

ROBERT PFEFFER

Das Verhältnis von  
Völkerrecht und  
Landesrecht

*Jus Internationale et Europaeum*

30

---

**Mohr Siebeck**

# Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von  
Thilo Marauhn und Christian Walter

30





Robert Pfeffer

# Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Eine kritische Betrachtung alter und neuer  
Lehren unter besonderer Berücksichtigung der  
Europäischen Menschenrechtskonvention

Mohr Siebeck

*Robert Pfeffer*, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität Gießen; 2008 Promotion; seit 2007 Rechtsreferendar am Landgericht Gießen.

e-ISBN PDF 978-3-16-151169-1

ISBN 978-3-16-149976-0

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

*Meiner Frau*

*„Aber er hat ja gar nichts an!“*

H. C. ANDERSEN, Des Kaisers neue Kleider

## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 2008/2009 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Sie entstand in den Jahren 2005 bis 2007 und versucht, die Völkerrechtsordnung nicht wie üblich von der Souveränität der Staaten ausgehend, sondern konsequent von der Freiheit der Einzelnen her aufzubauen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von September 2007; soweit mir danach noch einzelne Schriften zu Gesicht gekommen sind, habe ich sie ebenfalls noch berücksichtigt.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Thilo Marauhn, M.Phil. (Wales), der das Thema dieser Untersuchung angeregt (der erste Vorschlag hat mir sogleich gefallen) und ihren Fortgang stets wohlwollend betreut und gefördert hat. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Thomas Groß für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Marauhn und Prof. Dr. Christian Walter danke ich darüber hinaus für die freundliche Aufnahme in diese Schriftenreihe. Zu danken habe ich ferner einigen Freunden und Bekannten, deren hilfreiche Anmerkungen ebenfalls zum Erfolg des Vorhabens beigetragen haben.

Großer Dank gebührt meinen Eltern, die nicht nur meine schulische und akademische Ausbildung stets uneingeschränkt unterstützt, sondern mich überhaupt in jenem freiheitsliebenden Geiste haben aufwachsen lassen, der in dieser Arbeit vermutlich seinen Niederschlag gefunden hat. Ihnen, meiner Frau und meinen Schwiegereltern bin ich auch für die vielfältige ideelle und materielle Unterstützung sehr verbunden, die sie mir während der Erstellung dieser Schrift und zum Zwecke ihrer Drucklegung haben zuteil werden lassen und die mir ein zügiges und weitgehend ungehindertes Arbeiten ermöglicht hat. Meinem Vater danke ich schließlich für die akribische Korrekturarbeit, deretwegen die Gutachter nicht mehr viele Tippfehler finden konnten.

Einige eher technische Hinweise möchte ich noch loswerden. Es ist mir eine erhebliche Erleichterung gewesen, dass mittlerweile viele Werke alter Philosophen im Internet verfügbar sind. Auch wenn ich diese zur Sicherheit nochmals in gedruckter Form gesichtet habe, sind sie in den Fußnoten doch weitgehend nach ihrer jeweiligen Gliederung und nicht nach Seiten-

zahlen zitiert, um auch dem Leser das Nachschlagen unabhängig von der verwendeten Ausgabe zu ermöglichen. Die Fußnotenzeichen befinden sich in dieser Arbeit mal vor, mal hinter dem Punkt, je nachdem, ob sich der Nachweis oder die Anmerkung nur auf die soeben getroffene Aussage oder auch auf den Text davor bezieht.

Gießen, im November 2008

*Robert Pfeffer*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Einleitung.....	1
Erster Teil. Recht, Staat und Völkerrecht .....	5
<i>A. Was ist Recht?</i> .....	7
I. Bisherige Definitionen.....	8
II. Würdigung und eigene Definition .....	9
III. Geltungsgründe des Rechts.....	14
1) Naturrecht.....	15
2) Vom Naturrecht abgeleitete Geltungsgründe .....	22
<i>B. Was sind und was können Staaten?</i> .....	25
I. Der Begriff des Staates .....	25
1) Darstellung einiger Theorien.....	25
2) Würdigung.....	27
3) Folgerungen.....	31
II. Zur Legitimität von Staaten.....	42
1) Darstellung einiger Theorien.....	43
2) Würdigung.....	50
3) Die Reichweite staatlicher Legitimität .....	55
4) Weitere Folgerungen .....	63
<i>C. Rang und Geltung des Völkerrechts</i> .....	81
I. Bisherige Theorien. Monismus und Dualismus .....	82
1) Dualistische Theorien.....	82
2) Monistische Theorien mit Primat des Völkerrechts .....	85
3) Monistische Theorien mit Primat des staatlichen Rechts.....	90
II. Würdigung.....	92
1) Der Rang des Völkerrechts .....	92
2) Die innerstaatliche Geltung des Völkerrechts.....	131
<i>D. Zusammenfassung</i> .....	143

