

Beiträge zur Politischen Wissenschaft

Band 193

Normgebundenheit weltweiten Handelns

Transkontinentale Migration als Beispiel

Von

Harald Kleinschmidt



Duncker & Humblot · Berlin

HARALD KLEINSCHMIDT

Normgebundenheit weltweiten Handelns

Beiträge zur Politischen Wissenschaft

Band 193

Normgebundenheit weltweiten Handelns
Transkontinentale Migration als Beispiel

Von
Harald Kleinschmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0935-6053
ISBN 978-3-428-15333-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55333-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85333-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	7
B. Migration und die Schaffung transnationaler sozialer Räume	29
I. Einleitung	29
II. Transnationale, im Besonderen interkontinentale Migration und die Schwierigkeiten der Wahrnehmung des Staats als Nationalstaat	30
III. Migrierende als Akteure in den Sozialwissenschaften	41
C. Naturrecht, Völkerrecht, Gastrecht. Warum Migration zum politischen Problem wurde	49
I. Einleitung: Ein Menschenrecht auf Emigrationsfreiheit	49
II. Naturrecht, Völkerrecht, Gastrecht	59
1. Naturrecht, Völkerrecht und der Mechanizismus	59
2. Internationales Recht und der Biologismus	68
3. Gastrecht	79
III. Die Abwertung des Naturrechts und die Positivierung des internationalen Rechts im 19. Jahrhundert	87
1. Die Rechtsquellentheorie, die „Grundnorm“ Pacta sunt servanda, das Schriftlichkeitsprinzip und die Rechtsgleichheit der Souveräne	87
2. Das europäische öffentliche Recht der zwischenstaatlichen Verträge ..	92
3. Die „Familie der Nationen“	98
IV. Rechtspraxis: die Feststellbarkeit der Gültigkeit zwischenstaatlicher Rechts- sätze	101
1. Die Suche nach dem empirischen Nachweis entweder der Bereitschaft zur Akzeptanz oder der Verweigerung der Akzeptanz zwischen- staatlicher und internationaler Rechtssätze	101
2. Das Stadtrecht als Regulativ für Immigration und das Gastrecht	105
3. Gastrecht und Siedlungsrecht	116
4. Das Diplomatenrecht	121
5. Das Handelsrecht	129
6. Das Seenothingrecht	138
7. Vom ungesetzten Gastrecht zum positiven internationalen Recht	151
V. Wandel der Wahrnehmung von Migration	154
1. Binnenperspektiven migrierender Personen und Außenperspektiven gesetzgebender und Verwaltungsinstitutionen	154
2. Wandel der Typen von Konflikten über Migration	162
3. Emigrationsanordnung und Immigrationsförderung	167

4. Die Positivierung des Immigrationsrechts und die Entstehung der Politik der Immigrationsrestriktion	173
5. Postulate über Migrationsmotive	179
6. Empirische Untersuchungen über Migrationsmotive	181
VI. Migration, gesetztes internationales Recht und ungesetztes Gastrecht	184
Anhang: Zur Geschichte der Grenzregime und des Begriffs der Grenze	192
D. Dekolonisation, Staatensukzession, postkoloniale Staatlichkeit. Warum das Bleiben zum politischen Problem wurde	195
I. Dekolonisation als Staatensukzession und das europäische öffentliche Recht der zwischenstaatlichen Verträge	196
II. Theorien der Staatensukzession	202
III. Dekolonisation als Staatensukzession und präkoloniale Staaten	213
IV. Buganda und Bonny als Beispiele veränderter Restitution präkolonialer Staaten	220
V. Die postkolonialen „neuen unabhängigen Staaten“ und die Folgekosten der Dekolonisation als Staatensukzession	227
E. Schluss: Gastrecht in transnationalen sozialen Räumen	231
Literaturverzeichnis	237
Verträge (chronologisch)	339
Sachwortregister	347

