

Verfassungsrechtliche Grundlagen der Völkerrechtsfreundlichkeit in Deutschland

Mehrdad Payandeh*

Bucerius Law School, Hamburg, Deutschland

mehrdad.payandeh@law-school.de

Abstract	609
Keywords	610
I. Einleitung	610
II. Normvielfalt	612
III. Normgehalte	615
1. Art. 25 GG	615
2. Art. 59 Abs. 2 GG	619
3. Zwischenergebnis	622
IV. Normkontext	622
1. Wandel des Völkerrechts	622
2. Wertungswidersprüche und Reibungen	623
3. Konsequenzen	625
V. Fazit	626
Summary: Constitutional Principles of Friendliness Towards International Law in Germany	628
Keywords	628

Abstract

Die grundgesetzlichen Normierungen mit Bezügen zum Völkerrecht bilden die Grundlage des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit. Sie geben ihm seine inhaltlichen Konturen und zeigen seine Grenzen auf. Der Aussagegehalt der einzelnen grundgesetzlichen Vorschriften zu den innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts ist allerdings begrenzt. Die weitgehend konsentrierte Beschränkung des besonders völkerrechtsfreundlichen Art. 25 Grundgesetz (GG) auf das ungeschriebene Völkerrecht findet keinen hinreichenden Rückhalt in der Entstehungsgeschichte. Und Art. 59 Abs. 2 GG bietet keinen klaren Anhaltspunkt dafür, dass völkerrechtlichen Verträgen innerstaatlich nur ein einfachgesetzlicher Rang zukommt. Diese beiden verfassungsrechtlichen Grundannahmen führen zudem zu Inkohärenzen und Wertungswidersprüchen und werden dem Wandel der Völkerrechtsordnung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht gerecht. In diesem

* Prof. Dr.; Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School Hamburg.

Lichte betrachtet stehen die grundgesetzlichen Normierungen daher der Annahme eines verfassungsrechtlichen Gebots der Beachtung des Völkerrechts, das sich auch auf den Gesetzgeber und auf völkerrechtliche Verträge erstreckt, nicht entgegen.

Keywords

Völkerrechtsfreundlichkeit – innerstaatliche Wirkungen – innerstaatlicher Rang – völkerrechtliche Verträge – Völkergewohnheitsrecht

I. Einleitung

Dass das Verfassungsrecht Normen unterschiedlicher Regelungsstruktur und Abstraktionshöhe aufweist, ist hinlänglich bekannt und wird vielfach mit dem Gegensatz von Prinzipien und Regeln beschrieben.¹ Als besonders herausfordernd erweist sich dabei das Zusammenspiel zwischen Verfassungsprinzipien und konkreteren Verfassungsnormen, insbesondere wenn es um ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip wie den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit geht.² In Abgrenzung zum weitergehenden Konzept der offenen Staatlichkeit³ nimmt der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit die Wirkungen des Völkerrechts in der deutschen Rechtsordnung in den Blick⁴ und zielt auf die Vermeidung von Kollisionen zwischen innerstaatli-

¹ Siehe exemplarisch *Martin Morlok/Lothar Michael*, Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, Rn. 90 ff.; *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 106 ff.

² Allgemein hierzu *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 303 ff.

³ Grundlegend bereits *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen: Mohr Siebeck 1964; dann insbesondere *Peter Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Friedrich Kaulbach/Werner Krawietz (Hrsg.), Recht und Gesellschaft: FS für Helmut Schelsky, Berlin: Duncker & Humblot 1978, 141-178 (141 ff.); aus neuerer Zeit hierzu *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, Berlin: Duncker & Humblot 1998; *Christian Seiler*, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

⁴ Zur Unterscheidung von offener Staatlichkeit und Völkerrechtsfreundlichkeit *Christian Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2013, § 226 Rn. 9; für ein (weitgehend) synonymes Verständnis demgegenüber *Albert Bleckmann*, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, 309-318 (317).

chem Recht und Völkerrecht ab.⁵ Soweit man davon ausgeht, dass ein solches Verfassungsprinzip eine eigenständige normative Dimension aufweist⁶ und sich nicht in einer Beschreibung der grundgesetzlichen Einzelnormen erschöpft,⁷ besteht im Grundsatz weitgehende Einigkeit hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen den konkreten grundgesetzlichen Normierungen und dem Verfassungsprinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit.

Im Ausgangspunkt dienen die einzelnen Normierungen des Grundgesetzes mit Bezug zum Völkerrecht und zur internationalen Einbindung der Bundesrepublik der Begründung des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wird aus einer Gesamtschau verschiedener Einzelnormen des Grundgesetzes gewonnen – ein Vorgang, der sich freilich nicht von selbst vollzieht, sondern das Ergebnis wissenschaftlich vorbereiteter und begleiteter verfassungsgerichtlicher Rechtserzeugung und Rechtsentwicklung darstellt.⁸ Die entsprechenden Einzelnormen des Grund-

⁵ Siehe *Rudolf Bernhardt*, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck 1976, 154-186 (160); *Albert Bleckmann*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 49 (1996), 137-145 (140); *Dietrich Rauschnig*, Verfassungspflicht zur Befolgung völkerrechtlicher Verträge, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmah/ Norman Weiß (Hrsg.), Der Staat im Recht: FS für Eckart Klein, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 287-304 (300 ff.); *Heiko Sauer*, Staatsrecht III, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2022, § 6 Rn. 40 ff.; *Daniel Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 238 f.; *Karl-Peter Sommermann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Peter Michael Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. 2, Heidelberg: C. F. Müller 2007, § 14 Rn. 53.

