

# Das Völkerrecht als Gegenstand von Verweisungen und Begriffsübernahmen, von Kollisionsregeln und Rezeption im nationalen Recht

*Helmut Strebelt*

## *Anwendungskollision und Geltungskonflikt*

Das Nebeneinanderbestehen einer Mehrheit nationaler, d. h. Staaten zugeordneter Rechtsordnungen mit gegeneinander räumlich abgegrenzten Geltungsbereichen ergibt bei grenzüberschreitenden Tatbeständen die Problematik ihrer Anwendungskonkurrenz, deren Lösung Aufgabe nationaler oder internationaler (vor allem kollektivvertraglicher) Kollisionsregeln ist<sup>1)</sup>. Ähnlich im intertemporalen Recht, wo die Geltungsgrenzen in der Regel in präzisen Zeitpunkten (Ablauf oder Beginn eines Kalendertages) fixiert sind (die solche Geltungsgrenzen zeitlich fixierenden Bestimmungen pflegt man nicht zum intertemporalen Recht zu rechnen) und die Anwendung des vor oder nach diesem Zeitpunkt geltenden Rechts auf ihn überschreitende oder auch nur ihm zeitlich benachbarte Sachverhalte Gegenstand besonderer Anwendungsregeln ist.

Solche die Frage der Anwendung der einen oder der anderen nationalen, in einem bestimmten Raum geltenden, Rechtsordnung (bzw. des vor oder nach einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechts) auf einen Sachverhalt beantwortenden »Kollisionsregeln« sind nur eine von mehreren Formen, verschiedene Rechtsordnungen oder Normenkomplexe zueinander in Beziehung zu setzen. Kollisionsregeln dieser Art haben es mit Anwendungs-, nicht mit Geltungskonkurrenz zu tun. Eine Kollision von Sachnormen liegt hier im Grund gar nicht vor, sondern nur das Problem, welche von mehreren Rechtsordnungen, in deren Geltungsbereichen Tatbestandsmerkmale ver-

---

<sup>1)</sup> Sie sind in mustergültiger Weise zusammengestellt von A. N. Makarov in dem internationalen Standardwerk: Quellen des internationalen Privatrechts – Recueil de textes concernant le droit international privé (2. Aufl. 1960 ff.) Bde. 1, 2 (Blattei).

wirklicht sind, auf den Sachverhalt im ganzen oder auf bestimmte Teile davon anzuwenden ist.

Fragen der Geltungskonkurrenz treten vorzugsweise, wenn nicht ausschließlich, zwischen Normen innerhalb des Geltungsbereichs einer und derselben Rechtsordnung auf. Zur Lösung von Fragen der Geltungskonkurrenz dient vielfach eine Normenhierarchie, die das Rangverhältnis von Normenkategorien festlegt. Aus dem deutschen Recht bieten sich als Beispiele an die Rangfolgen: Verfassungs-, Gesetzes-, Verordnungsrecht, dann, im bundesstaatlichen Verhältnis: Reichs- (bzw. Bundes-)recht bricht Landesrecht; dann Überschneidungen von beiderlei Rangfolgen: Reichs-(Bundes-)gesetzes- bzw. -verordnungsrecht vor Landesverfassungsrecht (hier nur als Problem registriert). Hierher, d. h. zur Geltungskonkurrenz gehören aber auch die Problemkreise: «Lex posterior derogat legi priori», «Lex specialis derogat legi generali» usw. mit wechselseitigen Überschneidungen, wie sie in jeder Rechtsordnung auftreten.

Aber auch das Verhältnis zwischen dem von der Okkupationsmacht für das besetzte Gebiet gesetzten und dem autochthonen Recht wird weitgehend als Geltungskonkurrenz anzusprechen sein, wobei sich dieses Verhältnis größtenteils völkerrechtlich bestimmt. Durch die Besatzungsmacht völkerrechtlich zulässigerweise gesetztes Recht geht autochthonem Recht grundsätzlich vor<sup>2)</sup> als für das besetzte Gebiet geltende übergeordnete Besatzungsrechtsordnung von freilich ihrem Wesen nach nur vorübergehender Dauer; trotz Verschiedenheit der Quellen und Geltungsgründe der heterogenen Rechtsmassen wird man normalerweise nicht von Anwendungskollision zwischen ihnen sprechen.

Die oberste Geltungskonkurrenznorm, die dem von der Besatzungsmacht erlassenen Recht (nach Maßgabe seiner eigenen Bestimmung) Vorrang vor dem autochthonen Recht einräumt, ist in diesem Falle das Völkerrecht (Art. 43 Haager Landkriegsordnung und seine Fortentwicklung durch anerkannte Praxis), auf dessen Ermächtigung die begrenzte Rechtsetzungsbefugnis der Besatzungsmacht beruht, wohl mit der Folge der Nichtigkeit einer dem Sinn dieser völkerrechtlichen Ermächtigung zuwiderlaufenden Rechtsetzung: auch hier ein Verhältnis der Geltungskonkurrenz, und zwar zwischen Völkerrecht und auf seiner Grundlage gesetztem Besatzungsrecht, das im völkerrechtlichen Raum steht, der das Besatzungsverhältnis beherrscht. Außerhalb dieser Ermächtigung handelt die Besatzungsmacht *ultra vires*, so etwa bei Sammeleinbürgerung der Bevölkerung des besetzten Gebiets oder Umwandlung seiner

<sup>2)</sup> Maßgebend sowohl für das Rangverhältnis zum als für die Frage der Einheit mit dem autochthonen Recht ist die vom Völkerrecht der Besatzungsmacht (in Grenzen) eingeräumte Normierungsfreiheit und der davon von ihr gemachte Gebrauch.

Privatrechtsordnung. Der Fall liegt grundsätzlich anders als der des Erlasses »völkerrechtswidrigen« Landesrechts, von dem noch die Rede sein wird.

Normen, die es mit dieser Geltungskonkurrenz zu tun haben, pflegen sich, verglichen mit Anwendungskollisionsnormen, härterer Ausdrücke zu bedienen: »bricht«, «derogat», "strikes down" usw. Das benachteiligte Recht wird nicht nur von der Anwendung ausgeschlossen, nicht nur (vorübergehend) verdrängt, sondern in seiner Geltung vernichtet, und zwar im Prinzip endgültig, so daß es auch nicht wieder auflebt nach Wegfall oder im Umfang des Zurückweichens des übergeordneten Rechts, zu dessen Gunsten die hierüber entscheidende Norm sich äußert.

Diese Norm könnte man als »Geltungskonfliktnorm« bezeichnen zum Unterschied von Kollisionsnormen, welcher Ausdruck üblich<sup>3)</sup> geworden ist für Normen, die über die Anwendung der einen oder anderen Rechtsordnung auf grenzüberschreitende Sachverhalte entscheiden: hier kann von Kollision von Normen eigentlich nur dann die Rede sein, wenn mehrere Rechtsordnungen für die Anwendbarkeit auf einen konkreten Sachverhalt nicht nur in Betracht kommen, durch Anknüpfungspunkte indiziert sind, sondern wenn jede von ihnen ihre Anwendung beansprucht<sup>4)</sup> oder gar ein außerhalb ihrer selbst, etwa im Völkerrecht oder in allgemein anerkannten Prinzipien internationalen Rechtsanwendungsrechts, begründetes Recht auf ihre Anwendung hat (daß dieses Recht genau genommen wohl nicht der Rechtsordnung, sondern dem betreffenden Staat zusteht, mag hier außer Betracht bleiben).

