursachen“ großer Flüchtlings- und Migrantenbewegungen anzugehen.⁵¹

Die New Yorker Gipfelerklärung identifiziert als Fluchtursachen vor allem bewaffnete Konflikte, Verfolgung und Gewalt.⁵² Geht man über das Flüchtlingsrecht im engeren Sinn hinaus, treten wirtschaftliche Migrationsursachen in den Vordergrund. Menschen fliehen, weil sie hungern, oder sie wandern aus, weil sie sich andernorts ein besseres Leben erhoffen. Soziale Ungleichheit ist eine Triebfeder für Migration. Derartige Migrationsursachen lassen sich durch wirtschaftliche Entwicklung beseitigen. Der Zusammenhang von Migration und Entwicklung wird mittlerweile sowohl im Entwicklungsvölkerrecht als auch im Flüchtlingsvölkerrecht anerkannt. Das zeigt sich beispielsweise in den Zielen der Vereinten Nationen für eine nachhaltige Entwicklung von 2015, die Migration vollkommen zu Recht im Zusammenhang mit dem Ziel thematisieren, die Ungleichheit in und zwischen Ländern zu verringern. Freilich wird Migration dabei eher positiv gesehen als ein Mittel, um Ungleichheiten zu überwinden.⁵³ Die New Yorker Gipfelerklärung für Flüchtlinge und Migranten von 2016 greift diesen positiven Ansatz auf, stellt dem aber die großen Herausforderungen durch Vertreibung und irreguläre Migration gegenüber.⁵⁴ Während die positive Wirkung regulärer Migration bekräftigt wird, betont die Erklärung zugleich, dass Entwicklung viele Fluchtursachen beheben könne, indem sie die Lage in den Heimatländern verbessert.⁵⁵

Wollte man Migrationsdruck nachhaltig senken,⁵⁶ müsste soziale Ungleichheit reduziert werden. Es erscheint unklar, ob dies ohne eine komplette Neuordnung der Weltwirtschaft einschließlich des internationalen Finanzsystems möglich ist. Nebenbei müssten die Welt befriedet und der Klimawandel⁵⁷ rückgängig gemacht werden. Die Europäische Migrationsagenda von 2015 identifiziert Bürgerkriege, Verfolgung, Armut und Klimawandel als Probleme, deren sich die Staaten annehmen müssen.⁵⁸

51 UN Generalversammlung, New York Declaration for Refugees and Migrants vom 19.9.2016, UN Doc. A/RES/71/1, Rn. 12, 64; Übersetzung durch Deutschen Übersetzungsdienst der Vereinten Nationen, <http://www.un.org/Depts/german/>.

52 Ebenda, Rn. 64.

53 UN Generalversammlung, Sustainable Development Goals vom 25.9.2015, UN Doc. A/RES/70/1, Rn. 59, insb. Ziel 10.7; zum Zusammenhang zwischen Migration und Entwicklung s. auch Rn. 29 der Resolution sowie die Declaration of the High-level Dialogue on International Migration and Development vom 3.10.2013, A/RES/68/4.

54 New York Declaration for Refugees and Migrants (Fn. 51), Rn. 4.

55 Ebenda, Rn. 17; kritisch zur Prämisse, dass Entwicklung überhaupt geeignet ist, Migration zu senken, *Stephen Castles/Nicholas Van Hear*, Root Causes, in: Alexander Betts (Hrsg.), *Global Migration Governance*, 2011, S. 287 (297 f.).

56 Zur Halbherzigkeit bisheriger Versuche, Migrationsursachen an der Wurzel anzugehen, s. *Castles/Van Hear* (Fn. 55), S. 302 f.; kritisch zur einseitig-sicherheitsrechtlichen Ausrichtung der EU-Migrationspartnerschaften *Anja Wiesbrock*, Euro-Mediterranean labour migration: a mutually beneficial partnership?, in: *Ippolito/Trevisanut* (Fn. 37), S. 173 (187); grundsätzlich zu den von industrialisierten Staaten favorisierten Paketlösungen *José Pina-Delgado*, The Current International Legal Framework of Economic Migration Management – Challenges for Emerging Countries, in: *Goodwin-Gill/Weckel* (Fn. 38), S. 127 ff.

57 Zu Klimawandel als Migrationsursache *Ulrich Beyerslin*, Environmental Migration and International Law, in: *Fs. f. Rüdiger Wolfrum*, 2012, Bd. 1, S. 319 ff.; *McAdam* (Fn. 10), S. 15 ff.; *Benoît Mayer*, The Concept of Climate Migration, 2016, S. 6 ff.; im Überblick *Jane McAdam*, Climate Change-Related Displacement of Persons, in: *Cinnamon P. Carlarne/Kevin R. Gray/Richard Tarasofsky* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, 2016, S. 519 (520).

58 Europäische Kommission, Mitteilung: Die Europäische Migrationsagenda, vom 13.5.2015, COM(2015) 240 final, S. 9 f.

Es geht also um die Schaffung einer besseren Welt. Folgerichtig versprechen die Staaten in der New Yorker Gipfelerklärung für Flüchtlinge und Migranten vom 19.9.2016: „Wir werden zusammenarbeiten, um Bedingungen zu schaffen, die es Gemeinschaften und Einzelnen ermöglichen, in ihren Heimatländern in Frieden und Wohlstand zu leben.“⁵⁹ Das geht freilich über diesen Bericht hinaus. Hier wird vorausgesetzt, dass Migrationsdruck besteht⁶⁰ und dass Migration bisweilen erwünscht ist, wenn beispielsweise Arbeitskräfte fehlen. Im Folgenden wird es darum gehen, wie Migrationsbewegungen unter diesen Prämissen mit völkerrechtlichen Mitteln geordnet und gestaltet werden können.

IV. Realistische Optionen eines internationalen Migrationsmanagements

1. Internationales Wanderarbeitnehmermanagement

a) Deutsches Wanderarbeitnehmermanagement 1955-1973

Als im sog. deutschen Wirtschaftswunder Arbeitskräfte knapp wurden, warb die junge Bundesrepublik Deutschland gezielt Arbeitskräfte aus dem Ausland an. In diesem Rahmen schloss sie mit verschiedenen Staaten Anwerbeabkommen ab. Den Anfang machte 1955 die deutsch-italienische Vereinbarung „über die Anwerbung und Vermittlung von italienischen Arbeitskräften nach der Bundesrepublik Deutschland“.⁶¹ Bis 1968 folgten sieben weitere Anwerbeabkommen, unter denen das deutsch-türkische Abkommen von 1961⁶² die größte Tragweite entfaltet hat.⁶³

59 New York Declaration for Refugees and Migrants (Fn. 51), Rn. 43. Ähnlich die libysch-italienische Absichtserklärung in Art. 2 Abs. 4 des Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana vom 2.2.2017 (abrufbar unter: <http://www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf>): „Die Parteien arbeiten zusammen, um innerhalb von drei Monaten nach Unterzeichnung dieses Memorandums eine vollständigere und weitergehende Vision europäisch-afrikanischer Zusammenarbeit vorzuschlagen, um die Ursachen heimlicher Einwanderung zu eliminieren, die Ursprungsländer der Immigration bei der Verwirklichung strategischer Entwicklungsprojekte zu unterstützen, das Niveau der Dienstleistungssektoren zu erhöhen um dadurch den Lebensstandard und die Gesundheitsbedingungen zu verbessern, sowie zur Senkung der Armut und der Arbeitslosigkeit beizutragen“ (eigene Übersetzung). Der Europäische Rat hat beim Gipfeltreffen in Malta seine Bereitschaft bekundet, Italien bei der Umsetzung des Memorandums zu unterstützen: Europäischer Rat, Erklärung von Malta, abgegeben von den Mitgliedern des Europäischen Rates, über die externen Aspekte der Migration: Vorgehen in Bezug auf die zentrale Mittelmeerroute vom 3.2.2017, Pressemitteilung 43/17, Rn. 6 lit. i.

60 So beispielsweise auch der Sutherland-Report (Fn. 19), Rn. 1.

61 Vereinbarung vom 20.12.1955, BAnz. Nr. 11/56, S. 1=ANBA 1956 Nr. 2, S. 52.

62 Deutsch-türkische Vereinbarung vom 30.10.1961 zur Regelung der Vermittlung türkischer Arbeitnehmer nach der Bundesrepublik Deutschland, BArbBl. 1962, S. 69, geändert durch Notenwechsel vom 20.7./30.9.1964, BAnz. Nr. 22/68, S. 1.

63 S. ferner deutsch-spanische Vereinbarung vom 29.3.1960 über die Wanderung, Anwerbung und Vermittlung von spanischen Arbeitnehmern nach der Bundesrepublik Deutschland, BAnz. Nr. 219/61, S. 1; deutsch-griechische Vereinbarung vom 30.3.1960 über die Anwerbung und Vermittlung von griechischen Arbeitnehmern nach der Bundesrepublik Deutschland, BAnz. Nr. 25/6, S. 1; geändert durch Notenwechsel vom 3.4./22.5.1962, BAnz. Nr. 180/62, S. 1; deutsch-marokkanische Vereinbarung vom 21.5.1963 über die vorübergehende Beschäftigung marokkanischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Zweiten Zusatzvereinbarung vom 2.7.1971, BGBl. 1971 II, S. 1366; deutsch-portugiesische Vereinbarung vom 17.3.1964 über die Vermittlung von portugiesischen Arbeit-

Nach den Anwerbeabkommen arbeitete die damalige Bundesanstalt für Arbeit mit der jeweiligen ausländischen Arbeitsverwaltungsbehörde zusammen. Den ausländischen Behörden oblag es, Bewerbungen von Arbeitnehmern zu sammeln, zu sichten und geeignete Kandidaten der deutschen Seite vorzuschlagen.⁶⁴

Interessant ist, dass das gemeinsame Auswahlverfahren vor allem den Interessen des Entsendestaates diene. Diesem oblag die Vorauswahl der Bewerber, und damit konnte er die Auswanderung von Arbeitskräften steuern. Während der Entsendestaat im Zweifel daran interessiert war, niedrig qualifizierte Arbeitskräfte aus wirtschaftlich schwachen Regionen mit hoher Arbeitslosigkeit zu vermitteln, konnte er die Bewerbungen höher qualifizierter Arbeitskräfte, die auf dem heimischen Arbeitsmarkt gebraucht wurden, ausschließen.⁶⁵ Das gemeinsame Auswahlverfahren versetzt den Entsendestaat also in die Lage, die Auswanderung zu gestalten und einem sog. *Brain-Drain* vorzubeugen.

Deutschland war auf die Vermittlung nicht angewiesen. Auslandsvertretungen konnten Bewerbungen im anderen Staat direkt entgegennehmen.⁶⁶ Außerdem konnten sich deutsche Unternehmen der Dienste privater Arbeitsvermittler bedienen, die im anderen Staat geeignete Bewerber suchten.⁶⁷ Informationen über Beschäftigungsmöglichkeiten in Deutschland konnten nicht nur über offizielle Kanäle verbreitet werden, sondern auch durch Landsleute, die sich bereits in Deutschland befanden. Die Anwerbung war damit am anderen Staat vorbei möglich, und Deutschland nutzte in der Tat neben der Anwerbung im Rahmen von Anwerbeabkommen die Möglichkeit der direkten Anwerbung.⁶⁸ Der andere Staat hätte dies allenfalls durch Ausreisekontrollen effektiv unterbinden können.⁶⁹

Solange die Ausreisefreiheit gewährt ist, die Einreise von Ausländern aber der staatlichen Kontrolle unterliegt, ergibt sich also ein Kräfteungleichgewicht zwischen Anwerbe- und Entsendestaat.⁷⁰ Während der Anwerbestaat über seine Einreisepolitik den Zuzug von Arbeitsmigranten steuern kann, vermag der Entsendestaat fremden

nehmern nach Deutschland, BAnz. Nr. 104/64, S. 1; deutsch-tunesische Vereinbarung vom 7./18.10.1965 über die Beschäftigung tunesischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland, BAnz. Nr. 57/66, S. 2; ergänzt durch Notenwechsel vom 29.11./3.12.1971, BGBl. 1972 II, S. 87; deutsch-jugoslawische Vereinbarung vom 12.10.1968 über die Regelung der Vermittlung jugoslawischer Arbeitnehmer nach und ihrer Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1969 II, S. 1107.

64 S. z.B. Art. 5 der deutsch-italienischen Vereinbarung (Fn. 61); Nr. 5 der deutsch-türkischen Vereinbarung (Fn. 62).

65 Dazu *Johannes-Dieter Steinert*, Arbeit in Westdeutschland: Die Wanderungsvereinbarungen mit Italien, Spanien, Griechenland und der Türkei und der Beginn der organisierten Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte, *Archiv für Sozialgeschichte* 35 (1995), 197 (199).

66 Dazu *Steinert* (Fn. 65), S. 199, 202.

67 Art. 11 der deutsch-marokkanischen Vereinbarung (Fn. 63) setzt die Möglichkeit der direkten Anwerbung durch den Arbeitnehmer voraus, indem er die entsprechende Anwendung einzelner Vorschriften auf diese Form der Anwerbung anordnet. Hingegen verbietet Abschnitt I Nr. 3 der deutsch-tunesischen Vereinbarung (Fn. 63) die Anwerbung unter Umgehung der tunesischen Behörden. Zur zunehmenden „Privatisierung“ der Arbeitsmigration s. auch *Lori A. Nessel*, Human dignity or state sovereignty? The roadblocks to full realization of the UN Migrant Workers Convention, in: *Chetail/Bauloz* (Fn. 14), S. 329 (441).

68 Zu diesbezüglichen Spannungen mit der Türkei s. *Steinert* (Fn. 65), S. 208.

69 Zu vergeblichen Bemühungen Spaniens, die Arbeitsmigration 1960-1962 durch passrechtliche Regelungen zu kontrollieren, *Steinert* (Fn. 65), S. 205 f.

70 Dazu aus theoretischer Sicht *Alexander Betts/Lucie Cerna*, High Skilled Labour Migration, in: *Betts* (Fn. 55), S. 60 (71).

Anwerbeversuchen kaum gestaltend entgegenzutreten. Gestaltungsmacht erlangt der Entsendestaat nur über Anwerbeabkommen.

b) *Universelles Wanderarbeitnehmermanagement*

Ein Blick auf das universelle Wanderarbeitnehmerrecht bestätigt, dass die völkerrechtliche Regelung der Arbeitsmigration vorrangig im Interesse der Herkunftsstaaten und der betroffenen Migranten liegt. Staaten, die Arbeitsmigranten anziehen, haben kaum ein Interesse an einer völkerrechtlichen Regulierung.

Das ILO-Wanderarbeitnehmerübereinkommen Nr. 97 vom 1.7.1949 will Wanderarbeitnehmern einen gewissen Mindestschutz verschaffen und sie insbesondere vor Fehlinformationen schützen.⁷¹ Zwei Annexe regeln die Anwerbung von Wanderarbeitnehmern. Private Arbeitsvermittlung ist danach nur zulässig, wenn und soweit der private Vermittler nach dem Recht des Landes, in dem er tätig wird, zugelassen ist. Die Beschränkung der privaten Arbeitsvermittlung schützt Arbeitnehmer vor unseriösen Vermittlern und sie schützt den Ursprungsstaat, der auf diese Weise die Vermittlung kontrollieren kann. Anwerbeländer und deren Wirtschaft haben an der Beschränkung kein Interesse.⁷² Die Konvention hat nur 49 Vertragsstaaten.⁷³ Darunter befindet sich zwar Deutschland, nicht aber wichtige Zielländer von Arbeitsmigration wie die USA und Saudi-Arabien.⁷⁴

2. Internationales Flüchtlingsmanagement

Auch Flüchtlingsströme lassen sich auf vertraglicher Basis durchaus effektiv lenken, sofern die beteiligten Staaten sich einig sind und die Vorgaben des internationalen Flüchtlings- und Menschenrechtsschutzes wahren.

71 BGBl. 1959 II, S. 88.

72 S. am Beispiel der deutsch-türkischen Beziehungen *Steinert* (Fn. 65), S. 208; zu den Problemen unregulierter Arbeitsvermittlung in Asien *Amrith* (Fn. 8), S. 162, 173 f.

73 Daten nach der ILO-Datenbank NORMLEX, verfügbar unter <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/>. Das ergänzende Übereinkommen Nr. 143 über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer vom 24.6.1975 erhielt sogar nur 23 Ratifikationen.

74 Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention vom 18.12.1990 (Fn. 38). Sie wurde von 50 Staaten ratifiziert (UNO, Status of Treaties Deposited with the Secretary General, Chapter IV No. 13, abrufbar unter: https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en). Damit liegt sie unter den neun UN-Menschenrechtsabkommen mit eigenem vertraglichem Überwachungsorgan auf dem letzten Platz. Unter den Vertragsstaaten fehlen insbesondere die wichtigen Zielländer von Wirtschaftsmigration; s. *Nessel* (Fn. 67), S. 333. Freilich hat die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention als Menschenrechtsübereinkommen ohnehin nicht die Gestaltung von Migrationsbewegungen zum Gegenstand. Implizit betont sie allerdings das souveräne Recht der Zielstaaten zur Einwanderungskontrolle; s. namentlich Art. 35 und 68 ICRMW zur Ächtung irregulärer Migration sowie *Nessel* (Fn. 67), S. 335-337.

Dem entspricht es, dass die Liberalisierung des Dienstleistungshandels mittels Präsenz natürlicher Personen gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d GATS kaum eine Rolle spielt; dazu *Michele Klein Solomon*, GATS Mode 4 and the Mobility of Labour, in: Cholewinski/Perruchoud/MacDonald (Fn. 10), S. 107 ff. Auch regionale Freizügigkeitsregime sind jenseits der Europäischen Union kaum entwickelt; s. dazu *Jonathan Martens*, Moving Freely on the African Continent, ebenda, S. 349 ff.; *Ana Maria Santestvan*, Free Movement Regimes in South America, ebenda, S. 363 ff.; *Sophie Nonnenmacher*, Free Movement of Persons in the Caribbean Community, ebenda, S. 387 ff.

Ein extremes Beispiel der konsensualen Weiterleitung von Flüchtlingen sind die Vereinbarungen, die Australien mit den kleinen Pazifik-Staaten Nauru⁷⁵ sowie Papua-Neuguinea⁷⁶ geschlossen hat. Nach diesen Vereinbarungen darf Australien Menschen, die ohne die erforderlichen Papiere auf dem Seeweg einreisen oder dies versuchen, an Nauru oder Papua-Neuguinea überstellen.⁷⁷ Dort soll ein etwaiger Flüchtlingsstatus festgestellt werden.⁷⁸ Anerkannte Flüchtlinge sollen in Nauru⁷⁹ bzw. Papua-Neuguinea⁸⁰ bleiben dürfen oder mit australischer Hilfe in Drittstaaten umgesiedelt⁸¹ werden. Nauru und Papua-Neuguinea verpflichten sich, die Menschenrechte der Betroffenen⁸² und insbesondere das Refoulement-Verbot⁸³ zu achten. Alle Kosten übernimmt Australien.⁸⁴ Nimmt man die Vereinbarungen beim Wort, ist dagegen aus völkerrechtlicher Sicht nicht viel zu erinnern. Leider bleibt der menschenrechtliche Anspruch, der die Vereinbarungen trägt, in der Praxis offenkundig auf der Strecke.⁸⁵ Die tatsächlichen Missstände in Nauru und Papua-Neuguinea taugen sicher nicht als Vorbild für Europa.

Australischen und europäischen Versuchen, den Flüchtlingsschutz in Drittstaaten zu verlagern und so von der Einreise ins eigene Gebiet abzuschrecken,⁸⁶ stehen die drei dauerhaften Lösungen für Flüchtlinge gegenüber, die die Staatengemeinschaft seit der Zwischenkriegszeit⁸⁷ entwickelt hat: die freiwillige Rückkehr, Ansiedlung und Integration im Erstaufnahmestaat sowie die Umsiedlung in einen Drittstaat.⁸⁸ Bei der Ansiedlung im Erstaufnahmestaat werden Migrationsbewegungen nicht gestaltet, sondern akzeptiert. Die freiwillige Rückkehr führt zu einer zirkulären Migration, wo-

75 Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and the Commonwealth of Australia, Relating to the Transfer and Assessment of Persons in Nauru, and Related Issues vom 3.8.2013, <http://dfat.gov.au/geo/nauru/Documents/nauru-mou-20130803.pdf> (MoU Nauru).

76 Memorandum of Understanding between the Government of the Independent State of Papua New Guinea and the Government of Australia, Relating to the Transfer to, and Assessment in, Papua New Guinea of Certain Persons, and Related Issues vom 5./6.8.2013, <http://dfat.gov.au/geo/papua-new-guinea/Documents/joint-mou-20130806.pdf> (MoU Papua-Neuguinea).

77 Nr. 9 MoU Nauru; Nr. 10 MoU Papua-Neuguinea.

78 Nr. 19 lit. b MoU Nauru; Nr. 20 lit. b MoU Papua-Neuguinea.

79 Nr. 12 MoU Nauru.

80 Nr. 13 MoU Papua-Neuguinea.

81 Nr. 13 MoU Nauru.

82 Nr. 17 MoU Nauru; Nr. 17 MoU Papua-Neuguinea.

83 Nr. 19 lit. a, c MoU Nauru; Nr. 20 lit. a, c MoU Papua-Neuguinea.

84 Nr. 6 MoU Nauru, Nr. 6 MoU Papua-Neuguinea. Nr. 7 MoU Papua-Neuguinea stellt zusätzliche Hilfen in Aussicht; Nr. 6 MoU Nauru formuliert dies wesentlich zurückhaltender.

85 S. z.B. UNHCR, UNHCR Calls for Immediate Movement of Refugees and Asylum-Seekers to Humane Conditions, Pressemitteilung vom 2.5.2016, <http://www.unhcr.org/572862016.html>; *Elizabeth Elliott/Hasantha Gunasekera*, The health and well-being of children in immigration detention, Report to the Australian Human Rights Commission, 2016, <https://www.humanrights.gov.au/our-work/asylum-seekers-and-refugees/publications/health-and-well-being-children-immigration>; Amnesty International, Island of Despair: Australia's „Processing“ of Refugees on Nauru, 2016, <https://static.amnesty.org.au/wp-content/uploads/2016/10/ISLAND-OF-DESPAIR-FINAL.pdf>; s. auch *Penelope Mathew/Tristan Harley*, Refugees, Regionalism and Responsibility, 2016, S. 13-15.

86 Zum Abschreckungscharakter der australischen Lösung *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 12.

87 *Claudena M. Skran*, Refugees in Inter-War Europe, 1995, S. 146-193.

88 *S. Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 14), S. 489 ff.; *Volker Türk*, Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR), 1992, S. 205 f.

bei der Grad der Freiwilligkeit und Zumutbarkeit der Rückkehr in der Praxis stark variiert.⁸⁹

Am größten ist das gestaltende Element bei der Umsiedlung in einen Drittstaat.⁹⁰ Herausragendes Beispiel ist das *Orderly Departure Program*, mit dem die internationale Gemeinschaft 1979 auf das Problem der sog. *boat people* aus Vietnam reagierte.⁹¹ Im Rahmen dieses Programmes fanden allein in den USA über eine halbe Million Vietnamesen eine neue Heimat.⁹²

3. Der institutionelle Rahmen

Nur kurz⁹³ soll der institutionelle Rahmen des Migrationsrechts beleuchtet werden.

a) Anfänge in der Zwischenkriegszeit

Das heutige Migrationsvölkerrecht wurzelt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.⁹⁴ Die Internationale Arbeitsorganisation befasst sich seit 1919 mit dem Schutz von Arbeitsmigranten.⁹⁵ Das internationale Flüchtlingsrecht nahm seinen Anfang, als die russische Revolution schätzungsweise 1 ½ Millionen Menschen veranlasste, in anderen Ländern Schutz zu suchen.⁹⁶ 1921 bestellte der Völkerbund Fridtjof Nansen zum Hochkommissar für Russische Flüchtlinge.⁹⁷ Rückblickend lässt sich die Entwicklung

89 Dazu *Marjoleine Zieck*, UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees, 1997, S. 435 ff.; *dies.*, The limitations of voluntary repatriation and resettlement of refugees, in: Chetail/Bouloz (Fn. 14), S. 562 (564 ff.). Die deutsche Bundesregierung spricht derzeit von freiwilliger Rückkehr, wenn ausreisepflichtige Afghanen, ohne Rechtsbehelfe einzulegen, in ihre konfliktgebeutelte Heimat zurückkehren, weil sie in Deutschland keine Zukunft sehen; s. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge/International Organization for Migration, StarthilfePlus-Programm 2017, Merkblatt für deutsche Behörden etc., Stand Februar 2017, insb. S. 2.

90 Dazu im Überblick *Zieck*, in: Chetail/Bouloz (Fn. 89), S. 574 ff.

91 *Judith Kumin*, Orderly Departure from Vietnam: Cold War Anomaly or Humanitarian Innovation?, *Refugee Survey Quarterly* 27 (2008), 104 ff.; *W. Courtland Robinson*, The Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees, 1989-1997: Sharing the Burden and Passing the Buck, *Journal of Refugee Studies* 17 (2004), 319 f.

92 UNHCR, The State of The World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action, 2000, S. 90. Zur Umsiedlung von ungarischen Flüchtlingen 1956-58, *Volker Türk/Madeline Garlick*, From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees, *International Journal of Refugee Law* 28 (2016), 656 (665 f.); zur Umsiedlung von kolumbianischen Flüchtlingen aus Ecuador nach Argentinien, Brasilien, Chile, Paraguay und Uruguay *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 226-228; zur Geschichte der Umsiedlung im Überblick, UNHCR, UNHCR Resettlement Handbook, revised edition 2011, S. 47 ff.

93 Tatsächlich umfasst der institutionelle Rahmen eine Vielzahl universeller sowie regionaler Organisationen und Einrichtungen. Zum universellen Rahmen im Überblick *Irena Omelaniuk*, Global migration institutions and processes, in: Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross (Fn. 13), S. 336 ff.; speziell zur Arbeit im Rahmen der UN-Klimarahmenkonvention *McAdam* (Fn. 10), S. 230-239. Zu regionalen Einrichtungen *Karoline Popp*, Regional processes, law and institutional developments on migration, in: Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross (Fn. 13), S. 366 ff.

94 *Alexander Betts*, Introduction: Global Migration Governance, in: ders. (Hrsg.), *Global Migration Governance*, 2011, S. 1 (13).

95 *Omelaniuk* (Fn. 93), S. 348; *Varlez* (Fn. 35), S. 321.

96 *S. Holborn* (Fn. 35), S. 3; *Otto Kimminich*, Die Entwicklung des internationalen Flüchtlingsrechts – faktischer und rechtsdogmatischer Rahmen, *AVR* 20 (1982), 369 (377 f.).

97 *John Hope Simpson*, The Refugee Problem, 1939, S. 197 ff.; *Skran* (Fn. 87), S. 74, 84 f.; *Türk* (Fn. 88), S. 3; *Weis* (Fn. 40), S. 208 f.

des Internationalen Flüchtlingsschutzes in den 1920er Jahren als Erfolgsgeschichte begreifen.⁹⁸

b) UNHCR

Als sich nach dem 2. Weltkrieg abzeichnete, dass Flüchtlingsschutz eine längerfristige Aufgabe sein würde, schuf die Generalversammlung der Vereinten Nationen zum 1.1.1951 das Amt des UN-Flüchtlingshochkommissars, UNHCR,⁹⁹ das heute noch besteht. Das Flüchtlingshochkommissariat ist formal ein Unterorgan der UN-Generalversammlung, operiert aber weitgehend wie eine eigenständige Internationale Organisation.¹⁰⁰ Das Mandat des UNHCR ist von Anfang an eng mit der Genfer Flüchtlingskonvention verknüpft,¹⁰¹ die nur wenige Monate jünger ist als das Hochkommissariat. Allerdings ist das Mandat nicht auf Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention beschränkt. So geht das UNHCR bei massenhafter Flucht und Vertreibung im Rahmen bewaffneter Konflikte von *prima facie* schutzbedürftigen Gewaltflüchtlingen aus und rechnet auch diese Personen zu seinen „*persons of concern*“.¹⁰²

Mit seinem internationalen Schutzauftrag blickt das UNHCR vorrangig auf aktuelle Krisen. Dabei sucht es auch nach dauerhaften Lösungen bis hin zur Umsiedlung von Flüchtlingen in Drittstaaten. Das Flüchtlingshochkommissariat hat aber nicht die langfristige Gestaltung von Migrationsbewegungen im Blick. Folgerichtig hat sich das UNHCR etwa mit Klimaveränderungen als Fluchtursache bislang kaum befasst.¹⁰³

c) Internationale Organisation für Migration

Nahezu zeitgleich mit dem UNHCR wurde 1951 ein zwischenstaatliches Komitee gegründet, aus dem sich die Internationale Organisation für Migration (IOM) entwickelt hat.¹⁰⁴ Die IOM ist die einzige spezialisierte Organisation, deren Mandat alle Formen

98 Skran (Fn. 87), S. 184, 293-296; s. auch Holborn (Fn. 35), S. 10; freilich wurde das System in den 1930er Jahren zunehmend gelähmt; dazu Holborn (Fn. 35), S. 7.

99 A/RES/319(IV).

100 Türk (Fn. 88), S. 29 ff., 113 ff.

101 S. Nr. 4 lit. a des ursprünglichen Mandats vom 3.12.1949, UN Doc. A/RES/319(IV), Annex zu Teil A; ersetzt durch Nr. 8 lit. a des Statuts vom 14.12.1950, UN Doc. A/RES/428(V), Annex.

102 T. Alexander Aleinikoff, The mandate of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, in: Chetail/Bauloz (Fn. 14), S. 389 (394-397); s. auch schon Türk (Fn. 88), S. 281-294; für eine Anpassung des Mandats Guy S. Goodwin-Gill, The Movements of People between States in the 21st Century: An Agenda for Urgent Institutional Change, International Journal of Refugee Law 28 (2016), 679 ff.

103 McAdam (Fn. 10), S. 228; s. freilich auch Nina Hall, Displacement, Development, and Climate Change, 2016, S. 58 ff., zu den Ansätzen für eine Mandatserweiterung seit 2007.

104 Durch Entschließung vom 5.12.1951 (207 UNTS 208=BGBI. 1971 II, S. 1329) wurde das Provisional Intergovernmental Committee for the Movement of Migrants from Europe (PICMME) gegründet, das aufgrund der Satzung vom 19.10.1953 (207 UNTS 189=BGBI. 1971 II, S. 1319) zum Intergovernmental Committee for European Migration (ICEM) wurde. Durch Entschließung vom 20.5.1987 (1560 UNTS 440=BGBI. 1989 II, 56) wurde das Komitee zur International Organization for Migration; im Deutschen wurde dieser Name zunächst mit „Internationale Organisation für Wanderung“ übersetzt, bevor aus „Wanderung“ mit Bekanntmachung vom 17.2.2014 (BGBI. 2014 II, S. 161) „Migration“ wurde; zur Geschichte der IOM s. auch Jürgen Bast, International Organization for Migration (IOM), in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL; online-Ausgabe; Stand der Bearbeitung: Dezember 2010), Rn. 2 ff.

von Migration umfasst.¹⁰⁵ Im Bereich der Arbeitsmigration wird sie ebenso unterstützend tätig wie bei der Beförderung und freiwilligen Rückführung von Flüchtlingen.¹⁰⁶

Die IOM ist freilich vor allem Dienstleister¹⁰⁷ und als solcher mit einer privaten Firma verglichen worden.¹⁰⁸ Beispielsweise führt sie im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland das Programm für die freiwillige Rückkehr nach Afghanistan durch.¹⁰⁹ Als Dienstleister kann die IOM auch bei der langfristigen Planung und Gestaltung von Migrationsbewegungen eingesetzt werden.¹¹⁰ Sie ist aber bisher kaum in der Lage, eine eigene Agenda zu entwickeln. Sie operiert nicht normativ, sondern funktional.¹¹¹

d) UNO

Betrachtet man die Organisation der Vereinten Nationen, kommt neben dem UNHCR vor allem die Generalversammlung in den Blick. Mit ihrer umfassenden Zuständigkeit ist sie in der Lage, thematisch und regional ausdifferenzierte Migrationsdebatten zusammenzuführen. So konnte sie im September 2016 zum Gipfel für Migranten und Flüchtlinge nach New York laden.¹¹²

Das vorhandene institutionelle System schließt freilich nicht aus, dass einzelne Staaten die Initiative ergreifen und neben den vorhandenen Institutionen handeln. Dieses Phänomen lässt sich bereits für die Anfänge des internationalen Flüchtlingsmanagements in der Zwischenkriegszeit beobachten.¹¹³ Ganz ähnlich hat US-Präsident Obama 2016, gemeinsam mit dem UN-Generalsekretär, Deutschland und weiteren Staaten zu einem *Leaders' Summit on Refugees* geladen, der am 20.9.2016 in unmittelbarer zeitlicher und örtlicher Nähe zum UN-Weltgipfel für Flucht und Migration stattfand.¹¹⁴ Dieser Gipfel brachte Vertreter von 52 Staaten zusammen, die konkrete Zusagen für finanzielle Hilfen und für die Aufnahme von Flüchtlingskontingenten abgaben.

105 Seit dem 19.9.2016 ist die IOM durch eine Kooperationsvereinbarung mit der UNO verbunden, Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration, UN Doc. A/RES/70/296, Annex; zur Unterzeichnung am 19.9.2016 IOM, Summit on Refugees and Migrants Opens as IOM Joins United Nations, Pressemitteilung vom 20.9.2016, <http://www.iom.int/news/summit-refugees-and-migrants-opens-iom-joins-united-nations>.

106 S. Art. 1 Abs. 1 IOM-Satzung (Fn. 104); *Omelaniuk* (Fn. 93), S. 341-344.

107 S. nur *Nina Hall*, Money or Mandate? Why International Organizations Engage with the Climate Change Regime, *Global Environmental Politics* 15 (2015), 79 (85).

108 *Betts* (Fn. 94), S. 13.

109 S. das Merkblatt o. Fn. 89; allgemein zu Rückkehrprogrammen, die die IOM für Deutschland durchführt, IOM-Vertretung für Deutschland, Bericht über die Programme zur unterstützten freiwilligen Rückkehr der Internationalen Organisation für Migration Deutschland, 2014; zur Zusammenarbeit der IOM mit der EU *Julinda Beqiraj*, Strengthening the cooperation between IOM and the EU in the field of migration, in: *Ippolito/Trevisanut* (Fn. 37), S. 115 ff.

110 S. etwa zur Arbeit der IOM im Bereich der Klimamigration *Hall* (Fn. 103), S. 93-109.

111 S. *Hall* (Fn. 107), S. 82: „functional organization“; ferner *Betts* (Fn. 94), S. 13 „very little normative vision of its own“; zum Einfluss der jeweiligen Projektfinanzierer auch *Beqiraj* (Fn. 109), S. 119, 121.

112 S. die Abschlusserklärung o. Fn. 51; zu den Entstehungsbedingungen des Gipfels *Alexander Betts*, Erwartungen an den Weltgipfel für Flucht und Migration, VN 2016, 158 ff.

113 S. *Skran* (Fn. 87), S. 208-214; allgemeiner zur Führungsrolle einzelner Staaten ebenda, S. 279-281.

114 S. The White House, Office of the Press Secretary, Fact Sheet on the Leaders' Summit on Refugees, 20.9.2016, abrufbar unter: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/09/20/fact-sheet-leaders-summit-refugees>; s. auch das Joint Statement on Leaders' Summit on Refugees der einladenden Staaten vom 20.9.2016, *International Journal of Refugee Law* 28 (2016), 733; zum Hintergrund knapp *Betts* (Fn. 112), S. 159 f.

Mit den beiden komplementären Gipfeltreffen am 19. und 20.9.2016 zeichnet sich eine Arbeitsteilung ab. Die New Yorker Erklärung für Migranten und Flüchtlinge¹¹⁵ ist mit ihren prinzipiellen Aussagen ein Beispiel für Standardsetzung im Rahmen der Vereinten Nationen. Dagegen wurden auf dem staatlich initiierten *Leaders' Summit* konkrete Solidaritätsbeiträge ausgehandelt.

4. Von der Reform zur Utopie

Das Völkerrecht verfügt demnach durchaus über Instrumente, mit denen sich Migrationsbewegungen ordnen und gestalten lassen. Darüber hinaus stellt es einen institutionellen Rahmen bereit, der je nach Bedarf ausbau- und anpassungsfähig ist.¹¹⁶ Letztlich ist aber das vorhandene Instrumentarium vom staatlichen Willen abhängig. Sind sich Staaten einig, dass und wie sie Migrationsbewegungen ordnen und gestalten wollen, gibt ihnen das Völkerrecht die notwendigen Instrumente an die Hand. Verweigern sich Staaten, laufen die gerade behandelten Instrumente leer.

Das muss nicht das letzte Wort sein. In Zeiten der Krise ist die Völkerrechtswissenschaft in der Pflicht, Denkräume zu eröffnen und Möglichkeiten aufzuzeigen.

Geht man davon aus, dass Staaten die entscheidenden Akteure bleiben, stellt sich also die Frage, wie das Völkerrecht Staaten unter Druck setzen kann, sich auf ein Migrationsmanagement einzulassen, dass über die bloße Migrationsverhinderung hinausgeht.

Das führt zum letzten Teil des Berichts: Kann das Völkerrecht Staaten in die Pflicht nehmen, Migrationsbewegungen zu ordnen und, vor allem, auch zu gestalten?

V. Utopie

1. Begründung einer internationalen Migrationsverantwortung

a) Internationale Solidarität als Rechtsprinzip

Eine internationale Migrationsverantwortung könnte sich aus dem Solidaritätsgedanken ableiten lassen.¹¹⁷ Die Forderung nach Solidarität stellt auf die Zugehörigkeit zu

115 O. Fn. 51.

116 Für eine Weiterentwicklung der IOM hin zu einer stärkeren normativen Rolle *Betts* (Fn. 112), S. 162; skeptisch gegenüber weitreichenden Reformvorschlägen *T. Alexander Aleinikoff*, *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*, in: *Cholewinski/Perruchoud/MacDonald* (Fn. 10), S. 467 (474-477).

117 Allgemein zur Solidarität im Völkerrecht *Abdul G. Koroma*, *Solidarity: Evidence of an Emerging International Legal Principle*, in: Fs. f. Rüdiger Wolfrum, 2012, Bd. I, S. 103 ff.; *Markus Tobias Kotzur/Kirsten Schmalenbach*, *Solidarity among Nations*, AVR 52 (2014), 68 ff.; *Karel Wellens*, *Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections*, in: Rüdiger Wolfrum/Chie Kojima (Hrsg.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, 2010, S. 3 ff.; *Rüdiger Wolfrum*, *Solidarity amongst States: An Emerging Structural Principle of International Law*, in: Fs. f. Christian Tomuschat, 2006, S. 1087 ff.; *ders.*, *Solidarity from a Structural Principle to an International Agreement: Progress or Rather Regression?*, in: Jost Delbrück/Ursula Heinz u.a. (Hrsg.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law*, 2014, S. 201 ff.; grundsätzlich zur Solidarität im Recht *Philip Kunig*, *Solidarität als rechtliche Verpflichtung*, in: Fs. f. Jürgen Schwarze, 2014, S. 190 ff.

einer gemeinsamen Welt ab,¹¹⁸ ohne nach individuellen Verursachungsbeiträgen¹¹⁹ zu fragen.

Die UN-Generalversammlung hat Solidarität mehrfach als einen Wert eingefordert, „auf Grund dessen die globalen Herausforderungen in einer Art und Weise bewältigt werden müssen, die zu einer gerechten Verteilung der Kosten und Lasten [...] führt und sicherstellt, dass diejenigen, die leiden [...], von denjenigen Hilfe erhalten, die am meisten profitieren[.]“¹²⁰

Besonders stark ist der Solidaritätsgedanke im Flüchtlingsrecht ausgeprägt:¹²¹ Flüchtlingschutz ist eine Aufgabe der internationalen Gemeinschaft. Daher dürfen Erstaufnahmestaaten, die Flüchtlingen Schutz gewähren, mit dieser Last nicht allein gelassen werden. Die Genfer Flüchtlingskonvention hebt das Problem ungleicher Lastenverteilung in ihrer Präambel hervor.¹²² Die New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten bekennt sich zur Solidarität mit unfreiwilligen Migranten,¹²³ stellt eine geteilte Verantwortung fest¹²⁴ und mahnt eine gerechte Lasten- und Verantwortungsteilung zwischen den Staaten an.¹²⁵

An der moralischen Verpflichtung zu Solidarität und Lastenteilung kann also kein Zweifel bestehen.¹²⁶ Diese Verpflichtung wird in völkerrechtlichen Dokumenten so beständig bestätigt, dass man durchaus von einem Rechtsprinzip sprechen kann. Die Staaten haben sich aber stets geweigert, daraus einzelne, konkrete rechtliche Handlungspflichten abzuleiten.¹²⁷

118 Zur Begriffsdefinition s. *Danio Campanelli*, *Solidarity, Principle of*, in: MPEPIL (Fn. 104; Stand der Bearbeitung: März 2011), Rn. 5, 7-10.

119 Als verursachungsbezogenen Ansatz s. demgegenüber den Vorschlag von *Sujatha Byravan/Sudhir Chella Rajan*, *Providing new homes for climate change exiles*, *Climate Policy* 6 (2006), 247 (249 f.), Staaten entsprechend ihrem Anteil am weltweiten Ausstoß von Treibhausgasen zur Aufnahme von Migranten aus Gebieten zu verpflichten, die durch den Anstieg des Meeresspiegels unbewohnbar werden. Zu den Schwierigkeiten, eine Verursacherhaftung im Bereich der Klimamigration zu begründen, grundsätzlich *McAdam* (Fn. 10), S. 90-97; *Mayer* (Fn. 57), S. 212-255; allgemein zu den Schwierigkeiten verursachungsbezogener Ansätze auch *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 79, 134-136.

120 Insoweit gleich lautende Resolutionen A/RES/57/2013, A/RES/59/193, A/RES/61/160 zur Förderung einer demokratischen und gerechten internationalen Ordnung, Rn. 4 lit. f; zur Übersetzung o. Fn. 51; ähnlich schon die Millenniums-Erklärung A/RES/55/2, Rn. 6.

121 Dazu *Koroma* (Fn. 117), S. 117-119; *Türk/Garlick* (Fn. 92), S. 661 ff.

122 4. und 5. Präambelerwägung; s. auch *Otto Kimminich*, *Die Genfer Flüchtlingskonvention als Ausdruck globaler Solidarität*, AVR 29 (1991), 261 (263-269).

123 A/RES/71/1, Rn. 8.

124 A/RES/71/1, Rn. 11: „shared responsibility“.

125 A/RES/71/1, Rn. 68 im Rahmen des Flüchtlingsrechts; ebenso Annex I, *Comprehensive refugee response framework*, Rn. 1: „principles of international cooperation and on burden- and responsibility-sharing“. Kritisch zur Vagheit der normativen Vorgaben *Alexander Betts*, *Erwartungen an den Weltgipfel für Flucht und Migration*, VN 2016, 158 (161 f.).

126 Zur Schnittstelle von Moral und Recht in der Solidaritätsdebatte *Wellens* (Fn. 117), S. 6 f.

127 Wie schwach konkrete Solidaritätspflichten de lege lata ausgestaltet sind, zeigen auch die ILC-Entwurfsartikel zum Schutz von Personen bei Katastropheneignissen von 2016 (*International Law Commission, Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, in: Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session [2 May-10 June and 4 July-12 August 2016], UN Doc. A/71/10, Rn. 48). Während Art. 11 hilfsbedürftige Staaten dazu verpflichtet, um Hilfe zu ersuchen, stellt es Art. 12 Abs. 1 den übrigen Staaten frei, ob sie Hilfe anbieten wollen. Erhält der andere Staat ein konkretes Hilfsersuchen, ist er gemäß Art. 12 Abs. 2 lediglich verpflichtet, dieses rasch einer gründlichen Prüfung zu unterziehen und zu beantworten. Wendet man diesen Rechtsgedanken auf die Aufnahme von Personen an, die wegen einer großflächigen Überschwemmung ihre Heimat verlassen müssen, wird deutlich, wie wenig internationale Solidarität bislang zum harten Rechtsprinzip

b) Das Konzept der Schutzverantwortung

In jüngster Zeit wird der Solidaritätsgedanke durch das Konzept der Schutzverantwortung unterstützt.¹²⁸ Während der Solidaritätsgedanke den anderen Staat in den Blick nimmt, geht die Schutzverantwortung vom schutzbedürftigen Individuum aus. Benötigen eine Million Flüchtlinge im Libanon¹²⁹ elementare Hilfe, ist es zunächst Aufgabe des Aufnahmestaates Libanon, diese Hilfe zu gewähren.¹³⁰ Dies entspricht der ersten Säule der *Responsibility to Protect*.¹³¹ Ist der Aufnahmestaat jedoch offenkundig überfordert, ist es Aufgabe der internationalen Gemeinschaft und damit der anderen Staaten, dem überforderten Aufnahmestaat zu Hilfe zu kommen.¹³² Dies entspricht der zweiten Säule der *Responsibility to Protect*.¹³³

Das Konzept der Schutzverantwortung wurde zwar in den einschlägigen UN-Dokumenten auf den Schutz vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit beschränkt.¹³⁴ Die ersten beiden Säulen, um die es hier allein geht, lassen sich aber ohne Weiteres verallgemeinern, sodass sie auch andere Fälle offensichtlich unzureichender Lebensbedingungen erfassen.¹³⁵

Auf diese Weise lässt sich begründen, dass das Schicksal von Migranten in anderen Ländern der Erde der Staatengemeinschaft auch rechtlich nicht gleichgültig sein kann.¹³⁶

erwachsen ist. Dabei gehört die Aufnahme von Personen ausweislich Art. 3 lit. e ohnehin nicht zu den Hilfeleistungen, die die Entwurfsartikel regeln.

128 Zum Zusammenhang s. auch *Campanelli* (Fn. 118), Rn. 14 f.; *Koroma* (Fn. 117), S. 119-123.

129 Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, Covering the period 1 July 2015-30 June 2016, UN Doc. A/71/12, Table 1: 1.088.231 Flüchtlinge und Asylsuchende.

130 Die primäre Verantwortung des Aufnahmestaates postuliert auch die New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten, A/RES/71/1, Rn. 71.

131 Implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary General, A/63/677, Rn. 11 lit. a; das Konzept der primären Verantwortung des Territorialstaates hat der Sicherheitsrat auch im Falle Syriens bekräftigt, indem er den syrischen Stellen die primäre Verantwortung für den Schutz der Bevölkerung in Syrien zugewiesen hat; S/RES/2332 (2016), 8. Präambelerwägung.

132 Dementsprechend fordert der Sicherheitsrat Hilfe für die Nachbarstaaten Syriens „based on burden sharing principles“; S/RES/2139 (2014), Rn. 16. Zwar gibt es de lege lata keinen extraterritorialen Individualanspruch auf Hilfe durch einen anderen Staat; s. nur *Anne Peters*, Jenseits der Menschenrechte, 2014, S. 215-232. Das schließt aber eine objektiv-rechtliche Verantwortung anderer Staaten nicht aus.

133 Implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary General, A/63/677, Rn. 11 lit. b. Ein etwas anderer Ansatz klingt bei *Storey* (Fn. 14), S. 480 f., für den Fall politischer Verfolgung an: Weil der Verfolgerstaat seine elementare Schutzpflicht gegenüber der eigenen Bevölkerung verletze, müsse die internationale Gemeinschaft tätig werden. Hier wird also nicht auf die Überforderung des Erstaufnahmestaates abgestellt, sondern auf das Versagen des Ursprungsstaates; ähnlich sehen *Brian Barbout/Brian Gorlick*, Embracing the ‘Responsibility to Protect’: A Repertoire of Measures Including Asylum for Potential Victims, *International Journal of Refugee Law* 20 (2008), 533 (561 ff.), die Gewährung von Asyl als Ausdruck der responsibility to protect an; dazu auch *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 76.

134 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, Rn. 138 f.; Implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary General, A/63/677, Rn. 11 lit. a.

135 Gegen eine Anwendung auf Klimamigration de lege lata freilich *Farquhar* (Fn. 15), S. 37 f.; für eine Ausweitung auf Naturkatastrophen demgegenüber *Nele Matz-Lück*, Solidarität, Souveränität und Völkerrecht: Grundzüge einer internationalen Solidargemeinschaft zur Hilfe bei Naturkatastrophen, in: Fs. f. Rüdiger Wolfrum, 2012, Bd. 1, S. 141 (161-163), die dabei allerdings gerade auch die besonders problematische dritte Säule der Intervention im Blick hat.

136 In eine ähnliche Richtung geht der Ansatz von *Jean-François Durieux*, The Duty to Rescue Refugees, *International Journal of Refugee Law* 28 (2016), 637 ff., der das Lastenteilungsdogma durch eine gemeinsame Pflicht aller Staaten zur Rettung von Flüchtlingen (duty to rescue) ersetzen will.

2. Ausgestaltung einer internationalen Migrationsverantwortung

Eine solidaritätsgestützte Migrationsverantwortung kann viele Formen annehmen. Staaten können Migranten vorübergehend Schutz gewähren oder sie dauerhaft aufnehmen. Alternativ kommt eine finanzielle oder sonstige Unterstützung der Erstaufnahmestaaten in Betracht.¹³⁷ Auch lassen sich unterschiedliche Verteilungsschlüssel diskutieren. Als Indikatoren für die Aufnahmekapazität kommen beispielsweise Bruttonationalprodukt und Bevölkerungsgröße in Frage.¹³⁸

Es spricht zudem viel dafür, eine primäre Solidaritätsverantwortung bei den Staaten der jeweiligen Region zu sehen. Dieser Regionalismus ist im Flüchtlingsvölkerrecht durchaus anerkannt,¹³⁹ und er entspricht einem allgemeinen Strukturprinzip der internationalen Gemeinschaft.¹⁴⁰ Für regionale Ansätze sprechen Sachkriterien wie kurze Wege, einfachere Rückkehrmöglichkeiten sowie die Aufrechterhaltung von Bindungen zu anderen Mitgliedern der Ursprungsgemeinschaft.¹⁴¹ Kulturelle Nähe erleichtert überdies die Integration im Aufnahmeland.¹⁴²

Betrachtet man die unterschiedlichen Formen, in denen Solidarität geübt werden kann, erscheint es ausgeschlossen, aus einer Migrationsverantwortung einzelne Solidarbeiträge als konkrete Rechtsfolge abzuleiten. Vielmehr bleibt eine weite politische Gestaltungsfreiheit. Dennoch ist ein Rechtsprinzip, das einen angemessenen Beitrag im Verhältnis zur fremden Not und zur eigenen Leistungsfähigkeit einfordert, sinnvoll, weil es Staaten unter Rechtfertigungsdruck setzt. Jeder Staat muss sich rechtfertigen, was er leistet und warum er nicht mehr leistet. Leistet ein anderer Staat in vergleichbarer Lage mehr, muss sich der weniger leistende Staat fragen lassen, warum er nicht ebenfalls mehr leistet. Migrationsverantwortung erscheint so als Rechtfertigungslast.

3. Verantwortungskretisierung durch den Sicherheitsrat

Sobald Migrationsbewegungen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen, kann auch der Sicherheitsrat nach Kapitel VII Charta der Vereinten Nationen (CVN) aktiv werden.¹⁴³

Bereits 1991 hat der Sicherheitsrat auf einen grenzüberschreitenden Strom kurdischer Flüchtlinge aus dem Irak abgestellt, um eine Bedrohung „des Weltfriedens und der

137 Zu einem möglichen Handel mit Aufnahmequoten s. *Peter H. Schuck*, *Refugee Burden Sharing: A Modest Proposal*, *Yale International Law Journal* 22 (1997), 243 (282 ff.); dazu auch *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 113-115.

138 *Atle Grahl-Madsen*, *Ways and Prospects of International Co-Operation in Refugee Matters*, *AWR-Bulletin* 21 (1983), 113 (117 f.); dazu *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 112 f.; zu weiteren Indikatoren ebenda S. 115 f., 125-129.

139 S. nur *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 35 ff.; speziell zu Afrika ebenda, S. 162.

140 S. *Mathias Forteau*, *Regional Co-operation*, in: MPEPIL (Fn. 104); Stand der Bearbeitung: Juni 2007).

141 Dazu *James C. Hathaway/R. Alexander Neve*, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997), 115 (204 ff.), auch zur fortbestehenden Verantwortung von Staaten außerhalb der Region; ferner *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 130.

142 Zu entsprechenden Bemühungen der International Refugee Organization, bei der Umsiedlung kulturelle Verwandtschaft zu berücksichtigen, s. *Holborn* (Fn. 35), S. 389.

143 Einen Beitrag des Sicherheitsrats erwägt auch *Breitenmoser* (Fn. 35), S. 27, bleibt dabei aber skeptisch.

internationalen Sicherheit in der Region“ zu begründen.¹⁴⁴ Angesichts von 4,8 Millionen Syrien-Flüchtlingen und einer sich verschlechternden humanitären Lage, die zu weiteren Fluchtbewegungen beiträgt, hat der Sicherheitsrat die destabilisierende Wirkung von Flüchtlingsströmen am 21.12.2016 erneut betont.¹⁴⁵

Einen anderen Ansatz hat der Sicherheitsrat in seiner Resolution 2240 (2015)¹⁴⁶ zum Kampf gegen Flüchtlingsschmuggel vor der Küste Libyens gewählt. Im Vordergrund stehen hier Menschen schmuggel und Menschenhandel als Formen der organisierten Kriminalität.¹⁴⁷ Es handelt sich also um eine Resolution zur Kriminalitätsbekämpfung.¹⁴⁸ Mit dem Ziel, Menschenleben¹⁴⁹ zu schützen, klingt zudem der moderne Ansatz an, grundlegende Menschenrechtsverletzungen als Bedrohung des internationalen Friedens anzusehen.¹⁵⁰

Ginge es tatsächlich vorrangig darum, Migranten vor Ausbeutung und Lebensgefahr zu schützen, müsste der Sicherheitsrat freilich keine Militäroperation im Mittelmeer autorisieren. Wird die legale Einreise nach Europa eröffnet, erledigen sich Katastrophen auf dem Mittelmeer und Schlepperunwesen von selbst.¹⁵¹ Die Libyen-Mittelmeer-Resolution beruht auf der unausgesprochenen Prämisse, dass die europäischen Staaten ein Recht haben, ihre Grenzen für Migranten zu schließen. Dieses souveräne Recht zur Grenzkontrolle schützt der Sicherheitsrat. Es handelt sich also um Migrationsverhinderungsrecht.¹⁵² Die Resolution führt zurück zum ernüchternden Status quo.

Zwingend ist das nicht. Nach der Sicherheitsratspraxis zu Irak und Syrien ist geklärt, dass ein massiver Zustrom von Gewaltflüchtlingen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen kann. Es erscheint angemessen, wenn der Sicherheitsrat in solchen Fällen zunächst die Fluchtursachen in Form des bewaffneten Konflikts im Herkunftsstaat bekämpft. Art. 41 f. CVN beschränken den Sicherheitsrat aber nicht auf bestimmte Mittel.¹⁵³ Liegt die Friedensbedrohung in der destabilisierenden Wirkung von Migrationsbewegungen auf einen Zufluchtsstaat, gestattet es Art. 41 CVN auch, die Flüchtlinge auf einen größeren Kreis von Staaten zu verteilen, wenn dies die destabilisierende Wirkung vermindert. Die Migrationslasten auf mehrere Staaten zu verteilen,

144 S/RES/688 (1991), 3. Präambelerwägung; zur Übersetzung o. Fn. 51; dazu auch *Udo Fink*, Kollektive Friedenssicherung, 1999, Teil 2, S. 900, sowie allg. *Pierre d'Argent/Jean d'Aspremont/Frédéric Dopagne/Raphaël von Steenberghe*, Article 39, in: Jean Pierre Cot/Allain Pellet/Mathias Forteau (Hrsg.), La Charte des Nations Unies, 3. Aufl. 2005, Bd. I, S. 1130 (1156); *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 14), S. 5 f.

145 S/RES/2332 (2016), 21. Präambelerwägung; dahin gehend auch schon S/RES/2139 (2014), 6. Präambelerwägung; S/RES/2991 (2014), 14. Präambelerwägung.

146 Inzwischen verlängert durch S/RES/2312 (2016), Rn. 7.

147 S/RES/2240 (2015), 4. sowie letzte Präambelerwägung.

148 Ebenso *Desirée C. Schmitt*, EU-Flüchtlingsschutz durch militärische Bekämpfung von Menschenhandel und Menschen schleusung im Mittelmeer?, *Zeus* 2016, 551 (569).

149 S/RES/2240 (2015), 6., 7. sowie letzte Präambelerwägung.

150 Dazu krit. *Stefan Oeter*, Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII UN-Charta, VN 2016, 164 ff.

151 Dahingehend auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 7.2.2017, Rs. C-638/16 (X u. X/Belgien), ECLI:EU:C:2017:93, Rn. 173.

152 Dazu schon oben zu III 2 sowie speziell zum Kampf gegen Menschen schmuggel Fn. 42.

153 Insbesondere kann der Rat auch Maßnahmen mit Zwangswirkung gegenüber Drittstaaten beschließen; s. *Fink* (Fn. 144), S. 912 f.; *Nico Krisch*, Introduction to Chapter VII: The General Framework, in: Bruno Simma/Daniel-Erasmus Kahn/Georg Nolte/Andreas Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012, Bd. II, S. 1237, Rn. 31 ff.

liegt besonders nahe, wenn der Sicherheitsrat, wie im Falle Syriens, außer Stande ist, die Fluchtursachen zu bekämpfen.¹⁵⁴

Zweifelhafter erscheint, ob der Sicherheitsrat Migrationsbewegungen auch dann gestalten kann, wenn sie nicht auf einem bewaffneten Konflikt beruhen. Stellt man auf die destabilisierende Wirkung der grenzüberschreitenden Migrationsströme ab, wie es der Sicherheitsrat im Falle Iraks¹⁵⁵ und Syriens¹⁵⁶ getan hat, erscheint die innerstaatliche Ursache der Migrationsbewegungen unerheblich.¹⁵⁷ Freilich droht der Sicherheitsrat zu einer Weltregierung zu werden, wenn sich sein Aktionsfeld vollkommen von der Existenz eines bewaffneten Konflikts löst.¹⁵⁸ Das spricht dafür, Migrationssteuerung nach Kapitel VII jedenfalls zunächst auf Gewaltflüchtlinge zu begrenzen.

Außerdem muss der Sicherheitsrat migrationsbedingtem Konfliktpotenzial nicht unbedingt mit einer Weiterleitung von Flüchtlingen begegnen. Unter Umständen reicht eine finanzielle Unterstützung der Erstaufnahmeländer aus. Folgerichtig hat der Sicherheitsrat die Mitgliedstaaten angesichts des Syrienkonflikts 2014 aufgefordert, ihre finanziellen Zusagen einzuhalten und die Aufnahme von Flüchtlingen im Libanon und den anderen Nachbarländern Syriens nachhaltig finanziell zu unterstützen.¹⁵⁹ Wäre die Staatengemeinschaft dem nachgekommen, hätten sich im Sommer 2015 nicht Hunderttausende auf den Weg nach Europa gemacht.¹⁶⁰ In Zukunft sollte der Sicherheitsrat wenigstens die finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten gestützt auf Kapitel VII verbindlich einfordern.¹⁶¹

154 Als politisches Organ hätte es der Sicherheitsrat im Rahmen von Art. 48 Abs. 1 CVN ebenfalls in der Hand, einen Verteilungsschlüssel zu beschließen, der unterschiedliche Verteilungskriterien wie Leistungsfähigkeit sowie räumliche und kulturelle Nähe miteinander verbindet. Dadurch würde der Sicherheitsrat die Beistandsverpflichtung gemäß Art. 49 CVN konkretisieren; zum Solidaritätsgehalt von Art. 49 f. CVN *Wellens* (Fn. 117), S. 28 f.

155 O. Fn. 144.

156 O. Fn. 145; s. auch *Nico Krisch*, in: *Sinna u.a.* (Fn. 153), Art. 39 Rn. 33.

157 Dementsprechend hat der UN-Generalsekretär in einem Bericht zu den Folgen des Klimawandels für die internationale Sicherheit auch klimabedingte Wanderungsbewegungen als Konfliktpotenzial identifiziert; A/64/350, Rn. 70. Noch grundsätzlicher zum Zusammenhang von Frieden und sozialer Gerechtigkeit *Markus Kotzur*, *Soziales Völkerrecht für eine solidarische Völkergemeinschaft?*, JZ 2008, 265 ff.

158 Vor Konturlosigkeit warnt auch *Oeter* (Fn. 150), S. 167-169.

159 S/RES/2139 (2014), 6.-7. Präambelerwägung sowie Rn. 16; bestätigend S/RES/2191 (2014), 16. Präambelerwägung; eindrucklich zudem die Stellungnahme des Präsidenten des Sicherheitsrats, S/PRST/2015/10; eine Lastenteilung zugunsten afrikanischer Staaten, die Flüchtlinge beherbergen, mahnt bereits an S/RES/1208 (1998), Rn. 6.

160 Zur dramatischen Unterfinanzierung im Jahr 2015 s. UNHCR u.a., *Regional Refugee & Resilience Plan 2015-2016 in Response to the Syria Crisis*, 3RP Regional Progress Report, Juni 2015, S. 15-17; grundsätzlich zu sekundären Fluchtbewegungen *Stephen H. Legomsky*, *Addressing Secondary Refugee Movements*, in: *Cholewinski/Perruchoud/MacDonald* (Fn. 10), S. 177 ff.

161 Demgegenüber ziehen *Mathew/Harley* (Fn. 85), S. 135, in Betracht, dass der Sicherheitsrat Migration verursachende Staaten zur Entschädigung anderer Staaten verpflichten könnte. Freilich kollidiert auch eine Aktualisierung der solidarischen Finanzierungsverantwortung von Drittstaaten nicht mit dem Haushaltsrecht der UN-Generalversammlung nach Art. 17 CVN, weil weder die Tätigkeit der UNO finanziert wird, noch eine Finanzierung aus dem UN-Haushalt in Rede steht.

VI. Schluss

Ich komme zum Schluss. Natürlich wird der Sicherheitsrat 2017 weder eine Weiterverteilung von Syrien-Flüchtlingen, noch eine finanzielle Umlage beschließen. „Ist es ein Traum?“ – „Ein Traum, was sonst?“, könnte ich nun mit Heinrich von Kleist im Prinzen von Homburg schließen.¹⁶² Ich möchte jedoch zum Anfang meines Vortrags zurückkehren. Zu den Hugenotten, die der Große Kurfürst 1685 ins Land geholt hatte, gehörte die Familie Fontane, deren Spross Theodor Fontane¹⁶³ rund 200 Jahre später den Berliner Gesellschaftsroman prägen sollte. Daher soll das Schlusswort Melusine gehören, einer zentralen Frauengestalt in Fontanes Roman „Der Stechlin“: „Alles Alte, so weit [sic!] es Anspruch darauf hat, sollen wir lieben, aber für das Neue sollen wir recht eigentlich leben.“¹⁶⁴

162 *Heinrich von Kleist*, D[er Prinz von Homburg oder d]ie Schlacht bei Fehrbellin, Wien, 1822, S. 104.

163 Zur Herkunft Theodor Fontanes s. *Helmuth Nürnberger*, Fontane, 1968, S. 22; s. auch den Bericht von *Theodor Fontane* selbst in: *Meine Kinderjahre*, Berlin, 1894, S. 16 ff.

164 *Theodor Fontane*, *Der Stechlin*, Berlin, 1899, S. 354.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Uerpmann-Witzack, Regensburg

I. Einleitung

(1) Migrationsbewegungen vollziehen sich typischerweise ohne Völkerrecht. Die Entscheidung über Aufnahme oder Abweisung von Migranten liegt regelmäßig beim souveränen Staat. Dies ist der ernüchternde Status quo, dem in einem ersten Schritt nachzugehen ist (III).

(2) In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welche Ansätze zur Ordnung und Gestaltung von Migrationsbewegungen das geltende Völkerrecht trotz allem kennt (IV).

(3) Bleibt die Rechtswirklichkeit nach sorgfältiger Analyse unbefriedigend, ist es Aufgabe einer engagierten Rechtswissenschaft, Denkräume für eine bessere Welt zu eröffnen, mögen diese auch utopisch erscheinen. Das soll im letzten Hauptteil versucht werden (V).

II. Vorklärungen

(4) Gegenstand des Berichts sind Migrationsbewegungen, die entstehen, wenn in einem bestimmten zeitlichen und räumlichen Zusammenhang eine Vielzahl von Individuen in ähnlicher Weise wandern und dabei Staatsgrenzen überschreiten, um ihren gewöhnlichen Aufenthalt zumindest vorübergehend in einen anderen Staat zu verlegen.

(5) Das Flüchtlingsrecht der Genfer Flüchtlingskonvention erfasst nur einen engen Bereich der Migration, indem es an den Begriff der Verfolgung anknüpft. Eine solche Kategorienbildung ist Ausdruck des Versuchs, Migration zu ordnen.

(6) Im Folgenden wird ein weiter Migrationsbegriff zugrunde gelegt, der alle Migrationsgründe umfasst.

(7) Für einen Zielstaat wie Deutschland kann Migration unter wirtschaftlichen und demografischen Gesichtspunkten relevant sein. Zunehmend wird Migration unter sicherheitsrechtlichen Aspekten thematisiert. Schließlich wirft Migration für einen Nationalstaat die Frage nach der nationalen Identität auf.

(8) Ein Herkunftsstaat mag Migration insbesondere bei schlechter Wirtschaftslage als Chance begreifen. Andererseits besteht die Gefahr, dass ein Staat durch Abwanderung gut ausgebildete Arbeitskräfte verliert, die die eigene Gesellschaft braucht.

(9) Wird Migration aus der Perspektive der Migranten erzählt, entspricht dies juristisch einem menschenrechtlichen Ansatz. Diese Perspektive wird hier nicht eingenommen. Vielmehr geht es darum, wie Staaten und andere völkerrechtliche Akteure Migration ordnen und gestalten können.

(10) Migrationsbewegungen, bei denen Menschen dauerhaft oder zumindest über längere Zeit ihren Aufenthaltsort verändern, können nur gelingen, wenn die Migranten im Zielstaat heimisch werden. Völkerrechtlich lässt sich Integration jedoch kaum gestalten. Allenfalls können auf internationaler Ebene Standards für eine gute Integration aufgestellt werden.

III. Ernüchternder Status quo

1. Das souveräne Recht zur Grenzkontrolle

(11) Staatliche Herrschaft ist vor allem Herrschaft über ein Gebiet. Damit scheint es konsequent, dass jeder Staat darüber bestimmen kann, ob und welche Ausländer sich auf dem eigenen Staatsgebiet aufhalten dürfen und wem Zugang gewährt wird.

(12) Historisch ist das Recht zur Grenzkontrolle keineswegs zwingend mit dem Westfälischen System souveräner Territorialstaaten verbunden. *Hugo Grotius* ging noch von dem aus, was heute als „Menschenrecht auf Migration“ bezeichnet würde. Was die Praxis angeht, haben Staaten bis weit in das 19. Jahrhundert hinein offenbar kaum versucht, den Zugang von Ausländern zu ihrem Staatsgebiet zu kontrollieren. Erst mit dem Ersten Weltkrieg haben sich weltweit systematische Grenzkontrollen etabliert. Seitdem ist das souveräne Recht zur Grenzkontrolle, das theoretisch im Konzept der Souveränität wurzelt, auch in der Praxis fest verankert.

(13) Damit zeigt sich eine gewisse Asymmetrie: Völkerrechtlich gesehen, haben die Zielstaaten die Rechtsmacht, grenzüberschreitende Migration zu verhindern, während die Ausgangsstaaten weitgehend machtlos sind, wollen sie nicht ihre Grenzen faktisch undurchlässig machen und zugleich die Ausreisefreiheit in Frage stellen.

2. Internationales Migrationsverhinderungsrecht

(14) Abgesichert wird das souveräne Recht zur Grenzkontrolle durch völkerrechtliche Instrumente, die sich unter dem Begriff des internationalen Migrationsverhinderungsrechts zusammenfassen lassen.

a) Rückübernahmeabkommen

(15) Eine wichtige Kategorie des Migrationsverhinderungsrechts bilden Rückübernahmeabkommen. Sie bauen auf der gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung eines jeden Staates auf, seine eigenen Staatsangehörigen zurückzunehmen, und sichern diese Verpflichtung verfahrensmäßig ab. Teilweise erstrecken sie die Rückübernahmeverpflichtung auch auf Drittstaatsangehörige, die über den anderen Staat eingereist sind.

(16) Es ist auffällig, dass die Europäische Union in jüngster Zeit informelle Absprachen vorzuziehen scheint. So hat sie am 2.10.2016 eine Vereinbarung mit Afghanistan getroffen, um die Rückübernahme afghanischer Staatsangehöriger zu erleichtern. Für die Wahl einer rein politischen Vereinbarung dürften Flexibilität und Zeitersparnis sprechen, während finanzielle und andere Gegenleistungen die tatsächliche Erfüllung der Vereinbarung mindestens ebenso gut absichern, wie es eine förmliche Rechtsverbindlichkeit bewirken könnte.

b) Migrationsursachenbekämpfung

(17) Unerwünschte Migration lässt sich auch dadurch verhindern, dass Migrationsursachen beseitigt werden. So bekennen sich die Staaten in der Schlusserklärung des New Yorker Weltgipfels für Flüchtlinge und Migranten vom 19.9.2016 dazu, die „*root causes*“ großer Flüchtlings- und Migrantenbewegungen anzugehen.

(18) Der Zusammenhang von Migration und Entwicklung wird mittlerweile sowohl im Entwicklungs- als auch im Flüchtlingsvölkerrecht anerkannt.

(19) Wollte man Migrationsdruck nachhaltig senken, müssten soziale Ungleichheit reduziert, die Welt befriedet und der Klimawandel rückgängig gemacht werden. Es geht also um die Schaffung einer besseren Welt.

IV. Realistische Optionen eines internationalen Migrationsmanagements

1. Internationales Wanderarbeitnehmermanagement

(20) Der Abschluss von Anwerbeabkommen zur Deckung des deutschen Arbeitskräftebedarfs ab 1955 diente vor allem den Interessen der Entsendestaaten. Diesen oblag die Vorauswahl der Bewerber, und damit konnten sie die Auswanderung von Arbeitskräften steuern.

(21) Deutschland war auf die Vermittlung nicht angewiesen. Auslandsvertretungen konnten Bewerbungen im anderen Staat direkt entgegennehmen. Außerdem konnten sich deutsche Unternehmen der Dienste privater Arbeitsvermittler bedienen, die im anderen Staat geeignete Bewerber suchten. Die Anwerbung war damit am anderen Staat vorbei möglich, und Deutschland nutzte in der Tat neben der Anwerbung im Rahmen von Anwerbeabkommen die Möglichkeit der direkten Anwerbung.

(22) Solange die Ausreisefreiheit gewährt ist, die Einreise von Ausländern aber der staatlichen Kontrolle unterliegt, ergibt sich also ein Kräfteungleichgewicht zwischen Anwerbe- und Entsendestaat. Gestaltungsmacht erlangt der Entsendestaat nur über Anwerbeabkommen.

(23) Ein Blick auf das universelle Wanderarbeitnehmerrecht bestätigt, dass die völkerrechtliche Regelung der Arbeitsmigration vorrangig im Interesse der Herkunftsstaaten und der betroffenen Migranten liegt. Staaten, die Arbeitsmigranten anziehen, haben kaum ein Interesse an einer völkerrechtlichen Regulierung. Dementsprechend hat das ILO-Wanderarbeitnehmerübereinkommen Nr. 97 vom 1.7.1949 nur 49 Vertragsparteien; wichtige Zielländer von Arbeitsmigration haben es nicht ratifiziert.

2. Internationales Flüchtlingsmanagement

(24) Ein extremes Beispiel der konsensualen Weiterleitung von Flüchtlingen sind die Vereinbarung, die Australien mit den kleinen Pazifik-Staaten Nauru sowie Papua-Neuguinea geschlossen hat. Nimmt man die Vereinbarungen beim Wort, ist dagegen aus völkerrechtlicher Sicht nicht viel zu erinnern. Leider bleibt der menschenrechtliche Anspruch, der die Vereinbarungen trägt, in der Praxis auf der Strecke.

(25) Demgegenüber hat die Staatengemeinschaft seit der Zwischenkriegszeit drei dauerhafte Lösungen für Flüchtlinge entwickelt: Die freiwillige Rückkehr, Ansiedlung und Integration im Erstaufnahmestaat sowie die Umsiedlung in einen Drittstaat. Am größten ist das gestaltende Element bei der Umsiedlung in einen Drittstaat. Herausragendes Beispiel ist das *Orderly Departure Program*, mit dem die internationale Gemeinschaft 1979 auf das Problem der sog. *boat people* aus Vietnam reagierte.

3. Der institutionelle Rahmen

(26) Das heutige Migrationsrecht wurzelt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Rückblickend lässt sich die Entwicklung des Internationalen Flüchtlingsschutzes in den 1920er Jahren als Erfolgsgeschichte begreifen.

(27) Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) blickt mit seinem internationalen Schutzauftrag vorrangig auf aktuelle Krisen. Dabei sucht es auch nach dauerhaften Lösungen bis hin zur Umsiedlung von Flüchtlingen in Drittstaaten.

(28) Die Internationale Organisation für Migration (IOM) ist vor allem Dienstleister und als solcher kaum in der Lage, eine eigene Agenda zu entwickeln.

(29) Die UN-Generalversammlung ist mit ihrer umfassenden Zuständigkeit in der Lage, thematisch und regional ausdifferenzierte Migrationsdebatten zusammenzuführen. So konnte sie am 19.9.2016 zum Gipfel für Migranten und Flüchtlinge nach New York laden.

(30) Das vorhandene institutionelle System schließt nicht aus, dass einzelne Staaten die Initiative ergreifen. So hat US-Präsident Obama 2016 gemeinsam mit dem UN-Generalsekretär, Deutschland und weiteren Staaten zu einem *Leaders' Summit on Refugees* geladen, der im September in unmittelbarer zeitlicher und örtlicher Nähe zum UN-Weltgipfel für Flucht und Migration stattfand und auf dem konkrete Zusagen für finanzielle Hilfen und für die Aufnahme von Flüchtlingskontingenten abgegeben wurden. Mit den beiden komplementären Gipfeltreffen zeichnet sich eine Arbeitsteilung ab.

V. Utopie

1. Begründung einer internationalen Migrationsverantwortung

(31) Die UN-Generalversammlung hat Solidarität mehrfach als Wert eingefordert. Im Flüchtlingsrecht ist der Solidaritätsgedanke besonders stark ausgeprägt, sodass sich von einem Rechtsprinzip sprechen lässt. Die Staaten haben sich aber stets geweigert, daraus einzelne, konkrete rechtliche Handlungspflichten abzuleiten.

(32) In jüngster Zeit wird der Solidaritätsgedanke durch das Konzept der Schutzverantwortung unterstützt. Ist der Aufnahmestaat offenkundig überfordert, ist es Aufgabe der internationalen Gemeinschaft und damit der anderen Staaten, dem überforderten Aufnahmestaat zur Hilfe zu kommen. Dies entspricht der zweiten Säule der *Responsibility to Protect*.

2. Ausgestaltung einer internationalen Migrationsverantwortung

(33) Eine solidaritätsgestützte Migrationsverantwortung kann viele Formen von der Flüchtlingsaufnahme bis hin zur finanziellen Unterstützung von Erstaufnahmestaaten annehmen. Auch lassen sich unterschiedliche Verteilungsschlüssel diskutieren. Zudem spricht viel dafür, die Staaten der jeweiligen Region in der primären Verantwortung zu sehen. Damit erscheint es ausgeschlossen, aus einer Migrationsverantwortung einzelne Solidarbeiträge als konkrete Rechtsfolge abzuleiten. Die Migrationsverantwortung wirkt aber als Rechtfertigungslast.

3. Verantwortungskongretisierung durch den Sicherheitsrat

(34) Sobald Migrationsbewegungen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen, kann auch der Sicherheitsrat nach Kapitel VII CVN aktiv werden. Nach der Sicherheitsratspraxis zu Irak und Syrien ist geklärt, dass ein massiver Zustrom von Gewaltflüchtlingen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedrohen kann.

(35) Allerdings stand bei der Sicherheitsratsresolution 2240 (2015) zum Flüchtlings-schmuggel vor der Küste Libyens der Kampf gegen Formen der organisierten Kriminalität im Vordergrund; die Resolution ist dem Migrationsverhinderungsrecht zuzuordnen.

(36) Liegt die Friedensbedrohung in der destabilisierenden Wirkung von Migrationsbewegungen auf einen Zufluchtsstaat, gestattet es Art. 41 CVN auch, die Flüchtlinge auf einen größeren Kreis von Staaten zu verteilen. Alternativ könnte der Sicherheitsrat die finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten mit einem überforderten Erstaufnahmestaat verbindlich einfordern.

Summary

Regulating and Shaping Migration Movements through International Law
by Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Regensburg

I. Introduction

- (1) As a rule, migration movements unfold without an international legal framework. Rather, the decision to accept or to reject migrants lies with the sovereign State. This chilling *status quo* will be explored in part III.
- (2) Nevertheless, present international law comprises some means to regulate and to shape migration movements. These means will be analysed in part IV.
- (3) When legal reality remains unsatisfactory even after careful analysis, committed legal scholarship is called upon to open avenues of thought for a better world, even if they may appear utopian. This will be attempted in the last part (V).

II. Preliminary Clarifications

- (4) This report deals with migration movements that occur when a multiplicity of individuals migrate in a similar way within a certain temporal and spatial context and thereby pass international borders in order to relocate in another State at least temporarily.
- (5) Refugee law as laid down in the Geneva Convention on Refugees only covers a small part of migration since it presupposes persecution. Forming such a category of migrants is an attempt to structure migration.
- (6) This report is based on a broad concept of migration that includes all causes of migration.
- (7) For a country of destination such as Germany, migration may be relevant under economic and demographic aspects. Migration is increasingly discussed under security aspects as well. Finally, migration may challenge a nation State's identity.
- (8) Countries of origin may understand migration as a chance, especially if the economic situation is bad. On the other hand, countries of origin may lose highly qualified work force, which is needed at home, through emigration.
- (9) Narrating migration from a migrant perspective corresponds to a human rights approach. The present report does not choose this perspective. Rather, it enquires the potential of States and other international actors to regulate and to shape migration.
- (10) Migration movements that involve permanent or at least long-term relocation will only succeed if migrants are integrated into the society of their new home State. It is hardly possible, however, to achieve integration through international law. At best, international bench-marks for good integration may be fixed.

III. The Chilling Status Quo

1. The Sovereign Right of Border Control

- (11) State governance is primarily territorial in nature. As a consequence, each State has the sovereign right to decide which foreigners may access the State's territory and stay there.

(12) In a historical perspective, there is no compelling link between the right of border control and the Westphalian system of sovereign territorial States. *Hugo Grotius* still advocated what would be called a human right to migration today. As far as practice is concerned, it seems that States have hardly made attempts to control the access of foreigners to their territory until the late 19th century. Worldwide systematic borders controls were not established until the First World War. Since then, the sovereign right to border control, which is rooted in the theory of sovereignty, is equally settled in practice.

(13) This reveals a certain asymmetry: From an international law point of view, countries of destination have the legal power to stop migration, whereas countries of origin are rather powerless unless they effectively close their borders and compromise the freedom to leave one's country.

2. International Migration Prevention Law

(14) The sovereign right of border control is corroborated by international mechanisms that may be categorized as international migration prevention law.

a) Readmission Agreements

(15) Readmission agreements constitute an important pillar of migration prevention law. They build on the customary obligation of a State to readmit its own nationals and back up this obligation through procedural means. In some cases, they extend the obligation to readmit to third-country nationals immigrating from or via the other country.

(16) It is striking that the European Union seems to prefer informal arrangements recently. Thus, the EU and Afghanistan reached an understanding in order to facilitate the readmission of Afghan nationals on 2 October 2016. Flexibility and the interest of saving time militate in favour of a purely political agreement, while financial and other considerations may ensure the effective implementation of the agreement at least as good as the legally binding nature of an international treaty could do.

b) Fighting Migration Causes

(17) Undesired migration may also be prevented by eliminating the root causes of migration. Thus, States expressed their determination „to address the root causes of large movements of refugees and migrants“ in the New York Declaration for Refugees and Migrants of 19 September 2016.

(18) Meanwhile, the interrelationship between migration and development has been recognised in international development and refugee law.

(19) In order to effectively mitigate migration pressure, it would be necessary to reduce social inequality, to pacify the world, and to undo climate change. Thus, creating a better world is at stake.

IV. Realist Options of International Migration Management

1. International Migrant Worker Management

(20) A series of labour recruitment agreements, which the Federal Republic of Germany concluded as of 1955 with a view of covering its labour force demand, essentially

served the interests of the States of origin. In fact, these agreements charged the States of origin with pre-selecting applicants and thereby enabled them to control the emigration of labour force.

(21) Germany did not need this service. Applications could also be submitted at German consular posts, and German enterprises could use private employment services in order to recruit applicants abroad. Thus, it was possible to bypass the authorities of the other State, and Germany actually opted for direct recruitment alongside with recruitment through labour recruitment agreements.

(22) As long as the freedom to leave one's country is granted, whereas receiving States control the entry of foreigners, there is an imbalance of forces between recruiting and sending States. Labour recruitment agreements are the only way for a State of origin to regain the power to shape migration.

(23) A glance at universal migrant workers law confirms that the international regulation of labour migration primarily serves the interests of countries of origins and of migrants. States, which attract labour migrants, are hardly in favour of international regulation. This explains why the ILO Migrant Workers Convention No. 97 of 1 July 1949 has but 49 contracting parties; important States of destination of labour migration have not ratified it.

2. International Refugee Management

(24) The Memoranda of Understanding concluded by Australia with the small Pacific States Nauru and Papua New Guinea are an extreme example of consensual migrant transfer. If the rules of both agreements were correctly applied, they would hardly cause concern under international law. Unfortunately, the human rights claim underlying both agreements is left behind in practice.

(25) In contrast, the international community of States has developed three durable solutions for refugees since the interwar period: voluntary return, local settlement, and resettlement in a third state. The shaping element of resettlement is particularly strong. The Orderly Departure Program, through which the international community responded to the Vietnam boat people crisis in 1979, is an eminent example.

3. The Institutional Framework

(26) Today's migration law goes back to the first half of the 20th century. In retrospective, the development of international refugee protection in the 1920^{ies} appears as a success story.

(27) The mandate of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) focuses primarily on current crises. In this context, UNHCR also looks for durable solutions including resettlement in third States.