Zweiter Teil. Die völkerrechtlichen Wirkungen der EMRK.....	147
<i>A. Pflicht nur zur Beachtung oder auch zur Inkorporation der EMRK? ..</i>	147
<i>B. Völkerrechtliche Wirkungen der EGMR-Urteile .....</i>	155
I. Pflicht zur Konventionsbefolgung und Pflicht zur Urteilsbefolgung .	156
II. Urteilswirkung inter partes oder erga omnes?.....	158
<i>C. Die EMRK als Vertrag zu Gunsten Einzelner.....</i>	159
Dritter Teil. Die Wirkungen der EMRK im deutschen Recht.....	163
<i>A. Zur Legitimität des Grundgesetzes .....</i>	163
<i>B. Die Behandlung des Völkerrechts unter dem Grundgesetz im Allgemeinen.....</i>	167
I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts .....	168
II. Völkerrechtliche Verträge .....	169
III. Kompetentielle Selbstbindung des Gesetzgebers .....	170
1) „pacta sunt servanda“ als allgemeine Regel des Völkerrechts.....	170
2) Rechtsstaatsprinzip.....	171
<i>C. Der Rang der EMRK im Besonderen .....</i>	175
I. Übertverfassungsrang aus allgemeinen Gründen .....	176
1) Monismus mit Primat des Völkerrechts.....	176
2) EMRK-Rechte als Naturrecht .....	176
3) EMRK-Rechte als völkerrechtliches ius cogens .....	178
4) Die EMRK als „Grundrechtsverfassung“ .....	178
II. Übergesetzesrang aufgrund deutschen Verfassungsrechts .....	182
1) Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes .....	182
a) Völkerrechtsfreundlichkeit als eigenständiger Transformator....	184
b) Völkerrechtsfreundliche Auslegung der lex posterior .....	185
c) Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes.....	186
2) EMRK als lex specialis auch zu späteren deutschen Gesetzen.....	193
3) Art. 1 II GG.....	194
4) Art. 2 I GG .....	195
5) Art. 3 I GG .....	196
6) Art. 25 GG .....	197
7) Art. 6 II EUV iVm. Art. 23 I GG.....	198
a) Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts.....	198
b) Der Anwendungsbereich der Konventionsgarantien als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts.....	213
<i>D. Die Wirkungen der EGMR-Urteile im deutschen Recht.....</i>	215

Schlussbetrachtung.....	225
Zusammenfassung in Thesen.....	229
Summary.....	233
Literaturverzeichnis.....	237
Sachregister.....	251



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am (in dieser Fußnote bereits) angegebenen Ort
a.E.	am Ende
abl.	ablehnend
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
ähnl.	ähnlich
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des BVerfG in der amtlichen Entscheidungssammlung, Band Nr.
dagg.	dagegen
ders.	derselbe
dems.	demselben
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
d.V.	der Verfasser
ebda.	ebenda
ebso.	ebenso
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Europäischer Gerichtshof)
EuGH, Slg.	Entscheidung des EuGH in der amtlichen Entscheidungssammlung des Jahres
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hervorh.	Hervorhebung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. Orig.	im Original
i.V.m.	in Verbindung mit
IGH	Internationaler Gerichtshof
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

krit.	kritisch
Leits.	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. w. N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
n.F.	neuer Fassung
Rz.	Randziffer
S.	Satz, Seite
s.	siehe
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SVN	Satzung der Vereinten Nationen
u.a.	und andere, unter anderem
übers.	übersetzt
Übersetzg.	Übersetzung
v.	von
vgl.	vergleiche
WÜV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
zit.	zitiert als
zust.	zustimmend

Auf die Aufführung aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bekannter Abkürzungen wird verzichtet. Hinsichtlich sonstiger Abkürzungen (insbesondere solcher für Zeitschriftennamen) sei, wie üblich, auf HILDEBERT KIRCHNER/CORNELIE BUTZ, *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 5. Auflage, Berlin 2003, verwiesen.

## Einleitung

Anlass für die vorliegende Arbeit war ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Oktober 2004<sup>1</sup>, mit dem es eine Familiensache zurück an das Oberlandesgericht Naumburg verwies, nachdem dieses einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>2</sup> (EGMR) die Gefolgschaft verweigert hatte<sup>3</sup>. Dieser Beschluss warf einmal neu die Frage nach dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht auf, und er ist vom Schrifttum kontrovers aufgenommen worden<sup>4</sup>. Das Ziel der vorliegenden Arbeit bestand dabei zu Anfang lediglich darin, Rang und Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) innerhalb des deutschen Rechts zu beleuchten. Doch bei der Klärung der Voraussetzungen hierfür zeigte sich bald, dass zunächst die Voraussetzungen der Voraussetzungen zu klären waren und so fort; und so kam es dann, dass die Grundlegung zu dieser Untersuchung sich als wesentlich aufwändiger herausstellte und nun auch den größeren Teil der Darstellung einnimmt.

Diese Grundlegung beginnt dort, wo alle Rechtswissenschaft beginnt, nämlich in der Rechtsphilosophie. So sehr aber die Untersuchung auch auf Gründlichkeit bedacht war, konnte doch die Rechtsphilosophie als ein Feld, das in seiner Weite zahlreichen eigenen Dissertationen Raum bietet, notwendigerweise nur sehr straff behandelt werden. Ähnliches gilt für die gelegentlichen Exkurse in das Recht der Europäischen Gemeinschaften.

Viele der hier dargestellten Einzelheiten sind auch nichts grundlegend Neues; bei mancher Idee, die mir kam, habe ich im Laufe der Recherchen feststellen müssen, dass andere sie schon vorher hatten<sup>5</sup>. Neu (oder jeden-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*.

<sup>2</sup> EGMR, EuGRZ 2004, 700.

<sup>3</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 09.07.04, Az. 14 UF 60/04; OLG Naumburg, EuGRZ 2004, 749.