Geltungskonfliktnormen ergeben durch Beseitigung einer der beiden konkurrierenden Normen einen objektiven Rechtszustand, erst in zweiter Linie und nicht notwendig eine konkrete Fallentscheidung, mag auch der Geltungskonflikt oft erst anlässlich konkreter Fälle hervortreten und geklärt werden. Ein Hauptanwendungsgebiet von Geltungskonfliktnormen ist die »abstrakte Normenkontrolle« des Bundesverfassungsgerichts.

Es soll im folgenden die Frage aufgeworfen werden, ob und inwieweit diese Unterscheidung zwischen Anwendungskollision und Geltungskonflikt für die Klärung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht fruchtbar gemacht werden kann. Bei beidem handelt es sich um rechtstechnische Methoden, zweierlei miteinander in Berührung kommende Rechtsordnungen, Normenkomplexe oder auch Einzelnormen zueinander in Beziehung zu setzen, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihre Einwirkung, sei es auf die objektive Rechtslage, sei es auf eine konkrete Einzelentscheidung, zu

<sup>3)</sup> P. H. Neuhäus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (1962) (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 30), S. 8.

<sup>4)</sup> Vgl. Neuhäus, a. a. O., S. 6.

klären. Es mag sein, daß keine der beiden Methoden sich als geeignet und indiziert erweist, gerade dieses Verhältnis zu klären, daß jede von ihnen bis zu einem gewissen Grade und innerhalb begrenzter Bereiche angemessen ist, daß Kombinationen zwischen ihnen oder weitere Methoden neben ihnen in Betracht kommen.

### *Verweisung und Rezeption*

Eine Rechtsordnung kann sich zu einer anderen nicht nur durch Kollisionsregeln, sondern auch dadurch in Beziehung setzen, daß sie auf diese andere verweist, auch ohne daß diese mit ihr in Anwendungskonkurrenz tritt, ohne das Vorliegen grenzüberschreitender Tatbestände: sie bedient sich der anderen als bereits vorgefundener, statt selbst zu normieren. Man spricht hier von Verweisung durch Sachnormen.

Eine solche Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung, wie sie innerhalb derselben Rechtsordnung alltäglich ist<sup>4a)</sup>, wird (außerhalb der Fälle grenzüberschreitender Sachverhalte) allenfalls dort eine Rolle spielen, wo mehrere Staaten allgemein oder in bestimmten Sachbereichen ein einheitliches Rechtsgebiet bilden. Sie kann sich aber auch auf ständigem Wandel unterliegende Regeln ohne Rechtsnormcharakter beziehen, wie auf Handelsgebräuche oder allgemeine Regeln des Herkömmlichen, und kann dadurch in verschiedenen Graden solchen Regeln rechtliche Verbindlichkeit, zumindest Relevanz verleihen.

Eine solche Verweisung kann, in engerem Rahmen, besonders in Vorstadien einer Rezeption, auch geschehen durch Übernahme eines Begriffs einer fremden Rechtsordnung, der dann ausdrücklich im Sinne dieser fremden Rechtsordnung verstanden und angewandt werden soll, je nach dem evtl. durch Auslegung zu gewinnenden Sinn der Verweisung.

Hierin unterscheidet sich von der Verweisung grundsätzlich die Rezeption, wodurch eine fremde Rechtsordnung ganz oder in Teilen in die eigene übernommen wird. Die Rezeption ist ein, wenn auch möglicherweise allmählicher, so doch im Prinzip einmaliger Vorgang, durch den fremdes Recht in und als eigenes Recht übernommen wird, sich hinfort als eigenes Recht fortentwickelt und als eigenes Recht in Geltung ist, also nach dessen Auslegungs- und

<sup>4a)</sup> Ein interessantes föderalistisches Beispiel ist die Verweisung von Gliedstaats- auf Bundesrecht (evtl. in dessen wechselndem Bestand) in Gliedstaatsangelegenheiten. Vgl. S. Schröcker, Die Übernahme von Bundesrecht als Landesrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 20 (1967), S. 2285–91; Hanswerner Müller, Handbuch der Gesetzgebungstechnik (1963), S. 167 ff. Ein Beispiel der Verweisung auf fremdes Recht ist möglicherweise Art. 75 des spanischen Código Civil «Los requisitos ... para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino»; vgl. Felipe Clemente de Diego, Instituciones de Derecho Civil Español, Bd. 2 (1959), S. 453.

Anwendungsregeln ausgelegt und angewandt wird, und zwar unabhängig von der Fortentwicklung, Auslegung und Anwendung, die das rezipierte Recht innerhalb seiner Ursprungssphäre erfährt. Andernfalls bestünde eine permanente Verweisung oder Unterwerfung bestimmter Sachbereiche unter eine fremde Rechtsordnung nach deren jeweiligem Bestand, gleichviel auf welcher Grundlage.

Wenn wir oben davon ausgegangen sind, daß *Geltungskonflikt* vorzugsweise zwischen Normen einer und derselben Rechtsordnung auftritt, so würde es primär dem Standpunkt des Monismus entsprechen, die Beziehung zwischen Völkerrecht und Landesrecht bei Widerspruch als Geltungskonflikt zu sehen und zu behandeln. Andererseits wurde die Transformationslehre, die diese Beziehung ebenfalls auf der Ebene des Geltens sieht, aus dualistischer Betrachtungsweise entwickelt. Dabei entsteht der Geltungskonflikt gerade und erst durch die Transformation (von Völkerrecht in Landesrecht) als Konflikt innerhalb des *Landesrechts* auf einer erst durch dieses herbeigeführten Grundlage; über seine Lösung entscheidet Landesrecht<sup>4b)</sup>.

Das Umgekehrte, nämlich die Austragung der Beziehung als *Geltungskonflikt* innerhalb des *Völkerrechts*, ergibt sich, wenn man (was denkbar ist, aber hier nicht geschieht) die von den zivilisierten Staaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze, also die gemeinsamen rechtlichen Grundvorstellungen und Leitprinzipien der *Landesrechte*, als vom Völkerrecht rezipierte Rechtsmasse fremder Herkunft auffaßt: Das Völkerrecht selbst löst einen etwaigen Geltungskonflikt seiner eigenen Regeln mit diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen, indem es diese als nur subsidiär behandelt, d. h. sie »gelten« im Völkerrecht nur, soweit das Völkerrecht zu bestimmten Sachfragen keine eigenen Regeln entwickelt hat. Dies wäre jedenfalls eine aus dem Monismus resultierende Konstruktion, die zu einer sachlichen Geltungsbegrenzung allgemeiner Rechtsgrundsätze (statt zu ihrer nur subsidiären Anwendbarkeit) innerhalb des Völkerrechts gelangen müßte, ferner dazu, daß die (rezipierten) allgemeinen Rechtsgrundsätze völkerrechtlichen Auslegungsregeln unterliegen.