(28) The International Organization for Migration (IOM) is, above all, a service provider. As such, the IOM is hardly able to develop an agenda of its own.

(29) Thanks to its comprehensive mandate, the UN General Assembly is able to integrate substantially and regionally highly differentiated discussions on migration. Thus, the Assembly was able to host the World Summit for Refugees and Migrants in New York on 19 September 2016.

(30) The present institutional regime does not prevent individual States from taking the lead. In 2016, for instance, US President Obama, the UN Secretary General, Germany and other States invited to a Leaders' Summit on Refugees, which was held in September in close vicinity to the UN World Summit for Refugees and Migrants and where States made concrete commitments for financial aid and refugee quotas. The complementary summits show a division of labour between the UN and individual States.

V. Utopia

1. Foundation of an International Responsibility for Migration

(31) The UN General Assembly has repeatedly claimed the value of solidarity. In international refugee law, the idea of solidarity is particularly strong and amounts to a legal principle. However, States have consistently refused to deduce individual and concrete legal obligations to act from this principle.

(32) Recently, the idea of solidarity has been supported by the concept of the responsibility to protect. If a receiving State is clearly overburdened, the international community of states is called upon to assist that State. This corresponds to the second pillar of the responsibility to protect.

2. Shaping an International Responsibility for Migration

(33) A responsibility for migration based on solidarity may take various forms ranging from the resettlement of refugees to financial support for States of first asylum. Moreover, it is possible to conceive different distribution keys. There are good reasons to believe that States in the relevant region bear a primary responsibility. All things considered, it seems impossible to derive an obligation to provide specific solidarity contributions from an overall responsibility for migration. Nevertheless, the responsibility for migration puts States under pressure to justify their individual contributions.

3. Concretizing an International Responsibility for Migration through Security Council Practice

(34) If migration movements threaten international peace and security, the UN Security Council will be able to act under Chapter VII of the UN Charter. Security Council practice with regard to Iraq and Syria shows that a massive influx of war refugees may threaten international peace and security.

(35) Security Council Resolution 2240 (2015) on refugee smuggling off the coast of Libya, however, primarily aims at combatting forms of organized crime; the resolution is part of international migration prevention law.

(36) If the risk that a mass influx of migrants destabilizes a host country constitutes a threat to international peace and security, Article 41 UN Charter enables the Security Council to relocate refugees to a greater number of States. Alternatively, the Security Council could authoritatively demand the financial solidarity of Member States with an overburdened State of first asylum.

Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration

Von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Heidelberg*

- A. Einführung
 - I. Schutz- und Wirtschaftsmigration
 - II. Migration, Personalstatut, Werteordnung und kulturelle Identität
- B. Das Personalstatut im Zeitalter der Massenmigration: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung
 - I. Anknüpfungsprinzipien
 - 1. Staatsangehörigkeit
 - 2. Gewöhnlicher Aufenthalt
 - II. Schutzmigranten
 - 1. Staatenlose, Art. 5 Abs. 2 EGBGB
 - 2. Art. 12 Genfer Flüchtlingskonvention
 - 3. Reichweite des Art. 12 GFK
 - III. Wirtschaftsmigranten
 - IV. *Status quo*: doppelt gespaltene Anknüpfung des Personalstatuts
 - V. Integrationsvorschlag: Einheitliches Personalstatut anhand des Aufenthaltsprinzips
 - 1. Nachteile des Staatsangehörigkeitsprinzips
 - 2. Vorteile des Aufenthaltsprinzips
 - 3. Von der Personal- zur Territorialhoheit
 - VI. Wahrung der kulturellen Identität
 - V. Zwischenergebnis
- C. Inländische Werteordnung: Von der neutralen zur politischen Anknüpfung
 - I. Das klassische IPR als „Toleranzrecht“
 - II. Grenzen der Toleranz
 - 1. Popper: Das Paradox der Toleranz
 - 2. Savigny: Einschränkungen der Toleranz
 - 3. *Ordre public*, Art. 6 EGBGB
 - 4. Politisierung und Unilateralisierung der Verweisungen
- D. Geschlechtergleichstellung: Von der passiven zur aktiven Neutralität
- E. Schlussbetrachtung
 - I. Masseneinwanderung - Integration durch das IPR
 - II. Anknüpfung des Personalstatuts: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung
 - III. Spannungsverhältnis zwischen kultureller Identität und inländischer Werteordnung
 - IV. Grenzen der Fremdrechtsanwendung - Geschlechtergleichstellung
 - V. Cupierung der Verweisung bei abstrakt geschlechterdiskriminierendem Auslandsrecht
 - VI. Vom negativen zum positiven *ordre public* bei Kinderehen

Thesen

Summary

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser im Rahmen der 100-Jahres-Feier der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR) im März 2017 in Berlin gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Herzlich gedankt sei Herrn Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), Herrn Wiss. Ass. Anton S. Zimmermann sowie Frau cand. iur. Ioana Hategan für wertvolle Anregungen. Die These von der Durchsetzung der Geschlechtergleichstellung im IPR (unter B.V.) wird näher ausgeführt und begründet werden bei Weller/Thomale/Zimmermann, Die cupierte Verweisung, 2018.

A. Einführung

I. Schutz- und Wirtschaftsmigration

Massenmigration gehört zu den großen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts.¹ Schon ist von einer neuen „Völkerwanderung“ die Rede.² Dabei können unter Rekurs auf die asyl- und ausländerrechtliche Terminologie m.E. insbesondere zwei großen Migrantentypen abgeschichtet werden, die für das Kollisionsrecht von besonderer Bedeutung sind:

- (1) Schutzmigranten (Flüchtlinge im weiteren Sinne³), hier in Anlehnung an § 1 AsylG definiert als Ausländer aus Drittstaaten, die (a) um Schutz vor politischer Verfolgung nach Art. 16a GG oder die (b) um internationalen Schutz (als Konventionsflüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter) nachsuchen. Laut dem UN-Hilfswerk UNHCR sind derzeit weltweit ca. 60 Millionen Menschen auf der Flucht, darunter ca. knapp 5 Millionen aus Syrien, 4 Millionen aus Ostafrika und 2,6 Millionen aus Afghanistan.⁴
- (2) Wirtschaftsmigranten⁵, hier in Anlehnung an §§ 18 ff. AufenthaltG definiert als Ausländer, die zum Zweck der Erwerbstätigkeit⁶ in die Bundesrepublik einreisen.⁷

Die folgenden Ausführungen nehmen für die Schutz- und Wirtschaftsmigranten eine Immigrationsperspektive ein, weil diese zu den drängendsten gesellschaftspolitischen Themen unserer Zeit zählt. Ausgeklammert bleiben die Emigration von Inländern sowie Sonderformen der Migration, wie etwa Medizin- und Reproduktionsmigration, die mit den Phänomenen Leihmutterchaft⁸, Sterbehilfe und Organtransplantationstourismus spezifische Fragestellungen aufwerfen.

II. Migration, Personalstatut, Werteordnung und kulturelle Identität

Migrationsbewegungen berühren in privatrechtlicher Hinsicht namentlich Fragen, die eng mit der Person verbunden sind, also etwa die Abstammung, die Rechts- und Geschäftsfähigkeit, den Namen sowie die familien- und die erbrechtlichen Verhältnisse. Diese persönlichen Rechtsfragen werden vom Personalstatut geregelt.⁹

1 Vgl. etwa *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753 ff.

2 *Hopfauf*, ZRP 2015, 226.

3 Vgl. hierzu die primär ausländerrechtliche Unterteilung in (1.) Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), (2.) Asylberechtigte, (3.) Subsidiär Schutzberechtigte, (4.) abgelehnte Asylbewerber, (5.) Asylbewerber im laufenden Verfahren, (6.) Pseudo-Flüchtlinge und (7.) „Sans Papiers“ bei *Mankowski*, IPRax 2017, 40 ff.

4 UNHCR, s. <http://www.unhcr.de/home/artikel/f31dce23af754ad07737a7806dfac4fc/weltweit-fast-60-millionen-menschen-auf-der-flucht.html>, zuletzt abgerufen am 9.3.2017.

5 Zu den Wirtschaftsmigranten können auch die EU-Freizügigkeitsmigranten gerechnet werden, die gestützt auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) innerhalb der EU umziehen.

6 Ausgeklammert bleiben die Bildungsmigranten (§§ 16 ff. AufenthG) sowie Migranten, die aus familiären Gründen (Familiennachzug) einreisen (§§ 27 ff. AufenthG) sowie – innerhalb der EU – die *nicht* erwerbswirtschaftlich motivierten Freizügigkeitsmigranten, die gestützt auf Art. 21 AEUV zu Zwecken wie etwa Ausbildung, Studium oder Ruhestand umziehen.

7 Vgl. auch *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 45, der von „Wirtschaftsflüchtlingen und anderen bloßen Pseudo-Flüchtlingen“ spricht.

8 Hierzu *Thomale*, Mietmutterchaft, 2015.

9 Zur vierfachen Bedeutung des Begriffs Personalstatut *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 41 ff.

Migrationsbewegungen bedeuten für das Personalstatut eine Herausforderung in mehrfacher Hinsicht: Der Mensch als dessen Bezugspunkt bewegt sich in Raum und Zeit. Damit sind *erstens* die zeitlichen und die örtlichen Grenzen der Anwendbarkeit von Rechtsordnungen berührt.¹⁰ International und intertemporal können verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. Dies provoziert Normwidersprüche, die durch die „Methodentrias des IPR“ – bestehend aus Verweisungs-, Anerkennungs- und Berücksichtigungsmethoden – aufzulösen sind.¹¹

Verschärft wird die Problematik *zweitens* durch den analytischen Ansatz des IPR auf Verweisungsebene. Hiernach wird das Personalstatut bei natürlichen Personen – anders als bei juristischen Personen¹² – nicht als einheitlich anzuknüpfendes Gesamtstatut behandelt, sondern in verschiedene Anknüpfungsgegenstände aufgespalten, etwa in das Namensstatut, das Scheidungsstatut und das Erbstatut.¹³ Jeder Anknüpfungsgegenstand wird von einer eigenen Verweisungsregel mit teils divergierenden Anknüpfungs- und Intertemporalmomenten beherrscht.

Hinzu kommt *drittens*, dass die Kollisionsregeln verschiedenen Rechtsquellen entspringen; man kann von einem Mehrebenensystem bestehend aus autonomem nationalem Kollisionsrecht, Völkerkollisionsrecht und Unionskollisionsrecht sprechen: So ist das Namensstatut im autonomen IPR in Art. 10 EGBGB verankert, das Unterhaltsstatut im Völkerkollisionsrecht (Haager Unterhaltsprotokoll) und das Scheidungsstatut in der Rom III-VO.

Massenmigration berührt mithin schon in ihrem theoretischen Ausgangspunkt eine mehrfache Problematik aus (1) Internationalität, (2) Intertemporalität, (3) einer Aufspaltung des Personalstatuts in verschiedene Anknüpfungsgegenstände sowie (4) einem Mehrebenensystem an Rechtsquellen.

Diese Aspekte, so könnte man einwenden, sind freilich bei vielen Rechtsgebieten von Relevanz, man denke etwa an das Internationale Unternehmensrecht: Auch hier stellen sich internationale und intertemporale Fragen, die von einer Vielzahl an Rechtsquellen im Mehrebenensystem adressiert werden.¹⁴

Und doch ist das Phänomen der Massenmigration für die Kollisionsrechtspraxis komplexer. Erstens stellt das Personalstatut anders als das Gesellschaftsstatut kein Einheitsstatut dar, zerfällt also analytisch in verschiedene Unterstatute. Zweitens spielt das Spannungsverhältnis von kultureller Identität¹⁵ der Migranten und inländischer Werteordnung im Unternehmensrecht so gut wie keine Rolle. Dagegen entzünden sich am Personalstatut von Migranten teils kontroverse gesellschaftspolitische Debatten, wie die Phänomene Kinderehen, Polygamie und Talaq illustrieren.

10 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 5.

11 Näher zur Methodentrias des IPR Weller, RabelsZ 81 (2017), 747.

12 Zum gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut MünchKommGmbHG/Weller, 3. Aufl. 2017, Einleitung Int. GesR, Rn. 387 f.

13 Zur kategorialen und intertemporalen Analytik Weller, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, 2016, 191, 203 ff.

14 Zum aktuellen Stand des Internationalen Unternehmensrechts Weller, IPRax 2017, 167 ff.

15 Dazu grundlegend Jayme, Cours général de droit international privé – Identité culturelle et Intégration: Le Droit International Privé postmoderne, 1995; Mansel, in: Nolte/Keller/v. Bogdandy/Mansel/Büchler/Walter (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 43, 2008, S. 137 ff.

B. Das Personalstatut im Zeitalter der Massenmigration: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung

Grundfragen der persönlichen Existenz eines Menschen werden, wie *supra* erwähnt, vom Personalstatut geregelt.¹⁶ Dessen kollisionsrechtliche Ermittlung ist für den Menschen mithin zentral.

I. Anknüpfungsprinzipien

1. Staatsangehörigkeit

Das Personalstatut (*lex personalis*) wurde bislang vornehmlich an die Staatsangehörigkeit angeknüpft.¹⁷ Maßgebend ist hiernach das Heimatrecht der jeweiligen Person (*lex patriae*).¹⁸ Das Staatsangehörigkeitsprinzip ist unter dem Eindruck der „großen Nationenwerdung im 19. Jahrhundert“ entstanden.¹⁹ In ihm manifestiert sich eine von der „Personalhoheit des Heimatstaates“²⁰ und damit von Subordination geprägte Sicht. Auswanderungsstaaten behalten nach diesem AnknüpfungsmodeLL selbst dann noch eine privatrechtliche Regelungsmacht über ihre Staatsangehörigen, wenn diese sich dauerhaft im Ausland niederlassen.²¹ Bis heute werden bedeutende Teile des Personalstatuts nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip ermittelt, so etwa die Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Art. 7 EGBGB), der Name (Art. 10 EGBGB) oder die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen (Art. 13 EGBGB).²²

2. Gewöhnlicher Aufenthalt

In jüngerer Zeit findet ausgehend von der mit dem Vertrag von Amsterdam (1997) initiierten Europäischen Kollisionsrechtsharmonisierung jedoch ein grundlegender Übergang von der tradierten Staatsangehörigkeitsanknüpfung hin zu einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt statt.²³ So werden insbesondere das Erbstatut (Art. 21 EuErbVO) und das Scheidungsstatut (Art. 8 Rom III-VO) an den gewöhnlichen Aufenthalt geknüpft. Das Europäische Kollisionsrecht flankiert auf diese Weise die mobilitätsfreundliche Stoßrichtung der Grundfreiheiten und der wirtschaftsunabhängigen Personenfreizügigkeit in Art. 21 AEUV.²⁴ Zeitlich noch weit vor der Europäischen Kol-

16 BT-Drucksache 19/504, S. 30: „Das ‚Personalstatut‘ im Sinne der herkömmlichen Bezeichnung umfasst die Anknüpfungsgegenstände des Personen-, Familien- und Erbrechts (...). Inhaltlich sind diese Bereiche dadurch gekennzeichnet, dass dort ganz überwiegend Grundvoraussetzungen und Fragen der persönlichen Existenz eines Menschen geregelt werden.“ Vgl. auch MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 2.

17 Näher zur Historie der Staatsangehörigkeitsanknüpfung *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 5 ff.; ferner v. *Bar/Mankowski*, IPR, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 18 ff.

18 *Weller*, FS Coester-Waltjen, 2015, S. 897, 900 ff.

19 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 130; *Weller*, FS Coester-Waltjen, 2015, S. 897, 900.

20 V. *Bar/Mankowski*, IPR, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 18; kritisch zum Argument der Souveränität und Personalhoheit des Heimatstaates als Grund für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 60 ff.

21 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 133 f.

22 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 137.

23 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 136 ff.; *Rentsch*, ZEuP 2015, 288 ff.; *Weller*, FS Coester-Waltjen, 2015, S. 897, 902 ff.

24 Zur Mobilität als dem neuen Anknüpfungsleitbild *Weller*, FS Coester-Waltjen, 2015, S. 897, 902 ff.

lisionsrechtsharmonisierung hat sich das Aufenthaltsprinzip freilich im Rahmen eines Sonderkollisionsrechts für Flüchtlinge etabliert. Im Einzelnen:

II. Schutzmigranten

1. Staatenlose, Art. 5 Abs. 2 EGBGB

Migrationsbewegungen liegen häufig politische, ethnische, religiöse oder kriegerische Fluchtursachen zugrunde.²⁵ Diesem Flucht-Phänomen trägt das IPR mit einem Sonderkollisionsrecht zur Ermittlung des Personalstatuts von Flüchtlingen Rechnung.²⁶ Sein Ursprung geht auf Migrationsbewegungen im Anschluss an die Russische Revolution von 1917 und den Ersten Weltkrieg zurück.²⁷ Damals wuchs insbesondere die Zahl der aufgrund des Zerfalls weiter Teile Mittel- und Osteuropas *staatenlos* gewordenen Flüchtlinge sprunghaft an.²⁸ Insofern erwies sich das Kollisionsrecht mit seinem Staatsangehörigkeitsfokus als unangemessen.²⁹ Es unterstellte nämlich die Staatenlosen dem Recht ihrer *früheren* Staatsangehörigkeit und damit regelmäßig dem Recht ihres Herkunftslandes³⁰, aus dem sie gerade fliehen mussten.³¹

Die Berufung des Rechts des „Verfolgerstaats“ auf die Geflohenen wird als unzumutbar erachtet.³² Flüchtlinge, die alle Brücken hinter sich abbrechen wollen, möchten gerade nicht in ihren „persönlichsten Angelegenheiten lebenslang der gesetzgeberischen Gewalt des Herkunftsstaates“ unterworfen werden.³³ Im Anschluss an einen Vorschlag der Haager Konferenz von 1928³⁴ wurde daher der damalige Art. 29 EGBGB abgeändert.³⁵ Seitdem werden originär Staatenlose und erst später staatenlos gewordene Personen gleich behandelt. Sie werden jeweils dem Recht des Staates ihres neuen Aufenthaltes unterstellt, vgl. Art. 5 Abs. 2 EGBGB.³⁶

25 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 1.

26 Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 1 ff.; Mankowski, IPRax 2017, 40 ff.

27 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94 sowie Art. 5 EGBGB, Anhang II, Rn. 1.

28 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94.

29 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94.

30 Art. 29 EGBGB (1900) lautet: „Gehört eine Person keinem Staate an, so werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für maßgebend erklärt sind, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und, wenn sie auch früher einem Staat nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der maßgebenden Zeit gehabt hat.“ (Hervorhebung durch Verf.).

31 Die kommunistischen Gesetze der Sowjetunion kamen hiernach auf russische Revolutionsflüchtlinge auch noch nach deren Emigration zur Anwendung, MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94.

32 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94; NomosK/Schulze, 3. Aufl. 2016, Art. 5 EGBGB, Anhang II, Rn. 3.

33 Dies gilt umso mehr, als das aktuell geltende Heimatrecht anzuwenden wäre, mithin auch noch diejenigen Regelungen zur Anwendung kämen, die nach der Flucht erlassen wurden, Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, 2.

34 Vgl. Kropholler, RabelsZ 57 (1993), S. 207, 208 f.

35 Gesetz über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12.4.1938, RGBl. I, 380, 383.

36 Der reformierte Art. 29 EGBGB (1938) lautete: „Soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für maßgebend erklärt sind, werden die Rechtsverhältnisse einer staatenlosen Person nach dem Recht des Staates beurteilt, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder mangels eines solchen ihren Aufenthalt hat oder zu der maßgeblichen Zeit gehabt hat.“ Die Regelung findet sich heute in Art. 5 Abs. 2 EGBGB. Die Reform des EGBGB im Jahr 1986 sollte am Regelungsgehalt des Art. 29 EGBGB a.F. nichts ändern, MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 94.

2. Art. 12 Genfer Flüchtlingskonvention

a) Magna Carta des Flüchtlingsrechts

Unbefriedigend blieb aber die Regelung für die nicht-staatenlosen Flüchtlinge (denen der Verfolgerstaat die Staatsangehörigkeit zum Beispiel nicht entzogen hatte). Die Problematik wurde besonders im Licht der durch den Zweiten Weltkrieg ausgelösten Vertreibungswellen virulent. Die Vereinten Nationen reagierten 1949 mit der Einsetzung eines Ad-Hoc-Komitees, das eine Konvention zur Rechtsstellung von Flüchtlingen erarbeitete.³⁷ Im Juli 1951 einigte man sich in Genf auf den endgültigen Vertragstext, der unter der Abkürzung „Genfer Flüchtlingskonvention“ (GFK)³⁸ bis heute die „Magna Carta“ des Flüchtlingsrechts bildet.³⁹

b) Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Flüchtlings

In Art. 12 GFK findet sich eine Regelung zur Bestimmung des „Personalstatuts“⁴⁰. Dieses wird an den aktuellen Wohnsitz des Flüchtlings angeknüpft.⁴¹ Dabei besteht Einigkeit, dass der „Wohnsitz“ konventionskonform mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Flüchtlings gleichzusetzen ist.⁴² Art. 12 GFK zielt erstens darauf ab, Flüchtlinge der Personalhoheit des Verfolgerstaates zu entziehen.⁴³ Zweitens bezweckt er die Integration der Flüchtlinge in ihre neue Umgebung, indem diese privatrechtlich den Inländern gleichgestellt werden.⁴⁴

Im Mehrebenensystem des IPR stellt Art. 12 GFK eine völkerrechtliche Kollisionsnorm dar, die nach Art. 3 Nr. 2 EGBGB den Kollisionsnormen des autonomen deutschen Rechts vorgeht.⁴⁵ Art. 12 GFK überlagert aber auch Kollisionsnormen in anderen Staatsverträgen und im Unionsrecht.⁴⁶ Rechtsdogmatisch wirkt die Bestimmung als unselbständige Kollisionsnorm bzw. verweisungsrechtliche Hilfsnorm.⁴⁷ Sie adressiert

37 *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 17. Die Konvention eröffnet kein subjektives Recht auf Asyl, sondern regelt lediglich die Rechtsstellung von denjenigen Flüchtlingen, denen Schutz gewährt wird, MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 26.

38 Genfer UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 560.

39 *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 13, 17; *Walter*, in: *Walter/Burgi* (Hrsg.), Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 7, 24.

40 So die Überschrift der amtlichen deutschen Übersetzung, Genfer UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 560.

41 MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Rn. 6: „(...) Die Staatsangehörigkeit [wird] als Anknüpfungsmoment generell durch den Wohnsitz ersetzt, weil bei einer Person, die von ihrem Heimatstaat aus politischen oder sonstigen Gründen verfolgt wird, nicht mehr angenommen werden kann, dass zur Herkunftsrechtsordnung eine enge Verbindung im kollisionsrechtlichen Sinne besteht.“

42 MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 62; BeckOK/*Lorenz*, 42. Aufl. 2015, Art. 5 EGBGB, Rn. 30; *Rentsch*, ZEuP 2015, 288, 309.

43 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 41: „Man macht sich nicht mehr abhängig von der Entscheidung und der Perspektive des Staates, der seine eigenen Staatsbürger verfolgt.“

44 MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 18; *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 41.

45 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 41.

46 Siehe dazu die jeweiligen Vorschriften zum Vorrang Völkerrechtlicher Abkommen zwischen Mitglieds- und Drittstaaten in den einzelnen Verordnungen, etwa Art. 19 Rom III-VO, dazu BeckOGK/*Gössl*, Art. 19 Rom III-VO, Rn. 6; MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 18, 25.

47 MünchKommBGB/v. *Hein*, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 18, 58; BeckOK/*Lorenz*, 42. Aufl. 2015, Art. 5 EGBGB, Rn. 29; Palandt/*Thorn*, 76. Aufl. 2017, Anhang zu Art. 5 EGBGB, Rn. 23.

lediglich den in einer selbständigen Kollisionsnorm verwendeten Anknüpfungspunkt und ändert ihn im Sinne der Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsanknüpfung ab (wenn die Kollisionsnorm nicht ohnehin schon dem Aufenthaltsprinzip folgt).⁴⁸

Bedient sich eine selbständige Kollisionsnorm – etwa Art. 7 EGBGB für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit – des Anknüpfungspunktes der Staatsangehörigkeit, so wird dieser über Art. 12 GFK durch den Anknüpfungspunkt des Wohnsitzes des Flüchtlings substituiert.⁴⁹ An die Stelle des Rechtes des Heimat- oder Fluchtlandes tritt für die Anknüpfungsgegenstände des Personalstatuts auf diese Weise das Recht des Aufenthaltsstaates.⁵⁰

c) *Beispiel: Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge*

Die Wirkungsweise des Art. 12 GFK lässt sich anhand einer Entscheidung des OLG Karlsruhe zur Vormundschaft⁵¹ für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge illustrieren⁵²: Ein ohne seine Eltern eingereister 17-jähriger Algerier beantragte in Deutschland Asyl. Das Familiengericht Karlsruhe ordnete das Ruhen der elterlichen Sorge aus tatsächlichen Gründen⁵³ und darauf aufbauend die Vormundschaft an.⁵⁴ Das Jugendamt wurde zum Vormund bestellt.⁵⁵

Mit dem Erreichen der Volljährigkeit endigt die Vormundschaft gemäß §§ 1882, 1773 BGB. Als der Flüchtling 18 Jahre alt wurde, stellte das Familiengericht dementsprechend die Beendigung der Vormundschaft fest. Dagegen legte jedoch das Jugendamt als gesetzlicher Vertreter des Flüchtlings Beschwerde ein mit der Begründung, nach algerischem Recht⁵⁶ trete die Volljährigkeit erst mit 19 Jahren ein.⁵⁷

Die nach § 1773 BGB für eine Vormundschaft notwendige Tatbestandsvoraussetzung der Minderjährigkeit ist eine selbständig anzuknüpfende Vorfrage.⁵⁸ Sie ist an sich nach Art. 7 EGBGB nach dem Heimatrecht der Person zu ermitteln, hier also nach algerischem Recht. Bei Flüchtlingen wird indes Art. 7 EGBGB nach zutreffender Auffassung⁵⁹ durch Art. 12 GFK überlagert mit der Folge, dass es nicht auf die Staatsange-

48 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 18, 58.

49 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 58, 61.

50 MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, EGBGB, Art. 5, Anhang II, Rn. 61: „Art. 12 Abs. 1 FlüchtlAbk ersetzt als unselbstständige Kollisionsnorm für die Bestimmung des Personalstatuts regelmäßig die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit durch diejenige an den ‚Wohnsitz‘ (...) Es sind folglich – vorbehaltlich Art. 12 Abs. 2 FlüchtlAbk – in Angelegenheiten des Personalstatuts, soweit der Flüchtling Anknüpfungssubjekt ist, alle Anknüpfungen, die zum Recht des Heimat- und Fluchtlandes führen, außer Betracht zu lassen und durch die in Art. 12 Abs. 1 FlüchtlAbk vorgesehene Ersatzanknüpfung zu substituieren.“

51 Vgl. zu der komplexen Frage, ob das auf die Vormundschaft anwendbare Recht nach Art. 24 EGBGB oder Art. 13 Haager Erwachsenenschutzübereinkommen zu ermitteln ist v. Hein, FamRZ 2015, 1822.

52 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.7.2015, 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820.

53 Vgl. §§ 1674 f. BGB.

54 Vgl. §§ 1773 f. BGB.

55 Vgl. § 1791b BGB.

56 Art. 40 Code civil algérien: Toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ces droits civils. La majorité est fixée à 19 ans révolus.

57 Vgl. zum Sachverhalt und Verfahrensgang OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.7.2015, 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820.

58 Insoweit zutreffend OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.7.2015, 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820.

59 AG Wangen im Allgäu, Verfügung v. 28.1.2016, Az. 11 F 91/15 (nicht veröffentlicht); v. Hein, FamRZ 2015, 1822 f.

hörigkeit, sondern auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Flüchtlings ankommt. Nicht überzeugend ist demgegenüber die Ansicht einiger Oberlandesgerichte⁶⁰, wonach die Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit nicht vom Begriff des Personalstatuts in Art. 12 GFK erfasst und daher nach dem Heimatrecht des Flüchtlings zu bestimmen seien.⁶¹ Bei der gebotenen konventionsautonomen Auslegung⁶² kann nämlich auf den Begriff des „statut personnel“ in der authentischen französischen GFK-Fassung zurückgegriffen werden, zu dessen Kern unstreitig die Fragen nach „état“ und „capacité civile“⁶³ zählen.⁶⁴ Folgt man dem, ist die Volljährigkeit eines Flüchtlings nach Art. 12 GFK anzuknüpfen. Bei einem Aufenthalt des Flüchtlings im Inland wird hiernach § 2 BGB zur Anwendung berufen. Ein Algerier, der nach seinem Heimatrecht erst mit 19 Jahren volljährig wäre, ist es als Flüchtling in Deutschland also bereits mit 18 Jahren.

3. Reichweite des Art. 12 GFK

a) Konventionsflüchtlinge

Die Kollisionsregel des Art. 12 GFK gilt unmittelbar nur für die sogenannten „GFK-Flüchtlinge“ bzw. „Konventionsflüchtlinge“.⁶⁵ Eine Legaldefinition des Flüchtlingsbegriffs findet sich in § 3 AsylG; sie ist über die sog. EU-Qualifikationsrichtlinie (RL 2011/95/EU) unionsweit harmonisiert.⁶⁶ Als Flüchtlinge gelten Ausländer, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe außerhalb ihres Herkunftslandes befinden.⁶⁷

60 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.7.2015, 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820 ff. (mit lesenswerter, wenngleich letzten Endes nicht überzeugender Begründung): „Diese Ziele sind aber nicht um ihrer selbst wegen zu erreichen, sondern am Alltag der Flüchtlinge auszurichten. Insofern ist es verfehlt, in jeder Beziehung die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit durch die an den Aufenthalt zu ersetzen. Vielmehr sind die praktischen Folgen eines solchen Verständnisses nicht außer Acht zu lassen (...) Eine der wesentlichen Folgen der Volljährigkeit ist die Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, vgl. §§ 2, 106 BGB. Die Anwendung der Konvention auf die Frage der Volljährigkeit würde in diesem Bereich zu dem Sinn und Zweck der Konvention zuwiderlaufenden Ergebnissen führen.“ Vgl. auch OLG Stuttgart, 24.9.2015, Az. 17 UF 56/15, S. 4 (nicht veröffentlicht): Die „Frage der Minderjährigkeit der betroffenen Person“ sei „auch im Zusammenhang mit Regelungen über die elterliche Sorge nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB zu beurteilen. Die Vorschrift wird vorliegend nicht durch vorrangige staatsvertragliche Regelungen verdrängt. Da X Staatsangehöriger der Republik Gambia ist, kommt das Recht dieses Landes zur Anwendung.“ M.E. hätte jedoch vorrangig auf Art. 12 GFK abgestellt werden müssen, da laut OLG Stuttgart (a.a.O., S. 3) X „in einem Zug (...) durch eine Streife der Bundespolizei aufgegriffen wurde (...) und erklärte, er wolle Asyl beantragen.“

61 Ebenso bereits v. Hein, FamRZ 2015, 1822 f.

62 Umstritten ist, ob und inwieweit der Begriff des Personalstatuts in Art. 12 GFK nach der lex fori oder aber autonom auszulegen ist. Überzeugend erscheint eine konventionsorientierte Auslegung, näher Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 117 f.; v. Hein, FamRZ 2015, 1822.

63 S. etwa Mayer/Heuzé, Droit international privé, 10. Aufl. 2010, Rn. 514; Bureau/Muir Watt, Droit international privé, Tome II, 2. Aufl. 2010, Rn. 621.

64 v. Hein, FamRZ 2015, 1822, 1823.

65 Mankowski, IPRax 2017, 40, 41; vgl. auch Staudinger/Bausback, 2013, Art. 5 EGBGB, Anhang IV, Rn. 53 ff.

66 Mankowski, IPRax 2017, 40, 41.

67 Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AsylG sowie Art. 2 lit. d) und Art. 13 RL 2011/95/EU.

b) Asylberechtigte, § 2 AsylG

Ferner wird Art. 12 GFK über die ausdrückliche Rechtsfolgenverweisung in § 2 Abs. 1 AsylG auf (anerkannte) Asylberechtigte (nicht: Asylbewerber) für anwendbar erklärt.⁶⁸ Das IPR orientiert sich hier verwaltungsrechtsakzessorisch am Verwaltungsakt der Anerkennung der Asylberechtigung, der nach § 6 S. 1 AsylG Bindungswirkung auch für das Privatrecht entfaltet.⁶⁹

c) Subsidiär Schutzberechtigte, § 4 AsylG

Ob die Kollisionsregel des Art. 12 GFK darüber hinaus auch für subsidiär Schutzberechtigte i.S.d. § 4 AsylG gilt, ist gesetzlich nicht geregelt.⁷⁰ Zu den subsidiär Schutzberechtigten zählen diejenigen Ausländer, denen in ihrem Herkunftsland zwar keine politische Verfolgung, sehr wohl aber ein ernsthafter Schaden droht, namentlich eine Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit infolge innerstaatlicher bewaffneter Konflikte, § 4 Abs. 1 S. 2 AsylG.⁷¹ Insbesondere Bürgerkriegsflüchtlinge⁷² – etwa aus Syrien⁷³ – unterfallen diesem Schutzstatus.⁷⁴ Der Status von subsidiär Schutzberechtigten reicht zwar nicht ganz an den von GFK-Flüchtlingen heran, ist ihm aber nach Art. 20 ff. EU-Qualifikationsrichtlinie⁷⁵ immerhin angenähert.⁷⁶ Aufbauend auf dieser grundsätzlichen Gleichstellung von GFK-Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten erscheint es mit *Mankowski*⁷⁷ überzeugend, zur Bestimmung des Personalstatuts von subsidiär Schutzberechtigten auf Art. 12 GFK analog zu rekurren.⁷⁸

68 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 41 f. Die Günstigkeitsklausel in § 2 Abs. 2 AsylG bezieht sich nicht auf einen Vergleich des inländischen Personalstatuts mit dem ausländischen Heimatstatut des Asylberechtigten, sondern lediglich auf einen Vergleich mit anderen Bestimmungen des Asylgesetzes, *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 42; a.A. *Jayme*, IPRax 1984, 114, 115.

69 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 42: Die Anerkennung als Asylberechtigter macht es entbehrlich, die für Art. 12 GFK erforderliche Flüchtlingeigenschaft einer Person zu prüfen. Zur Reichweite der Bindungswirkung: BeckOK/*Kluth*, § 6 AsylG, Rn. 11 ff.

70 *Antomo*, NZFam 2016, 1155, 1157; *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 42 f.

71 Der „internationale Schutz“ umfasst sowohl die Schutzkategorie des GFK-Flüchtlings als auch die Kategorie des subsidiären Schutzes, § 1 Nr. 2 AsylG und Art. 2 lit. a RL 2011/95/EU. Siehe dazu *Marx*, Handbuch Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 6. Aufl. 2016, 383.

72 BeckOK/*Kluth*, § 4 AsylG, Rn. 20.

73 OVG Münster, Urt. v. 21.2.2017, Az. 14 A 2316/16A: Syrischer Bürgerkriegsflüchtling aus Aleppo fällt nicht unter den Schutzstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention sondern unter den subsidiären Schutzstatus des § 4 AsylG; hierzu FAZ v. 22.2.2017, S. 4.

74 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 42; *Thym*, Asylverfahren, NVwZ 2015, 1625; *Heusch*, in: Heusch/Haderlein/Schönenbroicher (Hrsg.), Das neue Asylrecht, 2016, Rn. 108.

75 Vgl. insbesondere Art. 20 RL 2011/95/EU: „Sofern nichts anderes bestimmt wird, gilt dieses Kapitel sowohl für Flüchtlinge als auch für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz.“

76 GFK-Flüchtlinge bekommen (zunächst) eine Aufenthaltserlaubnis von drei Jahren (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG), subsidiär Schutzberechtigte dagegen (zunächst) nur für ein Jahr (§ 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Zu weiteren Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 43 f.

77 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 44.

78 Methodisch will *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 44, in einem ersten Schritt Art. 5 Abs. 1 EGBGB teleologisch reduzieren, um damit die Lücke zu schaffen, die sodann über eine Analogie zu Art. 12 GFK geschlossen werden soll. Die teleologische Reduktion soll mit dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung begründet werden: Die EU-Qualifikationsrichtlinie verlange eine grundsätzlich gleiche Behandlung von GFK-Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten. M.E. ist dieser Gedankengang unnötig kompliziert. Man kann eine Analogie von Art. 12 GFK auch mit dem methodischen Weg der Spezialität und des Vorrangs von Art. 12 GFK i.V.m. Art. 3 Nr. 2 EGBGB begründen.

III. Wirtschaftsmigranten

Dagegen wird das Personalstatut von Wirtschaftsmigranten einschließlich der EU-Ausländer, die dauerhaft im Inland leben, im autonomen IPR nach wie vor nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip bestimmt.⁷⁹ Zu den Wirtschaftsmigranten zählen in der Regel auch alle abgelehnten, aber im Inland gleichwohl aufenthaltsrechtlich *geduldeten* Asylbewerber⁸⁰ sowie die große Gruppe der „ausländerrechtlich Illegalen“, namentlich die „*sans papiers*“ ohne Aufenthaltstitel. Auf diese findet nicht die Aufenthaltsanknüpfung nach Art. 12 GFK, sondern das Staatsangehörigkeitsprinzip Anwendung.⁸¹

IV. *Status quo*: doppelt gespaltene Anknüpfung des Personalstatuts

Die gegenwärtige Anknüpfung des Personalstatuts ist inkohärent,⁸² weil sie doppelt gespalten erfolgt:

- (1) *Gegenständlich* zerfällt das Personalstatut in verschiedene Unterstatute (z.B. Namensstatut, Erbstatut etc.) mit fragmentierten Anknüpfungspunkten. Vom Unionsrecht normierte Anknüpfungsgegenstände (z.B. das Scheidungsstatut) folgen dem *Aufenthaltsprinzip* (vgl. Art. 8 Rom III-VO), während für Anknüpfungsgegenstände im autonomen IPR noch das *Staatsangehörigkeitsprinzip* gilt (vgl. z.B. Art. 7, 10 und 13 EGBGB).
- (2) *Personell* ist zwischen Wirtschafts- und Schutzmigranten zu unterscheiden. Während für Wirtschaftsmigranten im autonomen IPR noch die Staatsangehörigkeitsanknüpfung dominiert, greift für Schutzmigranten ein Sonderkollisionsrecht in Gestalt von Art. 12 GFK, welches der Aufenthaltsanknüpfung folgt.

Die doppelt gespaltene Anknüpfung des Personalstatuts ist unbefriedigend.⁸³ Ein *gegenständlich* gespaltenes Personalstatut ist unnötig komplex und kann zu ineffizienten Normwidersprüchen führen.

Eine *personell* unterschiedliche Behandlung von Wirtschafts- und Schutzmigranten ist aus privatrechtlicher Perspektive ebenfalls nicht überzeugend. Bei Wirtschaftsmigranten streitet der Integrationsgedanke für eine Aufenthaltsanknüpfung. Bei Schutzmigranten ist eine Aufenthaltsanknüpfung primär dadurch motiviert, dass die alternative Staatsangehörigkeitsanknüpfung zum Recht des Verfolgerstaates führen würde, was als interessenwidrig erachtet wird. Divergente Gründe⁸⁴ führen zu konvergenten Ergebnissen: der Aufenthaltsanknüpfung. Diese würde bewirken, dass alle Migranten privatrechtlich als Inländer behandelt werden: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung.

⁷⁹ Mankowski, IPRax 2017, 40, 46.

⁸⁰ Siehe zur Duldung insb. § 60a AufenthG. Siehe zu den einzelnen Duldungstatbeständen, insbesondere der Unterscheidung von Rechtsanspruch auf Duldung und Ermessensduldung Bergmann/Dienelt/Bauer, Ausländerrecht, AufenthG § 60a Rn. 18 ff. Siehe auch ausführlich Marx, Aufenthalts- Asyl und Flüchtlingsrecht, 6. Aufl. 2016, 799 ff.

⁸¹ Mankowski, IPRax 2017, 40, 45 ff.

⁸² Auch Papier, in: Burgi/Walter (Hrsg.), Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 117, 119 meint „[d]as geltende Flüchtlingsrecht war und ist überdies äußerst kompliziert, unüberschaubar, verworren und nicht widerspruchsfrei.“

⁸³ Ähnlich bereits Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 5 (Abgrenzung „diffus“) sowie S. 16, 184 („große Unübersichtlichkeit“).

⁸⁴ Häufig liegen freilich die Migrationsursachen von „Wirtschaftsflüchtlings“ und „GFK-Flüchtlings“ nah beieinander, sodass auch insofern eine Differenzierung wenig sachgerecht erscheint, Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 15.

V. Integrationsvorschlag: Einheitliches Personalstatut anhand des Aufenthaltsprinzips

Das Personalstatut sollte im Zeitalter der Massenmigration daher *de lege ferenda* erstens *einheitlich* bestimmt⁸⁵ und zweitens an den *gewöhnlichen Aufenthalt* angeknüpft werden.⁸⁶ Dies könnte erreicht werden, indem der autonome Kollisionsrechtsgesetzgeber flächendeckend den Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit durch denjenigen des gewöhnlichen Aufenthaltes ersetzt. Zur Begründung im Einzelnen:

1. Nachteile des Staatsangehörigkeitsprinzips

Das tradierte Staatsangehörigkeitsprinzip hat zweifelsohne seine Stärken: Es achtet den Fremden in seiner Fremdheit und damit in seiner kulturellen Identität, indem es sein Heimatrecht zur Anwendung beruft.⁸⁷ Diese Achtung war im 19. und 20. Jahrhundert Ausdruck einer beachtlichen rechtskulturellen Toleranz des Aufnahmestaates: Die Heimatrechtsordnung des Zuziehenden wurde im Inland als gleichberechtigt akzeptiert.

Ungeachtet dessen sprechen die überwiegenden Gründe heutzutage jedoch gegen eine Staatsangehörigkeitsanknüpfung: *Erstens* führt das Staatsangehörigkeitsprinzip im Zeitalter der Massenmigration zu einer „Überforderung der knappen Ressource Justiz“⁸⁸, da es für Ausländer fremdes Recht zur Anwendung beruft, welches aufwendig ermittelt werden muss.⁸⁹ *Mankowski* meint pointiert: „Familiensenate deutscher Oberlandesgerichte, die eine Spezialisierung für türkisches Scheidungsrecht haben entwickeln müssen, sind eigentlich ein Unding.“⁹⁰

Zweitens sind die Anknüpfungstatsachen der Staatsangehörigkeitsanknüpfung vergangenheitsbezogen.⁹¹ Wenn sie nach dem *ius sanguinis*-Prinzip⁹² vergeben wird, fokussiert die Staatsangehörigkeit Geburt und familiäre Herkunft, blickt also zurück in die Ver-

85 Zu den Vorzügen einer Einheitsbetrachtung bereits *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 52 ff.

86 In diese Richtung auch *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 139 (These Nr. 9) und *Dutta*, IPRax 2017, 139, 144 f.

87 Vgl. *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 4. Auflage 2013, § 3 Rn. 205 ff.; *NomosK/Schulze*, 3. Aufl. 2016, Art. 5 EGBGB, Rn. 6.

88 v. *Bar/Mankowski*, IPR, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 19.

89 „Im Jahr 2014 hatten rund 16,4 Millionen Menschen in Deutschland einen Migrationshintergrund. Wie das Statistische Bundesamt (Destatis) auf Basis des Mikrozensus 2014 weiter mitteilt, entsprach dies einem Anteil von 20,3 % an der Gesamtbevölkerung und einem Zuwachs gegenüber dem Vorjahr von 3,0 %. (...) Gegenüber 2011 ist die Zahl der Personen mit Migrationshintergrund um gut 1,5 Millionen Menschen angestiegen (+ 10,3 %). Dies ist vor allem auf die wachsende Zahl der Zuwanderer zurückzuführen: 10,9 Millionen Zuwanderer lebten 2014 in Deutschland. Das sind 1 Million oder 10,6 % mehr als im Jahr 2011 und gleichzeitig der höchste Stand seit Beginn der Erhebung im Jahr 2005. Die Bevölkerung ohne Migrationshintergrund ging dagegen seit 2011 um 885 000 zurück (– 1,4 %). Seit 2011 ist die Zahl der Zuwanderer von Jahr zu Jahr angestiegen“, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/08/PD15_277_122.html>

Freilich sagt der Migrationshintergrund nicht unmittelbar etwas zur Staatsangehörigkeit, da auch Deutsche erfasst sind. Gleichwohl gibt er einen indiziellen Eindruck über die Relevanz der Staatsangehörigkeitsanknüpfung.

90 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 133.

91 *Rentsch*, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

92 Nach dem *ius sanguinis*-Prinzip (Abstammungsprinzip) erhält ein Kind unabhängig von seinem Geburtsort die Staatsangehörigkeit seiner Eltern bzw. eines Elternteils, während das *ius soli*-Prinzip (Geburtsortprinzip) die Staatsangehörigkeit vom Geburtsstaat abhängig macht, vgl. dazu v. *Bar/Mankowski*, IPR, 2. Auflage 2003, § 7 Rn. 115.

gangenheit.⁹³ Aber auch wenn sie dem *ius soli*-Prinzip folgt, beruft sie für Migranten das Recht ihres Auswanderungslandes und damit das Gestern zur Anwendung. Mit dem Vergangenheitsbezug fällt das Staatsangehörigkeitsprinzip aus der Zeit: Die heutigen postmodernen Lebensläufe sind von den Ahnen und Vorfahren entkoppelt: Der Wohnort der Eltern bestimmt nicht mehr denjenigen der Nachfahren.⁹⁴ Ebensovienig ist der Geburtsort zwangsläufig identisch mit dem späteren Lebensmittelpunkt. Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung führt mithin zu *diachronen* Ergebnissen: Die Rechtsordnung der Vergangenheit beherrscht die Gegenwart. Integration erfordert jedoch synchrone Ergebnisse: Das jeweils aktuelle Umgebungsrecht muss die Gegenwart bestimmen.

Drittens und vor allem hindert die Staatsangehörigkeitsanknüpfung die Loslösung der Migranten von ihrer alten Heimat; sie erschwert dadurch ihre aktive Partizipation an der Rechtskultur des Aufnahmestaates. Anders gewendet: Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung führt zu einer privatrechtlichen Segregation der Immigranten. Sie leistet „der Bildung gesellschaftlicher Enklaven Vorschub“⁹⁵ und ist damit integrationsfeindlich.⁹⁶ Ausländer werden als Ausländer behandelt – auch im Privatrecht.

2. Vorteile des Aufenthaltsprinzips

Folgt man dagegen für das gesamte Personalstatut dem Aufenthaltsprinzip, zeigt sich das Kollisionsrecht offen für Migration und Mobilität.⁹⁷ *Erstens* reflektiert das Aufenthaltsprinzip – unabhängig von der ausländerrechtlichen Legalität des Aufenthalts⁹⁸ – die gegenwärtige Lebenssituation der Person⁹⁹, gelangt so zum aktuellen Umgebungsrecht¹⁰⁰ und führt damit zu „synchronen Anknüpfungsergebnissen“.¹⁰¹ Bei Immigranten käme hiernach das Recht des Aufnahmestaates zur Anwendung. Dies senkt, *zweitens*, die Informationskosten, weil das Sachrecht am neuen Lebensmittelpunkt regelmäßig einfacher zu ermitteln und anzuwenden ist als das ausländische Heimatrecht.¹⁰² *Drittens* und vor allem führt die Berufung des jeweiligen Umgebungsrechts zur Inländerbehandlung, dem Leitprinzip offener Gesellschaften und namentlich der Europäischen Union.¹⁰³ Ausländer werden privatrechtlich als Inländer behandelt.

93 Rentsch, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

94 Rentsch, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

95 Lass, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 4.

96 Auch MünchKommBGB/v. Hein, Art. 6 EGBGB, Rn. 18 spricht von einer „rechtspolitisch fragwürdigen Präferenz für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung [...]“. Zum Staatsangehörigkeitsprinzip als Anknüpfungspunkt des Personalstatuts s. insb. Mansel, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 56 ff.

97 Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 44 ff.

98 Mankowski, IPRax 2017, 40, 48; Weller/Schulz, IPRax 2015, 176.

99 Rentsch, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

100 Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 76 ff. Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 23 EuErbVO: „In Anbetracht der zunehmenden Mobilität der Bürger sollte die Verordnung (...) als allgemeinen Anknüpfungspunkt (...) den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (...) vorsehen.“

101 Rentsch, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

102 Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 61, 80: Die Anwendbarkeit fremden Rechts kann aufgrund der damit einhergehenden Informationslasten und Rechtsanpassungskosten beschränkend wirken, ohne dass es auf dessen Inhalt ankommt.

103 Das Recht auf Inländergleichbehandlung vermittelt die Unionsbürgerschaft in Kombination mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV allen Unionsbürgern Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 46.

Die Inländerbehandlung der Zugezogenen – gleich ob aus der EU oder aus Drittstaaten – führt zu ihrer Integration in die Privatrechtsordnung des Aufnahmestaates.¹⁰⁴ Das Privatrecht fungiert auf diese Weise als Integrationsmotor.

3. Von der Personal- zur Territorialhoheit

Mit dem personalstatutären Übergang vom Staatsangehörigkeits- zum Aufenthaltsprinzip ginge ein Paradigmenwechsel einher: Die bisherige Regelungshoheit des Staates über seine Staatsangehörigen würde aufgegeben.¹⁰⁵ An die Stelle der staatsbürgerschaftlich gewährleisteten Personalhoheit träte mit dem Aufenthaltsprinzip ein nationalitätsunabhängiger Ansatz. Dieser hätte eine doppelte Stoßrichtung:

- (1) In Bezug auf *Emigranten* gäbe der Staat seine extraterritoriale Regelungsmacht auf. Seine auswandernden Angehörigen würden fortan vom Recht des Destinationsstaates beherrscht. Die Bürger würden damit als autonome Rechtssubjekte ernstgenommen. Ihnen eröffneten sich räumliche Freiheitsdimensionen, die sie durch grenzüberschreitende Mobilität aktivieren könnten.¹⁰⁶
- (2) Umgekehrt aktivierte der Staat in Bezug auf *Immigranten* seine territoriale Regelungshoheit: Über das Aufenthaltsprinzip würden alle im Inland lebenden Personen nationalitätsunabhängig gleichermaßen dem Inlandsprivatrecht unterstellt. Der Übergang von der Staatsangehörigkeits- zur Aufenthaltsanknüpfung beinhaltet nach alledem einen Übergang von der Personal- zur Territorialhoheit.

VI. Wahrung der kulturellen Identität

Eine schematische oder gar zwingende Anknüpfung an das jeweilige Umgebungsrecht kann zu einem Spannungsverhältnis zwischen der kulturellen Identität der Immigranten und der inländischen Werteordnung führen.¹⁰⁷ Zudem kann die Aufenthaltsanknüpfung Mobilitätshindernisse mit sich bringen, weil jeder Umzug mit einem Statutenwechsel einhergeht.¹⁰⁸ Wenn Flüchtlinge wieder in ihr Herkunftsland zurückkehren, wechselt das anwendbare Personalstatut.¹⁰⁹ Darunter kann das Interesse der Parteien an der Kontinuität einer Rechtslage, etwa an der Aufrechterhaltung eines Namens, leiden.¹¹⁰ Der kulturellen Identität und dem Kontinuitätsinteresse kann man in zweierlei Hinsicht Rechnung tragen:

104 Vgl. RL (EG) 2004/38, Erwägungsgrund 18: „Um ein wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats darzustellen, in dem der Unionsbürger seinen Aufenthalt hat, sollte das einmal erlangte Recht auf Daueraufenthalt keinen Bedingungen unterworfen werden.“ *Schwemmer*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 79.

105 *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 131.

106 Der mit der grenzüberschreitenden Mobilität einhergehende Statutenwechsel (objektive Anknüpfung) kann vom Individuum autonom über die Rechtswahlfreiheit korrigiert werden, wenn es sein Heimatrecht beibehalten möchte (subjektive Anknüpfung).

107 Zum Spannungsverhältnis von kultureller Identität und Integration für den Bereich des Schulrechts *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 262 ff., 385 ff.

108 *Schwemmer*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 75; *Weller*, IPRax 2014, 225 ff.

109 *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 44 f.

110 Zum Kontinuitätsinteresse *Mankowski*, IPRax 2017, 130, 132 f.

1. *Animus revertendi*

Zum einen kann man bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes dem subjektiven Aufenthaltswillen eine besondere Bedeutung beimessen.¹¹¹ Ein Flüchtling, der von vornherein nicht im Zufluchtsstaat bleiben, sondern wieder in seine Heimat zurückkehren will, mithin keinen *animus manendi* sondern einen *animus revertendi* hat, begründet im Zufluchtsstaat keinen gewöhnlichen Aufenthalt.¹¹² Auf ihn käme also nach wie vor das Recht seines Herkunftsstaates zur Anwendung.

2. *Rechtswahlfreiheit: Bewahrung kultureller Identität*

Zum anderen sollte die Aufenthaltsanknüpfung um eine zumindest partielle Rechtswahlfreiheit ergänzt werden¹¹³: Migranten sollten die Möglichkeit haben, abweichend von der objektiven Anknüpfung des Personalstatuts an den gewöhnlichen Aufenthalt ihr Heimatrecht zu wählen.¹¹⁴ Die Rechtswahlfreiheit wird der kulturellen Identität und der Vielfalt persönlicher Lebensläufe gerecht, indem sie gleichermaßen Flexibilität und Rechtssicherheit vermittelt.¹¹⁵ Die Bürger können damit ihr Herkunftsrecht beibehalten und so auch im Privatrecht ihre kulturelle Identität wahren.¹¹⁶

Seit Beginn des 21. Jahrhunderts werden dem Individuum in der Tat auch für das Personalstatut zunehmend Freiheitsräume via Parteiautonomie eröffnet, die zuvor nicht bestanden.¹¹⁷ Die Privatrechtssubjekte können etwa das Erbstatut¹¹⁸, das Unterhaltsstatut¹¹⁹ und das Scheidungsstatut¹²⁰ in gewissen Grenzen wählen.¹²¹ Die Achtung des Individuums zeigt sich hier in der Achtung seiner Regelungsautonomie.¹²² Denn das Wesen der personalen Identität liegt vornehmlich – wie das Bundesverfassungsgericht in der Transsexuellen-Entscheidung betont¹²³ und wovon auch der EuGH¹²⁴ im *Garcia*

111 Näher zum willenszentrierten Aufenthaltsbegriff *Weller*, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-VO?, 2013, S. 293.

112 Ebenso *Mankowski*, IPRax 2017, 40, 44 f. Auch *Papier*, in: Walter/Burgi (Hrsg.), Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 117, 134 misst dem Rückkehrwillen für die Integrationspolitik entscheidende Bedeutung zu.

113 *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 3

114 Ähnlich *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 3.

115 *Schwemmer*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 71 ff.

116 Zur Wahrung der kulturellen Identität über die Parteiautonomie s. *Jayme*, Cours général de droit international privé – Identité culturelle et Intégration: Le Droit International Privé postmoderne, 1995, S. 54 ff.; 203 ff.; *Schwemmer*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2017, S. 75. Krit. zur Derogation objektiv-effektiver Anknüpfungsprinzipien durch Rechtswahl für den Fall der Mehrstaater *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 162 ff.

117 Zur Parteiautonomie *Basedow*, The Law of Open Societies, 2015, Rn. 183 ff.; *Henrich*, in: Kleinschmidt/Kronke/Raab/Robbers/Thorn (Hrsg.), Strukturelle Ungleichgewichtslagen in der internationalen Streitbeilegung. Symposium in Gedenken an Bernd von Hoffmann, 2016, 25 ff.; *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013, S. 7 ff.; *Mansel*, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-VO?, 2013, S. 241 ff., 256 ff.; *Maultzsch*, in: v. Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, 2016, S. 153 ff.

118 Art. 22 Abs. 1 EuErbVO.

119 Art. 7 Abs. 1, 8 HUP.

120 Art. 5 Rom III-VO.

121 *Dutta*, ZEuP 2016, 427, 434.

122 *Carlier*, Autonomie de la volonté et statut personnel, Cahiers des Droits Maghrébains, 1995, 5, 13 ff.; *Kronke*, FS Paul Kirchhof, Band 2, 2013, § 120 Rn. 13.

123 BVerfG, 18.7.2006, 1 BvL 1/04 et al., IPRax 2007, 217, 222 f.: *empfundene* Geschlechtlichkeit; vgl. hierzu *Röthel*, IPRax 2007, 204 ff.

124 EuGH, 2.10.2003, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), IPRax 2004, 339.

Avello-Urteil ausgeht¹²⁵ - in der interkulturellen *Selbst*wahrnehmung des Einzelnen.¹²⁶ Folgerichtig soll die Anknüpfungsperson *selbst* wählen dürfen, welcher von mehreren sachnahen Rechtsordnungen sie ihre personenrechtlichen Fragen wie Name, Ehe oder Erbe zuordnen will.¹²⁷

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden:

- (1) Die Anknüpfung des Personalstatuts sollte *de lege ferenda* einheitlich nach dem Aufenthaltsprinzip erfolgen. Dies trägt zur privatrechtlichen Integration der Migranten bei.
- (2) Migranten, die in ihre Heimat zurückkehren wollen, begründen jedoch keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Auf sie findet das Recht ihres Herkunftslandes Anwendung.
- (3) Die Parteiautonomie sollte als Korrektiv zur Aufenthaltsanknüpfung fungieren: Den Betroffenen sollte hiernach die Wahl ihres Heimatrechts ermöglicht werden.

C. Inländische Werteordnung: Von der neutralen zur politischen Anknüpfung

Massenmigration fordert die inländische Werteordnung heraus. Die teils fremde Kultur der Immigranten kann auf abweichende inländische Wertvorstellungen prallen. Das Internationale Privatrecht geht in jüngerer Zeit dazu über, seinen klassischen neutralen Ansatz aufzugeben und mehr und mehr die Inlandswerte durchzusetzen.¹²⁸ Im Einzelnen:

I. Das klassische IPR als „Toleranzrecht“

Die klassische IPR-Theorie geht unter Berufung auf *Savigny* vom Idealbild der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen aus¹²⁹: Ausländisches Recht wird neben dem inländischen als gleichberechtigt erachtet. Um diesem Gleichwertigkeitspostulat gerecht zu

125 Es ging um den Nachnamen belgisch-spanischer Kinder, die in Belgien lebten und keine objektive Lebensbeziehung zu Spanien hatten, die sich jedoch Tradition und Brauchtum Spaniens „enger verbunden fühlten“, vgl. *GA Jakobs*, Schlussanträge v. 22.5.2003, Rs. C-148/02 – *Garcia Avello*, Rn. 1 ff., 37 ff. Der EuGH sieht in der Weigerung der belgischen Behörden, den Namen an das spanische Recht anzupassen, eine Verletzung der Art. 12 und 18 EGV (= Art. 18 und 21 AEUV). Dem subjektiven Zugehörigkeitswillen wird mithin Vorrang vor objektiven Anknüpfungskriterien eingeräumt, *Mansel*, in: Nolte/Keller/v. Bogdandy/Mansel/Büchler/Walter (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 43, 2008, S. 137, 155 f.

126 *Mansel*, in: Nolte/Keller/v. Bogdandy/Mansel/Büchler/Walter (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 43, 2008, S. 137, 149, 161, 174 ff.

127 *Mansel*, in: Nolte/Keller/v. Bogdandy/Mansel/Büchler/Walter (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 43, 2008, S. 137, 161, 174; vgl. auch Hüßtege/Mansel/*Hilbig-Lugani*, 1. Aufl. 2013, Art. 5 Rom III-VO, Rn. 6.

128 Eingehend zum Folgenden *Weller*, *Anknüpfungsprinzipien*, in: Arnold (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, 2016, S. 133 ff.

129 *Weller*, *Anknüpfungsprinzipien*, in: Arnold (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, 2016, S. 133, 137 ff.

werden, wurden die Kollisionsnormen in der Regel neutral in Bezug auf in- und ausländische Sachrechtsordnungen formuliert, indem sie allseitig und ohne Rückgriff auf materielle Wertungen ausgestaltet wurden. Die Metaordnung des IPR soll hiernach nicht die inhaltlich beste Rechtsordnung zur Anwendung berufen, sondern vielmehr diejenige, die *räumlich* den engsten Bezug zum Sachverhalt hat. Damit, so *Werner Goldschmidt*, verwirkliche das klassische IPR ein „Konzept der Toleranz“.¹³⁰ Es eröffne ausländischem Privatrecht die Möglichkeit, extraterritorial – nämlich im Inland – zu wirken; das Kollisionsrecht sei ein „Toleranzrecht“.¹³¹

II. Grenzen der Toleranz

1. *Popper: Das Paradox der Toleranz*

Indes: Jedes Toleranzrecht hat Grenzen.¹³² Schon *Karl Popper*, den *Jürgen Basedow* in seinem Haager Cours général für das „private ordering“ in den heutigen offenen Gesellschaften fruchtbar macht¹³³, warnt vor dem „Paradox der Toleranz“.¹³⁴ „Uneingeschränkte Toleranz führt mit Notwendigkeit zum Verschwinden der Toleranz.“ (...) Man müsse bereit sein, „eine tolerante Gesellschaftsordnung gegen die Angriffe der Intoleranz zu verteidigen.“¹³⁵

2. *Savigny: Einschränkungen der Toleranz*

Schon bei *Savigny*, den die klassische IPR-Theorie für den internationalen Entscheidungseinklang und die Anwendung fremden Rechts anführt, finden sich Grenzen der Toleranz:

- (1) So sei die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem „Sitz“ des Rechtsverhältnisses erstens durch „Gesetze von streng positiver, zwingender Natur“¹³⁶ einzuschränken. Diese könnten auf sittlichen Gründen oder „auf Gründen des öffentlichen Wohls (publica utilitas)“ beruhen.¹³⁷ Sittlich fundiert seien etwa Ehegesetze, welche die Polygamie verbieten: „Schließt also das Gesetz unseres Staates die Polygamie aus, so muss unser Richter auch der polygamischen Ehe solcher Ausländer, deren Landesgesetz sie zulässt, den Rechtsschutz versagen.“¹³⁸
- (2) Zweitens nennt *Savigny* „Rechtsinstitute eines fremden Staates“, „deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in

130 *Goldschmidt*, Derecho internacional privado, 3. Aufl. 1977, Prólogo, unter I.2.; hierzu *Oyarzábal*, *RabelsZ* 72 (2008), S. 601, 614 f.

131 *Goldschmidt*, Derecho internacional privado, 3. Aufl. 1977, Prólogo, unter I.2.

132 *Goldschmidt*, Derecho internacional privado, 3. Aufl. 1977, Prólogo, unter I.2. (ordre public); hierzu *Oyarzábal*, *RabelsZ* 72 (2008), S. 601, 614 f.

133 *Basedow*, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law*, 2013.

134 *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Teil 1 (Ersterscheinung London 1945), 8. Auflage 2003, Rn. 361.

135 *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Teil 1 (Ersterscheinung London 1945), 8. Auflage 2003, Rn. 361.

136 *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII, 1849, S. 32 ff.

137 *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII, 1849, S. 36. Als Beispiel für das öffentliche Wohl sichernde Gesetze nennt *Savigny* „Gesetze, welche den Erwerb des Grundeigentums von Seiten der Juden einschränken.“ (S. 36).

138 *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII, 1849, S. 36.

unserem Staate keinen Anspruch haben.“¹³⁹ Als Beispiele führt er die die Rechtsfähigkeit ausschließende Figur des „bürgerlichen Todes der Französischen oder Russischen Gesetzgebung“¹⁴⁰ sowie die Sklaverei an. Ein Sklave werde „in einem Staate, der die Sklaverei nicht kennt, (...) nicht als rechtsunfähig behandelt werden können.“¹⁴¹

- (3) Drittens formuliert *Savigny* die „Gleichheit in der Beurtheilung der Einheimischen und Fremden“ und den daraus abgeleiteten Entscheidungseinklang auf Grundlage „einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen“.¹⁴²

3. *Ordre public*, Art. 6 EGBGB

Die spätere IPR-Entwicklung im 20. Jahrhundert hat den Ansatz *Savignys* noch weiter ausgebaut und eröffnet heute unter dem Eindruck des völkerrechtlichen Gleichheitspostulats aller Staaten¹⁴³ Verweisungen auf *alle* staatlichen Rechtsordnungen unabhängig von ihrer religiösen oder weltanschaulichen Prägung.

Eine Begrenzung der Fremdrechtsanwendung bildet nach diesem als „klassisch“ bezeichneten IPR-Modell lediglich der *ordre public*. Hiernach dürfen fremde Rechtsordnungen nicht abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit der inländischen Werteordnung überprüft werden.¹⁴⁴ Unwerturteile über ausländische Rechtsordnungen sollen gerade nicht gefällt werden.¹⁴⁵ Selbst wenn eine ausländische Regelung isoliert betrachtet anstößig sei, so *Basedow*, könne sie doch durch andere Regelungen des fremden Rechts oder durch Einwilligung der Parteien in ihrer Anstößigkeit abgemildert werden.¹⁴⁶ Lediglich

139 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 33.

140 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 37.

141 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 37.

142 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 27: „Denn diese Gleichheit muss in vollständiger Ausbildung dahin führen, dass nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nichtzurückgesetzt werde (worin die gleiche Behandlung der Personen besteht), sondern dass auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen wird. Der Standpunkt, auf den wir durch diese Erwägung geführt werden, ist der einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen, und dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht.“ Vgl. auch *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 17: „Besonders aber darf nicht verkannt werden der Einfluß des Christenthums, welches als gemeinsames Band des geistigen Lebens die verschiedenen Völker umschlingend, die eigenthümlichen Unterschiede derselben mehr in den Hintergrund treten ließ.“

143 Insb. Art. 1 UN-Charta:

Die Ziele der Vereinten Nationen sind: [...]

2. Freundschaftliche Beziehungen zwischen den Nationen zu entwickeln, gegründet auf die Achtung des Grundsatzes der Gleichberechtigung und des Selbstbestimmungsrechtes der Völker, sowie entsprechende andere Maßnahmen zu ergreifen, um den Weltfrieden zu festigen;

Art. 2 UN-Charta:

1. Die Organisation ist auf dem Grundsatz der souveränen Gleichheit aller ihrer Mitglieder aufgebaut.

144 *Basedow*, JZ 2016, 269, 279.

145 *Basedow*, JZ 2016, 269, 279.

146 *Basedow*, JZ 2016, 269, 279.

wenn das konkrete Subsumtionsergebnis offensichtlich mit inländischen Grundprinzipien kollidiere, werde es über den *ordre public* korrigiert, Art. 6 EGBGB.¹⁴⁷

4. Politisierung und Unilateralisierung der Verweisungen

Die jüngere Entwicklung tendiert freilich dahin, inländische Wertvorstellungen neben dem *ordre public* auch über weitere Mechanismen durchzusetzen.¹⁴⁸ Die Rolle des IPR als „neutraler Mittler“ zwischen den kollidierenden Rechtsordnungen wird zunehmend aufgegeben. Stattdessen werden Kollisionsregeln politisch aufgeladen, um schon auf Verweisungsebene materielle Werte und Ziele durchzusetzen.¹⁴⁹

Die Politisierung des IPR wird insbesondere mit Blick auf das Europäische Kollisionsrecht deutlich.¹⁵⁰ Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde der damaligen Europäischen Gemeinschaft die Kompetenz zum Erlass von Kollisionsregeln übertragen.¹⁵¹ Mit dem neuen Normgeber wandelten sich auch die Anknüpfungsprinzipien. Zwar orientieren sich diese ebenfalls an der engsten Verbindung und dem Entscheidungseinklang; dieses räumliche Anknüpfungsziel wird aber von materiellen Aspekten überlagert. So *müssen* die auf Art. 81 AEUV gestützten Sekundärrechtsakte des EU-Kollisionsrechts nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV) zugleich die in Art. 3 EUV statuierten Unionspolitiken fördern¹⁵², andernfalls entfele ihre Legitimationsgrundlage. Die insofern *zwingende* Materialisierung¹⁵³ und (europäische) Konstitutionalisierung¹⁵⁴ des Europäischen Kollisionsrechts führt insgesamt zu einem politisierten IPR.

D. Geschlechtergleichstellung: Von der passiven zur aktiven Neutralität

Die Materialisierung des IPR zeigt sich namentlich mit Blick auf das Verfassungsprinzip der Geschlechtergleichstellung. Dieses beinhaltet eine von der h.M. bislang noch nicht hinreichend aktivierte Grenze der Fremdrechtsanwendung. Das Kollisionsrecht hat hier seine bisher passive Rolle aufzugeben und stattdessen die Neutralität zwischen den Geschlechtern aktiv durchzusetzen.

147 Basedow, JZ 2016, 269, 279; Staudinger/Voltz, 2013, Art. 6 EGBGB, Rn. 16.

148 BeckOGK/Stürner, Art. 6 EGBGB, Rn. 66 ff.

149 In diesem Zusammenhang wird auch die demokratische Funktion des Privatrechts relevant, s. dazu Kübler, FS Raiser, 1974, S. 697, 720 ff.

150 Vgl. zum Folgenden bereits Weller, in: Arnold (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 133, 142 ff.

151 Art. 81 Abs. 2 lit. c AEUV, vgl. dazu MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, Einl. IPR Rn. 30.

152 Ähnlich Meeusen, Le droit international privé et le principe de non-discrimination, in: Recueil des Cours 353 (2011), 65: „(...) la logique traditionnelle du droit international privé est soumise à celle du droit européen, et celle-ci peut prendre différentes formes en fonction des règles affectées du droit primaire: celle de l'Art. 18 TFUE, celles sur les différentes libertés de circulation économiques, celles sur la citoyenneté européenne ou celles sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice (...)“

153 Kühne, ZVGIRWiss 114 (2015), 355, 362; Weller, IPRax 2011, 429 ff.; für die Rom III-VO ebenso Röthel, JbItalR 25 (2012), 3 ff.

154 Grünberger, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-VO?, 2013, 81, 103 ff.; Michaels, FS Jan Kropholler, 2008, 150, 161 ff.; Rentsch, in: Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unselde (Hrsg.), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015, 255 ff.

Verwirklicht wird die Durchsetzung der Geschlechtergleichstellung gegenüber abstrakt diskriminierendem Auslandsrecht bereits im Internationalen Scheidungsrecht, soweit es um den diskriminierungsfreien Zugang zur Scheidung geht.¹⁵⁵ So verfügt Art. 10 Rom III-VO eine Eviktion geschlechterdiskriminierender Auslandsrechte zugunsten der *lex fori*.¹⁵⁶

Dies gilt selbst dann, wenn im Fall einer talaq- oder get-Scheidung die Frau mit der Scheidung *in concreto* einverstanden ist. Die abweichende herrschende Meinung, die für eine teleologische Reduktion des Art. 10 Rom III-VO bei Einverständnis der diskriminierten Frau plädiert¹⁵⁷, vernachlässigt, dass die Parteien in ihre eigene Diskriminierung nicht einwilligen können, soweit der Gesetzgeber mit der Gleichstellung über den Einzelfall hinausreichende gesellschaftspolitische Zwecke verfolgt.¹⁵⁸

Die hier zur Diskussion gestellte These geht dahin, dass der hinter Art. 10 Rom III-VO stehende Gedanke nicht nur im Internationalen Scheidungsrecht, sondern bei allen Verweisungen zu beachten ist.

Hiernach ist die Berufung einer ausländische „Fallnorm“ (*Fikentscher*) bereits dann unvereinbar mit dem Gleichheitssatz, wenn sie *in abstracto* geschlechterdiskriminierend ist. Art. 3 Abs. 2 GG und das Europäische Primärrecht gebieten in diesem Fall, die Verweisung auf das ausländische Recht zu kupieren und stattdessen die *lex fori* zur Anwendung zu berufen.¹⁵⁹

E. Schlussbetrachtung

Die Bewältigung der Massenmigration gehört zu den großen Herausforderungen unserer Zeit. Das Internationale Privatrecht kann dabei einen zentralen Integrationsbeitrag leisten. Es sollte einen grenzüberwölbenden Ordnungsrahmen für personen- und familienrechtliche Statusverhältnisse bereithalten. Der Ordnungsrahmen besteht aus mehreren Eckpfeilern:

1. Schutz- und Wirtschaftsmigranten sollten privatrechtlich als Inländer behandelt werden. Ihr Personalstatut sollte daher einheitlich an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden.
2. Die kulturelle Identität der Migranten ist durch Rechtswahlfreiheit zu wahren.
3. Verweist das Kollisionsrecht auf ausländisches Recht, steht dessen Anwendung allerdings unter dem Vorbehalt der Kompatibilität mit den inländischen Grundwerten. Dies zeigt sich namentlich bei der Geschlechtergleichbehandlung und dem Verbot der Kinderehen.

155 Näher zum Folgenden *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123 ff.

156 Vgl. *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123 ff.

157 OLG München, IPRax 2016, 158; ferner *Gruber*, IPRax 2012, 381, 391; *Helms*, FamRZ 2011, 1765, 1772; *Erman/Hohloch*, 15. Aufl. 2017, Art. 10 Rom III-VO, Rn. 6; *Althammer/Tolani*, 2014, Art. 10 Rom III, Rn. 4; *MünchKommBGB/v. Mohrenfels*, 6. Aufl. 2015, Art. 10 Rom III-VO, Rn.1 ff.

158 Näher *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123, 130; *Pika/Weller*, IPRax 2017, 65, 72.

159 Zu den praktischen Konsequenzen und zur Begründung dieser These im Einzelnen *Weller/Thomale/Zimmermann*, Die cupierte Verweisung, 2018 (im Erscheinen).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Heidelberg

Massenimmigration kann nur durch eine aktive Integrationspolitik bewältigt werden.¹⁶⁰ Während der Gastarbeiterära der 1950er und 1960er Jahre¹⁶¹ unterließ man Integrationsmaßnahmen, weil man der Illusion erlag, die meisten Migranten würden nur vorübergehend nach Deutschland kommen.¹⁶² Als Folge haben sich eine Vielzahl unerwünschter „Parallelgesellschaften“ in der Bundesrepublik gebildet.¹⁶³ Eine Erkenntnis aus der unzureichenden Gastarbeiterintegration ist, dass der Staat Integrationsmaßnahmen aktiv ergreifen muss.¹⁶⁴

I. Massenimmigration - Integration durch das IPR

Das Internationale Privatrecht kann und sollte dabei – so lautet die übergreifende Aussage – seinen spezifischen gesellschaftspolitischen Integrationsbeitrag leisten,¹⁶⁵ indem es einen grenzüberwölbenden Ordnungsrahmen für personen- und familienrechtliche Statusverhältnisse bereithält. Dies soll anhand von mehreren Einzelthesen zur Diskussion gestellt werden:

II. Anknüpfung des Personalstatuts: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung

Das tradierte Konzept der Staatsangehörigkeitsanknüpfung des Personalstatuts ist in Zeiten der Massenmigration ungeeignet. Es beruft auf Immigranten fremdes Recht zur Anwendung und behandelt somit Ausländer auch privatrechtlich als Ausländer. Integration wird auf diese Weise nicht gefördert.

De lege ferenda vorzuzugwürdig wäre stattdessen eine für Schutz- und Wirtschaftsmigranten einheitliche Ermittlung des Personalstatuts anhand des gewöhnlichen Aufenthalts.¹⁶⁶ Die Aufenthaltsanknüpfung würde dazu führen, dass Ausländer privatrechtlich als Inländer behandelt werden: Von der Ausländer- zur Inländerbehandlung.

160 *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753, 757. Zur schulischen Integration über den staatlichen Bildungsauftrag *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001.

161 Vgl. hierzu den geschichtlichen und empirischen Überblick bei *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 13 ff., 18 ff.

162 *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753, 757.

163 Freilich ist bereits der Begriff der Parallelgesellschaft problematisch und umstritten. Differenzierend etwa *Halm/Sauer*, Monatszeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung 2004, 547 ff., welche das Zusammenleben von Deutschen und Türken untersucht und dabei einzelne Voraussetzungen für die Entwicklung einer Parallelgesellschaft herausgearbeitet haben.

164 So etwa v. *Harbou*, NVwZ 2016, 1193: „Neben der Anerkennung der Integrationsherausforderung auf staatlicher Seite wird für die betroffenen Ausländer die individuelle Pflicht festgeschrieben.“ Zu entsprechenden legislatorischen Maßnahmen s. *Eichenhofer*, ZAR 2016, 251; siehe auch *Hailbronner/Thym*, JZ 2016, 753, 757.

165 Zur integrativen Wirkung der Aufenthaltsanknüpfung mit entsprechender Prognose für die zukünftige Gesetzgebung s. *Dutta*, IPrax 2017, 139, 142 ff. Siehe auch *Mankowski*, IPrax 2017, 130, 139, der insbesondere den Zusammenhang von Aufenthaltsanknüpfung und der Hinwendung zum Supranationalen betont.

166 Weniger weitgehend *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 185 f., welche das Sonderkollisionsrecht für Flüchtlinge beibehalten möchte, dieses aber übersichtlicher in Art. 5 EGBGB zu kodifizieren vorschlägt.

III. Spannungsverhältnis zwischen kultureller Identität und inländischer Werteordnung

Massenmigration kann zu einem Spannungsverhältnis zwischen der kulturellen Identität der Immigranten und der inländischen Werteordnung führen.¹⁶⁷ Dieses ist in mehrere Richtungen aufzulösen:

Erstens sollte zugunsten der kulturellen Identität der Immigranten ein Mehr an Parteiautonomie eingeräumt werden.¹⁶⁸ Migranten sollten die Möglichkeit haben, abweichend von der objektiven Anknüpfung des Personalstatuts an den gewöhnlichen Aufenthalt ihr Heimatrecht zu wählen.¹⁶⁹

Die Heterogenität der Migranten untereinander sowie das Verhältnis der Migranten zur Inlandsbevölkerung machen es jedoch *zweitens* notwendig, der Rechtswahlfreiheit gemäß ihrer inneren Logik einen äußeren Ordnungsrahmen zu setzen. Dieser wird aus der Verfassung und der EU-Grundrechte-Charta gebildet. Anders gewendet: Die heterogenen kulturellen Identitäten der einzelnen Migrantengruppen können sich nur dann konfliktfrei entfalten, wenn sie alle dieselben homogenisierten inländischen Grundwerte beachten.

Wird objektiv oder über die Parteiautonomie auf ausländisches Recht verwiesen, steht die Fremdrechtsanwendung daher *drittens* unter dem Vorbehalt der Kompatibilität mit den inländischen Grundwerten. Methodisch erfolgt deren Beachtung über politisch aufgeladene Anknüpfungsregeln, Eingriffsnormen und über den *ordre public*.

IV. Grenzen der Fremdrechtsanwendung - Geschlechtergleichstellung

Die Verfassungsmaxime der Geschlechtergleichstellung, welche geschlechtsbezogene Diskriminierungen verbietet, beinhaltet eine von der h.M. bislang noch nicht hinreichend aktivierte Grenze der Fremdrechtsanwendung. Die Geschlechtergleichstellung ist nicht erst über den *ordre public*, sondern bereits auf Ebene der Verweisungsregeln zu verwirklichen.

V. Cupierung der Verweisung bei abstrakt geschlechterdiskriminierendem Auslandsrecht

Das Gebot der Geschlechtergleichstellung wird – abweichend von der h.M. – nicht erst dann verletzt und über den *ordre public* gemäß Art 6 EGBGB korrigiert, wenn das Auslandsrecht im konkreten Endergebnis die Frau oder den Mann benachteiligt. Vielmehr ist die Berufung einer ausländischen „Fallnorm“ (*Fikentscher*¹⁷⁰) bereits dann unvereinbar mit dem besonderen Gleichheitssatz, wenn sie *in abstracto* geschlechter-

167 Zum Spannungsverhältnis von kultureller Identität und Integration für den Bereich des Schulrechts *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 262 ff., 385 ff.

168 Zur Wahrung der kulturellen Identität über die Parteiautonomie s. *Jayme*, Cours général de droit international privé – Identité culturelle et Intégration: Le Droit International Privé postmoderne, 1995, 54 ff.; 203 ff. Krit. zur Derogation objektiv-effektiver Anknüpfungsprinzipien durch Rechtswahl für den Fall der Mehrstaater *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 162 ff.

169 Ähnlich *Lass*, Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht, 1995, S. 3.

170 *Fikentscher*, Methode des Rechts, Band IV, 1977, S. 202: „Die Fallnorm ist diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet. Die Fallnorm ist der Rechtssatz im technischen Sinne.“ Siehe dazu auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 5. Aufl. 1983, S. 30 ff.

diskriminierend ist. Art. 3 Abs. 2 GG und das Europäische Primärrecht gebieten in diesem Fall, die Verweisung auf das ausländische Recht zu kupieren und stattdessen die *lex fori* zur Anwendung zu berufen.¹⁷¹

VI. Vom negativen zum positiven *ordre public* bei Kinderehen

Eine besondere Herausforderung für die inländische Wertegemeinschaft sind Kinderehen. Das Problem von im Ausland geschlossenen Kinderehen wird bislang nur unzureichend über den negativen *ordre public* in Art. 6 EGBGB erfasst.¹⁷² Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, eine positive *ordre public*-Klausel zu statuieren, welche die Aufhebbarkeit von Kinderehen als Regelfolge vorsieht, sofern im Zeitpunkt der gerichtlichen Aufhebungsentscheidung ein Ehepartner noch unter 16 Jahren alt ist.¹⁷³

171 Diese These wird näher ausgeführt und begründet bei *Weller/Thomale/Zimmermann*, Die kupierte Verweisung, 2018 (im Erscheinen).

172 *Harbarth/Thomale/Weller*, FAZ v. 4.8.2016, S. 7.

173 Näher hierzu *Weller/Thomale/Hategan/Werner*, Kinderehen, FamRZ 2017 (im Erscheinen).

Summary

The Personal Statute in Times of Mass Migration
by Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Mass migration can only be dealt with on the basis of an active integration policy. Hence, private international law can and should be applied as a sociopolitical tool contributing to the integration of immigrants by providing a cross-border regulatory framework for both the personal and the family statute.

(1) On that account, the personal statute applicable to a migrant should, as a suggestion *de lege ferenda*, no longer be determined by reference to the principle of nationality as connecting factor. The substantive law should rather be determined by applying the concept of habitual residence as connecting factor. Thus, the laws of the country of immigration would apply to the personal and family status immigrants.

(2) However, to respect the immigrant's foreign cultural identity and values, they should be accorded party autonomy in view of their personal status. Hence, they should have the right to choose the law of their former domicile (the law of their "country of origin") in deviation from the law of the state of their new habitual residence.

(3) This enhanced party autonomy is, however, subject to the limits of the binding framework of the domestic fundamental values, i.e. the values granted in the constitution.