A. Einleitung

Normen, im Gegensatz zu Maßstäben der Angemessenheit, Regeln und Standards, sind hinterfragbare Sätze, die die Freiheit des Entscheidens über Handlungen einzuschränken in der Lage sind. Ist die Befolgung dieser Sätze nach öffentlicher Verlautbarung geboten und Zuwiderhandlung gegen diese Gebote mit Strafsanktionen bedroht, haben die die Gebote enthaltenden Sätze, „die sich in einem sozialen Zusammenhang entäußert haben“, ¹ Rechtscharakter. Rechtssätze

* Die nachfolgenden Studien wurden während eines Senior Fellowship 2016/17 am Alfried Krupp Wissenschaftskolleg Greifswald abgeschlossen. Für vielfältige Unterstützung danke ich der Wissenschaftlichen Direktorin Prof. Dr. Bärbel Friedrich und dem Wissenschaftlichen Geschäftsführer Dr. Christian Suhm. Eine Vorstudie erschien u. d. T.: Seenothilferecht als Teil des Gastrechts in globalhistorischer Perspektive, in: Greifrecht. Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft 23 (2017), S. 1–9.

¹ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Kap. VII, § 3, 5. Aufl., 14.–18. Tausend, hrsg. von Johannes Winckelmann, Tübingen 1980, S. 29, 445, hier § 17, S. 29: „Politischer Verband soll ein Herrschaftsverband dann und insoweit heißen, als sein Bestand und die Geltung seiner Ordnungen innerhalb eines angebbaren geographischen Gebiets kontinuierlich durch Anwendung und Androhung physischen Zwangs seitens des Verwaltungstabes garantiert werden. Staat soll ein politischer Anstaltsbetrieb heißen, wenn und insoweit sein Verwaltungstab erfolgreich das Monopol legitimen physischen Zwangs für die Durchführung der Ordnungen in Anspruch nimmt.“ Webers Begriff der Norm ist jedoch an den Begriff des Staats als eines Anstaltsstaats gebunden und knüpft an Georg Jellineks staatsrechtliche Diktion an: *Georg Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1913, S. 429: „Herrschaftsgewalt hingegen ist unwiderstehliche Gewalt. Herrschen heißt unbedingt befehlen und Erfüllungszwang üben können.“ Neuerdings: *Simon Blackburn*, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford/New York 1994, S. 265. *Rainer Forst*, *Kritik der rechtfertigenden Vernunft. Die Erklärung praktischer Normativität*, in: ders., *Normativität und Macht*, Berlin 2015, S. 37–57, hier S. 40 f. *Christoph Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Berlin 2015, S. 12. *Peter Stemmer*, *Normativität. Eine ontologische Untersuchung*, Berlin 2008, S. 157, 159. Zu Jellinek und Weber, die beide in den 1890er Jahren dem Heidelberger Gelehrtenkreis angehörten, siehe: *Stefan Breuer*, *Georg Jellinek und Max Weber. Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre* (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie, 25), Baden-Baden 1999. *Gangolf Hübinger*, *Staatstheorie und Politik als Wissenschaft im Kaiserreich*. Georg Jellinek, Otto Hintze, Max Weber, in: Hans Maier/Ulrich Matz/Kurt Sontheimer (Hrsg.), *Politik, Philosophie, Praxis*. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988, S. 143–161. Zum Staatsbegriff Webers neuerdings: *Hans-Jürgen Burchardt*, *Mit Max kein Staat mehr zu machen? Von Webers Anstaltsstaat zur kontextsensiblen Staatsforschung*, in: ders./Stefan Peters (Hrsg.), *Der Staat in globaler Perspektive. Zur Renaissance der Entwicklungsstaaten*, Frankfurt 2015, S. 61–83. Zur Begriffsgeschichte siehe: *Peter Freund*, *Die Entwicklung des Normbegriffs von Kant bis Windelband*. Phil. Diss., Berlin 1933.