Sieht man die allgemeinen Rechtsgrundsätze als gegenüber dem Völkerrecht fremde, heterogene Rechtsmasse, so wird man den vom IGH-Statut angeordneten Rückgriff auf sie nicht als eine Art Rezeption verstehen, selbst wenn man die Bedeutung des Art. 38 Abs. 1 *lit. c* nicht als auf das Verfahren vor dem IGH (oder anderen internationalen Gerichtsinstanzen mit oder ohne

<sup>4b)</sup> Vgl. hierzu *van Bogaert, E.*, Les antinomies entre le droit international et le droit interne, in: *Revue générale de droit international public*, Bd. 72 (1968), S. 346 ff., 355 ff.; er unterscheidet fünf Lösungsmethoden, wovon aber hier im einzelnen nicht die Rede ist.

eine solche Bestimmung in ihren analogen Regelungen) beschränkt, sondern darin einen Satz des allgemeinen Völkerrechts sieht, der die hilfswise Heranziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Feststellung einer materiellen Völkerrechtslage ermöglicht, ja gebietet. Auch bei solcher Betrachtungsweise handelt es sich, zunächst wenigstens, um eine Verweisung, um eine Anwendungsnorm, nicht um eine globale und permanente Inkorporierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in das Völkerrecht als dessen Bestandteil, also auf der Ebene der Geltung. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze behalten vielmehr, auch bei ihrer durch Völkerrecht gebotenen Anwendung zur völkerrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten, ihre vom Völkerrecht klar getrennte Eigenexistenz. Dies schließt nicht aus, daß einzelne, aus gleichartigem Landesrecht entwickelte allgemeine Rechtsgrundsätze vom Völkerrecht als dessen Bestandteil endgültig rezipiert werden, also künftig als Völkerrechtsregeln oder -grundsätze gelten, oder daß allgemeine Rechtsgrundsätze nicht nur aus gleichartigem Landesrecht, sondern auch aus Entsprechungen im Völkerrecht (seien es Regeln oder allgemeine Völkerrechtsgrundsätze) hergeleitet werden können<sup>5)</sup>.

Jaenicke (a. a. O., S. 771 unter c) sagt zwar, bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die aus den innerstaatlichen Rechtsordnungen auf völkerrechtliche Tatbestände übertragen werden, handle es sich um eine »Rezeption innerstaatlicher Rechtsgrundsätze« (was bedeuten würde, daß sie als Völkerrecht Geltung haben), tritt aber dann der Auffassung entgegen, sie seien eine selbständige primäre Rechtsquelle, und schließt: »Auch wenn eine unmittelbare Geltung übereinstimmender innerstaatlicher Rechtsgrundsätze nicht anerkannt werden kann, so wird dadurch ihre analoge Anwendung, auch außerhalb des Bereichs richterlicher Rechtsfindung, noch nicht ausgeschlossen; sie setzt jedoch voraus, daß dem Vertrags- oder Gewohnheitsrecht eine ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf solche allgemeine Rechtsgrundsätze entnommen werden kann«<sup>6)</sup>.

Diese Beispiele machen deutlich, daß die Heranziehung fremder Rechtsmassen, sei es kraft besonderer tatbestandlicher Anknüpfung, sei es zur Ergänzung und als Ersatz eigener Normierung, in den verschiedensten Zusammenhängen auftritt und sich in der Regel, richtig gesehen, nicht als Rezeption, nicht als Einverleibung zum Bestandteil des eigenen Rechts, sondern als Anwendung jener fremden Rechtsmassen (z. B. kraft eigener Verweisung auf sie) darstellt, und daß der Schritt zur Rezeption stets ein weiterer ist, dessen Vorliegen sorgfältiger Prüfung bedarf und der in der Regel nicht die ganze

<sup>5)</sup> Ähnlich über diese Zusammenhänge: Jaenicke, Artikel »Völkerrechtsquellen« in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch (2. Aufl.) Bd. 3.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 771 rechte Spalte; Sperrungen hinzugefügt.

fremde Rechtsmasse, sondern nur einzelne ihrer Sätze, Regeln oder Institutionen umfaßt. Eine solche empirisch-wissenschaftliche Betrachtungsweise ist aber nur möglich, wenn, eben auf historischer Erfahrung fußend, eine Vielfalt autonom entstehender und sich entwickelnder Rechtsordnungen und Rechtsmassen als möglich und gegeben anerkannt und nicht, vom ideologisch-dogmatisch vorgeprägten Standpunkt des Monismus, *a priori* als unmöglich abgelehnt wird. Dabei ist eines der primitivsten, wenn auch gängigsten Mittel des Monismus zur Diskreditierung des (dualistischen oder pluralistischen) Gegenstandspunkts die Unterstellung, letzterer sehe die einzelnen Rechtsordnungen (Völkerrecht und Recht jedes Staates) als völlig unverbunden neben einander bestehend, was wiederum aller Erfahrung wie auch den meisten Äußerungen des Dualismus widerspricht und andererseits impliziert, daß jede Kommunikation, jede wechselseitige Bezogenheit von Rechtsordnungen mit deren Existenz als selbständiger, als autonomer unvereinbar sei und sie zwangsläufig zu Teilen einer einzigen Universalrechtsordnung mache. Auch der von Erich Kaufmann<sup>7)</sup> gezogene Schluß von Gleichartigkeiten, von Parallelen auf, wenn auch differenzierte, Identität (die über volle inhaltliche Deckungsgleichheit noch entscheidend hinausginge!), vermag nicht zu überzeugen, auch nicht auf der Grundlage der allen Erscheinungsformen des Rechts zugrundeliegenden Rechtsidee.

### *Völkerrecht und Landesrecht*

Kehrt man nun von diesen Beispielen zurück zum Verhältnis Landesrecht zu Völkerrecht, so vermag die Aussage, das Völkerrecht sei dem Landesrecht eine andere, eine fremde Rechtsordnung, das Verhältnis nicht zu erschöpfen:

1. Das Land A, in dem auf grenzüberschreitende Tatbestände nach seiner einschlägigen Kollisionsnorm das einschlägige Recht des Landes B angewandt wird, ist selbst an der Rechtsordnung des Landes B grundsätzlich nicht beteiligt, noch weniger ihr unterworfen; wohl aber ist es unterworfen dem Völkerrecht, dessen Anwendung es seinen Organen und Rechtsunterworfenen befiehlt: dieser Anwendungsbefehl ist zwar vom Völkerrecht nicht unmittelbar verlangt, aber doch in aller Regel erforderlich, um die Erfüllung der Pflichten des Landes A im Rahmen der Völkerrechtsordnung, in seiner Eigenschaft als deren Rechtsunterworfener, sicherzustellen und um einen Völkerrechtsverstoß des Landes mit entsprechender Haftung zu verhüten. Tritt ein Völkerrechtsverstoß ein, so ist es für einen das Land treffenden Schuldvorwurf von Bedeutung, ob das Land durch Landesrechtsnorm die Befolgung der im Ein-

<sup>7)</sup> Erich Kaufmann, *Traité international et loi interne*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 472–488, 475 f.; auch in: *Mélanges . . . Gilbert Gidel*, S. 383–400, 385 f.

zelfalle *de facto* verletzten Völkerrechtsnorm seinen Rechtsanwendungsorganen und Rechtsunterworfenen generell zur Pflicht gemacht hatte, gegebenenfalls auf welcher Rangstufe innerhalb der innerstaatlichen Normenhierarchie und ob ausreichend strafrechtlich sanktioniert, selbst wenn solche innerstaatliche Normierung vom Völkerrecht nicht direkt gefordert war. Das Land handelt also bei seinen entsprechenden Normierungen in oder zumindest zum Zwecke der Erfüllung seiner Pflichten aus Völkerrecht als der ihm übergeordneten Rechtsordnung, mag ihm als souveränem Staat auch frei stehen, wie, ja ob es (vorbeugend) normieren will. Es handelt in jenem Falle unter dem Druck drohenden Konflikts mit der ihm übergeordneten Völkerrechtsordnung und mit etwa von einem Völkerrechtsverstoß betroffenen Staaten, im Rahmen einer eher formalen als materiell-effektiven Freiheit, oder, anders gesehen: im Dienste der zwischenstaatlichen Friedensordnung als deren mitverantwortlicher Träger und Mitgestalter.