(4) Especially the principle of gender equality constitutes a limit to the application of foreign law.

a) The prevailing opinion protects gender equality only on a case-by-case basis on the grounds of public policy according to Art. 6 EGBGB.

b) In my view, however, gender equality already has to be respected when the applicable law is determined by the conflict rules. Gender equality as stipulated in Art. 3 para. 2 of the German Constitution mandates a "restricted referral" to foreign law ("*coupierte Verweisung*"): To the extent that foreign law discriminates gender in the abstract, the reference to foreign law has to be cut. Instead, the law of the forum (*lex fori*) has to be applied.

(5) Designed as a negative public policy clause, Art. 6 EGBGB has in practice turned out to be insufficient to annul child marriages entered into abroad. Hence, the German legislator did right to enact a positive public policy clause in the year 2017 stipulating that any marriage is voidable in case a spouse is younger than 16 years at the time of the ruling of the court.

Diskussion

zu den Referaten Uerpmann-Witzack und Weller

Frau Dethloff: Es freut mich sehr, eben schon gehört zu haben, dass es engagierte bis hitzige Debatten während der Kaffeepause gegeben hat, die ich nun gerne hier in den Saal hineinverlegen möchte. Wir haben insgesamt sechsundzwanzig Wortmeldungen, sodass ich schon an dieser Stelle darum bitte, dass Sie sich entsprechend kurzfassen, damit nicht den Letzten oder die Letzte die Hunde beißen und noch Gelegenheit für ein Statement sowie ein Schlusswort der Vortragenden besteht. Ich möchte jetzt mit den drei Wortmeldungen anfangen, die sich an beide Referenten richten. Ich möchte mit Herrn Basedow beginnen und mit Herrn Hofmann sowie Herrn Remien fortfahren.

Herr Basedow: Vielen Dank an beide Referenten. Ich fand die Referate außerordentlich bereichernd und anregend und für die politischen Debatten über diese Fragen, mit denen wir uns heute befassen, sehr wichtig.

Herr Uerpmann – ich möchte Ihnen vorschlagen, dass Sie die siebte Ihrer Thesen leicht verändern und davon sprechen „für einen Zielstaat wie gegenwärtig Deutschland“. Wir haben ja von Herrn Buergenthal gehört, dass es auch einmal anders war. Einer der ersten Rektoren dieser Universität, Ernst Eduard Hirsch, ein Handelsrechtler, ist schon 1933 oder 1934 in die Türkei emigriert, viele tausend Deutsche sind gefolgt; wir sollten das nicht vergessen. Es bringt auch die Zeitgebundenheit vieler Debatten zum Ausdruck. Ich stelle mir die Frage, ob man nicht versuchen sollte, die völkerrechtliche Regelbildung zu lösen von den jeweils gerade vorherrschenden Problemen bzw. ihrer Wahrnehmung. Sollten wir nicht versuchen, Regeln zu finden – im IPR sprechen wir von bilateralen Regeln – die praktisch für die verschiedenen Zeitabläufe auch tragfähig sind und die den Interessen eines Quelllandes ebenso entsprechen wie denen eines Ziellandes?

Sie haben in dem letzten Abschnitt unter dem Stichwort „Utopie“ Prinzipien der Schutzverantwortung angesprochen. Da bin ich völlig einverstanden, ich würde nur den Ausdruck „Utopie“ vermeiden, weil er so klingt, als ob dergleichen unter keinen Umständen Realität werden kann. Ich frage mich, ob man nicht doch mit der von Ihnen intendierten Regelbildung voranschreiten könnte, wenn man zugleich gewisse Diskriminierungsverbote in ihrer Tragweite etwas einschränkt. Hinter der gegenwärtigen Debatte über die Aufnahme von Migranten steht bei allen unausgesprochen die Vorstellung, dass die Migranten nach ihrer Aufnahme sämtliche Rechte haben, die Deutsche und sonstige Einwohner dieses Landes auch haben. Beides muss ja nicht unbedingt miteinander verknüpft sein; manches schreckliche Schicksal, von dem hier die Rede war, könnte vermieden werden, wenn es einen rechtlich akzeptierten Zwischenstatus gäbe.

Zu Herrn Weller – Zu Anfang haben Sie einmal von der Vielzahl von Parallelgesellschaften gesprochen. Das klang so, als ob man das möglichst vermeiden sollte. Aber denken wir doch auch wieder zurück an den historischen Ausgangspunkt von Herrn Uerpmann - die Hugenotten haben hier über Generationen in einer Parallelgesellschaft gelebt. Gleiches kennen wir von den sephardischen Juden in verschiedenen Län-

dern in Westeuropa, die auch über hundert, zweihundert Jahre in Parallelgesellschaften gelebt haben. Müssen wir nicht einfach nur wieder lernen, in längeren Zeiträumen zu denken, und nicht unbedingt gleich versuchen, alles innerhalb weniger Jahre auf einen Nullachtfünfzehn-Schnitt zurecht zu scheiden?

Herr Weller, Sie haben sich in einem sehr wesentlichen Teil Ihres Referats dafür ausgesprochen, dass schon bei einer abstrakten Diskriminierung der ausländischen Regeln, was die Gleichbehandlung von Mann und Frau betrifft, dieses ausländische Recht nicht angewendet werden soll. Das klingt auf den ersten Blick einsichtig, aber wo sind die Grenzen? Soll etwa eine Vereinbarung zwischen zwei Ehegatten über eine Brautgabe in Deutschland unter keinen Umständen durchsetzbar sein, nur deshalb, weil es in den Ländern des islamischen Rechtskreises eben nur eine Brautgabe und keine Bräutigamgabe gibt? Das kann man doch der Frau, die nach mehrjähriger Ehe eine solche, zuvor gestundete Brautgabe in Deutschland einklagt, nicht ernstlich entgegenhalten. Oder nehmen Sie die Verstoßungsscheidung einer Ehe von Staatsbürgern eines islamischen Landes, die dort ausgesprochen und wirksam ist; angenommen die geschiedene Frau will hinterher in Deutschland wieder heiraten. Wenn wir die Anerkennung des *talaq* wie vorgeschlagen kategorisch ablehnen, müssen wir die Frau für verheiratet halten und ihr zumuten, erst einmal in Deutschland ein Scheidungsverfahren durchzuführen gegen den früheren ausländischen Ehemann, von dem man vielleicht gar nicht mehr weiß, wo er eigentlich lebt und ob ein deutsches Gericht für die Scheidung zuständig ist. Erst danach könnte sie sich dann in Deutschland wieder verehelichen. Die Beispiele zeigen: Die Musik spielt bei den Grenzen. Das zeigt sich auch bei dem aktuellen Thema der Kinderehen, über die wir ja schon etliche Emails ausgetauscht haben. Letztlich gelangt man dann wahrscheinlich doch wieder zu einer Einzelfallbeurteilung, die Sie gerade vermeiden wollen.

Herr Hofmann: Vielen Dank an beide Referenten für hervorragende Vorträge und vor allem auch an den Vorstand, der ein Thema gefunden hat, was in idealer Weise die beiden Komponenten dieser Vereinigung interessiert. Das ist wirklich vorbildlich. Ganz kurz zur Frage Auswanderungsfreiheit, Einwanderungsfreiheit. Herr Basedow hat es schon angesprochen. Ich glaube, Sie haben, Herr Uerpmann, das nicht wirklich getrennt, aber den Fokus doch auf die Einwanderungsregelung gesetzt. Ich glaube, man muss da wirklich historisch denken. Wenn wir uns hier vor dreißig Jahren getroffen hätten – ich weiß jetzt nicht, wie weit es von hier bis zur ehemaligen Mauer war – hätten wir uns wahrscheinlich eher Gedanken über die Auswanderungsfreiheit als über die Einwanderungsfreiheit gemacht. Das kann durchaus wiederkommen. Historisch gesehen ist es eigentlich auch eher so gewesen, dass der Kampf um Menschenrechte im Bereich der grenzüberschreitenden Freizügigkeit eher der Versuch war, die Auswanderungsfreiheit durchzusetzen, weil Staaten eigentlich sehr lange daran interessiert waren, Einwanderer aufzunehmen. Es ist ein relativ neues Phänomen, dass es da Behinderungen gibt. Artikel 73 GG spricht übrigens auch noch von der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes für Ein- und Auswanderung. Da wird das also noch gesehen. Wichtiger ist mir aber die Frage des „Migrationsmanagements“. Ich muss ehrlich sagen, ich habe etwas Bedenken gegen die uferlose Verwendung des Management-Begriffs in den letzten zehn, fünfzehn Jahren in internationalen Beziehungen, auch im Völkerrecht. Ich weiß nicht, ob es nicht den falschen Eindruck vermittelt, man könne alles „managen“, denn das kann das Völkerrecht, glaube ich, nicht. Ich glaube, wir

überbeanspruchen dabei das, was unsere Disziplin leisten kann. Worüber wir nachdenken können und müssen – und da bin ich ganz bei Ihnen – ist die Frage, ob und inwieweit wir dahin kommen müssen, dass wir über die klassischen, die politischen Flüchtlinge der Genfer Konvention hinaus die Schutzflüchtlinge im weiteren Sinne einbeziehen. Ich glaube, insofern müssen wir uns immer wieder daran erinnern, dass bis vor siebzehn Jahren es nur Afrika war, wo es einen völkerrechtlichen Status für solche Flüchtlinge gab. Inzwischen ist die EU dazu gekommen – und das ist es dann auch weltweit: Wir haben auf universeller Ebene keinerlei Regelungen für Schutzflüchtlinge und ob wir das Problem mit der *responsibility to protect* lösen können, ist genau das, was sie anfangs gesagt haben: Das ist Aufgabe der Völkerrechtsdisziplin, Denkprozesse einzuleiten, die dann zu einer Verbesserung führen könnten. Ich glaube nicht, dass es sinnvoll ist, wenn das Völkerrecht sich im Moment damit beschäftigt, solche Regelungen auch für die Arbeitsmigration zu schaffen. Da überfordern wir uns, glaube ich. Mir ist es deswegen wichtig, dass man auch definitorisch zwischen diesen verschiedenen Gruppen trennt. Was mir in Ihrem Vortrag bei dem Migrationsmanagement und dessen Solidaritätsbegriff gefehlt hat, war der Hinweis auf die Staaten, aus denen die Menschen kommen, auf die ganz komplexe Frage, ob oder wann eine Verpflichtung im Völkerrecht besteht, eigene Staatsangehörige zurückzunehmen. Wie kann die durchgesetzt werden? Ist das nicht auch ein Teil der internationalen Solidarität, dass Staaten ihre Staatsangehörigen, die woanders mit guten Gründen vielleicht nicht willkommen sind, zurücknehmen?

Zu Herrn Weller zwei ganz kleine Bemerkungen: Ich finde es sehr interessant, dass sie Artikel 6 EGBGB abstrakt sehen wollen. Ich habe jetzt nicht ganz verstanden: Wollen Sie das allgemein machen für alle Fälle, wo *ordre public* in Frage kommt, oder nur für die beiden Konstellationen, die Sie angesprochen haben? Also Kinderehen und Gleichstellung von Mann und Frau? Und dann der letzte Punkt: Mein Appell ist, dass wir die „Aufladung“ des deutschen oder der nationalen *ordres publics* nicht nur mit der Grundrechtecharta verbinden, sondern jedenfalls im europäischen Kontext ganz sicher auch mit der EMRK. Ob es dann auch völkerrechtliche Mindeststandards gibt, die man hier mit einbringen kann, steht auf einem anderen Blatt.

Herr Remien: Auch ich danke für zwei sehr profunde Referate und möchte an das eine, wie an das andere eine kurze Frage stellen. Vielleicht betrifft die Erste möglicherweise auch beide Referate. Ich habe mir heute früh die Frage gestellt, wie es eigentlich mit der Verbindung der beiden Themen, denen diese Tagung gewidmet ist, ist – zum einen nämlich „Hundert Jahre Deutsche Gesellschaft für internationales Recht und Völkerrechtsentwicklung“ und zum anderen „Migration“. Diese Verbindung habe ich eigentlich noch nicht groß angesprochen gesehen heute. Das führt mich zu der These 1 von Herrn Uerpman-Witzack: Migrationsbewegungen vollziehen sich typischerweise ohne Völkerrecht. Das mag aktuell so sein, aber in den letzten hundert Jahren, scheint mir, war das zum Teil vollkommen anders. Wenn man beim Bevölkerungsaustausch an den Vertrag von Lausanne oder von Neuilly oder auch Bestimmungen im Potsdamer Abkommen denkt, da hat das Völkerrecht die Migration, die Zwangsmigration, durchgesetzt. Vielleicht partiell im Vollzug von schon tatsächlich erfolgten Dingen, aber nicht nur in Anerkennung von dem, was schon erfolgt war, sondern auch tatsächlich in der Beförderung der weiteren Zwangsmigration oder ethnischen Säuberung. Das erinnert mich auch an eine Frage, die gestern aufgeworfen wurde, wenn ich die etwas erweitern darf. Da ging es nämlich um Stolz. Wie sieht das eigentlich mit dem Stolz auf die Ent-

wicklung des Völkerrechts im Hinblick auf Migration in den letzten hundert Jahren aus? Das klingt dann gestern vielleicht auch mit Vorortsverträgen schon kurz an. Das fände ich interessant, so als Anregung oder Frage, wenn man dem noch weiter nachgehen könnte. Mir scheint da ein ganz erstaunlicher Paradigmenwechsel im Völkerrecht vorzuliegen. Früher hat man die Migration partiell durch Völkerrecht erzwungen, heute versucht man auf stattfindende Migration irgendwie rechtlich und völkerrechtlich zu reagieren. Das lässt mich etwas perplex zurück. Darauf hätte ich gerne, wenn möglich, einige Antworten.

Meine zweite Frage richtet sich mehr an Herrn Weller – zu der Kinderehe. Ich kenne leider jetzt nicht den Emailverkehr zwischen Herrn Weller und Herrn Basedow, habe auch nicht Institutionen, die den möglicherweise überwachen und die ich vorher kontaktieren könnte – das wirft auch völkerrechtliche Fragen auf, deshalb frage ich so relativ naiv einfach an Herrn Weller, ob diese Aufhebungslösung tatsächlich ideal ist und wie die laufen soll und ob vielleicht noch ein Mittelweg zwischen Aufhebung und Nichtigkeitlösung denkbar wäre. Zum einen – wie soll die laufen, wie ist es eigentlich mit der Initiative – dazu hast du kurz etwas gesagt – für so ein Verfahren? Aber ist das realistisch, dass die Betroffenen selber oder dass das Jugendamt das tun werden? Wie lang wird so ein Verfahren dauern? Sind die dann nicht längst volljährig, wenn darüber tatsächlich bestandskräftig entschieden wird? Und wie stellt man eigentlich fest, wie alt die tatsächlich sind? Das scheint ja vielfach auch ein Problem zu sein. Eventuell wissen wir ja gar nicht, ob die minderjährig sind oder nicht. Derzeit scheinen sich manche jünger zu machen, vielleicht müssten sich dann jedenfalls die Frauen in Zukunft ein bisschen älter machen. Dazu mag nicht jede geneigt sein, aber hier könnte es möglicherweise einen Anreiz dazu geben.

Dann frage ich nur noch: Könnte man als Mittellösung eventuell an so eine Art Validierung der Minderjährigenehe denken?

Frau Dethloff: Ich möchte gerne fünf Wortmeldungen und Fragen anschließen, die sich alle auf den Gedanken der Solidarität beziehen und damit an Herrn Uerpmann-Witzack gerichtet sind. Ich beginne mit Frau König und gebe im Anschluss Frau Peters, Herrn Weber, Herrn Murswiek und Herrn Payandeh das Wort.

Frau König: Vielen Dank! Um mich kurz zu fassen, schließe ich mich dem Dank für die Vorträge an, führe das nicht weiter aus und komme gleich auf These 31 und 32 von Herrn Uerpmann zurück. Rainer Hofmann hat richtig bemerkt, dass wir für Schutzflüchtlinge keinerlei Regelung zum Schutzstatus haben und die Genfer Flüchtlingskonvention scheint die heutige Problematik nicht richtig zu treffen. Deswegen liegt es auf der Hand, wie du auch vorgeschlagen hast, den Solidaritätsgedanken hier fruchtbar zu machen. Das sehe ich auch so. Ich habe nur gewisse Probleme damit, hier schon von einem Rechtsprinzip zu sprechen. Du hast gesagt, es wäre sinnvoll, auf dieses Rechtsprinzip zurückzugreifen, wenn ich es richtig in Erinnerung habe. Ich würde dich bitten, das noch ein bisschen auszuführen, denn ich habe gewisse Zweifel, ob dieses Prinzip wirklich trägt oder ob es doch mehr ein moralischer Appell ist.

Zweitens – das hat Rainer Hofmann auch schon kurz angesprochen – geht es mir um die Ausweitung des R2P-Konzepts. Das ist in seiner völkerrechtlichen Einordnung schon so, wie es jetzt dasteht, zumindest umstritten, wird immer wieder angegriffen, und ich habe die Sorge, dass, wenn wir jetzt dazu übergehen, dieses Prinzip auch für die

Migrationsbewegung fruchtbar machen zu wollen, wir uns doch etwas überheben, also die Gefahr der Überfrachtung besteht.

Drittens – das ist mehr ein Kommentar – möchte ich noch einmal den Bogen zu der Diskussion von gestern Nachmittag spannen. Sowohl das Solidaritätsprinzip oder der Solidaritätsgedanke als auch die Schutzverantwortung setzen meines Erachtens ein wertebasiertes Völkerrecht voraus. Wenn wir uns auf diese Prinzipien stützen wollen, müssen wir ein wertebasiertes Völkerrecht einfordern, da reichen prozessual abgesicherte Umgangsformen miteinander nicht aus. Der Zeitgeist scheint allerdings in eine andere Richtung zu gehen. Du hast diese Gedanken ja auch mit dem Wort „Utopie“ überschrieben, und mit Blick darauf möchte ich mich dem anschließen, was Herr Basedow eben gesagt hat. Müssen wir nicht lernen, in längeren Zeiträumen zu denken? Ich meine ja, und deswegen möchte ich auch gerade den Jüngeren unter uns Mut machen, nicht nachzulassen, auch wenn diese Prinzipien heute noch nicht tragen. Noch ist nicht aller Tage Abend. Danke!

Frau Peters: Ich schließe mich Doris gerne an zum Thema Solidaritätsprinzip. Das Solidaritätsprinzip ist vor der Ausbildung des Souveränitätsprinzips im Völkerrecht diskutiert und entwickelt worden – in der spanischen Spätscholastik, bei Pufendorf und Wolf. Erst Vattel hat dann mit Souveränität angefangen. Jetzt meine Frage nach den Missbrauchsmöglichkeiten, die sich in der Vergangenheit auch schon realisiert haben. Zum Beispiel wurde die Solidarität von den Spaniern bemüht für den Zwang zur „Öffnung“ der neuen Gebiete und für ein Recht auf Teilhabe an Rohstoffen. Auch in Bezug auf China wurde unter Berufung auf Solidarität von den westlichen Staaten die Öffnung und Handel eingefordert. Umgekehrt haben in den 1960er und 70er Jahren die Länder des globalen Südens unter Verweis auf die Solidarität wiederum Technologietransfers und Zwangslizenzen gefordert und Industriespionage damit gerechtfertigt. Deswegen glaube ich, dass die Solidarität unbedingt durch das Subsidiaritätsprinzip ergänzt werden sollte. Die Subsidiarität passt wiederum gut zur Schutzverantwortung. Die erste Säule der R2P hast du ja genannt. Zwar hat Doris hier pragmatische Bedenken geäußert, aber ich finde die Idee konstruktiv gut. Um den Übergang von der primären Verantwortung des Territorialstaates auf die internationale Gemeinschaft zu rechtfertigen, brauchen wir das Prinzip der Subsidiarität. Wenn die untere Ebene die Aufgabe nicht mehr erfüllen kann, dann erst besteht die Legitimation, dass die höhere Ebene eingreift.

Jetzt noch als weitere Frage: Du hast dazu aufgefordert, als Völkerrechtswissenschaftler Denkräume zu schaffen. Es stellt sich die Frage der interdisziplinären Anschlüsse. In der Bewegung der *global social justice* – also der globalen sozialen Gerechtigkeit von Thomas Pogge und anderen – wird immer wieder darauf hingewiesen, dass die internationalen Institutionen, so wie sie jetzt existieren, und die internationalen Regime – Welthandelsordnung, Weltfinanzordnung – den maßgeblichen Beitrag zur krassen Ungleichverteilung in Bezug auf Einkommen und Vermögen leisten. Diese Autoren leiten daraus Forderung nach radikalem Umbau der Institutionen ab. Wie siehst du überhaupt die Chancen systemimmanenter Weiterentwicklung mit Mitteln und in Begleitung der Rechtswissenschaft – zumal schon die faktischen Grundlagen all dieser Probleme extrem umstritten sind? Du hast Ungleichheit genannt, aber wie ungleich und wie die Trends sind, wird total kontrovers diskutiert. Die einen lehnen die Armutsberichte der Weltbank völlig ab und sagen, die Schere geht weiter auseinander,

die anderen bestreiten dies. Dann stellt sich auch die Frage der Maßeinheit. Ich fühle mich als Rechtswissenschaftlerin hier an der Grenze unserer Kompetenzen angelangt.

Herr Weber: Vielen Dank für die sehr spannenden Referate. Ich habe auch nach einer Verbindung gesucht. Das ist vielleicht nicht gerade das Solidaritätsprinzip, aber ich schließe mich meinen Vorrednerinnen gerne an. Ich würde auch einige Fragezeichen setzen, die schon genannt worden sind. Es ist selbst für das EU-Recht problematisch, ob wir das Solidaritätsprinzip in jedem Fall operationalisieren können. Es ist unstrittig, dass es ein Rechtsprinzip ist. Die Frage ist nur, wie können wir es im Einzelfall wirklich durchsetzen. Ich verweise etwa auf die Verteilungsbeschlüsse der EU-Kommission, die aus meiner Sicht sehr vernünftig sind. Ich will das Thema aber nicht weiter vertiefen, sondern bei Herrn Uerpmann noch bei anderen Problemen weiter nachfragen; wir sollten als Völkerrechtler ja nicht nur auf der höchsten Abstraktionsebene argumentieren. Da sind einige Fragen, die jetzt sehr dringend geworden sind. Er hat ja die Rückübernahmeübereinkommen erwähnt, die an sich eine relativ große Rolle spielen sollten in der Überstellungspraxis, die aber nicht funktionieren, obwohl eigentlich die Staaten dieser Rücknahmeverpflichtung nach allgemeinem Völkerrecht nachkommen müssten. Das Völkerrecht scheint – das haben Sie angedeutet – sich immer mehr den informellen Absprachen zu nähern. Sie haben Afghanistan erwähnt, aber auch am Rande den Türkeiideal. Ich bin mir auch nicht ganz klar, was eigentlich diese Absprache mit der Türkei völkerrechtlich genau bedeutet. Ist es ein *Agreement*? Wir hatten einen Beschluss des Rates, den man nachlesen kann – übrigens auch mit menschenrechtlichen Kautelen – den Griechenland umzusetzen versucht.

Die zweite konkrete Frage betrifft die Externalisierung der internationalen Schutzverantwortung. Können wir von EU oder von mitgliedstaatlicher Ebene zum Beispiel Aufnahmezentren in Nordafrika errichten? Es gab ja schon früher einen Vorschlag von Schily und er taucht immer wieder auf, weil es offenbar nicht gelingt, eine effektive Kontrolle der Außengrenzen der EU durchzuführen. Ist das unter völkerrechtlichen Aspekten mit Einverständnis der jeweiligen nordafrikanischen Staaten vertretbar? Ich nenne konkret natürlich Libyen, aber auch Tunesien oder Marokko.

Schließlich noch eine Frage an Herrn Weller. Mich hat das Konzept überzeugt, hier die *lex fori* im Prinzip anzuwenden. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, gilt es ja dann für beide – für die Asylsuchenden wie die Wirtschaftsmigranten. Bei den Letzteren finde ich es nicht zwingend, aber für Einheitlichkeit bin ich eigentlich immer zu haben. Ich bin mir nicht ganz sicher – dazu bin ich zu wenig IPR-Rechtler – was die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eigentlich bedeutet, denn ausländerrechtlich müssen wir ja zwischen dem aufenthaltsrechtlichen Status differenzieren. Wie lange muss der Aufenthalt sein, um „gewöhnlich“ zu sein?

Herr Murswiek: Ich habe ein paar Bemerkungen zu Herrn Uerpmann, mit dessen Referat ich ganz überwiegend völlig einverstanden bin. Eine kurze Anmerkung, eigentlich eher terminologischer Art. Wenn Sie sagen, die Migration habe überwiegend außerhalb des Völkerrechts stattgefunden – ich glaube, das kann man auch anders formulieren, ohne inhaltlich etwas anderes zu sagen. Man könnte sagen, dass sie durchaus auf dem Boden des Völkerrechts stattgefunden hat, nur das Völkerrecht hat keine materielle Steuerung vorgenommen. Aber wenn die Staaten kraft ihrer Souveränität darüber entscheiden, wen sie ins Land aufnehmen und wen nicht, dann sind das natür-

lich Entscheidungen auf dem Boden des Völkerrechts. Also es findet nichts in einem völkerrechtsfreien Raum statt.

Dann zu Ihrem utopischen Schlusskapitel. Auch da kann ich mich weitgehend anschließen an das, was andere schon zum Thema Solidarität gesagt haben. Mit Solidarität ist es ja wie mit der Gerechtigkeit. Man kann nichts dagegen sagen, jeder ist dafür, aber jeder versteht auch etwas anderes unter Solidarität und Gerechtigkeit. Es sind Prinzipien, die auf abstrakter Ebene zum Denken, zum Nachdenken anleiten, aber sie sind wegen ihrer völligen inhaltlichen Unbestimmtheit keine rechtlichen Steuerungsressourcen. Sie bedürfen der Konkretisierung durch präzise Regeln, die sich darauf beziehen, was zu tun ist oder was unterlassen werden muss. Wenn es solcher Präzisierungen, Konkretisierungen bedarf, damit diese Prinzipien überhaupt anwendbar sind, dann fragt sich doch, wer dafür zuständig ist, diese Konkretisierungen vorzunehmen. Das sind nach dem Souveränitätsprinzip zunächst die Staaten. Die müssen dann Verträge etwa über die Verteilung von Flüchtlingen, denen Schutz gewährt werden soll, aushandeln. Würden wir den Staaten diese Zuständigkeit abnehmen wollen und auf zentraler völkerrechtlicher Ebene die Entscheidung treffen, dann würde das ja voraussetzen, dass die Souveränität insofern an ein anderes, übergeordnetes Gremium, eine Institution, übergehen würde. Ich glaube, dazu wären die Staaten heute und in absehbarer Zeit nicht bereit. Noch eine abschließende Bemerkung zu diesem Themenkreis. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, Herr Uerpmann, die Ausführungen in dem letzten Abschnitt ihres Vortrags bezogen sich doch wohl auf die Schutzflüchtlinge? Ich glaube, es ist wichtig, dass man auf der völkerrechtlichen Ebene jedenfalls insofern zwischen Schutz- und Wirtschaftsflüchtlingen unterscheidet. Bei Wirtschaftsflüchtlingen sehe ich jedenfalls nicht ohne Weiteres, dass da ein Solidaritätsprinzip Anwendung finden müsste.

Herr Payandeh: Vielen Dank, Herr Uerpmann. Meine Frage bezieht sich auch auf die Bedeutung und Reichweite des Solidaritätsprinzips und schließt an die Bemerkungen meiner Vorrednerinnen und Vorredner an. Ich habe grundsätzlich Sympathie für die Statuierung bzw. Herleitung von solchen Prinzipien im Völkerrecht. Sie haben dann ja aber mit guten Gründen dargelegt, dass sich daraus keine konkreten, unmittelbaren rechtlichen Pflichten ableiten lassen, sondern eher Argumentationslasten, sodass Rechtfertigungsdruck auf die Staaten entsteht. Ich stelle mir nun die Frage, ob das gerade in dem Kontext der Migration wirklich weiterführt, vor allem vor dem Hintergrund – sie hatten das ja auch ausgeführt –, dass wir es bei der Migration mit einem sehr facettenreichen Phänomen zu tun haben, das eben nicht nur die Frage der Aufnahme der Flüchtlinge, sondern auch die Fluchtursachen, die Bedingungen der Migration, die Integration und die Migrationsfolgen betrifft. Diese Punkte sind auch wieder sehr facettenreich. Folgt daraus dann, dass jeder Staat behaupten kann, dass er durch die Aufnahme oder durch finanzielle Hilfen oder durch die Fluchtursachenbekämpfung, die man ja auch wieder beispielsweise in der Bekämpfung des Klimawandels sehen kann, seinen Beitrag geleistet hat? Oder wenn man es ganz weit sieht, dass einige Staaten vorbringen, dass sie durch ihren militärischen Beitrag zur Terrorismusbekämpfung Fluchtursachen bekämpfen? Daraus folgt für mich die Frage, ob man das Solidaritätsprinzip nicht noch näher konkretisieren kann, was sich dann wieder dem Vorwurf ausgesetzt sehen muss, dass man Rechtspflichten statuieret, die keinen hinreichenden Rückhalt im geltenden Völkerrecht haben. Oder ob man die Solidaritätspflicht nicht offener als politische, moralische Pflicht anerkennen muss und die völkerrechtlichen

Fragen nicht auf das Flüchtlingsrecht und die menschenrechtlichen Vorgaben beziehen muss. Vielen Dank!

Frau Dethloff: Nun möchte ich mit vier Wortmeldungen zu Herrn Wellers Vortrag fortfahren, die sich alle auf den *ordre public* und die Geschlechtergleichheit beziehen: Frau Coester-Waltjen, Herr von Hein, Herr Classen und Herr Petersen.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank. Herr Weller, Sie werden erwarten, dass ich Ihnen in dem Wechsel zum Anknüpfungsprinzip des gewöhnlichen Aufenthalts zustimme. Das ist sicherlich eine vernünftige Regelung. Dies bedeutet dann aber, dass die Anwendung ausländischen Rechts auf wenige Fälle reduziert ist, nämlich auf die Fälle, in denen jemand mit dem *animus revertendi* hier ist oder in denen die Hierseienden eine Rechtswahl getroffen haben oder in denen es um Rechtsakte geht, die früher im Ausland stattgefunden haben. Das sind also die wenigen Fälle.

Der zweite Punkt – bei dem ich Ihnen zunächst auch grundsätzlich zustimme – ist die Politisierung des IPR. Es gab sie war schon immer, aber sie ist stärker geworden. Dabei ist der Grundsatz der Geschlechtergleichheit ein besonders wichtiger. Im deutschen IPR muss eine gleichheitsgerechte Anknüpfung erfolgen. Davon darf es auch keine Ausnahmen geben. Aber – und damit komme ich zu Ihrer Kupierung – auch der Gleichheitssatz ist für die betroffenen Menschen gemacht. Man kann daher nicht völlig unabhängig vom Ergebnis ein ausländisches Recht ausschalten. Herr Basedow hat bereits den Beispielsfall der Talāq-Scheidung gebildet, bei dem man gerade nicht im Nachhinein sagen können sollte, dass die inzwischen anderweitig verheiratete Frau nicht wirksam geschieden sei. Wenn wir gerade in den wenigen Fälle, in denen wir ausländisches Recht anwenden, dieses auch noch unabhängig vom konkreten Fall und Ergebnis kupieren wollen, weil wir andere materielle Regelungen haben, dann geht dies zu weit. Der mit der Gleichbehandlung intendierte Schutz wird in sein Gegenteil verkehrt. Das passt nicht zu einem modernen Kollisionsrecht.

Auch wir haben E-Mail-Kontakt über die Kinderehen gehabt. Natürlich ist eine Aufhebungslösung gegenüber der Nichtigkeitslösung noch die bessere, aber auch bei der Aufhebungslösung muss man den Einzelfall betrachten. Dies gilt insbesondere, wenn ein *animus revertendi* bestehen sollte. Wie wollen Sie eine junge Frau in ihr Heimatland zurückschicken, die dort sagen muss, dass ihre Ehe aufgehoben worden sei. Eine Zwangsaufhebung kann nicht integrationsfreundlich sein. Sie ist auch nicht menschenrechtsfreundlich. Wenn Sie dieses Vorgehen auf andere Werte ausdehnen würden, dann verengten Sie das IPR von einem Toleranzrecht zu einer Verabsolutierung der eigenen Werte. Dann heißt es nur noch: *our rules first*.

Herr von Hein: Vielen Dank an beide Referenten für die schönen Referate! Ich möchte mich aber besonders an Herrn Weller wenden. Wir haben darüber zwar nicht gemalt, aber auch schon einmal bei Gelegenheit gesprochen. Ich würde auch sagen, dass ein weitergehender Paradigmenwechsel zum gewöhnlichen Aufenthalt im Personen- und Familienrecht angebracht ist. Ich würde dann aber doch festhalten, es sollte ein Paradigmenwechsel hin zum gewöhnlichen Aufenthalt und nicht zum *domicile* sein. Wenn man sagt, der *animus revertendi* schließe den gewöhnlichen Aufenthalt aus, dann schafft man im Grunde einen Anknüpfungsbegriff, der dem englischen *domicile* entspricht. Das führt zu extremen Unzutraglichkeiten. Es gibt in der englischen Rechtsprechung diese bekannten Zypriotenfälle. Diese betreffen Zyprioten, die sich nach

dem Bürgerkrieg und der türkischen Okkupation der Nordhälfte in Großbritannien niedergelassen haben, und da hat man eine Fülle von englischen Urteilen, in denen den Personen gesagt wird, du lebst zwar seit fünfunddreißig Jahren in Großbritannien, du hast vielleicht schon zwei englische Frauen geheiratet und drei Kinder gezeugt, einen Immobilienbesitz erworben, aber du hast kein *domicile* in England, denn eigentlich möchtest du ja wieder zurück nach Zypern. Das kann es nicht sein. Das entspricht auch nicht dem, was man bei der Haager-Konferenz üblicherweise unter gewöhnlichem Aufenthalt versteht. Maßgebend ist vielmehr die tatsächliche soziale Integration in eine Gesellschaft; der Rückkehrwille spielt dafür grundsätzlich keine Rolle.

Zweiter Punkt: *ordre public*. Ich frage mich, ob sich insoweit eine abstrakte Konzeption überhaupt konsistent durchhalten lässt. Gerade bei den Kinderehen hast du diesen Ansatz beiläufig eingeschränkt und gesagt, eine gewisse zeitliche Relativität müssten wir schon beachten, wenn die Eheleute etwa vor zwanzig Jahren als Minderjährige geheiratet haben und seitdem friedlich zusammenleben, vielleicht schon Kinder haben. Dann soll die Ehe natürlich nicht aufgehoben werden. Ich glaube, das ist bislang auch allgemeine Meinung in der deutschen Rechtsprechung. Aber dieser sinnvolle Ansatz würde gerade konterkariert durch eine abstrakte Kontrolle. Denn gerade in vielen islamischen Rechtsordnungen ist doch die Ehemündigkeit geschlechtsdifferenziert ausgestaltet, das heißt, Frauen können in einem deutlich jüngeren Alter heiraten als Männer. Insofern käme man bei einer rein abstrakten Kontrolle gar nicht mehr zu einer salvatorischen Klausel in dem Sinne, das man sagt, die Eheleute leben schon so lange freiwillig zusammen, dass wir die Ehe nicht mehr aufheben können. Wenn man wirklich ernst machen wollte mit einer abstrakten Gleichheitskontrolle im IPR, müsste man diese Ehen hingegen unterschiedslos radikal aufheben, weil man im konkreten Einzelfall keine Flexibilität mehr hätte. Da möchte ich doch zu bedenken geben: Will man das? Will man diesen Ansatz wirklich konsequent und zu Lasten der Betroffenen so durchsetzen? Das scheint mir auch verfassungsrechtlich nicht geboten, weil es im Verfassungsrecht doch immer darum gehen muss, praktische Konkordanz zwischen verschiedenen Rechtsgütern herzustellen. Es gibt den Gleichheitsgrundsatz, der ist wichtig und den wollen wir auch auf internationaler Ebene schützen. Aber zur Menschenwürde gehören auch die Selbstbestimmung seiner familienrechtlichen Rechtsverhältnisse und die Möglichkeit, diese eigenverantwortlich gestalten zu können. Diese beiden Rechtspositionen müssen wir zu einem Ausgleich bringen. Das geht aber nur im konkreten Einzelfall und nicht auf einer generell-abstrakten Ebene. Vielen Dank!

Herr Classen: Ich habe auch eine Frage an Herrn Weller zum Thema Gleichstellung. Eine der Personengruppen, um die es hier geht, sind diejenigen, die um Schutz nachgesucht haben, diesen aber nicht bekommen haben. Sie sollen dann eigentlich ausreisen, können das aber nicht, werden geduldet und so weiter. Man hat an sich die Erwartung, dass sie möglichst schnell das Land verlassen, aber das geht aus verschiedenen Gründen praktisch nicht, und da geht es auch nicht nur um drei Monate, sondern häufig um längere Zeiten. Sie haben sie kurz erwähnt mit dem Hinweis, dass das auch Wirtschaftsmigranten seien, aber man muss doch unterscheiden zwischen denen, die sich hier wirtschaftlich irgendwie integriert haben, und den eben genannten Personen, die das nicht so richtig sind, bei denen vielmehr die Erwartung besteht, dass sie möglichst schnell wieder nach Hause gehen. Muss man da nicht – Stichwort Geschlechtergleichstellung, kupierte Verweisung – auch die Frage stellen, welche Konsequenzen in Deutschland getroffene Entscheidungen im Heimatland haben? Wenn wir schon

von ihnen erwarten, dass sie möglichst schnell ins Heimatland gehen, dann muss man sich doch auch Gedanken machen, was das jetzt heißt? Muss die Frage der möglichen Entscheidungserkennung, des Entscheidungseinklangs hier nicht eine größere Rolle spielen? Ist es sachgerecht, gesellschaftspolitische Erwartungen an einen Personenkreis heranzutragen, den wir eigentlich gar nicht in unserer Gesellschaft haben wollen, wenn ich das jetzt mal etwas pointiert und scharf und nicht so spitz gemeint, wie es jetzt vielleicht rüberkommt, formulieren darf? Da hätte ich gerne eine Klarstellung.

Herr Petersen: Herr Weller – meine Frage geht auch zu Ihnen und zu der Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 auf diese kollisionsrechtlichen Verhältnisse. Artikel 3 Absatz 2 bindet nur die deutsche öffentliche Gewalt. Das bedeutet, ein ausländisches Gesetz kann ich grundsätzlich nicht an Artikel 3 Absatz 2 messen. Der deutsche Richter, der die ausländische Norm anwendet, ist natürlich gebunden – aber der würde Artikel 3 Absatz 2 Genüge tun, wenn er im Einzelfall im Ergebnis nicht diskriminiert. Bei dem erwähnten Verfassungsgerichtsurteil gab es insofern einen Unterschied zu der Lösung, die Sie vorschlagen – da ging es ja um eine deutsche Kollisionsnorm und der deutsche Gesetzgeber war an Artikel 3 Absatz 2 gebunden. Ich habe, wie einige meiner Vorredner auch schon angedeutet haben, Bedenken, dass möglicherweise das Abstellen auf einen abstrakten Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 2 im Einzelfall zu nicht glücklichen Ergebnissen führen könnte.

Frau Dethloff: Angesichts der Fülle der Wortmeldungen möchte ich noch drei weiteren Kollegen die Gelegenheit geben, sich zu äußern. Herr Uerpmann hat mir signalisiert, dass er auch diese Fülle von weiteren Beiträgen noch bewältigen wird. Der Beitrag von Herrn Walter bezieht sich auf die Bedeutung der Menschenrechte und steht somit gut im bisherigen Zusammenhang. Zum Stichwort Vision, das schon mehrfach gefallen ist, möchte ich auch Herrn Thym und Herrn Kämmerer in der Folge noch Gelegenheit geben, Stellung zu nehmen.

Herr Walter: Vielen Dank! Ich wollte noch einmal bei der Bedeutung der Menschenrechte nachfragen. Herr Uerpmann, Sie hatten das ja zu Beginn relativ klar ausgeschlossen, was einerseits einleuchtet, schon wegen der näheren Konturierung des Themas. Andererseits habe ich mich dann gefragt: Geht das überhaupt? Kann man die Gestaltungsspielräume behandeln und die Menschenrechte außen vor lassen? Die Überlegung, die hinter meinen Zweifeln steht, ist, dass die Gestaltungsspielräume eben umso größer sind, je weniger weit die Menschenrechte reichen und je weiter die Menschenrechtssprechung ausgreift, desto geringer werden die Gestaltungsspielräume. Deswegen meine ich, muss man wohl doch ausloten, wie weit denn nun die Bindung an die Menschenrechte geht und vor allem auch, was die Rechtsprechung insbesondere des EGMR daraus macht. Ich will das an einem konkreten Beispiel deutlich machen, nämlich der Rechtsprechung zu Kollektivausweisungen, die auch deswegen wichtig ist, weil sie möglicherweise Einfluss auf Gestaltungsoptionen bei der Verteilung von Flüchtlingen hat. Der EGMR ist hier bis vor ganz kurzer Zeit relativ streng gewesen. Schon die Ausweisung einer vierköpfigen Familie kann potentiell eine Kollektivausweisung sein. Wenn man diese Rechtsprechung miteinbezieht, dann schränkt das möglicherweise Verteilungsoptionen stark ein, weil diese ja häufig gruppenbezogen sein werden. Auch wenn der EGMR seit der Entscheidung der Großen Kammer im Fall *Khlaifia* im Dezember die Dinge etwas großzügiger zu handhaben scheint, ist die Frage, glaube ich, noch nicht ganz vom Tisch. Die Menschenrechte spielen auch an

einer zweiten Stelle eine Rolle, zu der wir eben sehr ausführlich schon Beiträge gehört haben, nämlich bei der Solidarität. Könnten Sie nicht manche Konkretisierungen gewinnen, wenn Sie auch die Schutzpflichtdimension noch mit einspielen würden? Lieben sich die Thesen 31, 32 nicht konkreter fassen, wenn Sie die Menschenrechte mit einbinden würden?

Herr Thym: Ich fand das sehr spannend, Herr Uerpmann, wie Sie das ambivalente Verhältnis von Staateninteresse und Migrationsteuerung aufgezeigt haben – exemplarisch bei den Wanderarbeiterabkommen, die ja nicht unbedingt im Interesse der Zielstaaten liegen. Ich will auf eine andere Ambivalenz hinweisen und zwar mit Blick auf Ihre Utopie und Ihren Traum, der im Kern darauf zielt, den Gedanken der internationalen Gemeinschaft für das Migrationsrecht fruchtbar zu machen. Ich halte das für sehr sympathisch und auch unausweichlich. Allein die rechtspraktischen Auswirkungen sind ambivalent. Im klassischen menschenrechtsbasierten Völkerrecht hat man im Kern auf Schutz in den Zielstaaten gesetzt – EMRK, GFK und Artikel 16 GG gehen alle in diese Richtung. Es entsprach einem Völkerrecht, das auf souveräner Gleichheit und dem Grundsatz der Nichteinmischung basierte. Die Staaten durften sich nicht in die inneren Angelegenheiten von anderen Staaten einmischen; wenn aber ein Staat Flüchtlinge produzierte, mussten diese geschützt werden, so sie die Zielstaaten erreichten. Es gab ein *refoulement*-Verbot und das galt umfassend, wenn man im Zielstaat angekommen war. Wenn man jetzt den Gedanken der internationalen Gemeinschaft stark macht, findet eine spannende normative Umpolung statt. Plötzlich gibt es nämlich eine Schutzverantwortung, die es den Staaten erlaubt, in den Herkunftsstaaten gegen Migration vorzugehen. Plötzlich wird es normativ attraktiv, wie Sie gefordert haben, Flüchtlinge in der Region zu schützen – im Libanon und in der Türkei. Wie gesagt, ich halte das für unausweichlich und auch für wünschenswert. Allein für den menschenrechtlichen Flüchtlingsschutz, den Herr Walter ja gerade angesprochen hat, sind die Wirkungen ambivalent. Das gilt zum einen auf einer rein zwischenstaatlichen Ebene. Beim Ungarn-Aufstand in den 1950er Jahren entsprach ein Staat dem Geist der GFK, indem er möglichst viele Ungarn-Flüchtlinge aufnahm. Als in den 1990er Jahren der Bürgerkrieg im ehemaligen Jugoslawien herrschte, erklärten Großbritannien und Frankreich, sie leisten einen Beitrag zum Flüchtlingsschutz durch Ursachenbehebung, indem sie militärisch in Jugoslawien intervenieren und deswegen weniger Leute aufnehmen als Deutschland. Noch ambivalenter wird es dann für den Einzelnen, was Herr Walter soeben erwähnte. Heute reden wir sehr viel über sichere Drittstaaten, die letztlich darauf basieren, dass es nicht mehr nur Schutz im Zielstaat gibt, sondern in der Region, in Transitstaaten. Das heißt, wir haben die Menschenrechte im Dienste der internationalen Gemeinschaft normativ aufgebohrt, Handlungsspielräume hineingelesen, die paradoxerweise dazu führen, dass es weniger Schutz in den Zielstaaten gibt. Das ist das, was Herr Hoffmann-Holland heute Morgen angesprochen hat – der Streit darüber, inwieweit man auf Schutz anderenorts verweisen kann. Das ist das Ergebnis. Wenn Sie die internationale Gemeinschaft normativ stark machen, führt das paradoxerweise dazu, dass das, was Sie semantisch etwas abwertend internationales Migrationsverhinderungsrecht genannt hatten, normativ aufgewertet wird, wobei die Auflösung zwischen Menschenrechten und Steuerung natürlich in der Balance liegt.

Herr Kämmerer: Eine Anmerkung zum Vortrag von Robert Uerpmann-Witzack. Ich denke, vor dem Hintergrund der Geschichte unserer Organisation, von der wir vor

zwei Tagen gehört haben, können wir für Utopien – ich verwende den Begriff jetzt der Einfachheit halber im Plural –, wie du sie uns präsentiert hast, durchaus dankbar sein. Ich deute den Begriff der Utopie auch ein wenig als Herausforderung an den Unwillen der Staaten, bestimmte Dinge durchzusetzen. Wenn mir jetzt noch eine Utopie in den Sinn kommt, möchte ich damit nicht in einen Wettstreit der Utopien eintreten, aber in der Logik mancher deiner Thesen – 8, 9 und 20 etwa – liegt doch eine in diesem Sinne utopische Konsequenz. So ist ein Großteil der Migration auf dieser Erde wirtschaftlich motiviert, ohne dass die Staatengemeinschaft auf diese Wirtschaftsmigration eine Antwort gefunden hat oder finden will. Wirtschaftlich motiviert schließt ein, dass es im Bereich der Migration auch Wettbewerb gibt: zwischen Migranten, zwischen Migranten und Staatsangehörigen der Staaten, in die eingewandert wird, und auch zwischen Einwanderungskonzepten der EU-Mitgliedstaaten, die diese Sache immer noch teils in eigener Verantwortung regeln. Schaut man sich die Europäische Union an, stellt man fest, dass dort ein duales Konzept bereits existiert: das asylrechtliche Konzept mit dem Dublin-System, das auch subsidiären Schutz gewährt, und Migration unter dem Gesichtspunkt der Faktormobilität in Artikel 26, nämlich der Handelsfreiheiten im Binnenmarkt. Die Brexit-Diskussion zeigt, dass man sich davon in der EU auch nicht trennen will. Meine Frage lautet insofern – Du hast dir sicher Gedanken gemacht, warum du diese Konsequenz, diese Utopie nicht aufnimmst –, ob nicht ein wettbewerbsrechtliches, handelsakzessorisches internationales „Migrationsmanagement“ sachgerecht sein könnte. Dafür muss man sich den EU-Binnenmarkt zwar nicht als Modell, aber doch als möglichen konzeptionellen Ansatzpunkt denken. Das würde auch „Raubzügen“ einzelner Mitgliedstaaten und *brain drain* vorbeugen und wäre in gewissem Maße zugleich einem Solidaritätskonzept verschrieben. Warum nicht ein solches Konzept? Ist es möglicherweise allzu utopisch, weil so etwas im Kielwasser der WTO gar nicht zu verwirklichen sein wird? Die ILO kann es, weil sie zu arbeitnehmerbezogen ist, nicht leisten. Ist ein solches Konzept vielleicht auch nicht gewollt? Aus Sicht der einzelnen Staaten mag es auch nicht wünschenswert sein, aber mit Blick auf den „Migrationsmarkt“ könnte es ja einen Ansatz bieten.

Frau Dethloff: Vielen Dank! Damit es für die beiden Referenten nicht ganz utopisch wird auch noch dazu Stellung zu nehmen, möchte ich zunächst Herrn Weller und dann Herrn Uerpmann die Möglichkeit zu einem kurzen Zwischenwort geben.

Herr Weller: Vielen Dank für die Anregungen! Eine generelle Bemerkung vorab: Ich halte mein Konzept für ein durchaus tolerantes, insbesondere weil es mit einer Ausweitung der Rechtswahlfreiheit einhergeht. Das hatten Sie auch bereits betont, Frau Coester-Waltjen. In einem ersten Schritt behandeln wir Ausländer gleich den Inländern. Dieses Vorgehen gehört zu den Leitprinzipien der Europäischen Union, was eine gewisse Richtigkeitsgewähr mit sich bringt. Es handelt sich um ein mobilitätsfreundliches Konzept, das sich gegen eine Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit wendet. Der zweite Schritt, die Rechtswahlfreiheit, fängt den Fall auf, dass ein Ausländer nicht nach Inlandsrecht behandelt werden möchte. Dann hat er die Möglichkeit, Auslandsrecht zu wählen. Mein Vorschlag richtet sich auf die *lex ferenda*, denn bislang gibt es eine solche Mechanik nur partiell; ich schlage vor, sie zu generalisieren. Darin läge eine Ausweitung der Freiheit. Und der kulturellen Identität würde durch die Möglichkeit, sein Heimatrecht zu wählen, Rechnung getragen. Davon habe ich eine einzelne Einschränkung vorgeschlagen und diese betrifft den Fall, dass die ausländische Fallnorm

– ein von Wolfgang Fikentscher geprägter Begriff –, das ist die Norm, die der Richter in dem konkreten Fall zur Subsumtion heranziehen muss, geschlechterdiskriminierend ausgestaltet ist. Nur in diesem einen Ausnahmefall möchte ich, abweichend vom *ordre public* nach Artikel 6 EGBGB, die Verweisung auf das diskriminierende Auslandsrecht kupieren und stattdessen das Inlandsrecht zur Anwendung bringen. Es geht also in der Tat nicht um viele Fälle, denn die meisten Fälle, die vermögensrechtlicher oder sonstiger Art sind, haben überhaupt keinen Bezug zu Geschlechterdiskriminierung. Gewiss gibt es einige aufsehenerregende Fälle, das ist richtig. Es kann sich dabei etwa um erbrechtliche Fälle handeln, bei denen sich die Erbteile geschlechtsbedingt unterscheiden, oder um Fälle mit Bezug zu Kinderehen. Das wirft die Frage auf, wie man diese Fälle behandeln sollte. Die Grenze, die Sie, Herr Basedow, angesprochen haben, liegt in der Fallnormbetrachtung. Wir betrachten nicht abstrakt, fragen also nicht, ob irgendwo im ausländischen Familienrecht eine geschlechterdiskriminierende Norm enthalten ist. Vielmehr geht es um die konkrete Norm, auf die es für die Fallentscheidung ankommt, das heißt, es kommt auf den konkreten Prozess an. Spielen wir das einmal an der von ihnen genannten Brautgabe durch. Das wäre kein Anwendungsfall für eine Verweisungskupierung in meinem Sinne, weil diese Konstellation rein nach der Privatautonomie geregelt wird. Das heißt, es gibt hier ohnehin keine strikte Regelfolge. Jeder kann selbstverständlich privatautonom verschiedenste Schenkungen vereinbaren. Wie diese benannt werden, ist diskriminierungsneutral und erfolgt auf Grundlage der Privatautonomie – Parteien könnten eine Schenkung auch in Deutschland als Brautgabe bezeichnen. Deshalb halte ich die Brautgabe für keinen Anwendungsfall der Verweisungskupierung. Im Gegensatz dazu steht der Erbfall, den ich gebildet habe. Nun ist es in der Tat so, dass der Erblasser die Möglichkeit hat, zu testieren und so seine Testierfreiheit auszuüben. Tut er dies nicht, so ist der Fall nach der gesetzlichen Erbfolge zu lösen. Dann ist *de lege lata*, konkret nach der Europäischen Erbrechtsverordnung, ohnehin das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden. Das heißt, es würde ohnehin auf inländisches Recht verwiesen. Es bedürfte folglich gar keiner Verweisungskupierung. Wir gelangen nur dann zum ausländischen Recht, wenn eine Rechtswahl erfolgt. In dem Fall wäre zu differenzieren: Wenn auf die Rechtswahl eine testamentarische Nachlassverteilung folgt, käme keine Korrektur in Frage. Wenn aber nur eine reine Rechtswahl erfolgt und folglich die gesetzliche Erbfolge maßgeblich ist, dann käme im Diskriminierungsfall die deutsche gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Das ist aus meiner Sicht nicht weiter problematisch. Denn falls – um ein konkretes Beispiel zu nennen – die Frau mit dieser Erbfolge überhaupt kein Problem hat, dann wird sie auch keine Klage auf Beteiligung am Nachlass erheben. In diesem Fall käme es schon mangels Rechtsstreitigkeit nicht zu einer Verweisungskupierung, denn eine Fallnorm kommt nur im konkreten Rechtsstreit zur Anwendung.

Ich möchte zur Illustration noch das Beispiel des Talāq ansprechen, weil sich daran die Problematik der Einwilligung des Diskriminierten zeigen lässt. Ein einschlägiger Fall des OLG München hatte ein syrisches Ehepaar aus Homs, Syrien, zum Gegenstand, das bereits getrennt lebte. Der Mann erklärte den Talāq, die Verstoßung seiner Ehefrau, allerdings nicht in Person, sondern durch einen Stellvertreter vor einem Scharia-Gericht. Das OLG München wurde dann mit der Frage der Anerkennung dieser Scheidung befasst. Es leitet daraus, dass die Ehefrau drei Monate später das Geld aus der Brautgabe entgegengenommen hatte, ab, dass sie mit der Scheidung einverstanden gewesen sei. Das OLG ging davon aus, dass im Ergebnis kein Verstoß gegen *ordre*

public vorliege, die Frau habe sich immerhin scheiden lassen wollen. Sie habe das Geld entgegengenommen und deswegen sei die Scheidung anzuerkennen auf der Grundlage, dass der Mann durch einen Stellvertreter die Verstoßung erklärt habe. Meine These geht für diese Fälle in der Tat dahin zu sagen, dass ein Gericht – das, wie Herr Petersen zutreffend bemerkt hat, durchaus hoheitliche Gewalt ausübt – nicht so hätte entscheiden dürfen. Es müsste stattdessen das inländische Recht anwenden. Wenn die Frau eine Scheidung wünscht, kann sie ein Scheidungsverfahren anstrengen, das bekanntlich auch abgekürzt werden kann, wenn beide Ehegatten einverstanden sind. Es gibt zudem Härtefallregeln. Man gelangte also auf jeden Fall zu einer Scheidung, wenn die Frau diese ebenfalls will. Pikanterweise war im Fall des OLG München die Situation so, dass die Frau die Scheidung gar nicht wollte, das Gericht aber aufgrund der Entgegennahme der Brautgabe ihre Zustimmung fingierte. Daran zeigt sich, dass die Möglichkeit einer Einwilligung in Diskriminierungen große praktische Schwierigkeiten birgt. Wenn man sie eröffnet, dann entstehen externe Beurteilungsspielräume und darauf, so meine ich, kann es nach dem Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 2 GG nicht ankommen. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass schon der rechtlich abgewertete Status gegen den Gleichheitssatz verstößt. Folglich soll ein solcher jedenfalls nicht durch die hoheitliche Gewalt billigend sanktioniert werden. Das ist der Hintergrund der These zur Korrektur der Verweisung im Diskriminierungsfall.

Noch einen letzten Punkt möchte zu der Frage erörtern, wo sich der gewöhnliche Aufenthalt einer Person befindet. Die Frage bezieht sich auf den ersten Komplex des Vortrags, die Anknüpfung des Personalstatuts. Dafür sieht bereits jetzt die Genfer Flüchtlingskonvention eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt vor. Wo sich dieser gewöhnliche Aufenthalt befinde, war die Frage. Die Lokalisierung ist im Einzelnen umstritten. Es ist jedenfalls nicht so, dass verwaltungsrechtsakzessorisch und damit an die Aufenthaltsgenehmigung anzuknüpfen ist; erforderlich ist eine autonome Beurteilung der Frage. Eine Verweildauer von sechs Monaten gilt dabei als Faustregel, die aber im Einzelfall durch subjektive Elemente korrigiert werden kann. Das heißt, der Austauschstudent, der auf jeden Fall nach einem Jahr wieder in seine Heimat zurückkehren will, begründet im Gastland keinen gewöhnlichen Aufenthalt. Er würde im Rahmen einer Aufenthaltsanknüpfung sein Heimatrecht beibehalten. Das ist der Hauptfall. Wie die Frage bei Schutz- und Wirtschaftsmigranten zu beantworten ist, hängt dann wiederum vom Einzelfall ab. Auch hier gibt es eine gewisse Korrekturmöglichkeit, die Faustregel sind jedoch die bereits angesprochenen sechs Monate.

Herr Uerpmann-Witzack: Zunächst wurde der langfristige Blick angemahnt. Ja, natürlich sollten wir bei der völkerrechtlichen Regelbildung auch langfristig blicken. Das bedeutet, dass wir nicht allein deshalb, weil wir jetzt Zielstaat sind, hier in Deutschland ein asymmetrisches Völkerrecht vertreten und bekräftigen sollten, das einseitig Zielländer begünstigt. Das gilt beispielsweise für die Rückführungsabkommen. Rückführungsabkommen bedeuten, dass der Zielstaat sagen kann, wen er haben will und wen nicht, und dass diejenigen, die er nicht haben will, die kraft Völkerrechts zurückgeführt werden können. Dasselbe gilt für die externalisierte Grenzkontrolle, die angesprochen wurde. Auch da ist es wiederum der Zielstaat, der die Regeln einseitig setzt, und das Völkerrecht dient der Durchsetzung dieser Regelungen. Das heißt, der andere Staat wird in die Pflicht genommen für die Durchsetzung.

Herr Hofmann, Sie haben die Ausreisefreiheit angesprochen und an die Zeit vor dreißig Jahren erinnert. Vor neunzig Jahren haben Sie ja Ihr grundlegendes Werk dazu veröffentlicht, und vor siebenundzwanzig Jahren habe ich meinen allerersten Aufsatz während des ersten Staatsexamens zur Ausreise von DDR-Flüchtlingen aus Ungarn aus völkerrechtlicher Sicht geschrieben. Das ist mir jetzt auch wieder sehr deutlich in den Sinn gekommen. Bei der Ausreisefreiheit nehmen wir die Ausgangsstaaten in die Pflicht. Sie sollen die Ausreise ermöglichen und das halte ich so, wie es vor dreißig Jahren formuliert wurde, für vollkommen richtig. Bei der externalisierten Grenzkontrolle schränken wir das jetzt aber zugunsten der Zielstaaten ein. Die Ausgangsstaaten sollen nicht berechtigt sein, einseitig zu sagen, dass eine bestimmte Person nicht ausreisen darf. Wenn aber der Zielstaat einseitig sagt, die Person will ich nicht haben, dann sollen die Ausgangsstaaten das durchsetzen. Das heißt, das sind alles Regeln, die die potentiellen Zielstaaten begünstigen.

Langfristiger Blick – Zwangsumsiedlung nach dem ersten Weltkrieg. Das ist mittlerweile relativ lange her, und es scheint mir in der Gesamtbetrachtung doch eher eine Ausnahme, dass in diesem Umfang auf mehr oder weniger völkerrechtlicher Grundlage, mit völkerrechtlichen Vereinbarungen, umgesiedelt wurde. Zudem wären diese Umsiedlungen jedenfalls teilweise, wenn man sich etwa den Bevölkerungsaustausch zwischen Griechenland und der Türkei anschaut, wohl ziemlich genau das, was in den Neunzehnhundertneunzigerjahren als ethnische Säuberung bezeichnet worden ist. Das Ganze war Teil der Bildung von Nationalstaaten und das führt mich zur Frage der Integration, die vor allem auch von ihnen, Herr Basedow, noch einmal angesprochen worden ist in Bezug auf das Referat von Herrn Weller. Ist es vielleicht sogar gut, vorübergehend Parallelgesellschaften zu haben? Wir hatten es ganz sicher bei den Hugenotten, die in Brandenburg/Preußen für mindestens hundert Jahre mit eigener Rechtsordnung gelebt haben. Der Vorteil war im Übrigen noch, dass diese Rechtsordnung, die französische Rechtsordnung, damals moderner war als die brandenburgische mit der Folge, dass sogar Ur-Brandenburger in die Kolonie optiert haben – aber das nur nebenbei. Jedenfalls hat es das im 17. und 18. Jahrhundert in Brandenburg/Preußen gegeben, aber ein Nationalstaat war dieser Staat wohl nicht und ganz sicher keine Demokratie. Damit frage ich mich, ob in demokratischen Nationalstaaten Entsprechendes überhaupt noch möglich ist. Im Minderheitenrecht etwa wird ja die Bildung solcher zumindest partiell eigenen Rechtsordnungen vertreten. Für mich ist es eine offene Frage, ich konnte das im Rahmen meines Vortrags nicht lösen und auch nicht weiter behandeln. Ich denke aber, hier besteht ein ganz starker Forschungsbedarf, wie viel Integration wir brauchen und wie viel Bewahrung von Diversität.

Dann der große Block zur Solidarität. Zunächst: Ist Solidarität überhaupt ein Rechtsprinzip? Da sind wir bei der Grundfrage von Recht und Moral, die sich natürlich auch hier stellt und die ja immer wieder gestellt worden ist. Anne Peters, du hast die Autoren genannt. In der Konstitutionalisierungsdebatte versuchen wir, moralische Anforderungen in rechtliche Anforderungen zu übersetzen. Dasselbe geschieht in der Naturrechtsdebatte, während ein strenger Positivismus Recht und Moral trennen will. Danach soll es dann heißen, ja, Flüchtlinge im Libanon nicht zu helfen, ist Sünde, aber kein Unrecht. Die entgegengesetzten Versuche sind eben die, das moralische Problem in der einen oder anderen Form doch in das Recht umzusetzen und ich denke, wenn man bedenkt, wie viele rechtliche, staatliche Dokumente letztlich das Prinzip der Lastenteilung betonen, dass wir durchaus auch von einem Rechtsprinzip sprechen können. Freilich, dieses

Rechtsprinzip – und das haben mehrere von Ihnen auch angesprochen – ist konkretisierungsbedürftig. Hochgradig konkretisierungsbedürftig. Wer kann das leisten? Die Wissenschaft kann Vorschläge machen. Die hat es ja auch immer wieder gegeben, ein bisschen habe ich das zu den Verteilungskriterien angedeutet. Ich habe vorgeschlagen, dass unter Umständen der Sicherheitsrat es machen könnte. Herr Murswiek, Sie haben vollkommen zu Recht gesagt, das müssen ja an sich die Staaten machen, etwa durch die jetzt geplanten *global compacts*, die bis nächstes Jahr ausgehandelt werden sollen, zum einen zu Flüchtlingen, zum anderen zur Wirtschaftsmigration. Idealerweise werden diese *compacts* solche Regeln enthalten, insbesondere der Erste, der Flüchtlinge betrifft. Freilich, obwohl Deutschland hier zusammen mit Marokko eine Führungsrolle übernommen hat, hat ja auch Minister Gabriel gestern vor überschäumenden Ergebnissen gewarnt, davor, sich zu sehr auf – wie er es formuliert hat – überschäumende Ergebnisse zu freuen. Also, es muss konkretisiert werden. Ich denke, wenn wir jetzt ein Rechtsprinzip postulieren, dann soll das vor allem auch Druck ausüben auf Staaten, sich hier tatsächlich zu bewegen. Wenn der Sicherheitsrat tätig wird, für wen könnte das gelten? Für Schutzflüchtlinge – ja, zunächst natürlich für Schutzflüchtlinge, freilich in einem weiteren Sinne. Das gilt sicher nicht nur für Verfolgte im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention, sondern auch für Gewaltflüchtlinge, unter Umständen auch für Klimaflüchtlinge, soweit man sie als solche identifizieren kann. Wie ist es mit Wirtschaftsmigration? Nun, ich denke, auch bei Wirtschaftsmigration sind Fragen der Solidarität angesprochen, wenn man bedenkt, dass Wirtschaftsmigration als Hintergrund zu einem sehr großen Teil soziale Ungleichheit in und zwischen Staaten hat. Damit haben wir auch dort ein Gerechtigkeitsproblem. Freilich ist in diesem Bereich die Frage, wie Solidarität aussehen sollte, noch viel, viel schwerer zu bestimmen, viel schwerer zu konkretisieren als bei Flüchtlingen im engeren Sinne. Kann hier das Welthandelsrecht oder auch regionales Handelsrecht, internationales Wirtschaftsrecht helfen? Ich bin sehr skeptisch. Bisher sind entsprechende Ansätze weltweit kaum ausgeprägt. Es gibt etwa im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit auch die Freizügigkeit der Dienstleistenden, dass also der Dienstleistende den Ort wechselt. Aber gerade diese Modalität ist in der Praxis fast nicht verwirklicht worden. Es gibt entsprechende Ansätze bisher nur auf regionaler Ebene – auch außerhalb Europas, dort allerdings bisher sehr schwach entwickelt; und innerhalb Europas ist ja gerade dieser Punkt – Personenfreizügigkeit – im Augenblick erheblich unter Druck. Freilich haben wir hier wieder eine Asymmetrie und ein Gerechtigkeitsproblem. Waren dürfen sich frei bewegen, Dienstleistungen dürfen sich frei bewegen, Kapital ebenso – das wird von den potentiellen Zielstaaten von Migration unterstützt. Aber die Personen, die sollen sich nicht frei bewegen dürfen. Wir haben also ein massives Gerechtigkeitsproblem auch hier, wobei die Lösung im Zweifel noch viel schwerer ist als bei Gewaltflüchtlingen, und es steht zu befürchten, dass aus dem *global compact* zur Migration noch viel weniger konkretes herauskommt als aus dem zum Flüchtlingsschutz.

Schließlich die Bedeutung der Menschenrechte. Ja natürlich, als Vorfrage sind sie bedeutend, aber im Wesentlichen möchte ich da auf heute Nachmittag verweisen. Trotzdem – Herr Walter – Sie haben einzelne Punkte angesprochen, auf die ich kurz eingehen möchte. Zum einen Verteilungsoption und Kollektivausweisung. Natürlich muss man das Verbot der Kollektivausweisung im Auge behalten, nur Verteilungsoptionen heißt ja auch, dass unter Umständen nur Plätze angeboten werden für die Migranten, die weiterziehen wollen, da hat man kein Problem mehr mit Ausweisung. Im Zweifel

sind das die erfolgsversprechenden Modelle, wo die Migranten freiwillig die Niederlassungsoption in einem Drittstaat annehmen. Ansonsten müsste man sehen, ab wann wir eine Kollektivausweisung haben oder wie weit doch eine individuelle Entscheidung vorhanden ist. Das sind dann aber eben die menschenrechtlichen Fragen, die ich jetzt ausklammern und für die ich auf heute Nachmittag verweisen möchte.

Schließlich die Schutzpflicht auch noch kurz als letzten Punkt. Schutzpflichten – menschenrechtliche Schutzpflichten – wirken ja nicht extraterritorial und das ist, denke ich, auch das, wo Generalanwalt Mengozzi *de lege lata* einfach Unrecht hat. So schön ich diese Schlussanträge finde – auch im Sinne von Denkräume eröffnen und auf Ungerechtigkeiten hinweisen: Wir kommen wahrscheinlich mit einem Individualanspruch auch nicht weiter. Dann könnte sich jeder entsprechend Verfolgte aussuchen, wo er hingeht. Das kann nicht funktionieren. Da bräuchten wir eine irgendwie überindividuelle Steuerung. Deswegen nicht Individualanspruch, sondern eher: *responsibility to protect*. Natürlich – das kann als Vorwand gelten für Interventionen und deswegen ist ja auch die *responsibility to protect* durchaus zu Recht kritisiert worden. Das ist freilich alles die dritte Stufe. Mir geht es vor allem um die zweite Stufe, und die zweite Stufe, das ist Hilfe durch andere Staaten ohne Intervention, und nur darum ging es mir. Vielen Dank!

Frau Dethloff: Danke schön. Schon gestern hätte ich die Ampel auf einen kürzeren Takt stellen müssen. Heute wartet zwar nicht der Außenminister, sondern nur unser Essen in der Mensa, aber ich muss Sie angesichts der zwölf Wortmeldungen, die wir noch haben, trotzdem bitten, sich möglichst kurzzufassen und sich vorzustellen, dass der Takt der Ampel nun auf zwei Minuten umspringt. Ich habe vier Wortmeldungen, die sich an Herrn Uerpmann richten: Herr Benedek, Herr Hobe, Frau Langenfeld und Herr Hartwig, bitte.

Herr Benedek: Danke vielmals. Es ist ja schon sehr viel von dem gesagt worden, auf das ich eingehen wollte, auch von Herrn Uerpmann gerade vorhin. Ich denke, es gibt gegenläufige Tendenzen. Einerseits sehen wir eine Entwicklung zu einem Migrationsverhinderungsrecht, also zum Beispiel die Rücknahmeabkommen. Auf der anderen Seite sehen wir aber doch das, was Sie auch am Ende hervorgestrichen haben, nämlich eine zunehmende Anerkennung einer internationalen Migrationsverantwortung. Darauf scheinen die beiden Gipfelkonferenzen in New York hinzudeuten. Auch die von Ihnen gerade erwähnte Schutzverantwortung sehe ich dadurch anerkannt, dass hier große Summen in die Unterstützung von Flüchtlingen in die entsprechenden Aufnahmegebiete gehen. Wo es sich spießt, das ist die Frage der Zuwanderung, der Einreise. Wir haben völkerrechtlich kein Recht auf Einreise, aber wir wissen, dass es heute menschenrechtlich zumindest ein Recht auf Ausreise gibt. Das wurde etwa von der Türkei im letzten Jahr verletzt, indem sie Wissenschaftler nicht hat ausreisen lassen. Es wurde auch auf Druck der EU von Mazedonien verletzt, indem sie zum Beispiel Roma nicht ausreisen ließen, um hier nicht Probleme mit der EU zu bekommen. Da gibt es sehr wohl diesen Druck. Ich denke, daraus lässt sich schon etwas ableiten. Es hat auch mit Solidarität zu tun, dass hier etwas in Bewegung ist und diese Rechtfertigungsverpflichtung, die sie angesprochen haben, die halte ich für durchaus relevant.

Wo gibt es aber dann doch Möglichkeiten beziehungsweise fast Verpflichtungen, eine legale Einreise zu ermöglichen? Eine solche findet sich etwa in der Genfer Flüchtlings-

konvention, als Flüchtling kann man legal einreisen. Das ist auch der Grund, warum dieser Weg durch viele andere, die nicht wirklich nach der GFK berechtigt sind, benutzt wird, weil es eben keine andere Möglichkeit legaler Zuwanderung gibt. Jetzt sagt uns aber die EU-Migrationsagenda und andere Dokumente, es soll eine solche Schiene geben. Nur ist diese Schiene bis jetzt wenig oder nur in Ansatzpunkten entwickelt worden. Solche Ansatzpunkte bestehen etwa bei Kontingentflüchtlingen. Vor der Entwicklung der großen Zuwanderung im letzten Jahr hatten wir ja bereits die Aufnahme von Syrern in Deutschland und Österreich in gewissen Zahlen. Das wurde über den UNHCR abgewickelt. Diese Flüchtlinge konnten also rechtmäßig einreisen. Natürlich gibt es auch die normale Migration – *blue card* und so weiter. Es ist ja berechnet worden, dass Deutschland etwa fünfhunderttausend Personen Nettozuwanderung im Jahr benötigt, Österreich etwa fünfzigtausend plus. Hier gibt es einen großen Bereich, in dem auch legale Zuwanderung ermöglicht werden sollte und wo wohl noch zu wenig passiert. Teil des Türkeideals war es ja auch, dass für jeden Syrer, der in die Türkei zurückgestellt wird, ein ausgewählter Flüchtling in die EU einreisen darf. Im Hintergrund waren noch größere Zahlen im Gespräch. Das wurde bisher leider nicht realisiert. Letztlich als Beispiel die Familienzusammenführung: da kommen wir schon in den menschenrechtlichen Bereich. Das ist auch eine Möglichkeit der legalen Zuwanderung, die leider eingeschränkt wird und auch in Österreich eingeschränkt wurde, was wieder dazu führt, dass das Schlepperwesen verstärkt wird. Wenn ich als Familienvater in Deutschland oder Österreich sitze und meine Familie in Syrien und ich habe gehofft, ich kann sie nachholen im Wege der Familienzusammenführung, was kann ich noch tun, wenn das rechtlich erschwert wurde?

Herr Hobe: Kurze Frage an Robert Uerpmann zu Ihrer ersten These. Die These, Migrationsbewegungen vollzögen sich typischerweise außerhalb des Völkerrechts, ist schon von anderer Seite mit einem Fragezeichen versehen worden. Ich würde das auch nicht unbedingt so sehen wollen. Christian Walter hat auf die Menschenrechte hingewiesen, man kann hier auf die Problematik der Rückführung hinweisen. Nach meinem Dafürhalten ist wohl eher deutlich zu sagen, Rückführungen vollziehen sich auf dem Boden des Völkerrechts und es gibt ein staatliches wie auch immer ausgeprägtes Rückweisungs- oder Regulierungsrecht. Meine Frage bezieht sich aber auf das Verhältnis der völkerrechtlichen und der europarechtlichen Regelung. Wird Europarecht hier nicht als Völkerrecht angesehen, bzw. bewusst ausgespart oder gibt es tatsächlich gerade in den europäischen Regelungen – Sie haben das ja eben noch einmal angedeutet – nicht doch so etwas wie Solidaritätsüberlegungen, die sich hier schon konkretisiert haben? Sie scheinen mir in der Antwort eben eine gewisse qualifizierte Solidarität als die Idealform hinzustellen. Ich würde die Dinge vor dem völkerrechtlichen Befund doch etwas weiter ausgreifend sehen wollen, und behaupten, dass jedenfalls für die europäischen Staaten so etwas wie einen europäischen - zugegebenermaßen nicht immer gut funktionierenden - Solidaritätsverbund geschaffen haben. Dazu würde mich Ihre Meinung interessieren.

Frau Langenfeld: Ich möchte zunächst eine kurze Bemerkung zum Themenkomplex Migration und Entwicklung machen. Herr Uerpmann, Sie haben darauf hingewiesen, dass die Hilfe in den Herkunftsstaaten von Fluchtbewegungen bzw. die Hilfe in Staaten, die in einem sehr schlechten Entwicklungszustand sind, Fluchtbewegungen verhindern kann. Ich will darauf hinweisen, dass die Fluchtbewegungen nach Europa gerade

aus den ärmsten Staaten, also den Staaten, in denen die Menschen wirklich hungern und in größter Not sind, relativ gering ausfallen. Es fliehen die Stärksten, die über die Ressourcen verfügen, sich auf die Flucht zu begeben, finanziell, aber auch informatorisch. Die Menschen versuchen natürlich schnell über die Grenze zu kommen, versuchen, vor Gewalt und Hunger zu fliehen, aber diese Menschen werden nicht nach Europa strömen. Das heißt, wir haben im Grunde Fluchtbewegungen aus Staaten, in denen Menschen jedenfalls genug Geld ansammeln können, um die Flucht zu finanzieren, namentlich die Schlepper zu entlohnen. Insofern wird Hilfe in Entwicklungsländern zunächst einmal zu einer Erhöhung der Migration führen. Damit müssen wir uns auseinandersetzen. Es kommt hinzu, dass Menschen über erhöhte Bildung und einen erhöhten Lebensstandard, der durch Entwicklungshilfe bewirkt wird und bewirkt werden soll, auch viel erfahren über mögliche Zielländer von Migration, in denen sie sich ein besseres Leben erhoffen. Dass die Menschen darauf setzen, ist nur allzu verständlich, zeigt aber auch, dass es die einfache Gleichung nicht gibt: Mehr Hilfe für die Herkunftsländer gleich weniger Migration und Flucht nach Europa.

Zweiter Punkt: Parallelgesellschaften und Integration. Ich muss ganz offen sagen, ich kann mir in einem demokratischen Staat mit einem möglichst einheitlichen Kommunikationsraum nicht vorstellen, dass wir über viele Jahre hinweg eine Parallelgesellschaft – so wie das etwa bei den Hugenotten war – hinnehmen können. Das widerspricht ganz dem Grundsatz der gleichen Teilhabe und der Vorstellung des gleichberechtigten Bürgers. Über was wir nachdenken müssen und was der Gesetzgeber ja auch getan hat, ist, dass wir im Aufenthaltsrecht etwa für anerkannte Flüchtlinge, Übergangsfristen schaffen bis zur Erteilung einer endgültigen Niederlassungserlaubnis, d.h. der Zuerkennung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts und dieses auch an bestimmte Integrationserfordernisse knüpfen, etwa an die Fähigkeit, für sich selbst zu sorgen und an das Vorhandensein von Sprachkenntnissen. Hier gibt es in der Tat abgestufte Lösungen, aber sich vorzustellen, längerfristig mit einer „Parallelgesellschaft“ zu leben, d.h. mit einer größeren Gruppe von Personen, denen auch nach vielen Jahren eines rechtmäßigen Aufenthaltes in Deutschland der Weg in den dauerhaften Aufenthalt versperrt ist, das passt in die moderne Demokratie meines Erachtens überhaupt nicht hinein.

Der letzte Punkt betrifft die Frage der Steuerungsmöglichkeiten. Herr Uerpmann, Ihnen lag sehr am Herzen, dass man den Schutz in Drittstaaten fördert und zwar in sicheren Drittstaaten. Ich möchte hier auf das Unionsrecht verweisen. Das Unionsrecht hat ja das Flüchtlingsrecht intensiv durchgeregelt und unter anderem gibt es in der Verfahrensrichtlinie den Begriff des sicheren Drittstaates, der gegenwärtig auf die Türkei angewandt wird bzw. werden soll. Danach wird die Türkei grundsätzlich als ein sicherer Drittstaat für Flüchtlinge, die über die syrische Grenze kommen, angesehen. Wenn ein solcher Flüchtling dann dennoch den Weg in die Europäische Union, etwa nach Griechenland schafft, dann werden griechische Behörden den Asylantrag prüfen und sofern keine anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen, feststellen, dass die Person in der Türkei bereits Schutz gefunden hat mit der Folge, dass sie wieder in die Türkei zurück zu überstellen ist. Das ist letztlich der Inhalt des viel kritisierten „Flüchtlingsabkommens“ mit der Türkei. In der Praxis funktioniert das nicht recht, weil die griechischen Gerichte die Türkei regelmäßig nicht als sicheren Drittstaat einstufen. In jedem Fall aber brauchen Sie für die Umsetzung des Konzepts des sicheren Drittstaats im Sinne der Verfahrensrichtlinie einen kooperationsbereiten Staat außerhalb der EU, der gewisse grundlegende Standards in Bezug auf die Behandlung von Flüchtlingen

erfüllt und vor allen Dingen das Refoulement-Verbot beachtet. Die Bundesregierung hat bislang deutlich gemacht, dass sie in Bezug auf die Türkei keine Anhaltspunkte hat, dass dies dort nicht der Fall ist. An der Nordküste des Mittelmeers aber, also in jener Region, von der aus die Flüchtlingsbewegungen nach Europa ihren Ausgang nehmen, kann ich einen solchen sicheren Drittstaat jedenfalls gegenwärtig weit und breit nicht erkennen.

Herr Hartwig: Im Wesentlichen hat das schon Frau Langenfeld vorweggenommen. Ich möchte das jetzt noch einmal mit Beispielen etwas unterlegen. Ich halte es für einen Köhlerglauben zu meinen, dass wir mit der Entwicklungshilfe die Fluchtbewegungen unterdrücken können. Die Leute kommen ja nicht aus dem Südsudan zu uns, und sie kommen auch nicht aus dem Ostkongo. Sie kommen aus Gambia. In Gambia hat es zwar Probleme gegeben bei der Präsidentenwahl jetzt, aber es ist nicht der ärmste aller Staaten. Zehn Prozent der Bevölkerung haben sich da abgesetzt mit entsprechenden sozialen Verwerfungen in diesem Lande. Die Leute kommen aus Afghanistan, da betreiben wir seit sechzehn Jahren *nation building* und jetzt auf einmal beginnen die Menschen dort, zu uns zu kommen. Der größte Teil der Flüchtlinge, die in der ersten Hälfte des Jahres 2015 in Deutschland einreisten, kam nicht aus Syrien, sondern aus dem Kosovo. Da leisten wir seit fast achtzehn Jahren Entwicklungshilfe. Das heißt, unsere Entwicklungshilfe, das ist eine Fluchthilfe. Das muss man mal so sagen. Wir müssen in ganz großen und langen Zeiträumen denken, und insofern möchte ich sagen, noch viel länger, als Herr Basedow vorgeschlagen hat.

Herr Kreuzer: Über das Referat von Herrn Weller würde ich schreiben „Zurück zu Savigny“ und dafür ist Berlin ja auch durchaus der richtige Ort. „Zurück zu Savigny“, das heißt, zurück zu der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, und damit bin ich im Prinzip durchaus einverstanden. Aber das wirft eine Fülle von Fragen auf. Ich möchte hier nur eine Frage ansprechen, nämlich die Regelungsebene. Sie [Herr Weller] haben angefangen mit der analogen Anwendung von Artikel 12 GFK. Was aber macht der italienische Richter? Was macht der französische Richter? Wendet auch er Artikel 12 analog an? Wenn man dann den nächsten Schritt tut und die Rechtsanwendungsfrage für die Flüchtlinge stellt und Sie auch da die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wollen – kann dann eine auf die auf nationale Ebene beschränkte Regelung Sinn machen? Also z.B. im EGBGB? Oder muss das nicht eine EU-Verordnung sein? Ganz kurz ein letztes Wort in diesem Zusammenhang: IPR ist für mich Koordinationsrecht. Ein unkoordiniertes Koordinationsrecht ist eine *contradictio in se*. Vielen Dank!