aller Art bedürfen der Legitimität, um erzwingbar zu sein; sie müssen mithin aus höheren Rechtssätzen ableitbar sein. Rechtssätze, die weltweites oder weltweit wirkendes Handeln über Grenzen von Staaten hinweg erzwingen sollen, müssten also aus allgemeinen höheren, per se überall in der Welt als legitim angenommenen Rechtssätzen folgen. Doch einen global wirksamen Mechanismus zur Ableitung höchster allgemeiner Rechtssätze gibt es nicht. Aus der mangelnden Ableitbarkeit von Rechtssätzen für weltweites oder weltweit wirkendes interaktives Handeln folgt das Problem der mangelnden Legitimität und, daraus wiederum folgend, das weitere Problem der mangelnden Erzwingbarkeit höchster Rechtssätze für weltweites oder weltweit wirkendes Handeln. Die auf diese Probleme antwortende skeptische theoretische Schlussfolgerung, zwischen Staaten herrsche nur Gewalt, stößt gleichwohl auf den empirischen Gegenbefund, dass die meisten weltweiten oder weltweit wirkenden interaktiven Handlungen über die Grenzen von Staaten als Haupttyp rechtlich verdichteter Räume hinweg, beispielsweise das Abschließen und Einhalten zwischenstaatlicher Verträge oder die Gewährung von Hospitalität und Hilfe, auf der Grundlage von Rechtssätzen stattfinden, ohne dass global wirksame legitime Erzwingungsmechanismen bestehen.² Der Rechts-

² *Carl Victor Fricker*, Das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 1–89, 347–386, hier S. 375. *Luitpold von Hagens*, Staat, Recht und Völkerrecht. Kritik juristischer Grundbegriffe. Jur. Diss., München 1890. *Adolf Lasson*, Princip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871, S. 57 f., 62 f., 65 f. *Max von Seydel*, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Freiburg/Leipzig 1897, S. 12 f. Zu Seydel siehe in diesem Zusammenhang: *Robert Piloty*, Max von Seydel, in: Blätter für administrative Praxis 51 (1901), S. 225–247. *Karl Michael Joseph Leopold Freiherr von Stengel*, Der ewige Friede, München 1899, S. 29–32. *Friedrich Adolf Trendelenburg*, Lücken im Völkerrecht, Leipzig, 1870, S. 26. *Philipp Karl Ludwig Zorn*, Die deutschen Staatsverträge, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 36 (1880), S. 1–39, hier S. 9 f. Für das Fachgebiet Internationale Beziehungen stellte noch 2009 *Nicole Deitelhoff*, Grenzen der Verständigung? Kulturelle Fragmentierung im Regieren jenseits des Nationalstaates, in: dies./Jens Steffek (Hrsg.), Was bleibt vom Staat?, Frankfurt/New York 2009, S. 187–220, hier S. 187, mit Recht im Rückblick fest: „Die Frage einer normativen Ordnung des Globalen galt lange Zeit nicht als relevantes Forschungsgebiet der Internationalen Beziehungen.“ Für das internationale Recht legte 2011 *Samantha Besson* noch einmal klar, dass internationales Recht auch dann gültig bleibe, wenn es nicht ausdrücklich legitimiert sei: *Samantha Besson*, Die Autorität des Völkerrechts. Ein Blick unter die Schleier über den Staaten, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, Frankfurt/New York 2011, S. 167–225, hier S. 169, 219. Zur neueren Diskussion um die Legitimität internationalen Rechts siehe, unter vielen: *Daniel Bodansky*, The Concept of Legitimacy in International Law, in: Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (Hrsg.), Legitimacy in International Law (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 194), Berlin/Heidelberg 2008, S. 309–318. *Allen Buchanan*, The Legitimacy of International Law, in: Samantha Besson/John Tasioulas (Hrsg.), The Philosophy of International Law, Oxford 2010, S. 79–86; *Thomas Franck*, The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power, in: American Journal of International Law 100 (2006), S. 88–106. *Matthias Kumm*, The Legitimacy of International Law, in: European Journal of International Law 15 (2004), S. 907–931. *John Tasioulas*, The Legitimacy of International Law,