Als einfachste und bequemste Form bietet sich dafür an, das Völkerrecht durch verfassungsrechtliche Generalklausel für innerstaatlich verbindlich zu erklären, sei es durch Anwendungsbefehl, sei es durch Globalübernahme ins innerstaatliche Recht, in beiden Fällen unter Klärung des Vorrangs, sei es der Anwendbarkeit oder der Geltung. Dann ist es Sache der betroffenen Staatsorgane, Rechtsanwendungsorgane aller Arten und Stufen, und Individuen, sich über den Inhalt des kraft staatlicher Norm zu befolgenden Völkerrechts zu informieren. Dazu stehen den Betroffenen, soweit es sich um allgemeines Völkerrecht handelt, staatliche Verkündungsorgane nicht zur Verfügung. Immerhin bildet sich durch laufende Gerichts- und sonstige Staatspraxis in Völkerrechtsfragen eine Tradition nationaler Völkerrechtsanwendung. Sie wird, ebenso wie jede andere Informationsquelle, auf eigenes Risiko des Betroffenen benutzt, besonders dann, wenn er sein völkerrechtlich normiertes Verhalten außerhalb des eigenen Staates zu verantworten hat<sup>8)</sup>. So fragt es sich zunächst, ob die Verfassungsnorm genereller innerstaatlicher Geltung oder Anwendbarkeit des Völkerrechts als ausreichende Vorsorge des verpflichteten Staates für die Erfüllung seiner Völkerrechtspflichten gelten kann. In der Tat werden auch in Staaten mit solcher Verfassungsnorm Einzelregelungen durch Gesetze und sonstige Normierungen jeder Art getroffen, um die Einhaltung des Völkerrechts zu sichern. Aber dadurch, noch mehr als durch den häufig statuierten Geltungs- oder Anwendungsvorrang des Völkerrechts vor den Gesetzen des Staates, entsteht vielfach schwer durchschaubare Wirrnis, ein Rechtszustand partieller Verdrängung gerade auch der zur innerstaat-

---

<sup>8)</sup> Vgl. zur Exemplifikation: Strebelt, Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen, ZaöRV Bd. 15, S. 31 ff., 40 ff.

lichen Durchsetzung von Völkerrechtsnormen bestimmten Normierungen, soweit sie dem Vorrang des Völkerrechts selbst unterliegen<sup>9)</sup>.

Dieser Vorrang des Völkerrechts wird im allgemeinen so verstanden, daß innerhalb gewisser Mindestanforderungen des Völkerrechts innerstaatlich frei normiert, insbesondere legiferiert werden könne. Hierbei wäre wieder zu unterscheiden zwischen zwingenden Mindestanforderungen des allgemeinen Völkerrechts und dispositiven, über die durch Übereinkunft der Staaten verfügt werden kann, vielleicht auch durch Verzicht der begünstigten, insbesondere völkerrechtlich subjektiv berechtigten Personen. Nicht immer aber ist die Grenze zwischen zwingendem und dispositivem Völkerrecht scharf zu ziehen, geschweige die Grenze der Zulässigkeit und Wirksamkeit individuellen Verzichts, sei es einseitig, sei es im Rahmen eines Vertrags zwischen dem Staat und einzelnen oder Gruppen von Fremden; die völkerrechtliche Stellung von Unternehmen, Verbänden, juristischen Personen zum fremden Staat wirft noch ihre besonderen Probleme auf.

Oft mag auch die Richtung der Freiheit staatlicher Normierung zweifelhaft sein, so die Bedeutung völkerrechtlichen Spielraums zur Beschränkung von Individualfreiheit von Ausländern: Die Belassung größerer als der völkerrechtlich geforderten Freiheit kann, ohne zu völkerrechtswidrigen Konsequenzen zu führen, die Beziehungen des die Freiheit gewährenden Staates zu Nachbarstaaten stören oder schließlich in den Konfliktbereich mit anderen Völkerrechtsnormen geraten<sup>9a)</sup>. Kann nun die Exekutive in die gesetzlich nicht beschränkte Freiheit eingreifen auf Grund der innerstaatlichem Recht, sogar mit Rang über den Gesetzen, gleichgestellten völkerrechtlichen Ermächtigung, oder ist es dem Ausländer gegenüber völkerrechtlich unzulässig, von dem sonst innerstaatlich geltenden Erfordernis eines Gesetzes als Grundlage von

<sup>9)</sup> Dargestellt am Beispiel des Fremdenrechts, noch vor Erlass des Ausländergesetzes vom 28. 4. 1965 (Text: ZaöRV Bd. 25, S. 499 ff.), von Karl Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 39) (1963), dann in der Abhandlung desselben Verfassers: Neuregelungen des deutschen Fremdenrechts durch das »Ausländergesetz« von 1965, ZaöRV Bd. 25, S. 478 ff., 481 ff.

<sup>9a)</sup> Neuerdings eingehend zu dieser Problematik, speziell in Bezug auf Propagandatätigkeit: Christian Tomuschat, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland (Völkerrecht und Außenpolitik, 4) (1968), S. 27–40. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß eine auf Ausländer beschränkte Restriktionspflicht für den Aufenthaltsstaat nach allgemeinem Völkerrecht nicht nachweisbar sei. Dies hindert nicht, daß nicht auf Ausländer beschränkte Restriktionspflichten auch Grenzen sind für Individualfreiheiten, die Ausländern eingeräumt werden dürfen. Verläßt man das Feld reiner Propagandatätigkeit, so könnten sich doch etwa im allgemeinen Neutralitätsrecht Grenzen für den Aktionsspielraum speziell von Ausländern, z. B. Angehörigen kriegführender Staaten auf neutralem Gebiet, ergeben mit möglichen Erstreckungen auf den Kalten Krieg, auf immerwährende Neutralität usw., soweit nur Ausländer für die betreffende Tätigkeit qualifiziert sind, doch kommt es hierauf im Zusammenhang des Textes nicht an.

Freiheitsbeschränkungen fraglicher Art abzugehen? Staatsrechtlich läge hier eine Verwechslung einer kraft Verfassungsgeneralklausel ins staatliche Recht rezipierten völkerrechtlichen Toleranz mit einer gesetzesförmigen Ermächtigung vor. Wäre die Gefahr solcher Verwechslung geringer, wenn die völkerrechtliche Toleranz, statt mit dem gesamten allgemeinen Völkerrecht zum staatlichen Recht erklärt zu werden, im völkerrechtlichen Raum verbliebe als Bereich staatlicher Handlungsfreiheit, als lediglich anzuwendende Norm, ohne Einfluß auf innerstaatliche Prinzipien der Funktionen- und Gewaltenteilung, die für die Form des Gebrauchs der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit unberührt bleiben, weil ohne den Charakter einer innerstaatlichen Norm von Gesetzes- oder Übergesetzesrang?

2. Noch anderes widersetzt sich der Hereinnahme des gesamten allgemeinen Völkerrechts in die innerstaatliche Geltung als innerstaatliches Recht: Das Völkerrecht dient primär der Ordnung und rechtlichen Fixierung der Beziehungen zwischen Staaten und hat aus dieser soziologischen Voraussetzung, dieser Aufgabe und Bestimmung heraus bestimmte, grundsätzlich auf zwischenstaatliche Beziehungen abgestellte Inhalte, auch bestimmte Formen, eine spezifische Morphologie und Genesis seiner staatsbezogenen Rechtsnormen entwickelt, deren Entstehungs-, Fortbildungs- und Erlöschensweise, deren Anwendung und Auslegung eigenen wesensimmanenten, teils normativen, teils nur empirisch feststellbaren Gesetzen folgt.