Frau Matz-Lück: Vielen Dank! Herr Weller, es ist schon an verschiedener Stelle Sympathie ausgedrückt worden für den Übergang von einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit an den gewöhnlichen Aufenthalt. Dem schließe ich mich an. Auch das Völkerrecht kennt im Übrigen *de lege lata* zunehmend Tendenzen der Anknüpfung an ein legales Daueraufenthaltsrecht statt an die Staatsangehörigkeit und *de lege ferenda* wären da weitere Entwicklungen möglich und wünschenswert. Etwas weniger überzeugend fand ich die Rückausnahme für Personen mit einem *animus revertendi*. Ich gebe da zu bedenken, dass sich ein solcher Wille ändern kann bzw. ein reiner Mythos sein kann - wenn wir z.B. an die erste Generation der sogenannten „Gastarbeiter“ denken, die selber die Erwartung an sich hatten, irgendwann zurück in die ehemalige Heimat zu gehen. Das war auch die Erwartung Deutschlands, die sich aber nicht be-

wahrheitet hat. Ich denke, es ist wenig sachgerecht, Migranten, die seit dreißig Jahren in Deutschland leben, unterschiedlich zu behandeln, nur weil der eine sagt, er gehe irgendwann zurück und der andere sagt, er fühle sich hier gut integriert. Das würde eine völlige Wahlfreiheit und die Gefahr eines Hin- und Herwechselns begründen, je nachdem, welche Rechtsordnung günstiger ist, weil ich diesen *animus* schlecht überprüfen kann. Ansonsten haben Sie, wie ich finde, völlig zu Recht für Rechtsklarheit plädiert und sozusagen ein Kompromissangebot wäre, dass zumindest diejenigen, die ein Daueraufenthaltsrecht haben, also eine Niederlassungserlaubnis, dann von einem solchen *animus reverendi* keinen Gebrauch mehr machen könnten.

Herr Sonntag: Ich kann genau hieran anknüpfen, an den *animus revertendi*, denn problematisch ist es insbesondere bei Schutzflüchtlingen, auf diesen abzustellen, da wir hier in eine Konfliktsituation mit dem öffentlichen Recht kommen. Wenn jemand zurückkehrte, dann verlöre er ja wieder diesen Status und dann stellt sich natürlich die Frage, kann man ihm zumuten, sich zu diesem zu äußern? Grundsätzlich bin ich ja dafür, subjektive Elemente zu berücksichtigen, aber das hieße natürlich, er müsste sich dann in Bezug auf zivilrechtliche Angelegenheiten anders verhalten als in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Verfahren, wollte er seinen Status nicht gefährden. Da sehe ich gewisse Spannungsverhältnisse.

Herr Duden: Ich habe nur eine kurze Rückfrage an Herrn Weller zu seinem Beispielfall der einvernehmlichen, ausländischen Talaq-Scheidung. Sie haben ja die abstrakte Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* stark damit begründet, dass die Geschlechterdiskriminierung nicht einwilligungsfähig sei. Wenn man jedoch tatsächlich von einer Einvernehmlichkeit der Scheidung ausgeht, handelt es sich dann wirklich um eine Einwilligung in eine Diskriminierung oder nicht vielmehr nur in die Scheidung an sich?

Herr Marauhn: Vielen Dank. Dass wir es mit einem Thema zu tun haben, das politisch ist, hätte mich erwarten lassen, dass wir vielleicht eine stärker rechtspolitisch geprägte Debatte geführt hätten. Eine Utopie trägt meines Erachtens nicht zu der Lösung eines rechtspolitischen Problems bei. Zu den zwei Thesen, die vor dem Abschnitt 5 lagen – ich glaube, das waren Thesen 28 und 29 – und die auf die Gespräche über den *global compact* verweisen, hätte ich eigentlich noch viele Fragen. Wie gehen wir damit um? Wie können wir als Völkerrechtlerinnen und Völkerrechtler vielleicht einen Beitrag dazu leisten, dass vernünftige Regelungsansätze in solche Verhandlungen eingespeist werden? Da ist mir das einfach zu wenig, wenn der Minister sagt – oder wenn wir das dann kopieren, was der Minister sagt –, dass da sowieso am Ende nicht viel bei rauskommt. Das sind doch politische Prozesse, deren Ausgang wir noch überhaupt nicht abschätzen können, und dann müsste man meines Erachtens dazu auch konstruktiv etwas beitragen. Vielleicht können wir uns darüber in den nächsten Monaten als Völkerrechtswissenschaftlerinnen und Völkerrechtswissenschaftler Gedanken machen. Vielen Dank!

Herr Jekewitz: Nur eine schlichte Frage bzw. Bitte: Herr Uerpmann, bei der Darstellung des institutionellen Rahmens haben Sie die IOM etwas stiefmütterlich behandelt – finde ich – und reduziert auf eine Beihilfe zur Rückführung nach Afghanistan. Wenn ich mich richtig erinnere, war Vorläufer der IOM die ICEM, das *International Committee on European Migration*. Das war der Versuch, gemeinsam die Wanderungs- und

Fluchtbewegungen nach dem Zweiten Weltkrieg zu steuern und vor allen Dingen die Pforten zu öffnen nach Südamerika. Als sich dann die Bewegungen – Flucht- und Migrationsströme – weltweit verstärkten, wurde daraus die IOM. Können Sie etwas sagen zur Trägerschaft, zu den Rechtsgrundlagen und der Rechtsform wie zu den Aufgaben, die diese Institution sich selbst gestellt bzw. zugewiesen bekommen hat? Danke!

Herr Nowrot: Herzlichen Dank. Der Druck, mich jetzt kurz zu fassen, ist so unmittelbar vor dem wohlverdienten Mittagessen natürlich deutlich gestiegen; und ich werde nach Kräften bemüht versuchen, dem auch gerecht zu werden. Meine Frage bzw. Anmerkung bezieht sich auf die Ausführungen von Herrn Uerpmann zu den Kompetenzen des Sicherheitsrats im Hinblick auf die Ausgestaltung des Managements von Gewaltflüchtlings. Ich finde das als politische Implementierungsmaßnahme prinzipiell durchaus sympathisch und auch aus rechtlicher Perspektive würde ich es nicht als Utopie im engeren Sinne abtun, sondern als auf der Grundlage einer Auslegung der entsprechenden Bestimmungen der UN-Charta durchaus gut vertretbar bzw. gut begründbar. Gleichzeitig bin ich aber aufgrund dieser Überlegungen auch versucht, in Gestalt einer Anmerkung und einer Frage einen ganz kleinen Bogen zu unserer gestrigen Diskussion zu schlagen. Zunächst zu meiner Anmerkung: Ich glaube, dass gerade im Rahmen der Verantwortungskretisierung durch den Sicherheitsrat, wie sie Ihnen vorschwebt, den Überlegungen hinsichtlich einer gerechten sowie gleichmäßigen Implementation und damit der Vermeidung des Eindrucks von *double standards*, wie wir sie gestern Nachmittag angesprochen haben, eine besondere Bedeutung zukommt bzw. eine spezifische Herausforderung darstellt. In diesem Zusammenhang scheint mir unter anderem namentlich die sicherlich große Verantwortung gerade der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates hervorhebenswert, deren bisherige Bereitschaft, selbst bei der Umverteilung von Flüchtlingen durch die Aufnahme von Flüchtlingen aktiv mitzuwirken, insgesamt – vorsichtig ausgedrückt – eher überschaubar geblieben ist.

Nun zu meiner Frage, die aus einer eher übergreifenden Perspektive erfolgt: Wir haben ja gestern – durchaus auch mit Zustimmung – die Vorstellung einer gebotenen Bescheidenheit des Völkerrechts bzw. der Völkerrechtler diskutiert. Vor diesem Hintergrund würde mich interessieren, wie Sie, lieber Herr Uerpmann, Ihre Überlegungen zu den Kompetenzen des Sicherheitsrats in diesem Bereich im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit diesem Bescheidenheitspostulat einordnen? Ist Ihre Vorstellung, neue Denkräume für eine bessere Welt zu eröffnen, als ein partielles Gegenbild zu verstehen? Ich lasse dabei jetzt einmal bewusst offen, welches dieser beiden Bilder – das eines bescheidenen Völkerrechtlers oder das eines neue Denkräume für eine bessere Welt entwickelnden Völkerrechtlers – mir selbst sympathischer wäre. Herzlichen Dank!

Frau Dethloff: Ich möchte beiden Vortragenden noch Gelegenheit zu einem kurzen Schlusswort geben, in dem Sie vielleicht einige der vielfältigen angesprochenen Aspekte noch einmal aufgreifen.

Herr Uerpmann-Witzack: Sieben Personen haben jetzt gefragt. Bei Herrn Benedek, Frau Langenfeld und Herrn Hartwig kann ich es ganz kurz machen – ich stimme vollkommen zu.

Was ist mit der Europäischen Union? Herr Hobe, Sie hatten das gefragt. Nun ich würde sagen, wenn die Europäische Union gut ist, dann ist sie supranational, und insoweit

ist sie mehr oder weniger staatsähnlich und gerade nicht mehr Völkerrecht. Deswegen habe ich sie jedenfalls mit ihren guten Teilen nicht behandelt. Gibt es Solidaritätsüberlegungen im EU-Recht? Natürlich – aber da sind andere berufener, Stellung dazu zu nehmen, als ich. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass Dublin kein Beispiel für Solidarität im Völkerrecht ist. Seit M.S.S. gegen Belgien und Griechenland 2011 ist klar, dass das System gescheitert ist. Dieses System ist unsolidarisch, und genau das ist ja einer der Ansatzpunkte für Generalanwalt Mengozzi, jetzt spektakulär die Ausstellung von Visa aus humanitären Gründen zu fordern.

Dann Thilo Marauhn – wo bleibt unser positiver Beitrag? Natürlich sollten wir die beiden *global compacts* und die Verhandlungen, die dort hinführen – hoffentlich dahinführen – nicht vorzeitig abschreiben. Insofern hat es mich auch eher besorgt, dass der Minister das bis zu einem gewissen Grad mit seinen Formulierungen schon getan hat, obwohl ja eigentlich gerade Deutschland zusammen mit Marokko eine treibende Kraft sein sollte. Nun, positiver Beitrag: Zum einen ist das die Solidaritätskonkretisierung und dazu können wir natürlich noch viel mehr Präzises sagen, als es mir jetzt in den 45 Minuten möglich war. Zum anderen denke ich – das ist dann vielleicht auch meine ganz persönliche Meinung – es ist wichtig, ein Abdriften in den sicherheitsrechtlichen Diskurs zu verhindern.

Die IOM – dazu ließe sich viel sagen. Das kann ich hier nicht machen. Natürlich hat sie ihre Vergangenheit mit ihrer Vorläuferorganisation, in der Organisierung der Auswanderung aus Europa. Das trug dieses zwischenstaatliche Komitee auch einmal im Namen. Auch da war sie freilich schon Dienstleisterin. Sie hat die Auswanderung durchgeführt. Mittlerweile ist das Wort Europa aus dem Titel gestrichen, es handelt sich um eine weltweite Organisation, die ungefähr dreiviertel der Staatengemeinschaft umfasst, und sie ist auch im letzten September im weiteren Sinne in die UN-Familie aufgenommen worden, allerdings denkbar wenig integriert. Sie ist keine Sonderorganisation geworden, sondern hat jetzt einen Status wie die WTO etwa. Sie ist mit der UNO verbunden. Sie selbst wäre wohl gerne die zentrale Organisation im Bereich der Migration, aber sie ist vor allem drittmittelfinanziert, projektfinanziert. Eine Zahl, die ich gefunden habe, war, dass drei Prozent der Mittel regulärer Haushalt sind. Es kann sein, dass sich das ein bisschen verbessert hat, aber von grundsätzlichen Änderungen habe ich nichts gehört. Das heißt, siebenundneunzig Prozent ergeben sich aus Projektmitteln, und damit steuern die Staaten sie über einzelne Projekte. Sie kaufen sich das ein, was sie wollen. Das kann im Bereich der Wirtschaftsmigration oder der Rückführung von Flüchtlingen sein, das kann natürlich auch Expertise im Bereich des Vorausdenkens sein, wie man Migration gestalten kann, aber es ist eben abhängig von einzelnen Projekten. Damit ist die IOM, soweit es bisher absehbar ist, nicht die Organisation, die mit einer eigenen Agenda die Führung übernehmen könnte.

Herr Nowrot – was ist unsere Aufgabe? Bescheidenheit oder nicht? Bescheidenheit, denke ich, ist ganz wichtig, das klang auch vorhin an im Beitrag von Anne Peters, dass wir nicht denken dürfen, wir als Juristen bzw. Völkerrechtswissenschaftler könnten alle Probleme der Welt lösen. Wir können nur einen Beitrag leisten. Es braucht andere Wissenschaften und natürlich auch die Praxis mit ihrer Expertise. Wir können also nur einen Beitrag leisten, aber zu diesem Beitrag gehört es, innerhalb unseres Bereichs, der Juristerei, Denkräume zu eröffnen, und da müssen wir nicht bescheiden sein oder nur apologetisch, sondern da sollten wir vorausdenken und Möglichkeiten aufzeigen und das auch engagiert. Vielen Dank!

Herr Weller: Vielen Dank nochmals für die Fragen. In der Tat wäre es natürlich wünschenswert, Herr Kreuzer, wenn man zu einer Vereinheitlichung der Kollisionsregeln gelangte, da gebe ich Ihnen völlig Recht. Allerdings ist der deutsche Gesetzgeber nicht gehindert, auf das Regelungsmodell von Artikel 12 der Genfer Flüchtlingskonvention zu verweisen, solange es diese Vereinheitlichung – etwa auf europäischer Ebene – noch nicht gibt. Das tut er auch *de lege lata* schon mit Artikel 2 Asylgesetz und könnte das für die subsidiär Schutzberechtigten erweitern.

Die weitere Frage – vielleicht hatte ich mich insofern missverständlich ausgedrückt – war, wo der gewöhnliche Aufenthalt zu lokalisieren ist, gerade mit Blick auf den *animus revertendi*. Vielen Dank für die Nachfragen. Es ist natürlich nicht so, dass es nur auf den *animus revertendi* ankäme, sondern es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der *animus revertendi* muss sich objektiv niedergeschlagen haben, in objektiven Indizien. Ich hatte das Beispiel des Studenten erwähnt. Wenn dieser beispielsweise nur einen einjährigen Mietvertrag abschließt, dann liegt nahe, dass er nach einem Jahr wieder in seine Heimat zurückkehrt. Dann hat er einen *animus revertendi*. Ein Flüchtling, der hier eine unbeschränkte Aufenthaltserlaubnis beantragt, dem fehlt es hingegen an einem *animus revertendi*. Auch wenn er einen Solchen behaupteten würde, wäre das nicht durch objektive Indizien gedeckt. Der bloß vage Rückkehrwille würde dementsprechend auch nicht ausreichen, um die objektiven Indizien zu entkräften. Deshalb ist die Figur des *animus revertendi* nur eine geringe Steuerungsmöglichkeit, keine Rechtswahlfreiheit. Allerdings hätte der besagte Flüchtling nach meinem Konzept natürlich die Rechtswahlfreiheit als Alternative. Er könnte also für das ausländische Recht optieren.

Vielleicht abschließend noch eine kurze Bemerkung. Ich hatte vorhin noch nicht zu den Kinderehen und insbesondere der Aufhebungslösung Stellung genommen. Das deutsche Recht ist bereits sehr differenziert im Umgang mit der Aufhebungslösung für Inlandskinderehen, man denke nur an § 1315 BGB. Oliver Remien und Jan von Hein hatten die Frage nach der Validierung bei lange bestehenden Kinderehen angesprochen. Wenn das Aufhebungsverfahren erst Jahre später angestrengt wird, dann ist klar, dass die Ehe nicht aufgehoben wird. Natürlich nicht. Das sieht aber das deutsche Recht jetzt schon vor. Und natürlich sollen Auslandskinderehen auch dann nicht aufgehoben werden, wenn die Ehegatten über 18 Jahre alt sind und die Ehe fortsetzen wollen. Man käme also mit der Aufhebungslösung nicht zu sachwidrigen Ergebnissen, das ist bereits gesichert. Vielen Dank!

Frau Dethloff: Meine Damen und Herren, ich bedaure es sehr, dass wir diese lebhaftige Diskussion nicht mehr fortsetzen können. Meine zahlreichen eigenen Bemerkungen und Fragen werde ich auf den informellen Rahmen des Mittagessens oder den berechtigten Emailaustausch verschieben. Bevor wir uns zum Essen begeben, möchte ich noch einmal ganz herzlich unseren Referenten für diese wunderbaren Vorträge danken, mit denen sie unsere Diskussion bereichert haben, und auch Ihnen allen für die engagierte und lebhaftige Teilnahme. Vielen Dank!

Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht

Von Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.), Hamburg*

- I. Einleitung: Menschen in Bewegung – die Konfliktpotentiale von Migrationsphänomenen
 - II. Die Ausgangsthese und die mit ihr verbundenen Folgefragen: Menschenrechtsgarantien als Steuerungsressource für Migrationsbewegungen
 - 1. Steuerung: Anliegen und Erwartungen
 - 2. Steuerung durch Menschenrechte – menschenrechtsbasierte Zugehörigkeit
 - III. Der Steuerungsrahmen – zugleich eine Bestandsaufnahme zu den relevanten menschenrechtlichen Garantien
 - 1. Die (terminologische) Vermessung eines Arbeitsfeldes: Migrationsvölkerrecht
 - 2. Die institutionelle Infrastruktur: Fragmentierungen und kooperative Verantwortung
 - 3. Die normativen Ressourcen jenseits aller Fragmentierungen: menschenrechtliche Normenensembles
 - IV. Die Konsequenzen – Optionen völkerrechtlicher Migrationssteuerung auf menschenrechtlicher Grundlage
 - 1. Steuerung im Vorfeld von Migrationsbewegungen
 - 2. Steuerung von Migrationsbewegungen
 - 3. Migrationsbewegungen nachgelagerte Steuerungsanliegen: Migrationsfolgenrecht
 - 4. Die übergreifende menschenrechtliche Steuerungsperspektive: Ein differenzierter Status der Zugehörigkeit
 - V. Schlussbemerkung: Migrationsvölkerrecht in Bewegung
- Thesen
Summary

I. Einleitung: Menschen in Bewegung – die Konfliktpotentiale von Migrationsphänomenen

Viele deuten Migrationsrecht als Konfliktrecht, das (internationale) Migration¹ zum Schutz der Lebenschancen und kulturell divergierenden Lebensmodelle² innerhalb einer spezifischen politischen Gemeinschaft begrenzen will und begrenzen muss. Aus einer solchen Perspektive birgt das Gerechtigkeitspostulat der gleichen Verteilung von

* Besonderen Dank schulde ich *Kirsten Schmalenbach* für mannigfache Anregungen, viele fruchtbare Diskussionen und kritische Lektüre. Für die sorgfältige Korrektur danke ich meiner Mitarbeiterin *Christina Simmig* und dem gesamten Lehrstuhlteam herzlich.

1 In seiner Breite und Tiefe umfasst der Migrationsbegriff die freiwillige und die erzwungene Migration (dazu *P. Boeles/M. den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, *European Migration Law*, 2. Aufl. 2014, Teil II (S. 49 ff. und Teil III, S. 243 ff.), die Außenmigration/internationale Migration (Zuwanderung) und die Binnenmigration/innerstaatliche Migration. Er ist gewiss in all seinen Facetten menschenrechtlich unterlegt, sei für den folgenden Beitrag aber auf die für völkerrechtliche Steuerungsansätze besonders maßgebliche internationale Migration verengt. Zahlen und Fakten zur Zuwanderung in die Bundesrepublik Deutschland finden sich etwa bei *K. Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1 ff.

2 Verwiesen sei in diesem Kontext auch auf das Denken vom „guten Leben“ – „eu zen“ – in der griechischen Philosophie, dazu etwa *D. Fenner*, *Das gute Leben*, 2007; verwiesen sei ebenfalls auf kulturwissenschaftliche Konzepte von Recht und Verfassung, prägend *P. Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998; *P. Mankowski*, *Rechtskultur*, 2016.

Lebenschancen,³ wenn es im Weltmaßstab gedacht wird, ein erhebliches Konfliktpotential. Dabei geht es keineswegs nur um die klassischen Verteilungskämpfe im engeren Sinne, die etwa das Stichwort von der Ressourcengerechtigkeit⁴ impliziert. Konflikte entstehen immer dann, wenn aus Bewegungen Begegnungen und aus Begegnungen Konfrontationen werden.⁵ Sie entstehen deshalb fast unvermeidbar, wenn Einzelne, Gruppen, ja Massen sich im wörtlichen wie übertragenen Sinne auf den Weg machen, um schlichte Überlebenschancen zu sichern oder sehr viel weitergehende Lebenschancen zu entfalten.⁶ Solche Wanderungsbewegungen sind, weltgeschichtlich betrachtet, zwar ein Kontinuum menschlicher Sozialisation,⁷ aber in hohem Maße von sich wandelnden gesellschaftlichen, politischen, ökonomischen, kurz *wirklichkeitsweltlichen* Rahmenbedingungen abhängig. Zeitbedingt und kontextgeprägt geraten mit ihnen auch Grundannahmen politischer Gemeinschaftsbildung in Bewegung.⁸

Aus solcher Unruhe und Dynamik heraus entstehen immer neue migrationspezifische Spannungslagen. Von einem Großteil der Migrationsströme betroffen sind gerade die weniger entwickelten Weltregionen.⁹ Wie sehr Migration etwa den afrikanischen Kontinent herausfordert, wird in europäischer Selbstbezogenheit und kolonialgeschichtlicher Selbstvergessenheit gerne übersehen.¹⁰ Auch vor einer weiteren perspektivischen Engführung sei gewarnt. Zur Einordnung heutiger Migrationsphänomene helfen kategoriale Unterscheidungen von Migrationstypen nur bedingt weiter. Die Grenzen zwischen „forced migration“, Arbeitsmigration und „lifestyle migration“ verlaufen fließend.¹¹ Die extrinsisch erzwungene „pursuit of survival“ und die intrinsisch motivierte „pursuit of happiness“ trennt oft nur ein schmaler Grat. Monokausale Migrationsmotive bleiben ohnehin eher die Ausnahme als die Regel.

3 Grundlegend, indes nicht unumstritten *J. Rawls*, Das Recht der Völker, 2002; *M. Nussbaum*, Grenzen der Gerechtigkeit, 2010, insbes. S. 310 ff.; mit spezifischem Blick auf den afrikanischen Kontinent *J. Ferguson*, Global Shadows: Africa in the Neoliberal World Order, 2006; explizit von „Migrationsgerechtigkeit“ sprechen etwa *W. Kluth*, Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 329 ff., oder *M. Deinhard*, Das Recht der Staatsangehörigkeit unter dem Einfluss globaler Migrationserscheinungen, 2015, S. 173.

4 Dazu *S. Haupt*, Rohstoffpolitik und globale Gerechtigkeit. Die Debatte um globale Gerechtigkeit nach Thomas Nagel und Thomas Pogge, 2016.

5 Betroffen ist letztlich eine Grundfrage der Sozialphilosophie: „die Frage nach dem Anderen und der Anderen“, so *B. Liebsch* im Vorwort (S. 9) des von ihm hrsgg. Bandes „Der Andere in der Geschichte – Sozialphilosophie im Zeichen des Krieges. Ein kooperativer Kommentar zu Emmanuel Levinas' Totalität und Unendlichkeit“ (2016).

6 *D. Kugelmann*, Migration, in: MPEPIL (Stand 2009), Rn. 1.

7 *M. H. Fisher*, Migration: A World History, 2014.

8 Bei *K. Hailbronner/D. Thym*, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, JZ 2016, S. 753 ff., 753 heißt es: „Es gibt Situationen, in denen Grundannahmen in Bewegung geraten. Die Flüchtlingskrise bewirkt eine solche Unruhe [...]“.

9 *Th. Straubhaar*, Towards a European Refugee Policy, 2015, S. 238.

10 Siehe *W. Reinhard*, Die Unterwerfung der Welt. Globalgeschichte europäischer Expansion 1415-2015, 2016; *J. Oltmer*, Globale Migration. Geschichte und Gegenwart, 2012; *M. Harper/S. Constantine*, Migration and Empire, 2010; Transit Migration Forschungsgruppe (Hrsg.), Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas, 2. Aufl. 2007; *A. L. Smith* (Hrsg.), Europe's Invisible Migrants. Consequences of the Colonists' Return, 2002.

11 Zu diesen Migrationstypen aus soziologischer Sicht *K. O'Reilly*, International Migration and Social Theory, 2012. Für einen weiten Migrationsbegriff plädieren *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, European Migration Law, 2014, S. 5.

Nimmt man die inneren Konflikte des Einzelnen hinzu, wird das Konfliktgemenge mit all seinen Paradoxien noch unübersichtlicher.¹² In „weltbürgerlicher Absicht“ oder aus weltbürgerlicher Sehnsucht artikuliert der Mensch sein kosmopolitisches Selbst in *Senecas* berühmtem „patria mea totus hic mundus est“ (Epistulae morales – Epistula 28). Zugleich erträumt er sich aber, von den mondialen Unsicherheiten des Globalisierungszeitalters getrieben, den hermetisch geschlossenen, protektionistisch gesicherten Schutzraum seines Nationalstaates. Die so skizzierte innere Zerrissenheit des Individuums, das damit verbundene psychologische Spannungsverhältnis lässt sich in ein (mensch-)rechtliches übersetzen: Auf der einen Seite strebt der Menschenrechtsuniversalismus hin zu einem Weltbürgertum und öffnet *mit den Mitteln des Völkerrechts* den Nationalstaat. Auf der anderen Seite erlaubt das Selbstbestimmungsrecht der Völker, das seinerseits in der menschenrechtlich abgesicherten Volkssouveränität wurzelt,¹³ die Exklusion und Inklusion zu ganz eigenen, sich bewusst abgrenzenden politischen Gemeinschaften.

II. Die Ausgangsthese und die mit ihr verbundenen Folgefragen: Menschenrechtsgarantien als Steuerungsressource für Migrationsbewegungen

Dieses menschenrechtliche Spannungsverhältnis im Migrationskontext sei mit einer konzeptionellen Ausgangsthese verknüpft. Migrationsrecht ist Menschenrechte-Recht, das die Menschenrechte nicht als äußerste Grenze der Migrations-Verhinderung, sondern als Ressource zur Gestaltung von Migrationsbewegungen begreift. Migration darf, weil ihr Terrain so konfliktreich ist, nicht dem freien Spiel der politischen Kräfte überlassen werden, sondern erfordert *normative* Steuerung zur *Konfliktprävention* und *Konfliktbewältigung*. Dass die Menschenrechte nicht die einzig denkbare, sondern eine unter vielen Steuerungsressourcen sind, sei damit keineswegs in Abrede gestellt. Im Gesamtkonzept der Tagung und ergänzend zum Referat von Herrn Kollegen Uerpmann-Witzack gilt ihnen in vorliegendem Beitrag aber der primäre Fokus. Es wäre auch verfehlt, diesen Steuerungsansatz mit naiv-harmonisierendem Menschenrechtsidealismus zu verwechseln. Es geht vielmehr darum, wirklichkeitsbewusst und vom gerade *in den Menschenrechten angelegten Konfliktpotential* ausgehend deren *Steuerungspotentiale* kritisch auszuloten.

12 Auch die Literatur macht sich zum Beobachter der aktuellen großen Flüchtlings- und Migrationsbewegungen, etwa *N. Kermani*, Einbruch der Wirklichkeit. Auf dem Flüchtlingstreck durch Europa, 2015.

13 *J. Fisch*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Die Domestizierung einer Illusion, 2010, S. 72: „Die Volkssouveränität wird damit zu einer Vorstufe des Selbstbestimmungsrechts, im Sinne einer notwendigen Bedingung, die freilich nicht hinreichend ist. Wo keine Volkssouveränität ist, da kann auch kein Selbstbestimmungsrecht sein. Wo Volkssouveränität ist, da kann auch, muss aber kein Selbstbestimmungsrecht sein.“

1. Steuerung: Anliegen und Erwartungen

Die Steuerungsbedürftigkeit ist evident.¹⁴ Die Wendung von der menschenrechtlichen Steuerungsressource impliziert aber auch Steuerbarkeit und setzt damit Handlungsoptionen des Völkerrechts voraus, die effektive Steuerungswirkung auf Migrationsbewegungen entfalten können.¹⁵ Zweifel an der Effektivität und Steuerungsfähigkeit des Völkerrechts sind so alt wie das Völkerrecht selbst. Gerade in seinen Menschenrechtsregimen mit ihren differenzierten Kontroll- und Überwachungsmechanismen hat es aber durchaus Steuerungspotential bewiesen. Man denke nur an die menschenrechtlichen Dicta des IGH, viel stärker noch an die Rechtsprechung regionaler Menschenrechtsgerichtshöfe oder an Steuerungsimpulse, die etwa die Diskussion um eine „Responsibility to Protect“ hat vermitteln können. Deshalb lohnt es, die Menschenrechte auch im Migrationskontext als Grundlage völkerrechtlicher Handlungsoptionen zu denken. Und es lohnt sich nicht primär deshalb, weil Menschenrechte von ihrem *status negativus* her staatliche Gestaltungsmacht und damit auch staatliche Migrationsverhinderung begrenzen, sondern weil sie von ihrem *status positivus*, *status activus* oder *status processualis* her zu hoheitlichem Gestalten verpflichtet, diesem normative Orientierung geben, Migration – durchaus konfliktreich – teils ermöglichen, teils limitieren, aber immer von einem Konzept *menschenrechtlichen Freiheitsgebrauchs* (und allen damit verbundenen Konfliktrisiken – Freiheitsgebrauch gelingt nur selten konfliktfrei) her fassen wollen. Auf eine schlichte Formel gebracht: Menschenrechte aktivieren völkerrechtliche Handlungsoptionen, weil sie die verantwortlichen Akteure diesseits wie jenseits des Staates auf gestalterisches Aktiv-Werden verpflichten.

Beachtlich ist dabei auch, dass rechtliche Steuerung allgemein in zwei Dimensionen ausgreift. Sie kann zum einen reaktiv auf die Konturierung einer Rahmenordnung abzielen, um gesellschaftliche Veränderungsprozesse zu verarbeiten und rechtlich einzufangen. Das Recht folgt hier der Wirklichkeit. Sie kann zum anderen aber auch proaktiv Einfluss auf die Herbeiführung gesellschaftlicher Veränderungen nehmen wollen.¹⁶ Hier zielt das Recht auf eine (vermeintlich) bessere – jedenfalls andere – Wirklichkeit ab. Konkret auf die Migrationsproblematik bezogen folgt daraus: In der einen wie der anderen Dimension bleibt Migrationssteuerung der „stets prekäre und rechtfertigungsbedürftige Versuch, mit den Mitteln des Rechts gestaltend in das Migrationsgeschehen einzugreifen“¹⁷ – es „einzufangen“ oder „anzuleiten“. Deshalb gilt es, die Herrschaft

14 Zum Themenkreis S. Breitenmoser und K. Odendahl, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), i. E.; J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 67 ff., identifiziert fünf konkurrierende Perspektiven bei der rechtlichen Steuerung von Migration: die (innerstaatliche) Perspektive der Gefahrenabwehr, die zwischenstaatliche Perspektive, die ökonomische Perspektive, die kulturelle Perspektive und die individualrechtliche Perspektive.

15 Dazu American Society of International Law (Hrsg.), Proceedings of the 108th Annual Meeting, 2015 (der Tagungsband diskutiert das Thema: „The Effectiveness of International Law“); Ch. Walter, Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts, ZaöRV 76 (2016), S. 363 ff.

16 K. Odendahl, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), i. E., S. 6; K.-P. Sommermann, Staatziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 139 f.; D. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 34 ff.

17 J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2014, S. 12. Die Steuerbarkeit gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Prozesse diskutiert etwa R. Mayntz, Governance im modernen Staat, in: A. Benz/ N. Dose (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Mehrebenensystemen. Eine Einführung, 2. Aufl. 2010, S. 37 ff.

des Rechts in Migrationsfragen umfassend zu sichern¹⁸ und keine voreiligen Wege für die Flucht in den Ausnahmezustand jenseits des Rechts zu eröffnen.

Völkerrechtlicher Steuerung liegt bei alledem kein enger, am Vorbild des nationalen Parlaments und des Parlamentsgesetzes orientierter, sondern ein weiter Steuerungsbe-
griff zugrunde.¹⁹ Sein Migrationsmanagement²⁰ bindet horizontal staatliche wie nicht-
staatliche Akteure ein und bedient sich vertikal aller für den Mehrebenenverbund²¹
typischen Wirkmechanismen bis hin zur Bildung „internationaler Maßstabnormen.“²²
Diese wollen der nationalen Rechtssetzung bzw. Rechtsdurchsetzung mit normativ
verbindlichem Anspruch Orientierung geben. Aufgrund einer solchen Verbunddynamik
wirkt nationale Souveränität nicht mehr als unüberwindbare Steuerungsbarriere.²³
Wie völkerrechtliche Menschenrechtsgarantien nationales Recht überformen, bleibt
dogmatisch zwar abhängig von Monismus oder Dualismus, wird aber weithin relati-
viert durch deren heute weit verbreitete gemäßigte Varianten.²⁴ Direkte Klage- und
Beschwerdemöglichkeiten des Individuums unter den verschiedensten Menschen-
rechtsinstrumenten tun ein Übriges, um völkerrechtliche Steuerungsmechanismen zu
aktivieren. Bei alledem darf Migrationssteuerung nie auf ihre gefahrenabwehrrechtliche
Seite verengt werden, sondern ist immer auch als Gegenstand individueller Freiheiten
zu begreifen.²⁵ Strukturieren lässt sie sich schließlich anhand der drei Verantwortungs-
dimensionen, die konzeptionelle Grundlage der „Responsibility to Protect“ sind: to
prevent, to react, to rebuild.²⁶

18 J. Papier, Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, NJW 2016, S. 2391 ff., 2391;
G. H. Stumpf, Der Ruf nach der „Rückkehr zum Recht“ bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise,
DÖV 2016, S. 357 ff.

19 Ch. Walter, Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts, ZaöRV 76
(2016), S. 363 ff., 367, 369.

20 K. Hailbronner/D. Thym, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer
Rechtsintegration, JZ 2016, S. 753 ff., 755 ff.; W. Kluth, Begrenzung der Schutzgewähr versus alternative
Formen der Migrationssteuerung, ZAR 2016, S. 1 ff.

21 Zur Genese des Mehrebenen Denkens in den Politik- und den Rechtswissenschaften M. Jachtenfuchs/B.
Kohler-Koch, Regieren in dynamischen Mehrebenensystemen, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integra-
tion, 1996, S. 25 ff.; I. Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European
Constitution-Making Revisited?, Common Market Law Review 36 (1999), S. 703 ff.; M. Knauff, Der
Regelungsverband: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010; migrationsrechtlich spezifi-
ziert etwa bei K. Sieveking (Hrsg.), Wechselwirkungen von Migration und Integration im europäischen
Mehrebenensystem. Rechts- und sozialwissenschaftliche Beiträge, 2011; P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lod-
der/ K. Wouters, European Migration Law, 2014, S. 23 ff.

22 Ch. Calliess, Auswärtige Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 6.

23 In methodischer Hinsicht kommt dem Rechtsvergleich als Verbundtechnik eigenständige Bedeutung
zu, M. Kotzur, „Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder „Ausweitung der Kampfzone?“ Vom Wert
der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik, JöR 63 (2015), S. 355 ff. Für eine vergleichende Übersicht
zu unterschiedlichen Einwanderungspolitiken Th. Groß, Einwanderungspolitiken im Vergleich –
Erwartungen an ein Einwanderungsgesetz in Deutschland, ZAR 2016, S. 262 ff.

24 K. Nowrot, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft. Methodische Annäherungen an
die Normalität eines Verfassungsprinzips, 2017, S. 607; M. Kotzur, Über Monismus und Dualismus hin-
aus – Ansätze zu einer Neukonzeptionalisierung des Völkerrechts mit einer konstitutionellen Mat-
rix, in: M. Novaković (Hrsg.) Monism & Dualism, Basic Concepts of Public International Law, 2013,
S. 157 ff.

25 E. Eichenhofer, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135 ff., 135.

26 A. Hurwitz, The Collective Responsibility to Protect Refugees, 2009; S. Martin, Forced Migration, the
Refugee Regime and the Responsibility to Protect, Global Responsibility to Protect 2 (2010), S. 38 ff.

2. Steuerung durch Menschenrechte – menschenrechtsbasierte Zugehörigkeit

Damit sind die Menschenrechte schon vielfältig ins Spiel gebracht. Sie als maßgebliche rechtliche Steuerungsressource zu aktivieren,²⁷ liegt überdies entwicklungsgeschichtlich nahe. Die Genese des modernen Migrationsrechts ist untrennbar verbunden mit der Etablierung universeller Menschenrechte im internationalen öffentlichen Recht.²⁸ Weil internationale Migrationsprozesse Zuwanderung – sei sie auch nur vorübergehend – bedingen und somit einen genuin überstaatlichen Charakter haben, bedürfen sie idealiter eben auch überstaatlicher Steuerung. Diese muss auf potentiell universelle Gefährdungslagen für das Individuum reagieren und sich dabei an internationalrechtlichen Maßgaben orientieren.²⁹ Migrantinnen und Migranten machen sich, menschenwürdebegabt³⁰ und durch individuelle Menschenrechte gesichert, auf einen oft unsicheren und gefährlichen Weg. Sie treffen am Ziel auf gleichermaßen menschenwürdebegabte und durch Menschenrechte gesicherte Individuen. Die mit der deutschen Grundrechtsdoktrin vertrauten Dogmatiker bauen angesichts der konfliktträchtigen Begegnung vielleicht auf das Ideal der praktischen Konkordanz (*K. Hesse*) zum Ausgleich konfligierender Interessen. Und selbst wer harmonisierenden Konkordanzlösungen misstraut, weiß um jene anthropozentrische Wende im Völkerrecht, dank derer am ehesten die Menschenrechte den Schutzpanzer nationalstaatlicher Souveränität durchbrechen und damit ein Stück weit auch die Dichotomie von Inklusion und Exklusion, von Zugehörigkeit und Nicht-Zugehörigkeit relativieren können.

Der souveräne Nationalstaat (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta) hat es in der Hand, autonom darüber zu entscheiden, wer sich auf seinem Territorium vorübergehend oder dauerhaft aufhalten darf.³¹ Der Migrationssteuerung durch das Völkerrecht sind aus dieser Perspektive außerordentlich enge Grenzen gesetzt, jedenfalls soweit die betroffenen Nationalstaaten sich nicht durch entsprechende Vertragsregime binden wollen. Dagegen muss der menschenrechtsradizierte Nationalstaat seine Souveränität in den Dienst des Menschen stellen und sich menschheitlich öffnen.³² Aus dieser Perspektive gewinnt die Migrationssteuerung durch das Völkerrecht größeres Potential. Doch Vorsicht, die binäre Kodierung des Migrationsvölkerrechts zwischen den Polen von Souveränität und Menschenrechten könnte trügerisch sein.³³ Die staatliche Souveränität,

27 Zu einem solchen menschenrechtsbasierten Ansatz oder „rights-based-approach“ etwa *A. Wiesbrock*, Legal Migration to the European Union, 2010; *R. Keil*, Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie, 2009; *D. Thym*, Schutz des Aufenthalts zwischen politischer Herkunft und menschenrechtlicher Neuausrichtung, in: F. Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit, Öffentlichkeit, 2009, S. 221 ff.

28 *W. Kluth*, Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 329 ff., 329; *E. Eichenhofer*, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135 ff., 141, bezeichnet das Migrationsrecht „als Gegenstand einer genuin menschenrechtlichen Gewährleistung“. Migration sei ein „individuelles, durch Menschenrechte ermöglichtes, daher geschütztes und deshalb auch zu ermöglichendes Geschehen.“

29 *W. Kluth*, Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, S. 329 ff., 330.

30 *W. Frenz*, Menschenwürde in der Flüchtlingskrise, ZAR 2016, S. 223 ff.; zur Menschenwürdeadizierung politischer Gemeinschaften allgemein *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 22.

31 Statt aller *R. Jennings/A. Watts*, Oppenheim's International Law, Bd. I, 9. Aufl. 2008, § 400.

32 *A. Peters*, Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty, EJIL 20 (2009), S. 513 ff.

33 Bezogen auf die eben skizzierte Dichotomie von menschenrechtlicher Öffnung und souveränitätsbestimmter Territorialherrschaft formuliert *Ch. Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: M. Burgi/Ch. Walter (Hrsg.), Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 7 ff., 9: „Das Flüchtlingsrecht der Nachkriegszeit erweist sich als ein kontinuierlicher Kompromiss, mit dem diese – letztlich unvereinbaren – Grundhaltungen überdeckt werden.“

territorial und vom sesshaften Staatsvolk her angelegt,³⁴ mag politische Stabilität durch internationale Personenbewegungen stärker herausgefordert sehen, als es universelle Menschenrechte mit ihren differenzierten Freizügigkeitsimpulsen tun. Dass staatliche Souveränität automatisch Grenzen zieht und Menschenrechte automatisch Grenzen öffnen, ist damit aber längst noch nicht gesagt.

Souveränität ist genauso wie menschenrechtliche Freiheit immer auch eine soziale Konstruktion. Beide laden zu symbolischer Zuspitzung³⁵ und verabsolutierenden Lesarten ein. Hier der Staat über alles, dort das freiheitssuchende Individuum über alles. Souveränität und menschenrechtliche Freiheit markieren normativ geprägte Ausgangspunkte, von denen her einem sozialen Geschehen aus dem jeweiligen Blickwinkel bestimmte Bedeutungen zugeschrieben werden:³⁶ Hier die selbstbestimmte-, kontrollaffine territoriale Herrschaft, ohne die Freiheit in Sicherheit nicht möglich wäre; dort die selbstbestimmte, kontrollensible individuelle Freiheit, die sich nicht vollständig dem Sicherheitsbedürfnis unterordnen und an den Grenzen territorialer Herrschaft brechen darf.³⁷ Das Gesamtbild aber ist komplexer, vielpoliger. Ein Narrativ³⁸ in plakativem Schwarz-Weiß – hier die menschenrechtliche Fortschrittserzählung, dort die souveränitätsbezogene Traditionsgeschichte – wird ihm nicht gerecht. Einerseits hat die Souveränität des offenen Nationalstaates längst an Ausschließlichkeitskraft verloren und ist durchlässiger geworden. Die umstrittene humanitäre Intervention, die „Responsibility to Protect“,³⁹ das ganzheitlich angelegte Konzept der „human security“⁴⁰ oder Relativierungen der Staatenimmunität zeigen Tendenzen auf, deren Verrechtlichung allerdings zu großen Teilen noch in der Schwebelage hängt. Andererseits können menschenrechtliche Schutzpflichten zugunsten der eigenen Staatsangehörigen ebenso wie das Selbstbestimmungsrecht gegen Nicht-Zugehörige in Stellung gebracht werden. Art. 33 Abs. 2 GFK hat die gleiche Stoßrichtung, wenn er deutlich macht, dass der Flüchtlingsschutz gegenüber grundlegenden öffentlichen Interessen keinen abso-

34 D. Thym, Migrationsfolgenrecht, in: VVDStRL 76 (2017), i. E., betrachtet die Sesshaftigkeit als „konzeptuellen Normalfall“ des neuzeitlichen Staates und spricht unter Verweis auf S. Castles, Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective, Journal of Ethnic and Migration Studies 36 (2010), S. 1565 ff., von einem „sedentären Bias“.

35 K. Hailbronner/D. Thym, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, JZ 2016, S. 753 ff., 753.

36 J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2014, S. 67.

37 Zu einer freiheitlichen Perspektive auf das Migrationsrecht E. Eichenhofer, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135 ff., 135.

38 Zur Rolle von Narrativen im Völkerrecht K. Nowrot/E. Sipiorski, Competing Narratives of Global (De-)Constitutionalization in International Investment Law: Identifying Narrators and the Stories They Tell, AVR 55 (2017), i. E.

39 Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), The Responsibility to Protect, 2001; UN Doc. GA/Res. 60/1 (2005 World Summit and Outcome); C. Stahn, Responsibility to Protect. Political Rhetoric or Emerging Legal Norm, AJIL 101 (2007), S. 99 ff.; A. v. Arnould, Souveränität und die responsibility to protect, Die Friedenswarte 84 (2009), S. 11 ff.

40 Ch. Tomuschat, Human Rights: Between Idealism and Realism, 2008, S. 63 ff.; W. Benedek, Der Beitrag des Konzepts der menschlichen Sicherheit zur Friedenssicherung, in: Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, S. 25 ff.; G. Nolte, Vom Weltfrieden zur menschlichen Sicherheit? Zu Anspruch, Leistung und Zukunft des Völkerrechts, in: H. Münkler/M. Bohlender/S. Meurer (Hrsg.), Sicherheit und Risiko – Über den Umgang mit Gefahr im 21. Jahrhundert, 2010, S. 125 ff.

luten Vorrang genießt.⁴¹ Noch weiter gehen Vorschläge aus der Literatur, die das individuelle Recht auf Asyl, soweit überhaupt garantiert, in eine bloße objektive Gewährleistung umdeuten wollen.⁴²

Letztlich geht es bei vorgenannten sozialen Konstruktionen um eine weitere bislang noch nicht explizit angesprochene, aber schon in der Ausgangsthese implizit mitgedachte: um *Zugehörigkeit*.⁴³ Migrationssteuerung kommt an der Frage der Zugehörigkeit, ihrer Möglichkeit und Unmöglichkeit, ihren Differenzierungen in Zugehören-Wollen, Zugehören-Können und Zugehören-Dürfen nicht herum. Weil die differenzierten „status“ von Zugehörigkeit menschenrechtlich determiniert sind, weil Menschenrechte unterschiedliche Formen von Zugehörigkeit abwehr-, leistungs-, teilhaberechtlich und prozedural ausgestalten, kommt ihnen entscheidendes Gestaltungspotential zu. Sie buchstabieren differenzierte Teilhabemöglichkeiten des Einzelnen am Leben einer politischen Gemeinschaft aus. Das beginnt mit der Zugehörigkeit zur Menschheitsfamilie sogar schon dort, wo an politische Gemeinschaftsbildung noch gar nicht zu denken ist. Menschheitlich begründetes Zugehören, durch die universellen Menschenrechte basal ausgestaltet, mündet gewiss nicht in ein mondiales Freizügigkeitsregime, begründet aber ein Überlebensrecht, das für alle Migrationsregime konstitutive Wirkung haben muss.

Der Einzelne muss an einem (relativ) sicheren Ort menschenwürdig überleben können. Mit dem nackten Überleben kann es indes nicht sein Bewenden haben. Selbst ein „bare life“ wäre ungesichert ohne ein „right to have rights“, ein Recht auf Rechte.⁴⁴ Diese Rechte werden umso spezifischer, je spezifischer eine politische Gemeinschaft verfasst und damit als Rechtsadressatin greifbar ist: hier die Weltgemeinschaft, dort der Nationalstaat, hier das Menschheitsrecht, dort das Selbstbestimmungsrecht der Völker, dazwischen regional integrierte Verantwortungsgemeinschaften wie die supranationale Europäische Union. Damit ist die zentrale Herausforderung von Migrationsbewegungen an das Völkerrecht formuliert: Es muss den menschenrechtsbasierten Rahmen vorgeben, innerhalb dessen politische Gemeinschaften – eher dem Prinzip der Subsidiarität als der überhöhten Idee globalen Rechts folgend – ihre Zugehörigkeitsregime selbstbestimmt ausgestalten, ohne den *mondialen Zugehörigkeitsstatus des Menschen als Mensch* außer Acht zu lassen.⁴⁵

41 K. Hailbronner/D. Thym, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, JZ 2016, S. 753 ff., 754; sie verweisen zugleich auf die deutlich weitergehende, vorbehaltlose und absolute Deutung von Art. 3 EMRK durch den EGMR, siehe *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 11. November 1996 (GK), Nr. 22414/93, Rn. 79 f.; weitere Nachweise bei E. Lauterpacht/D. Bethlehem, The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, in: UNHCR (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, S. 87 ff., 119 ff.

42 A. Hopf, Zur Umwandlung des Asylgrundrechts in eine objektive Gewährleistung, ZRP 2015, S. 226 ff., 226.

43 Damit zugleich um „allegiance“ und „identity“: F. Jenkins/M. Nolan/K. Rubenstein (Hrsg.), *Allegiance and Identity in a Globalised World*, 2014.

44 P. Owens, Beyond „Bare Life“: Refugees and the „Right to Have Rights“, in: A. Betts/G. Loescher (Hrsg.), *Refugees in International Relations*, 2010, S. 133 ff.

45 Von einem „status mundialis hominis“ spricht P. Häberle schon in seiner „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“, 2. Aufl. 1998, S. 724 ff.; *ders.*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013, S. 355. In diesem Kontext empfiehlt sich auch ein Blick auf die unterschiedlichsten Konstruktionen bürgerschaftlicher Zugehörigkeit in mobilen Gesellschaften: D. Kostakopoulou, Thick, Thin and Thinner Patriotisms: Is This All There Is?, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), S. 73 ff., 84: „Transnational citizenship highlights the fact that international migration and the ensuing interactions between receiving and sending communities result in

III. Der Steuerungsrahmen – zugleich eine Bestandsaufnahme zu den relevanten menschenrechtlichen Garantien

1. Die (terminologische) Vermessung eines Arbeitsfeldes: Migrationsvölkerrecht

Für diese Rahmung sei zunächst begriffliche Orientierung gesucht. Migration ist kein völkerrechtlich feststehender, aber in all ihren Spielarten ein menschenrechtlich imprägnierter Terminus. Das Völkerrecht wendet sich etwa ganz klassisch im Fremdenrecht,⁴⁶ im Flüchtlingsrecht, im Recht der Wanderarbeitnehmer⁴⁷ oder in den universellen Menschenrechtskatalogen Migrationsphänomenen zu.⁴⁸ Dabei bleibt allerdings schon die Rede von der Migration weniger neutral, als es die etymologische Rückbindung an das lateinische „migrare“ („wandern“, „auswandern“, „verändern“) suggerieren mag. Die heute alltagssprachlich geläufige Verwendung macht Migration zu einem Problembegriff, befrachtet mit all den skizzierten Konfliktbefunden, manche Abwehrintuitionen auslösend. Deshalb wollen Stimmen aus der Literatur vorverständnis-sensibler⁴⁹ von „Movement of People“ oder „Mobility of People“ sprechen.⁵⁰ Das ist durchaus kein bloßes semantisches Glasperlenspiel:⁵¹ Migration konnotiert Mobilität als Ausnahmefall zur Normalität der Sesshaftigkeit, „Movement“ ist konstitutiver Normalfall für die globalisierte Welt des 21. Jahrhunderts mit ihren mobilen Gesellschaften.⁵² Nicht zufällig formt „Mobility“ den Komplementärbegriff zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, zu den Zahlungs- und Kapitalverkehrsfreiheiten, wie

the creation of mobile societies beyond the borders of territorial states without dissolving these borders. Whereas national citizenship has been underpinned by a sedentary ideal, transnational citizenship captures the reality of human mobility and settlement, of multiple belonging and the uprootedness created by processes of transnationalization.“ Siehe weiterhin *N. Matz-Lück*, *Denizenship und Staatsangehörigkeit im Spiegel rechtlicher Integration. Eine Betrachtung der Kriterien staatlicher Zugehörigkeit und politischer Teilhabe im Wandel*, Habilitationsschrift 2017 (Manuskriptfassung). Zur Idee einer „global citizenship“: UNESCO, *Global Citizenship Education Topics and Learning Objectives*, 2015.

- 46 Zum fremdenrechtlichen Mindeststandard *Ch. Tomuschat*, *Der fremdenrechtliche Mindeststandard im Völkerrecht*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VI/2, 2009, § 178, Rn. 5 ff.; *M. Kotzur*, „Fremd bin ich eingezogen“ – Überlegungen zu den Wurzeln des universellen Menschenrechtsschutzes im völkerrechtlichen Fremdenrecht, in: FS K. Hailbronner, 2013, S. 585 ff.; „Das Fremdenrecht“ betitelten *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, das 15. Kapitel in ihrem „Völkerrecht“ (2. Aufl. 1989); *K. Doehring*, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 1962.
- 47 Art. 2 Abs. 1 der Wanderarbeiterkonvention definiert als Wanderarbeitnehmerin/Wanderarbeitnehmer „jede Person, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht hat, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben wird, ausübt oder ausgeübt hat“, *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, United Nations Treaty Series, Bd. 2220, S. 3. Zu den Einzelheiten *K. Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 4. Aufl. 2017, Rn. 155 ff.
- 48 Vgl. *D. Kugelmann*, *Migration*, in: MPEPIL (Stand 2009), Rn. 3.
- 49 Generell zur Problematik des Vorverständnisses *J. Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972; vorher bereits *H.-G. Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 1960.
- 50 *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, *European Migration Law*, 2014, S. 5; *J. H. Cohen/I. Sirkeci*, *Cultures of Migration: the Global Nature of Contemporary Mobility*, 2011, S. 7 ff.
- 51 *M. Zagor*, *Recognition and narrative identities: is refugee law redeemable?*, in: F. Jenkins/M. Nolan/K. Rubenstein (Hrsg.), *Allegiance and Identity in a Globalised World*, 2014, S. 312 ff.; *R. Zetter*, *More Labels, Fewer Refugees*, *Journal of Refugee Studies* 20 (2007), S. 172 ff.
- 52 *S. Sassen*, *Globalization and its Discontents*, 1998, S. XXI.; vorher schon *A. McGrew*, *A Global Society*, 1992. Globalisierung bedingt einen Wirklichkeitswandel dergestalt, „that state, civil society and market are inextricably intertwined“, so *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, *European Migration Law*, 2014, S. 6, unter Verweis auf J. A. Camilleri/A. P. Jarvis/A. J. Paolini (Hrsg.), *The State in Transition. Remaining Political Space*, 1995, S. 223; zur gewandelten Rolle des Staates im Zeitalter der Globalisierung *A. Puttler*, *Globalisierung als Topos*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XI, § 234, Rn. 2.

sie insbesondere im Rahmen des EU- und des WTO-Rechts Ausgestaltung finden.⁵³ Und genauso wenig ist es ein Zufall, dass diese Freizügigkeiten nicht notwendig mit einem gleichlaufenden freien Personenverkehr verknüpft sind⁵⁴ – selbst dort, wo die Suche nach „highly skilled migrants“⁵⁵ in Rede steht. Schließlich verweisen „Movement“ und „Mobility“ darauf, dass Zugehörigkeiten – und die mit ihnen verbundenen Identitätszuschreibungen – als solche sehr viel variabler geworden und selbst in Bewegung geraten sind.

Wenn vorliegend, ohne dekonstruktivistische Ambitionen weiterzuverfolgen, am in Rechtsprechung und Literatur etablierten Migrationsbegriff festgehalten wird, dann wissend um den Normalfall der Mobilität und dankbar für die sinnfällige Begriffssymbiose, die dem mir aufgegebenen Vortragstitel mit seinen „Migrationsbewegungen“ geglückt ist. Das führt, die Binnenmigration wie schon gesagt bewusst ausgeklammert, zu einem nichtsdestoweniger weiten internationalen Migrationsbegriff: Gemeint ist die „grenzüberschreitende Bewegung von Personen mit dem Ziel, sich in einem anderen als dem Ausgangsland zumindest temporär aufzuhalten oder auf Dauer sesshaft zu werden.“⁵⁶ Alle auf die so verstandene Migration bezogenen völkerrechtlichen Regelungen lassen sich in ihrem Zusammenspiel als Migrationsvölkerrecht beschreiben, ohne dass damit ein eigenständiges völkerrechtliches Teilgebiet begründet oder gar intradisziplinärer Selbststand behauptet wäre.

2. Die institutionelle Infrastruktur: Fragmentierungen und kooperative Verantwortung

Ganz im Gegenteil: Das Arbeitsfeld des Migrationsvölkerrechts bleibt hochgradig *fragmentiert*. Vor allem fehlt es an der zentralisierten Zuständigkeit einer Internationalen Organisation, innerhalb derer die Implementierung der vielfältigen Migrationsrechte gebündelt gesteuert werden könnten. Institutionelle Verdichtung ist zwar in den unterschiedlichsten Teilregimen vom UN-Hochkommissariat für Flüchtlingsschutz bis hin zur supranationalen Mobilitätsgemeinschaft der EU gelungen. Der UN-Sicherheitsrat, der in Bürgerkriegsszenarien Migrationsdruck als Gefahr für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit qualifiziert und deshalb seine Kompetenz nach Kapitel VII der Charta gegeben sieht,⁵⁷ wirkt genauso als migrationsvölkerrechtlicher Akteur wie der EuGH, der für seine „Teilordnung des Völkerrechts“⁵⁸ das Freizügigkeitsregime konturiert. Aber bei all diesem institutionellen Pluralismus gibt es keine kohärenten

53 J. P. Trachtmann, *The International Law of Economic Migration*, 2009, S. 10.

54 S. Bougheas/D. Nelson, *On the Political Economy of High Skilled Migration and International Trade*, *European Economic Review* 63 (2013), S. 206 ff.

55 A. Shachar, *The Race for Talent. Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Regimes*, *New York University Law Review* 81 (2006), S. 103 ff.; *dies.*, *Highly Skilled Immigration: The New Frontier of International Labour Migration*, in: *American Society of International Law (Hrsg.), Proceedings of the 105th Annual Meeting 2012*, S. 415 ff.; A.-M. Nohl/K. Schüttenhelm/O. Schmidtke/A. Weiss, *Work in Transition. Cultural Capital and Highly Skilled Migrants' Passages into the Labour Market*, 2014, S. 3 ff.; M. Czaika/Ch. Parsons, *The Gravity of High Skilled Migration Policies*, 2015.

56 D. Kugelmann, *Migration*, in: MPEPIL (Stand 2009), Rn. 4: „Migrants are persons who leave their country of origin or the country of habitual residence, to remain either permanently or temporarily in another country with the possible consequence of establishment“. Zur Unterscheidung von Außenmigration und Binnenmigration W. Kälin/J. Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2008, S. 577.

57 Nachweise bei N. Krisch, in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. II, 3. Aufl. 2012, Art. 39, Rn. 23.

58 EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, I, 25.

Governance-Strukturen,⁵⁹ oft nicht einmal die notwendigen inter-institutionellen Verzahnungen. Am schwersten wiegt hier der fehlende Rechtsrahmen für Kooperation bei der Steuerung massenhafter Migration. Was das Flüchtlingsrecht angeht, verleiht nicht einmal die Genfer Konvention aus dem Jahre 1951 der Pflicht zur Zusammenarbeit spezifischere normative Konturen, auch wenn sie von dieser in ihrer Präambel ganz selbstverständlich ausgeht.⁶⁰ Es bleibt beim unbestimmten Appell. Für Umweltvertriebene fehlt jeder konkrete Rechtsrahmen.⁶¹

Dabei ist Migrationsvölkerrecht Kooperationsvölkerrecht par excellence,⁶² auch wenn sein Regelwerk machtbestimmt und interessengeleitet⁶³ anarchische Reste beibehält.⁶⁴ Ob ein völkerrechtliches Solidaritätsprinzip⁶⁵ den Rückschluss auf präzisere Kooperationspflichten zulässt, sei an dieser Stelle nicht weiterverfolgt. Ich möchte mich heute auf die Rolle der Menschenrechte als normative Ressource zur Kooperationssteuerung konzentrieren, wohl wissend, dass Menschenrechten schon aufgrund ihrer individualrechtlichen Natur dabei nur eine limitierte Rolle zukommen kann. Individualrechte verpflichten ihre Normadressaten zu effektiver Schutzgewähr, was Kooperationspflichten letzterer jedenfalls dann impliziert, wenn – wie bei Massenfluchtszenarien – effektiver Mindestschutz auf andere Weise gar nicht mehr zu sichern wäre.⁶⁶ Auf die menschenrechtliche Statuslehre bezogen lautet die Konsequenz: In der global vernetzten Welt mit ihren transnational geöffneten Rechtsräumen weitet sich der „status processualis“⁶⁷ ins Kooperative, er wird zum „status infrastructuralis“. „Verfahren“ ist dabei im weiteren Sinne prozedural-infrastruktureller Absicherung gedacht, darf also nicht auf die gerichtliche Rechtsdurchsetzung oder sonstige notwendig forma-

59 Dazu im Detail *J. Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2014, S. 167 ff.; übergreifend *A. Hurrell*, Refugees, International Society, and Global Order, in: *A. Betts/G. Loescher* (Hrsg.), Refugees in International Relations, 2010, S. 85 ff.; *S. Benz/A. Hasenclever*, Global Governance of Forced Migration, in: ebd., S. 190 ff.; allgemein *K. Blome/H. Franzki/N. Markard/A. Fischer-Lescano/S. Oeter* (Hrsg.), Contested Regime Collisions: Norm fragmentation in World Society, 2016.

60 *A. Nussberger*, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen, NVwZ 2016, S. 815 ff., 817.

61 *J. McAdam*, Climate Change, Forced Migration, and International Law, 2012, S. 187 ff.

62 *A. Bleckmann*, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre. Vom Kompetenz- zum Kooperationsvölkerrecht, 1995; *Ch. Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: *M. Burgi/Ch. Walter* (Hrsg.), Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 7 ff., 40 ff.

63 *A. Betts*, International Cooperation in the Refugee Regime, in: ders./*G. Loescher* (Hrsg.), Refugees in International Relations, 2010, S. 53 ff.

64 *A. Hurrell*, Refugees, International Society, and Global Order, in: *A. Betts/G. Loescher* (Hrsg.), Refugees in International Relations, 2010, S. 85 ff., 86 f.

65 Nachweise bei *M. Kotzur/K. Schmalenbach*, Solidarity among Nations, AVR 52 (2014), S. 68 ff.

66 Die Notwendigkeit eines solchen kooperativen „burden sharing“ macht auch die Präambel der Genfer Flüchtlingskonvention unmissverständlich deutlich: „in der Erwägung, dass die Ausübung des Asylrechtes überaus schwere Bürden manchen Ländern auferlegen und eine zufriedenstellende Lösung des Problems, dessen internationale Reichweite und Art die Vereinten Nationen anerkannt haben, nicht ohne internationale Zusammenarbeit erreicht werden kann“, siehe *P. Hilpold*, Quotas as an Instrument of Burden-Sharing in International Refugee Law – The Many Facets of an Instrument Still in the Making, ICON 15 (2017), i. E., unter Verweis auf den frühen Beitrag von *J.-Pierre L. Fonteyn*, Burden-Sharing: An Analysis of the Nature and Function of the International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees, Australian Yearbook of International Law 8 (1983), S. 162 ff. Wie hilfreich für solches „burden sharing“ fixe Flüchtlingsquoten sind, steht freilich auf einem anderen Blatt, dazu wiederum *P. Hilpold*, Unilateralism in refugee law – Austria’s quota approach under scrutiny, Human Rights Law Review 2017, i.E.

67 Grundlegend *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. 75 f.

lisierte Verfahren verengt werden. Die Menschenrechtsverpflichteten sind gehalten, einen Mindestbestand an solchen prozessualen Infrastrukturen zu schaffen, ohne die die fundamentalen Menschenrechte schon in ihrer Substanz leerließen. Das lässt sich, wenngleich nicht zu menschenrechtlichen Schutzpflichten verdichtet, am Beispiel der Schutzverantwortung, der „Responsibility to Protect“⁶⁸ illustrieren. Sie greift dort ein, wo der einzelne Staat absichtlich oder aus Unvermögen die fundamentalsten Menschenrechte seiner Bürgerinnen und Bürger nicht mehr schützt. Die internationale Gemeinschaft rückt kollektiv verbunden in die Auffangrolle eines neuen Schutzverantwortlichen. Eine solche gemeinsame Verantwortung der Staatengemeinschaft bedarf notwendig der kooperativen Realisierung. Nicht zuletzt im Sicherheitsrat hätte die „international community“ dazu einen relativ wirkungsmächtigen Akteur, der unter seiner extensiven Kapitel VII-Politik⁶⁹ wohl jedenfalls keine kompetenziellen Hürden sähe, steuernd z.B. in Massenfluchtgeschehen einzugreifen. Nach der terminologischen und prozessual-infrastrukturellen Vermessung des Arbeitsfeldes „Migrationsvölkerrecht“ nun zum Ist-Bestand seiner menschenrechtlichen Grundlagen.

3. Die normativen Ressourcen jenseits aller Fragmentierungen: menschenrechtliche Normenensembles

Menschenrechtlich sind Migrationsbewegungen durch zwei gegenläufige Freizügigkeitsdimensionen charakterisiert. Während Menschenrechtsverträge die Ausreisefreiheit explizit gewähren⁷⁰ – sie findet sich etwa in Art. 13 Abs. 2 AEMR, wird dann in Art. 12 Abs. 2 IPbürgR und auch regional-völkerrechtlich vielfach konkretisiert, in Europa durch Art. 2 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 16. September 1963⁷¹ – steht die Entscheidung über die Einreise grundsätzlich im souveränen Belieben der Nationalstaaten.⁷² Auch das korrespondiert durchaus mit der schon in der Ausgangsthese formulierten Dialektik. Der US Supreme Court hat im Jahre 1892 die völkerrechtliche Position wie folgt zusammengefasst:

„It is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe.“⁷³

68 Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), The Responsibility to Protect, 2001; UN Doc. GA/Res. 60/1 (2005 World Summit and Outcome); C. Stahn, Responsibility to Protect. Political Rhetoric or Emerging Legal Norm, AJIL 101 (2007), S. 99 ff.; A. v. Arnould, Souveränität und die responsibility to protect, Die Friedenswarte 84 (2009), S. 11 ff.

69 Siehe wiederum Nachweise bei N. Krisch, in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, Bd. II, 3. Aufl. 2012, Art. 39, Rn. 23 ff.

70 E. Eichenhofer, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, S. 135 ff.; Ch. Tomuschat, Der fremdenrechtliche Mindeststandard im Völkerrecht, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, 2009, § 178, Rn. 51 (Ausreisefreiheit als Kernelement des völkerrechtlichen Fremdenrechts).

71 „Jeder Person steht es frei, jedes Land, einschließlich des eigenen, zu verlassen.“

72 Ch. Tomuschat, Der fremdenrechtliche Mindeststandard im Völkerrecht, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, 2009, § 178, Rn. 51: „Es liegt auf der Hand, dass ein allgemeines Einreiserecht die Grundfesten der Staatlichkeit durch Auflösung des genossenschaftlichen Verbandes der Staatsbürger erschüttern würde.“ Ferner K. Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 146.

73 U.S. Supreme Court, Nishimura Ekiu v. United States et al., 142 U.S. 651, 142.; siehe auch EGMR vom 28.05.1985, Beschwerden Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 – Abdulaziz, Cabales and Balkandali, Rn. 67; dazu P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters, European Migration Law, 2014, S. 15. Aus der

Auch unter der Ägide der Vereinten Nationen und ungeachtet allen Funktionswandels souveräner Staatlichkeit bleibt diese Ausgangslage beachtlich. Selbst dort, wo ein Asylrecht rudimentären Eingang in völkerrechtliche Texte gefunden hat, lässt es sich durch ein souveränitätszentriertes Narrativ unterlegen: Das Recht eines Staates, Asyl zu gewähren, folge schlicht seiner Souveränität.⁷⁴ Nicht einmal der Wortlaut von Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahre 1948 kann zur eindeutigen Begründung eines Anspruchs auf Asyl herangezogen werden. Ein Blick auf die Materialien legt das nahe, jedenfalls hat es Versuche einer entsprechenden Deutung von Abs. 1 gegeben. Wenn es heißt: „Jeder hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen“, folge daraus nicht weniger, aber auch nicht mehr als das Recht jeden Staates, Zuflucht zu garantieren und sich dem Auslieferungsersuchen eines anderen Staates zu widersetzen.⁷⁵ Für eine dergestalt souveränitätsfreundliche Lesart könnte sogar noch ein weiteres entwicklungsgeschichtliches Detail sprechen: Verbrieft wurde lediglich ein „right to enjoy“, nicht aber, wie auch vorgeschlagen, ein weitergehendes „right to be granted asylum“.⁷⁶

Erst im Laufe der Jahre kam es zu einer schrittweisen Ausweitung durch nachfolgende Staatenpraxis. Dazu hat auch das Genfer Flüchtlingsrecht maßgeblich beigetragen.⁷⁷ Schon ihre Präambel identifiziert die Flüchtlingskonvention aus dem Jahre 1951 als Menschenrechtsvertrag,⁷⁸ der durch das Zusatzprotokoll von 1967 in seinem Schutzzumfang maßgebliche Erweiterung erfahren hat und ungeachtet der restriktiven Handhabung des Flüchtlingsbegriffs in Art. 1⁷⁹ sowie mancher Schutzlücken zur „Magna Charta“ universellen Flüchtlingsrechts wurde.⁸⁰ Asylrechtliches Kernstück ist das Refoulement-Verbot aus Art. 33.⁸¹ Es findet in universellen und regionalen Menschenrechtsverträgen ergänzende Absicherung.⁸² Heute wird dem Refoulement-Verbot überwiegend ein immanenter Asylanspruch dahingehend entnommen, dass vom

aktuellen deutschen Debatte *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, Gutachten im Auftrag des Freistaates Bayern vom 08. Januar 2016, http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf (abgerufen am 16. April 2017).

74 *R. Boed*, The State of the Right of Asylum in International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 51 (1994), S. 1 ff., 3 ff.

75 *H. Lauterpacht*, The Universal Declaration of Human Rights, *British Yearbook of International Law* 1 (1948), S. 354 ff., 373.

76 Nachweise zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte bei *R. Boed*, The State of the Right of Asylum in International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 51 (1994), S. 1 ff., 10; *Ch. Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: M. Burgi/Ch. Walter (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017, S. 7 ff., 7.

77 Für die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte *C. Skran*, Historical Development of International Refugee Law, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, 2011, S. 3 ff.; *T. Einarsen*, Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, in: ebd., S. 37 ff.

78 *J. C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, 2005, S. 53.

79 *Ch. Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: M. Burgi/Ch. Walter (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017, S. 7 ff., 11 f. m. w. N.

80 *J. M. Read*, *Magna Charta for Refugees*, 1953.

81 *Ch. Walter*, Zwischen individuellem Menschenrechtsschutz und legitimer Migrationssteuerung: Der völkerrechtliche Rahmen der Flüchtlingspolitik, in: M. Burgi/Ch. Walter (Hrsg.), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht*, 2017, S. 7 ff., 16 ff.

82 Ein Refoulement-Verbot folgt z.B. aus Art. 7 IPbÜgR, Art. 3 Antifolterkonvention oder Art. 3 EMRK, wenn bei Abschiebung ein Verstoß gegen das Verbot der Folter oder der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung droht.

Normzweck her nicht nur die Rückführung in ein Verfolgerland, sondern bereits die Abweisung des Schutzsuchenden an den Staatsgrenzen verboten sei.⁸³ Ein expliziter formuliertes Asylrecht sucht man indes in den universellen Pakten vergebens. Weder der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte noch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr) haben eine Parallelnorm zu Art. 14 AEMR verbürgt.

Schutzverstärkende Wirkung kann allerdings das Zusammenspiel zwischen dem Refoulement-Verbot der Genfer Konvention und anderen völkervertragsrechtlichen Normierungen entfalten: der Non-Refoulement-Regelung aus Art. 3 Abs. 1 der Anti-Folterkonvention, besonderen Rechten der Kinderschutzkonvention (siehe Art. 9 und 10), antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen etc. Menschenrechtliche Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben oder körperliche Unversehrtheit lassen schon aufgrund ihrer außerordentlich limitierten extraterritorialen Geltung⁸⁴ schwerlich die Konturen eines irgend gearteten Asylanspruchs erkennen. Hat der Flüchtling den territorialen Geltungsbereich erreicht, wirken aber auch sie schutzverstärkend zum Non-Refoulement. Das regionale Völkerrecht geht teilweise signifikant weiter⁸⁵ und hält vielfache ergänzende respektive subsidiäre Schutzmechanismen bereit: z.B. den Schutz vor Ausweisung und Abschiebung (etwa aus Art. 3 EMRK, ergänzt durch Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls – Verbot von Massenausweisungen) oder Aufenthaltsrechte (etwa Art. 8 EMRK).

Echte Freizügigkeitsregime, die zur Ausreisefreiheit eine komplementäre Einreisefreiheit denken, können sich indes nur dort entwickeln, wo auf völkervertragsrechtlicher Grundlage staatenübergreifende Integrationsprozesse stattfinden. Als Musterbeispiel gilt die Europäische Union mit ihrer avancierten Unionsbürgerfreizügigkeit.⁸⁶ All das spricht dafür, den universellen Herausforderungen verstärkt mit regionalen bis hin zu bilateralen Lösungen zu begegnen. Auch angesichts globaler Gefährdungslagen ist es oft effektiver, auf die engmaschigeren, regional-völkerrechtlich institutionalisierten Nähebeziehungen der relevanten Akteure zurückzugreifen. Think global, act and react local!

83 G. S. Goodwin-Gill/J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007, S. 306 ff.; K. Hailbronner/D. Thym, *Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration*, JZ 2016, S. 753 ff., 754.

84 Eine relativ weitgehende extraterritoriale Verantwortlichkeit nimmt der EGMR an: EGMR vom 29. März 2010, Beschwerde Nr. 3394/04 – *Medvedjev/Frankreich*; EGMR vom 07. Juli 2011, Beschwerde Nr. 55721/07 – *Al-Skeini/Großbritannien*; EGMR vom 23. Dezember 2012, Beschwerde Nr. 27765/09 – *Hirsi/Italien*; siehe auch EGMR vom 01. September 2015, Beschwerde Nr. 16483/12 – *Khlaifia/Italien*; mit spezifischem Blick auf die Seegrenzen A. Fischer-Lescano/T. Loehr/T. Tohodipur, *Border Controls at Sea: Requirements under international human rights and refugee law*, *International Journal of Refugee Law* 21 (2009), S. 256 ff.

85 Für den europäischen Rechtsraum A. Klug, *Regional Developments: Europe*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, 2011, S. 117 ff.; für Asien S. Blay, *Regional Developments: Asia*, in: ebd., S. 145 ff.; für Afrika (insbes. die „Refugee Convention“ der OAU aus dem Jahre 1969) J. van Garderen/J. Ebenstein, *Regional Developments: Africa*, in: ebd., S. 185 ff.; für die Amerikas (insbes. die „Cartagena Declaration“ aus dem Jahre 1984) F. Piovesan/L. L. Jubilat, *Regional Developments: Americas*, in: ebd., S. 205 ff.

86 Siehe etwa Art. 20, 21 und 45 AEUV, Art. 45 Grundrechtecharta.

IV. Die Konsequenzen – Optionen völkerrechtlicher Migrationssteuerung auf menschenrechtlicher Grundlage

1. Steuerung im Vorfeld von Migrationsbewegungen

Globalen Herausforderungen mit Antworten vor Ort zu begegnen, könnte deshalb zu einem Leitmotiv menschenrechtlicher Migrationssteuerung werden. Von den menschenrechtlichen Freiheiten her gedachte Steuerungsnotwendigkeiten bestehen schon im Vorfeld von Migrationsbewegungen. Steuerung hat hier, um an die Idee einer „Responsibility to Prevent“ anzuknüpfen, eine präventive Seite im engeren Sinne, soweit es gilt, unerwünschtem Migrationsdruck entgegenzuwirken. Und sie hat eine präventive Seite im weiteren Sinne, soweit es gilt, vorausschauend die (infrastrukturellen) Hindernisse für gewünschten Freiheitsgebrauch abzubauen. Eine prekäre wirtschaftliche Situation sowie fehlende Zukunftsoptionen für junge Menschen gehören zu den bekannten push-Faktoren ökonomisch motivierter Migration.⁸⁷ (Vermeidbare) Umweltkatastrophen schaffen Umweltvertriebene.⁸⁸ In Bürgerkriegen, bewaffneten Konflikten und vergleichbaren Szenarien werden Fluchtursachen primär durch schwerste Menschenrechtsverletzungen im Herkunftsland gesetzt. Präventive Wirkung entfalten könnte die völkerstrafrechtliche Pönalisierung nicht nur der Vertreibung, sondern bereits der Fluchtverursachung.⁸⁹ Ob letztere als völkerrechtliches Delikt qualifiziert und eine Form völkerrechtlicher Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates begründet, ist noch eine ganz andere Frage.⁹⁰

Tief verwurzelte Konflikte gleich ob ethischer, religiöser, politischer oder kultureller Art, lassen sich indes allein durch rechtliche Steuerung nicht abbauen. Dazu ist ein politischer Prozess notwendig, den das Recht aber wenigstens ein Stück weit normativ abstützen und begleiten kann. Zu denken ist nicht nur an die gängigen „good governance“-Instrumente, sondern sehr viel spezifischer an den Schutz vor erzwungener Ausreise,⁹¹ an ein mitunter diskutiertes, wohl noch allzu vages Recht auf Heimat,⁹² sehr viel greifbarer an den konsequenten Einsatz völkerstrafrechtlicher Instrumente in Reaktion auf „gross violations of human rights“. Es geht ferner um die Stärkung der verantwortlichen institutionellen Akteure wie das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlingsfragen.⁹³ Auch das internationale Umweltrecht und die Entwicklungspolitik gehören in diesen Reigen von Präventionsperspektiven. So heißt es in der Europäischen Migrationsagenda: „EU’s legal migration policy should also support the development of countries of origin“.⁹⁴ Die menschenrechtlich gestützte

87 E. Lee, A Theory of Migration, in: J. A. Jackson (Hrsg.), Migration, 1969, S. 282 ff.

88 R. Cohen/M. Bradley, Disasters and Displacement: Gaps in Protection, Journal of International Humanitarian Legal Studies I (2010), S. 1 ff.; D. Farber, International Law and the Disaster Cycle, in: D. Caron/M. Kelly/A. Telesetsky (Hrsg.), The International Law of Disaster Relief, 2014, S. 8 ff.

89 M. Fuchs, Fluchtverursachung und das Völkerrecht, DÖV 2015, S. 1031 ff., 1037.

90 K. Ziegler, Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates für die Verursachung von Fluchtbewegungen, 2002.

91 M. Fuchs, Fluchtverursachung und das Völkerrecht, DÖV 2015, S. 1031 ff., 1032 f.

92 B. Schlink, Heimat als Utopie, 2000 (8. Aufl. 2014), S. 39 ff.; M. Fuchs, Fluchtverursachung und das Völkerrecht, DÖV 2015, S. 1031 ff., 1033.

93 R. Cohen/M. Bradley, Disasters and Displacement: Gaps in Protection, Journal of International Humanitarian Legal Studies I (2010), S. 16 ff.

94 KOM (2015) 240 final.

Steuerung von Migrationsbewegungen ist, wie vorgenannte Beispiele zeigen, eine seine unterschiedlichsten Teilgebiete durchziehende *Querschnittsaufgabe* des *Kooperationsvölkerrechts*.

2. Steuerung von Migrationsbewegungen

Findet Migration einmal statt, verlangt sie nach reaktiver Steuerung, greift eine „Responsibility to React“. Die vorhandenen völkerrechtlichen Reaktionsinstrumente bleiben allerdings defizitär. Vor allem die Genfer Flüchtlingskonvention geht ein Stück weit an der Wirklichkeit vorbei.⁹⁵ Sie sieht den vorübergehenden Aufenthalt der Schutzsuchenden als Normalfall an, während angesichts der aktuellen Gefährdungslagen der Daueraufenthalt – das Resettlement – in der heutigen Realität eine weit größere Rolle spielt. Das bringt nicht nur Herausforderungen für die Aufnahmegesellschaften mit sich, die sich in ihrer Integrationsfähigkeit überfordert und in ihrem selbstbestimmten Entscheiden-Können über dauerhafte Zugehörigkeit gefährdet wähnen. Auch die Herkunftsländer können durch Abwanderung und den damit verbundenen „brain drain“ in prekäre Schieflagen geraten, gar ihre „capacity to rebuild“ nach Konfliktbeendigung verlieren. Ebenso wenig trägt das Genfer Recht Massenfluchtbewegungen hinreichend Rechnung. Die Resolution der UN-Generalversammlung von 1967 sucht schlicht den Lösungsweg über einen Ausnahmetatbestand für die Massenflucht (Art. 3):

„1. No person referred to in article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution. 2. Exception may be made to the foregoing principle only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons.“⁹⁶

Ein solcher Ansatz greift schon deshalb zu kurz, weil in Massenfluchtsszenarien aufgrund der besonders prekären menschenrechtlichen Lage ein besonders nachdrücklicher Schutzanspruch besteht – ein Anspruch aber, dem ein einzelner Staat schlicht nicht gewachsen sein kann.

Ein weiterer Steuerungsmangel des Genfer Abkommens ist der restriktiv gefasste Flüchtlingsbegriff des Art. 1 GFK, der zentrale Fluchtursachen der Gegenwart vom Bürgerkrieg bis zur Umweltkatastrophe ausblendet. Wohl noch schwerwiegender aber wirkt ein anderer konzeptioneller Fehler: die Anknüpfung der Schutzregelungen an eine erfolgreiche Flucht.⁹⁷ Das Refoulement-Verbot aus Art. 33 GFK greift erst – die eben zitierte Resolution bestätigt das –, wenn die/der Schutzsuchende sich ungeachtet einer legalen oder illegalen Einreise bereits im Land befindet⁹⁸ oder wenigstens die

95 P. Hilpold, Die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 – Reformbedarf angesichts der Flüchtlingskrise, *migraLex* 14 (2016), S. 2 ff.; *ders.*, Quotas as an Instrument of Burden-Sharing in International Refugee Law – The Many Facets of an Instrument Still in the Making, *ICON* 15 (2017), i. E.

96 UN General Assembly, Declaration on Territorial Asylum, Res. 2312 (XXII) vom 14. Dezember 1967. Erwähnt sei in diesem Kontext auch die sog. Massenzustromsrichtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über „Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten“.

97 A. Nussberger, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen, *NVwZ* 2016, S. 815 ff., 818.

98 J. Masing, in: H. Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Art. 16a, Rn. 17 m. w. N.

Grenze erreicht hat.⁹⁹ Menschenrechtlicher Freiheitsgebrauch wird dadurch nicht nur mit der Zumutung der Illegalität behaftet, es ist auch ein prekärer Anreiz gesetzt, der die Schutzsuchenden auf gefährliche Fluchtrouten und in die Hände von Schlepperbanden treibt. Das humanitäre Visum, jüngst von Generalanwalt *P. Mengozzi* in einer spezifischen grundrechtlichen Schutzkonstellation gefordert¹⁰⁰ und vom EuGH gleichwohl zurückgewiesen, bietet schon aus Gründen der Machbarkeit – man denke nur an den potentiellen Ansturm auf diplomatische oder konsularische Vertretungen im Verursacherstaat – keine probate Lösungsalternative.