positivismus des späten 19. und des 20. Jahrhunderts versuchte, diese Probleme durch das Konstrukt einer sogenannten internationalen Rechtsgemeinschaft als Verkehrsgemeinschaft der Staaten zu lösen. Doch damit warf er die Frage auf, welche Staaten Mitglieder dieser Verkehrsgemeinschaft sein sollten, und band die Mitgliedschaft an bestimmte Voraussetzungen, die die meisten Staaten in Afrika, Süd- und Südostasien sowie dem Südpazifik ausschlossen, somit die Verkehrsgemeinschaft als privilegierten Klub konstituierten. Die Wahrnehmung der Normen als „positive markierte Möglichkeiten“ für weltweites oder weltweit wirkendes Handeln ist für den Bereich des internationalen Rechts während des 19. und mindestens mehr als der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts dem größten Teil der Weltbevölkerung verweigert worden.³

Dieses Paradoxon, das die Unmöglichkeit der Ableitung höchster Rechtssätze für weltweites oder weltweit wirkendes interaktives Handeln mit der Erkenntnis der Normgebundenheit eben dieses Handelns zusammenfügt, ist für den Bereich des Völkerrechts seit langem thematisiert und bis in das 18. Jahrhundert sowie noch einmal zu Beginn des 20. Jahrhunderts⁴ durch Rekurs auf das ungesetzte Naturrecht gelöst worden. Doch dieser Rekurs trägt nicht bis in das 21. Jahrhundert. Im Gegenteil: Die Naturrechtsdebatte ist in der Völkerrechtstheorie⁵ sowie in den Darstellungen der Geschichte der Menschenrechte⁶ seit den 1930er Jahren zum

in: Besson (wie oben), S. 97–117. *Rüdiger Wolfrum*, Legitimacy in International Law, in: August Reinisch/Ursula Kriebaum (Hrsg.), *The Law of international Relations*. Liber Amicorum Hans-Peter Neuhold, Utrecht 2007, S. 471–482.

³ *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatsverträge. Ein Beitrag zur juristischen Konstruktion des Völkerrechts, Wien 1880. *Heinrich Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899. Normen als „positive markierte Möglichkeiten“ nach: *Möllers*, S. 14. Zur Verweigerung von Normen für weltweites Handeln gegenüber großen Teilen der Weltbevölkerung siehe: *Harald Kleinschmidt*, Geschichte des Völkerrechts in Krieg und Frieden, Tübingen 2013, S. 387–392. *Nikita Dhawan/Elisabeth Fink/Johanna Leinin/Rirhandu Mageza-Barthel*, Normative Legitimacy and Normative Dilemmas, in: dies. (Hrsg.), *Negotiating Normativity*, Cham 2016, S. 1–23, hier S. 5.

⁴ Für das 18. Jahrhundert siehe, stellvertretend für viele: *Christian Wolff*, *Jus Gentium methodo scientifico pertractatum*, Halle 1749, S. 6–9. Für das beginnende 20. Jahrhundert siehe: *Ludwig von Bar*, Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 6 (1912), S. 145–158. *Ernst von Beling*, Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in: *Heinrich Stoll* (Hrsg.), *Festgabe für Philipp Heck*, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen 1931, S. 1–18. *Hans Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen 1920. *Ders.*, *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934. *Alfred Verdross*, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923. *Ders.*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien 1926.

⁵ *Martti Antero Koskeniemi*, Miserable Comforters. International Relations as New Natural Law, in: *European Journal of International Relations* 15 (2009), S. 395–422.

⁶ *John M. Headley*, *The Europeanization of the World*, Princeton 2008. *Eike Wolgast*, *Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte*, Stuttgart 2009.