<sup>4</sup> Zust. etwa SEILER, Staatliche Souveränität und völkerrechtliche Einflüsse auf das Familienrecht, ZSE 2005, 34; abl. etwa CREMER, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 683 (700); BREUER, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hältst du's mit Straßburg?, NVwZ 2005, 421 (414).

<sup>5</sup> Treffend dazu GOETHE, Faust Teil II, 2. Akt, Hochgewölbtes enges gotisches Zimmer, a.E.: „Wie würde dich die Einsicht kränken: Wer kann was Dummes, wer was Kluges denken, Das nicht die Vorwelt schon gedacht?“

falls selten) dürfte indes die Darstellung in einem einheitlichen Zusammenhange sein. Dabei wurden der Vollständigkeit halber auch einige Dinge erörtert, die zur Klärung der EMRK-Frage nicht unbedingt erforderlich waren.

Die vorliegende Untersuchung versteht sich als *rechtsdogmatische*. Sie sucht dabei nicht nach einer Theorie, die Vorgefundenes (und als rechtmäßig Vermutetes) möglichst gut zu erklären vermag; sie versucht vielmehr, die Grundzüge der Rechtsordnung aus allgemeinen Prinzipien der Gerechtigkeit herzuleiten und anhand dessen die Rechtmäßigkeit vorgefundener Tatsachen zu bewerten. Sie versucht zu beurteilen, ob etwas so, wie es ist, *mit Recht* ist bzw. wie etwas sein muss, um rechtmäßig zu sein<sup>6</sup>. Sie orientiert sich daher ausdrücklich nicht an der so genannten *Rechtswirklichkeit* – also dem, was in der Praxis von der Mehrheit der Juristen (oder von denen, deren Ansichten sich in der Praxis durchsetzen) für Recht gehalten und als solches gehandhabt wird –, sondern will unabhängig davon ergründen, was *in Wirklichkeit Recht* ist<sup>7</sup>. Soziologische oder sonstige tatsachenbezogene Betrachtungsweisen sind dabei nur beschränkt ergiebig<sup>8</sup>.

Der Streit zwischen *Naturrechtslehren* und *Positivismus*<sup>9</sup>, in dem dabei Position bezogen wird, ist sowohl uralt als auch ewig. Er beschäftigt die Rechtsphilosophie mindestens schon seit den Tagen von Platon und Aristoteles<sup>10</sup>, und er wird auf Erden wohl niemals entschieden werden. Die Positivisten werfen den Naturalisten vor, *Recht und Moral* zu verwechseln<sup>11</sup>; dem ist entgegenzuhalten, dass die Positivisten vielmehr *Recht und Macht* nicht auseinander halten können. Die Herleitung der Grundzüge der Rechtsordnung aus allgemeinen Prinzipien der Gerechtigkeit ist ein Versuch, den der Positivismus erst gar nicht unternimmt. Damit gleicht er

---

<sup>6</sup> Aufschlussreich zu diesem Gegensatz zwischen deduktiver und induktiver Methode WAGNER, Monismus und Dualismus, AöR 89 (1964), 212 (222 ff., insbes. 224): „Werden diese Funktionen nicht auseinandergehalten, dann ... hält der eine die Theorie für durch die Tatsachen widerlegt, der andere meint, es sei ,um so schlimmer für die Tatsachen‘ (HEGEL).“ — Nach der hier vertretenen Ansicht ist es dann eben umso schlimmer für die Tatsachen. Dezidiert a.A. etwa VERDROSS, Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts, S. 80 ff.

<sup>7</sup> Womit auch die Eigenschaft des Begriffs *Rechtswirklichkeit* als Paradoxon erkannt wäre.

<sup>8</sup> Umfassend (und polemisch) zum Nutzen der Soziologie für das Recht BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 84 ff.; vgl. auch HILLGRUBER, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072 (1073); s. ferner unten Fn. 164.

<sup>9</sup> S. unten S. 15 ff.

<sup>10</sup> ZIPPELIUS, Geschichte der Staatsideen, S. 14 f., 35 ff.; KOLLER, Theorie des Rechts, S. 131.

<sup>11</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 68 ff.; vgl. auch SCHILLING, Rang und Wirkung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 159; DOEHRING, Allgemeine Staatslehre, Rz. 199.

m.E. dem Unterfangen, ein Haus zu bauen, ohne sich darum zu sorgen, auf welchem Untergrunde es steht.

Ob man nun von der Annahme vorstaatlichen Rechts ausgeht, ist letztlich eine Glaubensfrage, und es bleibt einem nur übrig, sich dafür oder dagegen zu entscheiden. Beides läuft unvermeidlich auf nichts weniger hinaus als auf eine notwendige *petitio principii*, und das Einzige, was man dabei versuchen kann, ist, dieselbe so plausibel wie möglich zu gestalten. Die Untersuchung wird, so hoffe ich, unter anderem zeigen, was für die Annahme der Existenz überpositiven Rechts spricht.