Die identifizierten Defizite ausgleichen kann allein die bereits oben menschenrechtlich begründete zwischenstaatliche Kooperationspflicht.¹⁰¹ Kooperation aber lässt sich nicht erzwingen. Notwendig wird vielmehr ein kreativer Mix der unterschiedlichsten, bereits anderweitig erprobten völkerrechtlichen Instrumente. Zu denken wäre etwa an staatliche Selbstverpflichtungen.¹⁰² Gerade für den Menschenrechtler besonders provokativ wirkt die Idee, ein System zu etablieren, das nach dem Vorbild des Emissionshandels bei Unterschreiten bestimmter vorgesehener Flüchtlingskontingente durch finanzielle Kompensationsleistungen „flexible Solidarität“ ermöglicht.¹⁰³ Wer Kontierung nicht mit menschenrechtswidrigen starren Höchstzahlen verwechselt, mag dem immerhin einen pragmatischen Reiz abgewinnen. Weil ein multilaterales Vertragsregime mit quasi-universellem Anspruch weltpolitisch derzeit – und wohl auch in Zukunft – kaum eine Realisierungschance hat, ist schließlich an eine Bilateralisierung von Übereinkommen zur Aufnahme von Flüchtlingen und an bilaterale Migrationsregime insgesamt zu denken¹⁰⁴ – abgesichert durch prozedurale Instrumente, mit deren Hilfe sich Migrantinnen und Migranten rechtlich Gehör verschaffen können.¹⁰⁵

3. Migrationsbewegungen nachgelagerte Steuerungsanliegen: Migrationsfolgenrecht

Auf die Migrationsbewegungen nachgelagerten Steuerungsanliegen, also das ebenfalls menschenrechtlich determinierte Migrationsfolgenrecht, noch einen Seitenblick: Die „Responsibility to Rebuild“, wie sie klassisch verstanden wird, eröffnet dabei allerdings nur ein eingeschränktes Sichtfeld. Gewiss geht es bei der Migrationsfolgenbewältigung, so sie Fluchtbewegungen betrifft, auch um die Wiederherstellung der politischen Gemeinschaft im Herkunftsland, um Infrastrukturbildung, die Rückkehr ermöglicht. Zentrales Anliegen des Migrationsfolgenrechts ist aber die Integration der mehr oder weniger dauerhaft Bleibewilligen in die politische Gemeinschaft des Aufnahmestaates.

99 *Kälin/Caroni/Heim*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 protocol*, 2011, Art. 33, Rn. 1.

100 Opinion of Advocate General M. PAOLO MENGOCZI delivered on 7 February 2017, Case C-638/16 PPU, Rn. 42-70.

101 Der Solidaritätsaspekt kommt hinzu, siehe *P. Hilpold*, *Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, EuR 51 (2016), S. 373 ff.

102 *A. Nussberger*, *Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen*, NVwZ 2016, S. 815 ff., 818.

103 *R. Drachenberg*, *Outcome of the informal meeting of 27 Heads of State or Government on 16 September 2016 in Bratislava*, <https://epthinktank.eu/2016/10/03/outcome-of-the-informal-meeting-of-27-heads-of-state-or-government-on-16-september-2016-in-bratislava/> (abgerufen am 4. Dezember 2017).

104 Zur privilegierten Stellung von Angehörigen bestimmter Staaten aufgrund von bilateralen/multilateralen Abkommen *K. Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 4. Aufl. 2017, Rn. 53.

105 Siehe *J. Butler*, *Giving an Account of Oneself*, 2005.

Die „Responsibility to Rebuild“ wandelt sich hier in eine konstruktive – „to build“¹⁰⁶ – Integrationsverantwortung in souveräner Eigenverantwortung des jeweils betroffenen Nationalstaates, aber vom Menschenrechte-Völkerrecht her imprägniert. Stichworte müssen genügen: Es gilt, das Aufenthalts- und Bleiberecht menschenrechtskonform auszugestalten, den Zugang zum Arbeitsmarkt oder Fragen des Familiennachzugs ebenso menschenrechtskonform zu regeln. Begrenzter diplomatischer Schutz für Nicht-Staatsangehörige ist sicherzustellen.¹⁰⁷ Die übergreifende Steuerungsperspektive bei alledem ist ein differenzierter Status von Zugehörigkeit.

4. Die übergreifende menschenrechtliche Steuerungsperspektive: Ein differenzierter Status der Zugehörigkeit

Diese Statusthese sei abschließend noch einmal konkret ausbuchstabiert. Wer am Leben einer politischen Gemeinschaft wie teilhaben darf, liegt grundsätzlich in der selbstbestimmten Entscheidungsmacht der jeweiligen Gemeinschaft. Wollte das Völkerrecht dies negieren, würde es zugleich eines seiner Grundfeste aufgeben: das Selbstbestimmungsrecht mit seiner bisweilen schmerzlichen, aber so gewollten Inklusions- und Exklusionslogik. Und doch ist die Statusbestimmung durch die Menschenrechte in gewissem Ausmaß vorgeprägt, was notwendige Spannungen zwischen menschenrechtlicher Inklusion und selbstbestimmter Exklusion bedingt. Das Menschenrechte-Völkerrecht denkt dabei von den Gefährdungslagen für das Individuum her. Je grundsätzlicher die/der Einzelne in seiner Existenz bedroht ist, umso größer wird ihr/sein Zugehörigkeitsanspruch zu einer politischen Gemeinschaft, die ihr/sein menschenwürdiges Überleben sichern kann – und sei es gegen deren selbstbestimmten Exklusionswillen.

Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁰⁸ fasst mit seiner restriktiven Definition der Flüchtlingseigenschaft das Minimum an Zugehören-Dürfen besonders restriktiv. Der Status ist gebunden an die begründete Furcht vor individueller Verfolgung wegen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der politischen Überzeugung oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.¹⁰⁹ Kriegsflüchtlinge sind nicht automatisch umfasst.¹¹⁰ Das Modell des europäischen Flüchtlingsrechts geht weiter. Sind die Voraussetzungen einer so spezifizierten individuellen Verfolgung nicht gegeben, sondern die Betroffenen im Rahmen eines Krieges oder Bürgerkrieges einer ernsthaften, wiederum individuellen Bedrohung des Lebens oder der körperlichen Unver-

106 Zu dieser Idee auch *U. Werther-Pietsch*, *The Impact of SDGs on International Law. A Nucleus of A Right to Peace*, noch unveröffentlichte Manuskriptfassung; siehe weiterhin *dies.*, *Staat und/oder Gesellschaft – Statebuilding III: Die Bedeutung von Selbstbestimmung im Staatsaufbau*, http://ie-workingpaper.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/proj_int_entwicklung/IE-Working-Papers/IE-WP-6-2015_Werther-Pietsch.pdf (abgerufen am 03. Juli 2017).

107 *A. Vermeer-Künzli*, *The protection of individuals by means of diplomatic protection: diplomatic protection as a human rights instrument*, Diss. Leiden, 2007.

108 *G. S. Goodwin-Gill/J. McAdam*, *The Refugee in International Law*, 2007; *J. C. Hathaway/M. Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2014.

109 *S. Fontana*, *Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext*, NVwZ 2016, S. 735 ff., 736; *H. Döring/Ch. Lagenfeld*, *Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa*, NJW 2016, S. 1 ff., 2.

110 *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, *European Migration Law*, 2014, S. 307 f.

schrtheit ausgesetzt, so greift der Status als subsidiär Schutzberechtigte.¹¹¹ Krieg kann mitunter noch sehr viel existenzbedrohender sein als individuelle Verfolgung. Noch weitergehende Zugehörigkeitsansprüche mögen sich in Konsequenz einer kolonialen Vergangenheit begründen lassen. Die Idee einer mindestzugehörigkeitsbegründenden sozialen Verantwortung allein aufgrund globaler Marktteilnahme greift sicher schon ins Utopische aus.¹¹² Regionale Verantwortungsgemeinschaften wie die EU haben es demgegenüber in der Hand, Modelle ganz eigenständiger Zugehörigengemeinschaften zu entwickeln und dabei die Emanzipation vom bloßen Marktbürger¹¹³ zum echten *citoyen* voranzutreiben.¹¹⁴ Ein diffuses Weltbürgertum ist sicher nicht die zugehörigkeitsstiftende Antwort auf die völkerrechtlichen Herausforderungen durch Migrationsbewegungen. Das Denken in Zugehörigkeitskategorien aber bleibt ebenso unverzichtbar wie das Migrationsvölkerrecht selbst in Bewegung.

V. Schlussbemerkung: Migrationsvölkerrecht in Bewegung

Die Versuchung, Steuerungsdefizite im Migrationsvölkerrecht durch Forderungen nach neuen institutionellen Arrangements einzufangen, mag groß sein. So wünschenswert eine Reform der völkerrechtlichen Instrumente, eine neue internationale Organisation für Migrations- und Flüchtlingsfragen, die Verbürgung eines ausdrücklichen Asylrechts in den Menschenrechtsverträgen, die Aufnahme von Umweltvertriebenen in die Genfer Konvention oder adäquate normative Antworten auf Massenfluchtphänomene auch wären, sei vor übermäßigem Reformeifer gewarnt. Nicht jedes Gebot der Humanität lässt sich normativ fassen.¹¹⁵ Wer an die Souveränitätsrenaissance unserer Tage,¹¹⁶ an *D. Trumps* USA, den Brexit, Polen oder Ungarn, die restriktiven Migrationsregime in Japan oder Australien denkt, erkennt unschwer, dass die Weltstunde für den großen migrationsvölkerrechtlichen Wurf noch längst nicht gekommen ist. Realpolitik und

111 Weitere Nachweise etwa bei *S. Fontana*, Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, NVwZ 2016, S. 735 ff., 736; *D. Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren. Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz, NVwZ 2015, S. 1625 ff., 1632.

112 *I. M. Young*, Verantwortung und globale Gerechtigkeit. Ein Modell sozialer Verbundenheit, in: Ch. Broszies/H. Hahn (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus, 2010, S. 329 ff.

113 *E. Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; *A. Randelzhofer*, Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft, in: Gedächtnisschrift für E. Grabitz, 1995, S. 580 ff.; *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 ff., 142 spricht von einem „funktionalistisch reduzierten Personenkonzept“; weiterhin *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, European Migration Law, 2014, S. 30 ff. („Free Movement of the Market Citizen“).

114 *R. Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968; *R. Dahrendorf*, Citizenship and Beyond: The Social Dynamics of an Idea (1974), in: B. S. Turner/P. Hamilton (Hrsg.), Citizenship. Critical Concepts, vol. II, 1994, S. 292 ff.; *U. K. Preuß*, Der EU-Staatsbürger – Bourgeois oder Citoyen, in: G. Winter (Hrsg.), Das Öffentliche Heute, 2002, S. 179 ff.; *P. Boeles/M. Den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, European Migration Law, 2014, S. 49 ff. („Free Movement of EU Citizens and Their Families“).

115 Siehe zum Problemfeld *J. Snyder*, Realism, Refugees, and Strategies of Humanitarianism, in: *A. Betts*, International Cooperation in the Refugee Regime, in: *ders./G. Loescher* (Hrsg.), Refugees in International Relations, 2010, S. 30 ff.

116 *W. Benedek*, Grundlagen und Rahmenbedingungen der Steuerungskraft des Völkerrechts, ZaöRV 76 (2016), S. 345 ff., 345, spricht von „Resouveränisierung“.

Geopolitik dominieren und wir spüren den langen Atem des 19. Jahrhunderts.¹¹⁷ Erfolgversprechender als ein unsicherer Blick in die Reformbüchse der Pandora scheint ein konsequentes „piecemeal engineering“ (*K. Popper*) auf Grundlage des menschenrechtlichen Ist-Bestandes. Dabei an den Status der Zugehörigkeit zur Menschheitsfamilie anzuknüpfen und die „Freiheit von Furcht“ als neues, in die gesamthänderische Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft gestelltes „global common“ zu denken, ist schon ein hinreichend großes Quantum an positiver Utopie.¹¹⁸ Die aber sei, verbunden mit der notwendigen Portion Skepsis, als Schlussakkord gewagt. Auch wenn Migrationsbewegungen vieles in Bewegung gebracht und damit Verunsicherung gestiftet haben, besteht zu völkerrechtspessimistischer Zaghaftigkeit kein Anlass. Denn zum Glück ist das Völkerrecht selbst seit jeher ein ziemlich bewegliches System.¹¹⁹

117 Siehe *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 51 ff.

118 Zu „Utopien als Literaturgattungen des Verfassungsstaates“ schließlich der gleichnamige Beitrag von *P. Häberle*, in: *GS Martens*, 1987, S. 73 ff.

119 Die Bezugnahme auf *W. Wilburgs* Lehre von den beweglichen Systemen ist rein sprachliche Anspielung, aus der Lit: *L. Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme: Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der „beweglichen Systeme“ (*Wilburg*), 1997.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.), Hamburg

A. Einleitung: Menschen in Bewegung – die Konfliktpotentiale von Migrationsphänomenen

1. Konflikte entstehen immer dann, wenn aus Wanderungsbewegungen Begegnungen und aus Begegnungen Konfrontationen werden. Migrationsrecht wird daher oft als *Konfliktrecht* gedeutet und zum *Migrationsabwehrrecht* verengt.
2. Wanderungsbewegungen sind, weltgeschichtlich betrachtet, zwar ein Kontinuum menschlicher Sozialisation, aber in hohem Maße von sich wandelnden gesellschaftlichen, politischen, ökonomischen, kurz *wirklichkeitsweltlichen* Rahmenbedingungen abhängig. Zeitbedingt und kontextgeprägt geraten mit ihnen auch Grundannahmen politischer Gemeinschaftsbildung in Bewegung.
3. Zur Einordnung von Wanderungsbewegungen helfen kategoriale Unterscheidungen von Migrationstypen („forced migration“, Arbeitsmigration, „lifestyle migration“ etc.) nur bedingt weiter, da monokausale Migrationsmotive die Ausnahme bilden.
4. Konfrontiert mit Wanderungsbewegungen strebt der *Menschenrechtsuniversalismus* hin zu einem *Weltbürgertum* und öffnet den Nationalstaat; das *Selbstbestimmungsrecht der Völker*, in die demokratische *Volkssouveränität* übersetzbar und ebenfalls menschenrechtlich unterfüttert, erlaubt demgegenüber Exklusion und Inklusion zu ganz eigenen, sich bewusst abgrenzenden politischen Gemeinschaften.

B. Die Ausgangsfrage: Menschenrechtsgarantien als Steuerungsressource für Migrationsbewegungen

5. Zum Steuerungsansatz:
 - a) Während die *Steuerungsbedürftigkeit* von Migrationsbewegungen evident ist, impliziert die Wendung von der menschenrechtlichen Steuerungsressource aber auch *Steuerbarkeit* und setzt damit Handlungsoptionen des Völkerrechts voraus.
 - b) Menschenrechte *aktivieren völkerrechtliche Handlungsoptionen*, weil sie die verantwortlichen Akteure diesseits wie jenseits des Staates auf gestalterisches Aktiv-Werden verpflichten.
 - c) Der dem Migrationsmanagement zugrunde liegende *Steuerungs begriff* hat dabei zwei Komponenten: Er zielt reaktiv auf die Konturierung einer Rahmenordnung ab, um gesellschaftliche Veränderungsprozesse verarbeiten zu können, und er will proaktiv Einfluss auf die Herbeiführung gesellschaftlicher Veränderungen nehmen.
 - d) Insgesamt gilt es, die *Herrschaft des Rechts* in Migrationsfragen umfassend zu sichern und keine voreiligen Wege für die Flucht in den Ausnahmezustand jenseits des Rechts zu eröffnen.
 - e) Völkerrechtliches Migrationsmanagement bindet horizontal staatliche wie nicht-staatliche Akteure ein und bedient sich vertikal aller für den *Mehrebenenverbund* typischen Wirkmechanismen bis hin zur Bildung „internationaler Maßstabnormen“ (*Ch. Calliess*), die der nationalen Rechtssetzung bzw. Rechtsdurchsetzung mit normativ verbindlichem Anspruch Orientierung geben.

- f) Direkte Klage- und Beschwerdemöglichkeiten des Individuums unter den verschiedensten Menschenrechtsinstrumenten tun ein Übriges, um völkerrechtliche Steuerungsmechanismen zu aktivieren.
6. Zur Konkretisierung des menschenrechtlichen Ansatzes bei der Suche nach Steuerungsressourcen:
- a) *Souveränität* und *menschenrechtliche Freiheit* sind normativ geprägte Ausgangspunkte, von denen her einem sozialen Geschehen aus dem jeweiligen Blickwinkel bestimmte Bedeutungen zugeschrieben werden: hier die selbstbestimmte, kontrollaffine territoriale Herrschaft, ohne die Freiheit in Sicherheit nicht möglich wäre; dort die selbstbestimmte, kontrollensible individuelle Freiheit, die sich nicht vollständig dem Sicherheitsbedürfnis unterordnen und an den Grenzen territorialer Herrschaft brechen darf.
 - b) Allerdings hat die Souveränität des offenen Nationalstaates längst an Ausschließlichkeitskraft verloren und ist, gerade dank universeller Menschenrechtsgarantien, durchlässiger geworden. Auf der anderen Seite können menschenrechtliche Schutzpflichten zugunsten der eigenen Staatsangehörigen ebenso wie das Selbstbestimmungsrecht gegen Nicht-Zugehörige in Stellung gebracht werden. Eine *binäre Kodierung* des Migrationsvölkerrechts verbietet sich daher.
 - c) Bei der Migrationssteuerung geht es vielmehr um eine *Balance menschenrechtlich geschützter Positionen*.
 - d) Den Menschenrechten kommt nicht zuletzt deshalb entscheidendes Gestaltungspotential zu, weil sie unterschiedliche Formen („*status*“) von Zugehörigkeit abwehr-, leistungs-, teilhaberechtlich und prozedural ausgestalten.
 - e) *Menschenrechtlich begründetes Zugehören* setzt noch vor der politischen Gemeinschaftsbildung an und begründet ein basales Überlebensrecht, das für alle Migrationsregime konstitutive Wirkung haben muss.
 - f) Mit diesem Überlebensrecht verbindet sich „ein right to have rights“, ein *Recht auf Rechte*. Diese Rechte werden umso spezifischer, je spezifischer eine politische Gemeinschaft verfasst ist.
 - g) Die zentrale *Herausforderung* von Migrationsbewegungen an das Völkerrecht ist es, den menschenrechtsbasierten Rahmen vorzugeben, innerhalb dessen politische Gemeinschaften – eher dem Prinzip der Subsidiarität als der überhöhten Idee globalen Rechts folgend – ihre Zugehörigkeitsregime selbstbestimmt ausgestalten können.

C. Der Steuerungsrahmen – zugleich ein Bestandsaufnahme zu den relevanten menschenrechtlichen Garantien

7. Bei der Verwendung des Migrationsbegriffs ist *semantische Sensibilität* geboten, da in der alltagssprachlichen Verwendung Migration als Ausnahmefall zur Normalität der Sesshaftigkeit konnotiert, „*Movement*“ eher den konstitutiven Normalfall für die der globalisierte Welt des 21. Jahrhunderts mit ihren mobilen Gesellschaften bezeichnet.
8. Migration meint die *grenzüberschreitende Bewegung von Personen* mit dem Ziel, sich in einem anderen als dem Ausgangsland zumindest temporär aufzuhalten oder auf Dauer sesshaft zu werden.
9. Alle auf die so verstandene Migration bezogenen völkerrechtlichen Regelungen lassen sich in ihrem Zusammenspiel als *Migrationsvölkerrecht* beschreiben, ohne dass

damit ein eigenständiges völkerrechtliches Teilgebiet begründet oder gar intradisziplinärer Selbststand behauptet wäre.

10. Das Migrationsvölkerrecht kennt keinen einheitlichen institutionellen Rahmen, sondern bleibt hochgradig *fragmentiert*. Es fehlen kohärente Governance-Strukturen.

11. Migrationssteuerung aber erfordert *Kooperation*; Migrationsvölkerrecht ist *Kooperationsvölkerrecht par excellence*.

12. Die Menschenrechte liefern eine *normative Ressource* zur *Kooperationssteuerung*. Die Menschenrechtsverpflichteten sind gehalten, einen Mindestbestand an solchen Infrastrukturen zu schaffen, ohne die fundamentale Menschenrechte schon in ihrer Substanz leerzuliefern; der „*status processualis*“ weitet sich in der global vernetzten Welt mit ihren transnational geöffneten Rechtsräumen zu einem „*status infrastructuralis*“.

13. Migrationsbewegungen sind zunächst durch zwei *gegenläufige Freizügigkeitsdimensionen* charakterisiert. Während Menschenrechtsverträge die *Ausreisefreiheit* explizit gewähren, steht die Entscheidung über die *Einreise* grundsätzlich im souveränen Belieben der Nationalstaaten.

14. Auch das *Asylrecht* wird mitunter auf das souveräne Recht eines Staates, Asyl zu gewähren, reduziert.

15. Dem *Refoulement-Verbot* lässt sich indes ein immanenter Asylanspruch dahingehend entnehmen, dass vom Normzweck her nicht nur die Rückführung in ein Verfolgerland, sondern bereits die Abweisung des Schutzsuchenden an den Staatsgrenzen verboten ist.

16. *Schutzverstärkende Wirkung* kann das Zusammenspiel zwischen dem Refoulement-Verbot der Genfer Konvention und anderen völkervertragsrechtlichen Normierungen entfalten. Regional-völkerrechtliche Instrumente gehen dabei oft sehr viel weiter als das universelle Völkerrecht.

17. Allgemeine *menschenrechtliche Schutzpflichten* entfalten schon aufgrund ihrer limitierten extraterritorialen Geltung primär dann (schutzverstärkende) Wirkung, wenn die Migrantin/der Migrant den Aufnahmestaat erreicht hat.

D. Die Konsequenzen – Optionen völkerrechtlicher Migrationssteuerung auf menschenrechtlicher Grundlage

18. Von den menschenrechtlichen Freiheiten her gedachte Steuerungsnotwendigkeiten bestehen schon im Vorfeld von Migrationsbewegungen. Steuerung hat hier eine im engeren Sinne präventive Seite, soweit es gilt, unerwünschtem Migrationsdruck entgegenzuwirken, und eine im weiteren Sinne präventive Seite, soweit es gilt, vorausschauend die (infrastrukturellen) Hindernisse für gewünschten Freiheitsgebrauch abzubauen („*responsibility to prevent*“).

19. Tief verwurzelte Konflikte, gleich ob ethischer, religiöser, politischer oder kultureller Art, lassen sich indes allein durch rechtliche Steuerung nicht lösen. Dazu ist ein politischer Prozess notwendig, den das Recht aber wenigstens ein Stück weit *normativ abstützen* und *institutionell unterfüttern* kann.

20. Die menschenrechtlich gestützte Steuerung von Migrationsbewegungen ist insgesamt eine die unterschiedlichsten Teilbereiche durchziehende *Querschnittsaufgabe* des *Kooperationsvölkerrechts*.

21. Findet Migration einmal statt, verlangt sie nach reaktiver Steuerung. Es greift eine „*responsibility to react*“.

22. Die vorhandenen völkerrechtlichen Reaktionsinstrumente bleiben allerdings *defizitär*. Vor allem die Genfer Flüchtlingskonvention geht ein Stück weit an der heutigen Wirklichkeit vorbei.

- a) Sie sieht den vorübergehenden Aufenthalt der Schutzsuchenden als Normalfall an, während angesichts der aktuellen Gefährdungslagen der *Daueraufenthalt* – das Resettlement – eine weit größere Rolle spielt.
- b) Ebenso wenig trägt das Genfer Recht *Massenfluchtbewegungen* hinreichend Rechnung.
- c) Hinzu kommt, dass der restriktiv gefasste Flüchtlingsbegriff des Art. 1 GFK zentrale *Fluchtursachen* der Gegenwart vom Bürgerkrieg bis zur Umweltkatastrophe ausblendet.
- d) Das Refoulement-Verbot aus Art. 33 GFK greift erst, wenn die/der Schutzsuchende sich ungeachtet einer legalen oder illegalen Einreise bereits im Land befindet oder wenigstens die Grenze erreicht hat.
- e) Die identifizierten Defizite ausgleichen kann allein die menschenrechtlich begründet *zwischenstaatliche Kooperationspflicht*.
- f) Notwendig wird dazu ein *kreativer Mix* der unterschiedlichsten völkerrechtlichen *Instrumente*: z.B. staatliche Selbstverpflichtungen, Kompensation für die Nichterfüllung von Solidarpflichten, Bilateralisierung, wo multilaterale Konstruktionen nicht greifen, prozedurale Instrumente.

23. Auch das *Migrationsfolgenrecht* (bis hin zur „*responsibility to rebuild*“) ist menschenrechtlich konturiert. Geboten ist z.B. die menschenrechtskonforme Ausgestaltung des Aufenthalts- und Bleiberechts, des Arbeitsmarktzugangs, des Familiennachzugs oder des diplomatischen Schutzes für Nicht-Staatsangehörige.

24. *Wer* am Leben einer politischen Gemeinschaft *wie teilhaben* darf, liegt grundsätzlich in deren selbstbestimmter Entscheidungsmacht. Wollte das Völkerrecht dies negieren, würde es zugleich eines seiner Grundfeste aufgeben: das Selbstbestimmungsrecht mit seiner Inklusions- und Exklusionslogik.

25. Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention fasst mit einer engen Definition der Flüchtlingseigenschaft das Minimum an Zugehören-Dürfen besonders restriktiv.

26. Das europäische Flüchtlingsrecht geht mit dem Status der subsidiär Schutzberechtigten weiter.

27. Regionale Verantwortungsgemeinschaften wie die EU entwickeln *Modelle ganz eigenständiger Zugehörigengemeinschaften*.

E. Schlussbemerkung: Migrationsvölkerrecht in Bewegung

28. So wünschenswert eine Reform der völkerrechtlichen Instrumente, eine neue internationale Organisation für Migrations- und Flüchtlingsfragen, die Verbürgung eines ausdrücklichen Asylrechts in den Menschenrechtsverträgen, die Aufnahme von Umweltflüchtlingen in die Genfer Konvention oder adäquate normative Antworten auf Massenfluchtphänomene auch wären, scheint ein konsequentes „*piecemeal engineering*“ auf Grundlage des menschenrechtlichen Ist-Bestandes erfolversprechender.

29. Dabei an den *Status der Zugehörigkeit zur Menschheitsfamilie* anzuknüpfen und die „*Freiheit von Furcht*“ als neues, in die gesamthänderische Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft gestelltes „*global common*“ zu denken, ist die wegleitende *positive Utopie*.

Summary

Migration as a Challenge for International Law
by Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.), Hamburg

A. Introduction: The Movement of Peoples – The Potential for Conflict in Migration

1. Conflicts occur when migratory movements become encounters and encounters become confrontations. Migration law is thus often understood as a law of *conflict*, restricted to the *prevention* of migration.
2. From the perspective of world history, migratory movements represent a continuum of human socialisation; at the same time, they are always tied to ever-changing social, political and economic conditions – in short the *real world* context. Rooted in their own time and context, migratory movements thus also colour fundamental assumptions about the establishment of political communities.
3. Approaches that seek to categorise migratory movements by type (forced migration, labour migration, lifestyle migration, &c.) have only limited efficacy, as monocausal migratory movements are the exception not the rule.
4. Faced with migratory movements, the *universalism of human rights* strives towards a concept of *world citizenship*, opening up the nation state. And yet, the right of nations to *self-determination* – understood also as the *democratic sovereignty of the people*, and therefore equally based in human rights – allows for the formation of consciously distinct political communities on the basis of exclusion and inclusion.

B. Point of Departure: Human Rights Guaranties as a Means of Managing Migratory Movements

5. On the management of migratory movements:
 - a) The *need* for managing migratory movements is evident. In this regard, the idea of human rights guaranties as such a means of management implies that migratory movements *can* be managed and thereby presupposes the availability of certain courses of action in international law.
 - b) Human rights *open courses of action* in international law, as they oblige the responsible actors both within and beyond the State to take creative action.
 - c) This idea of migration management has at its heart two components: the reactive aim of defining a framework within which processes of social change can be processed; and the proactive aim of bringing about social change.
 - d) Overall, the aim is to secure comprehensively the *rule of law* in questions of migration, without opening avenues for an overhasty retreat into those exceptional situations that lie beyond the law.
 - e) The management of migration in international law involves the horizontal integration of state and non-state actors alike, whilst making use of all vertical mechanisms typical of *multi-level governance*, including the establishment of “international benchmark norms” (*Ch. Calliess*) as a normatively binding guide for regulation and enforcement at the national level.

- f) The individual's right to claim directly under various human rights instruments further contributes to the activation of international law mechanisms for managing migration.
6. Substantiating the human rights approach as a means of managing migration:
- a) *Sovereignty* and *human rights freedoms* represent the normative points of departure. Each serve to accord meaning to social events, yet the outcome differs depending on which route is taken. On the one hand self-determined territorial sovereignty, without which the enjoyment of freedom in security would not be possible; and on the other, self-determined individual freedom, so susceptible to control, which must not be completely subordinated to the need for security and thereby crumble at the borders of territorial sovereignty.
 - b) The sovereignty of nation states has long lost its claim to being absolute and grown increasingly permeable, in particular through universal human rights guarantees. Nevertheless, a State's human rights obligations towards its own nationals can be brought to bear against non-nationals just as well as the right to self-determination. A *binary codification* of international migration law must therefore be avoided.
 - c) The management of migration is rather concerned with *balancing competing human rights*.
 - d) The creative potential of human rights derives not least from the fact that they furnish and develop various forms of belonging, both legally and procedurally – defensive rights of protection against the State, as well as positive rights of participation.
 - e) *Belonging on a human level* starts before the political establishment of communities and forms the basis for a basic right to survival that must have constitutive effect for all migration regimes.
 - f) This basic survival right is connected to a "right to have rights". These rights become more specific, the more specifically a political community is defined.
 - g) The central *challenge* posed by migratory movements to international law is to provide a framework based on human rights within which political communities can define their own regimes of belonging independently, according to the principle of subsidiarity, rather than the grandiose idea of global law.

C. Setting out the Framework for Managing Migration – Taking Stock of the Relevant Human Rights Guarantees

7. The use of the phrase "migration" requires *semantic sensitivity*: whilst "migration" in everyday usage implies an exception to the norm of a settled existence, "movement" rather connotes the constitutive norm for the globalised world of the 21st Century and its mobile societies.

8. Migration refers to the *movement of persons across borders* with the aim of taking up permanent, or at least temporary, residence in a country other than the country of origin.

9. All the rules of international law that are applied to migration as understood in this sense can be described in their interplay as *international migration law*, without this establishing an independent field of public international law, or indeed laying claim to an independent intradisciplinary status.

10. International migration law has no unified institutional framework, remaining instead highly *fragmented*. It lacks coherent governance structures.
11. And yet, the management of migration requires *cooperation* – international migration law is the international law of cooperation *par excellence*.
12. Human rights provide a *normative means* of *directing* international cooperation. Those bound by human rights are obliged to establish the minimum level of infrastructure, without which basic human rights would in their substance be empty; in the globally connected world, in which national territories are opened up to transnational jurisdictions, the *status processualis* expands to a *status infrastructuralis*.
13. To begin with, migratory movements are characterised by *two opposing dimensions* of the freedom of movement: whilst human rights instruments explicitly ensure the *freedom to leave* a country, the question of *granting entry* is generally left to the sovereign discretion of the nation state.
14. Likewise the *right to asylum* is at times reduced to the sovereign right of a State to grant asylum.
15. In light of its *ratio legis*, therefore, the principle of *non-refoulement* contains an intrinsic right to asylum to the effect that not only the return to a persecuting State, but also the rejection of the asylum-seeker at the border is prohibited.
16. The interplay between the principle of *non-refoulement* in the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Convention) and other norms of international law can work to *strengthen human rights* protection. Regional instruments of international law often go much further than universal international law.
17. On account of their limited extraterritorial application, *general human rights obligations* have a primarily protective function once the migrant has reached the receiving State.

D. Consequences – Possibilities for Migration Management on the Basis of Human Rights

18. The need for a human rights-based management of migration exists before migratory movement even occurs. In this regard management must be preventive in both a narrow sense, insofar as it aims to counteract the unwanted pressures of migration, and in a broader sense, insofar as it aims pre-emptively to dismantle infrastructural obstructions to the enjoyment of the freedom of movement (“responsibility to prevent”).
19. Deep-rooted conflicts, be they ethical, religious, political or cultural, cannot be resolved through legal management alone. This requires a political process, for which international law can at least to some extent provide a *normative frame* and an *institutional underpinning*.
20. Overall, the human rights-based management of migration is a *cross-sectional task* of international *cooperation*, cutting across a variety of fields of international law.
21. Once migration has occurred, it requires reactive management. There exists a “responsibility to react”.
22. The available instruments of international law, however, remain *inadequate*. The 1951 Convention in particular fails to meet the realities of today’s world.

- a) The 1951 Convention treats temporary residence as the rule, whilst in fact *permanent resettlement* plays a far greater role in the situation faced today.
- b) Likewise, the 1951 Convention doesn't take sufficient account of *mass migratory movements*.
- c) This is compounded by the fact that the Convention's restrictive definition of "refugee" in Article 1 ignores the *central causes* of refugee flows in today's world, from civil wars to climate catastrophes.
- d) The Convention's principle of *non-refoulement* in Article 33 only applies once the asylum-seeker is in the country (regardless of the legality of entry), or has at least reached the border.
- e) These deficits can only be remedied by an *inter-State duty to cooperate* on the basis of human rights
- f) This requires a *creative mix* of a variety of international law *instruments*, for example: self-obligations, compensation for non-fulfilment of solidarity obligations, bilateralisation where multilateral regimes don't apply, and procedural instruments.

23. The law dealing with the *consequences of migration* (including the "responsibility to rebuild") is also shaped by human rights. This entails, for example, that rights such as the right to residence and the right to remain, the rights of access to the labour market and family reunification or diplomatic protection for non-nationals are developed in line with human rights.

24. *Who* is allowed to take part *in what way* in a political community is in general a question of national self-determination. If international law sought to negate this, it would simultaneously give up one of its foundational principles: the right to self-determination, with its logic of inclusion and exclusion.

25. The narrow definition of Article 1 of the 1951 Convention defines the most basic right to belong in particularly narrow terms.

26. European refugee law goes further with the subsidiary protection it affords to asylum-seekers.

27. Regional communities of responsibility like the EU develop *independent models of communities of belonging*.

E. Concluding Remarks: International Migration Law in Flux

28. As desirable as a reform of international law instruments, a new international organisation for migration and refugee questions, the inclusion of an explicit right to asylum in human rights treaties, the taking up of climate refugees in the 1951 Convention, or adequate normative responses to mass refugee phenomena would all be – it seems at present a consistent "piecemeal engineering" on the basis of human rights promises the most success.

29. This must tie in to an *idea of belonging* that encompasses the *whole human family*, placing the "freedom from fear" in the joint protective responsibility of the international community as a *new global common* – this is the utopia that must lead the way.

Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von Migrationsbewegungen für das Privatrecht

Von Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M., Wien*

- I. Vorüberlegungen
 - 1. Zentrale Rahmenbedingungen
 - 2. Zum Asyl- und Kollisionsrecht
- II. Privatautonomie
 - 1. Allgemeine und besondere Geschäftsfähigkeit
 - 2. Sprachbarrieren
 - a) Kenntnis der deutschen Sprache
 - b) Aufklärung und informierte Zustimmung
- III. Persönlichkeitsrechte
 - 1. Ehre
 - 2. Name
- IV. Ehe und Familie als Bezugssystem
 - 1. Ehefähigkeit und Eheschließung
 - 2. Religiöse Trauung / Zivilehe
 - 3. Eheleiche Rechte und Pflichten
 - 4. Pflege und Erziehung
 - 5. Vaterschaftsanerkennnis als Konstrukt
 - 6. Scheidungsrecht in einer multikulturellen Gesellschaft
- V. Kindeswohl in der Gemengelage
 - 1. Über Tabus und *Compliance*
 - 2. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge
- VI. Erwerbstätigkeit, Konsumentenschutz und Zugang zu Dienstleistungen
 - 1. Kopftuchverbot in Unternehmen
 - 2. Zutrittsverbote
 - 3. Kündigung, Loyalitätspflichten und Art. 8 EMRK
 - 4. Arbeitsleistungen von Flüchtlingen
 - 5. Basiskonto
- VII. Eigentum und Unterbringung
 - 1. Nutzung von Leerständen zur Flüchtlingsunterbringung und Durchgriffsrechte
 - 2. Private Vermietung von Wohnungseigentum
 - 3. Errichtung von Zäunen
- VIII. Geborene und gekorene Erben
 - 1. Gewohnheitsrecht
 - 2. Testaterbrecht
 - 3. Intestaterbrecht

Thesen

Summary

* Für viele wertvolle Anregungen danke ich OAR. *Franz Neuhauser* und OAR. *Maria Neuhauser* (beide MA 11, Wien), Dr. *Michael Stormann*, Lt. StA. im BMJ, i.R., *Jan Stormann*, Bachelor Student Sciences Po/Reims, Dr. *Elisabeth Salem*, Psychotherapeutin (Wien) und Dr. *Egon Urban*, Psychotherapeut (Wien); für die Unterstützung bei der Literaturbeschaffung und kritische Durchsicht des Manuskripts danke ich meinem Team, insbesondere Mag. *Sebastian Alwin Müller*, Mag. *Katharina Zwins*, Mag. *Ute Christiana Schreiner* und Mag. *Christian Dorfmayr*, sowie nicht zuletzt der Herausgeberin und den Herausgebern dieses Bandes für ihre Mühewaltung.

I. Vorüberlegungen

1. Zentrale Rahmenbedingungen

„Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“
Art. 22 GRC – Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen¹

Zum normativen Gehalt der GRC führte der österreichische VfGH² Folgendes aus: Die GRC ist auf Grund ausdrücklicher Anordnung von Art. 6 Abs. 1 EUV Teil des EU-Primärrechtes³ und somit bei der Durchführung des Unionsrechtes unmittelbar anwendbar. Ferner führt der Äquivalenzgrundsatz dazu, dass die von der GRC garantierten Rechte vor dem VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte im Rahmen der Kontrolle des Verwaltungshandelns (Art. 144 bzw. Art. 144a B-VG⁴) geltend gemacht werden können. Im Anwendungsbereich der GRC bilden die von ihr garantierten Rechte einen Prüfungsmaßstab in den Verfahren der generellen Normenkontrolle (insbesondere nach Art. 139 und Art. 140 B-VG), sofern die betreffende Garantie in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht. Allerdings seien die Verbürgungen völlig unterschiedlich normativ strukturiert und manche nicht als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, sondern als *Grundsätze* anzusehen, was jeweils einer Einzelfallprüfung bedürfe. Die Garantie des Art. 22 GRC sei als ein solcher Grundsatz anzusehen. Überdies sei Voraussetzung, dass die mitgliedstaatlichen Organe im weiteren Sinne in Durchführung des Unionsrechtes handeln (Art. 51 Abs. 1 GRC).⁵

Der VfGH steht somit auf dem Standpunkt, dass die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen durch die Union, wie sie in Art. 22 GRC festgeschrieben ist, lediglich ein Grundsatz ist, aber keinem *qua* Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht der österreichischen Bundesverfassung gleichzuhalten ist. Dieses *obiter dictum* hat Sprengkraft. Die erfolgreiche Integration von Flüchtlingen hängt zentral mit der Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen zusammen. Denn sie ist eine Bring- und Holschuld zugleich.

Visionen von PolitikerInnen und KünstlerInnen zum Stellenwert der zu achtenden Werte könnten unterschiedlicher nicht sein. So sagte einst *Jean Monnet*: „Si c’était à refaire, je commencerais par la culture“, während *John Lennon* gesungen hat: „Imagine there’s no countries / It isn’t hard to do / Nothing to kill or die for / And no religion, too / Imagine all the people / Living life in peace...“

Soweit ersichtlich gibt es kein internationales Menschenrechtsinstrument, welches die *Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen* wie in Art. 22 GRC fest schreibt. Dem interkulturellen Dialog ist die *UNESCO-Konvention über den Schutz*

1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326/391.

2 VfGH 14.03.2012, U 466/11 ua.

3 VfGH 14.03.2012, aaO., Nr. 3 unter Verweis auf EuGH 19.01.2010, C-555/07, *Küçükdeveci*, Rz. 22 und Art. 51 GRC.

4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idF. BGBl. I Nr. 194/1999, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017.

5 VfGH 14.03.2012, aaO., Nr. 5.5. Abs. 3, 4, Nr. 6 unter Verweis auf EuGH 14.07.1994, C-351/92, *Graff*, Rz. 17; EuGH 15.05.1986, C-222/84, *Johnston*, Rz. 18 f. Auf Asylverfahren ist die GRC allgemein anwendbar, VfGH 14.03.2012, aaO., Nr. 6 unter Verweis auf EuGH 28.07.2011, C-69/10, *Brahim Samba*, Rz. 48 und 49.

und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen⁶ aus 2005 gewidmet. Die Konvention präzisiert in ihrem Art. 3 ihren Geltungsbereich: „Dieses Übereinkommen findet Anwendung auf die Politik und die Maßnahmen, die die Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem Schutz und der Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen beschließen.“ Eine Reihe von weiteren Vertragsinstrumenten, Erklärungen, Empfehlungen und anderen Referenztexten widmet sich einzelnen Aspekten, die im weitesten Sinne dem interkulturellen Dialog zugeordnet werden können.⁷ Dieser Dialog ist wichtige Voraussetzung für die Achtung und Wahrnehmung von Grund- und Menschenrechten. Auch die Gestaltung des Privatrechts kann als Teil dieses Dialogs gesehen werden.

Der *UN-Sozialpakt*⁸ widmet sich der materiellen Sicherung menschenrechtlicher Standards. Die Einhaltung seiner Vorgaben wird durch den UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte überwacht. Das 2008 verabschiedete Fakultativprotokoll zum Sozialpakt räumt ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem genannten Ausschuss ein.⁹ Art. 15 Abs. 1 lit. a des Sozialpaktes sichert die *Teilhabe am kulturellen Leben*. Das breit gefasste *Freiheitsrecht* umfasst ua. Sprache, Religion und Glaubensrichtungen, Wertvorstellungen und Traditionen. Die allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses zählen auch die in besonderer Weise zu schützenden Personengruppen auf, darunter Frauen, Kinder und Migrant(inn)en. Die deutsche Bundesregierung hat sich die Stärkung interkultureller Kompetenz sowie die interkulturelle Öffnung von öffentlichen Institutionen und Behörden zum Ziel gesetzt. Der Akzent liegt auf *interkultureller Kompetenz*, also auf der „Fähigkeit, Begegnungs- und Kommunikationssituationen in der Einwanderungsgesellschaft angemessen und produktiv gestalten zu können und das eigene Handeln in Kenntnis der Bedingungen der Einwanderungsgesellschaft in seinen Folgen für unterschiedliche Gruppen einschätzen und orientieren zu können.“¹⁰ Dies muss auch für Gerichte, die das Privatrecht vollziehen, gelten, sowie für andere Behörden, die mit Privatrecht befasst sind, wie die Träger der Jugendwohlfahrt.

Der vorliegende Beitrag hat sich nicht nur auf Grund- und Menschenrechte im Bereich des Privatrechts zu beschränken, sondern auf die durch Migration¹¹ bedingten grund- und menschenrechtlichen Herausforderungen zu fokussieren. Im Folgenden ist auf einzelne, beispielhaft zu ortende Bereiche einzugehen,¹² die grund- und menschenrechtlich relevant sind und deshalb einen Handlungsbedarf hervorrufen können.

6 Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, BGBl. III Nr. 34/2007.

7 Europarat, Weißbuch zum Interkulturellen Dialog „Gleichberechtigt in Würde zusammenleben“ (2008) Anh. 1.

8 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. Nr. 590/1978.

9 Etwa ein Viertel der EU-Mitgliedstaaten zählen das Fakultativprotokoll zu ihrem Rechtsbestand, aber weder Österreich noch Deutschland haben das Fakultativprotokoll ratifiziert. Zum Mitgliederstand: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (abgerufen am 05.01.2018).

10 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste: Der UN-Sozialpakt und die Teilhabe am kulturellen Leben. Inhalt und Umsetzung in Deutschland (2016) 6 ff.

11 Statt vieler *Gudrun Biffl*, Migration und Herausforderungen von heute, DAG 2016/49, 99.

12 Die Bezugnahme auf spezifische Länder basiert auf eigener Beratungstätigkeit im Rahmen freiwilliger Flüchtlingshilfe im Raum Wien. Die Beispiele und Erfahrungsberichte erheben nicht den Anspruch repräsentativ und verallgemeinerungsfähig zu sein.

2. Zum Asyl- und Kollisionsrecht

Ob auf die persönlichen Rechtsbeziehungen von Flüchtlingen österreichisches Recht anzuwenden ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab.¹³ Es ist zwischen AsylbewerberInnen, Flüchtlingen iSd. GFK,¹⁴ subsidiär Schutzberechtigten, abgelehnten AsylbewerberInnen (darunter „Wirtschaftsflüchtlinge“) mit Aufenthaltstitel, geduldeten Personen und den „Sans-papiers“ zu unterscheiden.¹⁵ Als völkerrechtliches Vertragsinstrument hat die GFK Vorrang vor dem autonomen Kollisionsrecht (§§ 12, 9; § 53 Abs. 1 IPRG¹⁶).¹⁷ Art. 12 GFK ist eine *Kollisionsnorm*, die an den Wohnsitz, subsidiär an den Aufenthalt des Flüchtlings anknüpft. AsylbewerberInnen, die zum Asylverfahren zugelassen wurden, sind bis zur Erlassung des Asylbescheides, bis zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bzw. bis zum Verlust des Aufenthaltsrechts zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt (§ 13 Abs. 1 und 2 AsylG¹⁸). Sie erhalten eine Verfahrenskarte, die bei Versorgung in einer Betreuungseinrichtung des Bundes zum Aufenthalt in dieser und zur Teilnahme an der Versorgung nach Maßgabe der Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem die Grundversorgung von AsylbewerberInnen im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird,¹⁹ berechtigt (§ 50 Abs. 1 AsylG). AsylbewerberInnen, deren Verfahren zuzulassen sind und denen ein Aufenthaltsrecht nach § 13 Abs. 1 AsylG zukommt, erhalten eine Aufenthaltsberechtigungskarte (§ 51 Abs. 1 AsylG). Diese weist die Identität für das Asylverfahren und die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nach (§ 51 Abs. 2 AsylG). Asylberechtigte erhalten eine Karte für Asylberechtigte, die dem Nachweis der Identität und der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts in Österreich dient (§ 51a Abs. 1 AsylG). Wem der Status eines oder einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, erhält eine Karte für subsidiär Schutzberechtigte, die ebenfalls dem Nachweis der Identität und der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts dient (§ 52 Abs. 1 AsylG).²⁰ Die verschiedenen Nachweise sind im privatrechtlichen Kontext für den Verkehr mit Gerichten und sonstigen Behörden von Bedeutung, weiters auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr, wo

13 Die hier aufgeworfenen Fragestellungen können nicht im Detail erörtert werden. Zur deutschen kollisionsrechtlichen Rechtslage vgl. den Beitrag von *Marc-Phillippe Weller* in diesem Band.

14 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 55/1955, mit Ergänzungen durch das Zusatzprotokoll (idF. ZP), BGBl. Nr. 78/1974. Zur Definition eines Flüchtlings siehe Art. 1 Abschn. A Nr. 1 (sog. Nansen- und IRO-Flüchtlinge) sowie Art. 1 Abschn. A Nr. 2 iVm. Art. 1 Abs. 2 ZP. Zwischen staatenlosen Flüchtlingen und Flüchtlingen mit Staatsangehörigkeit ist nicht zu unterscheiden, weil die Anknüpfung der Rechtsstellung im Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen (Art. 12; BGBl. III Nr. 81/2008 idF. BGBl. III Nr. 180/2016) mit jener der (zeitlich jüngeren) GFK übereinstimmt.

15 Aus deutscher, unions- und völkervertraglicher Perspektive eingehend *Peter Mankowski*, Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration, IPRax 2017, 40; siehe ferner *Dietmar Baetge*, Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen, StAZ 2016, 289; *Christian F. Majer*, Flüchtlinge im Internationalen Privatrecht – Vorschlag für eine teleologische Reduktion des Art. 12 GFK, StAZ 2016, 337.

16 Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl. Nr. 304/1978 idF. BGBl. I Nr. 87/2015.

17 *Bea Verschraegen* in Rummel⁴, § 9 IPRG, Anh.I.3. Genfer Flüchtlingskonvention (erscheint 2018).

18 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005) BGBl. I Nr. 100/2005 idF. BGBl. I Nr. 84/2017.

19 Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (Grundversorgungsgesetz), BGBl. Nr. 405/1991 idF. BGBl. I Nr. 84/2017.

20 Das AsylG idGF. sieht ferner Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen vor (§§ 54 ff.), auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

mitunter die Praxis den Nachweis der Identität oder des Alters verlangt, sowie im Bereich des Namensrechts.

Die Kernbestimmung im AsylG ist § 3, dessen Abs. 1 lautet: „Einem Fremden, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, ist, soweit dieser Antrag nicht bereits gemäß §§ 4, 4a oder 5 zurückzuweisen ist, der Status des Asylberechtigten zuzuerkennen, wenn glaubhaft ist, dass ihm im Herkunftsstaat Verfolgung im Sinne des Art. 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht.“ Fremde, denen der Status eines oder einer Asylberechtigten zuerkannt wird, erhalten (zunächst) eine befristete Aufenthaltsberechtigung, die sich um eine unbefristete Gültigkeitsdauer verlängern kann (§ 3 Abs. 4 AsylG). Mit dem Bescheid auf Zuerkennung des Status der oder des Asylberechtigten ist zugleich festzustellen, dass ihr oder ihm *ex lege* die Flüchtlingseigenschaft zukommt (§ 3 Abs. 5 AsylG). Ferner bestimmt § 3a AsylG, dass Fremden *ex offio* und ohne Weiteres Verfahren der Status des oder der Asylberechtigten oder des oder der subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen ist, wenn sich die Republik Österreich völkerrechtlich dazu verpflichtet hat. Diese Asylberechtigten sind maW. den GFK-Flüchtlingen gleichgestellt. Auf Grund des mit diesen Rechtsstellungen einhergehenden längeren Aufenthalts der betroffenen Personen im Inland ergibt sich eine umfassende privatrechtliche Betätigung durch diese.

Von der GFK abgesehen, sind gleichsam unionsrechtliche Vorgaben zu beachten. Die Status-RL,²¹ die auch im AsylG ihren Niederschlag gefunden hat,²² erstreckt den von der GFK gebotenen Schutz auf subsidiär Schutzberechtigte.²³ Die Asylverfahrens-RL²⁴ behandelt das gemeinsame Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes und wurde in Österreich ua. im AsylG umgesetzt,²⁵ ebenso wie die Status-RL,²⁶ welche Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, festlegt. Das Zusammenspiel von GFK und Qualifikations-RL mit dem erklärten Ziel der Gleichstellung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten, und dem von den unionsrechtlichen Vorgaben textlich unverändert geblie-

21 RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. 2011 L 337/9.

22 BGBl. I Nr. 68/2013.

23 ErwGr. 33 Status-RL. Kap. V regelt die Voraussetzungen für den subsidiären Schutz und verlangt gemäß Art. 15 das Vorliegen eines ernsthaften Schadens (Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung eines Antragstellers im Herkunftsland, oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts). Dem Inhalt des internationalen Schutzes ist Kap. VII gewidmet, welches sowohl für Flüchtlinge als auch für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz gilt (Art. 20 Abs. 2).

24 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. 2013 L 180/60.

25 BGBl. I Nr. 70/2015.

26 RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl. 2013 L 180/96.

benen IPRG, öffnet die Tür für eine Gleichstellung mit Flüchtlingen nach der GFK.²⁷ Das bedeutet, dass mangels Wohnsitzes das Recht des Aufenthaltsstaates zur Anwendung kommt, und zwar auf Grund eines gewöhnlichen Aufenthalts oder eines schlichten Aufenthalts.

AsylbewerberInnen, welche mittels Bescheides noch keinen entsprechenden Status zuerkannt bekommen haben, also formal nicht als Flüchtlinge iSd. GFK gelten, können gleichwohl materiell die Voraussetzungen erfüllen. Mangels eines Bescheides ist die Flüchtlingseigenschaft inzident zu prüfen. Dasselbe gilt für jene, welchen der Asylstatus nicht zuerkannt worden ist. Der Bescheid bindet die Zivilgerichte nicht, sondern entfaltet lediglich Indizwirkung.²⁸

Wer nicht Flüchtling oder subsidiär schutzberechtigt ist, aber einen Aufenthaltstitel hat,²⁹ unterliegt für seine persönlichen Beziehungen seinem Heimatrecht (als engster Bezug nach Vorgabe des Gesetzes) vorbehaltlich vorrangigen Völkervertragsrechts (§ 9 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 5 IPRG).

Geduldete Personen – 2016 etwa 200 Menschen³⁰ – sind jene, deren Asylantrag abgelehnt wurde, und die auch kein humanitäres Aufenthaltsrecht erhielten, aber aus Gründen, die sie nicht selbst zu verantworten haben, nicht in ihre Heimat zurückkehren können. Sie haben bis auf weiteres ein Aufenthaltsrecht.³¹ Ihr Personalstatut ist nach dem Aufenthaltsrecht zu beurteilen.

Von diesen sind schließlich die „*Sans-papiers*“, Menschen ohne gültigen Aufenthaltsstatus („irreguläre Migrant[inn]en“, „irreguläre EinwanderInnen“) zu unterscheiden. Die Zahl dieser Menschen soll in Österreich abgenommen und derzeit sehr gering sein.³² Sofern es bei ihnen auf eine kollisionsrechtliche Anknüpfung für persönliche Beziehungen ankommt, wird letztlich der engste Bezug (§ 1 Abs. 1 IPRG), kurzum der (gewöhnliche oder schlichte) Aufenthalt, von Bedeutung sein.³³

Vorausgesetzt, österreichisches Recht kommt zur Anwendung, gilt Folgendes:

27 § 9 Abs. 3 IPRG spiegelt die GFK wieder, die aber vor dem autonomen Kollisionsrecht Vorrang hat. Ob für subsidiär Schutzberechtigte Art. 12 GFK analog zur Anwendung kommt oder die unionsrechtliche Vorgabe zur Gleichstellung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten in RL-konformer Auslegung von § 9 Abs. 3 IPRG zu verwirklichen ist, wird in *Bea Verschraegen* in Rummel⁴ § 9 IPRG, Anh. I.3. Genfer Flüchtlingskonvention näher diskutiert.

28 *Alfred Duchek/Fritz Schwind*, Internationales Privatrecht (1979) Anm. 3 zu Art. 12 GFK, 132. Die inzidente Prüfung obliegt allen Behörden, die privatrechtliche Vorschriften anwenden müssen.

29 Bspw. seit geraumer Zeit in Österreich beschäftigte französische oder belgische Staatsangehörige, die hier arbeiten und sich rechtmäßig aufhalten.

30 „Geduldete Flüchtlinge: kaum Kontrolle“, <http://steiermark.orf.at/news/stories/2787538/> (Stand: 25.07.2016).

31 Gemäß § 46a Abs. 4 FPG (Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF. BGBl. I Nr. 84/2017), erhalten sie eine Karte für Geduldete.

32 *Bettina Figl*, Immer weniger „Sans Papiers“, http://www.wienerzeitung.at/dossiers/asyl/585784_Immerweniger-Sans-Papiers.html (Stand: 07.11.2013).

33 Näheres bei *Bea Verschraegen* in Rummel⁴ § 9 IPRG.

II. Privatautonomie

1. Allgemeine und besondere Geschäftsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit, nach österreichischem Recht die Fähigkeit, sich selbst durch eigene Erklärungen zu berechtigen und zu verpflichten, richtet sich nach Alter³⁴ und geistigem Zustand der Betroffenen. Wer volljährig ist, ist in der Regel auch voll geschäftsfähig.

Für manche Rechtsgeschäfte differenziert der Gesetzgeber nach Alter, Reife und Art des Rechtsgeschäfts. So wird nach österreichischem Recht jede Person grundsätzlich mit Vollendung des 18. Lebensjahres *testierfähig*, aber bei Vorliegen entsprechender Einsichtsfähigkeit und Reife können schon mündige Minderjährige ein öffentliches Testament errichten.³⁵

Nach (noch) geltendem Recht ist die Ehesfähigkeit an die Ehemündigkeit und an die Geschäftsfähigkeit gekoppelt. Grundsätzlich tritt die Ehesfähigkeit somit mit vollendetem 18. Lebensjahr ein. Ab dem vollendeten 16. Lebensjahr kann die Person rechtskräftig auf Antrag für ehemündig erklärt werden, wenn die zukünftige Ehepartnerin oder der zukünftige Ehepartner volljährig ist und die antragstellende Person für diese Ehe reif erscheint.

Gemäß § 5 Gesetz über die religiöse Kindererziehung³⁶ steht mündigen Minderjährigen die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis sie sich halten wollen. Mit vollendetem 12. Lebensjahr kann das Kind nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden.

Mit dem 2. ErwSchG³⁷ wurde das *Recht zur Selbstbestimmung* ausgebaut. Nach § 24 Abs. 2 ABGB neu³⁸ ist *entscheidungsfähig*, „wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Dies wird im Zweifel bei Volljährigen vermutet.“³⁹

Die Tendenz zur Selbstbestimmung (Testierfähigkeit, Wahl des religiösen Bekenntnisses, Ehesfähigkeit, Entscheidungsfähigkeit, Teilnahme am rechtlichen und geschäftli-

34 Personen unter 7 Jahren sind geschäftsunfähig (§§ 865, 170 Abs. 1 ABGB; JGS Nr. 946/1811 idF. BGBl. I Nr. 59/2017); Personen ab dem vollendeten 7. bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, sog. unmündige Minderjährige, sind beschränkt geschäftsfähig (§§ 21 Abs. 2, 865, 1421, 1018 ABGB); Personen ab dem vollendeten 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, mündige Minderjährige, sind erweitert geschäftsfähig (§§ 865, 170 Abs. 2, 171 ABGB).

35 Mündlich vor Gericht oder vor einem Notar gemäß § 569 ABGB.

36 Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung 1985, BGBl. Nr. 155/1985 (WV) idF. BGBl. I Nr. 191/1999.

37 Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereins-sachwalter-, Patienten-anwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG), BGBl. I Nr. 59/2017.

38 Inkrafttreten per 01.07.2018 gemäß Art. 1 Nr. 70 zu § 1503 Abs. 9 Z. 1 ABGB.

39 Näher zur Entscheidungsfähigkeit im eherechtlichen Kontext unter IV. 1.

chen Verkehr von volljährigen Personen, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind) steht einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei fehlender oder unzureichender Sprachkenntnis entgegen.

2. Sprachbarrieren

a) Kenntnis der deutschen Sprache

Es liegt im Interesse aller Beteiligten, dass Flüchtlinge die deutsche Sprache binnen angemessener Zeit und auf angemessenem Niveau erlernen.⁴⁰ Allerdings ist zu bedenken, dass Flüchtlinge aus sehr unterschiedlichen Kulturkreisen stammen: Schon die Schriftzeichen müssen dem lateinischen Alphabet nicht entsprechen, die Schreibrichtung mag eine andere sein, viele Wörter und Wortbedeutungen finden sich strukturell in der fremden Kultur nicht, die Aussprache mag individuell auf Grenzen der Artikulation stoßen, die Prosodie (Wort- und Satzbetonung, Rhythmus, Intonation) kann völlig abweichen, Orthographie und Aussprache können divergieren, Diphthonge und Umlaute können unbekannt sein, die Art des Gebrauchs des Vokaltrakts kann sich unterscheiden. Probleme wie diese können für jene, die unter Zeit- und wirtschaftlichem Druck, vielfach auch traumatisiert durch die Flucht, eine Fremdsprache erlernen müssen, eine unüberwindliche Hürde darstellen. Hinzu kommt, dass ein großer Teil der Kurse von Freiwilligen, also der Zivilgesellschaft, ohne DaF-⁴¹ oder DaZ-⁴²Ausbildung angeboten wird, weil der eigentliche Bedarf von offizieller Seite nicht rasch genug gedeckt werden kann.⁴³ Flüchtlinge, die mit einem nachgewiesenen A2-Niveau in Deutsch etwa eine Lehre anstreben, verstehen manche Kurs- oder WerkstatteleiterInnen nicht, weil diese mitunter ihren Lokaldialekt pflegen und ihre Verwunderung zum Ausdruck bringen, dass SchülerInnen die Sprachprüfung Deutsch überhaupt bestanden haben.

Fehlende oder ungenügende Sprachkenntnisse sind allenfalls mit Übersetzungsdiensten aufzufangen. Es fehlt an geeigneten Dolmetscher(inn)en, wenn etwa ein Trauma psychotherapeutisch aufgearbeitet werden soll – ein Problem, welches sich gleichfalls im medizinischen und behördlichen Bereich stellt. Auch im mediativen Kontext, bei Sozial- und Familienberatung und in schulischen Belangen sind die Erfolge mitunter eher dem Zufall als der nötigen interkulturellen Fachkompetenz zu verdanken. Diese Defizite wirken sich auf die privatrechtlichen Beziehungen der Betroffenen aus.

Flüchtlinge müssen nicht unbedingt eine Schulbildung erhalten haben. In jenen Ländern, in welchen es eine Schulpflicht gibt, kann das reelle Angebot fehlen (etwa Afghanistan), in anderen Ländern ist die Schulbildung denjenigen vorbehalten, die sich Privatunterricht leisten können (bspw. Nigeria). Manchmal ist bestimmten Personengruppen der Schulbesuch grundsätzlich verwehrt (so den Rohingya in Myanmar).

40 Dazu Bundesministerium für Bildung, Flüchtlingskinder und -jugendliche an österreichischen Schulen. Beilage zum Rundschreiben Nr. 15/2016 (2016), https://www.bmb.gv.at/ministerium/rs/2016_15_beilage.pdf?5te77x (abgerufen am 05.01.2018); *Tilhana Jozić*, Schüler mit Migrationshintergrund im österreichischen Grundbildungssystem – rechtliche Aspekte, *migraLex* 2015, 43.

41 Deutsch als Fremdsprache.

42 Deutsch als Zweitsprache.

43 Siehe bspw. die Bedenken des österreichischen Arbeitsmarktservice (AMS): Kritik an Burkaverbot im Integrationsgesetz, <http://www.salzburg.com/nachrichten/dossier/fluechtlinge/sn/artikel/kritik-an-burka-verbot-im-integrationsgesetz-237770/> (Stand: 09.03.2017).

Viele dieser Menschen haben handwerkliche Fertigkeiten, Rechnen, mitunter auch Schreiben und einen Basiswortschatz in Türkisch, Griechisch oder Englisch auf der Flucht erlernt. Der Lernprozess war vielfach anlassbezogen, bedürftigkeitsorientiert und abhängig vom konkreten Angebot.

Die Schicksale von Flüchtlingen könnten unterschiedlicher nicht sein. Nun sind sie konfrontiert mit Behördenwegen, der Protokollierung ihrer Daten und der Gründe für ihre Flucht sowie des Fluchtvorgangs, mit ärztlichen Untersuchungen, der Ausblendung traumatisierender Ereignisse, ihrer Unterbringung in Camps, der Notwendigkeit sich an Strukturen und westlichen Lebensstil zu gewöhnen – durchaus divergierend nach sozialem Niveau und Region –, dem Warten auf das erste Interview, dann auf den Bescheid etc.⁴⁴ Hierbei stellt sich die Frage, was Zuzugsländer, wie etwa Österreich, bieten sollten und könnten, damit Kommunikation im privatrechtlichen Bereich möglich wird.

Einige Flüchtlinge können sich in englischer oder französischer Sprache ausdrücken. Das Angebot von Fremdsprachen im behördlichen Bereich des Zuzugslandes ist im Aufbau begriffen und lässt Raum für Optimierung. Manche DienstleistungsanbieterInnen mögen über Auslandserfahrung, die sie vorwiegend während Urlaubs- oder zeitlich begrenzten Bildungsaufenthalten gewonnen haben, verfügen. Interkulturelle Kompetenz liegt damit noch nicht unbedingt vor.

Von dieser Problematik ist auch die *Wirtschaft* betroffen. Überaus überlegenswert wäre es, Großunternehmen und Unternehmen in der Daseinsvorsorge zu verpflichten, mit Flüchtlingen in ihrer Muttersprache oder einer ihrer Umgangssprachen zu kommunizieren. Das könnte etwa bei jenen Unternehmen angedacht werden, mit welchen Kontrahierungszwang besteht.

Multikulturell geprägte Staaten, wie Österreich, welches auch auf eine reichhaltige Erfahrung im Flüchtlingswesen zurückblicken kann, und seine Organe haben die Obliegenheit, wenn nicht sogar die Pflicht zur Pflege interkultureller Kompetenz.

Interkulturelle Kompetenz umfasst wohl auch Aus- und Fortbildung auf dem Gebiet fremder Kulturen, Umgang, Beratung und Betreuung⁴⁵ von Migrant(inn)en sowie bestimmte Fremdsprachenkenntnisse der hiermit beauftragten Personen (Art. 22 GRC; Art. 15 UN-Sozialpakt; Art. 6 und 8 EMRK).

Insgesamt liegt der Erwerb der Amtssprache des Zuzugslandes im Interesse der Migrant(inn)en und der Allgemeinheit. Nicht angebracht ist eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und die Bestellung einer Kuratorin oder eines Kurators, etwa in einem familienrechtlichen Verfahren, weil diese Vertreter im Willen der Betroffenen sind. Zurecht hat der OGH⁴⁶ befunden, dass der Auftrag zur Bestellung einer Vertreterin oder eines Vertreters gemäß § 4 Abs. 2 AußStrG⁴⁷ erst dann in Betracht kommt,

44 Zu den gesundheitlichen Herausforderungen für Flüchtlinge nach Kriegsereignissen und Foltererfahrungen siehe etwa *Behnam Behnia*, Refugees' Convoy of Social Support, *International Journal of Mental Health* (2003) 32:4, 6-19.

45 Zur rechtlichen Betreuung (vor dem 2. ErwSchG, oben Fn. 37) siehe bspw. *Ali Türk/Jessica Bussler*, Rechtliche Betreuung von Menschen mit Migrationshintergrund. Anforderungen und Best-Practice-Modell, *iFamZ* 2010, 343.

46 OGH 11.04.2013, 1 Ob 29/13s, EF-Z 2013/152.

47 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG), BGBl. I Nr. 111/2003 idF. BGBl. I Nr. 130/2017.

wenn die Postulationsfähigkeit der Partei nicht durch Dolmetscher(innen)dienste behoben werden kann.

b) Aufklärung und informierte Einwilligung

Generell setzen Aufklärung und informierte Einwilligung die Verständigungsmöglichkeit des medizinischen Personals mit den Betroffenen voraus. Bei unzureichender Kommunikationsmöglichkeit ist das Niveau entsprechend anzupassen.

Anders als Österreich und Deutschland hat die Schweiz das „*Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin*“⁴⁸ ratifiziert.⁴⁹ Art. 5 Satz 1 des Übereinkommens sieht vor: „An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it.“⁵⁰ „Informed consent“ (informierte Einwilligung) ist – unabhängig vom genannten Übereinkommen – im österreichischen Recht etabliert. Virulent wird die informierte Einwilligung insbesondere im Bereich der Gesundheitsfürsorge bzw. bei medizinischen Behandlungen.

Die informierte Einwilligung spielt vor allem im medizinischen Kontext eine herausragende Rolle, die auf Grund ihres Konnexes zum *Selbstbestimmungsrecht von Patient(inn)en* und ihr *Recht auf körperliche Unversehrtheit* grund- und menschenrechtliche Implikationen aufweist.

Sprachbarrieren und damit verbundene Verständigungsschwierigkeiten werden im Alltag immer wieder von LaiendolmetscherInnen aufgefangen. Die Kommunikation von Patient(inn)en mit medizinischem Personal entscheidet über die Versorgungsqualität. Die Untersuchung, Behandlung und Betreuung von Menschen, die der deutschen Sprache nicht kundig sind, ist verständlicherweise schwierig und zeitaufwendig. Es bedarf jedenfalls einer ausreichenden Aufklärung, damit der Behandlung wirksam zugestimmt werden kann. Mangels entsprechender Aufklärung fehlt es an einer wirksamen Einwilligung. Dies führt – außer bei Gefahr in Verzug, im Falle eines Verzichts auf die Aufklärung oder bei ausreichender Vorinformation – auch bei fachkundig einwandfrei durchgeführten Eingriffen zu deren Rechtswidrigkeit.⁵¹ Es obliegt den Ärzt(inn)en, sich vom Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit (per 01.07.2018: Entscheidungsfähigkeit)

48 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98> (abgerufen am 05.01.2018). Zum Entwurfsbericht des österreichischen, maßgeblich an der Ausarbeitung beteiligten Delegierten *Michael Stormann*, *The European Draft Protocol on Biomedical Research*, in Peter Lødrup/Eva Modvar (Hrsg.), *Family Life and Human Rights. Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law* (2004) 853.

49 [Http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=bIIGIdu1](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=bIIGIdu1) (abgerufen am 05.01.201).

50 In deutscher Übersetzung: „Eine Intervention im Gesundheitsbereich darf erst dann erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat.“

51 § 173 Abs. 1-3 ABGB idGF; gemäß Art. 1 Pkt. 17, 18, 19 des 2. ErwSchG geändert, weil es nicht mehr auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, sondern auf die Entscheidungsfähigkeit ankommt. Das gilt gemäß Art. 5 Pkt. 1 und 2 des 2. ErwSchG auch hinsichtlich der Grundsatzbestimmung § 8 Abs. 3 KaKuG, der per 01.07.2018 lautet: „Die Träger der Krankenanstalten haben die Einholung der Einwilligung des Pflégelings in die medizinische Behandlung sicherzustellen und dafür zu sorgen, dass die Aufklärung im gebotenen Maß erfolgen kann.“ Außerdem steht eine strafrechtliche Verurteilung nach § 110 StGB (BGBl. Nr. 60/1974 idF. BGBl. I Nr. 154/2015) wegen eigenmächtiger Heilbehandlung im Raum.

zu überzeugen. Je besser Patient(inn)en die deutsche Sprache verstehen, umso eher können Ärzte und Ärztinnen davon ausgehen, dass im Falle von Unklarheit um Erläuterung gebeten wird. Anstaltsbedürftige oder unabweisbare Personen iSd. Grundsatzbestimmung § 22 Abs. 3 und 4 KaKuG⁵² müssen behandelt werden. Unterbleibt die Behandlung auf Grund von Missverständnissen über die Notwendigkeit der Behandlung, haftet die Krankenanstalt. Um rechtskonformes Arbeiten zu gewährleisten, werden in einigen Anstalten professionelle Dolmetscher(innen)dienste zur Verfügung gestellt. In anderen Anstalten wird mitunter auf weniger oder nicht qualifizierte Kräfte für das Dolmetschen zurückgegriffen. Zu diesen zählen Angehörige der Patient(inn)en (oft Kinder und Jugendliche) sowie MitarbeiterInnen der Institution.⁵³ Für die Patient(inn)en ist das im Blick auf ihre Privatsphäre problematisch, für die Angehörigen kann das Dolmetschen psychisch regelrecht unzumutbar sein,⁵⁴ die Eltern-Kind-Beziehung beeinträchtigen,⁵⁵ wegen Fehlzeiten die Schulpflicht tangieren, die Frage nach unzulässiger Kinderarbeit aufwerfen und die Gewährleistung des Kindeswohls generell in Frage stellen. Für die MitarbeiterInnen können sich arbeitsrechtliche Fragen stellen, und den Angehörigen der Gesundheitsberufe fehlt es an der Möglichkeit, Korrektheit und Vollständigkeit der Angaben zu überprüfen.

III. Persönlichkeitsrechte

Schon das einfachgesetzliche österreichische Recht nimmt in einigen Bestimmungen Bezug auf das Persönlichkeitsrecht. Der Gesetzgeber betrachtet das (allgemeine) Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht⁵⁶ auf Achtung des Privatbereichs und der Geheimnisse, verankert in § 16 ABGB als *Generalklausel* des Persönlichkeitsschutzes.⁵⁷

52 Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), BGBl. Nr. 1/1957 idF. BGBl. I Nr. 131/2017.

53 Ausführlich zur gesamten Problematik *Maria Kletečka-Pulker*, Kinder als Laiendolmetscher im Gesundheits- und Sozialbereich. Wenn Kinder dolmetschen: Haftungsrisiken und Probleme einer gängigen Praxis, iFamZ 2016, 101 ff. (mit zahlreichen Nachweisen).

54 Insbesondere dann, wenn intime Bereiche betroffen oder schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besprechen sind.

55 Ein 6-jähriger Junge hatte sich in einem Camp nahe Athens um die Versorgung seiner Schwester und seiner Mutter, die im Camp ein weiteres Kind zur Welt gebracht hatte, gekümmert, und konnte nach der Familienzusammenführung in Österreich nicht nachvollziehen, weshalb sein Vater ihn als Kind und nicht – wie vom Jungen erwartet – als Freund oder „auch-Vater“ behandelte. Das führte zu Hause wie in der Schule zu Verhaltensauffälligkeiten, die therapeutisch aufgefangen werden mussten. Zum Phänomen der „Parentifizierung“ ua. *Christian Blum*, Parentifizierung. Definition, Symptome, Ursachen, Folgen und Hilfe der Sozialen Arbeit. – Diebstahl der Kindheit (2012); *Gertrud Wolf*, Zur Konstruktion des Erwachsenen. Grundlagen einer erwachsenen-pädagogischen Lerntheorie² (2014) 47 Fn. 5; *Hubertus Adam*, Seelische Probleme von Migrantenkindern und ihren Familien. Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 58 (2009) 4, 244 ff., http://psydok.psycharchives.de/jspui/bitstream/20.500.11780/3129/1/58.20094_2_48895.pdf (abgerufen am 05.01.2018). Siehe auch die Hinweise bei *Maria Kletečka-Pulker*, Dokumentinformation: Kinder als Laiendolmetscher im Gesundheits- und Sozialbereich, aaO., 104 Fn. 53.

56 Es wirkt demnach gegen jedermann und ist von jedermann zu respektieren, vgl. RIS-Justiz RS0008999.

57 § 16 Satz 1 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“ Dazu ua. *Angelika Gruber*, Medienrecht und neue Medien mit besonderer Berücksichtigung des Internet (2006) 48.

Diese Bestimmung transportiert die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in das Privatrecht.⁵⁸

Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes: Der durch eine Ehrenbeleidigung entstandene wirkliche Schaden oder Entgang des Gewinns kann zur Ersatzpflicht führen.⁵⁹ Das rechtswidrige und schuldhaft eingreifen in die Privatsphäre oder das Offenbaren oder Verwerten von Umständen aus der Privatsphäre eines Menschen kann zur Ersatzpflicht des dadurch erlittenen Schadens führen.⁶⁰ Auch der Name einer Person wird geschützt. Sie kann, wenn ihr das Recht zur Namensführung bestritten oder ihr Name durch unbefugten Gebrauch beeinträchtigt wird, auf Unterlassung, bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.⁶¹ Die Ersatzpflicht gilt auch, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich anordnet.⁶² Aus dem Charakter der Persönlichkeitsrechte als absolute Rechte werden Unterlassungsansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen von der Rechtsprechung jedoch auch dann abgeleitet, wenn sie gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen sind.⁶³

Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz ist notwendiger Bestandteil einer freien Gesellschaft, in welcher alle Menschen gleich behandelt werden. Der OGH hat in mehreren Entscheidungen festgehalten: „§ 16 ABGB ist nicht bloß Programmsatz, sondern Zentralnorm unserer Rechtsordnung, mit normativem subjektive Rechte gewährenden

58 OGH 16.12.2009, 4 Ob 186/09w, JBl. 2010, 292 uvam. Diese Rechtsprechung bringt die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zum Ausdruck. Zum Streit in Österreich zwischen dieser und der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte *Martin Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-⁹⁹02 § 16 (Stand: 01.03.2017, rdb.at).

59 § 1330 ABGB: „(1) Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schaden oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, den Ersatz zu fordern. (2) Dies gilt auch, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte oder kennen mußte. In diesem Falle kann auch der Widerruf und die Veröffentlichung desselben verlangt werden. Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwahrheit der Mitteilende nicht kennt, haftet er nicht, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.“

60 § 1328a ABGB: „(1) Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. (2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, sofern eine Verletzung der Privatsphäre nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist. Die Verantwortung für Verletzungen der Privatsphäre durch Medien richtet sich allein nach den Bestimmungen des Mediengesetzes, BGBl. Nr. 314/1981, in der jeweils geltenden Fassung.“

61 § 43 ABGB: „Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.“ Weitere Persönlichkeitsrechte sind das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (§§ 1325, 1327 ABGB), das Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), das Recht auf Freiheit (§ 1329 ABGB), das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG, BGBl. Nr. 111/1936 idF. BGBl. I Nr. 99/2015), der Schutz vertraulicher Aufzeichnungen (§ 77 UrhG), der Persönlichkeitsschutz gegenüber Medien (§§ 6 ff. MedienG, BGBl. Nr. 314/1981 idF. BGBl. I Nr. 101/2014), der Schutz der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde (§ 1 Abs. 1 HeimAufG, BGBl. I Nr. 11/2004 idF. BGBl. I Nr. 59/2017), persönlichkeitsrechtliche Aspekte des Schutzes des geistigen Eigentums, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und das Recht am gesprochenen Wort. Diese Themen stehen hier nicht im Vordergrund, weshalb die folgenden Ausführungen nicht näher darauf Bezug nehmen.

62 Vgl. etwa *Koch* in KBB⁵ § 16 Rz. 9.

63 OGH 25.05.2007, 6 Ob 103/07a, RZ 2007, 283.

Inhalt. Sie anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde.“⁶⁴

Das öffentliche Recht, namentlich die Grundrechte, das Völkerrecht, etwa die EMRK und die KRK,⁶⁵ sowie das Unionsrecht, namentlich die GRC, prägen den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz.

1. Ehre

Im Alltag von Flüchtlingen und jenen, welchen Asyl gewährt oder subsidiärer Schutz eingeräumt wurde, geben verschiedene Situationen Anlass, über das Ehrgefühl zu reflektieren. Manche Schulen haben etwa damit zu kämpfen, dass Eltern bestimmte Fördermaßnahmen für ihre Kinder mit besonderen Bedürfnissen nicht annehmen. Eine solche Unterstützung wird als befremdend, mitunter als kränkend angesehen und beeinträchtigt das Ehrgefühl der Eltern. Viele Familien haben ihr soziales Netzwerk, möglicherweise auch ihren sozio-ökonomischen Status verloren, sie sind verletzbar und haben es schwer, in einer neuen Gesellschaft zu leben. Die Probleme, die sich durch einen solchen weit verstandenen Ehrbegriff ergeben, sollen an anderer Stelle ausführlicher behandelt werden.⁶⁶

Die *Ehre*, freilich auch die *Meinungsäußerungsfreiheit*, die *Gewissensfreiheit* und die *Achtung des Privatlebens* sind auch betroffen, wenn es um Bekleidungs Vorschriften geht. Das Vollverschleierungsverbot („Burkaverbot“) im öffentlichen Raum gilt in Österreich ab dem 01.10.2017.⁶⁷ An kritischen Äußerungen hat es nicht gefehlt.⁶⁸ Im Wesentlichen wurden ein Verstoß gegen die persönliche Freiheit, das Diskriminierungsverbot, die Achtung des Privatlebens, die Religionsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit sowie die Verletzung der in einer rechtsstaatlichen Demokratie geschützten Werte moniert. Eine sachbezogene Auseinandersetzung mit diesen Bedenken ist, soweit ersichtlich, unterblieben. Zumindest eine situationsabhängige, kontextbezogene Differenzierung wäre angebracht gewesen (bspw. nach hygienischen

64 OGH 27.02.1990, 10 ObS 40/90, JBl. 1990, 734; OGH 25.05.2007, 6 Ob 103/07a, RZ 2007, 283 uvam.

65 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl. Nr. 7/1993 idF. BGBl. III Nr. 187/2016.

66 Siehe unten V. Kindeswohl in der Gemengelage.

67 Bundesgesetz, mit dem ein Integrationsgesetz und ein Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz erlassen sowie das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und die Straßenverkehrsordnung 1960 geändert werden, BGBl. I Nr. 68/2017. Art. 2 Abs. 1 leg. cit. stellt die Verhüllung bzw. das Verbergen der Gesichtszüge durch Kleidung oder andere Gegenstände an öffentlichen Orten oder in öffentlichen Gebäuden mit einer Verwaltungsübertretung unter Androhung einer Geldstrafe bis zu 150 Euro unter Strafe.

68 Amnesty International, Verschleierungsverbot und Menschenrechte, <https://www.amnesty.ch/de/themen/frauenrechte/dok/2015/verschleierungsverbot-und-menschenrechte> (abgerufen am 05.01.2018); Amnesty International, Anti-Burka-Initiative. Frauenrechte stärken statt Islamismus-Angst schüren, siehe <https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/stellungnahmen/dok/2016/anti-burka-initiative> (abgerufen am 05.01.2018); Amnesty International, Österreich: Grund- und Menschenrechte werden untergraben, <https://www.amnesty.at/de/menschenrechte-untergraben/> (abgerufen am 05.01.2018); auch die Österreichische Bischofskonferenz und die Evangelische Kirchen äußerten sich kritisch, vgl. Hinweise und Links unter: <http://religion.orf.at/stories/2829941/> (Stand: 09.03.2017); ebenso andere Interessenvertretungen, wie die Arbeiterkammer und die Rechtsanwaltskammer, vgl. den Überblick in Der Standard, Burkaverbot: Innenministerium will erst ab Herbst strafen, <http://derstandard.at/200005390605/Burka-Verbot-Innenressort-will-erst-ab-Herbst-strafen> (Stand: 09.03.2017).