Das staatliche Recht hat grundsätzlich weder die Aufgabe noch die Befugnis, zwischenstaatliche Beziehungen zu regeln. Will das staatliche Recht durch eigene Norm das allgemeine Völkerrecht insgesamt in die innerstaatliche Geltung aufnehmen, so übernimmt es Normen, die ihrer Art nach außerhalb des Kompetenzbereichs der staatlichen Rechtsordnung liegen, mutet sich also etwas zu, was es nicht kann. Es ist, um ein drastisch übertreibendes Bild zu gebrauchen, als wollte man die im Weltraum zwischen Himmelskörpern wirksamen Gravitationsgesetze auf die Gegenstände unserer menschlichen Umgebung übertragen, die alle beherrscht sind von der einen großen Anziehungskraft der Erde und im übrigen gewissen mechanischen Gesetzen folgen, die mit denen der Gravitation nichts zu tun haben. Insofern vermag eine Betrachtungsweise nicht zu überzeugen, die auf der Voraussetzung aufbaut, Völkerrecht und staatliches Recht seien »artgleich«, und diesen Befund gleichsetzt damit, daß beide Teile eines Rechtsuniversums seien<sup>10)</sup>, wobei die Kriterien »artgleich« und »Rechtsuniversum« einer in ihrer Beweisbarkeit sicher problematischen Präzisierung bedürften.

<sup>10)</sup> Vgl. Walter Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Theoretische und dogmatische Untersuchungen über die Anwendung völkerrechtlicher Normen in der Bundesrepublik Deutschland (1967), S. 5 f.

Durch globale Hereinnahme des allgemeinen Völkerrechts ins Landesrecht kann nur der Normadressat des Landesrechts aufgerufen, evtl. verpflichtet werden, in seiner Weise an der Verwirklichung der zwischenstaatlichen Völkerrechtsordnung mitzuwirken. Dieses »in seiner Weise« erfordert aber eine detaillierte Differenzierung, die das allgemeine Völkerrecht nicht enthält und seinem Wesen nach nicht enthalten kann, da diese Differenzierungen gerade eine rein innerstaatliche, dem Landesrecht gerade vom Völkerrecht vorbehaltene *domestic affair* sind. Ohne diese differenzierende Verzahnung ist das allgemeine Völkerrecht im Landesrecht ein unverdaulicher Fremdkörper; seine einzelnen Sätze müßten für eine innerstaatliche Geltung umformuliert, d. h. denaturiert werden, sie würden plötzlich anderen, fremden Daseinsgesetzen unterworfen, in eine Normenhierarchie gezwängt, in die sie an keiner Stelle richtig passen, das ganze Verfahren tut der Situation, den beteiligten Normengebildern und den Betroffenen Gewalt an.

Was vom Völkerrecht ins Landesrecht übertragbar ist, sind Schutzobjekte und gewisse gemeinmenschliche Anliegen, denen die Staaten Rechnung tragen durch meist kollektivvertragliche Verständigungen, die aber mit ihrer gegenseitigen Stellung wenig oder nichts zu tun haben. Solche Regelungen zum Schutze, zur Bekämpfung, zur Verhütung usw. sind, je nach ihrer Ausprägung, geeignet oder gar dazu gedacht, unmittelbar oder nach geringer Anpassung innerstaatlich angewandt, ausgeführt zu werden oder auch zu gelten, sofern nur die innerstaatlichen Kategorien von Normadressaten annähernd adäquat angesprochen sind, was kollektivvertraglich natürlich geschehen kann. Hierbei werden, auf Schutzobjekte bezogen, die Pflichtinhalte je nach innerstaatlichen Normadressaten zwischen bloßen Unterlassungspflichten und positiven Obhuts- und Sicherungspflichten differieren und sich für alle ihre Kategorien unterscheiden von den Pflichten und Rechten der Vertragsstaaten selbst<sup>11)</sup>.

Da solche nur auf die Staaten selbst bezogenen und beziehbaren Pflichten und Rechte fast in jeder zwischenstaatlichen Übereinkunft enthalten sind, ist kaum eine zur restlosen Übernahme in die innerstaatliche Geltung geeignet; oft auch hat das, was im zwischenstaatlichen Verhältnis Norm ist, innerstaatlich nur Tatbestandswirkung. Die innerstaatliche Tatbestandswirkung völkerrechtlicher Verhältnisse und Situationen ist im übrigen unabhängig von jeder Übernahme von Völkerrecht in innerstaatliche Geltung oder Anwendbarkeit<sup>12)</sup>. Sie dient lediglich als Anknüpfung für innerstaatliche

<sup>11)</sup> Die Unterschiede werden am Beispiel des Schutzes der Kulturgüter im Kriege deutlich; vgl. ZaöRV Bd. 16, S. 52 ff.

<sup>12)</sup> G. A. W a l z, Völkerrecht und staatliches Recht (1933), hat diesen Unterschied herausgearbeitet mit den freilich wenig glücklichen Bezeichnungen »formelles« oder »staat-

Normierung, die insoweit auf eine Völkerrechtslage als Tatbestandselement verweist<sup>13)</sup>. Aber auch ohne solche Verweisung können Völkerrechtslagen, z. B. für die Staatsangehörigkeit, relevant sein und sind daher als Vorfragen von nationalen Instanzen unter Anwendung von Völkerrecht zu klären, genau wie eine ausländische Staatsangehörigkeit stets nur an Hand des betreffenden ausländischen Staatsangehörigkeitsrechts zu klären ist<sup>14)</sup>, unabhängig davon, ob eine inländische Kollisionsnorm dies vorschreibt.

### *Transformation und ihre Alternative*

Es war das besondere Anliegen der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht<sup>15)</sup>, durch Überprüfung der Transformationslehre und Herausarbeitung der Vollzugslehre die Beziehung des Landesrechts zum Völkerrecht von der Ebene der Geltung auf die der Anwendung zu verlagern: Die Transformationslehre hatte sich die innerstaatliche Verbindlichkeit von Völkerrecht nur auf dem Wege der durch innerstaatliche Norm herbeizuführenden innerstaatlichen *Geltung* des Völkerrechts vorzustellen vermocht. Die »Vollzugslehre« hingegen erreichte diesen Erfolg schon mit einem bloßen Anwendungsbefehl, der sich von dem im (staatlichen!) internationalen Kollisionsrecht liegenden nicht grundsätzlich und methodisch, sondern hauptsächlich darin unterscheidet, daß der Anwendungsbefehl für das Völkerrecht in der Regel generell oder höchstens getrennt nach allgemeinem und vertraglichem Völkerrecht durch die staatlichen Verfassungen oder auch durch »Zustimmungsgesetze« in Bezug auf einzelne Verträge erteilt wird, während die Anwendung ausländischen Rechts in Anknüpfung an bestimmte Tatbestandsmerkmale einzelner Rechtsinstitute angeordnet zu werden pflegt. In jedem Falle aber ist die Anwendung der aus dem Anwendungsbefehl (Kol-

liches« Völkerrecht für das kraft Staatsrechts innerstaatlich geltende, »materielles« für das unabhängig von solcher »staatsrechtlichen Legitimation« *incidenter*, auf Vorfragen von staatlichen Behörden anzuwendende Völkerrecht (S. 243 ff., 427 ff.).

<sup>13)</sup> So enthielte der Begriff »in neutralen Küstengewässern« eine dreifache Verweisung auf 1. das Vorliegen eines Kriegszustands im Völkerrechtssinne, 2. die Neutralität eines bestimmten Staates, 3. die Zugehörigkeit eines Ortes zu dessen Küstengewässern als durch Anwendung von Völkerrecht festzustellende Tatbestandselemente einer staatlichen Norm.