## Erster Teil

# Recht, Staat und Völkerrecht

Die EMRK<sup>1</sup> und ihre Zusatzprotokolle<sup>2</sup> sind völkerrechtliche Verträge, abgeschlossen von Staaten. Wenn man also nach dem Rang der EMRK (als eines einzelnen völkerrechtlichen Vertrages) innerhalb der Rechtsordnung Deutschlands (als eines einzelnen Staates) fragt, so ist die Frage zur Hälfte schon damit beantwortet, welcher Rang dem Völkerrecht gegenüber dem staatlichen Recht allgemein zukommt. Von der Ansicht, Völkerrecht breche Landesrecht, bis zur gegenteiligen Auffassung ist bis heute fast alles vertreten worden, und üblicherweise werden die unterschiedlichen Ansichten in die Schulen des *Dualismus*, des *Monismus mit Primat des Völkerrechts* sowie des *Monismus mit Primat des innerstaatlichen Rechts* eingeteilt<sup>3</sup>.

Um diesen Grundsatzstreit ist es heute zwar weitgehend ruhig geworden. Der Monismus mit Primat des Landesrechts wird kaum mehr, und die beiden übrigen Lehren werden vorwiegend in gemäßiger Form vertreten, so dass in den Ergebnissen weitgehend Übereinstimmung besteht<sup>4</sup>. Manchmal aber brechen die Gräben unvermittelt auch wieder auf, und so kommt es dann etwa, dass Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wie das bekannte Maastricht-Urteil<sup>5</sup> oder der bereits erwähnte Görgülü-Beschluss<sup>6</sup>, in der Rechtslehre teils herbe Kritik<sup>7</sup> erfahren, die – ohne dass

---

<sup>1</sup> Die *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Konvention Nr. 005 des Europarates, wurde am 04.11.1950 in Rom unterzeichnet, nach dem Zustimmungsgesetz vom 07.08.1952 (BGBl. 1952 II S. 685, 953) am 05.12.1952 von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert und trat am 03.09.1953 gemäß ihrem damaligen Art. 66 in Kraft (Bekanntmachung vom 15.12.1953, BGBl. 1954 II, S. 14). — Mit „EMRK“ sind im Folgenden immer auch deren Zusatzprotokolle gemeint.

<sup>2</sup> Dreizehn an der Zahl, das letzte vom 03.05.2002. Das elfte Zusatzprotokoll vom 11.05.1994 sieht die obligatorische Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vor und gibt der Konvention im Wesentlichen ihre derzeitige Gestalt.

<sup>3</sup> Statt aller: SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, *Völkerrecht*, Rz. 539 ff. Zur Darstellung des Streits s. unten S. 82 ff.

<sup>4</sup> STEIN/v. BUTTLAR, *Völkerrecht*, Rz. 181; BECKER, *Völkerrechtliche Verträge und parlamentarische Gesetzgebungskompetenz*, NVwZ 2005, 289.

<sup>5</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>6</sup> BVerfG, EuGRZ 2004, 741; s. dazu schon S. 1.

<sup>7</sup> Am Maastricht-Urteil z.B. FROWEIN, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 54 (1994), 1 (2 f., 15 u. durchgängig); PERNICE, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100 ff.; s. auch

dies immer erkannt und geäußert würde – auf nichts Geringerem beruht als auf grundverschiedenen Ansichten über das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht. Entgegen allen Behauptungen, dass der alte Schulenstreit zwischen Monisten und Dualisten heute kaum noch oder gar keine praktische Bedeutung mehr habe<sup>8</sup> oder dass ein einheitlicher theoretischer Ansatz zur Erfassung der Problematik kaum mehr vertretbar sei<sup>9</sup>, erscheint es daher unumgänglich, der Frage nach dem Rangverhältnis zwischen den beiden Rechtsgebieten etwas eingehender nachzugehen, als nur im Rahmen einer „rituellen Einleitung“<sup>10</sup>. Soll dies gut und gründlich gelingen, muss dazu ein wenig ausgeholt werden.

Für den Rang eines bestimmten Normenbereichs innerhalb eines umfassenderen Systems ist es ausschlaggebend, woraus der fragliche Normenbereich seine Geltung herleitet; jener Teil des Rechts, auf den er seine Geltung stützt, ist der höherrangige<sup>11</sup>. Also wird es darauf ankommen, auf welche Geltungsgründe Völkerrecht und staatliches Recht sich stützen – ob etwa beide auf denselben oder das eine Rechtsgebiet sich auf das andere (C). Völkerrecht ist im Wesentlichen Recht zwischen Staaten (wenngleich

---

STEIGER, *The Relationship of German National Law with Public International Law and with European Community Law*, *The Hogendorp Papers* 1 (2001), 63 (79); ders., *Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?*, *Der Staat* 41 (1992), 331 (350); am Görülü-Beschluss s. oben Einleitung Fn. 4.

<sup>8</sup> GECK, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, S. 24 m.w.N.; KEMPEN in v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Art. 59 Rz. 83; GIEGERICH, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt*, *ZaöRV* 1997, 409 (452, Fn. 117); CHRYSOGONOS, *Zur Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, *EuR* 2001, 49 (49); KADELBACH, *Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht*, *Jura* 2005, 480 (483); SAUER, *Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur*, *ZaöRV* 65 (2005), 35 (38).

<sup>9</sup> KEMPEN in v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Art. 59 Rz. 87 m.w.N.; S. auch unten S. 131.