Kriterien, verkehrssicherheitsrechtlichen Überlegungen, Identifizierungszwecken in behördlichen Verfahren).⁶⁹

Im Kernbereich des *zivilrechtlichen* Ehrenschatzes ist zu befürchten, dass folgende Problemkonstellation, die auch außerhalb des Migrationskontextes lange Zeit präsent war und noch immer präsent ist, vermehrt auftritt: Die Drohung, bestimmte Menschen von der homosexuellen Neigung oder von der Prostitution zu informieren, sofern die betroffene Person aus ihrer kulturellen Perspektive dies als schweren persönlichen oder gar als strafrechtlich relevanten Vorwurf auffassen muss, könnte das Recht auf Ehre verletzen. Die Bekanntgabe der sexuellen Orientierung durch Dritte gegen den Willen der Betroffenen ist zwar ein in der Regel rechtswidriger Eingriff in höchstpersönliche Rechte, aber (jedenfalls im strafrechtlichen Sinne) keine Ehrverletzung.⁷⁰ Die

69 Bemerkenswert, allerdings nicht unangreifbar die Judikatur des Straßburger Höchstgerichts in folgenden Fällen: EGMR 01.07.2014, BeschwNr. 43835/11, *S.A.S. / France* mit den abweichenden Sondervoten von *Angelika Nußberger* und *Helena Jäderblom*, welche ua. die Einschränkung des Pluralismus und der Toleranz – vom Gericht als Wahl einer Gesellschaft gewertet (!) – monieren, ohne die es grundsätzlich keine demokratische Gesellschaft geben könne, ferner verneinen sie die Verhältnismäßigkeit vom gesetzlichen Verhüllungsverbot in Relation zum verfolgten Ziel, die – als abstraktes Prinzip hervorgehoben – Bedingungen für ein Zusammenleben zu bewahren, Rechte und Freiheiten zum Schutz anderer, welche aber eine Konkretisierung iSv. Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 EMRK enthalten. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die og. Säulen der demokratischen Gesellschaft ebenso durch die Akzeptanz der religiösen Bekleidung und einer integrativen Einstellung getragen werden können (Rz. 7, 10, 13 f.). In den rezenten Entscheidungen des EGMR 11.07.2017, BeschwNr. 37798/13, *Belcaceci et Oussar / Belgique* sowie BeschwNr. 4619/12, *Dakir / Belgique* wurden ua. diese Bedenken geltend gemacht (*Belcaceci* Rz. 35 ff. und *Dakir* Rz. 27 ff.), allerdings erfolglos. Der EGMR bekräftigte seine S.A.S.-Rechtsprechung. Den Urteilen schlossen sich die RichterInnen *Robert Spano* und *Işıl Karakaş* mit abweichender Begründung an. Sie wiesen auf die Kontextbezogenheit der Fälle hin, die eine Verallgemeinerung auf Fälle mit abweichendem Sachverhalt nicht erlauben und wiesen ferner auf die von *Nußberger* und *Jäderblom* angebrachte Kritik hin. Vor allem gaben sie zu Bedenken, dass das zu schützende „Zusammenleben“ einer volatilen Mehrheit entspreche, die nicht konkretisieren müsse, worin die Nachteile, die es abzuwenden gelte, für sie bestehen. Des Weiteren sei auch der große Ermessensspielraum der Vertragsstaaten keine „carte blanche“. Vielmehr seien stets die Beweggründe für die (Anlaß-)Gesetzgebung zu hinterfragen. Auch könnte die mögliche Sanktionierung mit einer Freiheitsstrafe dazu führen, dass es an der geforderten Verhältnismäßigkeit fehle. Nicht zuletzt sei festzuhalten, dass die öffentliche Feindseligkeit und Intoleranz vis-à-vis einer bestimmten Kategorie von Personen niemals eine Einschränkung der von der EMRK geschützten Menschenrechte rechtfertigen können.

70 Allerdings wird zwischen straf- und zivilrechtlichen Erwägungen möglicherweise zu unterscheiden sein; siehe zur Argumentation aus strafrechtlicher Sicht OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, EvBl. 2014/48, 317. Die Entscheidung verneinte im Hinblick auf grund- und menschenrechtliche Vorgaben (Diskriminierungsverbot) und innerstaatlicher Akzeptanz etwa am Beispiel der Einführung der eingetragenen Partnerschaft, die der Ehe weitgehend (sic!) gleichgestellt sei, die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Ehre, wengleich, wie das Höchstgericht festhielt, die Bekanntgabe der sexuellen Orientierung durch einen Dritten einen Eingriff in höchstpersönliche Rechte mit sich bringen kann. Hinter einer solchen Androhung konnte nach damaliger Rechtslage allenfalls eine Verletzung am Vermögen stehen, wenn „die Veröffentlichung dieser persönlichen Umstände zu beruflichen oder sonstigen Konsequenzen führt, die mit einer Vermögens- oder Einkommensbuße einhergehen.“ Die Entscheidung bot Anlass zu einer Änderung der Legaldefinition der „gefährlichen Drohung“ (§ 74 Abs. 1 Z. 5 StGB, BGBl. Nr. 60/1974 idF. BGBl. I Nr. 154/2015 durch das BGBl. 112/2015): Diese ist „eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre, Vermögen oder des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Zugänglichmachen, Bekanntgeben oder Veröffentlichlichen von Tatsachen oder Bildaufnahmen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob das angedrohte Übel gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörige oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahestehende Personen gerichtet ist“. Hinsichtlich der Tätigkeit der Prostitution argumentierte der OGH jedoch anders, weil die Ausübung der Prostitution zum Schutz bestimmter Personen gesetzlichen Schranken unterworfen war und ist, weshalb der Vorwurf einer solchen Tätigkeit ehrenrührig ist und ein taugliches Drohmittel iSd. § 74 Abs. 1 Z. 5 StGB darstellt(e).

Rechtslage ist anders, wenn die Aussage gar nicht zutrifft und im kulturellen Umfeld des Betroffenen als ein ehrverletzendes Werturteil gilt, dem die Basis eines konkreten und wahren Sachverhalts fehlt. Dies wäre als Beschimpfung anzusehen, welche den Tatbestand des § 1330 Abs. 1 ABGB erfüllt. Gegebenenfalls wäre auch zu prüfen, ob eine Rufschädigung nach § 1330 Abs. 2 ABGB oder eine Verletzung von § 1328a ABGB und damit Art. 8 EMRK vorliegt.

2. Name

Bei der Datenerfassung werden Namen mangels Dokumenten nach Gehör, eben phonetisch, geschrieben. Für manche Flüchtlinge kommt es nicht wirklich darauf an, ob zB. ihr arabischer Name mit „El'...“, „Al'...“ oder ohne Apostroph geschrieben wird, weil ihnen die Transliterationsregeln ohnedies unbekannt sind oder weil sie keinen Unterschied in der (deutschen) Aussprache erkennen. Dies führt jedoch zu vielen praktischen Hürden, wenn die Kompetenz etwa für Soziales, Sozial- und Gesundheitswesen (ua. Mindestsicherung), für Jugend und Familie (ua. gesetzliche Vertretung), Einwanderung und Staatsbürgerschaft oder für die Grundversorgung unterschiedlichen Behörden zugewiesen ist. Oft ist Flüchtlingen nicht bewusst (oder verständlich), dass der Name ein Persönlichkeitsrecht ist, der Namensschutz für Identitätsschutz steht und den Personenstand betrifft.

Liegen Dokumente vor, so ist der Name fachkundig zu transliterieren und bei Fehleintragung zu korrigieren. Art. 7 KKK legt ausdrücklich fest, dass ein Kind das Recht auf einen Namen hat. Art. 8 EMRK schützt ua. auch den Namen: Er weist auf die Verbindung einer Person zu seiner Familie hin und ist deshalb Bestandteil des Privat- und Familienlebens. Darüber hinaus hat das Namensrecht auch die Gleichstellung der Geschlechter zu beachten (Art. 14 EMRK).

Die oben erwähnten Hürden werfen die Frage auf, ob Flüchtlingen die Führung eines *Gebrauchsnamens* ermöglicht werden sollte. Der österreichische Gesetzgeber sieht einen Gebrauchsnamen *de lege lata* nicht vor. *De facto* wäre möglicherweise vielen gedient: Manche Flüchtlinge könnten sich über einen westlichen Gebrauchsnamen freuen, freilich nicht alle. Im alltäglichen Geschäftsverkehr wäre mitunter schon wegen der Aussprache des fremden Namens eine gewisse Erleichterung bei der Kommunikation zu orten. Rechtspolitisch ist jedoch davon abzuraten. Die nach dem AsylG bzw. dem FPG auszustellenden Karten führen die „eigentlichen“ Namen an, ebenso die e-Card und allfällige Personenstandsurkunden. Ein (bloßer) Gebrauchsnamen ist auf Urkunden und Dokumente nicht anzuführen. Österreich verfügt außerdem über langjährige Erfahrung im Umgang mit fremden Namen. Rechtspolitisch betrachtet spricht ferner dagegen, dass jene Flüchtlinge, die sich keinen westlichen Gebrauchsnamen zulegen möchten, allenfalls nicht als integrationswillig angesehen werden könnten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass personenstands- und namensrechtlich relevant jedenfalls Art. 7, 8, 21 KKK, Art. 8 und 14 EMRK und die unionsrechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 21 AEUV) sind.⁷¹

⁷¹ EuGH 02.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*; EuGH 14.10.2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*; EuGH 22.10.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; EuGH 12.05.2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn*; EuGH 02.06.2016, C-438/14, *Bogendorff von Wollersdorff*; EuGH 08.06.2017, C-541/15, *Freitag*.

IV. Ehe und Familie als Bezugssystem⁷²

Mit dem 2. ErwSchG⁷³ wird eine Reihe von Gesetzen geändert. Durch die Einführung von § 24 ABGB neu („Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit“) erfolgt ein Paradigmenwechsel, wonach es für die Handlungsfähigkeit⁷⁴ (Fähigkeit, sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten), soweit nichts anderes bestimmt ist und vorbehaltlich weiterer Erfordernisse (etwa Volljährigkeit), auf die *Entscheidungsfähigkeit* einer Person ankommt (Abs. 1). Diese liegt vor, wenn die Person die Bedeutung und die Folgen ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen (kognitive Fähigkeit), ihren Willen danach bestimmen (voluntative Fähigkeit) und sich entsprechend verhalten kann (faktisches Handlungsvermögen), was bei Volljährigen im Zweifel vermutet wird (Abs. 2).

Unabhängig von den generell vorgesehenen Mündigkeitsstufen⁷⁵ wird für verschiedene Arten von Rechtsgeschäften weiterhin an bestimmten Altersstufen festgehalten: So etwa setzt die Testierfähigkeit neben der Entscheidungsfähigkeit auch die Mündigkeit (Vollendung des 14. Lebensjahres) voraus.⁷⁶ Die Ehefähigkeit wurde durch das 2. ErwSchG angepasst, was im Folgenden erläutert wird.

1. Ehefähigkeit und Eheschließung⁷⁷

Gemäß § 1 Abs. 1 EheG neu ist ehefähig, wer volljährig ist, also das 18. Lebensjahr vollendet hat, und *entscheidungsfähig* ist. Infolge der Bereinigung⁷⁸ sieht nun § 1 Abs. 2 EheG neu vor, dass eine Person, die das 16. Lebensjahr vollendet hat, auf ihren Antrag vom Gericht für *ehefähig* erklärt werden kann, sofern der künftige Ehegatte volljährig ist, also das 18. Lebensjahr vollendet hat, und die minderjährige Person für diese Ehe reif erscheint. Gesetzliche Vertreter müssen der Eingehung der Ehe *zustimmen*. Die Änderung (Zustimmung statt Einwilligung) ist im Wesentlichen terminologischer Natur. Ob die Beibehaltung des Einwilligungserfordernisses sinnvoll ist, scheint in jenen Fällen fraglich, in welchen die Interessen der Minderjährigen mit jenen der gesetzlichen Vertreter kollidieren, denn immerhin fällt mit der Eheschließung die Unter-

72 Grundsätzlich *Christoph Grabenwarter*, Das Recht auf Familienleben von Migranten im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, in *Astrid Deixler-Hübner/Martin Schauer* (Hrsg.), *Migration, Familie und Vermögen. Vom europäischen Erbrecht bis zu binationalen Ehen*, *Zak Spezial* 2014, 77 ff.

73 Siehe oben Fn. 37.

74 Als Sammelbegriff für jene gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu verstehen, die erfüllt sein müssen, damit ein Verhalten als rechtserheblich qualifiziert werden kann, *RV 1461 BlgNR XXV. GP*, 5 zu Pkt. 4.4. *Entscheidungsfähigkeit – Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit*.

75 Unter dem vollendeten 7. Lebensjahr: Unmündigkeit, ab dem vollendeten 7. bis zum vollendetem 14. Lebensjahr: beschränkte Mündigkeit, vom vollendeten 14. Lebensjahr bis zum Eintritt der Volljährigkeit: erweitert beschränkte Mündigkeit.

76 Von den speziellen Formvorschriften nach § 569 ABGB abgesehen.

77 Entsprechend wurden auch die Bestimmungen für eingetragene Partnerschaften angepasst (*Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft [Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG]*, *BGBI. I Nr. 135/2009 idF. BGBI. I Nr. 59/2017*).

78 Die derzeitige Fassung von § 1 Abs. 1 EheG sieht die Ehemündigkeit statt der Entscheidungsfähigkeit vor. § 2 EheG (Wer geschäftsunfähig ist, kann eine Ehe nicht eingehen) wird aufgehoben, ebenso § 3 EheG (Einwilligungserfordernis des gesetzlichen Vertreters und des Erziehungsberechtigten; ersetzbar durch das Gericht, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung vorliegen) und § 102 EheG (Geschäftsunfähige sind Kinder unter 7 Jahren und Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, Abs. 1; beschränkt Geschäftsfähige sind Minderjährige über sieben Jahre und besachwalterte Personen nach § 268 ABGB, Abs. 2).

haltungspflicht weg. Sinnvoll wäre es gewesen, dem Gericht ohne Zwischenschaltung der gesetzlichen Vertreter die Entscheidung zu überlassen.

Mangels einer Zustimmung kann das Gericht diese ersetzen, sofern keine gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung vorliegen. Die Ehemündigkeit wurde gestrichen und geht in der Ehefähigkeit auf, wobei es ferner auf die *Entscheidungsfähigkeit*, also auf das individuelle faktische Können, ankommt. Nur die Ehefähigkeit ist entscheidend, also das Verständnis darüber, was eine Ehe ist und was es impliziert, eine Ehe einzugehen, sowie die Fähigkeit, nach dieser Einsicht handeln zu können. Die Folgen einschätzung in Bezug auf die Ehe oder ihre Auflösung stehen – wie nach bisherigem Recht – im Hintergrund. Maßgeblich ist nur, ob die ehewillige Person den Ehevorgang konkret erfassen kann. Eine Stellvertretung *entscheidungsunfähiger* Personen ist, anders als bislang, nicht mehr vorgesehen. Für Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben und vom Gericht für ehefähig erklärt wurden (§ 1 Abs. 2 EheG neu), bedarf es zusätzlich zur Entscheidungsfähigkeit solcher Personen noch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die Materialien begründen dies damit, dass es sich um eine schwerwiegende Entscheidung handelt und die minderjährige Person grundsätzlich über weniger Lebenserfahrung als eine erwachsene Person verfügt. Durch die *gemeinsame Entscheidung* der Minderjährigen und ihrer gesetzlichen Vertreter sollen die Minderjährigen *unterstützt* werden.⁷⁹

Die Differenzierung zwischen Entscheidungsfähigkeit als individuelles faktisches Können der oder des Minderjährigen, die gerichtlich bejaht wurde und der gemeinsamen Entscheidung der oder des Minderjährigen und deren gesetzlicher Vertreter als Unterstützung in der eigenen Willensbildung wird in den Materialien leider nicht weiter ausgeführt. Sie mutet artifiziell an. Auch die Tatsache, dass zwar einerseits die konkrete Erfassung des Eheschließungsvorgangs genügen soll, es sich aber andererseits bei der Eheschließung um eine schwerwiegende Entscheidung handelt, ist nicht friktionsfrei. Schließlich dürfte die grundsätzliche Annahme, dass Minderjährige über weniger Lebenserfahrung verfügen als Erwachsene, wohl widerlegbar sein, zumal es sich um die Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit handelt, die gerichtlich individuell festgestellt werden kann.

Mangelnde Ehefähigkeit führt, wie bisher, zur Vernichtbarkeit der Ehe. Die mangelnde Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nach § 35 EheG neu als Aufhebungsgrund ausgestaltet. Weggefallen ist die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Ehe bei fehlender Ehefähigkeit für nichtig erklären zu lassen (§ 28 EheG neu), denn „es besteht kein öffentliches Interesse, eine solche vernichtbare Ehe für nichtig erklären zu lassen.“⁸⁰ Diese gesetzgeberische Entscheidung ist uneingeschränkt zu begrüßen.

In Österreich ist also die Ehe von Kindern (nach Art. 1 KRK sind dies grundsätzlich Personen unter 18 Jahren) nicht *per se* ausgeschlossen. Mit Blick auf hohe Flüchtlingszahlen führte die Debatte über die Kinderehe in Deutschland zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, welches am 22.07.2017 in Kraft getreten ist.⁸¹ Das Ehemündigkeitsalter wird auf 18 Jahre (Eintritt der Volljährigkeit) festgelegt (§ 1303 S. 1 BGB). Im In- wie im Ausland geschlossene Ehen, die nach Vollendung des 16. Lebensjahres, aber vor Eintritt der Volljährigkeit geschlossen wurden, sind aufhebbar (§ 1314 Abs. 1

79 1461 BlgNR XXV. GP, 60 f.

80 1461 BlgNR XXV. GP, 61.

81 Gesetz vom 17.07.2017, dBGBI I 2017 S. 2429.

BGB; Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB); Ehen, die vor Vollendung des 16. Lebensjahres geschlossen wurden, sind unwirksam (§ 1303 S. 2 BGB; Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB). Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB sieht schließlich vor, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB dann nicht gilt, wenn 1. der minderjährige Ehegatte 18 Jahre vor dem Datum des Inkrafttretens geboren worden ist, oder 2. „die nach ausländischem Recht wirksame Ehe bis zur Volljährigkeit des minderjährigen Ehegatten geführt worden ist und kein Ehegatte seit der Eheschließung bis zur Volljährigkeit des minderjährigen Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte.“ Bestätigen minderjährige Ehegatten nach Eintritt der Volljährigkeit die Ehe oder liegen außergewöhnliche Umstände vor, auf Grund derer die Aufhebung eine so schwere Härte für die Betroffenen darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmslos geboten erscheint, so ist von einer Aufhebung abzusehen (§ 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Als außergewöhnliche Gründe heben die Materialien schwere oder lebensbedrohende Krankheit oder eine krankheitsbedingte Suizidabsicht hervor. Der Bundesrat regte in seiner Stellungnahme⁸² erfolglos an, die in § 1315 Abs. 1 Nr. 1 b BGB-E enthaltene Härteregelung allenfalls weiter zu fassen, damit weitere besondere soziale und psychologische Belange der betroffenen Minderjährigen bzw. insgesamt das Kindeswohl berücksichtigt werden könnten. Er hielt des Weiteren insbesondere mit Blick auf die im Ausland geschlossenen Ehen die weitreichende Ermessensreduzierung aus Gründen des Kindeswohls⁸³ und der Einzelfallgerechtigkeit für nicht sachgerecht.⁸⁴

Im Vergleich der einschlägigen Regelungen des 2. ErwSchG mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen fällt auf, dass der österreichische Gesetzgeber gut beraten war, das Kollisionsrecht nicht abzuändern. Materiell-rechtlich reichen die Änderungen (insbesondere des EheG) auch weniger weit als im deutschen Recht. Was bleibt ist allerdings die weitgehende Außerachtlassung grund- und menschenrechtlicher Vorgaben, wie sie die KRK, EMRK, GRC, GFK und das EU-Richtlinienrecht enthalten, wohl deshalb, weil das Gesetz die Neuordnung der gerichtlichen Fürsorge für Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen,

82 BR-Drucks. 275/17 (Beschluss) vom 12.05.2017, als Anlage 3 zu BT-Drucks. 18/12377, 10.

83 Etwa wenn der Altersunterschied zwischen den Ehegatten nicht groß ist, eine durch die häufig traumatische Flucht eingegangene enge Bindung vorliegt, beide an der Ehe festhalten wollen und das Kindeswohl der Ehe nicht entgegensteht. Pauschale Lösungen seien „vor dem Hintergrund der prioritären Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohls“ abzulehnen, vielmehr könne nur „eine einzelfallbezogene Prüfung des Kindeswohls des oder der betroffenen Minderjährigen (...) Kindeswohlgesichtspunkten ausreichend Rechnung tragen (...)“. BR-Drucks. 275/17 (Beschluss) vom 12.05.2017, als Anlage 3 zu BT-Drucks. 18/12377, 10. In ihrer Gegenäußerung hielt die Bundesregierung den Bedenken des Bundesrates entgegen, dass weder die Regelung selbst noch die Gesetzesbegründung eine taxative Aufzählung der Härtefälle enthielten und eine Ausweitung bis hin zu einer allgemeinen Kindeswohlprüfung im Einzelfall dem Gesetzesziel, Rechtsklarheit zu schaffen, entgegenstünden, Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 4 zu BT-Drucks. 18/12377, 11.

84 An kritischen Stellungnahmen hat es nicht gefehlt. Vgl. ua. *Marianne Andrae*, Flüchtlinge und Kinderehen, NZFam 2016, 923; *Jennifer Antomo*, Verbot von Kinderehen?, ZRP 2017, 79; *dies.*, Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht, NZFam 2016, 1155; *Michael Coester*, Kinderehen in Deutschland. Stellungnahme der Kinderrehtekommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. [DFGT] v. 29.11.2016, FamRZ 2017, 77; *Christian F. Majer*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, NZFam 2017, 537; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 7/2017 <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-7-17-initiative-zur-kinderehe-diskussion> (Stand: 01.02.2017); Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Hinweise des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF) vom 22. Februar 2017 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, https://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2017/DIJuF-Hinweise_Gesetzesentwurf_Bekaempfung_von_Kinderehen_v_22.02.2017.pdf (abgerufen am 22.02.2017).

durchführt und die Grundgedanken des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen⁸⁵ in das österreichische Recht umsetzen will.⁸⁶ Weder Flüchtlings- noch Migrationsfragen standen zur Debatte.

Die Diskussionsvorschläge um das Ehesfähigkeitsalter und sonstige Voraussetzungen der Eheschließung bedürften (auch aus österreichischer Sicht) trotzdem einer Prüfung von der *Rechtsfolgenseite* her. Bei Maßgeblichkeit des Heimatrechts der Migrant(inn)en – Wirksamkeit der Ehe vorausgesetzt – und der Anwendung der Vorbehaltsklausel ist im Ergebnis (im Entscheidungszeitpunkt) zu prüfen, ob eine solche Ehe gegen Grund- und Menschenrechte, verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte bzw. tragende Grundwerte der Rechtsordnung verstößt. Wurde eine Minderjährigenehe frei von Zwang⁸⁷ eingegangen, wollen beide Ehegatten an der Ehe festhalten, sind gemeinsame Kinder in dieser Ehe geboren und haben sie eine eheliche Lebensgemeinschaft geführt, stünde die Nichtanerkennung einer solchen Ehe in deutlichem Widerspruch zu den grund- und menschenrechtlichen Vorgaben. Verheiratete minderjährige Flüchtlinge würden zunächst getrennt untergebracht werden, unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche zwischen den Ehegatten fielen weg, die Obsorge für die Kinder würde (zunächst) vom KJHT (Kinder- und Jugendhilfeträger)⁸⁸ wahrgenommen werden. Mit anderen Worten: Es wird mehr Leid verursacht als Gutes bewirkt.

Einige dieser zu berücksichtigenden menschenrechtlichen Vorgaben finden sich in der KRK. Diese legt zum einen ihren persönlichen Anwendungsbereich fest: Kinder sind alle Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sofern die Volljährigkeit nach dem anzuwendenden Recht nicht zu einem früheren Zeitpunkt eintritt (Art. 1 KRK). Zum anderen schreibt sie in Art. 3 Abs. 1 den Grundsatz des Kindeswohls fest, wonach bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein *vorrangig* zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist (dazu auch Art. 24 GRC).⁸⁹ Neben dem Diskriminierungsverbot (Art. 2 KRK; Art. 14 EMRK; Art. 21 GRC), dem Recht des Kindes auf Achtung seiner Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen (Art. 8 KRK; Art. 8 EMRK), seinem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 12 KRK; Art. 6 EMRK), auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 14 KRK; Art. 9 EMRK; Art. 10 GRC) und auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 16 KRK; Art. 8 EMRK; Art. 7 GRC) wäre mit Erreichen des heiratsfähigen Alters sein Recht auf Eheschließung (Art. 12 EMRK; Art. 9 GRC) hervorzuheben.

Nachvollziehbar ist die ausgesparte Auseinandersetzung des 2. ErwSchG mit Art. 12 Abs. 2 GFK, wonach die von einem Flüchtling vorher erworbenen, auf einer personenrechtlichen Stellung beruhenden Rechte, „insbesondere solche Rechte, die sich aus einer Verehelichung ergeben,“ von den vertragschließenden Staaten anzuerkennen

85 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl. III Nr. 155/2008 idF. BGBl. III Nr. 71/2017.

86 RV 1461 BlgNR XXV. GP. 1.

87 Dazu ua. *Moritz Assall/Karl Marxen*, Die Rechtsentwicklung zur Verhinderung von Zwangsehen in Deutschland und Österreich, *juridikum* 2011, 170.

88 Nach früherer Terminologie Jugendwohlfahrtsträger, generell geläufig als Jugendamt. Die jeweilige Landesgesetzgebung bestimmt die Organisationseinheit, welche die Kinder- und Jugendhilfefunktionen wahrzunehmen hat.

89 Zur Entstehungsgeschichte um den Stellenwert des Kindeswohls als „paramount consideration“ oder (lediglich) „primary consideration“ etwa *Bea Verschraegen*, Die Kinderrechtekonvention (1996) 18.

sind. Dies wird an die Voraussetzung geknüpft, dass „die nach der Gesetzgebung des betreffenden Staates allfällig vorgesehenen Formalitäten erfüllt worden sind“ und dass „es sich bei diesen Rechten um solche handelt, die von der Gesetzgebung des betreffenden Staates auch anerkannt werden würden, wenn die in Frage stehende Person nicht Flüchtling wäre.“ Die entsprechenden Normen des 2. ErwSchG sind nämlich dezidiert *keine Kollisionsnormen*. Sie deklarieren sich – zu Recht – auch *nicht als Eingriffsnormen*. Innerhalb der Union scheidet die Anwendung der Vorbehaltsklausel im Falle einer Eheschließung in einem Land, welches das Ehefähigkeitsalter niedriger als im österreichischen Recht festlegt, schon am Recht auf Freizügigkeit,⁹⁰ für Angehörige aus Drittstaaten ist bei der *ordre public*-Prüfung zu beachten, dass die Anwendung der fremden Norm im konkreten Fall und bei vorliegendem Inlandsbezug im Entscheidungszeitpunkt zu einem Ergebnis führen muss, welches mit den tragenden Werten der *lex fori* unvereinbar ist (§ 6 IPRG). Eine wirksam im Ausland geschlossene Ehe ohne Inlandsbezug wird nicht dadurch vorbehaltlos relevant, dass die Grenze zu Österreich überschritten wird. Weicht das fremde Mindestalter von der Altersgrenze nach österreichischem Recht ab, so liegt nicht *per se* ein Verstoß gegen den *ordre public* vor.

In Anbetracht der bestehenden Altersstufen für verschiedene rechtserhebliche „Fähigkeiten“ (Testierfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Wahl des religiösen Bekenntnisses, sexuelle Beziehungen, Wahlrecht usw.) sowie der individuellen Relevanz der informierten Einwilligung für Heil- bzw. medizinische Behandlungen, und nicht zuletzt der großzügigen Beurteilung hinsichtlich der konkreten Erfassung des Eheschließungsvorgangs seitens der Verlobten, mutet es befremdlich an, dass im Migrationskontext recht schnell iSd. neuen Terminologie an fehlende Entscheidungsfähigkeit gedacht wird. Dies ist nur nachvollziehbar, wenn man einen *bestimmten Ehetypus* – gerade im islamischen Kontext – vor Augen hat, in welchem eine minderjährige, völlig unerfahrene und naive Frau zu einer Ehe mit einem älteren Ehemann gedrängt wurde, dieser Ehe *ab initio* die Gleichbehandlung abgesprochen wird, eheliche Kinder ein Ergebnis sexueller Unterdrückung und fehlender Selbstbestimmung der Frau sind und eine eheliche Lebensgemeinschaft (nach westlichem Muster) undenkbar ist. Ob dies *in casu* der Fall ist, muss stets im konkreten Fall geprüft werden.

Viele Flüchtlinge verfügen schon auf Grund ihrer Kriegs- oder vergleichbarer Erfahrungen über eine bemerkenswerte Lebensreife. Nicht wenige haben Fluchtszenarien hinter sich, die dramatische Höhepunkte erreicht haben, und verbrachten regelmäßig längere Zeit in Zelten, Camps oder unter freiem Himmel, wo ihnen nichts anderes übrig geblieben ist, als ihr Überleben so gut wie möglich zu organisieren. Einmal im „Westen“ angekommen, werden sie mit einer fremden Kultur, einer fremden Sprache, einer unbekanntem Umgebung und mit Integrationsvorgaben konfrontiert, die schier unerfüllbar sind. Viele Flüchtlinge sind zudem traumatisiert und das verlorene Vertrauen in einen geordneten Staat und funktionierende Institutionen, so sie damit überhaupt aufgewachsen sind, kann nicht quasi im Augenblick des Grenzüberganges in westlichen Anspruch und Vertrauen auf Rechtsstaatlichkeit übersetzt werden. Alles ist fremd und Zuversicht muss erst wachsen. Wenn demnach der Eindruck entsteht, dass Flüchtlinge und Flüchtlingsfamilien sich vor Integration scheuen, weil sie in ihrer geschützten familiären Umgebung Sicherheit und Frieden suchen, so wäre mehr Ver-

90 Ua. Michael Coester, Kinderehen in Deutschland, FamRZ 2017, 77 (79).

ständnis angebracht. Zwang, Druck und Angst kennen Flüchtlinge zur Genüge. Eine im Ausland *wirksam* geschlossene Minderjährigenehe, an der die betroffene minderjährige Person *festhalten möchte*, sollte demnach *bei Fehlen eines ausreichenden Inlandsbezugs* nicht „aus Prinzip“ über die Vorbehaltsklausel zu Fall gebracht werden. Immerhin hat der Gesetzgeber des 2. ErwSchG ja auch das öffentliche Interesse, eine wegen Fehlens der Ehefähigkeit vernichtbare Ehe auf Initiative der Staatsanwaltschaft für nichtig erklären zu lassen, eindeutig verneint.

Auch das von Österreich ratifizierte UN-Eheschließungsübereinkommen,⁹¹ welches es in Art. 2 den Vertragsstaaten überlässt, im Wege der Gesetzgebung das Heiratsmindestalter zu bestimmen und es den zuständigen Behörden freistellt, aus schwerwiegenden Gründen im Interesse der künftigen Ehegatten Befreiung vom Alterserfordernis zu erteilen, hat nicht die wirksam im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen zum Gegenstand. Vielmehr lässt sich den Materialien⁹² lediglich entnehmen, dass eine Ehe unterhalb eines bestimmten Mindestalters nicht geschlossen werden soll, aber aus gewichtigen Gründen im Interesse der Verlobten Befreiung von diesem Erfordernis erteilt werden kann. Diese Erfordernisse hatte im Übrigen schon die seinerzeit geltende Rechtslage⁹³ erfüllt. Sie sah ein Mindestalter von 21. Jahren für den Mann vor und verlegt aus heutiger Sicht das Recht auf *Freiheit der Eheschließung*, auch wenn unter bestimmten Voraussetzungen eine Befreiung möglich war. Das Mindestalter von 16 Jahren für die Frau sah schon damals eine *nicht* an gesetzliche Voraussetzungen geknüpfte Befreiungsmöglichkeit vor. In Bezug auf das erforderliche Mindestalter dürften demnach weder das Übereinkommen selbst noch die Materialien und die seinerzeitige Rechtslage zur Frage beitragen, wie dazu aus heutiger Sicht Stellung zu nehmen ist. Da § 17 IPRG an das Heimatrecht eines jeden Verlobten anknüpft, ist zunächst dieses heranzuziehen und sodann bei starker Divergenz zur österreichischen Rechtslage und ausreichendem Inlandsbezug, eine *ordre public*-Prüfung durchzuführen.

Folglich bleibt die Frage nicht erspart, ob solchen Ehen eine absolute Mindestaltersgrenze abverlangt werden darf, deren Unterschreiten an der Vorbehaltsklausel scheitern. Die Meinungen zu einem solchen absoluten Mindestalter divergieren.⁹⁴ Die Vorbehaltsklausel, die eine Ergebnisprüfung im konkreten Fall abverlangt, wird somit im Lichte des – im Übrigen nicht nur grund- und menschenrechtlich, sondern auch ver-

91 Übereinkommen über die Erklärung des Ehemillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschließungen, BGBl Nr. 433/1969, in Kraft getreten am 30.12.1969.

92 1209 BlgNR XI. GP (vom 13.03.1969), 1 (8).

93 § 1 EheG, dRGBl. I 807/1938 idF. StGBI. 31/1945; §§ 1, 11, 61 der Ersten Durchführungsverordnung zum EheG, dRGBl. I 302/1938 idF. StGBI. 31/1945.

94 Unter 14 Jahren unter Vorbehalts Gesichtspunkten kritisch zu beurteilen und in der Regel gegen Art. 6 EGBGB (*ordre public*-Klausel) verstoßend: *Gerhard Hohloch* in Erman, BGB¹⁴ (2014) Art. 13 EGBGB Rn. 24; *Juliana Mörsdorf-Schulte* in BeckOK BGB, *Bamberger/Roth*⁴² Art. 13 EGBGB Rn. 25 (Stand: 01.02.2016). Für ein Mindestalter von 14 Jahren etwa *Rainer Frank*, Die Anerkennung von Minderjährigenehen, StAZ 2012, 129 (130 f.); Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF), Anerkennung der Eheschließung eines nach ausländischem staatlichen bzw. religiösem Recht verheirateten minderjährigen Flüchtlings, JAmt 2016, 127 (128 f.). Ein Mindestalter von 15 Jahren noch hinnehmend *Peter Mankowski* in Staudinger, Art. 13-17b EGBGB (Neubearbeitung 2010) Art. 13 EGBGB Rn. 203. Für ein Mindestalter von 16 Jahren *Michael Coester* in MüKoBGB⁵ (2015) Art. 13 EGBGB Rn. 38; *Mathias Rohe*, Eheschließung in islamischen Staaten – Prüfung der Wirksamkeit durch deutsche Behörden, StAZ 2006, 93 (95).

fassungsrechtlich geschützten⁹⁵ – Kindeswohls auf Unvereinbarkeit mit diesem tragenden Grundsatz heranzuziehen sein. Bei fehlendem Inlandsbezug, langjähriger Ehe und möglicherweise aus dieser Ehe stammenden Kindern sowie bei vorliegender Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen, scheint wenig Raum, die wirksam im Ausland geschlossene Ehe aus Gründen des *ordre public* nicht anzuerkennen, zumal auch Art. 8 EMRK und die Konsequenzen für die Ehegatten selbst sowie für deren Kinder zu beachten sein werden.

2. Religiöse Trauung/Zivilehe

Eine völlig andere Frage ist, wie mit einer der staatlichen Eheschließung vorangehenden *religiösen Trauung* zu verfahren ist. Aus österreichischer Perspektive hat die religiöse Trauung nur Bedeutung im religiösen Bereich.⁹⁶ Die obligatorische Zivilehe ist in § 15 Abs. 1 EheG festgeschrieben. Dem ist aber nicht überall so. Ein paar Beispiele seien im Folgenden angeführt: Das *norwegische* EheG⁹⁷ stellt gleich vier Optionen zur Verfügung, darunter die Eheschließung vor einem Geistlichen der Staatskirche von Norwegen und die vor einem öffentlichen Notar.⁹⁸ Nach *polnischem* Recht kann zwischen einer Zivilehe und einer kirchlichen Ehe gewählt werden, wobei letztere nur staatlich anerkannt wird, wenn die Anerkennung für Eheschließungen der betreffenden Religionsgemeinschaft eigens zugelassen ist.⁹⁹ Auch in *Italien* haben Nupturient(inn)en die Wahl zwischen einer kirchlichen Trauung und einer Ziviltrauung,¹⁰⁰ das Gleiche gilt für das *Vereinigtes Königreich*.¹⁰¹

Die religiöse Eheschließung ist kein durch Migration bedingtes Phänomen. Ihre Kontextualisierung mit dem Islamrecht und die Warnung vor „Parallelgesellschaften“ mögen zum Teil durch die Befürchtung genährt sein, dass staatliche Mindestvoraussetzungen unterlaufen würden.¹⁰² Diesen Voraussetzungen wird freilich auch der *Codex Iuris Canonici*¹⁰³ nicht gerecht, was in jenen Ländern, wie Österreich und Deutschland, welche die obligatorische Zivilehe vorsehen, auch dann kein Problem ist, wenn die

95 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 4/2011 (idF. BVG Kinderrechte). Dazu bspw. *Helmut Sachs*, Kinderrechte in der Verfassung – Was nun? Zur Umsetzung internationaler Normen im nationalen Recht am Beispiel des BVG Kinderrechte 2011 – enttäuschend, aber mit Potential, EF-Z 6/2011/127, 204.

96 Zur Lage in Deutschland siehe etwa *Martin Menne*, Herausforderungen für die Familiengerichtsbarkeit aufgrund von Migration und Flüchtlingsbewegungen insbesondere in Kindschaftssachen, FamRZ 2016, 1223 (1224 f.).

97 The Marriage Act, <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-marriage-act/id448401/> (abgerufen am 05.01.2018).

98 The Marriage Act, Part I Ch. 3 S. 12 a-d.

99 Allgemeine Informationen unter <http://www.migrant.info.pl/types-of-marriages-in-poland.html> (abgerufen am 05.01.2018).

100 Art. 82 Libro Primo, Titolo VI, Capo II Codice civile (kirchliche Trauung), Art. 107 Libro Primo, Titolo VI, Capo III, Sezione IV Codice civile (Ziviltrauung), <http://www.altalex.com/documents/news/2014/08/22/del-matrimonio-celebrato-davanti-all-ufficiale-dello-stato-civile> (abgerufen am 05.01.2018).

101 Marriage Act 1949 idgF., Part II und III, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents> (abgerufen am 05.01.2018); zur Entwicklungsgeschichte *Holly Winfield*, Marriage: A review of the documented state of union in England (2016) Civitas: Institute for the Study of Civil Society, <http://www.civitas.org.uk/content/files/marriageareviewofthedocumentedstateoftheunioninengland.pdf> (abgerufen am 05.01.2018).

102 Vgl. etwa *Michael Coester*, Kinderehen in Deutschland, FamRZ 2017, 77 (78).

103 CIC, Buch 4, Teil 1, Titel 7, Kapitel III, Can. 1083 § 1, <http://www.codex-iuris-canonici.de/indexdt.htm> (abgerufen am 05.01.2018).

kirchliche Ehe der Ziviltrauung allenfalls *contra legem* vorgezogen würde. Aus staatlicher Sicht entfaltet die im Inland geschlossene religiöse Eheschließung keine Wirkung. Vor allem schließt sie auch nicht aus, dass die Ehegatten – gleichgültig wo sie leben – ebenso in einer „Parallelwelt“ leben können, die freilich in Europa als nicht bedrohlich empfunden wird. Der wesentliche Punkt ist, dass die Diskussion um eine „Parallelgesellschaft“ sich nahezu ausschließlich auf Angehörige islamischen Glaubens bezieht. Sachprobleme aufzugreifen, statt sich in Phantasien über Schattenwelten zu verlieren, könnte mehr zu einer Problemlösung beitragen. Grund- und menschenrechtliche Sachprobleme, wie etwa *Ausbeutung*, *Unterdrückung*, *Verschleppung*, *Kindesmissbrauch*, *Versklavung*, sind nicht auf die islamische Welt beschränkt.

3. Eheliche Rechte und Pflichten

Wohlerworbene Rechte, dazu auch die wirksam im Ausland eingegangene Ehe, sind nach Art. 12 Abs. 2 GFK anzuerkennen. Sofern ein fremdes Statut maßgeblich ist, richten sich eheliche Rechte und Pflichten nach diesem Recht. Allerdings schlagen auch hier die grund- und menschenrechtlichen Standards durch. Zu ihnen zählen ua. die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Verbot sexueller Unterdrückung, das Gewaltverbot, das Recht auf Privatsphäre usw. Das Rechte-Pflichten-Gefüge innerhalb der Familie ist grundsätzlich vom Schutz nach Art. 8 EMRK erfasst, sodass es für den Staat eine *Eingriffsschwelle* gibt. Solange die Verhältnisse – im Jargon des Amtes für Jugend und Familie – „unauffällig“ sind, liegt kein Grund für ein amtswegiges Einschreiten vor. Den betreffenden Ehegatten steht der Behördenweg offen, um Abhilfe zu schaffen (ua. Wegweisung, Zuspruch von Unterhalt, Scheidung).

4. Pflege und Erziehung

Fragen der Pflege und Erziehung stellen sich in der Regel dann, wenn die Familie, allenfalls im Zuge der Familienzusammenführung, Asyl erhalten hat. In der Praxis herrschen bei Familien mit Migrationshintergrund möglicherweise Vorstellungen über Pflege und Erziehung der Kinder vor, die sich mit staatlichem Recht nicht oder nicht ohne Weiteres vereinbaren lassen.¹⁰⁴ Die religiöse Freiheit der Eltern ist ihr persönliches Recht, welches sich allerdings am Kindeswohl ausrichten muss. Letzteres hat privat- und öffentlich-rechtliche Komponenten und richtet sich nicht nach dem Heimatrecht der Flüchtlinge, sondern nach grund- und menschenrechtlichen Standards und somit auch nach dem von diesen Maßstäben geprägten innerstaatlichen Recht. Ob und wie diese Grundsätze im Privatleben umgesetzt werden, tritt in der Regel (erst) im Kontakt mit außerfamiliären Institutionen, Behörden, DienstleistungserbringerInnen zutage. Zu diesen zählen etwa Kindergärten, Schulen, allenfalls der KJHT mit dem beratenden und betreuenden Personal, ArbeitgeberInnen, Träger des Gesundheitswesens (Ärztinnen und Ärzte, Pflegepersonal, Krankenanstalten) usw.

Insbesondere Kindergärten und Schulen sind jene Institutionen, die täglichen Kontakt mit den Kindern pflegen. Sie haben zeitgemäße pädagogische Maßnahmen und Ziele, etwa rasche Integration, persönliche Entfaltung des Kindes und koedukative Erzie-

¹⁰⁴ Statt vieler *Haci-Halil Uslucan*, Kulturelle Sensibilität in Pflegschaftsverfahren. Auswirkungen kultureller Heterogenität auf die familienrechtliche Praxis, iFamZ 2010, 339; *Haci-Halil Uslucan*, Familie, Migration und Kindeswohl, FuR 5/2012, 236.

hung, um- und durchzusetzen. Tritt ein Spannungsverhältnis mit den erzieherischen und/oder religiösen Vorstellungen der Eltern auf, so hat das Kindeswohl Vorrang. Das bedeutet, dass die Teilnahme am obligatorischen gemischten Schwimmunterricht als Bestandteil des durch den Staat garantierten Rechts des Kindes auf persönliche Entfaltung zur Integration in der Gesellschaft unabdingbar ist. Im „Burkini-Fall“ hat der EGMR¹⁰⁵ entschieden, dass die Pflicht zur Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen schulischen Schwimmunterricht – jedenfalls bis zum Eintritt der Pubertät, ab deren Erreichen die Befreiung von der Teilnahmepflicht möglich sei – auch für muslimische Mädchen gilt und eine Beeinträchtigung des Rechts auf freie Religionsausübung hinzunehmen sei. Richtschnur und somit legitimes Ziel ist hierbei der Schutz ausländischer SchülerInnen vor sozialer Ausgrenzung. Der Vorschlag der schweizerischen Behörden, die Teilnahme durch das Tragen eines Burkinis zu erleichtern, war zwar von den Eltern abgelehnt, aber vom EGMR als rechtmäßige Ausübung des staatlichen Ermessens gewertet worden. Die Bedeutung des gemischtgeschlechtlichen Unterrichts beschränke sich nicht darauf, dass die Kinder schwimmen lernen und eine körperliche Aktivität ausüben. Sie liegt vor allem in dem Umstand, diese Aktivität gemeinsam mit allen anderen SchülerInnen auszuüben, ohne jede Ausnahme auf Grund der Herkunft der Kinder oder der religiösen oder philosophischen Überzeugungen ihrer Eltern.¹⁰⁶ Die Verletzung der Religionsfreiheit wurde mE. daher zu Recht verneint.

Im Bereich der Pflege und Erziehung kommt die Übertragung der Obsorge an den KJHT nur subsidiär in Betracht. Sind die leiblichen Eltern nicht in der Lage, die aus der Obsorge fließenden Rechte und Pflichten wahrzunehmen und stehen auch keine nahestehenden Verwandten zur Verfügung, dann wird das Kind nach Möglichkeit bei Pflegeeltern, die der KJHT auswählt, untergebracht. Im Lichte des Kindeswohls wird ua. auf die religiöse Zugehörigkeit des Kindes bei Obsorgemaßnahmen Bedacht genommen. Angesichts der geringen Zahl an muslimischen Pflegeeltern wird auch die Fremdunterbringung bei Andersgläubigen eine angemessene Alternative darstellen können.¹⁰⁷ Auch hier wird das Kindeswohl vor Überlegungen der Religionsausübung vorrangig zu berücksichtigen sein.

Das *Recht auf Privatsphäre* ist tangiert, wenn es sich etwa um Sprachgepflogenheiten innerhalb der Familie sowie im Freizeitbereich handelt. Selbstverständlich soll es den Familienmitgliedern freistehen, welche Sprache(n) sie im privaten Bereich sprechen. Das wird auch bei Freizeitaktivitäten außerhalb privater Räumlichkeiten gelten, darunter auch im Innenhof eines Kindergartens oder einer Schule während der Pausen, ferner in Warteräumlichkeiten von Behörden, Ordinationen, Kanzleien und Kranken-

105 EGMR 10.01.2017, BeschwNr. 29086/12, *Osmanoğlu et Kocabaş / Suisse*.

106 EGMR 10.01.2017, BeschwNr. 29086/12, Rz. 94 ff.

107 Vgl. etwa OGH 22.10.2014, 3 Ob 179/14s, EF-Z 2015/66 (*Susanne Beck*): Zur Unterbringung in einer christlichen Familie, wobei die „Zwangschristianisierung“ bzw. „Entfremdung vom Türkentum“ (etwa auf Grund des Tragens eines Kreuzes aus einem Kaugummiautomaten) nicht festgestellt werden konnte. Dazu *Philipp Aichinger*, Die Presse 2014/52/01, Rechtspanorama vom 21.12.2014, <https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4624588/Kreuz-am-Hals-kein-Grund-Kind-zurueckzuholen> (Stand: 21.12.2014). Zu den Voraussetzungen einer Sorgerechtsentziehung und Unterbringung in einer Pflegefamilie nach deutschem Recht (und nicht im Zusammenhang mit der Religionsausübung, sondern mit negativen Stereotypen wie „afrikanische Erziehungsmethode“, „afrikanische Verhaltensweisen“, die – nebst anderen monierten Vorurteilen in der Sachverständigenbegutachtung – eine die Fremdunterbringung verfassungsrechtlich rechtfertigende Kindeswohlgefährdung nicht zu begründen vermochten) zu Recht anspruchsvoll BVerfG 19.11.2014, 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223.

anstellen. Sobald die Kommunikation im Unterricht, mit den Behörden, mit Ärztinnen und Ärzten bzw. Pflegepersonal, mit rechtsfreundlichen VertreterInnen usw. gesucht bzw. erforderlich ist, wird in der Regel anderes gelten.

Die *Mitwirkung von nahen Angehörigen* ist (auch) im Migrationskontext durchaus erwünscht und notwendig. Flüchtlinge kommen manchmal mit nahen Angehörigen nach Österreich oder solche befinden sich schon im Land bzw. in Europa. Üblicherweise werden minderjährige Flüchtlinge in Jugendwohlfahrtsbetreuung übernommen. Soweit es sich nicht um *unbegleitete minderjährige Flüchtlinge* (UMF) handelt,¹⁰⁸ treten Situationen auf, in welchen die Mitwirkung bzw. Unterstützung der Angehörigen erforderlich oder zumindest aus unterschiedlichen Gründen erwünscht ist. Handelt es sich um einen den minderjährigen Flüchtling begleitenden volljährigen Flüchtling, so sprechen in der Regel einige Gründe dafür, diesem zumindest Teilbereiche der Obsorge zu übertragen¹⁰⁹ und ihm mit fachkundiger Beratung – etwa durch Besuche von SozialarbeiterInnen – tatkräftig beizustehen. Insbesondere Geschwister sollten nicht voneinander getrennt werden: Denn die gemeinsame Fluchterfahrung, die gemeinsame Sprache und die familiäre Nähe unterstützen Flüchtlinge, sich im Zuzugsland zu integrieren. Manche (volljährige) Flüchtlinge erklären sich in der Praxis bereit, (zumindest) die faktische Verantwortung für Pflege und Erziehung zu übernehmen, sehen sich aber nicht in der Lage, rechtlich mit der Obsorge betraut zu werden. Gesetzlicher Vertreter ist diesfalls der KJHT (§ 209 ABGB), sofern keine geeignete Alternative vorhanden ist bzw. die volljährige Person nicht geeignet ist oder sich nicht in der Lage sieht, die Verantwortung zu übernehmen. Der KJHT hat zu prüfen, ob das Wohl der minderjährigen Person gefährdet wäre, wenn er mit seinem nächsten Verwandten zusammen wohnen würde. Wird diese Frage bejaht, dann wird die volle Erziehung der minderjährigen Person durch den KJHT übernommen und jene ist unterzubringen.¹¹⁰ Das oberste Ziel für das Einschreiten der Behörden ist, die Gefährdung der Minderjährigen hintanzuhalten, wobei geringfügige Unzulänglichkeiten hinzunehmen sind. Die Behörden wenden für Maßnahmen wie diese und jedenfalls bei vorläufigen Entscheidungen¹¹¹ auf Grundlage des KSÜ¹¹² österreichisches Recht als Aufenthaltsrecht an. Dem gewöhnlichen Aufenthalt steht der schlichte Aufenthalt gleich (Art. 6 Abs. 1, 2 KSÜ).

Viele angemessene, mitunter auch notwendige Maßnahmen richten sich hier nach faktischer Tunlichkeit und Durchsetzbarkeit. Behörden stehen der Mitwirkung von nahen Angehörigen soweit ersichtlich aufgeschlossen gegenüber.

108 Dazu *infra* V.2.

109 Siehe OGH 30.08.2016, 4 Ob 150/16m, EF-Z 1/2017, 22 (mit Anm. *Rainer Lukits* 23 f.): Im Fokus stand hier die Parteistellung bzw. das rechtliche Gehör der in Syrien verbliebenen obsorgeberechtigten Eltern; Hinweis von *Christoph Brenn*, EvBl. 2017/29, 219 (221) und Glosse von *Heinrich Stumvoll*, EvBl. 2017/29, 219 (221 ff.).

110 Bei Minderjährigkeit begonnene Maßnahmen können nach § 29 KJHG bis zum 21. Lebensjahr fortgesetzt werden. Volljährige Flüchtlinge werden nicht untergebracht (Bundesgesetz über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche [Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 – B-KJHG 2013], BGBl. I Nr. 69/2013).

111 Zu denken ist etwa an eine dringliche medizinische Maßnahme. Im Zweifel wird der KJHT einer solchen Maßnahme zustimmen.

112 Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996, BGBl. III Nr. 49/2011.

Zur Diskussion könnte auch eine *Adoption durch Verwandte* stehen. Die Adoption zielt rechtlich und tatsächlich auf ein Eltern-Kind-Verhältnis ab. Eine Adoption macht mitunter im gegebenen Zusammenhang Sinn: Wenn Geschwister oder Freunde gemeinsam die Flucht antreten oder sich im Zuzugsland begegnen, kann es zur faktischen Übernahme der Verantwortung durch die ältere Person kommen. Von formalen und materiell-rechtlichen Adoptionsvoraussetzungen, die nach dem anwendbaren Recht erfüllt sein müssen,¹¹³ und den aus der Adoption fließenden Rechtsfolgen eines Eltern-Kind-Verhältnisses abgesehen, spricht gegen die Adoption durch einen Geschwisteranteil (sog. „innerfamiliäre Adoption“ oder „Verwandtenadoption“) möglicherweise auch die Zweckverfehlung. Geschwister stehen nicht in einer Eltern-Kind-Beziehung zueinander, wie sie dem Gesetzgeber vorschwebt. Das bestehende Verwandtschaftsverhältnis zweier grundsätzlich gleichrangiger Personen würde mittels einer Adoption durch ein hierarchisches Verhältnis ersetzt.

Grundsätzlich sind jedoch gelindere Lösungen für die Pflege und Erziehung anzupfehlen. Hierfür kommt bspw. die (teilweise) Übertragung des Sorgerechts in Betracht, die dem Kindeswohl ausreichend Rechnung trägt und vom Schutz nach Art. 8 EMRK umfasst sein kann. Auch eine *Pflegekindschaft* kommt allenfalls in Betracht: Wenngleich es zu einer Rollenänderung (Geschwister bzw. Freunde / Pflegeelternanteil-Pflegekind) kommt, spricht für die Pflegschaft, dass das Kind eine rechtliche Option hat in die Herkunftsfamilie zurückzukehren.

5. Vaterschaftsanerkennnis als Konstrukt

Die Begründung von Rechtsverhältnissen „zum Schein“, um dadurch in den Genuss privat- oder öffentlich-rechtlicher Vorteile zu gelangen, ist nicht neu und nicht migrationsimmanent. Zur Diskussion stehen Schein-Vaterschaftsanerkennnisse.¹¹⁴ Es ist zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Aspekten zu unterscheiden. Für den Familiennachzug sind im Zweifel DNA-Tests möglich und zulässig. Im Familienrecht greift im Grunde die soziale Elternschaft. Was dokumentiert ist, gilt: Die Abstammung wird mit gutem Grund *ex offio* nicht überprüft und unterliegt dem Schutz des Privat- und Familienlebens und des Kindeswohls.¹¹⁵

6. Scheidungsrecht in einer multikulturellen Gesellschaft

Patriarchalisch ausgerichtete Familiensysteme¹¹⁶ sind mit hiesigen grund- und menschenrechtlichen Standards nicht vereinbar. Unterordnung, Zwang, Gewalt, sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit mögen im Ursprungssystem rechtens sein,

113 Im Mittelpunkt steht stets das Kindeswohl, zu welchem auch die Eignung des Elternteils / der Eltern zählt, im Flüchtlingskontext also die Frage, ob und wie die Flucht einschließlich allfälliger Traumatisierungen bewältigt wurde. Vgl. bspw. *Christoph Grünenwald*, Adoption und Flüchtlinge – Schaffen wir das?. Teil 2: Flüchtlinge, NZFam 2016, 389 (391 ff.).

114 Vgl. etwa *Gabi Probst*, Das Geschäft mit der Vaterschaftsanerkennung, <https://www.rbb-online.de/politik/beitrag/2017/06/vaterschaftsanerkennung-als-kriminelles-geschaeftsmodell.html> (Stand: 06.06.2017).

115 Zur deutschen Rechtslage siehe etwa *Ralph Göbel-Zimmermann*, „Scheinehen“, „Scheinlebenspartnerschaften“ und „Scheinväter“ im Spannungsfeld von Verfassungs-, Zivil- und Migrationsrecht, ZAR 2006, 81.

116 Aus psychologischer Sicht im Migrationskontext *Soner Tuna*, „Anne und Baba sollen sich wieder vertragen“ – Sensibilität in Umgangsfragen bei Familien mit Migrationshistorie, NZFam 2014, 896.

im Westen nicht. Das Heimatrecht von Flüchtlingen, welches Züge eines nicht gleichberechtigten Zugangs zum Gericht, einer fehlenden Gleichbehandlung von Frau und Mann und sonstige Unausgewogenheiten im Privatrecht aufweist, stößt in Europa auf berechnete Bedenken.

Anzuwendendes Heimatrecht und gelebte Praxis können jedoch auseinanderklaffen. Was in der Heimat zwingend vorgesehen ist, ist in moderneren islamischen Staaten mittlerweile vertraglich modifizierbar. Hinzu kommt, dass das kulturelle Umfeld im Zuzugsstaat mitunter krass von demjenigen im Heimatstaat divergiert. Dies kann im Laufe des Integrationsprozesses zu Friktionen zwischen den Ehegatten führen, weil die bisher gelebte Ehe, der gegenseitige Umgang und auch die Erziehungsgrundsätze im Kontext des neuen Umfeldes nicht passen und nicht unverändert fortgesetzt werden können. Wenngleich es auch nach österreichischem Recht den Ehegatten grundsätzlich freisteht, einvernehmlich ihre Ehe zu gestalten und ihre Kinder zu erziehen, sind dem Einvernehmen grund- und menschenrechtliche Grenzen gesetzt, die als Mindeststandards eingehalten werden müssen. Dies gilt auch für den Fall der Scheidung.

Die Gleichberechtigung der Frau sowie die Trennung von Kirche und Staat bedingen ein anderes Ehe- und Scheidungsverständnis als jenes, welches im Herkunftsstaat vorherrschen mag. Mit zunehmender Integration der Ehegatten werden sich diese schwer im bisherigen Konzept wiederfinden. Dies kann auf beiden Seiten zu Situationen führen, welche die Fortsetzung der Ehe als unzumutbar erweisen. Zu denken ist etwa an traditionelle Erwartungshaltungen (Pflege und Erziehung der Kinder ist grundsätzlich Aufgabe der Frau, ebenso wie Haushaltsführung und Tragen eines Kopftuches als „gute Muslimin“; Wahrnehmung von Verantwortung außerhalb des Familienverbandes obliegt dem Ehemann usw.), die aber nicht in allen Flüchtlingsfamilien vorherrschen. In Systemen, die auf das Vorliegen sowohl objektiver Scheidungsgründe als auch auf das Verschulden abstellen (darunter Österreich), könnte eine Reform angedacht werden. Die Scheidung aus Verschulden ausgeklammert, wäre eine Scheidung wegen Unzumutbarkeit ohne Verlust von allfälligen Unterhaltsansprüchen der Klägerrolle eine Option.

V. Kindeswohl in der Gemengelage

1. Über Tabus und Compliance

Privatrechtlich geregelt ist das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Je nachdem, wie dieses Verhältnis unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Kindeswohls in der Praxis funktioniert, wird die Betrauung mit der Obsorge durch das öffentlich-rechtlich geprägte Kinder- und Jugendwohlfahrtsrecht überlagert. Die klassischen Gründe, die zu einem behördlichen Einschreiten führen (vor allem Gewalt gegen das Kind oder seine Vernachlässigung), kommen häufig vor und sind daher im Migrationskontext nicht eigens zu diskutieren. Relevant ist vielmehr die Tatsache, dass spezifische, kulturell bedingte Vorstellungen über den Zusammenhang von Familienehre und -status und über den Umgang mit besonderen Bedürfnissen des Kindes auftreten.

Tabus¹¹⁷ können von Bedeutung sein: Sie betreffen geistige Krankheiten und psychische Störungen sowie die Zulassung zu einschlägigen Einrichtungen und kulturelle

117 Dazu ua. *Behnam Behnia*, Refugees' Convoy of Social Support, aaO., 12.

Annahmen über die Ursache der Krankheit oder Störung. Hinzu gesellen sich Sprachbarrieren, kulturelle Unterschiede, Misstrauen, fehlende Information über vorhandene Hilfsdienste, finanzielle Probleme, fehlendes Vertrauen in die Vorteile angebotener Dienstleistungen, Missverständnisse, frühere negative Erfahrungen und Angst vor Stigmatisierung.¹¹⁸ Die betroffenen Eltern suchen eher das Gespräch mit Freundinnen und Freunden, denn Institutionen und Behörden in den Herkunftsländern haben ihrer Erfahrung nach versagt. Mangels Vertrauensbasis trachten sie Gefühle zu verbergen und ihre Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartner sorgfältig auszuwählen. Die vertrauliche Behandlung der Informationen ist für die Betroffenen nicht selbstverständlich, so sie nicht ohnedies bezweifelt wird.

Migration impliziert, dass der unmittelbare Kontakt mit der Heimat abgebrochen wurde und mitunter manche Familienmitglieder in der Heimat verblieben sind, was impliziert, dass Flüchtlinge sich schuldig fühlen können, ihre Familie verlassen zu haben und nicht für sie sorgen zu können. Häufig stehen soziale und materielle Bedürfnisse im Vordergrund und überlagern den seelischen Zustand der Flüchtlinge. Es fehlt vielen an Resilienz und Sozialkapital (Kontakt vor allem mit Familie, Freundinnen und Freunden und Einheimischen, Aufbau von Vertrauen und sozialer Anerkennung zur Stärkung des Selbstwertgefühls und der sozialen Identität). Kinder sprechen oft nicht über ihre Probleme, um Eltern und Geschwister nicht zu belasten oder weil sie glauben, dass Aussprache die Probleme nur verschärft. Kinder lernen in der Regel schneller die Amtssprache als die Eltern, sie fühlen sich und sind gewissermaßen verantwortlich für sie. Einsamkeit ist ein großes Thema. Die Sorge um die Zukunft geht oft Hand in Hand mit dem Wunsch, unabhängig zu erscheinen und zuversichtlich der Umgebung gegenüber zu wirken.

Die Annahme von Hilfe wird häufig als unwürdig und regelwidrig angesehen. Das widerspiegelt fehlendes Vertrauen und Unsicherheit über die Zukunft auf Grund der verletzbaren Situation, in welcher sich Flüchtlinge befinden.

Gerade AsylbewerberInnen fühlen sich desorientiert und ihnen fehlen mitunter die Kenntnis und das Verständnis für westliche Regeln und Normen. Sie können nicht einschätzen, ob das Regelsystem transparent und gerecht ist. Deshalb nehmen sie häufig eine Abwartestrategie ein.¹¹⁹

Diese Einstellung ist angesichts früherer Erfahrungen in der eigenen Kultur nachvollziehbar. Kinder mit besonderen Bedürfnissen werden mitunter unfrei, getrennt von der Familie, in Institutionen untergebracht. Die Isolation hat verschiedene Gründe: Stigma, fehlendes Bewusstsein und Mangel an vorhandener staatlicher Fürsorge für Kinder und deren Familien. Innerhalb der Institutionen herrschen oft Vernachlässigung, Missbrauch (physische und psychische Gewalt), sexuelle Übergriffe, unfreiwillige und unangemessene medizinische Behandlung, Sedierung, Abgeschiedenheit, das Vorhalten von Bildung und das Fehlen eines regelmäßigen Kontakts mit der Familie.¹²⁰

118 Siehe etwa *Ulla Björnberg*, Social Relationships and Trust in Asylum Seeking Families in Sweden, <http://www.socresonline.org.uk/16/1/5.html> (Stand: 28.02.2011).

119 *Ulla Björnberg*, Social Relationships and Trust in Asylum Seeking Families in Sweden, aaO., 5.6.

120 Ua. *Shantha Rau Barriga/Jane Buchanan/Emina Ćerimović/Kriti Sharma*, Children with Disabilities. Deprivation of Liberty in the Name of Care and Treatment, in: Center for Human Rights & Humanitarian Law (Hrsg.), Protecting Children against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem, 285, http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf (abgerufen am 05.01.2018).

Die Anzahl der Kinder mit besonderen Bedürfnissen in Institutionen wird weltweit auf 2 bis 8 Mio. geschätzt.¹²¹ In manchen Staaten bleiben Kinder zu Hause, weil Geld und Angebot fehlen, um sie medizinisch versorgen zu lassen und weil man sich schämt, um Hilfe zu bitten (Afghanistan, Nigeria), oder aber weil vor allem Mädchen vor sexueller Gewalt zu schützen sind (Indien, Indonesien).

Aus welchen Ländern Minderjährige mit besonderen Bedürfnissen stammen, ist laut einer OECD-Studie kaum festzustellen.¹²² Das liegt einerseits am Begriff „besondere Bedürfnisse“, andererseits an der Zuverlässigkeit der Datensammlung und an der nationalen Berichterstattung. Die mangelhafte oder fehlende Erfassung von Behinderung kommt häufiger vor, wenn eine Volksbefragung statt einer speziellen Studie durchgeführt wird, wenn es keine Sozialleistungen für Behinderte gibt, wo Behinderung als solche nicht gut oder nicht richtig erkannt wird oder wo sie mit einem Stigma verbunden ist.

Selbst wenn es Förderprogramme gibt, so fehlt es an der einheitlichen Kategorisierung. Die OECD-Studien „SEN – Special Educational Needs“ ergaben sehr große Unterschiede bezüglich Minderjähriger, die in den Genuss von Förderunterricht kommen.¹²³ Das ist ebenso auf die nationale Begriffsbestimmung zurückzuführen wie auf die Inklusion oder Exklusion von Kindern mit speziellen Bedürfnissen. Ursächlich für die unbefriedigende Datenlage kann auch der unterschiedliche Zeitpunkt für die Erfassung von besonderen Bedürfnissen sein: bei der Geburt oder erst später.¹²⁴

Zur *Zentralafrikanischen Republik* wird berichtet, dass Menschen mit besonderen Bedürfnissen im Fluchtcontext regelmäßig von ihren Verwandten auch bei Lebensgefahr nicht mitgenommen werden. Im besten Fall finden sie mit oder ohne Hilfe den Weg zum Camp für Personen mit Behinderungen in Bangui.¹²⁵ Das dürfte bspw. unter syrischen Staatsangehörigen anders laufen: Gehbehinderte Menschen (ohne Rollstuhl) werden von Verwandten oder Freundinnen und Freunden auf dem Reiseweg getragen.¹²⁶

Auch die Berichte des Kinderrechtekomitees sprechen für sich. Sie basieren auf Grund der Kriegsereignisse auf Daten, die nahezu ein Jahrzehnt zurückliegen, woraus Schlüsse auf den aktuellen Stand gezogen werden könnten: Dem Bericht des Kinderrech-

121 *Shantha Rau Barriga/Jane Buchanan/Emina Ćerimović/Kriti Sharma*, Children with Disabilities. Deprivation of Liberty in the Name of Care and Treatment, aaO., 286. Dies soll vor allem in Indien, Japan, Serbien und Russland, Kroatien, Ghana, Griechenland und Indonesien der Fall sein, siehe ebenda.

122 OECD Family Database, CO1.9: Child Disability, <http://www.oecd.org/els/family/CO1%20%20Child%20disability%20FINAL.pdf> (abgerufen am 05.01.2018)

123 OECD Family Database, CX3.1 Special Educational Needs (SEN), <http://www.oecd.org/els/family/50325299.pdf> (Stand: 14.05.2012).

124 In manchen Ländern, wie Island etwa, werden Kinder mit Leseschwierigkeiten in der Kategorie „zusätzliches Unterrichtsmaterial“ erfasst. Das erklärt den hohen Prozentsatz von Kindern mit speziellen pädagogischen Bedürfnissen. Griechenland und Schweden zählen indes nur Kinder, die von speziellen Programmen erfasst sind, in spezielle Schulen gehen und speziellen Klassen zugeteilt werden. Solche, die normale Klassen besuchen, werden gar nicht erfasst, was den extrem niedrigen Prozentsatz von Kindern mit speziellen pädagogischen Bedürfnissen erklärt. So liegt Island an der Spitze mit fast 25 %, Korea bei etwa 1,5 % am niedrigsten auf der Skala, siehe OECD Family Database, CX3.1 Special Educational Needs (SEN), <http://www.oecd.org/els/family/50325299.pdf> (Stand: 14.05.2012).

125 Human Rights Watch, Leave No One Behind, <https://www.hrw.org/news/2016/05/19/leave-no-one-behind> (Stand: 19.05.2016).

126 Siehe Fn. 125.

tekomitees zu *Afghanistan* (2009)¹²⁷ folgte ein Bericht aus 2011, in welchem die Lage noch aussichtsloser geschildert wurde.¹²⁸ Die Mehrheit der Kinder ist gar nicht registriert, das heißt staatlich nicht erfasst. Es gibt keine Daten über Kinder mit Behinderungen, vielmehr gibt es begründete Sorge über die Misshandlung dieser Kinder in staatlichen Heimen und in Familien. Etwa 70 % der Bevölkerung lebt deutlich unter oder am Rande der Armutsgrenze. Als Bilanz lässt sich festhalten, dass für eine adäquate Schulbildung der Kinder, geschweige denn für pädagogisch angemessene Maßnahmen für behinderte Kinder, kaum Raum ist. Allgemein ist die gesundheitliche Versorgung sehr schlecht und die Schulbildung ebenfalls.¹²⁹ Behinderte Kinder bleiben zu Hause, die Familie schämt sich für das „Manko“.

Der Bericht des Kinderrechtekomitees aus 2009 zu *Syrien*¹³⁰ hält Folgendes fest: Es gab ca. 20 Mio. Einwohnerinnen und Einwohner, von denen je die Hälfte in städtischen bzw. ländlichen Gebieten lebte. Syrien hatte eine gute Infrastruktur für Gesundheit und Bildung. Kinder waren behütet, nach der Schule kamen sie nach Hause. Generell wurde das Bestreben nach Integration aller Kinder mit besonderen Bedürfnissen bekundet und zwar auch in den Regelunterricht, weil auch sie aktive Mitglieder der Gesellschaft sein sollten. Mithilfe von Basisorganisationen und NGOs wollte der Staat die gesundheitliche Versorgung, vor allem durch mobile Krankenhäuser, der Intensivierung von Netzwerken zwischen den einzelnen Gesundheitszentren und durch die Ausdehnung der Krankenversicherung verbessern. Syrien dürfte auch lange eine *open door*-Politik für afghanische und irakische Flüchtlinge gepflegt haben. Nach der Flucht aus Syrien und dem Verlust der Heimat wurden die Flüchtlinge mit einer neuen Kultur

127 Committee on the Rights of the Child, Consideration of reports submitted by State parties under article 44 of the Convention. Initial report of State parties due in 1996. *Afghanistan* (2009) 1 ff. Es herrscht große Armut bei einer Bevölkerung von etwa 25 Mio. mit einer Mehrheit von Minderjährigen unter 17 Jahren. Soziales und tägliches Leben wird im Wesentlichen von Gewohnheitsrecht gesteuert. In urbanen Gegenden wird die Gesellschaft durch berufliches Niveau, ökonomischen Status und politische Macht charakterisiert. Die meisten Menschen üben einen beliebigen Job aus und sind nicht sozialversichert. In ländlichen Gegenden sind die meisten Menschen in der Landwirtschaft tätig oder betreiben ein kleines Gewerbe. 2007 wurde eine Bildungsstrategie ausgearbeitet, wonach der Schulbesuch von Mädchen gefördert werden soll, generell auch die Qualität des Bildungswesens, Menschenrechtskurse eingeführt, ebenso wie private Schulen forciert werden sollen. Zur Qualitätshebung des allgemeinen Bildungswesens sollten 4.900 neue Schulen und 4.800 outreach classes – also Unterricht für jene, die unter normalen Umständen keinen Zugang zum Bildungssystem haben (Minderheiten, Behinderte und andere Gruppen mit besonderen Bedürfnissen) – eingeführt werden. Die gesundheitliche Mindestversorgung sollte von 65 % im Jahr 2006 auf 90 % im Jahr 2010 angehoben werden. Auch wurde 2008 eine nationale Strategie für Kinder mit Behinderung entwickelt (pädagogische Unterstützung, technische und berufliche Bildung angepasst an die jeweilige Behinderung usw.). Ergebnisse liegen allerdings nicht vor. Im Jahr 2009 lag die Schätzung der Anzahl behinderter Kinder bei etwa 200.000. Etwa 90 % hatten keinen Zugang zur Schulbildung. Generell scheitert der Schulbesuch an Armut, Geschlechterdiskriminierung, unsicherer Lage, Mangel an LehrerInnen und Schulen. Viele Kinder suchen sich eine Beschäftigung auf der Straße – bspw. Schuhputzen, kleine Hilfsdienste, Autowaschen, Sammeln von Papier, Holz und anderen brennbaren Materialien, Hilfsarbeiten bei einem Schneider oder als TeppichknüpferInnen –, betteln oder sind als WanderarbeiterInnen zwischen Afghanistan und dem Iran oder Pakistan tätig, um familiäre Schulden zu bedienen oder gegen die Armut anzukämpfen.

128 Committee on the Rights of the Child, Fifty-sixth session, 17 January-4 February 2011, Consideration of reports submitted by State parties under article 44 of the Convention. Concluding observations: *Afghanistan* (2011) 1 ff.

129 Siehe ferner *M. Siddiq Noorzoy*, *Afghanistan's Children: The Tragic Victims of 30 Years of War* (2009), <http://www.mei.edu/content/afghanistans-children-tragic-victims-30-years-war> (Stand: 20.04.2012).

130 Committee on the Rights of the Child, Consideration of reports submitted by State parties under article 44 of the Convention. Third and fourth periodic reports of States parties due in 2009. *Syrian Arab Republic* (2009) 1 ff.

konfrontiert,¹³¹ die sie als wenig herzlich, teilweise als kalt empfanden. Es dauert ein bis zwei Jahre bis man „angekommen“ ist. Als sehr bedrückend werden die vielen Behördenwege empfunden.

Im *Iran*, wie auch anderswo, haben Kriege das Bewusstsein für Behinderungen geprägt,¹³² dort zumindest seit der Islamischen Revolution. Die höchste Anzahl an Menschen mit Behinderungen hat der Irak-Iran-Krieg (1980-1988) hervorgerufen. Heute wird versucht, großes Gewicht auf Prävention zu legen und dementsprechend werden diverse Impfungen forciert. Typische Behinderungen sind Rückgratverletzungen, Behinderung als Auswirkung chemischer Waffen und physische und psychische Beeinträchtigungen diverser Natur. Diese sind quer durch alle Bevölkerungsschichten festzustellen. Behandlungen werden soweit wie möglich in Ambulanzen bzw. Tageseinrichtungen durchgeführt.¹³³

Im *Irak*¹³⁴ brach seit dem 1. Golfkrieg (Irak-Iran-Krieg) die Infrastruktur nach und nach zusammen. Bis dahin soll es im Allgemeinen eine gute Versorgung gegeben haben. Die drei Golfkriege (2. Golfkrieg, 1990-1991, Irak – Kuwait und Golfkriegskoalition; 3. Golfkrieg, 2003, Irak – USA und Koalition der Willigen) haben dem Land sehr zugesetzt. Das Land ist zerstört. Im Zuge der Auseinandersetzungen meldeten sich Spezialisten (Fachärzte etwa) für das Heer und desertierten, um in den Iran zu fliehen. Die Familienstrukturen gestalten sich anders als bei westlichen Kernfamilien. Eine Familie besteht oft aus 100 Mitgliedern oder mehr. Es besteht im Irak Schulpflicht, aber die öffentlichen Schulen sind verbesserungsfähig. Wer Geld hat, schickt seine Kinder in eine private Schule und in ein privates Krankenhaus. Der Umgang mit Behinderten ist unterschiedlich. Im Allgemeinen wird über Behinderung nicht gesprochen, aber Menschen mit besonderen Bedürfnissen werden als Teil der Gesellschaft angesehen. Wenn es um die Linderung von Beschwerden oder die Verbesserung des Zustandes geht, würde staatliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Geldleistungen werden regelmäßig nicht angenommen, weil sie abhängig machen und als erniedrigend empfunden werden. *De facto* werden Menschen mit besonderen Bedürfnissen in der Gesellschaft marginalisiert. Sie sind auf sich selbst angewiesen. Kinder innerstaatlich entführter Personen werden mit der Kalaschnikow bedroht und gezwungen, das Land zu verlassen. Frauen, kleine Kinder und Menschen mit besonderen Bedürfnissen bleiben zurück und verstecken sich bei Verwandten am Land.

In *Nigeria* besteht zwar Schulpflicht, sie wird aber nicht durchgesetzt. Staatliche Schulen funktionieren nicht. Wer Geld hat, schickt seine Kinder in eine private Schule. Diese Kinder und Jugendlichen erweisen sich als recht gut gebildet und sprechen auch

131 Zur Situation syrischer Flüchtlinge im Libanon, siehe Human Rights Watch, Growing Up Without an Education. Barriers to Education for Syrian Refugee Children in Lebanon, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lebanon0716_brochure_web.pdf (Stand: Juli 2016).

132 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of reports submitted by State parties under article 35 of the Convention. Initial report of State parties due in 2011. Islamic Republic of Iran (2013) 1 ff.

133 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of reports submitted by State parties under article 35 of the Convention. Initial report of State parties due in 2011. Islamic Republic of Iran (2013) 25 ff.

134 Dazu ua. ICRC, Iraq: Putting the health-care system back on its feet, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/iraq-update-290710.htm> (Stand: 29.07.2010); Human Rights Watch, At a Crossroads. Human Rights in Iraq Eight Years after the US-Led Invasion, <https://www.hrw.org/report/2011/02/21/crossroads/human-rights-iraq-eight-years-after-us-led-invasion> (Stand: 21.02.2011).

fließend Englisch. Generell ist die medizinische Versorgung unzureichend. Kinder mit besonderen Bedürfnissen bleiben folglich zu Hause. Die Eltern schämen sich und manche führen ihr Schicksal vielfach auf höhere Mächte zurück.

Das frühere *Burma* / *Birma* wird seit 1989 nach dem Willen der Militärdiktatur „Republik der Union Myanmar“ genannt. Flüchtlinge aus *Myanmar* sind in der Regel Rohingyas (Muslime). Sie sind nicht als eigene Volksgruppe anerkannt. Ihnen wird auch die myanmarische Staatsangehörigkeit nicht zuerkannt, sie dürfen keine Schulen besuchen und sich nicht am staatlich geregelten Arbeitsleben beteiligen. Rohingya-Kinder arbeiten auf der Straße und tragen zur Versorgung der Familie bei. Sie können weder lesen noch schreiben oder rechnen und sprechen Rohingya. Birmanisch ist für sie eine Fremdsprache. Wem die Flucht nach Bangladesch gelingt, landet in der Regel zuerst in Cox's Bazar und verbringt anschließend sein Dasein in einem der Flüchtlingscamps. Zu den größten zählt jenes in Chittagong, in welchem tausende Flüchtlinge ihr Leben unter unzumutbaren Umständen verbringen. Manche Rohingyas, aber auch Bangladeschi flüchten etwa nach Indien, andere nach Europa. In Österreich warten viele Bangladeschi und Rohingyas seit Jahren auf ihr erstes Interview im Rahmen des Asylverfahrens. Als noch nicht anerkannte subsidiär Schutzberechtigte dürfen sie keine remunerierte Arbeit annehmen,¹³⁵ sind – wie andere – auf das (spärliche) Angebot von Deutschkursen angewiesen, aber erhalten die Grundversorgung.

Die geschilderte Lage in den Ländern erklärt zum Teil, weshalb Menschen beängstigt sind oder sich schämen und eine Exklusion ihres Kindes oder seine Benachteiligung befürchten. In der Regel haben viele Betroffene Angst vor staatlicher Einflussnahme, vor allem vor der Unterbringung ihres Kindes in einer staatlichen Einrichtung, deren Qualität sie an ihrer Heimat messen.

Im behördlichen, schulischen und gesundheitlichen Kontext wird es angebracht und mag es notwendig sein, die Betroffenen nach ihrer Lebensgeschichte zu fragen, einschließlich der Gründe für die Flucht. Allerdings kann das Flüchtlinge deprimieren und es fehlt ihnen mitunter auch an Zuversicht und/oder Vertrauen. Auch die Zusage, dass alle Informationen vertraulich behandelt werden, mag auf Grund fehlenden Vertrauens in die Institutionen für sie schwer zu glauben sein. Druck ist daher nicht angebracht, das Vertrauen muss, wenn überhaupt, langsam aufgebaut werden.¹³⁶ Interkultu-

135 Anerkannte subsidiär Schutzberechtigte haben gemäß § 1 Abs. 2 lit. a AuslBG vollen Zugang zum Arbeitsmarkt (Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird [Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG], BGBl. Nr. 218/1975 idF. BGBl. I Nr. 66/2017).

136 In der Flüchtlingsforschung wird sehr kontrovers darüber diskutiert, ob es über die Stärkung von Zuversicht hinaus auch vertrauensbildende Maßnahmen bedarf. Dazu ua. *Beatriz Manz*, *Fostering Trust in a Climate of Fear*, in *E. Valentine Daniel/John Chr. Knudsen* (Hrsg.), *Mistrusting Refugees* (1995) 151; *Jeffrey M. Peck*, *Refugees as Foreigners: The Problem of Becoming German and Finding Home*, in *E. Valentine Daniel/John Chr. Knudsen* (Hrsg.), *Mistrusting Refugees* (1995) 102; *Julie M. Peteet*, *Transforming Trust: Dispossession and Empowerment among Palestinian Refugees*, in *E. Valentine Daniel/John Chr. Knudsen* (Hrsg.), *Mistrusting Refugees* (1995) 168; *Patricia Hynes*, *Contemporary Compulsory Dispersal and the Absence of Space for the Restoration of Trust*, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 22 No. 1 (2009) 97 ff.; *Tricia Hynes*, *The issue of 'trust' or 'mistrust' in research with refugees: choices, caveats and considerations for researchers*, Working Paper No. 98, <http://www.unhcr.org/research/working/3fcb5cee1/issue-trust-mistrust-research-refugees-choices-caveats-considerations-researchers.html> (Stand: November 2003); *Muireann Ní Raghallaigh*, *The Causes of Mistrust amongst Asylum Seekers and Refugees: Insights from Research with Unaccompanied Asylum-Seeking Minors Living in the Republic of Ireland*, *Journal of Refugee Studies* Vol. 27 No. 1 (2013) 82; *Stuart Turner*, *Torture, Refuge, and Trust*, in *E. Valentine Daniel/John Chr. Knudsen* (Hrsg.), *Mistrusting Refugees*

relle Kompetenz und Beziehungsaufbau erweisen sich als essentiell. Es kann ansonsten sein, dass in einem Vakuum gearbeitet wird und die Passivität der Betroffenen als Weigerung zur Kooperation missverstanden wird. Zu bedenken ist ferner, dass Misstrauen seitens der Betroffenen auch eine wichtige Überlebens- oder Bewältigungsstrategie darstellen kann.

Den vorrangigen Schutz des Kindeswohls, der in Europa rechtlich implementiert ist, verstehen manche als Einmischung in ihr Familienleben, mitunter sogar als Bedrohung. Rechtlich betrachtet ist die (teilweise oder gänzliche) Ausübung der gesetzlichen Vertretung durch andere Personen als die Eltern eine subsidiäre Maßnahme. Verweigert der gesetzliche Vertreter eine für das Kindeswohl wichtige Fördermaßnahme zur Linderung oder Behebung der besonderen Bedürfnisse, wäre allenfalls die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters mit Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind zu den Therapieterminen anzudenken. Eine Maßnahme, die nicht *per se* als Hilfe verstanden wird. Manche Eltern haben es schon vorgezogen, ihr Kind lieber zu Verwandten (etwa in den Kosovo) zu bringen, wo es dann am Land, freilich unversorgt, sein Leben verbringt.