<sup>14)</sup> Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts (2. Aufl. 1962), führt den Grundsatz auf Völkerrecht zurück (S. 161) und nennt ihn einen Grundsatz des internationalen Staatsrechts (S. 164). Über diesen Grundsatz, seine Voraussetzungen und Konsequenzen in umfassender Weise Klarheit geschaffen zu haben, darf als bleibende wissenschaftliche Leistung Makarovs angesehen werden.

<sup>15)</sup> Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 6: Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht: Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre. Bericht von Karl Josef P a r t s c h, Thesen der Kommission (Karlsruhe 1964).

lisionsnorm) sich ergebenden fremden Rechtsordnung genau so zwingendes Gebot der inländischen Rechtsordnung, wie wenn die fremden Rechtsnormen im Inland gälten, als bindender Bestandteil der inländischen Rechtsordnung. Dies geht so weit, daß eine extrem unrichtige Anwendung des fremden Rechts vielfach als dessen Nichtanwendung, mithin als Verstoß gegen den inländischen Anwendungsbefehl (Kollisionsnorm) gewertet wird, mit praktischen Folgen für die Frage der Revisibilität. Aber von Fragen der Revisibilität unabhängig ist die nicht nur prozessuale, sondern materiellrechtliche, die objektive Rechtslage im konkreten Fall beeinflussende Wirkung auch der privatrechtlichen Kollisionsnormen. Der Richter bringt die so veränderte materielle Rechtslage zur Anwendung; sie ist aber auch für alle Beteiligten außergerichtlich maßgebend<sup>16)</sup>. Dennoch haben die angewandten ausländischen Sachnormen keine inländische Geltung.

Der Unterschied zur »Transformationslehre« ist höchstens insofern theoretischer Art, als diese von der theoretischen Prämisse auszugehen scheint, die Verbindlichkeit von Rechtsnormen für staatliche Instanzen hänge von der innerstaatlichen Geltung dieser Rechtsnormen ab. Ist diese Prämisse an Hand des Parallelfalles der Anwendung ausländischen Rechts auf Grund inländischer Kollisionsnormen ausgeräumt, so ist alles weitere nur eine Frage nicht der Theorie, sondern der rechtstechnischen Methode. Diese ist ihrem Wesen nach zweckorientiert, in unserem Falle an dem Zweck, Völkerrechtsverstößen des Staates und hieraus resultierenden Konflikten vorzubeugen oder, positiv ausgedrückt: für die Verwirklichung des Völkerrechts, seiner Forderungen und Ziele, auch im innerstaatlichen Bereich das Bestmögliche zu leisten.

Der innerstaatliche Bereich kommt hierfür in doppeltem Sinne in Betracht: einmal als Bereich, in dem die betreffenden Völkerrechtsnormen ihrem Inhalt nach verwirklicht werden wollen und sollen (Fremdenrecht, diplomatische Immunität usw.), zum anderen als der Bereich, in dem die Voraussetzungen völkerrechtsgemäßen Verhaltens des Staates nach außen geschaffen werden müssen. Im ersteren Falle ist der innerstaatliche Bereich der Raum der Völkerrechtsverwirklichung selbst, im letzteren der Raum, in dem nur Vorkehrungen für sie getroffen werden. Da die nach außen wirksamen Handlungen und Entscheidungen meist im innerstaatlichen Bereich stattfinden, ist der Unterschied vielfach fließend.

Aus der Zweckorientierung der einen oder der anderen rechtstechnischen Methode folgt, daß es sich nicht um Wahrheitserkenntnis handelt, also nicht um Beweis oder Widerlegung, nicht um (absolut) richtig oder falsch, daß also als Resultate der am Zweck orientierten Prüfung der einen und der anderen

---

<sup>16)</sup> Vgl. statt vieler: Leo R a a p e, Internationales Privatrecht (4. Aufl. 1955), S. 3 ff.

Methode auch Zwischenwerte wie weniger geeignet, schlecht vereinbar und ähnliche graduelle Nuancen legitimerweise sich ergeben können, um so mehr, als die Verschiedenartigkeit möglicher Völkerrechtsnorminhalte auch Verschiedenartigkeit ihrer jeweils besten rechtstechnischen Umsetzungs- und Verwirklichungsmethode zur Folge haben kann.

Voraussetzung für richtige Erfassung und Beurteilung ist die klare Unterscheidung der Begriffe Geltung und Anwendung, die oft wahllos vertauscht werden.

So unterscheidet Walter Rudolf zunächst<sup>17)</sup> zwar richtig zwischen Anwendungsbefehl bei der nach ihm (S. 165 bei Anm. 149) mit der Vollzugslehre identischen Adoptionsthese einerseits und Erstreckung des Geltungsbereichs auf neue Adressaten bei der Transformationstheorie andererseits, spricht aber S. 162 (bei und in Anm. 141) bei der Transformation vom Beginn der innerstaatlichen Anwendbarkeit (statt Geltung). Die Auswirkung dieser Vermengung zeigt sich alsbald (S. 166) in der fehlgehenden Kritik an Partsch<sup>18)</sup>: »Indem dieser Anwendungsbefehl das Völkerrecht für vollziehbar erklärt, schafft er entgegen der Ansicht von Partsch staatliches Recht« usw. usw. Die richtige »Erkenntnis, daß Völkerrecht und staatliches Recht grundsätzlich verschiedene Rechtsordnungen ... bilden« (S. 150) hat ihn nicht zu der weiteren Erkenntnis geführt, daß die Anwendung der anderen Rechtsordnung eine rechtstechnische Parallele darstellt zu der vom internationalen Privatrecht her geläufigen Methode der Anwendung einer fremden Rechtsordnung (kraft Anwendungsbefehls der eigenen, kraft eigener Kollisionsnorm) auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Die (italienische) Anschauung, daß durch solchen Anwendungsbefehl das anzuwendende fremde Recht innerstaatliche Geltung erlange, führt zu unhaltbaren Folgerungen und ist daher mit Recht vereinzelt geblieben. Sie beruht, ebenso wie die Behauptung »Der Anwendungsbefehl schafft Recht« (nach dem Vorausgegangenen offensichtlich im materiellrechtlichen Sinn einer Sachregelung gemeint), auf dem auch der Transformationstheorie zugrundeliegenden Unvermögen, sich die durch Rechtsnorm gebotene innerstaatliche Anwendung fremden Rechts anders vorzustellen als so, daß die fremde Rechtsordnung innerstaatlich gilt. Dieses Unvermögen liegt auch der Fassung des Art. 25 GG (und paralleler Bestimmungen anderer Verfassungen) zugrunde, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Bestandteil des Bundesrechts erklärt, um damit (im Be-

<sup>17)</sup> Völkerrecht und deutsches Recht (1967), S. 158.

<sup>18)</sup> Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre, Bericht von Karl Josef Partsch (Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 6, 1964).

reich ihrer sachbedingten Anwendbarkeit) ihre innerstaatliche Anwendung und Befolgung zu sichern.