<sup>10</sup> WAGNER, *Monismus und Dualismus*, *AöR* 89 (1964), 212 (212 f.): „Der Theorienstreit um Monismus und Dualismus hat heute an Bedeutung verloren; erledigt ist er nicht. Seine mehr oder weniger ausführliche Wiedergabe gehört noch immer zu den rituellen Einleitungen vieler Darstellungen über die innerstaatliche Wirksamkeit außerstaatlich entstandenen Rechts. Meist werden Triepels Ansichten vom verschiedenen Geltungsgrund und der Wesensverschiedenheit referiert und widerlegt, die monistische Staatsrechtsprimatskonstruktion als nicht mehr vertreten, die monistische Völkerrechtsprimatskonstruktion als die fortschrittlichere Lösung bezeichnet, aber nur in ihrer gemäßigten Form der augenblicklichen Weltordnung entsprechend gehalten.“

<sup>11</sup> KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 196 f., 228; SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, S. 161 ff., 173; a.A. offenbar KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, S. 182, s. unten Fn. 614; KLUG, *Das Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Grundgesetz*, S. 439.

heute in zunehmendem Maße auch zwischen anderen Organisationen)<sup>12</sup>. Folglich wird zu klären sein, was *Staaten* überhaupt sind, warum und inwieweit sie existieren und was sie demnach können und dürfen (B). Wenn man sich dabei nicht damit begnügt, dass es auf der Welt Personenmehrheiten gibt, die von sich und anderen als Staaten *angesehen* werden, sondern – als Jurist – danach fragt, was man *rechtlich* als Staat oder Staatsgewalt ansehen kann, dann wird es auf die *Legitimität*<sup>13</sup> von Staaten ankommen<sup>14</sup>, also auf die Frage, mit welchem Recht eine Staatsgewalt die Herrschaft über Individuen beanspruchen kann. Um dies zu ergründen, muss man sich aber zunächst darüber klar werden, was *Recht* eigentlich ist. Diese Fragestellung bildet daher den Ausgangspunkt der Untersuchung (A).

## A. Was ist Recht?

Der Begriff des Rechts ist uns so geläufig und selbstverständlich, dass die Frage danach, was das Recht seinem Begriff nach eigentlich ist, uns stutzen lässt, ja fast wie eine dumme Frage erscheint<sup>15</sup>. Bezeichnend dafür ist, dass man in einem rechtswissenschaftlichen Wörterbuch unter dem Stichwort „Recht“ regelmäßig eine kurze Zusammenstellung dessen vorfindet, was es an Rechtsgebieten so alles gibt, aber keine Definition des Begriffs<sup>16</sup>. Nach Ansicht mancher Autoren ist es auch gar nicht möglich, Recht zu definieren, oder zumindest soll es zweifelhaft sein, ob damit ein Erkenntnisgewinn einhergeht<sup>17</sup>. Doch eine fundierte Untersuchung des Rangverhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht erfordert grundlegende Erkenntnisse über den Aufbau der staatlichen wie der Völkerrechtsordnung, und hierzu muss man wissen, unter welchen Voraussetzungen Recht überhaupt gilt. Dazu wiederum muss man geklärt haben, was Recht *ist*. Im Laufe der Rechtsgeschichte hat es mancherlei Versuche zur Definition des Rechtsbegriffs gegeben, und einige markante seien im Folgenden vorgestellt<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Statt aller: GRAF VITZTHUM in ders., Völkerrecht, 1. Abschnitt Rz. 5, 7; HAILBRONNER, ebda. 3. Abschnitt Rz. 4 ff.; DOERING, Allgemeine Staatslehre, Rz. 99.

<sup>13</sup> Nicht im soziologischen, sondern im normativen Sinne; zur Unterscheidung s. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, S. 93 ff.; vgl. auch unten S. 12 f.

<sup>14</sup> Es wird allerdings behauptet, dass es gerade in rechtlicher Sicht nicht auf die Legitimität von Staaten ankomme. S. dazu unten S. 76 ff.

<sup>15</sup> Vgl. SEELMANN, Rechtsphilosophie, § 2 Rz. 2.

<sup>16</sup> Etwa CREIFELDS, Rechtswörterbuch, Stichwort „Recht“.

<sup>17</sup> HART, The Concept of Law, S. 13 ff.; SEELMANN, Rechtsphilosophie, § 2 Rz. 7 f. m.w.N.

<sup>18</sup> Hervorhebungen dabei jeweils von mir. Eine ähnliche Zusammenstellung findet sich bei KOLLER, Theorie des Rechts, S. 19 ff.

### I. Bisherige Definitionen

Nach Aristoteles ist Recht die „Entscheidung darüber, was gerecht ist.“<sup>19</sup>

Der römische Jurist Celsus (1./2. Jhd.) wird bei Ulpian in den Digesten mit der Definition „Recht ist die *Kunst des Guten und Billigen*“ zitiert<sup>20</sup>.

Thomas von Aquin bezeichnet das Recht als die „*Kunst, durch die erkannt wird, was gerecht sei*“<sup>21</sup>.

Immanuel Kant schreibt: „Das Recht ist also der *Inbegriff der Bedingungen*, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“<sup>22</sup> und ferner: „Recht und *Befugniß zu zwingen* bedeuten also einerlei.“<sup>23</sup>

Für John Austin ist der Begriff Recht im weitesten Sinne gleichbedeutend mit „*Regel*“ oder „*Befehl*“<sup>24</sup>.

Nach einem bekannten Zitat Oliver Wendell Holmes' ist Recht „die *Vorhersage dessen, wie die Gerichte tatsächlich entscheiden werden*“<sup>25</sup>.