Erfahrungen wie diese deuten darauf hin, dass bei der Arbeit mit Flüchtlingen – Integrationsvereinbarungen zum Trotz – sowohl bei den DienstleistungserbringerInnen als auch bei Flüchtlingen, Asylberechtigten bzw. subsidiär Schutzberechtigten das Tempo zurückzuschrauben ist. Integration und menschliche Zuversicht müssen wachsen und das erfordert Zeit. Das Gleiche gilt für die Durchsetzbarkeit von Erziehungs- und Förderungsmaßnahmen, die mit einer entsprechenden *Compliance*¹³⁷ bzw. mittlerweile *Adhärenz*¹³⁸ einhergehen sollten, wenn sie Erfolg zeitigen sollen. Im Flüchtlingskontext ist *in abstracto* alles möglich, *de facto* ist die Leistungsfähigkeit beidseits aus verschiedenen Gründen beschränkt. Beide Seiten – Flüchtlinge wie Zuzugsländer – müssen lernen, verstehen, akzeptieren und warten können.

2. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge

Minderjährige Flüchtlinge sind weltweit Thema, UMF¹³⁹ in Europa ein weiteres. Weltweit befinden sich etwa 50 Mio. Kinder auf der Flucht, davon ungefähr 30 Mio. auf Grund von Konflikten und Kriegen. Etwa 1/9 dieser Kinder lebt in Krisenregionen und ist massiven Verstößen gegen Kinderrechte ausgesetzt. Schulen, Krankenhäuser und Häuser stehen unter Beschuss. 385 Mio. Kinder leben in extremer Armut und über 250 Mio. Kinder können keine Schule besuchen. 300 Mio. Kinder leben in Gebieten mit

(1995) 56; *Efthia Voutira/Barbara E. Harrell-Bond*, In Search of the Locus of Trust: The Social World of the Refugee Camp, in *E. Valentine Daniel/John Chr. Knudsen* (Hrsg.), *Mistrusting Refugees* (1995) 207.

137 WHO-ICD-10 unter der Codierung Z91.1: Non-compliance iS. einer Nichtbefolgung ärztlicher Anordnungen.

138 Einhaltung des mit den MedizinerInnen vereinbarten Behandlungsplanes. Dazu WHO, *Adherence to long term Therapies: Evidence for Action*, http://www.who.int/chp/knowledge/publications/adherence_report/en/ (Stand: Januar 2003).

139 UMF sind minderjährige Fremde, die sich nicht in Begleitung einer für sie gesetzlich verantwortlichen volljährigen Person befinden (im nationalen Recht: § 2 Abs. 1 Z. 17 NAG), Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF. BGBl. I Nr. 84/2017.

stark verunreinigter Luft und 3,6 Mio. Kinder sterben an vermeidbaren Krankheiten pro Jahr. Dieser Trend wird sich voraussichtlich bis zum Jahr 2030 fortsetzen.¹⁴⁰

Es gibt eine Reihe von unions- und völkervertragsrechtlichen Vorgaben, die von Österreich zu erfüllen ist. Im EU-Recht ist Kap. IV der Aufnahme-RL¹⁴¹ von Bedeutung. Weiters verlangt die Asylverfahrens-RL eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls nebst vielen anderen garantierten Rechten für UMF.¹⁴² Auch die Rückführungs-RL sieht das Kindeswohl als vorrangig zu berücksichtigendes Recht vor und verlangt ua., dass bereits vor der Abschiebung Gewissheit darüber besteht, dass das Kind im Rückführungsstaat einem Familienmitglied, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung übergeben werden kann.¹⁴³ UMF sind auch nach der Status-RL geschützt, indem sicherzustellen ist, dass sie so rasch wie möglich, nachdem internationaler Schutz gewährt wurde, rechtlich vertreten werden,¹⁴⁴ wobei auch hier das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist.¹⁴⁵ Art. 6 der Dublin III-VO¹⁴⁶ sieht einen ausführlichen Katalog von Garantien für Minderjährige vor. Nicht zuletzt ist die GRC zu erwähnen, die eine ausdrückliche Norm über Kinderrechte enthält (Art. 24¹⁴⁷).

An völkervertragsrechtlichen Instrumenten fehlt es ebenfalls nicht: Die KRK verpflichtet die Vertragsparteien eine Reihe von Rechten, Grundsätzen und Leistungen auch UMF zugutekommen zu lassen.¹⁴⁸ Auch die EMRK ist auf Kinder und Jugend-

140 UNICEF Österreich zum internationalen Tag der Kinderrechte, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20161118_OTS0207/unicef-oesterreich-zum-internationalen-tag-der-kinderrechte (Stand: 18.11.2016).

141 Siehe *supra* Fn. 26. Die spezielle Situation von Schutzbedürftigen, wie UMF, ist im mitgliedstaatlichen Recht zu berücksichtigen (Art. 21), das Kindeswohl ist ein zentraler Grundsatz (Art. 23). Weitere Bestimmungen sind: Suche nach Familienangehörigen ab dem Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz (Art. 24 Abs. 3), Feststellung innerhalb angemessener Frist, ob und welche speziellen Bedürfnisse die AntragstellerInnen haben (Art. 22), Bestellung von VertreterInnen (Art. 24 Abs. 1), Unterbringung bei erwachsenen Verwandten, in Pflegefamilien, Aufnahmезentren mit speziellen Einrichtungen für Minderjährige u.Ä., Vermeidung von Aufenthaltswechslern, ebenso wie Trennungen von Geschwistern (Art. 24 Abs. 2), Inhaftierung nur als *ultima ratio* sowie altersadäquate Freizeitbeschäftigung in Haft (Art. 11 Abs. 2), alters- und bedürfnisgerechte Unterbringung in Einrichtungen bzw. bei in Haft befindlichen UMF Trennung von Erwachsenen (Art. 11 Abs. 3).

142 Art. 25 Asylverfahrens-RL.

143 Art. 10 Rückführungs-RL (RL 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348/98).

144 Art. 31 Status-RL (RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2011 L 337/9).

145 Art. 20 Status-RL.

146 VO (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31.

147 Inhaltlich bezieht sie sich auf den Anspruch auf Schutz und Fürsorge, das Recht auf freie Meinungsäußerung, rechtliches Gehör, Kindeswohl als vorrangige Erwägung, Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen.

148 Art. 3 (Kindeswohl), Art. 6 (Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung), Art. 7 (Recht auf Registereintragung, Name, Erwerb der Staatsangehörigkeit, Kenntnis von und Betreuung durch die Eltern), Art. 8 (Achtung der Identität, der Staatsangehörigkeit, des Namens und der Familienbeziehungen), Art. 10 (Recht auf wohlwollende, humane und beschleunigte Bearbeitung von Anträgen auf Fami-

liche, darunter UMF, anzuwenden (ua. Art. 5 [Recht auf Freiheit und Sicherheit], Art. 6 [Recht auf ein faires Verfahren], Art. 8 [Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens], Art. 9 [Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit], Art. 10 [Freiheit der Meinungsäußerung], Art. 14 [Verbot der Benachteiligung], Art. 5 7. ZP EMRK [notwendige Maßnahmen im Interesse der Kinder], Art. 2 1. ZP EMRK [Recht auf Bildung]).

Auf innerstaatlicher Ebene ist schließlich das BVG Kinderrechte¹⁴⁹ hervorzuheben, welches einen großen Teil der bereits völker- und staatsvertraglich garantierten Rechte auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene verankert,¹⁵⁰ auf alle Kinder, somit auch auf UMF, unmittelbar anwendbar ist und nach Maßgabe einfachgesetzlicher Grundlage subjektive Rechte begründet. Zu diesen zählen: Der Anspruch auf Schutz und Fürsorge, Entwicklung und Entfaltung sowie auf Wahrung ihrer Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit, wobei das Kindeswohl bei allen Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen eine vorrangige Erwägung sein muss (Art. 1), der Anspruch des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen und auf besonderen Schutz und Beistand des Staates, wenn es aus seinem familiären Umfeld herausgelöst ist (Art. 2), der Anspruch des Kindes als Opfer von Gewalt oder Ausbeutung auf Rehabilitation (Art. 5 Abs. 2), der Anspruch auf Schutz und Fürsorge von Kindern mit besonderen Bedürfnissen („mit Behinderung“, Art. 6).¹⁵¹

Im Aktionsplan der EU (2010-2014),¹⁵² der darauf abzielt, „konkrete Antworten auf die Herausforderungen zu geben, die sich auf Grund der Einreise einer bedeutenden Zahl an unbegleiteten Minderjährigen in das Hoheitsgebiet der EU stellen“ und die Kinderrechte sowie den Grundsatz des Kindeswohls uneingeschränkt zu wahren, wird bei der Umsetzung auf die Unterstützung und Arbeit aller Beteiligten abgestellt, namentlich EU-Organe und -agenturen, Mitgliedstaaten, Drittstaaten und Zivilgesellschaft. Der

lienzusammenführung), Art. 18 (Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen und -diensten), Art. 20 (Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand bei Herauslösung aus der familiären Umgebung), Art. 22 (bei einem Antrag auf Asyl oder anerkanntem Flüchtlingsstatus Gewährung von angemessenem Schutz oder humanitärer Hilfe, wie in flüchtlings-, grund- und menschenrechtlichen völkerrechtlichen Instrumenten, welchen der Staat verpflichtet ist, gewährleistetet), Art. 26 (Recht auf soziale Sicherheit), Art. 27 (Recht auf angemessenen Lebensstandard), Art. 28 (Recht auf Bildung), Art. 30 (Recht auf Pflege der eigenen Kultur), Art. 31 (Recht auf Ruhe und Freizeit), Art. 34 (Schutz vor sexueller Ausbeutung und sexuellen Missbrauchs), Art. 35 (Schutz vor Kindesentführung, Verkauf und Kinderhandel), Art. 36 (Schutz vor Ausbeutung), Art. 39 (Förderung der psychischen und physischen Genesung und sozialer Wiedereingliederung von Opfern von Vernachlässigung, Ausbeutung, Miss-handlung, Folter oder anderen Formen grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder bewaffneter Konflikte).

149 Siehe Fn. 95.

150 Siehe etwa *Peter Barth*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern. Partielle Umsetzung der Kinderrechte-Konvention auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene. Grundrechte und Familie, iFamZ 2011, 60.

151 Die Art. 1, 2, 4 und 6 BVG Kinderrechte stehen unter materiellem Gesetzesvorbehalt. Danach sind Beschränkungen dieser Rechte und Ansprüche nur zulässig, soweit sie gesetzlich vorgesehen sind und eine Maßnahme darstellen, die für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

152 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Aktionsplan für unbegleitete Minderjährige (2010-2014), idF. Aktionsplan EU, KOM(2010) 213, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0213&from=DE> (abgerufen am 05.01.2018).

Aktionsplan konzentriert sich auf drei Hauptaktionsbereiche: Prävention,¹⁵³ Schutzprogramme, Aufnahme¹⁵⁴ sowie Identifizierung nachhaltiger Lösungen.¹⁵⁵

Die Behandlung von UMF führt, trotz der grund- und menschenrechtlichen Standards, die (zusätzlich) im BVG Kinderrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte garantiert werden, zu vielen Rechtsfragen, die hier nicht weiter vertieft werden können.¹⁵⁶ Zu orten sind in der Praxis einige Unzukömmlichkeiten, die insbesondere von der Volksanwaltschaft und NGOs deutlich vor Augen geführt wurden.¹⁵⁷

Im Jahr 2016 befanden sich 4.551 UMF in Österreich,¹⁵⁸ davon waren 400 unter 14 Jahre alt. Die meisten stammen aus Afghanistan, Syrien und Somalia.¹⁵⁹ Betreuungseinrichtungen erhalten zur Abdeckung sämtlicher Kosten maximal 95 Euro/Tag.¹⁶⁰ Laut Statistik der Asylkoordination Österreich gab es bspw. im Jahr 2005 insgesamt 22.461 Asylanträge, davon 881 von UMF, wovon 91 für volljährig erklärt wurden. Im Jahr 2012 wurden 17.413 Asylanträge gestellt, davon 1.781 von UMF, 207 von ihnen wurden für volljährig erklärt.¹⁶¹ Nach der vorläufigen Statistik für 2017 stellten bis einschließlich Mai insgesamt 72 UMF unter 14 Jahren einen Asylantrag, wovon die meisten aus Afghanistan, gefolgt von Syrien, Nigeria und Pakistan stammen.¹⁶² Im selben Zeitraum stellten insgesamt 702 UMF im Alter von 14 bis 18 Jahren einen Asylantrag, die meisten von ihnen sind aus Afghanistan, gefolgt von Nigeria, Pakistan und Syrien.¹⁶³

153 Einzelheiten zu den Präventionsmaßnahmen und verstärkten Schutzkapazitäten, in Aktionsplan EU, aaO., Pkt. 3.

154 Einzelheiten zu den Aufnahme- und Verfahrensgarantien in der EU, in Aktionsplan EU, aaO., Pkt. 4.

155 Dazu Aktionsplan EU, aaO., Pkt. 5.

156 Siehe dazu *Karl Weber/Stephanie Jicha/Michael Ganner*, Gutachten zu Rechtsproblemen von SOS-Kinderdorf – Österreich mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, <https://www.sos-kinderdorf.at/getmedia/62987502-9d66-4629-8679-9b811351d943/Gutachten-SOS-Kinderdorf-Mindestsicherung.pdf> (abgerufen am 05.01.2018); *Michael Ganner/Stephanie Jicha/Karl Weber*, Das Recht unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge auf Versorgung durch die Kinder- und Jugendhilfe, *iFamZ* 2017, 20. Siehe ferner ua. Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und an den Bundesrat 2014 (2015), unter 3.6.2. Obsorgeverpflichtung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge, III-154 BlgNR XXV. GP. Band 1 Teil 2, 101 ff., https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00154/imfname_401783.pdf (abgerufen am 05.01.2018).

157 Siehe Fn. 156 und Fn. 159.

158 Zur Problematik in Deutschland siehe etwa *Martin Menne*, aaO., *FamRZ* 2016, 1223 (1225 f.).

159 Ua. Bundesministerium für Bildung und Frauen, Flüchtlingskinder und -jugendliche an österreichischen Schulen. Beilage zum Rundschreiben 21/2015 (2015) 1 (7); UNICEF: So viele Kinder auf der Flucht wie nie zuvor, <https://kurier.at/chronik/weltchronik/unicef-so-viele-kinder-auf-der-flucht-wie-nie-zuvor/231.655.139> (Stand: 20.11.2016).

160 Im Vergleich dazu beginnen die Tagessätze der Kinder- und Jugendhilfe in Österreich bei 120 Euro/Tag/Kind. Behauptungen, wonach UMF „teuer“ seien, sind schlicht unrichtig. Siehe aber etwa: Bericht des Landeshauptmann-Stellvertreters Manfred Haimbuchner (FPÖ OÖ), „Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind teuer“, <http://www.fpoe-ooe.at/unbegleitete-minderjaehrige-fluechtlinge-sind-teuer/> (Stand: 17.12.2015).

161 Asylkoordination Österreich, Aufgaben asylkoordination österreich unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, http://www.kinderjugendgesundheit.at/uploads/UMF-Kindergesundheit_2013.pdf (abgerufen am 17.07.2017).

162 Bundesministerium für Inneres, Vorläufige Asylstatistik Mai 2017, 20, http://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/2017/Asylstatistik_Mai_2017.pdf (abgerufen am 05.01.2018).

163 Bundesministerium für Inneres, Vorläufige Asylstatistik Mai 2017, 21 f., http://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/2017/Asylstatistik_Mai_2017.pdf (abgerufen am 05.01.2018).

Stellt man die Zahl der UMF in Relation zum maximalen Tagessatz,¹⁶⁴ der diesen gewährt werden kann, aber nicht überall gewährt wird, so zeigt sich bald, dass viele Hochrechnungen über die Belastung des Bundesbudgets bestenfalls (zu hoch) geschätzt wurden.¹⁶⁵ Es ist allgemein bekannt, dass UMF an fehlender Tagesstruktur bzw. vorherrschender Strukturlosigkeit, mangelhafter Betreuung, Einsamkeit und fehlenden Kontakten zur österreichischen Bevölkerung, insbesondere zu anderen Minderjährigen, leiden. Sie müssen teilweise zu lange auf ihr erstes Interview warten und ihnen fehlen die nötigen Mittel für alltägliche Dinge.¹⁶⁶

Während der Dauer des Zulassungsverfahrens liegt die Kompetenz beim Bund, nach Zulassung zum Asylverfahren sind die Länder zuständig. Beklagt wird regelmäßig die lange Verfahrensdauer. Die Lage wird durch informelle Kooperationen mit dem KJHT gelindert, indem Kinder, die das 14. Lebensjahr nicht vollendet haben, direkt dem KJHT zugewiesen werden, der im Auffangzentrum die Interviews mit den Kindern führt. UMF zwischen 14 und 18 Jahren bleiben zunächst im Auffangzentrum. Es bedarf einer Zuweisung an die Bundesländer bzw. den KJHT, der dann seine gesetzlich vorgesehenen Aufgaben wahrnimmt, allen voran das Stellen eines Antrags auf Betrauung mit der Obsorge.

Unterbleibt die Zuweisung, stellt sich die Frage, ob nicht wegen Überbelegung der Unterbringung Gefahr in Verzug vorliegt und der KJHT aus Gründen des Kindeswohls (§ 26 B-KJHG¹⁶⁷, § 211 ABGB) selbständig tätig werden könnte bzw. müsste. Dies wäre mE. zu bejahen. Die wahren praktischen Hürden sind jedoch ua. der Mangel an nötigen Mitteln, die beschränkte Unterbringungskapazität, zu wenig Betreuungspersonal und DolmetscherInnen.

Insgesamt betrachtet, werden die gebotenen Standards nicht erfüllt. Bei den Tagessätzen klafft eine Lücke, die sich durch eine gesetzlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung von Tagessätzen für UMF (sowie für andere minderjährige Flüchtlinge) und für andere Kinder und Jugendliche bemerkbar macht. Grundbedürfnisse und erst recht besondere Bedürfnisse werden unzureichend abgedeckt. Manche UMF haben keine rechtlichen VertreterInnen, die ihre Rechte (überhaupt oder ausreichend) wahrnehmen. Die Altersbestimmung von UMF erfolgt häufig unsachgemäß (radiologische Untersuchung der Handwurzelknochen und des Gebisses, Beurteilung der körperlichen Reife). Bei auffallend vielen Minderjährigen, allerdings auch bei Voll-

164 Die Caritas Wien bspw. deckt folgende Leistungen ab: Essen, Kleidung, Hygieneartikel, Erstellung individueller (Weiter-)Bildungskonzepte, Deutsch- und Schulkurse, Lernhilfe, Hilfestellung bei Arzt- und Behördenwegen, Begleitung in schwierigen Situationen (bei negativem Bescheid im Asylverfahren, bei/nach Polizeikontrollen, nach Diskriminierung), Stärkung der Sozialkompetenz und des Selbstvertrauens, Freizeitangebote (Spiel- und Sportangebote, Organisation und Begleitung zu kulturellen Veranstaltungen wie Konzerten, Theater, Kino), Aufarbeitung von Flucht- und Foltererfahrungen in Zusammenarbeit mit externen PsychotherapeutInnen, Herstellung von Kontakten zu österreichischen Pat(inn)en, siehe Caritas & Du – Wien & NÖ-Ost, WGs für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, <https://www.caritas-wien.at/hilfe-angebote/asyl-integration/wohnen/unbegleitete-minderjaehrige-fluechtlinge/> (abgerufen am 08.01.2018). Ohne Spenden, Unterstützung der Zivilgesellschaft und der Zivildienstler wären selbst bei maximalem Tagessatz alle diese Leistungen nicht erbringbar.

165 Siehe bspw. *Norbert Rief*, Flüchtlinge kosten zwei Milliarden Euro, <http://diepresse.com/home/innenpolitik/5100067/Fluechtlinge-kosten-zwei-Milliarden-Euro> (Stand: 11.10.2016).

166 *Christoph Hochwarter/Eva Zeglovits*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Österreich. Forschungsbericht im Auftrag der Österreichischen Bundesjugendvertretung. Wien: IFES, https://www.bjv.at/cms/wp-content/uploads/2016/02/pk-material-aktualisiert_10-02-161.pdf (abgerufen am 08.01.2018).

167 Siehe Fn. 110.

jährigen, wird in der Praxis das Geburtsdatum mit 1. Januar bestimmt. Dabei sollten die EU-Mitgliedstaaten bei Zweifel über das Alter des Antragstellers oder der Antragstellerin im Rahmen eines Asylverfahrens davon ausgehen, dass diese/r minderjährig ist.¹⁶⁸ Der Mangel an Deutschkursen und das unzureichende Therapieangebot, um nur zwei weitere Beispiele zu nennen, lassen berechtigte Zweifel hochkommen, ob das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt wird, wie es alle einschlägigen unionsrechtlichen, internationalen und verfassungsrechtlichen Grundlagen als Grundsatz festlegen. Keine Zweifel bestehen darüber, dass UMF anders als Minderjährige, die vom sozialen Netz in Österreich erfasst werden, behandelt werden.

VI. Erwerbstätigkeit, Konsumentenschutz und Zugang zu Dienstleistungen

1. Kopftuchverbot in Unternehmen¹⁶⁹

Viel Aufsehen haben zwei jüngst vom EuGH entschiedene Fälle erregt. In der Rechtsache *G4S Secure Solutions*¹⁷⁰ bat der belgische Kassationshof um Auslegung der Gleichbehandlungs-RL.¹⁷¹ Achbita, eine Rezeptionistin, gab ihrem Arbeitgeber, einem privaten Unternehmen, nach mehrjähriger Beschäftigungsdauer bekannt, bei der Arbeit ein Kopftuch zu tragen. Sie tat dies entgegen einer vom Betriebsrat gebilligten Regel der Arbeitsordnung, wonach das Tragen sichtbarer Zeichen politischer, philosophischer und religiöser Überzeugungen verboten war. Die Große Kammer des EuGH führte aus, dass sich diese interne Regel auf das Tragen sichtbarer Zeichen jedweder politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen beziehe und damit unterschiedslos für jede Bekundung solcher Überzeugungen gelte. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass alle ArbeitnehmerInnen des Unternehmens gleich behandelt werden, wenn ihnen *allgemein und undifferenziert* etwa vorgeschrieben wird, sich neutral zu kleiden. Da nach Aktenlage die interne Regel auf Frau Achbita wie auf andere ArbeitnehmerInnen angewendet wird, sei im Ergebnis festzustellen, dass die interne Regel *keine unmittelbar auf der Religion oder der Weltanschauung beruhende Ungleichbe-*

168 Art. 25 Abs. 5 Asylverfahrens-RL. Ob es Fälle gibt, in welchen die Behörden bei 17-Jährigen eher ein früheres Geburtsjahr annehmen, weil der Minderjährigenschutz diesfalls wegfällt, ist unbekannt. Der Praxis bekannt sind Fälle, in welchen die Daten nach islamischem Kalender in solche nach gregorianischem Kalender fehlerhaft umberechnet wurden.

169 Auf Bekleidungs Vorschriften im öffentlichen Dienst, welche das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) und die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) berühren, kann hier nicht eingegangen werden. Die Thematik sprengt den Rahmen des Beitrags schon qua Umfang.

170 EuGH 14.03.2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*; SA. von GA. *Juliane Kokott*, C-157/15, *G4S Secure Solutions*. Zur Resonanz in der Lehre ua. *Christoph Brenn*, Arbeitgeber darf das Tragen eines islamischen Kopftuchs verbieten, *ÖJZ* 2017/68 (Glosse); *Tonio Klein*, Schleierhaftes vom EuGH? Wie zwei Urteile die Kopftuchdebatte in Deutschland beeinflussen, *NVwZ* 2017, 920; *Adam Sagan*, Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz, *EuZW* 2017, 457; *Markus Sprenger*, Anforderungen an Verbote des islamischen Kopftuchs und anderer Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz, *EuZA* 2017, 352; *Andreas Stein*, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – Hat der EuGH das letzte Wort gesprochen?, *NZA* 2017, 828.

171 RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, *ABl.* 2000 L 303/16.

handlung iSv. Art. 2 Abs. 2 lit. a Gleichbehandlungs-RL¹⁷² darstelle.¹⁷³ Vielmehr liege lediglich eine mittelbare Ungleichbehandlung vor, wobei die vom Unternehmen verfolgte Neutralitätspolitik als rechtmäßiges Ziel anzusehen sei. Zu kurz kommt die Entscheidung auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er in der vom EuGH zitierten *Eweida*-Entscheidung des EGMR¹⁷⁴ zum Ausdruck kommt. Maßgeblich sollte sein, aus welchen Erwägungen bestimmte Bekleidungs Vorschriften erlassen werden.¹⁷⁵ Auch mutet es sonderbar an, dass dem Kundenkontakt allgemein Bedeutung eingeräumt wurde ohne zu erwägen, ob die vom Unternehmen angestrebte Neutralitätspolitik nicht auch durch Zulassung religiöser Symbole aller Religionen umgesetzt werden könnte. Nebst vielen anderen Argumenten hob der EuGH hervor, dass „der Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, (...) zur unternehmerischen Freiheit (gehört), die in Art. 16 der Charta anerkannt ist, und (...) grundsätzlich rechtmäßig (ist), insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber bei der Verfolgung dieses Ziels nur die Arbeitnehmer einbezieht, die mit seinen Kunden in Kontakt treten sollen.“¹⁷⁶ Die nach Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit hat mit dem Grundsatz der Wahrung der Neutralität nichts zu tun. Es könnte ebenso zur unternehmerischen Freiheit zählen, etwa den in Art. 22 GRC (Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen) genannten Grundsatz zum Ausdruck zu bringen.

In der Rechtssache *Bouagnaoui und ADDH*¹⁷⁷ hatte die französische Cour de Cassation die Frage vorgelegt, ob der Wille eines Arbeitgebers, dem Kundenwunsch zu entsprechen, seine Leistungen nicht mehr von einer Arbeitnehmerin mit islamischem Kopftuch erbringen zu lassen, als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ iSd. Gleichbehandlungs-RL angesehen werden könne. Vor ihrer Anstellung durch das private Unternehmen Micropole war Frau Bouagnaoui auf mögliche Probleme durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs, wenn sie mit Kunden in Kontakt trete, hingewiesen worden. Sie trug zunächst ein Bandana, später ein islamisches Kopftuch, und wurde mit unbefristetem Vertrag als Projekt Ingenieurin und Software Designerin angestellt. Nach einer Beschwerde eines Kunden bekräftigte das Unternehmen den Grundsatz notwendiger Neutralität und bat Frau Bouagnaoui, kein islamisches Kopftuch mehr zu tragen. Dieser Bitte wurde nicht entsprochen, was zu ihrer Entlassung führte. Der

172 Nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Gleichbehandlungs-RL liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 der Richtlinie genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

173 EuGH 14.03.2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*, Rz. 30-32.

174 EGMR 15.01.2013, BeschwerNr. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida / VK*.

175 So liegt es bei gefährlichen Berufen auf der Hand, dass eine Schutzkleidung vonnöten ist und verpflichtend vorgeschrieben werden kann, mitunter ebenso das Tragen religiöser Symbole aus hygienischen Gründen in einer Krankenanstalt verboten werden kann. Näheres bei *Andreas Stein*, aaO., NZA 2017, 828 (831 f.). Praktisch betrachtet: Es gibt nachvollziehbare berufliche Bekleidungs Vorschriften (Feuerwehr, Flugbegleitung). Auch der Bankangestellte wird den Generaldirektor nicht in kurzer Lederhose in die Vorstandssitzung begleiten dürfen. Der Kutscher muss seinen Hut und die Tiroler Bäuerin ihr Kopftuch nicht ablegen. Im HoReCa-Bereich wird man örtlich adäquate Bekleidung erwarten dürfen, und in der Küche sind überhaupt Hygienevorschriften einzuhalten. Hauben im Guide Michelin werden aber kaum zu Burka-Hauben, und das ist keine Diskriminierung. EuGH 14.03.2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*, Rz. 38.

176 EuGH 14.03.2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*, aaO., Rz. 38.

177 EuGH 14.03.2017, C-188/15, *Bouagnaoui und ADDH*; SA. von GA. von *Eleanor Sharpston*, C-188/15, *Bouagnaoui und ADDH*; vgl. dazu die Stellungnahmen in der Literatur in Fn. 170.

EuGH erblickte im Verbot des islamischen Kopftuches auf Grund eines Kundenwunsches eine unzulässige Diskriminierung aus religiösen Gründen. Die Große Kammer des EuGH erwog, dass der in Art. 4 Abs. 1 Gleichbehandlungs-RL¹⁷⁸ enthaltene Begriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ eine Anforderung sei, die von der Art der beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben sei. Subjektive Erwägungen, wie der Wille des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, seien indes nicht erfasst. Dem ist zuzustimmen, jedenfalls soweit die Wünsche „auf Diskriminierung und/oder Vorurteilen beruhen“.¹⁷⁹

Burka, Niqab und, wie erwähnt, sogar das Kopftuch sind seit Jahren umstrittenes Diskussionsthema. Auffallend ist der Fokus auf Frauenbekleidung, während sie im Hinblick auf Männer nicht diskutiert wird. Im Islam sollen Männer einfache Kleidungsstücke tragen (Hose, langes Hemd, gegebenenfalls Turban, aber bspw. keinen Goldschmuck). Davon berührt sind bekanntlich das Recht auf Privatsphäre und die Religionsfreiheit. Bekleidungs Vorschriften können nach Maßgabe der Angemessenheit und der Rahmenbedingungen variieren. Ein Neutralitätsgebot in säkularisierten staatlichen Institutionen ist für alle Religionen maßgeblich.

2. Zutrittsverbote für Flüchtlinge

Was früher auf Türen oder Fenstern einiger Lokale oder Häuser etwa in Belgien und Frankreich zu lesen war („Interdit aux Nord-Africains“, „Interdit aux chiens et aux Italiens“, „Il est strictement interdit de louer les appartements aux Africains“), schien überwunden. Heute tritt die Fremdenfeindlichkeit, wohl auch gepaart mit Angst, in einem ähnlichen Gewand auf. Es finden sich Schilder wie „Interdit aux chiens et aux femmes voilées“¹⁸⁰ im HoReCa-Bereich und „Kein Zutritt für Flüchtlinge“ in öffentlichen Einrichtungen, wie in Bädern.¹⁸¹

178 Art. 4 Abs. 1 Gleichbehandlungs-RL lautet wie folgt: „Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“

179 Dazu *Tonio Klein*, aaO., NVwZ 2017, 920 (923 f. mwN.).

180 Siehe <http://www.alnas.fr/actualite/communaute/un-restaurant-interdit-aux-chiens-et-aux-femmes?lang=fr> (abgerufen am 08.01.2018).

181 Nur beispielhaft seien angeführt: <http://derstandard.at/2000029129079/Deutsche-Stadt-sperret-Schwimmbad-fuer-maennliche-Fluechtlinge> (Stand: 15.01.2016); <http://www.vienna.at/hausverbot-fuer-fluechtlinge-in-hallenbad-im-bezirk-korneuburg/4595384> (Stand: 19.01.2016); <https://kurier.at/chronik/oesterreich/kritik-an-badeverbot-fuer-asylwerber/206.256.347> (Stand: 24.06.2016); <https://www.youtube.com/watch?v=pYTEIGgMF18> (abgerufen am 19.07.2017); siehe auch die Befürchtung „Interdit aux chiens et aux musulmans“, http://www.liberation.fr/france/2016/08/24/bientot-ce-sera-ecrit-interdit-aux-chiens-et-aux-musulmans_1474502 (Stand: 19.01.2016). Im Übrigen sei auch die Landesbezeichnung „France“ als Akronym für „Fédération des Réfugiés Arabes Nourris par les Caisses de l'Etat“ zu lesen. Für manche schwarzer Humor, ist sie für andere eine Aufforderung zur Tat, um Islamophobie zu schüren und den interkulturellen Dialog zu schwächen. Ebenfalls nur statt vieler: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4gad3oL_sDYJ:www.mxteam.com/forums/index.php%3Fact%3Dattach%26type%3Dpost%26id%3D8249+%&cd=4&hl=de&ct=clnk&gl=at&client=firefox-b (abgerufen am 08.01.2018); <http://www.jeuxvideo.com/forums/1-50-102310955-1-0-1-0- ce-sms-raciste-que-je-viens-de-recevoir.htm> (abgerufen am 08.01.2018).

Zutrittsverbote wie diese können die *Menschenwürde* verletzen, beleidigend sein, *Persönlichkeitsverletzungen* darstellen und überdies gegen das *Diskriminierungsverbot* verstoßen. Sie werden, ähnlich wie die *infra* erwähnten Fallgestaltungen, an grund- und menschenrechtlichen Vorgaben völkerrechtlicher Vertragsinstrumente, des Unionsrechts und verfassungsgesetzlicher Grundlagen zu messen sein.

3. Kündigung, Loyalitätspflichten und Art. 8 EMRK

Dass die Laizität an Grenzen stößt zeigt sich dann, wenn christliche Werte betroffen sind. Außerhalb des Migrationskontextes, aber im Zusammenhang mit *Parallelität von staatlichen und kirchlichen Vorschriften*, die sich ua. an der EMRK messen müssen, stehen insbesondere Fälle, welche die besondere Stellung von christlichen Religionsgemeinschaften – hier: der Katholischen Kirche – in Erinnerung rufen und den Eindruck erwecken können, dass möglicherweise mit zweierlei Maß gemessen wird.¹⁸² Dies wirft ua. die Frage auf, ob sich die vorrangige Stellung bestimmter kirchenrechtlicher Arbeitsrechtsnormen in Zeiten, in welchen auch katholische Amtsträger in einem negativen Licht stehen und weitgehend (zum Teil auch strafrechtlich relevante) Sachverhalte im Rahmen eines eigenen Justizsystems regeln, sich mit dem allseits geforderten Neutralitätsgebot vertragen, während die dem Islamrecht gegenüber vorherrschenden Vorbehalte zeitweise an direkte Islamophobie grenzen.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Rechtssache *S / Deutschland*.¹⁸³ Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: S., der Beschwerdeführer, Organist und Chorleiter bei einer katholischen Kirchengemeinde hatte gelobt, seine Dienstobliegenheiten gewissenhaft zu erfüllen und die kirchlichen Vorschriften zu beachten und zu wahren. Er hatte sich von seiner Ehefrau, mit welcher er zwei Kinder hatte, getrennt und lebte mit seiner Lebensgefährtin zusammen, die von ihm ein Kind erwartete. Dies führte zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Katholische Kirche, welcher trotz Maßgeblichkeit des staatlichen Arbeitsrechts, ein bestimmtes Selbstbestimmungsrecht eingeräumt wird.¹⁸⁴ Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die Ablehnung der deutschen Gerichte, die Kündigung aufzuheben, einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstelle. Der EGMR monierte insbesondere, dass es an einer hinreichenden Begründung seitens der Arbeitsgerichte fehlte, weshalb die Interessen der Kirchengemeinde diejenigen des Beschwerdeführers bei weitem übertroffen haben und seine Rechte mit jenen des kirchlichen Arbeitgebers nicht konventionsgemäß abgewogen worden sind.

In einem ähnlich gelagerten Fall¹⁸⁵ wurde eine außereheliche Beziehung und damit der Verstoß gegen die Loyalitätspflicht gegenüber der Kirche als ausreichender Grund für die fristlose Kündigung durch die Mormonenkirche angesehen. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen als Verfassungsgarantie sei für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses wesentlich. Die Kirche könne nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „im Interesse der eigenen Glaubwürdigkeit ihre Arbeitsverträge

182 Rechtliche Grundlagen für die privilegierte Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in Deutschland sind die Art. 137-141 der Weimarer Reichsverfassung vom 11.08.1919. Nach Art. 140 GG sind diese Bestimmungen Bestandteil des GG.

183 EGMR 23.09.2010, BeschwNr. 1620/03.

184 Das zuständige Landesarbeitsgericht hatte die Kündigung (nach einer Rückverweisung durch das BAG zur Sachverhaltsergänzung) für rechtmäßig erachtet.

185 EGMR 23.09.2010, BeschwNr. 425/03, *O / Deutschland*.

auf das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft stützen und demnach von den ihr angehörenden Arbeitnehmern die Beachtung der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre sowie der fundamentalen Verpflichtungen verlangen, die jedem Kirchenmitglied obliegen.¹⁸⁶ Die Verletzung von Art. 8 EMRK wurde verneint, weil eine konventionsgemäße Abwägung vorgenommen worden sei.¹⁸⁷ Der EGMR erläuterte hierzu, dass die Arbeitsgerichte hinreichend nachgewiesen hätten, dass die auferlegten Loyalitätspflichten (wie die eheliche Treue) annehmbar waren, „insofern als sie die Glaubwürdigkeit der Mormonenkirche bewahren sollten.“ Außerdem habe das LAG eindeutig dargelegt, dass nicht jeder Ehebruch Grund für eine (fristlose) Kündigung sei, sondern diese auf Grund der Schwere des Ehebruchs und der herausragenden Position des Beschwerdeführers (Gebietsdirektor für Europa), die von ihm gesteigerte Loyalitätspflichten abverlangte, gerechtfertigt sei.¹⁸⁸

Die Sonderstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften ist verfassungs-¹⁸⁹ und unionsrechtlich¹⁹⁰ garantiert. Die Rechtmäßigkeit der Parallelität staatlicher und kirchlicher Rechtssysteme wird hier allerdings nicht in Frage gestellt, tangiert vielfach aber ua. Art. 8 (und Art. 9) EMRK, das Neutralitätsgebot und die Trennung von Kirche und Staat. Im Zusammenhang mit Fragestellungen, wie sie durch die Migration von Flüchtlingen aus islamischen Staaten aufgeworfen werden, ist diese Parallelität aber negativ konnotiert und es wird gerne die Islamisierung Europas durch Scharia-Gerichte¹⁹¹ u.Ä. in den Vordergrund gerückt. Die unterschiedlichen Wertungsmaßstäbe, die auch dann angelegt werden, wenn weder Zwang noch Unterdrückung oder Ungleichbehandlung vorliegen, sondern freiwilliges Vorgehen aller Betroffenen unter Wahrung des Kindeswohls den Ausgangspunkt der Beurteilung bilden, verdienen einer grundsätzlichen Prüfung.

4. Arbeitsleistungen von Flüchtlingen

Kinder in Flüchtlingsfamilien werden immer wieder zu Dolmetscher(innen)diensten für ihre Eltern (Behördenverkehr, Gesundheitsbereich, Schulwesen) herangezogen.¹⁹² Grundsätzlich kann dies als Hilfeleistung in der Familie betrachtet werden. Verbotene Kinderarbeit liegt deshalb noch nicht unbedingt vor.¹⁹³ Solcherart Leistungen spießen sich allerdings mit dem Kindeswohl, wenn es sich um Übersetzungsleistungen im gesundheitlichen oder rechtlichen Rahmen handelt, weil dem Kind oft auch psychisch zu viel abverlangt wird.

186 Bundesverfassungsgericht 04.06.1985 BvR 1703/83, 1718/83, 856/84, Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 70, 138 ff.

187 *In casu* hatte sich der Beschwerdeführer an seinen zuständigen Seelsorger gewandt und bat um seelischen Beistand. Er gestand eine außereheliche Beziehung, die sodann zur Kündigung seines Arbeitsverhältnisses führte.

188 EGMR, *O / Deutschland*, aaO., Rn. 51.

189 Siehe Fn. 182.

190 Dazu etwa ErwGr. 24 und Art. 4 Gleichbehandlungs-RL.

191 Scharia-Gerichte sind ein Thema für sich, können hier nicht vertieft werden und sind einem gesonderten Beitrag vorbehalten. Sie werden teils im Zusammenhang rechtmäßiger Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen diskutiert, teils im Rahmen von Beratungs- und mediativer Tätigkeit in Familien- und Erbrechtsangelegenheiten thematisiert.

192 Siehe schon II. 2. b) *supra*.

193 Die drei Knaben, die Tamino zu den drei Tempeln von Sarastro führen, sind – bei Vorliegen der entsprechenden Bewilligungen – auch nicht Opfer unzulässiger Kinderarbeit. Ob die Arbeit in den Abendstunden für schulpflichtige Kinder stets ein Vergnügen darstellt, wird nicht hinterfragt.

Grundsätzlich gilt: Hilfeleistungen naher Angehöriger im angemessenen Ausmaß, selbst dann, wenn sie in Abendstunden fallen sollten, notfalls sogar zu Schulzeiten, tragen zur Integration der gesamten Familie bei.

Die Forderung nach Integration von Flüchtlingen ist berechtigt. Es ist auch nachvollziehbar und wichtig, dass die Familienangehörigen, die im Zuge der Familienzusammenführung nach Europa kommen – in der Regel Frauen und Kinder – sich vorerst auf die Akklimatisierung und das Erlernen der deutschen Sprache konzentrieren. Im Rahmen der Integrationsarbeit wäre es sehr wichtig, dafür Sorge zu tragen, dass alle Frauen Arbeit erhalten, und zwar zu einem angemessenen Lohn.¹⁹⁴ Die dadurch erworbene Selbständigkeit und das Selbstbewusstsein könnten sich integrationsverstärkend auch im privatrechtlichen Bereich auswirken. Zu denken ist etwa an die Gleichheit von Mann und Frau, die Teilnahme als Konsumentin im privatrechtlichen Verkehr oder die Ausübung der Obsorge nach westlichen Standards.

Arbeit wird erlaubt, aber bei der Einräumung eines Beschäftigungsverhältnisses sind Grenzen wahrnehmbar (zB. Mindestaufenthaltsdauer nach Asylgenehmigung für bestimmte Gewerbe). Die Erwerbsberechtigung sollte unabhängig von einer Aufenthaltsdauer eingeräumt werden. Die Beschäftigung setzt grundsätzlich eine Beschäftigungsbewilligung voraus.¹⁹⁵ AsylbewerberInnen können mit ihrer Einwilligung zu bestimmten Hilfs- und gemeinnützigen Tätigkeiten herangezogen werden.¹⁹⁶ Sie erhalten hierfür einen Anerkennungsbeitrag. Hier interessiert die Angemessenheit der Höhe des Beitrags. Eine Verletzung von Art. 4 EMRK (Sklaverei und Zwangsarbeit) ist wohl zu verneinen. Angesprochen sind eher soziale Grundrechte (Art. 6 UN-Sozialpakt – Recht auf Arbeit). Die Bezeichnung „Anerkennungsbeitrag“ deutet darauf hin, dass keine sonst mit Tätigkeiten dieser Art verbundene Entlohnung angedacht ist.¹⁹⁷ Ein krasses Missverhältnis zwischen der Art der Tätigkeit und der Entlohnung für AsylbewerberInnen einerseits und anderen Personen, die eine solche Hilfs- und gemeinnützige Tätigkeit ausüben, könnte gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Die Ausübung religiöser Pflichten (etwa: fünfmal Beten zu bestimmten Tageszeiten) kann im Rahmen der ausgeübten Tätigkeit auf Grenzen stoßen.¹⁹⁸ Selbst bei gleitender Arbeitszeit¹⁹⁹ dürfte die Ausübung dieser Pflichten nicht ohne Weiteres einzuhalten sein. Die Religionsfreiheit ist betroffen, möglicherweise aber auch die unterschiedliche Gewichtung (Diskriminierung) von (religiöser) Pflicht einerseits und Billigung bestimmter Suchtverhalten andererseits. So wird die Arbeit beim Rauchen erlaubt sein, das Rauchen bei der Arbeit (in Grenzen) auch.

194 Manche Asylberechtigte berichten, eine unterqualifizierte Anstellung zu erhalten. So erzählte eine syrische Zahnärztin, ihr sei als Begründung für das Angebot einer Hilfstätigkeit angegeben worden, sie müsse zuerst mal lernen, wie in Österreich Zähne gezogen werden.

195 Die Erwerbstätigkeit durch AsylbewerberInnen ist in § 7 Grundversorgungsgesetz geregelt.

196 § 3 AuslBG regelt die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern. Ausländer iSd. Gesetzes ist nach § 2 Abs. 1 derjenige, der nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

197 Dabei drängt sich der (persönliche) Eindruck auf, dass Billigjobs für Arbeitsbereiche angeboten werden, in welchen Einsparmaßnahmen der Kommunen Lücken kriert haben (etwa Park- und Gartenanlagen).

198 Im Nahen und Mittleren Osten wurde der Zug vielleicht angehalten, damit der Lokführer seiner Gebetspflicht nachkommen kann, im Westen ist dies undenkbar.

199 Nach österreichischem Recht in § 4b Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (Arbeitszeitgesetz – AZG), BGBl. Nr. 461/1969 idF. BGBl. I Nr. 126/2017, geregelt.

Bei der Profilerstellung im Rahmen der Flüchtlingsarbeit fällt auf, dass viele zwischen ausgeübter Tätigkeit und erlerntem Beruf nicht unterscheiden (können). So wird manchmal eine Reihe von Tätigkeiten angegeben (Maler, Bauer, Automechaniker, Lehrer, Fremdenführer, Elektriker usw.) für welche keine oder keine Qualifikation nach westlichem Standard nachgewiesen werden kann. Es ist Teil der Integrationsarbeit, diesen Aspekt notwendiger Struktur und Ordnung begrifflich zu machen, aber auch, die Fähigkeiten und Fertigkeiten der Flüchtlinge gezielter auszuloten. So manche Flüchtlinge sehen sich nach einem Einstufungstest vor die Option gestellt, eine Berufslaufbahn anzupeilen, die – begonnen mit dem Pflichtschulabschluss bis hin zur Lehre, durch Mindestausbildungsdauer, Prüfungen usw. – mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann, und zwar (oft) ohne Aussicht auf eine Arbeitsstelle, oder aber mit der Aussicht HilfsarbeiterIn zu werden. Bei sog. reglementierten Gewerben, wie MalerIn oder ElektrotechnikerIn, gibt es weitere Hürden, ua. weil diese Berufe keine Mangelberufe sind und somit aus gesetzlichen Gründen für AsylbewerberInnen nicht zugänglich sind. Dies kann eine nicht vertretbare Verschwendung von Sozial-²⁰⁰ und Humankapital²⁰¹ darstellen. Zwar scheint das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst (Art. 29 GRC) formal erfüllt, ob einer transkulturellen Kompetenz Genüge getan wird, mag fraglich sein, weil es an einschlägiger Schulung der MitarbeiterInnen solcher Dienste, wie mitunter dem Arbeitsmarktservice (AMS) vielfach fehlen dürfte. Zumindest mittelbar betroffen sind damit das Recht auf Bildung (Art. 14 GRC) und das Recht auf Arbeit und gleichen Lohn (Art. 23 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte).

5. Basiskonto

Das Basiskonto soll jedermann, damit auch AsylbewerberInnen, die Möglichkeit geben, sich als KonsumentIn in der Gesellschaft zu bewegen und an ihr teilzuhaben.²⁰² Quartalsmäßig zu entrichtende Kontoführungsgebühren (in Österreich variierend von Bank zu Bank zwischen 80 und 300 Euro jährlich) erweisen sich im Verhältnis zur österreichischen Mindestsicherung, für welche ein Konto zwingend einzurichten ist, mitunter als Kostenfalle. Die Mindestsicherung dient der Armutsbekämpfung und der Vermeidung sozialer Ausgrenzung. Überhöhte Kontoführungsgebühren können geeignet sein, den Gleichheitsgrundsatz sowie den Verbraucherschutz in Frage zu stellen.

200 Dazu Ministerium für ein lebenswertes Österreich, Sozialkapital – eine wichtige Basis für eine zukunftsfähige Entwicklung, [https://www.bmlfuv.gv.at/umwelt/nachhaltigkeit/green_economy/sozialkapital/ Sozialkapital.html](https://www.bmlfuv.gv.at/umwelt/nachhaltigkeit/green_economy/sozialkapital/Sozialkapital.html) (abgerufen am 08.01.2018).

201 Siehe Gabler Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/humankapital.html> (abgerufen am 08.01.2018).

202 RL 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. EU 2014 L 257/214. Die RL wurde in Österreich umgesetzt mit dem Bundesgesetz über die Vergleichbarkeit von Entgelten für Verbraucherzahlungskonten, den Wechsel von Verbraucherzahlungskonten und den Zugang zu Verbraucherzahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Verbraucherzahlungskontogesetz – VZKG), BGBl. I Nr. 35/2016 idF. BGBl. I Nr. 118/2016.

VII. Eigentum und Unterbringung

1. Nutzung von Leerständen zur Flüchtlingsunterbringung und Durchgriffsrechte

Eine Enteignung ist stets *ultima ratio*. Im Migrationskontext wird davon schon aus politischen Gründen abgesehen. Leerstehende Gebäude können (jedenfalls vorübergehend) und mangels anderweitiger angemessener Alternative zur Unterbringung von Flüchtlingen genutzt werden. Solche Eingriffe in das Eigentumsrecht und in eigentumsähnliche Rechte seitens Bund und Länder sind im allgemeinen Interesse erlaubt. Die Maßnahmen müssen allerdings eine Bedarfs- und Angemessenheitsprüfung bestehen. Im Vordergrund steht das sog. *Durchgriffsrecht des Bundes*. Für die Quartierbeschaffung von Flüchtlingen bedarf es bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen keiner weiteren behördlichen Bewilligung.

Das BVG,²⁰³ welches gemäß Art. 6 am 01.10.2015 in Kraft getreten und mit Ablauf des 31.12.2018 außer Kraft tritt, führte zu sehr kontroversen Diskussionen und prägte die österreichische Tagespolitik.²⁰⁴ Die Unterbringung und Aufteilung ist nach Art. 1 Abs. 1 Durchgriffs-BVG ausschließlich auf hilfs- und schutzbedürftige Fremde, deren Menschenwürde und Privat- und Familienleben zu schützen ist, beschränkt. Es dürfen nur Grundstücke, die im Eigentum des Bundes stehen oder ihm sonst zur Verfügung stehen, zur Nutzung herangezogen werden (Art. 3 Abs. 1 Durchgriffs-BVG). Denkbar sind Grundstücke, die im Alleineigentum oder im Miteigentum des Bundes stehen, wobei in letzterem Fall Mitspracherechte zu beachten sind. Grundstücke, die sonst zur Verfügung stehen, sind jene, die nicht im (Mit-)Eigentum des Bundes stehen, sondern bezüglich derer dem Bund vom Eigentümer oder der Eigentümerin etwa miet- oder pachtvertragliche Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt wurden. Von verfahrens-²⁰⁵ und unionsrechtlichen Bedenken (auf Grund der Verpflichtungen der EU-Naturschutz-RL²⁰⁶) abgesehen, stellt sich ua. die Frage, ob die Unterbringung nicht zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK, wonach der Schutz des Privat- und Familienlebens auch *Umweltbeeinträchtigungen* mit umfasst, führen könnte.²⁰⁷ Allenfalls sind (auch) nachbarrechtliche Instrumente anzudenken, wie § 364a ABGB.

203 Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, BGBl. I Nr. 120/2015 (hier informell: Durchgriffs-BVG).

204 Dazu ua. *Peter Bußjäger*, Das Verfahren zur Nutzung von Grundstücken für die Unterbringung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden aufgrund des Durchgriffsrechts, *migraLex* 2016, 67; *Mathias Vogl*, Das BVG über die Unterbringung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, *RFG* 2016/2, 4; *Harald Stolzlechner/Johannes Stoll*, Zur ersatzweisen Unterbringung und Aufteilung hilfs- und schutzbedürftiger Fremder durch den Bund. Überlegungen zum Durchgriffs-BVG BGBl. I 2015/120, *bbl* 2016, 77; *Roland Winkler*, Die Nutzungsbescheide der BMI nach dem „Durchgriffsrecht“ gemäß dem BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, *bbl* 2016, 94.

205 Fehlendes Parteiengehör des Grundeigentümers bei der Bescheiderlassung nach Art. 3 Abs. 1 Unterbringungs-BVG („ohne vorheriges Verfahren“).

206 Schutz der biologischen Vielfalt in Europa (Natura 2000), RL 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, *ABl.* 1992 L 206/7.

207 Näheres bei *Peter Bußjäger*, aaO., 67 (70 mwN. in Fn. 26).

2. Private Vermietung von Wohnungseigentum

Steht ein Objekt im Wohnungseigentum, bedürfen Nutzungsänderungen der Zustimmung aller WohnungseigentümerInnen. Wird eine Wohnung als Ferienwohnung vermietet, so ist zu prüfen, ob der Vermietung nicht schutzwürdige Interessen der anderen EigentümerInnen entgegenstehen und diese Vermietung von ihnen genehmigt werden muss.²⁰⁸ Im Falle eines Gebäudes mit gemischter Nutzung, bei welchem ein Teil (Top 2) gekauft und vom Eigentümer vermietet wurde und sodann vom Mieter mit dem Land Salzburg ein Vertrag über die Unterbringung von Flüchtlingen abgeschlossen wurde, blieb die Eigentümerin einer anderen Wohnung (Top 1) im selben Gebäude mit ihrer Unterlassungsklage erfolglos.²⁰⁹ Ausschlaggebend war, dass Top 2 lediglich eine unspezifische Widmung als Geschäft aufwies und auf Grund breit formulierter Nutzwertfestlegung auch die Unterbringung von Flüchtlingen erfasst war. Beide Entscheidungen sind nachvollziehbar.

3. Errichtung von Zäunen

Die Errichtung von Zäunen, um Flüchtlingen den Grenzübertritt zu versagen, ist aus verschiedenen Gründen fragwürdig: Zum einen verträgt sich das im Binnenmarkt schwer mit dem Freizügigkeitsgrundsatz, zum anderen bedarf die Beschränkung der Nutzung des Privateigentums eines gerechtfertigten Grundes, der bei Vorliegen der GFK-Voraussetzungen fehlen dürfte. Außerdem dürfte auch die Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen (Kosten-Nutzen-Relation) nicht evident sein. MaW. erzeugt die Errichtung kostspieliger Zäune für eine übersichtliche Zahl an Flüchtlingen Erklärungsbedarf. Darüber hinaus könnten sich freilich auch hier – wie zu Pkt. 1 und 2 – nachbarrechtliche Fragen und solche nach Art. 8 EMRK stellen (Lärm- und Schmutzbelästigung).

VIII. Geborene und gekorene Erben

1. Gewohnheitsrecht

Von Frauen wird in manchen Rechtssystemen traditionell der Verzicht auf ihre Erbschaft zugunsten des männlichen Familienoberhaupts oder des Bruders erwartet. Ein grundsätzliches Verzichtsverbot – wie etwa im Kosovo angedacht – ist von der Rechtsfolgenseite her zu hinterfragen. Wirksam dürften Anlassregelungen wie diese nur beschränkt sein, zumal die Erbinnen mitunter eher Passiva als Aktiva erben könnten. Solche Verzichte könnten Gegenstand von Integrationsvereinbarungen sein, die über die rechtlichen (und wirtschaftlichen) Implikationen verständlich und klar aufklären, was auch die allfällige Unwirksamkeit einschließen müsste. Über gelebte Traditionen hinaus, wird sich die Testierfreiheit am Diskriminierungsverbot messen lassen müssen.

208 OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h, wobl 2014, 209/78 (*Etzersdorfer*).

209 OGH 25.08.2016, 5 Ob 105/16a, EvBl. 2017, 263 (*Pesek*).

2. Testaterbrecht

Nicht zu rechtfertigen ist die Ausgestaltung von Verstößen gegen religiöse Gebote oder solche, die der kulturellen Sittlichkeit nicht entsprechen, als Erbunwürdigkeitsgründe. Zu einem solchen Verhalten könnten etwa die Weigerung, ein Kopftuch zu tragen, vor-ehelicher oder außerehelicher Geschlechtsverkehr, allgemein eine westliche Lebensführung oder ein Glaubensabfall zählen. Sie sollten auch nicht zur Bedingung, von welcher der Erbschaftserwerb abhängig gemacht wird, erhoben werden. Trotz der Religionsfreiheit sind der Testierfreiheit durch testierfeste Grundsätze Grenzen gesetzt. Zu diesen zählt das Recht auf Achtung der Privatsphäre. Grundsätzlich sollten sich ErblasserInnen nicht zu MoralrichterInnen der Erben oder Erbinnen hochstilisieren, weil dies die Menschenwürde und das Diskriminierungsverbot verletzen könnte.

3. Intestaterbrecht

Wer nicht (wirksam) letztwillig verfügt, muss wissen, dass das gesetzliche Erbrecht zur Anwendung kommt. Dieses ist bemüht, sich am mutmaßlichen Willen des Erblassers oder der Erblasserin auszurichten und auch legitime Interessen des Sozialstaates zu berücksichtigen. Die Integration findet in einem Rechtsraum statt, in welchem das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Aus diesem Grund scheiden Überlegungen, wonach eine Erweiterung des Intestaterbrechts auf die Großfamilie angedacht werden könnte, aus.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M., Wien

I. Vorüberlegungen

1. Zentrale Rahmenbedingungen

Die erfolgreiche Integration von Flüchtlingen ist eine Bring- und Holschuld zugleich. Sie hängt zentral mit der Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen zusammen. Art. 22 GRC ist nach Auffassung des österreichischen VfGH lediglich ein Grundsatz, aber keinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht der österreichischen Bundesverfassung gleichzuhalten. Dennoch ist die Bedeutung der Bestimmung nicht zu unterschätzen, findet sich doch kein internationales Menschenrechtsinstrument, welches die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen wie in der GRC festschreibt.

2. Asyl- und Kollisionsrecht

Die Anwendung des nationalen Rechts auf Flüchtlinge hängt von verschiedenen Faktoren ab. Es gibt verschiedene Kategorien von Flüchtlingen und ihre Einstufung definiert ihre Stellung im Asylverfahren und ihren Status, somit die Frage, ob, wie lange und unter welchen Bedingungen sie im Zuzugsstaat bleiben dürfen und damit auch, welches Recht auf ihre persönlichen Beziehungen zur Anwendung kommt. Dies beeinflusst unmittelbar ihre persönlichen Rechtsbeziehungen und somit die Abkoppelung vom Heimatrecht und die nachhaltige Integration.

II. Privatautonomie

1. Allgemeine und besondere Geschäftsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit richtet sich im Allgemeinen nach Alter und geistigem Zustand der Betroffenen. In manchen Bereichen differenziert der Gesetzgeber nach Alter, Reife und Art des Rechtsgeschäfts. So kann eine Person mit Vollendung des 16. Lebensjahres für ehemündig erklärt werden, wenn sie für die Ehe reif erscheint und die zukünftige Ehepartnerin oder der zukünftige Ehepartner volljährig ist. Das 2. ErwSchG, welches die Privatautonomie insbesondere für Personen, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, in den Mittelpunkt rückt, hat im EheG terminologische Anpassungen durchgeführt. Die Tendenz zur Selbstbestimmung steht einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei fehlender oder unzureichender Sprachkenntnis entgegen.

2. Sprachbarrieren

Die Forderung, wonach Flüchtlinge die deutsche Sprache binnen angemessener Zeit und auf angemessenem Niveau erlernen müssen, ist grundsätzlich legitim und im Interesse aller gelegen. Allerdings wird dabei zu wenig darauf Bedacht genommen, dass Flüchtlinge meist aus einem völlig anderen Kulturkreis stammen, keine oder nur beschränkte Schulbildung erhalten haben und die Muttersprache mit der deutschen Sprache gar nichts gemeinsam haben muss. Zu einem großen Teil übernehmen regelmäßig

nicht geschulte Personen aus der Zivilgesellschaft die Sprachvermittlung, weil der Bedarf von offizieller Seite nicht rasch genug gedeckt werden kann. Fehlende Qualifikation macht sich auch bei Dolmetscher(innen)diensten im behördlichen, therapeutischen, medizinischen Bereich bemerkbar, Defizite, die sich auf die privatrechtlichen Beziehungen der Betroffenen auswirken. Damit stellt sich die Frage, was Zuzugsländer, wie etwa Österreich, bieten sollten und könnten, damit Kommunikation im privatrechtlichen Bereich möglich wird. Von den genannten Defiziten ist auch die Wirtschaft betroffen. Es wäre überlegenswert, Großunternehmen und Unternehmen in der Daseinsvorsorge zu verpflichten, mit Flüchtlingen in ihrer Muttersprache oder einer ihrer Umgangssprachen zu kommunizieren. Das könnte etwa bei jenen Unternehmen angedacht werden, für die der allgemeine Kontrahierungszwang besteht.

Vielfach fehlt es an interkultureller Kompetenz, die ua. Aus- und Fortbildung auf dem Gebiet fremder Kulturen, Umgang, Beratung und Betreuung von Migrant(inn)en sowie bestimmte Fremdsprachenkenntnisse der hiermit beauftragten Personen umfasst und sich aus grund- und menschenrechtlichen Instrumenten ableiten lässt.

Im medizinischen Bereich setzen generell Aufklärung und informierte Einwilligung die Verständigungsmöglichkeit des medizinischen Personals mit den Betroffenen voraus, weil das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Patient(inn)en geschützt sind. Die Praxis weist einige Defizite auf, haftungsrechtliche Fragen stehen zur Debatte, ebenso wie arbeitsrechtliche Probleme und nicht zuletzt das vorrangig zu berücksichtigende Kindeswohl, welches in internationalen Menschenrechtsinstrumenten und auch im Privatrecht verankert ist.

III. Persönlichkeitsrechte

Der Stellenwert von Ehre und Name ist kulturabhängig. So kann es etwa die Ehre von Personen verletzen, staatlichen Schutz, etwa Fördermaßnahmen, anzunehmen, als schwul bezeichnet zu werden, sofern dies aus ihrer kulturellen Sicht als beleidigend empfunden wird oder sogar ein Strafdelikt darstellt, oder das Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum befolgen zu müssen. Letzteres kann als Verstoß gegen die persönliche Freiheit, das Diskriminierungsverbot, die Achtung des Privatlebens, die Religionsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit sowie die Verletzung der in einer rechtsstaatlichen Demokratie geschützten Werte diskutiert werden.

Im Westen ist der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz notwendiger Bestandteil einer freien Gesellschaft, in welcher alle Menschen gleich behandelt werden. Das öffentliche Recht, namentlich die Grundrechte, das Völkerrecht, etwa die EMRK und die KRK, sowie das Unionsrecht, namentlich die GRC, prägen den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz. Alle diese grund- und menschenrechtlichen Vorgaben sind einzuhalten.

Manchen Flüchtlingen ist nicht bewusst (oder verständlich), dass der Name ein Persönlichkeitsrecht ist, der Namensschutz für Identitätsschutz steht und den Personenstand betrifft. Weder Begrifflichkeiten noch rechtsstaatliche Strukturen sind ihnen vertraut, dasselbe gilt für die Relevanz des Namens im Zusammenhang mit Art. 8 und 14 EMRK, Art. 7, 8, 21 KRK und dem Unionsrecht.

IV. Ehe und Familie als Bezugssystem

1. Ehefähigkeit und Eheschließung

Das 2. ErwSchG, welches die gerichtliche Fürsorge für Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen, neu regelt und auch die Vorgaben von Art. 12 der UN-Behindertenkonvention deutlicher umsetzt als dies in der *lex lata* vorgesehen ist, hat es zu Recht nicht zum Anlass genommen, neue Regelungen zur Kinderehe einzuführen, vielmehr führt die mangelnde Ehefähigkeit, wie bisher, zur Vernichtbarkeit der Ehe, die mangelnde Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist als Aufhebungsgrund ausgestaltet, weggefallen ist die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Ehe bei fehlender Ehefähigkeit für nichtig erklären zu lassen, weil daran kein öffentliches Interesse besteht. Weder Flüchtlings- noch Migrationsfragen wurden aufgeworfen, sodass auch die Auslegung von Art. 12 Abs. 2 GFK oder die Tragweite der Vorbehaltsklausel im Zusammenhang mit wirksam im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen kein Thema waren. Das ist alles uneingeschränkt zu begrüßen. Das deutsche Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen wirft hingegen einige grundsätzliche Fragen auf, die wohl vom BVerfG und vom EGMR zu entscheiden sein könnten.

2. Religiöse Trauung/Zivilehe

Die (politische) Diskussion um die religiöse Trauung, die im Inland nach staatlichem Recht ohnehin keine Wirkung entfaltet, und um das Entstehen oder Bekräftigen von „Parallelgesellschaften“ bezieht sich im Wesentlichen auf Angehörige des islamischen Glaubens. Sie verschließt den Blick auf echte Sachprobleme, wie Ausbeutung, Unterdrückung, Verschleppung, Kindesmissbrauch, Versklavung, die nicht auf die islamische Welt beschränkt sind.

3. Ehehliche Rechte und Pflichten

Wohlerworbene Rechte sind nach Art. 12 Abs. 2 GFK anzuerkennen. Eine wirksam im Ausland eingegangene Ehe ist nach dem maßgeblichen Ehe- und Ehwirkungsstatut anzuerkennen, wobei grund- und menschenrechtliche Standards, wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Verbot sexueller Unterdrückung, das Gewaltverbot, das Recht auf Privatsphäre sowie der Schutz von Privat- und Familienleben des Zugzugsstaates, durchgreifen.

4. Pflege und Erziehung

Unabhängig vom Recht des Herkunftsstaates der Flüchtlinge hat das Kindeswohl vorrangige Bedeutung, die religiöse Erziehung hat dabei das Nachsehen. Sprachgepflogenheiten in der Privatsphäre der Familie bzw. bei der Freizeitgestaltung sollen uneingeschränkt ausgeübt werden können.

Dringender Verbesserungsbedarf ist bei der Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen zu orten. Defizite sind ua. auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, fehlende Mittel und fehlende Infrastruktur zurück zu führen.

Statt einer Verwandtenadoption, insbesondere der Adoption durch einen Geschwisterteil, sind gelindere Lösungen, wie die teilweise Übertragung des Sorgerechts oder die Pflegekindschaft, anzustreben.

5. Vaterschaftsanerkenntnis als Konstrukt

Zum Schein abgegebene Vaterschaftsanerkenntnisse sind nicht migrationsimmanent.

6. Scheidungsrecht in einer multikulturellen Gesellschaft

Berechtigte Bedenken sind angebracht, wenn das Heimatrecht von Flüchtlingen keine Waffengleichheit der scheidungswilligen Ehegatten vorsieht. Dies ist mE. jedoch nicht pauschal, sondern von Fall zu Fall zu beurteilen.

Auch im Zuge der Integration auftretende Friktionen zwischen den Ehegatten können mit hiesigen grund- und menschenrechtlichen Standards unvereinbar sein. Dies ist auch im Scheidungsfall zu berücksichtigen. Zu denken wäre in Fällen wie diesen an eine Reform des österreichischen Scheidungsrechts, welche eine Scheidung wegen Unzumutbarkeit ohne Verlust von allfälligen Unterhaltsansprüchen der klagenden Partei eröffnet.

V. Kindeswohl in der Gemengelage

1. Über Tabus und *Compliance*

Tabus und Compliance spielen insbesondere, aber nicht nur, im Zusammenhang mit Kindern mit besonderen Bedürfnissen eine Rolle. Das kann kulturelle Gründe haben, hinzu treten Sprachbarrieren, Misstrauen gegenüber Institutionen, welches mitunter eine wichtige Überlebens- oder Bewältigungsstrategie sein kann, mangelhafte oder fehlende Informationen, finanzielle Engpässe, frühere negative Erfahrungen mit dem Regelsystem, Angst vor Stigmatisierung und Exklusion, fehlende Resilienz und fehlendes Sozialkapital, Scham, Aberglaube usw. Abgesehen von entsprechender Schulung auf dem Gebiet inter- bzw. transkultureller und auch interdisziplinärer Kompetenz, besteht für den Staat dann Handlungsbedarf, wenn das Kindeswohl gefährdet ist.

Beiden Seiten, sowohl Flüchtlingen als auch Zuzugsstaaten, ist nach Tunlichkeit Zeit einzuräumen. Hierbei geht es weniger um gefordertes Vertrauen als eher um die Stärkung von Zuversicht und Akzentuierungen, die in der Fachliteratur sehr kontrovers diskutiert werden.

2. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge

An völkervertrags-, unionsrechtlichen und verfassungsgesetzlichen Vorgaben zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls fehlt es nicht. Unzukömmlichkeiten in der Praxis wurden von vielen Seiten kritisiert, darunter von NGOs und der österreichischen Volksanwaltschaft. Der maximale Tagessatz, der UMF zur Verfügung gestellt wird, kommt trotz nachgewiesenen Bedarfs nicht zur Verteilung und liegt deutlich unter dem für andere Minderjährige in Österreich. Abgesehen von dieser Ungleichbehandlung, gibt es auch organisatorische, betreuungs- und therapieerhebliche und verfahrensrechtliche Defizite, die mit der Wahrung des Kindeswohls schwer vereinbar sind.

VI. Erwerbstätigkeit, Konsumentenschutz und Zugang zu Dienstleistungen

1. Kopftuchverbot in Unternehmen

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen unternehmensinterne Vorschriften, sich neutral zu bekleiden, keine unmittelbar auf der Religion oder der Weltanschauung

beruhende Ungleichbehandlung iSv. Art. 2 Abs. 2 lit. a Gleichbehandlungs-RL dar. Wenngleich eine mittelbare Ungleichbehandlung vorliegt, sei eine vom Unternehmen verfolgte Neutralitätspolitik als rechtmäßiges Ziel anzusehen. Zu kritisieren ist die unzureichende Auseinandersetzung des EuGH mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, bei welchem die Motivation für die Erlassung einschlägiger Bekleidungs Vorschriften zu gewichten ist. Sinnvolle Neutralitätspolitik könnte im Hinblick auf Angestellte mit Kundenkontakt etwa darin bestehen, dass alle religiösen Symbole zugelassen werden. Ferner überzeugt auch die nach Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit nicht wirklich, denn diese könnte auch darin bestehen, die in Art. 22 GRC verankerte Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen zum Ausdruck zu bringen.

In einer zeitgleich behandelten Rechtssache erblickte der EuGH im Verbot des islamischen Kopftuches auf Grund eines Kundenwunsches eine unzulässige Diskriminierung aus religiösen Gründen. Die Gleichbehandlungs-RL schütze subjektive Erwägungen, wie der Wille des Arbeitgebers, besonderen Wünschen von Kund(inn)en zu entsprechen, jedoch nicht. Das überzeugt, wenn die Wünsche auf Diskriminierung und/oder Vorurteilen beruhen.

Bekleidungs Vorschriften zielen in der Praxis primär auf Frauen islamischen Glaubens ab, womit auch das Recht auf Privatsphäre und die Religionsfreiheit betroffen sind. Sofern Bekleidungs Vorschriften angemessen und nach Rahmenbedingungen differenzieren, das heißt objektiv begründet sind, können sie rechtmäßig sein. Ein Neutralitätsgebot in säkularisierten staatlichen Institutionen hätte alle Religionen zu erfassen.

2. Zutrittsverbote für Flüchtlinge

Fremdenfeindliche Zutrittsverbote, wie sie sich gegen Flüchtlinge und/oder die Verhüllung von Frauen richten, haben ein spezifisches Publikum im Auge. Verletzt können die Menschenwürde, das Persönlichkeitsrecht und das Gleichbehandlungsgebot sein, wie sie in völkervertragsrechtlichen Instrumenten, im Unionsrecht und verfassungsgesetzlich als schützenswerte Güter prominent geregelt sind.

3. Kündigung, Loyalitätspflichten und Art. 8 EMRK

Schlagwörter, wie „Parallelgesellschaft“ werden im Kontext der Sonderstellung christlicher Religionsgemeinschaften im Allgemeinen nicht verwendet. Die geforderte Laizität scheint auf Grenzen zu stoßen, wenn christliche Werte betroffen sind. Konkret geht es etwa um Fragen wie die vorrangige Stellung kirchenrechtlicher Arbeits Vorschriften im Rahmen eines eigenen Justizsystems, welches parallel zu staatlichen Gerichten existiert, verfassungs- und unionsrechtlich verankert ist, und von diesen wegen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zur Wahrung der Glaubwürdigkeit der Kirche an diesem Maßstab gemessen werden. Wie weit der ansonsten im säkularen Bereich reichende Schutz von (*in casu*) Art. 8 EMRK reicht, führen Entscheidungen des EGMR vor Augen. Die Parallelität kirchlicher und staatlicher Systeme verträgt sich schlecht mit einem Neutralitätsgebot bzw. der grundsätzlichen Trennung von Kirche und Staat. Dies wird, soweit ersichtlich, jedoch nur im islamischen Kontext angeprangert.

4. Arbeitsleistungen von Flüchtlingen

So lange Dolmetscher(innen)dienste von Minderjährigen ihr Wohl nicht beeinträchtigen, bestehen keine Einwände. Hilfeleistungen naher Angehöriger, einschließlich der

Kinder, tragen zur Integration der gesamten Familie bei. Der Integration sehr förderlich wäre neben dem Erlernen der deutschen Sprache auch die Integration von Frauen in den Arbeitsmarkt zu einem angemessenen Lohn. Das fördert ihre Selbständigkeit und ihr Selbstbewusstsein, stärkt ihre Position als gleichberechtigte Ehefrau, wirkt sich auch im privatrechtlichen Verkehr aus, etwa als Konsumentin, und beeinflusst ebenso die Ausübung der Obsorge nach westlichen Standards.

Beschäftigungsverhältnisse sollten mit einer angemessenen Entlohnung einhergehen und nicht mit einem Anerkennungsbeitrag als Bestätigung der Integrationswilligkeit verbunden sein. Abgesehen davon, dass missbilligte „Schwarzarbeit“ gefördert werden könnte, erhebt sich auch die Frage nach Gleichbehandlung mit jenen, die vergleichbare Arbeiten ausführen.

Gleitende Arbeitszeit ist zur Förderung des Betriebsklimas gesetzlich vorgesehen. Trotzdem wird die Ausübung religiöser Pflichten nicht uneingeschränkt möglich sein. Diese Beschränkung ist in Relation zu gebilligtem Suchtverhalten, wie etwa Rauchen während der Arbeitszeit, zu bringen. Es könnten sich Fragen nach der Gleichbehandlung der ArbeitnehmerInnen und der freien Religionsausübung stellen.

Regelmäßig klaffen ausgeübte Tätigkeiten und nachweislich erlernte Berufe auseinander. Flüchtlinge verfügen oft über viel mehr Fertigkeiten als sie nachweisen können. Zwar haben sie Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst, aber Einstufungstests scheinen im Hinblick auf transkulturelle Kompetenz optimierungsfähig. Der Zugang zum Arbeitsmarkt, insbesondere bei reglementierten Gewerben, ist ua. durch das für AsylbewerberInnen geltende Erfordernis eines Mangelberufes erschwert. Die Nutzung von Sozial- und Humankapital kann dadurch zu sehr in den Hintergrund rücken. Tangiert sind das Recht auf Bildung sowie das Recht auf Arbeit und gleichen Lohn.

5. Basiskonto

Quartalsmäßig zu entrichtende Kontoführungsgebühren sind von Bank zu Bank unterschiedlich und erweisen sich im Verhältnis zur Mindestsicherung, welche die Einrichtung eines Kontos zwingend voraussetzt, vielfach als Kostenfalle. Die mitunter überhöhten Gebühren könnten den Gleichheitsgrundsatz und den Verbraucherschutz in Frage stellen.

VII. Eigentum und Unterbringung

1. Nutzung von Leerständen zur Flüchtlingsunterbringung und Durchgriffsrechte

Die Nutzung leerstehender Gebäude zur Unterbringung von Flüchtlingen ist verfassungsgesetzlich geregelt und an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Die Quartierbeschaffung stellt einen Eingriff in das Eigentumsrecht und eigentumsähnliche Rechte dar. Das sog. Durchgriffsrecht des Bundes bedarf keiner weiteren behördlichen Bewilligung. Dies wirft im Hinblick auf das rechtliche Gehör verfahrensrechtliche Bedenken auf, ebenso wie unionsrechtliche Bedenken, wenn naturschutzrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden. Allfällige Umweltbeeinträchtigungen können ferner den Schutz des Privat- und Familienlebens verletzen.

2. Private Vermietung von Wohnungseigentum

Die private Vermietung zur Unterbringung von Flüchtlingen und eine allfällig damit verbundene Nutzungsänderung setzt insbesondere die notwendige Zustimmung aller WohnungseigentümerInnen voraus. Fehlt es an dieser, sind diese in ihren schutzwürdigen Interessen verletzt und können gegebenenfalls Unterlassungs-, Beseitigungs- und/oder Wiederherstellungsansprüche geltend machen.

3. Errichtung von Zäunen

Die Errichtung von Zäunen, um Flüchtlingen den Grenzübertritt zu verwehren, ist im Binnenmarkt am Freizügigkeitsgrundsatz, ferner an den Maßstäben der GFK, der EMRK und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Die Notwendigkeit für die Errichtung solcher Zäune dürfte vielfach nicht vorliegen.

VIII. Geborene und gekorene Erben

1. Wohnheitsrecht

Gewohnheitsrechtliche Erbverzichtserklärungen seitens weiblicher Erben können das Diskriminierungsverbot verletzen.

2. Testaterbrecht

Die Testierfreiheit ist durch Grundsätze geprägt, die der Religionsfreiheit Grenzen setzen. Zu denken ist etwa an das Recht auf Achtung der Privatsphäre, das Recht auf Achtung der Menschenwürde und das Diskriminierungsverbot.

3. Intestaterbrecht

Eine allfällige Erweiterung des Intestaterbrechts auf die Großfamilie ist aus Gründen des Kindeswohls und möglicher sozialstaatlicher Interessen nicht zu befürworten.

Summary

Fundamental Rights Challenges of Migration Flows in Private Law
by Prof. Dr. Bea Verschraegen, LL.M., M.E.M., Wien

I. Preliminary considerations

1. Core parameters

The successful integration of refugees is a two-way obligation. It is integrally connected with respect for the diversity of cultures, religions and languages. In the view of the Austrian Constitutional Court (VfGH), Art. 22 CFR is merely a principle, thus not having equivalent effect to that of a constitutional right as guaranteed by the Austrian Constitution. Nonetheless, the significance of this provision should not be underestimated; there is no other international human rights instrument that prescribes respect for cultural, religious and linguistic diversity as does the CFR.

2. Asylum law and conflict of laws

The application of national law to refugees depends on several different factors. There are different categories of refugees and the category defines their position in the asylum procedure and their status, as well as consequently also the question of whether and how long they may stay and under what conditions in the country of asylum and hence also what law is applicable to their personal relations. This directly influences their personal legal relationships and thus the separation from the law of their country of origin and their long-term integration.

II. Private autonomy

1. General and particular legal capacity

Legal capacity is determined in general by the age and mental capacity of the person in question. In some contexts, the legislator differentiates according to age, maturity and type of legal capacity. Thus, someone who has reached the age of 16 may be declared to have legal capacity to contract marriage if such person appears to be mature enough for marriage and the future spouse has reached the age of majority. The Austrian Second Federal Act on the Protection of Adults (2. *Erwachsenenschutzgesetz*, 2. ErwSchG), which puts a focus on the private autonomy particularly of people who due to a mental illness or a comparable impairment have limited ability to make decisions, made some terminological adaptations to the Austrian Marriage Act (*Ehegesetz*, EheG). The tendency towards self-determination is juxtaposed by a limitation on legal capacity when language skills are lacking or inadequate.

2. Language barriers

The call for refugees to have to learn German within a reasonable time period and up to a reasonable level of competence is basically legitimate and in the interests of all concerned. However, not enough regard is had in this respect to when they come from a completely different culture, have had no or only limited access to schooling and their mother tongue does not necessarily have anything in common with German. A large part of the task of imparting the German language is taken on by civil society, who of

course is not usually trained and qualified, because the needs of the refugees cannot be met fast enough by the official bodies. The effects of the lack of qualifications are also felt when it comes to interpreting services in public administrative, therapeutic and medical contexts; these are problems which affect the private law relations of those concerned. This raises the question of what countries of asylum such as Austria should and can offer so that communication in the private law context is possible. This also impacts the economy. It would be worth considering obliging large enterprises and public services provider companies to communicate with refugees in their mother tongue or a language they habitually use. This could for example make sense when it comes to enterprises in a monopoly position meaning people have to contract with them.

There is often a lack of intercultural competence, which calls for further education and training in the fields of foreign cultures, interaction with, advising and assistance of migrants as well as certain foreign language skills for those responsible and the necessity for which can be inferred from fundamental and human rights instruments.

Generally, providing information and explanations and ascertaining informed consent necessitates a means for communication between medical personnel and patients, because the latter's right to self-determination and right to bodily integrity are protected. In practice, there are several problems, liability law questions are at issue, as are labour law problems, and not least the issue of child welfare, which must be given priority as is established in international human rights instruments and also in private law.

III. Personality rights

The value of honour and one's name varies in different cultures. Thus, it may besmirch some people's honour to accept state protection, for example measures meant to assist them, or to be referred to as homosexual, if such denomination is regarded in their culture as offensive and may even be a criminal offense, or to be obliged to comply with the ban on covering up the face in public areas. This last may be debated as a violation of personal freedom, the ban on discrimination, respect for the private sphere, freedom of religion and freedom of expression as well as the values protected in a rule of law democracy.

In the West, private law protection of personality rights is a necessary part of a free society in which all people are treated equally. The public law, namely the fundamental rights, public international law such as the ECHR and CRC, as well as EU law, specifically the CFR, helps to form this protection of the personality under private law. All of these fundamental rights and human rights standards must be observed.

Some refugees are not aware (or cannot understand) that a person's name is a personality right that protection of the name stands for protection of identity and also concerns personal status. Neither the terms nor the rule of law structures are familiar to them; the same applies to the relevance of the name in connection with Art. 8 and 14 ECHR, Art. 7, 8, 21 CRC and EU law.

IV. Marriage and the family as a framework

1. Capacity to get married and entering into marriage

The Second Federal Act on Protection of Adults (2. ErwSchG), which reforms legal guardianship of people who are no longer in a position to take care of their own affairs

and which also implements the rules of Art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities more clearly than is foreseen in the *lex lata*, did and need not take the reform as an opportunity to introduce new rules on child marriage. Instead, the lack of capacity to enter into a marriage leads, as it did to date, to annullability of the marriage, and lack of consent by the legal representative is formulated as a ground for annulment. On the other hand, the possibility for the public prosecutor's office to declare the marriage null and void in the case that there was a lack of capacity to enter into it has been abolished because this does not involve any interests of the public. Neither refugee nor migration issues were raised, so that the interpretation of Art. 12.02 1951 Geneva Refugee Convention or the scope of the proviso in connection with child marriages validly entered into abroad were not at issue either. This is all to be welcomed unreservedly. The German Law on Combatting Child Marriage (*Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*), on the other hand, throws up a number of fundamental questions, which may well have to be decided by the German Federal Constitutional Court (BVerfG) and the European Court of Human Rights (ECtHR).