Erschwerend dafür, Verfassungsnormen, die die innerstaatliche Befolgung des allgemeinen Völkerrechts zur Pflicht und zur Basis auch individueller Rechtspositionen machen, im Sinne einer bloßen Anwendungsnorm zu verstehen, ist das Fehlen ausdrücklicher Formulierung eines grenzüberschreitenden Tatbestands als Voraussetzung der Befolgings- und Anwendungspflicht, was in diesem Falle generell etwa bedeuten würde das Vorliegen eines Sachverhalts von völkerrechtlicher, den rein innerstaatlichen Bereich überschreitender Relevanz. Auch kennen diese Verfassungsnormen im allgemeinen keine Berücksichtigung eines Grades in der Anknüpfung an die fremde, hier völkerrechtliche Rechtsordnung: auch die geringste völkerrechtliche Relevanz besonders des in erster Linie gemeinten organschaftlichen Handelns soll zur Anwendung der einschlägigen Regeln des allgemeinen Völkerrechts mit Vorrang vor einschlägigem innerstaatlichen Gesetzesrecht führen, aber auch vor einem wenn auch durch Verfassung garantierten freien Ermessen, denn dessen Ausübung hat als solche nicht Verfassungsrang. Hierin aber liegt auch eine Bindung des Gesetzgebers jedenfalls insoweit, als seine Tätigkeit unmittelbar völkerrechtlich relevante Folgen hat. Zu diesen Folgen wird man aber stets auch die Ausführung der Gesetze zu rechnen haben. Über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Gesetzen ist damit noch nichts gesagt, sondern nur, daß die Anwendung des allgemeinen Völkerrechts vor ihrer Anwendung Vorrang hat. Es ist Aufgabe des innerstaatlichen Rechts, die Lösung etwaiger Anwendungskonflikte verfahrensrechtlich zu regeln.

Eine Schwäche der Transformation zeigt sich in R u d o l f s Satz: »nach der Transformationslehre wird Völkerrecht in »artgleiches« aber nicht mit ihm identisches und darum inhaltlich verschiedenes Landesrecht mittels eines Transformators umgewandelt« (S. 159):

1. Von der Problematik des (ideologisch allzu belasteten) Begriffs »artgleich« war bereits die Rede. R u d o l f gebraucht ihn in verschiedenem Zusammenhang: einmal oben für das Objekt der Transformation (Völkerrecht vor der Transformation) im Verhältnis zu deren Resultat, das Transformatum; bei seinen Prämissen (S. 5 f.) geht er von der Arbeitshypothese aus, daß Völkerrecht und Landesrecht (ganz allgemein, also abgesehen von transformiertem Völkerrecht) »artgleich«, d. h. beide Teile eines Rechtsuniversums sind. Die Artgleichheit (welche der beiden Varianten auch gemeint sei) ist aber für ihn Voraussetzung der Möglichkeit der Transformation. Da Rudolf sich zum, wenn auch gemäßigten, Dualismus bekennt, sind für ihn Völkerrecht und Landesrecht jedenfalls nicht Teile e i n e r Rechtsordnung, stehen miteinander auch nicht in Delegationszusammenhang. Welche Unterscheidungs-

kraft dann dem Begriff »Rechtsuniversum« noch verbleibt, ist schwer auszumachen.

2. Nicht-Identität des Transformats (in Landesrecht umgewandeltes Völkerrecht) mit dem Transformandum (Völkerrecht vor der Umwandlung) ist für ihn weitere Voraussetzung der Transformation. Was bedeutet hier Identität? Ist dieser Begriff überhaupt auf Rechtsnormen anwendbar, die als solche einer Individualität nicht eigentlich fähig sind? Und warum ist Nicht-Identität, also Identitätswechsel Voraussetzung? Wenn Identitätsverlust in Kauf genommen werden kann, so wäre das eher verständlich, die Identität wäre dann irrelevant und würde aus der Definition als Element positiver oder negativer Art ausscheiden.

S. 6 heißt es: »Zwischen Völkerrecht und Landesrecht darf aber keine Identität derart bestehen, daß sie beide ein und demselben Rechtskreis zuzuordnen sind«; sie müssen (sagt der nächste Satz) zwei voneinander unterschiedenen Rechtssphären angehören, soll von einer Transformation gesprochen werden können. Es wäre also Zugehörigkeit zum selben Rechtskreis, zur selben Rechtssphäre (gleich Identität) zu unterscheiden von Zugehörigkeit zum selben Rechtsuniversum (gleich Artgleichheit); erstere dürfte nicht, letztere müßte vorliegen, um Transformation zu ermöglichen. Man müßte also zunächst sehr genau wissen, was Verf. unter Rechtskreis, -sphäre, -universum versteht, um sich ein Bild machen zu können, worauf er abstellt und was er meint. Sein Identitätsbegriff erscheint zumindest eigenwillig und die Möglichkeit direkter Übertragung naturwissenschaftlicher Begriffe problematisch.

3. »nicht . . . identisches und darum inhaltlich verschiedenes« impliziert zwei problematische Thesen:

a) Identität ist Voraussetzung der Inhaltsgleichheit; auf eine Verfassung bezogen (vorausgesetzt daß Rechtsnormen überhaupt der Identität fähig sind) würde das bedeuten, daß jede Verfassungsänderung die Identität der Verfassung aufhebt, daß also bei allmählichem Wandel der Verfassung von ihrer Identität mit sich selbst zu verschiedenen Zeitpunkten nicht mehr die Rede sein könnte;

b) was nicht identisch ist, ist notwendig inhaltlich verschieden: theoretisch denkbar wäre die Inhaltsgleichheit der Rechtsordnungen oder einzelner Rechtsnormen zweier Staaten, ohne daß sie darum identisch wären.

Eine weitere Schwäche aber liegt gerade darin, daß mit der Transformation nach ihrer traditionellen Lehre eine inhaltliche Änderung, hinsichtlich der Normadressaten und sonst, zwangsläufig verbunden ist, ohne daß die Art dieser Änderung hinreichend bestimmbar wäre. Schließlich scheint Rudolf davon auszugehen, daß das transformierte Völkerrecht nach landesrechtlichen Auslegungsregeln auszulegen sei, denn sonst hätte es keinen Sinn zu sagen, es

sei »völkerrechtskonform auszulegen« (S. 163 oben), da Auslegung nach Völkerrechtsregeln stets völkerrechtskonform ausfallen muß. Demgegenüber hatte ich in der 1. Studienkommission die Meinung vertreten, daß auch die Transformationsmethode eine Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsregeln zuließe, wenn man davon ausginge, daß das nach eben diesen Regeln (fiktiv bereits zuvor) ausgelegte Völkerrecht transformiert sei, daß also dessen Inhalt auf dieser Grundlage zu ermitteln sei<sup>19)</sup>. Über die rechtstheoretische Möglichkeit der Transformation (d. h. Übernahme des Völkerrechts in innerstaatliche Geltung) besteht kein Streit, es geht wie gesagt nur um die Zweckmäßigkeit der Methode und die Angemessenheit des Resultats. Unvereinbarkeit der Meinungen aber besteht über den Satz *Rudolfs* (S. 167): »Eine Transformation des Vertrags- wie des Gewohnheitsvölkerrechts ist aber nicht nur rechtstheoretisch möglich, sondern wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen, der Normadressaten und der Rechtsstrukturen von Völkerrecht und Landesrecht auch unumgänglich geboten«. Man fragt sich zunächst, wie sich dieser Satz verträgt mit *Rudolfs* Ausgangsthese, wonach Gleichartigkeit (oder »Artgleichheit«) von Völkerrecht und Landesrecht Voraussetzung der Transformation sei; nun ist ihre Verschiedenartigkeit ein Grund für die Unumgänglichkeit der Transformation. Im übrigen sprechen die von *Rudolf* angeführten Gründe allenfalls für die Notwendigkeit von Durchführungsgesetzgebung, die aber etwas anderes ist als die Transformation der Völkerrechtsregeln selbst.