Adolf Lasson zufolge ist das Recht „seinem Begriffe nach der *Wille* des Staates... und ... wird ohne alle Ausnahme oder Einschränkung daran erkannt, daß der Staat es anerkennt und *mit seiner Macht durchsetzt*.“<sup>26</sup>

Ernst Rudolf Bierling betrachtet als „Recht im juristischen Sinne ... im allgemeinen das, was Menschen, die in irgendwelcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm oder Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig *anerkennen*.“<sup>27</sup>

Rudolf Stammler definiert Recht als „das unverletzbar selbstherrlich *verbindende Wollen*“<sup>28</sup>. Was damit gemeint ist, wird an anderer Stelle deutlicher, wenn er schreibt: „Das allgemeingültige Merkmal, nach dem Recht und Sitte formal sich unterscheiden, kann nur in dem Sinne des *Geltungsanspruches* beider Regelarten gelegen sein. Das Recht ... erhebt den *An-*

<sup>19</sup> ARISTOTELES, Politik, 1253 a.

<sup>20</sup> Ulp.D.1.1.1.pr.: „Ius est ars boni et aequi“.

<sup>21</sup> v. AQUIN, Summa de Theologia, II. Teil d. II. Buchs, Frage 57, Art. 1, zu 1 (Übersetzg. v. mir).

<sup>22</sup> KANT, Metaphysik der Sitten, Erster Theil, Einleitung in die Rechtslehre, § B a.E.

<sup>23</sup> KANT, Metaphysik der Sitten, Erster Theil, Einleitung in die Rechtslehre, § E.

<sup>24</sup> AUSTIN, The Province of Jurisprudence Determined, S. 12, 29, 117 (Übersetzg. v. mir).

<sup>25</sup> HOLMES, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1887), S. 457 (461) (Übersetzg. v. mir).

<sup>26</sup> LASSON, System der Rechtsphilosophie, S. 412; ähnl. SCHMIDT, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, S. 2.

<sup>27</sup> BIERLING, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1, S. 19

<sup>28</sup> STAMMLER, Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft, S. 26.

*spruch, unabhängig von der Zustimmung der Rechtsunterworfenen über diesen zu stehen.*<sup>29</sup>

Für Max Weber ist eine Ordnung dann „Recht, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance ... (physischen oder psychischen) Zwanges ...“<sup>30</sup>.

Auch Hans Kelsen betrachtet das Recht als „*Zwangsordnung*“, „weil nur durch die Aufnahme des Zwangsmomentes in den Begriff des Rechtes dieses von jeder anderen Gesellschaftsordnung deutlich geschieden ... wird“<sup>31</sup>.

Norbert Brieskorn wiederum schlägt vor, Recht zu definieren als „*Sollensordnung des sozialen Lebens ...*, welcher die *Vermittlung der Freiheitsräume*, die Stabilisierung, die Entlastung und die Orientierung aufgegeben ist, deren *Setzung* und Inhalt von einem angebbaren Menschenkreis als *verbindlich* angesehen und deren *Durchsetzung* letztlich von einem organisierten Verfahren und von bestimmten Institutionen besorgt wird“<sup>32</sup>.

Ralf Dreier definiert Recht als „die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines *staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen* Normensystems gehören, sofern dieses *im großen und ganzen sozial wirksam* ist und ein *Minimum an ethischer Rechtfertigung* oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, sofern sie, für sich genommen, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen.“<sup>33</sup>

Christian Seiler versteht Recht als den „Inbegriff äußerlich *verbindlicher... Verhaltensanforderungen*“<sup>34</sup>, und bei Knut Ipsen schließlich findet sich beiläufig die Aussage: „Völkerrecht ist wie jedes andere Recht *Verhaltensmuster mit Geltungsanspruch*.“<sup>35</sup>

## II. Würdigung und eigene Definition

Es ist üblich geworden, die verschiedenen Rechtsbegriffe in naturalistische und positivistische einzuteilen und letztere wiederum in solche, die mehr auf die autoritative Setzung oder zwangsweise Durchsetzung und solche,

<sup>29</sup> STAMMLER, Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft, S. 21.

<sup>30</sup> WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 17.

<sup>31</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 34, 45 ff., 55.

<sup>32</sup> BRIESKORN, Rechtsphilosophie, S. 33.

<sup>33</sup> R. DREIER, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (896); ähnl. KOLLER, Theorie des Rechts, S. 44; ähnl., aber noch länger, ALEXY, Begriff und Geltung des Rechts, S. 201.

<sup>34</sup> SEILER, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, S. 80, 365.

<sup>35</sup> K. IPSEN in ders., Völkerrecht, § 1 Rz. 1.

die mehr auf die Anerkennung durch die Rechtsgenossen abstellen<sup>36</sup>. Der Streit um Positivismus und Naturalismus wird dann auf der Ebene des Rechtsbegriffs ausgetragen. In dieser Untersuchung soll zunächst Einfacheres versucht werden, nämlich die schlichte Klärung des Wortsinnes von „Recht“. Denn ehe man sich fragt, bei Erfüllung welcher Kriterien eine Ordnung Recht heißen soll oder ob es außer gesetztem Recht noch natürliches gibt, sollte man wissen, was das Wort *Recht* überhaupt bedeutet. Dabei soll zunächst nur die – auch von Positivisten zugestandene – Annahme zu Grunde gelegt werden, dass zwischen *Sein* und *Sollen*<sup>37</sup> unterschieden werden muss, und dass somit der Bereich des *Faktischen* von dem des *Rechtlichen* zu trennen ist. Vor allem *Macht* und *Recht* sind demnach begrifflich auseinander zu halten<sup>38</sup>.