2. Religious wedding / civil marriage

The (political) debate regarding religious wedding ceremonies, which in Austria have no effect anyway under domestic law and on the emergence or reinforcement of “parallel societies”, relates mainly to those who practice Islam. It turns the focus away from real problems such as exploitation, oppression, people smuggling, child abuse and slavery, which are not restricted to the Islamic world.

3. Marital rights and duties

Validly acquired rights must be recognised under Art. 12.2 Geneva Refugee Convention. Under the applicable Marriage and Effects of Marriage Statute (*Ehe- und Ehe-wirkungsgesetz*), a marriage validly entered into abroad must be recognised, whereby fundamental and human rights standards of the country of domicile or residence, such as the equal rights of men and women, the ban on sexual oppression, the prohibition of violence, the right to a private sphere and the protection of private and family life, take precedence over the law of the country of origin.

4. Care and upbringing of children

Regardless of the law of the country of origin of the refugees, the welfare of the child must always have priority; religious upbringing cannot prevail over this. The customary way of speaking within the private sphere of the family or during leisure activities should remain free from restriction.

An urgent need for improvement is to be found when it comes to the care of unaccompanied minor refugees. Problems relate back, among other things, to the way responsibilities are divided between the federal state and the provinces, lack of resources and lack of infrastructure.

Instead of adoption by relatives, in particular adoption by a sibling, less radical solutions such as partial custody transfer or fostering should be striven towards.

5. Acknowledgement of paternity as a construct

Fictitious acknowledgement of paternity is not intrinsic to migration.

6. Divorce law in a multicultural society

Legitimate concerns are well-placed when the domestic law of the refugee's country of origin does not provide for equality of arms of the spouses wanting to divorce. However, this does not always hold true but must be assessed on a case by case basis.

Frictions that arise between the spouses in the course of integration can also be irreconcilable with local fundamental and human rights standards. This must also be taken into account in the event of divorce. Conceivable in this context would be a reform of the Austrian divorce law to provide for divorce due to unacceptability (*Unzumutbarkeit*) without loss of any rights to alimony on the part of the petitioner.

V. Welfare of the child in the conflict situation

1. Regarding taboos and compliance

Taboos and compliance are relevant particularly, but not only, in connection with children who have special needs. There may be cultural reasons; added to this are language barriers, distrust of institutions, which can occasionally be an important survival or coping strategy, flawed or lack of information, financial restrictions, earlier negative experiences with the system, fear of stigmatisation and exclusion, lack of resilience and lack of social resources, shame, superstition etc. Apart from appropriate schooling in the field of intercultural and transcultural as well as interdisciplinary competence, the state must take action when the welfare of the child is endangered.

Both sides, refugees and the countries of asylum, must be given time as expedient. This is less about demanding trust than encouraging optimism, accentuations that are debated very controversially in specialised literature.

2. Unaccompanied minor refugees

There is no lack of public international law treaties, EU treaties and constitutional standards setting out that the welfare of the child must come first. Problems in practice have been criticised by many, including NGOs and the Austrian Ombudsman Board (AOB, *Volksanwaltschaft*). The maximum daily allowance available for unaccompanied minor refugees is not being paid out despite the corresponding need having been proven, and it lies significantly below what is paid for other minors in Austria. Apart from this unequal treatment, there are also organisational, care-related and therapy-relevant as well as procedural law related problems that are difficult to reconcile with safeguarding the welfare of the child.

VI. Employment, consumer protection and access to services

1. Ban on head scarfs in companies

According to the case law of the CJEU, it does not constitute unequal treatment directly based on religion or world view in the sense of Art. 2 (2) a of the Equal Treatment Directive when companies require their employees to dress neutrally. Although it does amount to indirect unequal treatment, the neutrality policy pursued by the company must be regarded as a legitimate goal. The insufficient engagement with the principle of proportionality must be criticised here; this principle must be taken into consideration when weighing up the motivation for issuing such dress codes. A sensible neutrality

policy in relation to staff with client contact might be to allow all religious symbols. Furthermore, the argument based on freedom to conduct a business as protected under Art. 16 CFR is not really convincing either as this could also consist in expressing respect for cultural, religious and linguistic diversity as anchored in Art. 22 CFR.

In a case heard at the same time, the CJEU found a ban on the Islamic headscarf due to a client preference to be an unjustifiable discrimination on grounds of religion. The Equal Treatment Directive was, moreover, held not to protect subjective considerations such as the willingness of the employer to comply with certain customer preferences. This is persuasive when such preferences are based on discrimination and/or prejudices.

Dress codes are in practice primarily directed at Muslim women, meaning that the rights to a private sphere and freedom of religion are affected. Insofar as dress codes are reasonable and differentiate according to circumstances, i.e. are objectively based, they may be lawful. A rule of neutrality in secularised institutions would have to include all religions.

2. No entry for refugees

Xenophobic no entry rules excluding refugees and/or the Islamic clothing worn by women to cover up are aimed at a specific group of people. This can constitute an infringement of human dignity, personality rights and the rule of equal treatment as prominently featured in public international law instruments, in EU law and under the Constitution as protected values.

3. Termination, duties of loyalty and Art. 8 ECHR

Catchwords like “parallel society” are generally not used in the context of the special position of Christian religious communities. The secularism called for seems not to be quite so sweeping when Christian values are at issue. Specifically, this relates for example to questions such as the superior ranking of church law labour rules in the context of a separate justice system, which exists parallel to the state courts, is anchored in constitutional and EU law and is assessed by such against this yardstick due to the church right to self-determination to preserve the plausibility of the church. Decisions of the ECtHR demonstrate how far the protection otherwise extending into the secular area extends in the case (*in casu*) of Art. 8 ECHR. The parallel existence of the church and state systems sits uneasily with the rule of neutrality and the fundamental separation of church and state. This is, however, as far as can be told, only criticised when it comes to an Islamic context.

4. Work performed by refugees

As long as interpreting has no negative impact on the welfare of minors, there is no reason they should not do it. Assistance by close relatives, including children, contributes to the integration of the entire family. It would also be very beneficial to integration if besides learning German, women were also integrated on the labour market for reasonable pay. This promotes their independence and their confidence, strengthens their position as wives with equal rights and also impacts on private law interactions, e.g. as consumers and in exercising the custody of children according to Western standards.

Employment relationships should be for reasonable pay and not a token wage in confirmation of the will to integrate. Apart from the fact that this might encourage a negative

result in the form of undeclared work on the side, there is the question of equal treatment with those who carry out comparable work.

Flexible working time is provided for by statute in order to promote a good working atmosphere. Nonetheless, it will not be possible to avoid all restrictions on the exercise of religious duties. This limitation should be brought into relation with addictive behaviour that is sanctioned in the workplace, such as smoking during working times. Questions might arise concerning the equal treatment of staff and free exercise of religion.

Often, the activities engaged in have little to do with the professions refugees can prove they have qualified in. They also often have far more skills than they can prove. They do have access to a free-of-charge employment agency, but assessment tests seem to show room for improvement when it comes to transcultural competence. Access to the labour market, in particular in the case of regulated trades, is made difficult among other things by the requirement regarding asylum seekers that they can only take on jobs where there is a marked shortage of workers in relation to open positions (*Mangelberuf*). Use of social and human resources can recede too far into the background. This also has a tangential connection with the right to education and the right to work and equal pay.

5. Basic bank account

Account fees payable quarterly for having an account vary from bank to bank and often prove to be a money trap in relation to the needs based minimum benefits system (*Mindestsicherung*) which itself requires that an account be set up. These, sometimes excessive, fees could raise doubt as to the principle of equality and consumer protection.

VII. Property and accommodation

1. Use of empty properties to accommodate refugees and the state rights to take action to enforce this (*Durchgriffsrechte*)

The Constitution provides that empty buildings be used to accommodate refugees, subject to various conditions. Commandeering accommodation like this is an interference with property rights and similar rights. The so-called "*Durchgriffsrecht*" (right to take action to procure this result) on the part of the Federal State of Austria does not require any further approvals by other authorities. In relation to the right of both parties to be heard, this does trigger procedural law uncertainty, as well as EU law concerns when nature protection laws are not observed. Any negative environmental impacts can also infringe the protection of private and family life.

2. Private renting of flats

Renting privately to accommodate refugees and any associated change of use requires in particular the necessary consent of all flat owners. If this has not been procured and these owners have suffered the violation of interests worthy of protection, then they may bring actions for cease and desist orders, remedial injunctions and/or restitution claims, as appropriate.

3. Putting up fences

Putting up fences in order to stop refugees from crossing the border must be assessed within the internal market according to the free movement principle, as well as the standards laid down by the CFR, the ECHR and the principle of proportionality. It is likely that in many cases there was no necessity to erect such fences.

VIII. Born and appointed heirs

1. Succession by customary right

Waiver of inheritance rights under customary law by female heirs may violate the ban on discrimination.

2. Succession by will

Testamentary freedom is shaped and limited by principles that restrict freedom of religion. Relevant in this respect is, for example, the right to respect for the private sphere, the right to respect for human dignity and the ban on discrimination.

3. Succession on intestacy

Any extension of succession on intestacy to the extended family is not to be advocated in the light of the welfare of the child and possible welfare state interests.

Diskussion

zu den Referaten Kotzur und Verschraegen

Herr Reinisch: Vielen herzlichen Dank für die disziplinierte Wiederkehr und für die Bereitschaft an der Diskussion teilzunehmen. Wir haben eine ganze Reihe von Diskussionsbeiträgen. Ich werde den hoffentlich nicht ungeeigneten Versuch unternehmen, den schon meine Kollegin Nina Dethloff heute Vormittag unternommen hat, indem sie darauf hingewiesen hat, dass man die drei Minuten bevor es rot wird, nicht ausreizen muss, sondern nur notfalls kann. Ich schlage vor, dass wir wieder in Gruppen vorgehen – ich habe hier zunächst eindeutig dem ersten Referat zuordenbare Fragestellungen. Ich darf vielleicht ganz kurz die Namen vorlesen, sodass jeder sich ein Bild machen kann, wann er oder sie einsatzbereit sein möge: Frau Krieger, Herr Tomuschat, Herr Paulus, Frau Richter, Herr Thym und Herr Murswiek.

Frau Krieger: Herzlichen Dank! Ich habe eine Frage an Markus Kotzur. Herzlichen Dank für deinen Vortrag! Ich würde gerne einen Bogen zu dem ziehen, was wir gestern von Jutta Brunnée gehört haben, und noch einmal nach der Krise fragen, die man im Völkerrecht beobachten kann und die ich auch in deinem Vortrag widergespiegelt sehe. Dabei geht es meines Erachtens zunächst nicht so sehr um das Phänomen Trump oder den Brexit. Das sind vor allem die äußeren Symptome für die Krise, über die wir sprechen. Ich denke vielmehr, dass sich an Deinem Thema sehr schön zeigt, dass die Probleme sehr viel tiefer in den Strukturen des Völkerrechts liegen, und zwar in einem Zusammenwirken zwischen politischen Handlungsunfähigkeiten und strukturellen Pfadabhängigkeiten. Du hast es ja sehr schön beschrieben: Ein multilateraler Vertrag zu weltweiter Migration, den wir doch nach einer gewissen Wahrnehmung bräuchten, ist politisch nicht zu haben. Eine internationale Organisation, die uns – in den Denkstrukturen der Nachkriegszeit verhaftet – irgendwie wünschenswert erscheinen mag, ist auch nicht zu realisieren. In welche Richtung schauen wir also für Abhilfe? Wir schauen auf Hierarchisierung, wir schauen auf den Sicherheitsrat – mit dem Sicherheitsrat holen wir uns vielleicht ein Effektivitätsversprechen, aber zugleich auch Legitimitätskosten. Auch im Bereich weltweiter Migration wäre die Stellung der fünf ständigen Mitglieder problematisch. Wohl nur zwei sind gegenwärtig Empfängerstaaten oder Zielstaaten der Flüchtlingsströme und darüber hinaus besteht noch das ganze allgemeine Legitimationsproblem des Sicherheitsrates. Die andere Alternative, von der wir auf dieser Tagung auch schon Einiges gehört haben, liegt in *deals*. Es werden also keine rechtlichen Abkommen mehr geschlossen, sondern nur noch politische Vereinbarungen. Hieraus folgt aber die ganze Problematik von (rechtlicher) Unsicherheit und fehlender Formalisierung auf Kosten der *rule of law*. Eine dritte Variante war durch dein Thema vorgegeben: Die Lösung wird im Bereich der Menschenrechte gesucht. Fast jedes Thema, das wir heute als problematisch und reformbedürftig wahrnehmen, versuchen wir am Ende einer Lösung am Maßstab der Menschenrechte zuzuführen, weil es im Grunde – überspitzt gesagt – der einzige Bereich ist, in dem wir eine funktionierende Gerichtsbarkeit haben, die zudem eine gewisse Allzuständigkeit hat, weil sich jeder Sachverhalt letztlich auch menschenrechtlich darstellen lässt. Das aber – und das können wir etwa beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

beobachten – führt dann wieder zu Abwehrreaktionen der Staaten gegen eine zu weit ausufernde Menschenrechtsgerichtsbarkeit und damit verbundene Eingriffe in die nationale Souveränität und dann schließt sich der Kreis zu Populismus und Trump. In diesem Lichte besorgt es mich doch, wenn ihr beide – Du und Robert – heute in den völkerrechtlichen Vorträgen wiederholt von der Utopie gesprochen habt. So schön das Bild ist – es klingt ja fast so, als ob wir die Gegenwart schon aufgegeben hätten. Überziehe ich oder teilst Du die Beobachtung solcher struktureller Herausforderungen?

Herr Tomuschat: Ich möchte mich für zwei großartige Vorträge bedanken, werde aber Fragen nur an Herrn Kotzur richten, weil ich im Bereich des IPR zu wenig beschlagen bin, obwohl wir die gemeinsame Ursuppe haben, wie wir gestern erfahren haben. Herr Kotzur – ich war sehr beeindruckt von ihrem Vortrag, glänzend formuliert! Ich habe aber den Eindruck, Sie haben ein unstillbares Bedürfnis nach Harmonie. Das ging bis in jede Formulierung hinein, alles war perfekt in wunderbarem Einklang. Aber haben Sie nicht damit auch die Materie entschärft, sie allzu sehr geglättet und geschönt? Sie haben ständig von Kooperation, Steuerung gesprochen, aber wo wird denn hier nun kooperiert? Sie haben das Wort Syrien nicht erwähnt, Sie haben auch nicht von Libyen gesprochen, auch nicht von Ungarn. Diese störenden Elemente sind bei Ihnen nicht offen aufgetaucht. Sie haben schon darüber gesprochen, Sie haben das nicht alles verschwiegen, und es kam auch irgendwann zur Sprache. Aber irgendwie war die Misere kein Schwerpunkt bei Ihnen. Doch müssen wir das real existierende Spannungsfeld auch benennen. An dem einen Ende steht nicht nur der Mensch, der um Aufnahme bittet, sondern es ist auch der Herkunftsstaat, der eine gewisse Verantwortung trägt – eine ganz große Verantwortung. Wenn wir steuern und kooperieren wollen, dann müssen wir jedenfalls auch den Herkunftsstaat oder die Herkunftsstaaten mit einbeziehen und versuchen, mit ihnen zu gewissen Arrangements zu kommen. Unsere Kanzlerin spricht ja immer von Ursachenbekämpfung. Das ist natürlich leichter gesagt als getan. Die Kanzlerin war vor drei Wochen ungefähr fünf Stunden lang am Vormittag in Niger und sagte dann abschließend, Deutschland werde eine gewisse Geldhilfe leisten. Das war schon die Ursachenbekämpfung, die da stattgefunden hat. Wir müssen sehr ernst sein und dürfen nicht in einem harmonisierenden Übereifer die Schwierigkeiten wegradieren oder abhobeln. Ich glaube, es ist ein echtes Spannungsfeld. Auf der anderen Seite im Aufnahmeland, da steht ja nicht nur der böse souveräne Staat, den wir alle verabscheuen, da gibt es kulturelle Entitäten, da sind Völker mit ihren kulturellen Eigenheiten, die auch echte Befürchtungen und Ängste haben, dass durch die Aufnahme von Flüchtlingen ihre Identität geändert wird, dass sie diese Identität verlieren, dass sie sich jedenfalls ändert. Das ist ein legitimes Bedenken.

Herr Paulus: Vielen Dank! Ich darf mich Herrn Tomuschat nicht nur im Lob, sondern muss mich auch in der Zerstörung der Harmonie anschließen und zwar in Bezug auf das *responsibility*-Konzept. Wenn man boshaft wäre, könnte man sagen, dass ein Konzept, das bereits in seinem ersten Anwendungsfall gescheitert ist, auf ein weiteres Gebiet übertragen wird, für das es ursprünglich nicht gedacht war und das es vielleicht auch nicht lösen kann. Wir haben ja gesehen, dass man in Libyen das Konzept anwenden wollte und das ist ja fürchterlich schiefgegangen. Immerhin muss man dem Auswärtigen Amt ja ein Kompliment machen. Sie haben von Anfang an deutlich gemacht, dass das so nicht funktionieren konnte. Bedauerlicherweise hat es auch nicht funktioniert. Das ist einer der Gründe dafür, dass in Syrien vom Sicherheitsrat überhaupt

nichts unternommen wurde. Das Konzept baute darauf, dass als Folge eines Fehlens staatlicher Aufgabenwahrnehmung eine kollektive Aufgabenwahrnehmung folgen und der Sicherheitsrat positiv dazu gebracht werden könnte, seine vorhandenen Befugnisse so, wie sie sich weiterentwickelt hatten, anzuwenden. Bei einigen war es ein doppeltes Subsidiaritätskonzept: Wenn der Sicherheitsrat gescheitert wäre, dann wären andere Staaten dazu berufen gewesen, wiederum für den Sicherheitsrat einzutreten. Soweit das ursprüngliche Konzept, wie ich es verstanden habe. Ist das wirklich die Situation, der wir hier gegenüberstehen? Wir haben auch hier einen Fehlschlag und zwar des alten *responsibility to protect*-Konzepts, wenn man sich die syrische Katastrophe anschaut. In Afghanistan liegt es schon wieder ein bisschen anders. Da gab es diese Intervention, eine Mischung irgendwo zwischen einem Handeln des Sicherheitsrats und von Drittstaaten. Die Folgen waren identisch. Es ist ja auch nicht so, dass darauf die Drittstaaten in der Flüchtlingsfrage nicht reagieren, sondern sie reagieren teilweise in einer Art und Weise, die gerade den Menschenrechten nicht entspricht und auch gar nicht als Menschenrechtsfördermaßnahme gedacht ist, wenn ich beispielsweise an Ungarn denke. Die wollen nicht die Menschenrechte fördern, die wollen das Problem sehr buchstäblich loswerden. Die Trump'sche Mauer ist genau das Gleiche – er will das Problem nicht lösen, er will es loswerden, wieder zurückschicken an den Absender und der soll dann bitteschön mit den von ihm selbst geschaffenen Problemen auch selbst fertig werden. Ist dafür das *responsibility*-Konzept geeignet? Das ist sozusagen meine erste Stufe, die das Eingreifen des Konzepts als solches betrifft.

Meine zweite Subsidiaritätsstufe in Bezug auf die institutionelle Komponente: Wenn das Konzept geeignet wäre, ist der Sicherheitsrat wirklich das geeignete Gremium, um hier zu sachgerechten und fairen Lösungen zu kommen? Ich gestehe, ich sehe den Sicherheitsrat immer noch als ein Exekutivorgan, aber ist er wirklich der Ort, wo diese verschiedenen Erwägungen dann zu einem fairen und für alle sinnvollen Ausgleich gebracht werden können? Oder ist er nicht vornehmlich das Organ für singuläre exekutive Eingriffe, wo etwas nicht funktioniert? Und ist uns damit bei der Flüchtlingsfrage geholfen? Das bringt uns fast schon zum zweiten Referat, wo die ganze Bandbreite der notwendigen staatlichen Maßnahmen genannt oder angeschnitten wurde. Hilft uns dabei der Sicherheitsrat? Ich habe da meine Zweifel.

Frau Richter: Ich möchte auch noch einmal auf die praktischen Konsequenzen der schönen theoretischen Ansätze zu sprechen kommen. Herr Kotzur, Sie haben selbst den spektakulären Schlussantrag des Generalanwalts Mengozzi erwähnt und sich da so etwas elegant aus der Affäre gezogen: Es ist so entschieden worden, und es ist auch gut so, weil die Auslandsvertretungen sonst überrannt worden wären. Herr Uerpmann hat uns schon heute Morgen gesagt, dass das menschenrechtliche Problem noch da ist. Die EMRK-Fragen sind auch noch da. Ich denke, in diesem Zusammenhang insbesondere an interessante Vergleiche zu dem Fall *Hirsi Jamaa*, wo wir die Entscheidung haben, dass auch auf Hoher See ein Ersuchen um Asyl zumindest geprüft werden muss. Es gibt viele Besonderheiten. Wir haben z.B. die Verpflichtung zur Rettung Schiffbrüchiger, die dazu führt, dass jemand überhaupt an Bord kommt. Wir haben, wenn wir die Situation der Hohen See mit den Auslandsvertretungen vergleichen, auch insoweit Besonderheiten: Was sind die Aufgaben einer Auslandsvertretung? Dürfte sie überhaupt Schutz gewähren in massenweisem Umfang? Das sind sicherlich sehr schwierige Fragen – es gibt viele Unterschiede, aber die Gemeinsamkeiten sind auch da. Es würde

mich wirklich interessieren, was die Menschenrechte nun eigentlich zu diesem Fall sagen. Was folgt aus dem Fall *Hirsi Jamaa* für die Auslandsvertretungen? Vielen Dank!

Herr Thym: Vielen Dank, Markus, für den wortgewaltigen Vortrag. Ich fand es wirklich sehr spannend zuzuhören und stimme den Thesen auf dem Abstraktionsniveau, in dem du sie präsentiert hast, gerne zu. Dennoch auch meinerseits zwei Nachfragen zu dem, was aus dem menschenrechtsbasierten Migrationsvölkerrecht konkret folgt. Ich konzentriere mich auf Fragen des Grenzübertritts im engeren Sinne, weil das Migrationsvölkerrecht gerade auf diese genuin zwischenstaatliche Frage eine Antwort haben sollte.

Erstens: Einreise. Wir haben in den Bereichen Familie und Flucht viele menschenrechtliche Normen, aber der gesamte freiwillige Migrationsbereich im weiteren Sinne für wirtschaftliche und sonstige Zwecke ist menschenrechtlich wenig überlagert. Nehmen wir einen Angehörigen der nigerianischen Mittelklasse, der schöne wirtschaftliche Ideen hat, mit denen er vorankommen möchte, aber keine Familie im Ausland. Er fürchtet weder Hungertod noch *Boko Haram* und stellt Asylanträge in Amerika, in Deutschland, in der Schengenzone oder auch in Japan – alle werden abgelehnt. Er erhält nirgends ein Einreisevisum für wirtschaftliche Zwecke. Kann er ein Menschenrecht für sich geltend machen? Familie – nein, Flucht – nein, Ausreisefreiheit – ja, aber wenn ja, gegenüber welchem Staat? Da wird es schon wieder schwieriger. Für Wirtschaftsmigranten im engeren Sinne hat ein menschenrechtsbasiertes Migrationsvölkerrecht dogmatisch erst einmal relativ wenig oder gar nichts zu bieten, weil es auf völkerrechtlicher Ebene keine allgemeine Handlungsfreiheit gibt und auch auf EMRK-Ebene nicht, soweit man einen abgelehnten Visumsantrag überhaupt als Eingriff in diese wertet.

Zweitens: Die Fluchtmigration. Das Spannende und auch Schöne an den Schlussanträgen des Generalanwalts war ja, dass sie uns deutlich gemacht haben, wie sehr unser aktuelles Asylsystem eigentlich ein Asyldarwinismus ist. Diejenigen, die es irgendwie nach Europa schaffen, die hierfür die Ressourcen finanziell und auch intellektuell und organisatorisch haben, werden geschützt. Die anderen schutzbedürftigen Personen in den Herkunfts- und Transitstaaten erhalten keinen Schutz. Ein menschenrechtsbasiertes Migrationsflüchtlingsrecht müsste hier strukturierende Leitlinien entfalten und das Ergebnis wäre wahrscheinlich eine Art Kooperation, so wie du das angedeutet hast: Zuweisung von Quoten, 300.000 kommen nach Deutschland, eine Million bleiben mit internationaler Unterstützung in der Türkei, 200.000 kommen nach Saudi-Arabien. Das dogmatisch aus den Menschenrechten abzuleiten, wird ungemein schwierig. Wir haben es mit genuin politischen Prozessen zu tun, was ja Herr Uerpmann herausgearbeitet hat. Außerdem kommt hinzu: Während wir im asyldarwinistischen System der Gegenwart wenigstens relativ klar definierte subjektive Rechte haben, wird man in einem kooperationsbasierten Modell im Zweifelsfall demjenigen, der sich doch irregulär in ein Land weiterbewegt, wieder dahin zurückschicken, wo er herkommt, solange dort die Situation halbwegs erträglich ist – etwa nach Italien oder in die Türkei. Heißt das, dass konkrete menschenrechtliche, individualrechtliche Gehalte in dem kooperationsbasierten Modell im Zweifelsfall abgeschwächt werden?

Herr Murswiek: Ich kann an das anknüpfen, was Herr Thym gerade gesagt hat, und die Frage aufwerfen, ob es überhaupt wünschenswert sein kann, den Versuch zu machen, Migration mit Hilfe von Individualrechten zu steuern? Ist das nicht von vor-

neherein ein untauglicher Ansatz? Denn wenn ich individuelle Ansprüche habe, wie soll es dann möglich sein, dass Staaten etwa ein Konzept entwickeln, so wie es Herr Thym gerade angesprochen hat, nach dem Flüchtlingsströme auf verschiedene Länder nach den Möglichkeiten, die die Länder jeweils haben, verteilt werden? In diesem Zusammenhang ein kleiner Widerspruch, Herr Kotzur, zu Ihrer These, dass sich aus dem *refoulement*-Verbot immanent ein Asylanspruch ergebe. Das würde ich nicht so sehen, obwohl das natürlich vertreten wird. Das Verbot, jemanden zurückzuschicken in ein Land, in dem er verfolgt wird, ist eine andere Kategorie als einen Anspruch auf Einreise zu geben. Natürlich steht beides in einem Sachzusammenhang, aber es sind unterschiedliche Kategorien. Wenn die Staaten sich dazu verpflichtet haben, jemanden nicht zurückzuschicken, dann haben sie sich damit nicht verpflichtet, jeden, der behauptet verfolgt zu werden, einreisen zu lassen. Das sind unterschiedliche Dinge. Wenn man die Pflichten der Staaten interpretativ in dieser Weise anreichert und sie dann vor die Herausforderung eines Massenphänomens stellen, wie wir das möglicherweise vor uns haben, mit Millionen von Anspruchstellern, und wenn demnach die Staaten angeblich völkerrechtlich verpflichtet sind, zunächst einmal Einreise zu gewähren, dann bürdet man ihnen etwas auf, zu dem sie sich nie verpflichten wollten. Meine Frage ist, wie passt eigentlich das zusammen mit dem, was Sie uns darüber dargelegt haben, dass es keinen Anspruch auf ein humanitäres Visum gibt? Wenn man ablehnt, dass ein Anspruch auf ein humanitäres Visum besteht, dann stellt man doch fest, dass es keinen Anspruch auf legale Einreise aus humanitären Gründen gibt. Streben Sie mit Ihrer These, dass sich aus dem *refoulement*-Verbot ein Anspruch ergebe, zunächst einmal zur Prüfung des Asylbegehrens einreisen zu dürfen, nicht genau das an, was Sie mit der Ablehnung des humanitären Visums verneint haben?

Herr Reinisch: Danke! Ich glaube, auch diese Fülle an interessanten Fragestellungen würde bzw. könnte unseren Vortragenden zu einem weiteren Referat verlocken. Ich ersehe dennoch um kurze Stellungnahme.

Herr Kotzur: Ganz herzlichen Dank für die Fülle von Fragen, die kurze Stellungnahmen natürlich schwierig macht. Ich will es trotzdem versuchen und mit Heike Krieger beginnen. Das ist die Ambivalenz, mit der mein gesamter Vortrag gespielt hat. Ich habe versucht, die Menschenrechte als Steuerungsressource zu aktivieren, und bin mir dabei sehr bewusst, dass das zu einer infrastrukturellen Überforderung der Menschenrechte als Blaupause für alles Gute, Wahre und Schöne in dieser Welt führen könnte. Ich habe diesen Ansatz aber aus zwei Gründen gewählt. Einmal ein Stück weit, weil es mir thematisch vorgegeben war. Das wäre aber ein schwaches Argument. Das stärkere Argument: Die Menschenrechte stellen immerhin ein Regelungsregime dar, sodass es sich lohnt, über die Steuerungsimpulse, die es vermittelt, auch nachzudenken. Da gibt es etwas Greifbares, da gibt es etwas, was normative Kraft entfaltet, was man anhand der unterschiedlichen menschenrechtlichen Statusdimensionen festmachen kann. Im Grunde genommen ist es mein Versuch, die Menschenrechte auf ihre Steuerungsfähigkeit hin zu befragen. Wie vorsichtig dieser Versuch gedacht ist, habe ich mit dem *piecemeal engineering* in der Schlussformulierung auch anzudeuten versucht. Ich bin mir dessen sehr, sehr bewusst.

Den Begriff Utopie bitte ich nicht so verstanden zu wissen, dass ich am Schluss sozusagen den Offenbarungseid leiste und sage, ich habe Ihnen ein schönes Narrativ erzählt, ich glaube aber selber nicht an dieses Narrativ, es war aber nun einmal eine

gute Geschichte. Ich verwende den Begriff dahingehend, dass Völkerrecht im Sinne sozusagen der großen Utopieklassiker immer ein Stückweit ein Utopiequantum – der Begriff stammt von Peter Häberle – wagen muss, um genau in diesem Sinne der Stückwerktechnik zu Normativierungen von morgen zu kommen. Die Menschenrechte des Jahres 1789 waren auch Utopie, die großen Menschenrechtserklärungen waren nicht die Wirklichkeit – weder die Völkerrechts-, noch die Verfassungsrechtswirklichkeit der Revolutionsjahre – und das ist im Grunde genommen meine Anspielung.

Damit kann ich sehr gut überleiten zur Bemerkung von Herrn Tomuschat, die natürlich ins Schwarze des Vortrages trifft, nämlich der gewisse Verdacht, das Ganze sei sozusagen eine völlig harmonisierende Auflösung der Konfliktlagen. Ich gebe gerne zu, dass ich zu harmonisierenden Lösungen tendiere. Ich habe aber diesmal versucht, fasst ein bisschen weniger harmonisierend zu sein als sonst. Ich habe an einer Stelle auch angemerkt, dass sich selbst diejenigen, die die Freiburger Konkordanzdogmatik eben wegen ihrer Harmonisierungsversuche kritischer sehen als ich es tue, sich hier wiederfinden sollen. Mir ging es darum, eine Dialektik aufzubauen zwischen auf der einen Seite dem Selbstbestimmungsrecht der Völker, das wiederum abgestützt werden kann auch durch menschenrechtliche Schutzpflichten und das Exklusion ermöglicht, und auf der anderen Seite menschenrechtlicher Inklusion. Mir ging es darum – das ist vielleicht in dem Vortrag auch noch nicht klar genug geworden – zu zeigen, dass auch aus den Menschenrechten selber eben diese Spannungslage von Exklusion und Inklusion folgen kann. Schutzpflichten für die eigenen Staatsangehörigen, die uns vielleicht etwas näher sind – auch kulturell näher sind – und Schutzrechte der jeweils anderen Staatsangehörigen, die uns vielleicht ferner stehen, gar als Bedrohung erscheinen. Insofern gebe ich Ihnen sehr Recht. Mein Ansatz ist gar nicht die perfekte Harmonie der Welt zu präsentieren, sondern eher menschenrechtssystemimmanente Dissonanzen aufzudecken. Das wollte ich auch gar nicht überdecken. Im schriftlichen Vortrag werden dann auch die Namen der Staaten, die Sie zu Recht vermisst haben, auftauchen.

Ein zweiter ganz wichtiger Punkt, den Sie angesprochen haben: Verantwortlichkeit der Herkunftsstaaten, die man sehr deutlich machen muss. Ich bin in Vorbereitung dieses Vortrags über die Hamburger Dissertation von Katja Ziegler gestolpert, die vor Jahren einmal fragte, ob eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit im schadensrechtlichen, haftungsrechtlichen Sinne für Fluchtverursachung bestehen könnte. Diese Dissertation hielt man damals für eine relativ abwegige, theoretische, aber sehr dicke Arbeit und ihre praktische Relevanz wird auf einmal in einer ganz besonderen Art und Weise klar. Insofern muss ich sagen: Tolle Arbeit, trifft genau ins Schwarze. Es ist exakt jener Punkt, über den wir hier diskutieren müssen.

Andreas Paulus – *responsibility to protect*. Ich kann nur voll und ganz zustimmen, ohne dass ich von meinem Standpunkt zurückweichen muss. Ich habe die *responsibility to protect* nämlich gar nicht versucht als eine Rechtsfigur einzusetzen, sondern als eine Blaupause, als eine Art Matrix, um unterschiedliche Verantwortungskategorien zu formulieren: *To prevent, to react, to rebuild*. Dass das in der Praxis nicht unbedingt funktioniert hat, steht auf einem ganz anderen Blatt. Mein Versuch war, in meinem *piecemeal engineering*-Projekt jedenfalls ein paar konkretere Ansatzpunkte zu finden, wie man diese Blaupause definieren, wie man diese Blaupause zur Kategorisierung von Verantwortung nutzen kann. Ansonsten glaube ich, dass gerade in dem Bereich, über den wir heute diskutiert haben, die Schwächen der *responsibility to protect* und auch die Grenzen dieses Steuerungsinstruments offensichtlich werden. Syrien, Libyen sind,

glaube ich, zwei Musterbeispiele, bei denen man sieht, dass der Aktivismus auf der einen Seite zur völligen Untätigkeit auf der anderen Seite geführt hat und beide Varianten waren nicht die bestmöglichen, sondern es waren zwei Versuche, die vielleicht am Ende beide auf ihre Art und Weise ganz tragisch gescheitert sind.

Frau Richter hat sehr zu Recht angemahnt, was nun eigentlich die praktischen Konsequenzen meiner Überlegungen sind – gerade wenn es um die Frage geht: Schutzsuchende auf Hoher See, was macht man nun daraus? Es ist eine relativ banale Antwort, die ich jetzt mit sehr, sehr kleiner Münze gebe, aber ich glaube, es ist wirklich eine Einzelfallfrage. Das ist für mich auch wichtig gewesen, wenn man sich den progressiven Ansatz von Generalanwalt Mengozzi anschaut. Sein Votum war gewiss grundlegend, auch appellhaft, aber auf eine sehr einzelfallbezogene, spezifische menschenrechtliche Konstruktion heruntergebrochen. Und es mag in dem Bewusstsein formuliert worden sein, dass der EuGH einen anderen Weg gehen würde. Ich glaube, er hat nicht daran geglaubt, dass sein Vorschlag je Recht würde, sondern es ist ein Fanal gewesen, ein humanitäres Fanal. Ein solches Fanal ist unbefriedigend, aber im Grunde genommen ist genau das ein Stückweit der Versuch meines *piecemeal engineering*: Was wird eigentlich daraus, wenn man die von Mengozzi vorgeschlagene Option ernsthaft bedenkt? Mag es irgendwann einzelfalltechnisch Konkretisierungen, Realisierungsoptionen geben?

Daniel Thym – was kann man dogmatisch daraus machen? Ich antworte mit der vielleicht verwegenen Stellungnahme, die ich in meiner Literaturrecherche gefunden habe. Es gab eine Stimme aus der Literatur, die sagte, man könne dogmatisch tatsächlich aus der globalen Marktteilnahme für Wirtschaftsmigranten eine Solidarpflicht aller Staaten ableiten, die Wirtschaftsmigration möglich machen müssen. Das sei eine menschenrechtlich begründbare Solidarpflicht. Eine interessante These, die ich weder für sehr plausibel halte und noch für sehr wirkungsmächtig halte. Aber selbst ein solch gewagtes Konstrukt wäre dogmatisch durchaus möglich. Mir ging es aber eigentlich um etwas anderes. Ich habe versucht, mit meinen Statusbegriffen und mit dieser Gesamt-erzählung von der Zugehörigkeit klar zu machen, dass die Menschenrechte vielleicht am ehesten die Chance haben, differenzierte Zugehörigkeitspotenziale auszugestalten. Menschenrechte können jedenfalls *ex negativo* auch dogmatisch plausibel machen, dass der Zugehörigkeitsanspruch eines Menschen, der einfach nur ein schöneres und besseres Leben irgendwo haben will, ein sehr viel geringerer ist, als der menschheitlich begründete Zugehörigkeitsanspruch von jemandem, der um sein Überleben ringt. Insofern würde ich sagen, dass es meinem Ansatz um Abgrenzungen *ex negativo* geht.

Die Frage, ob man mit den Menschenrechten, die ja individualrechtlich gestaltet sind, Kooperationspflichten legitimieren kann? Nur sehr eingeschränkt, aber meine Überlegung war im Grunde genommen der Versuch, das, was Herr Uerpmann heute Morgen am Solidaritätsprinzip festgemacht hat, menschenrechtlich auszubuchstabieren. Wenn effektiver Schutz eine Garantie der Menschenrechte ist, besteht dann nicht in Situationen, wo ein einzelner Staat diesen Schutz schlicht nicht leisten kann, eine menschenrechtlich begründete Kooperationspflicht, die man, provokativ formuliert, als einen *status infrastructuralis* formulieren könnte. Das war ein Versuch, geistiges Juckpulver auf den Tisch zu streuen, und ich hoffe, dass der eine oder andere mehr oder weniger verschnupft niest.

Der letzte Punkt – die Bemerkung von Herrn Murswiek. Es ist natürlich genau das zentrale Problem – widerspreche ich mir da nicht grundlegend? Auf der einen Seite bin

ich nicht so illusorisch zu glauben, dass wir mit dem humanitären Visum die Welt retten können. Auf der anderen Seite habe ich sehr bewusst die Formulierung gebraucht, das *non-refoulement* als Asylrecht. Was Sie in meinem Vortrag nicht gehört haben, sind die Anführungszeichen, die Sie in der schriftlichen Fassung sehen werden, und die Fußnote, die dazukommt. Das wird in der Literatur vielfach so vertreten. Ich glaube, es hat auch so, wie es gehandhabt wird, eine gewisse Plausibilität für sich, aber es lebt von den inneren Widersprüchen. Da wird gesagt, sobald ihr drin seid, dürft ihr bleiben. Sobald ihr die Grenzen erreicht habt, dürft ihr wahrscheinlich auch bleiben und ihr dürft irgendwie hinein, egal ob legal oder illegal und darauf habt ihr einen Anspruch. Aber ein Asylrecht soll das eigentlich nicht sein, sondern etwas kategorial Unterschiedliches. Das scheint mir die ganz große migrationsrechtliche, menschenrechtliche Aporie zu sein. Ich gebe überhaupt nicht vor, dass ich auf diese Aporie eine Antwort habe, deshalb bin ich der Erfindung von Anführungszeichen sehr dankbar. Aber mein Versuch war die Unbeantwortbarkeit der Frage mit dem Versuch des *piecemeal engineering* so ein bisschen einzufangen. Sie können mir jetzt vorwerfen, dass sei ein Taschenspielertrick, aber immerhin hat Karl Popper ihn auch versucht und deswegen wähne ich mich auf einer relativ sicheren Seite. Danke!

Herr Reinisch: Ich habe nun eine Gruppe von Fragen, die sich entweder explizit an beide Vortragende wendet oder nicht ganz so explizit, wo ich es nur vermuten kann. Ich würde daher Herrn Benedek, Herrn Klein, Frau Coester und Herrn Kugelmann bitten, ihre Fragen zu stellen.

Herr Benedek: Danke vielmals. Ich möchte mich für die beiden Referate herzlich bedanken und einsteigen bei Herrn Kotzur, der die Herrschaft des Rechts als ein wesentliches Gestaltungsprinzip hervorgehoben hat. Ich glaube, das kann man nicht genug unterstreichen. In der Praxis bedeutet das allerdings, dass die Menschenrechte dann tatsächlich auch ihre Umsetzung erfahren. Hier habe ich meine Zweifel. Aus der Sicht der Praxis muss man sagen, dass es eben sehr oft Doppelstandards gibt und gerade MigrantInnen und AsylwerberInnen, die besondere Schutzwürdigkeit benötigen, rechtlich oft schlechter gestellt werden als Inländer. Das wirft natürlich dann des Weiteren auch Fragen der Glaubwürdigkeit unseres Rechtssystems auf. Es kommen ja Menschen zu uns als AsylwerberInnen, die oft aufgrund von Menschenrechtsverletzungen ihr Land verlassen haben und dann bei uns aber durchaus wieder Opfer von Menschenrechtsverletzungen werden können. Das beginnt schon mit dem Asylrecht selbst. Wir haben heute gehört, dass Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte nicht das Recht, Asyl zu erhalten einschließt, wohl aber das Recht, in einem anderen Land um Asyl anzusuchen. Wenn das durch Zäune verhindert wird oder dadurch, wie es in einer Verordnung des österreichischen Innenministeriums vorgesehen war, die noch nicht angenommen wurde, dass man verhindert, dass jemand seinen Asylantrag auf österreichischem Territorium stellen kann, dann wäre das eine solche Verletzung. Weiter geht es natürlich mit Fragen, die das Recht auf Bildung, die Religionsfreiheit, soziale Sicherheit, den Arbeitsmarkt und gleichen Rechtsschutz betreffen. Wir haben im Asylwesen oft kürzere Fristen als im Verwaltungsrecht, obwohl das sehr viel sensiblere, existenziellere Dinge sind, um die es da geht. Weitere Beispiele sind Schutz vor rassistischer Diskriminierung, Recht auf Familienleben und Ähnliches mehr. Das heißt – und da wende ich mich auch an Frau Verschraegen, die praktische Beispiele gebracht hat – es gibt völkerrechtliche Gewährleistungen. Wie können wir

diese auch tatsächlich zu einer Realität werden lassen? Wenn die Innenminister zusammensitzen, hat man manchmal das Gefühl, hier geht es um ein *race to the bottom* und da werden Menschenrechte sehr wohl gestalterisch eingesetzt, nämlich indem man die Standards herunterschraubt um damit Abschreckung zu betreiben, damit möglichst wenige Flüchtlinge ins Land kommen. Um dieser Entwicklung entgegenzutreten wäre die Frage, was kann das Völkerrecht dazu beitragen und was können auch Gerichte in diesem Zusammenhang tun? Ich hätte in Ihrem Vortrag erwartet, dass Sie etwas mehr die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte behandeln – den *Hirsi-Fall* und so weiter – wo Standards völkerrechtlich bekräftigt worden sind, die auf nationaler Ebene schon dabei waren unterzugehen.

Herr Klein: Danke schön. Für mich ist die Massenfluchtbewegung, also das, was möglicherweise auf uns zukommt, jenseits dessen, was wir bisher schon gewohnt sind und uns unter der Voraussetzung des Klimawandels und der globalen demografischen Entwicklung in ganz besonderer Weise herausfordern wird. Ich sehe da wirklich im Grunde keine Lösung – ich sehe allerdings ein Ergebnis, das mir nicht gefällt, aber das ich benennen möchte: Das ist das, dass der Staat am Ende einer solchen Entwicklung wieder in seiner unbremsten Stärke hervortreten wird. Wir sind ja gewohnt, dass heute noch die staatliche Souveränität durch das Gewaltverbot und vor allem eben durch die Menschenrechte, was unser Thema ist, eingehegt ist, gebremst wird. Trotzdem: Wenn wir genauer hinschauen, sehen wir auch bereits heute, dass ohne einen starken Staat die Menschenrechte gar nicht verwirklicht werden können. Das sieht man bereits bei der Durchführung der Schutzpflicht, der Setzung der entsprechenden Rechtsnormen, aber auch bei der Durchsetzung der Menschenrechte, etwa wenn der Staat von einer internationalen Instanz dazu aufgefordert wird. Ohne Staat geht das nicht. Wenn wir jetzt zu diesen möglicherweise zu erwartenden Massenfluchtbewegungen kommen, die sich dann nicht mehr im Bereich von Tausenden abspielen werden, dann sehe ich nicht, wie die Menschenrechte überhaupt als Instrumente, die ja im Wesentlichen Individualrechte schützen, hier noch eine wirksame Barriere bilden können. Herr Kotzur, Sie haben selbst gesagt – konkret unter Hinweis auf die Genfer Flüchtlingskonvention –, dass sie für dieses Bild nicht eintreten wird. Sie versagt angesichts dieser Massenfluchtphänomene. Sie haben hinzugefügt, daraus müsse man dann wenigstens eine Kooperationspflicht ableiten. Die steht aber natürlich im völligen Ermessen der Staaten, vielleicht nicht normativ, aber faktisch. Ich sehe nicht, dass wir hier irgendwie eine uns gefallende Möglichkeit haben, nur dass es angesichts des Versagens rechtlicher Normen, sei es aus innerrechtlichen Gründen, sei es wegen faktischer Überforderung der Staaten, zu einer – ich übersteigere das jetzt bewusst – zu einer Auferstehung des Leviathans kommt.

Frau Coester-Waltjen: Vielen Dank für die beiden schönen Vorträge. Herr Kotzur, ich bin ähnlich harmoniebedürftig wie Sie, deswegen haben mir Ihre Ausführungen sehr gut gefallen. Aber Frau Verschraegen hat uns sehr schön vorgeführt, was es in der Praxis bedeutet, wenn die beiden unterschiedlichen Kulturen – Migranten auf der einen Seite und einheimische Bevölkerung oder einheimisches Recht auf der anderen Seite – gegeneinander bzw. aufeinander treffen. Unter Umständen sind auf beiden Seiten Menschenrechte im Spiel. Dabei ist die kulturelle Identität nur ein Gesichtspunkt, aber nicht der einzige. Es gibt auch andere Werte, die auf der Seite der Migranten nach Beachtung verlangen. Wir haben gestern bereits über die Zweifel an der Werteuniversalität und über eine möglicherweise als europäische Wertediktatur

empfundene Einstellung gesprochen. Hier ist Vorsicht geboten, hier müssen wir uns wohl zurücknehmen. Andererseits hat Herr Tomuschat eben noch einmal zu Recht die verbreitete Angst vor dem Fremden, das auf die eigene Gesellschaft zukommt, betont. Frau Verschraegen hat uns demonstriert, wie hilflos man in Österreich offensichtlich mit diesen Problemen umgeht. In Deutschland ist es ähnlich. Wir brauchen uns da gar nichts vorzumachen.

Es gibt aber natürlich auch Beispiele gelungener Integrierung von Migrant*innen. In Schweden gibt es eine sehr ausführliche Auseinandersetzung bzw. Untersuchung von Anne Buttimer, einer irischen Soziologin und Geografin, die lange in Schweden gelebt hat. Sie hat gezeigt, wie in der schwedischen Gesellschaft miteinander umgegangen wurde. Dies galt jedenfalls für bestimmte Gesellschaftsteile, nicht überall ist auch dort die Integration gelungen. Der eigentliche Auslöser für gelungene Integration war nicht die strikte Anwendung rechtlicher Normen, sondern eine Gesellschaft, die offen ist und die Neugier zeigt und die Respekt vor dem Andersartigen hat. Ich stimme Herrn Klein darin zu, dass wir uns selber ändern müssen. Das Entscheidende scheint mir zu sein, dass man Respekt vor dem hat, was der andere empfindet. Ja, ein Mensch aus einem anderen Kulturkreis ist vielleicht beleidigt, wenn man ihn so oder so anredet oder dies oder jenes macht. Hierauf einzugehen kostet unter Umständen viel Mühe. Der Umgang mit diesen Problemen kann nicht nur von dem Staat und von den Behörden geleistet werden, dabei ist auch die Gesellschaft selber gefordert.

Herr Kugelmann: Herr Kotzur, zunächst zu Ihnen. Ich teile den Ansatz, Menschenrechte fruchtbar zu machen gerade auch im Migrationsvölkerrecht, wenn man den Begriff so benutzen will. Ich habe den Kern Ihres Vortrags dahingehend verstanden, dass Sie die Schutzdimension, den Schutzauftrag in den Vordergrund gerückt haben mit verschiedenen Facetten und auch das halte ich für durchaus gut begründbar und nachvollziehbar vor dem Hintergrund, dass wir hier eine Freiheitsausübung haben, die letztlich nicht freiwillig ist: Die Flüchtlinge kommen, weil sie kommen müssen, gerade wenn wir von Bürgerkriegs- und Gewaltsituationen reden. Das heißt also, die Freiheit, die es zu schützen gilt, ist stark eine Inanspruchnahme des schützenden Staates, die staatlichen Institutionen der Zielstaaten sind gefragt. Vor diesem Hintergrund möchte ich drei konkrete Folgerungen benennen: Die erste Folgerung würde Ihr System betreffen. Da ist meiner Ansicht nach an einer Stelle eine Umdrehung zu viel enthalten. Wenn Sie über ein präventives Migrationsrecht nachdenken würde das ja letztlich bedeuten, die Fluchtursachen zu bekämpfen. Aber ist dann auch schon Klimaschutz Migrationsrecht? Ich übertreibe jetzt etwas, aber ich glaube, diese Akzeptanz werden wir sicherlich so nicht herstellen. Deswegen würde ich gerade um die Schutzfunktion als solche wirklich zu aktivieren und stark zu halten den Teil aus meiner Sicht mit großer Skepsis sehen. Die zweite konkrete Folgerung wäre das *non-refoulement*-Prinzip. Wenn wir die Schutzdimension der Menschenrechte fruchtbar machen, dann gehöre ich zu denen, die sagen, das ist der Anspruch auf einen Zugang zu einer Prüfung, ob die Definition des Flüchtlings zutrifft. Politische Verfolgung kann ich nicht einfach ablehnen, indem ich den Flüchtling abweise, sondern ich muss prüfen, das heißt ich muss ein Verfahren durchführen. Daher besteht zunächst ein Bleiberecht. Das wäre die Auslegung des *non-refoulement*-Verbotes als rudimentäres Asylrecht, die ich teile, eben um festzustellen, ob die Voraussetzungen für ein Asylbegehren vorliegen. Die letzte konkrete Frage, die wendet sich dann an Frau Verschraegen hinsichtlich dieser Ausprägung von Schutzverantwortung, von der Schutzpflicht des Staates. Sie hatten an

einer Stelle Ihres Vortrags das Namensrecht herausgehoben und das Beispiel genannt, dass der konkrete Flüchtling keinen Wert darauf lege, dass sein Name in einer gewissen Weise geschrieben wird, Hauptsache, er kann bleiben. Das würde bedeuten, er legt keinen Wert auf sein Persönlichkeitsrecht. Als Landesdatenschutzbeauftragter muss ich da vehement widersprechen. Das ist nämlich genau der Punkt, an dem der Staat Persönlichkeitsrechte durch entsprechende Verfahrensweisen, durch entsprechende gesetzliche Regelungen schützen muss. Die Asylsuchenden sind sich sehr wohl ihrer Persönlichkeitsrechte bewusst, vielleicht nennen sie sie nur nicht so. In Deutschland diskutieren wir zum Beispiel über das Auslesen von Smartphones, um die Identität der Person festzustellen, und Schutzsuchende sind oftmals eben mit diesem Smartphone, das sie während ihrer Flucht benutzt haben, in Kontakt zu ihrer Familie getreten. Wenn wir das wirklich als elementaren Teil ihrer Identität sehen, dann glaube ich sehr wohl, dass dieser Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auch als wesentlicher Eingriff nicht nur objektiv festgestellt, sondern subjektiv auch von den Flüchtlingen wahrgenommen wird. Deshalb besteht auch hier eine konkrete Ausprägung der Schutzverantwortung dahin gehend, eben auch Persönlichkeitsrechte derjenigen nach den Maßstäben unserer Rechtsordnung zu schützen, die in diese Rechtsordnung hineinkommen. Danke schön!

Herr Siehr: Vielen Dank. Wir haben bei den schönen Vorträgen – insbesondere beim Vortrag von Frau Verschraegen – gehört, dass es schwierig ist, das materielle Recht an die Bedürfnisse von Migranten anzupassen. Dieses Problem ist alt. Damit haben wir es schon immer zu tun gehabt. Was kann man aber machen, wenn ausländisches Recht anwendbar ist? Mit dem *ordre public* arbeiten? Man kann eine Anpassung vornehmen und – worauf hinzuweisen ist – es gibt auch internationale Maßstäbe; denn ich erinnere an die Kinderschuttkonvention von Den Haag 1996. Zwanzig Jahre ist das jetzt schon her. Dort gibt es die Vorschrift des Art. 15 Abs. 1, wo steht, dass der Richter normalerweise bei dem Kinderschutz die *lex fori* anwendet. Das ist für ihn am einfachsten, das kann er leicht machen. Dann steht in Abs. 2 dieser Vorschrift, dass er dabei aber das Heimatrecht der Beteiligten zu berücksichtigen hat. Das ist eine Ermutigung des Richters, der endlich bei der *lex fori* gelandet ist und froh ist, dass er das einheimische Recht anwenden kann, zu sagen: Ich habe aber ein gewisses Ermessen und dieses Ermessen kann ich ausüben in Harmonie mit dem Heimatrecht der Beteiligten – also der iranischen Eltern, der türkischen Eltern, der irakischen Eltern. Das darf man nicht vergessen. Normalerweise wendet der Richter natürlich das heimische Recht immer an, aber hier soll er eben ermutigt werden, dass er auf die Herkunft der Beteiligten Rücksicht nimmt.

Herr Reinisch: Vielen Dank! Ich möchte nun unseren Panelists die Möglichkeit geben, Stellung zu nehmen.

Frau Verschraegen: Danke schön! Ich glaube, Herr Benedek, Sie waren der Erste, der ein bisschen bedauert hat, dass ich nicht mehr auf die EGMR-Rechtsprechung eingegangen bin. Das hat schon einen Grund. Es sind mir möglicherweise nicht alle Entscheidungen bekannt, aber so *grosso modo* ist mir die Rechtsprechung durchaus geläufig und es geht in diesem Zusammenhang einerseits um Religionsfreiheit im Spannungsverhältnis zum Neutralitätsgebot für Staatsbedienstete beispielsweise in *Ebrahimian c. la France*. Dann geht es aber auch um noch ausdifferenzierende Fragen des Arbeits-

rechts nach staatlichen Maßstäben und nach religiösen Maßstäben. Es gibt aus zwei Entscheidungen aus jüngerer Zeit, die auch beide Deutschland betrafen: Es ging um die Kündigung durch einen kirchlichen Arbeitgeber und die Loyalitätspflichten, die ein Arbeitnehmer schuldet – genauer um eine Entlassung, weil der betreffende Arbeitnehmer sich von seiner Ehepartnerin getrennt hatte. Das war der eine Fall. Der zweite Fall betraf ebenfalls eine Entlassung und es ging wiederum um die Loyalitätspflicht. Im ersten Fall war es ein Angehöriger der römisch katholischen Kirche, im letzten Fall ein Mitglied der Mormonenkirche. Er hatte gebeichtet eine außereheliche Beziehung zu haben. Sehr, sehr schwierig finde ich diese Fälle deswegen, weil mich eigentlich ein ganz anderes Problem dabei bewegt, nämlich das Verhältnis von Staat und Kirche und der Freiraum, der einem bei Freiheitsrechten wie doch auch im Arbeitsrecht durchaus zusteht. Was ist denn ein legitimer Entlassungsgrund? Bei aller Säkularisierung der Staaten wird hier doch noch den diversen Religionsgemeinschaften ein Raum gewährt, der sich meiner Ansicht nach sehr schwer verträgt mit dem staatlichen Recht. Ein außereheliches Kind als Kündigungs- oder gar Entlassungsgrund hätte im staatlichen Arbeitsrecht überhaupt keine Aussicht auf Erfolg. Auch das Verlassen der Ehefrau, die schon zwei Kinder hatte, ist menschlich bedauerlich, aber es wird rechtlich durchaus aufgefangen. Im erstgenannten Fall ging es sogar um einen Organisten, das heißt, er hatte sich überhaupt keiner Pflichtverfehlung zulasten kommen lassen, die irgendwie mit der *missio canonica* etwas zu tun gehabt haben könnte. Interessanterweise war den Instanzgerichten und auch dem EGMR bewusst, dass es hier ja Folgewirkungen gibt, wenn ein Mensch seine Stellung verliert und zwei Kinder aus der ersten Ehe nicht mehr unterhalten werden können – abgesehen jetzt einmal von der Belastung der Allgemeinheit. Aus der Perspektive des Kindeswohls ist das rechtlich unerträglich. Im Spannungsverhältnis aus arbeitsrechtlicher Sicht der Religionsgemeinschaften spielt das Kindeswohl, das eine grundlegende Bedeutung haben sollte, keine Rolle. Das sind die Augenblicke, in welchen ich mir wirklich überlege, dass man das Verhältnis zwischen religiösem und staatlichem Recht neu austarieren müsste.

Es gäbe noch mehr Entscheidungen, aber mir liegt daran, Ihnen zu sagen, ich habe das nicht aus Gleichgültigkeit alles übergangen, vielmehr sind die Fragen sehr diffizil und betreffen verschiedene Menschenrechte und Grundfreiheiten, die man wahrscheinlich auch länger diskutieren müsste.

Frau Coester-Waltjen, ich verstehe natürlich, dass es gewisse Zeitvorgaben gab und dadurch, dass ich frei gesprochen habe, ist natürlich mehr Zeit vergangen. Diese Vorgangsweise hat es mir dann nicht erlaubt, alles vorzutragen, was den Bogen hätte spannen können zwischen der Frage einerseits, was wir als Leistungserbringer in Deutschland oder Österreich bieten können, was wir an interkulturellem Dialog, an Integration der Flüchtlinge, Gewährleistung des Kindeswohls, Gleichheit von Mann und Frau und so weiter versprechen, und andererseits, was wir von den Flüchtlingen hier erwarten dürfen, deren Leistungspotenzial aus einer ganz anderen Kultur kommt, aus einem ganz anderen Verständnis von Ehe und Familie, aus einem völlig anderen Bezug zur Religion, aus einem ganz anderen Verständnis davon, was „eheliche Solidarität“ eigentlich ist? Und was können die Flüchtlinge leisten, wenn sie hier ankommen und hören, dass das unsere Grundsätze sind – beispielsweise die strikte Gleichbehandlung von Mann und Frau, die es so auch gar nicht gibt und die auch überhaupt im innerfamiliären Familienrecht gar nicht erwartet wird. Es interessiert niemanden innerhalb bestimmter Grenzen, solange Einverständnis herrscht und nicht andere zu Schaden

kommen, wie eine Ehe gelebt wird. Das können Verhältnisse der groben Unter- und Überordnung sein, wenn beide einverstanden sind und niemand zu Schaden kommt. Es interessiert wirklich niemanden. Wir nehmen uns die Freiheit alles nach unseren Wertmaßstäben zu bestimmen, aber hier kommen Flüchtlinge, die in einem anderen Umfeld aufgewachsen sind. Wir glauben erstens, dass alle religiös sind und überhaupt nie jemand mit einem säkularisierten System in Berührung gekommen wäre, was so auch nicht stimmt. Es gibt wirklich viele, die überhaupt nicht religiös sind, die Religiosität aber respektieren, die durchaus auch – über die Prozentsätze kann man streiten – einen bestimmten Bildungsgrad haben und schon wissen, was im Westen ungefähr läuft. Das Publikum ist also ein sehr, sehr heterogenes. Unser Fokus liegt aber nur auf dem Islam. Das halte ich für unrichtig und das dürfte auch nur ein sehr kleines oder vielleicht auch ein größeres – einerlei, ich möchte nicht über Zahlen oder über Prozentsätze streiten – Segment der Flüchtlinge betreffen. Zurück zu dem Bogen, den ich spannen wollte: Ich denke, dass bei aller Wertschätzung und Anerkennung für Theorien und Grenzen, es wichtig ist zu reflektieren, was diese Theorien dann letztlich in der Praxis leisten können. Man muss sich dann schon überlegen, wie man das reell durchsetzt, was man wirklich leisten kann von dem, was man verspricht, und was vom anderen erwartet werden darf. Zusammengefasst: Ich denke, man könnte sich wahrscheinlich bei den Grundfreiheiten und Menschenrechten überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre statt einer unmittelbaren Erwartungshaltung, die sofort durchsetzbar sein soll, vielleicht ein bisschen Tempo rauszunehmen und beiden Seiten Zeit zu lassen. Das würde beiden Seiten auch gerechter werden, denke ich. Es gibt vieles, was man einfach nicht auswendig lernen kann, was man erfahren und erleben muss und das gilt für uns ebenso wie für die Flüchtlinge.

Nur noch eine Bemerkung zum Namensrecht: Selbstverständlich sind das Verletzungen des Persönlichkeitsrechts. Selbstverständlich meine ich auch nicht, dass allen der Zivilstand egal wäre oder das Zertifikat keine Bedeutung habe. Natürlich nicht. Es gibt aber Flüchtlinge, deren Lage sehr, sehr prekär ist, und die haben – sie kommen ja auch teilweise aus Strukturen, die sehr autoritär sind, um es wohlwollend auszudrücken – Angst. Sie können sich nicht verständigen, sie können die Sprache nicht gut genug, sagen lieber nichts, bevor es irgendwelche Maßnahmen oder beängstigende Kontrollen gibt. Das sind genau die Flüchtlinge, die von heute auf morgen von der Sicherheitspolizei erfahren können, dass sie sich morgen in der Früh bereithalten sollen für die Abschiebung. Da verstehe ich schon – man müsste sich vielleicht fragen, ginge es einem nicht genauso? – dass man vielleicht sagen würde, bevor jetzt in Relation zum erlittenen Schicksal – ich nehme mich jetzt als Beispiel – Frau Verschraegen mit „ae“ oder mit „ea“ „Verschreagen“ steht, who cares? Ich weiß, es ist ein Persönlichkeitsrecht und natürlich soll der Name richtig geschrieben werden, aber im Augenblick stehen andere Bedürfnisse und andere Interessen im Vordergrund. Mehr wollte ich eigentlich nicht zum Ausdruck bringen.

Herr Reinisch: Wir haben noch eine ganze Reihe von Wortmeldungen und ich ersuche diejenigen, die auf meiner Liste stehen, sich bitte sehr kurz zu fassen. Ich darf ganz kurz die Reihenfolge bekanntgeben: Herr Oeter, Frau Hofmann, Herr Fremuth, Herr Hofmann, Herr Fleck und Herr Weiß.

Herr Oeter: Ich versuche bei dieser Dekonstruktion vermeintlich übermäßiger Harmonie doch noch einmal einen zentralen Konstruktionsansatz des Referats von

Markus Kotzur stark zu machen. Ich bin dir dankbar dafür, dass du versucht hast, uns aus der meines Erachtens falschen Opposition herauszuführen, die viele der Diskurse über Migrationsrecht prägt – also der Opposition von einem „progressiven“ Ansatz individueller Menschenrechte, die in einer kosmopolitischen Grundierung zu einem Recht auf freie Mobilität tendieren, und dem Ansatz der Reaktion, die im Verweis auf Souveränität im Grunde partikulare historisch gewachsene Gemeinschaften zu schützen versucht. Deine Rekonstruktion hat uns darauf hingewiesen, dass wir es im Grunde mit einem innermensenrechtlichen Konflikt zu tun haben und dass wir diese Dilemmalage nicht so leicht abtun können. Ich möchte das gerne noch mit einem Verweis auf die Forschungsrichtung der Kollegen aus der Ökonomie stärken, die da eine sehr ausgefeilte Forschung unter dem Stichwort Sozialkapital über die Voraussetzungen unserer modernen, komplexen, arbeitsteiligen Gesellschaftsordnung des Verfassungsstaates mit *rule of law* und Demokratie haben. Kollegen bei uns in Hamburg führen sogar Laborexperimente, im Rahmen der Forschungsrichtung der *behavioural economics*, mit Flüchtlingen über Vertrauen durch, um zu zeigen, wie hoch der gesellschaftliche Vertrauensgrad eigentlich ist. Wenn man diese Forschungsrichtung ernst nimmt – und man muss sie meines Erachtens ernst nehmen – dann gibt es doch sehr harte Grenzen der Migration, die man nicht in quantitativen Obergrenzen festmachen kann, aber die in einer solchen institutionalistischen Perspektive doch sehr deutlich sind. Das führt dann dazu, dass es im Grunde eine Forderung nach Steuerung gibt, die daraus erwächst. Und Steuerung kann eben nicht nur Ermöglichung von erwünschter Zuwanderung sein, sondern Steuerung hat, wenn sie Steuerung ist, auch das unangenehme zweite Element der Begrenzung von unerwünschter Migration einzuschließen. Das Ganze läuft also letztlich in dieser Rekonstruktion auf ein – so habe ich es verstanden – Gebot der intellektuellen Ehrlichkeit hinaus, sich der tiefen normativen – man kann auch sagen – ethischen Dilemmalage bewusst zu werden, in der wir an dieser Stelle sind. Meine letzte Volte in Anknüpfung an unseren Vorsitzenden gestern Abend ist eine Warnung vor den Versuchungen der Selbstgefälligkeit: Wir müssen uns immunisieren gegen Versuchungen des selbstgefälligen Argumentierens, gegen einen *moral highground* wie auch immer gearteter, überdeterminierter ethischer Positionen, dem reine Pragmatik auf der anderen Seite gegenübersteht.

Frau Hofmann: Vielen Dank für die zwei schönen Vorträge. Meine Frage betrifft den Begriff „Migrationsvölkerrecht“, der von Herrn Kotzur benutzt wurde: Mich würde interessieren, was ist der Gegenstand dieser Disziplin, was sind die Subjekte, was sind die Quellen? Ist das zum Beispiel auch das ITU-Recht, weil die Migranten selbstverständlich ihre Handys benutzen? Oder ist es vielleicht auch das Weltraumrecht, weil sie auf ihrer Reise GPS-Signale anwenden, die durch Satelliten übertragen sind? Sie haben erklärt, was das „Migrationsvölkerrecht“ nicht ist, aber ich würde gerne wissen, wie eine solche neue Rechtsdisziplin zu definieren ist.

Herr Hofmann: Vielen Dank. Ich wollte an den Beitrag von Herrn Tomuschat, dass man die Verantwortung der Herkunftsstaaten berücksichtigen sollte, und an den Hinweis von Ihnen, Herr Kotzur, auf die Dissertation von Katja Ziegler anknüpfen. Ich wollte auf ein Projekt hinweisen, das Anfang der achtziger Jahre beim UNHCR unter dem Titel „*Refugee Generating Policies and the Law of State Responsibility*“ lief. Das hatte den Hintergrund – die Älteren wissen es noch – dass die ILC damals das Institut eines völkerrechtlichen Verbrechens (*international crime*) diskutierte, auf das dann alle

Staaten reagieren können sollten. Häufige Fluchtursachen waren anhaltende Verletzungen grundlegender Menschenrechte. Was damals überlegt wurde, war, wie darauf die Staatengemeinschaft reagieren können sollte. Jetzt die Frage, Sie haben es *en passant* ein bisschen erwähnt gehabt: Welche Bedeutung hat heute das völkerrechtliche Deliktsrecht? Inwieweit könnte man diese damaligen Überlegungen möglicherweise im Zusammenhang mit der *responsibility to protect* wieder aktivieren? Ich glaube – ich habe das schon heute Morgen im Grunde angedeutet – wir müssen doch wieder zurückkommen zu der Überlegung einer stärkeren Einbeziehung der Verantwortung der Herkunftsstaaten: Damals galt das nur für das Flüchtlingsrecht, heute gilt es vielleicht für alle „Schutzbedürftigen“; mit anderen Worten: Die Einbeziehung der Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates und die Präventionsmöglichkeiten gegenüber *forced migration*, die mir zu wenig Beachtung finden, müssen wieder stärker in den Vordergrund gestellt werden.

Herr Fremuth: Auch meinen herzlichen Dank den beiden Referenten. Meine Frage geht an Herrn Kotzur: Sie haben – wie so viele heute – den Begriff der Utopie gebraucht und bei dessen erstmaliger Verwendung musste ich ein wenig schmunzeln, weil ich mich gerade vor dem Hintergrund des heutigen Themas an Thomas Morus erinnere, dessen „Utopia“ nun eine Insel war und zwar keine natürliche Insel, sondern eine von Menschenhand durch Abgrenzung vom Festland geschaffene. Freilich hat heute niemand eine Utopie der Abschottung propagiert, aber Sie haben ja sehr schön aufgezeigt, dass sich die Staaten ein Recht zur Abschottung durchaus vorbehalten. Ein allgemeinvölkerrechtliches Recht auf Asyl wird sich nur schwerlich begründen lassen. Auch die Frage der wirtschaftlich motivierten Migration wird etwa hinsichtlich der Wanderarbeitnehmer durch die Wanderarbeitnehmerkonvention, die von den westlichen Staaten ja ohnehin nicht ratifiziert wurde, gerade nicht durch Anerkennung eines Einwanderungsrechts beantwortet. Ich möchte auch noch auf die Kritik am UNHCR verweisen, der durch eine recht weitreichende Interpretation des Begriffs des politischen Flüchtlings verbunden mit dem Grundsatz des *non-refoulement* vielleicht kein Recht auf Asyl zu begründen versucht hat, aber durchaus für die Forderung nach einem starken Schutz des Aufenthalts angeführt werden kann. Vor dem Hintergrund, dass wir uns einig sind, dass es einer Regelung der globalen Migrationsfragen bedarf, habe ich mich gefragt – und gebe die Frage an Sie weiter –, ob man hier nicht gewissermaßen eine normative Flucht ins Regionale versuchen sollte. Wir verfügen in Europa über ein durchaus umfangreiches Recht der Migration und des Asyls, in der EU-Grundrechte-Charta sogar die supranationale Anerkennung eines Rechts auf Asyl mit Verweis auf die Flüchtlingskonvention. Jetzt gibt es viele Stimmen, die vielleicht nicht ganz zu Unrecht sagen, dass, wenn sich die Bevölkerung in Afrika verdoppelt, der Migrationsdruck so groß wird, dass das europäische System kollabieren könnte. Wäre es nicht sinnvoll, unsere Energie im Wege der Kooperation darauf zu verwenden, dass wir, neben der faktischen Bekämpfung der Fluchtursachen auch durch finanzielle Unterstützung, verstärkt bei der Rechtsgenese helfen, also bei der Ausgestaltung regionaler Migrations- und Asylsysteme? Und wenn dies gelänge, wäre dann es nicht ein weiterer Ansatz zu sagen, wir brauchen einen Mechanismus der Spezialität oder Subsidiarität im Verhältnis der Regionen, also eine Vorrangigkeit des jeweils regionalen, territorial definierten Asyl- und Migrationsraums und -rechts? Wissend, dass Dublin schon nicht immer funktioniert und dass mein Vorschlag ein wenig auf ein globales „Dublin“ hinausläuft, ist es vielleicht eine gewagte These, aber wenn man es richtig

ausgestaltet, wäre das nicht ein Ansatz, der mehr Erfolg verspricht als das Ringen um globale Lösungen, die momentan noch in sehr weiter Ferne zu liegen scheinen?

Herr Fleck: Ich möchte bei großem Dank für beide Referate einen weiteren Punkt nicht unwidersprochen lassen, den Herr Kotzur sehr deutlich gemacht hat. Sie haben, was man aus Gründen der Vortragsökonomie verstehen kann, den großen Bereich der *internally displaced persons*, der Binnenflüchtlinge, ausgeklammert. Ich meine, das ist kein geringes Thema. Es handelt sich hier, wenn man die Zahlen betrachtet, um die Hälfte der syrischen Flüchtlinge – für sich genommen einen ganz erheblichen Teil der syrischen Bevölkerung – und ich glaube nicht, dass man dieses Problem juristisch nur unter Gesichtspunkten der Utopie zu betrachten braucht. Wir haben die *state responsibility*, wir haben die Verpflichtung auf Menschenrechte und wir haben das, was Sie als *piecemeal engineering* angesprochen haben, also eine ganze Palette von Möglichkeiten für internationale Kooperation, um im frühen Zeitpunkt einzugreifen. Das verbinde ich mit der Hoffnung, dass dieses große Thema in ihrer gedruckten Fassung erscheinen wird.

Herr Weiß: Danke sehr. Das Privileg des letzten Fragestellers erlaubt mir einen gewissen Telegramm-Stil. Großes Lob, höchste Anerkennung, leise Kritik und zwei Fragen, die ich an Herrn Kotzur stellen möchte. Mir ist wie Herrn Tomuschat aufgefallen, dass Sie auf der einen Seite immer vom Staat gesprochen haben. Sie haben so ein bisschen den Schleier der Selbstbestimmung darüber geworfen, aber das Thema Demokratie ausgespart. Ich glaube, auch gerade in unserer innenpolitischen Diskussion ist das ja ein sehr wichtiger Punkt, der in diesem Zusammenhang gemacht wird. Wie steht es tatsächlich mit der Zustimmung zu diesen ganzen Veränderungen? Ist sie erforderlich oder kann sie eben unter Hinweis auf höhere Menschheitswerte ersetzt werden? Ich hätte da leise Zweifel. Dann haben Sie so in einem Nebensatz gesagt, Herr Kotzur, Mobilität ist die Grunderfahrung des 21. Jahrhunderts. Stimmt das wirklich für alle Menschen?

Herr Reinisch: Vielen Dank. Herr Kotzur war so freundlich und hat gesagt, er wird auch auf die Zwischengruppe der Fragen, die an ihn gerichtet waren, jetzt in Einem antworten.

Herr Kotzur: Ganz herzlichen Dank! Ich versuche ein bisschen den Bogen zu schlagen, beginnend mit Herrn Benedek. Sie hatten darauf aufmerksam gemacht, dass viel von der EGMR-Rechtsprechung fehlt. Sie fehlt bei mir ein Stückweit bewusst. Ich kann Sie nicht einmal vertrösten, dass Sie sie in der Schriftfassung wiederfinden. Ich habe lange überlegt, ob ich das machen sollte, aber aus einem Grund habe ich es nicht getan. So stark ich für die Regionalisierung als pragmatische Lösungsantwort plädiere, so sehr habe ich mein Thema doch als Herausforderung an das universelle Völkerrecht verstanden – und nicht an das europäische Völkerrecht und an das europäische Menschenrechtssystem, das diesbezüglich sehr ausdifferenziert ist. Mir ist es wichtig, den Blick auf jene Migrationsphänomene – denken wir an die Syrer im Libanon, etc. – zu richten, die eben nicht von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gedeckt, aber wohl von meinem Thema auch gemeint sind. Deshalb ist das sozusagen die Entschuldigung, die Sie mir zubilligen mögen oder auch nicht.

Sie haben einen zweiten, sehr wichtigen Aspekt angemerkt: Die Herrschaft des Rechts, die ich stark gemacht habe. Das leitet mich über zu Herrn Klein: In der Tat – die

Massenfluchtbewegungen sind die zentrale Herausforderung und der Ansatz meines Referats ist es, die Herrschaft der Menschenrechte auch für dieses Phänomen stark zu machen. Aber nicht in dem Glauben, dass es tatsächlich automatisch funktioniert. Es gibt viele Stimmen in der Literatur, die sagen, bei Massenfluchtphänomenen kann man mit Individualrechten nicht weiterhelfen. Das finde ich von der Menschenrechtskonzeption her absurd. Es sind Individuen, die da fliehen, das ist nicht eine amorphe Masse, sondern das sind Millionen Einzelner, die in ihrer Würde, in ihrem Überlebensrecht extrem gefährdet sind. Sie alle haben Menschenrechte, die sie mit sich tragen, das müssen wir uns klarmachen. Aber in der Situation von Massenflucht, glaube ich, haben Sie vollkommen Recht: die Staaten werden die Schotten dicht machen, der Leviathan wird auferstehen und deshalb lautet meine *piecemeal engineering*-Antwort: Versucht den Anfängen zu wehren und euch durch die Aktivierung von menschenrechtlichen Steuerungsressourcen darauf vorzubereiten, dass wir keineswegs am Ende der Flüchtlingsdramatik stehen, sondern am Anfang von gewaltigen Migrationsdramatiken, denen sich das Völkerrecht – orientiert an seiner *rule of law* – stellen sollte.

Frau Coester-Waltjen hat wunderbar verdeutlicht, dass meine abstrakten, theoretischen Überlegungen von Frau Verschraegen mit dem notwendigen Fallmaterial unterfüttert worden sind. Deshalb an dieser Stelle Ihnen, liebe Frau Verschraegen, einen ganz herzlichen Dank, dass Sie meine Hausaufgaben gemacht haben, die ich gar nicht hätte machen können, weil mir da die einzelnen Einsichten fehlen. Ihr wichtiger Punkt: Wechselseitigen Respekt kann man allein durch Recht nicht durchsetzen, aber jenes wechselseitige Verständnis für das kulturell Andere bedingt dann doch den Versuch harmonisierender Abwägung bei der Menschenrechtsdogmatik, bei der Grundrechtsdogmatik, wie wir sie mit Konrad Hesses praktischer Konkordanz in Deutschland kennen. Daran kann und will ich nicht ganz vorbeikommen.

Herr Kugelmann hat sehr schön herausgearbeitet, dass bei mir die Schutzdimension im Vordergrund stand. Ich bitte, das nicht misszuverstehen, wenn ich das Ausgreifen des Migrationsrechts in die unterschiedlichen Rechtsbereiche angedeutet habe. Dass ich nun eine Schutzpflicht auf eine gesunde Umwelt und auf Entwicklungshilfe aus dem Migrationsrecht ableiten möchte, das ist nicht mein Ansatz gewesen. Ich darf das vielleicht auch mit der Frage verbinden, die Frau Hofmann gestellt hat. Migrationsvölkerrecht habe ich als einen rein deskriptiven Sammelbegriff verwendet. Alle völkerrechtlichen Regelungen, die sich auf Migrationsgeschehen beziehen, habe ich versucht, als Migrationsvölkerrecht zu beschreiben, ohne zu behaupten, dass das ein eigenständiges Teilgebiet des Völkerrechts ist, dass es gar intradisziplinären oder sonstigen Selbststand hat. Meine Beschreibung greift sehr weit aus, aber wohlgerne nicht, um die Claims für ein neues Teilgebiet des Völkerrechts wie das Umweltvölkerrecht oder Menschenrechtvölkerrecht abzustecken, sondern um mich deskriptiv einer in viele Teilbereiche des fragmentierten Völkerrechts ausgreifenden Querschnittsmaterie zu nähern.

Herr Siehr hat noch einmal sehr zu Recht auf die bereits angesprochene Respektdimension aufmerksam gemacht. Die Frage von Herrn Hofmann – Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates. Das ist ein ganz zentrales Anliegen, auf das ich nachdrücklich auch Wert legen möchte. Darüber müssen wir nachdenken. Ich glaube, dass in der Tat die Menschenrechtsregime dafür Ansatzpunkte geben. Das kann schon beim Völkerstrafrecht beginnen, dass wir nicht nur die Vertreibung, sondern das Setzen von Fluchtursachen völkerstrafrechtlich zu verfolgen versuchen. Es ist immerhin den Versuch wert.

Herr Fremuth hat mir im Grunde genommen noch einmal aus der Seele gesprochen mit seiner „Flucht ins Regionale“. Das habe ich angedeutet und das ist ein wichtiger Punkt gewesen, wobei ich zugeben muss, dass ich bei meinem Utopiebegriff weniger an Thomas Morus mit seiner fiktiven Insel gedacht habe, sondern eher an Bernhard Schlink mit seinem Nichtort. Meine Utopie ist ein Nichtort im Sinne einer Idee und nicht irgendetwas gegenständlich Greifbares. Herr Fleck hat, eine wichtige Ergänzung, auf die *internally displaced persons* hingewiesen, die sich in meiner Schriftfassung finden werden. Ich fürchte, nicht in dem Umfang, den sie verdient hätten, aber natürlich ist auch das eine ganz zentrale Herausforderung an das Migrationsvölkerrecht. Der Hinweis stärkt mein Argument. Da gibt es tatsächlich Menschenrechte, Völkerrecht, mit dem man etwas machen kann, wenn man damit nur etwas machen will. Herr Weiß hat wunderbar vom Schleier des Selbstbestimmungsrechts gesprochen, den ich über die Demokratie gehüllt habe. Das ist entlarvend und richtig. Das habe ich bewusst getan, denn wenn ich auch noch versucht hätte, über die Demokratie zu sprechen, dann wäre der Sektempfang des heutigen Abends in *clear and present danger*, das war nicht meine Absicht und deswegen will ich den Schleier auch nicht mehr lüften, sondern nur noch auf Herrn Oeter zusprechen kommen. Das macht mir das Leben jedoch ganz leicht, weil du, lieber Stefan, im Grunde genommen die zentralen Thesen meines Referates viel besser zusammengefasst hast, als ich das je könnte. Deshalb – wenn sie mein Schlusswort hören wollen, lesen Sie den Diskussionsbeitrag von Herrn Oeter und Sie wissen, warum ich mich in Hamburg so gut aufgehoben fühle. Vielen Dank!

Herr Reinisch: Sie werden mir zustimmen, wenn ich sage, das war ein sehr schöner Abschluss unserer Tagung und ich möchte wirklich beiden Referenten noch einmal ganz herzlich danken!

Vorstand und Rat der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht e.V.

Vorstand

Professor MMag. Dr. August Reinisch, LL.M. (NYU)
Universität Wien
Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung
Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen
Schottenbastei 10-16, 1010 Wien
Tel.: +43(0)1 4277 35307; Fax: +43(0)1 4277 835307
E-Mail: august.reinisch@univie.ac.at

Professorin Dr. Eva-Maria Kieninger
E-Mail: L-IPR@jura.uni-wuerzburg.de

Professorin Dr. Anne Peters
E-Mail: apeters-office@mpil.de

Rat

Professor Dr. Andreas von Arnould
Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M.
Professor Dr. Wolfgang Benedek
Professorin Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M.
Professorin Dr. Nina Dethloff, LL.M.
Professor Dr. Burkhard Hess
Professor Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)
Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann
Professorin Dr. Heike Krieger
Professor Dr. Heinz-Peter Mansel
Professor Dr. iur. Thilo Marauhn, M.Phil.
Professor Dr. Georg Nolte
Professor Dr. Stefan Oeter
Professor Dr. Andreas L. Paulus
Professorin Dr. Kirsten Schmalenbach
Professorin Dr. Astrid Stadler
Professor Dr. Christian J. Tams, LL.M.
Professor Dr. Karsten Thorn
Professor Dr. Dr. h.c. Daniel Thürer, LL.M. (Cambridge)
Professor Dr. Christian Tietje
Professor Dr. Christian Walter
Professor Dr. Marc-Philippe Weller
Professor Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M.
Professor Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

– Die Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht im Internet:
<http://www.dgfir.de> –