Mit der hier vertretenen Auffassung unvereinbar ist auch der unmittelbar folgende Satz *Rudolfs* (S. 167): »Wenn die überkommene Transformationslehre gleichwohl nicht den normativen Realitäten gerecht wird, so kann die Anwendung völkerrechtlicher Normen im innerstaatlichen Bereich nur diejenige Theorie überzeugend erklären, die sowohl die Notwendigkeit einer Transformation, als auch die Verknüpfung des transformierten Rechts mit dem Völkerrecht berücksichtigt«. An der Notwendigkeit einer Transformation scheiden sich die Geister. Die Methoden des internationalen Rechtsanwendungsrechts auf das Verhältnis des Landesrechts zum Völkerrecht im grundsätzlichen zu übertragen und auf diesem Wege die Anwendung, d. h. Befolgung des Völkerrechts, soweit dies seinem Inhalt nach in Betracht kommt, im innerstaatlichen Bereich zu sichern, ist der Weg, der eine Transformation entbehrlich macht, ihre Nachteile vermeidet und dem Wesen der beteiligten Rechtsordnungen am ehesten entspricht, vor allem das Völkerrecht in seinem Wesen und seinem Inhalt unangetastet läßt.

<sup>19)</sup> Arbeiten der 1. Studienkommission, a. a. O. oben Anm. 18, S: 112; die Stellungnahme bezog sich auf Verträge, weil die Frage nur in Bezug auf sie gestellt war, hätte sich aber ebenso auf transformierte Regeln des allgemeinen Völkerrechts beziehen können.

R u d o l f kommt diesem Gedanken nahe bei seiner Stellungnahme zu Herbert K r a u s <sup>20)</sup>, den er zunächst rekapituliert (S. 168 f.): »Ebenso wie fremdes Landesrecht, dessen Anwendung dem innerstaatlichen Richter durch internationalprivatrechtliche Regelung aufgegeben ist, bleibe auch das transformierte Recht trotz seiner Aufnahme in das Landesrecht eine besondere Rechtsmasse, die nach den Auslegungsregeln und Methoden sowie unter Zugrundelegung der Begriffsbildungen zu deuten ist, die dem Rechtssystem innewohnen, dem es entstammt«. R u d o l f sagt dazu (S. 169): »Abgesehen davon, daß der Vergleich mit dem kraft internationalen Privatrechts anzuwendenden ausländischen Recht insofern hinkt, als dieses nicht t r a n s f o r m i e r t <sup>21)</sup>, sondern nur r e z i p i e r t wird <sup>22)</sup> – denn es fehlt dort am a d r e s s a t e n ä n d e r n d e n Rezeptionsbefehl, und der Inhalt der Norm erfährt zwangsläufig keine Änderung –, ist der Gedanke von Kraus, daß trotz der Transformation das innerstaatlich anzuwendende Recht eine b e s o n d e r e R e c h t s m a s s e bildet, die Konsequenz aus der gemäßigten dualistischen Konzeption«. Anscheinend hat sich ein unrichtig angewandter Rezeptionsbegriff der richtigen Erkenntnis in den Weg gestellt, daß Transformation nicht die allein mögliche Methode des Landesrechts ist, die Anwendung des Völkerrechts in seinem Bereich zu sichern, und daß die Parallele des internationalen Privatrechts den Weg zu einer anderen, zweckentsprechenderen Methode zu weisen geeignet ist.

Die Parallele des internationalen Privatrechts würde außerdem zu der Folgerung führen, daß die durch Verfassungsnorm angeordnete Anwendung des Völkerrechts auf alle irgendwie völkerrechtlich relevanten Sachverhalte die Anwendung innerstaatlichen Rechts jeder Rangstufe jedenfalls insoweit ausschließt, als es mit dem Völkerrecht unvereinbar ist. Dies müßte konsequenterweise auch für Staatsverträge jeder Art gelten und hätte auch insoweit seine innere Richtigkeit: Die zwischenstaatliche vertragliche Programmierung bestimmter Sachbereiche ist ihrer Art nach eine Regelung auf höherer Ebene und darf auch innerstaatlich nicht durch abweichendes früheres oder späteres Landesrecht in Frage gestellt werden. Wiederum wäre es Aufgabe des Lan-

<sup>20)</sup> Herbert K r a u s, Der deutsche Richter und das Völkerrecht, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebenzigsten Geburtstag (Hamburg 1953), S. 223–238, wird hier nur in der im Zusammenhang allein interessierenden Wiedergabe durch R u d o l f zitiert.

<sup>21)</sup> K r a u s hatte, wie R u d o l f feststellt, gar nicht von Transformation gesprochen, aber der von ihm für notwendig erachtete innerstaatliche »adressatenändernde Rezeptionsbefehl von Völkerrecht in Landesrecht« stellt nach Rudolf nichts anderes als eine Transformation dar.

<sup>22)</sup> Die These, daß die internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen fremdes Recht als inländisches rezipieren, ist, wie schon gesagt, vereinzelt, würde außerdem gegenüber Transformation, jedenfalls was die Geltung im Inland angeht, kein minus bedeuten.

desrechts, Konsequenzen und Verfahren im Falle seines Widerspruchs mit vertraglichem Völkerrecht zu regeln.

Es versteht sich, daß mit dem Gesagten keine positivrechtlichen Erkenntnisse vorgetragen werden; doch mag es fruchtbar erscheinen, das viel diskutierte Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht einmal unter kollisionsrechtlichem Aspekt zur Diskussion zu stellen mit dem Ziel, von theoretischem Dualismus zu praktischem Monismus zu gelangen, d. h. zu einer vom Landesrecht herbeigeführten vollkommenen Normenharmonie auf Grund absoluten Vorrangs der Völkerrechtsanwendung in allen völkerrechtlich relevanten Fällen und Bereichen.

Daß die beiden früher im Berliner Schloß vereinigten juristischen Kaiser-Wilhelm-Institute (für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und für ausländisches und internationales Privatrecht) seit über zwei Jahrzehnten als Max-Planck-Institute räumlich getrennt sind, hat seine Nachteile. Der Jubilar A. N. M a k a r o v , dem diese Zeilen zu seinem 80. Geburtstag gewidmet sind, stellt in seiner Person die fruchtbare und notwendige Verbindung zwischen den beiden Disziplinen her. Möge er noch lange den räumlichen Abstand ihrer Pflegestätten überbrücken helfen.

### Summary

## International Law: Reference, Transferral of Notions, Conflict of Law Rules, and Reception in National Law

The rules of international private law relate to the application of foreign rules of law. The rules of the hierarchy of norms within a legal system concern their existence: a hierarchically lower norm is struck down by a conflicting higher norm. The method of transformation deals with the relationship between international law and national law regarding this question of existence: by means of the norm of transformation of national law this method commutes international law into national law conferring on it such a hierarchical position that it overrides national legal norms. On the other hand, the method by which – in analogy with the method of international private law – international law is applied to relevant facts on command of national law, leads to a better result because it leaves international law in the sphere of its own conditions and only excludes conflicting national law (at best of any hierarchical position) from being applied without repealing it. This method avoids a change of the contents and essence of international law through transformation (alteration of the addressees of the norm) as well as its interpretation

and application as national law. In so far as the international law to be applied does not itself determine the organs and persons to be addressed by its rules and regulations or by its obligations, powers and rights nor who is responsible for its observance, these determinations are left to the executive regulation of national law. This method will in cases of doubt give international law priority over conflicting national law of any rank and will lead from the bases of theoretical dualism to practical monism.