Welche sinnvolle Synthese lässt sich also aus den vorgenannten Definitionen gewinnen? Die Kriterien, auf die hier abgestellt wird, sind vielfältig, was daran liegen mag, dass man nach mehreren Aspekten zugleich fragt (etwa Ursprung und Zweck) und dann die Fragen miteinander vermengt<sup>39</sup>.

Dreiers Definition entspringt bereits dem erwähnten Versuch, einen Rechtsbegriff zu finden, der in dem Streit um Positivismus und Naturalismus Stellung bezieht und dabei zwischen unterschiedlichen Forderungen vermittelt. Dieser Rechtsbegriff ist darum bereits weit mehr als eine bloße Bestimmung des Wortsinns – und für die weitere Argumentation in dieser Untersuchung bei Weitem zu lang.

Die Definitionen von Aristoteles, Celsus und v. Aquin verweisen auf die *Gerechtigkeit*, diejenigen Kants und Brieskorns auf die *Ordnungs- und*

<sup>36</sup> R. DREIER, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 ff.; KOLLER, Theorie des Rechts, S. 19 ff.; ALEXU, Begriff und Geltung des Rechts, S. 29.

<sup>37</sup> SCHILLING, Rang und Wirkung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 160 m.w.N.; WOLFF, Juristische Person und Staatsperson, S. 386 ff.; KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 5, 196; dazu R. DREIER, Sein und Sollen, JZ 1972, 329; ALEXU, Begriff und Geltung des Rechts, S. 157.

<sup>38</sup> ROUSSEAU, Vom Gesellschaftsvertrag, Erstes Buch, 3. Kap. Absatz 4 (letzter); SIEYÈS, Einleitung zur Verfassung, S. 243; LEIBNIZ, zitiert bei Zippelius, Geschichte der Staatsideen, S. 136 f.; WELZEL, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, S. 295; RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddt. JZ 1946, 105 (107); GIEGERICH, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, ZaöRV 1997, 409 (414); ZIPPELIUS<sup>14</sup>, Allgemeine Staatslehre, S. 122; unklar jetzt ders., Allgemeine Staatslehre, S. 93; ähnl. SCHLIESKY, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 123; a.A. früher schon HOBBS, Leviathan, Kap. XIII Abs. 13 (vorletzter) und Kap. XVII Abs. 2; DE SPINOZA, Theologisch-politischer Traktat, Kap. 16, Abs. 2 (S. 405) und in gewisser Hinsicht auch JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 341, 344 mit seiner Lehre von der normativen Bedeutung des Faktischen; deutlich a.A. SCHMITT, Die Diktatur, S. 87.

<sup>39</sup> SEELMANN, Rechtsphilosophie, § 2 Rz. 5 m.w.N.

*Ausgleichsfunktion* der Rechtsordnung für die Belange („Willkür“, „Freiheitsräume“) der Einzelnen. Beide Ansätze gehen also ebenfalls schon einen Schritt weiter, als hier erforderlich ist, indem sie postulieren, wie das Recht sein müsse (nämlich gerecht) oder was es zu leisten habe (nämlich Interessenausgleich). Darauf wird bei der Frage nach den Staatszwecken noch zurückzukommen sein. Hier jedoch soll es einstweilen genügen, zu bestimmen, was das Recht seinem Begriff nach ist.

Andere Ansätze, nämlich die von Lasson, Weber und Kelsen, heben die *zwangsweise Durchsetzung* des Rechts als dessen kennzeichnendes Merkmal hervor<sup>40</sup>. Auch Brieskorn und Dreier beziehen die Durchsetzung in ihre Definitionen mit ein, und jene Autoren, die in der Geschichte der Völkerrechtslehre dem Völkerrecht die Qualität als Recht abgesprochen haben („Völkerrechtsleugner“<sup>41</sup>), taten dies ebenfalls mit der Begründung, dass es der Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung ermangele.<sup>42</sup> Die zwangsweise Durchsetzung von Regeln beruht aber auf der Macht des Durchsetzenden, und Macht gehört, wie erwähnt, in den Bereich des Faktischen<sup>43</sup>, nicht des Rechtlichen. Zu den Wesensmerkmalen des Rechts kann also nicht seine zwangsweise Durchsetzung gehören<sup>44</sup>.

Austin, Lasson und Kelsen stellen zudem darauf ab, dass Recht vom *Staat* bzw. von einer *kompetenten Autorität* gesetzt werde<sup>45</sup>. Doch was der Staat ist und wer in ihm die Kompetenz zum Normerlass besitzt, hängt seinerseits von rechtlichen Bestimmungen ab<sup>46</sup>. Die Grundlegung eines rechtlichen Weltbildes kann aber nur gelingen, wenn man rechtsphilosophisch „ganz vorne“ anfängt, d.h. im Bereich des so genannten Ur- oder Naturzustands, in dem es noch kein gesetztes Recht gibt. Hiervon ausge-

---

<sup>40</sup> Ähnl. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht, S. 28 ff.; RUBENFELD, *The Two World Orders*, *The Wilson Quarterly* 27/4 (2003), 22 (32).

<sup>41</sup> Dazu AMRHEIN-HOFMANN, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, S. 47; RUDOLF, *Völkerrecht und deutsches Recht*, S. 14.

<sup>42</sup> KELSEN und TRIEPEL leugnen die Qualität des Völkerrechts als Recht nur deshalb nicht, weil sie sich mit der geringen Zwangswirkung völkerrechtlicher Selbsthilfemaßnahmen zufrieden geben, s. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 321 ff. u. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 106 ff.

<sup>43</sup> Vgl. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, S. 10: „Verpflichten“ bedeutet etwas anderes als „nötigen“; ROUSSEAU, *Vom Gesellschaftsvertrag*, Erstes Buch, Kap. 3 Abs. 1: „Der Stärke weichen ... ist allenfalls ein Akt der Klugheit. In welcher Hinsicht könnte es eine Pflicht sein?“

<sup>44</sup> Ebso. WOLFF, *Juristische Person und Staatsperson*, S. 390 f.; RUDOLF, *Völkerrecht und deutsches Recht*, S. 15 m.w.N.; SEILER, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung*, S. 82 f.

<sup>45</sup> LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, S. 412 f.; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 45 ff., 219; AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, S. 29 ff., 117; ebso. SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, S. 4 ff.

<sup>46</sup> Ebso. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 10 f.

hend wird man aber niemals zur Setzung von Recht gelangen, wenn man zum Begriffsmerkmal des Rechts bereits seine ordnungsgemäße Setzung macht – denn dann müsste zunächst jemand durch Rechtsetzung bestimmen, wer zur Rechtssetzung überhaupt befugt ist<sup>47</sup>. Anders wäre es nur, wenn man mit Jellinek davon ausginge, dass der Staat zunächst faktisch entsteht und sich anschließend eine Rechtsordnung gibt<sup>48</sup>. Dann aber würde man wieder aus einem Sein ein Sollen herleiten und das Recht auf bloße Fakten gründen, was hier bereits abgelehnt wurde. Abgesehen davon würde das Erfordernis der autoritativen Setzung des Rechts die Möglichkeit von Gewohnheitsrecht jenseits staatlich organisierter Gesellschaft von vornherein ausschließen<sup>49</sup>.

Andere Definitionen, wie diejenige Bierlings, stellen auf die *Anerkennung* von Normen durch die Rechtsgemeinschaft ab<sup>50</sup>. Es sei an dieser Stelle auf den Unterschied in der Bedeutung zweier Begriffe hingewiesen, die häufig synonym verwendet werden, nämlich *Geltung* und *Wirksamkeit* von Recht<sup>51</sup>. Recht gilt, wenn es einen „zureichenden Geltungsgrund“<sup>52</sup> und deshalb „Verpflichtungskraft“<sup>53</sup> hat. Recht ist *wirksam*, soweit es in der Welt seine Wirkung hat. In der Regel wird die Wirksamkeit des Rechts auf seiner Geltung beruhen, jedenfalls in Rechtsstaaten<sup>54</sup>. Seine Wirkung haben kann aber auch etwas, das in Wahrheit gar nicht gilt – etwa, weil es dennoch zwangsweise *durchgesetzt* oder irrtümlich als Recht *anerkannt* wird. Gelten dagegen kann das Recht auch dann, wenn niemand es erkennt oder erkennen will oder sich aus sonstigen Gründen niemand danach richtet. Wenngleich im Sinne positivistischer oder soziologischer Betrachtungsweisen für die Geltung von Recht zum Teil ein Mindestmaß an Wirksamkeit gefordert wird<sup>55</sup>, soll hier doch beides klar getrennt werden. Ge-

<sup>47</sup> Ähnl. ALEXY, Begriff und Geltung des Rechts, S. 143, 145.

<sup>48</sup> S. unten Fn. 137.

<sup>49</sup> Was in der Tat positivistischer Sichtweise entspricht, s. dazu unten S. 71 f.

<sup>50</sup> Ähnl. HART, The Concept of Law, S. 97, 107 f., wenn er die Geltung seiner „rule of recognition“ darauf stützt, dass sie bei den maßgeblichen Beteiligten *akzeptiert* sei. Vgl. auch SCHLIESKY, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 170 ff., zur Bedeutung von Akzeptanz für die Legitimität.

<sup>51</sup> S. dazu etwa KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 215; ZIPPELIUS<sup>4</sup>, Rechtsphilosophie, S. 24 ff.; KRIELE, Einführung in die Staatslehre, S. 10. Sprachlich konsequent durchhalten lässt sich diese Unterscheidung kaum, da es sich eingebürgert hat, auch in solchen Fällen von *Wirksamkeit* zu reden, wo damit eigentlich *Geltung* gemeint ist, so etwa bei rechtswidrigen, aber „wirksamen“ Verwaltungsakten, s. unten S. 34.

<sup>52</sup> ZIPPELIUS<sup>4</sup>, Rechtsphilosophie, S. 24.

<sup>53</sup> KRIELE, Einführung in die Staatslehre, S. 10.

<sup>54</sup> Zu zwei Begriffen des Rechtsstaates s. unten S. 67 f.

<sup>55</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 215; ähnl. HELLER, Staatslehre, S. 313; R. DREIER, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (896); KOLLER, Theorie des Rechts, S. 44; ALEXY, Begriff und Geltung des Rechts, S. 201.