⁶ Siehe BVerfGE 111, 307 (317 ff.); BVerfGE 112, 1 (26); aus dem Schrifttum grundlegend *Bleckmann*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 4), 314 ff.; *Bleckmann*, Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 5), 141 ff.; siehe ferner *Michael Schweitzer/Hans-Georg Dederer*, Staatsrecht III, 12. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2020, Rn. 236 ff.; *Alexander Kees*, Bricht Völkerrecht Landesrecht?, Der Staat 54 (2015), 63-95 (83); *Frank Schorkopf*, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 131-158 (151 ff.); *Andreas von Arnould*, Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2019, Rn. 521 ff.; *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 6 Rn. 40 ff.

⁷ Für restriktive Ansätze, die die Völkerrechtsfreundlichkeit allein als deskriptiven Grundsatz bzw. Ordnungsprinzip verstehen, nicht aber als eigenständiges Rechtsprinzip, siehe insbesondere *Christian Hillgruber*, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2006, § 32 Rn. 125; *Philip Kunig/Robert Uerpman-Witzack*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., Berlin: Walter De Gruyter 2019, 2. Abschn. Rn. 19; *Andreas Funke*, Zur Einführung: Außenverfassungsrecht, Jura 32 (2010), 407-411 (410); *Markus Heintzen*, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 55 ff.; sehr kritisch auch die abweichende Meinung der Richterin *Gertrude Lübke-Wolff*, BVerfGE 112, 1 (47 ff.).

⁸ Dazu bereits *Mehrdad Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR n. F. 57 (2009), 465-502 (468 f., 483 f.); ausführlich auch *Knop* (Fn. 5), 101 ff.; allgemein *Reimer* (Fn. 2), 212 f., 404 ff.

gesetzes prägen dementsprechend zudem den Inhalt des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit und vor allem seine Grenzen: Als induktiv aus diesen Normen gewonnenes Verfassungsprinzip kann es sich nicht gegen den Regelungsgehalt derjenigen Normen, aus denen es gewonnen wird, stellen oder diese völlig überlagern.⁹ Die Bedeutung dieser Grenzen wird regelmäßig sowohl im verfassungsrechtlichen Schrifttum¹⁰ als auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ betont.

Versucht man diese im Grundsatz wohl weitgehend geteilten abstrakten Aussagen allerdings auf einzelne Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit herunterzubrechen, wird es kompliziert. Dann zeigt sich, dass der Regelungsgehalt der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes, die die Grundlage des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit bilden, nicht so eindeutig ist, dass sich aus ihnen greifbare inhaltliche Vorgaben und klare Grenzen des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit herleiten lassen – anders als dies in Schrifttum und Rechtsprechung zu zentralen Fragen der innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts mit Vehemenz vertreten wird. Diese These möchte ich im Folgenden näher entfalten, vor allem mit Blick auf die für die Völkerrechtsfreundlichkeit zentrale Frage des innerstaatlichen Rangs völkerrechtlicher Verträge. Unter den Stichworten Normvielfalt, Normgehalt und Normkontext werde ich auf drei spezifische Herausforderungen eingehen, die den Aussagegehalt der grundgesetzlichen Einzelnormen für den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit relativieren.

II. Normvielfalt

Eine Analyse des Normmaterials, das dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zugrunde liegt, wird bereits dadurch erschwert, dass in

⁹ Allgemein hierzu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 1995, 14.

¹⁰ Siehe *Ferdinand Wollenschläger*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2015, Art. 25 Rn. 52; *Matthias Herdegen*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, München: C. H. Beck, Stand: Januar 2021, Art. 25 Rn. 8; *Michael Heinke*, Höher oder schwerer? – Ist die Vorrangrelation zwischen Völkervertragsrecht und Bundesrecht eine Frage der Abwägung?, *Der Staat* 55 (2016), 393–413 (408 f.); *Kees* (Fn. 6), 70; *Theresa Abend*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen 2019, 82 ff.; *Robert Frau*, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 70 ff.; mit Nachdruck (aber mit noch wenig Problembewusstsein) auch schon *Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 8), 468 f., 501.

¹¹ Angedeutet in BVerfGE 6, 309 (362 f.); ausführlich dann BVerfGE 141, 1 (26 ff.).

Rechtsprechung¹² und Schrifttum unterschiedliche Normen als Grundlage der Völkerrechtsfreundlichkeit angesehen werden. Zum Teil lassen sich diese Unterschiede auf den konkreten Kontext zurückführen, in dem der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit diskutiert wird, zum Teil ist nicht wirklich erkennbar, warum einzelne grundgesetzliche Normen zitiert werden und andere nicht. Regelmäßig genannt werden jedenfalls die Präambel sowie die Art. 23 bis Art. 26 GG,¹³ zum Teil, aber nicht immer, wird auch Art. 59 Abs. 2 GG zitiert.¹⁴ Auf das Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG wird erst in jüngerer Zeit verstärkt hingewiesen.¹⁵ Andere Normen, die völkerrechtliche Bezüge aufweisen, wie Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2 S. 2,¹⁶ Art. 88 S. 2 und Art. 109 Abs. 2 GG¹⁷ werden gelegentlich und stark fall- und kontextabhängig zitiert.¹⁸ Weitgehend ausgeblendet bleibt hingegen Art. 100 Abs. 2 GG, wenngleich das Bundesverfassungsgericht der Norm die bedeutende Aussage entnimmt, dass das Gericht sich dadurch mittelbar in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts stellt.¹⁹

Schon die Kernvorschriften, aus denen der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit abgeleitet wird, weisen eine erhebliche Bandbreite normativer Gehalte auf.²⁰ Allerdings verhalten sie sich mit Ausnahme von Art. 25 GG nur begrenzt zur Frage der innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts:

¹² Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Schorkopf*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 6), 147 ff.

¹³ BVerfGE 31, 58 (75).

¹⁴ BVerfGE 111, 307 (317 f.); BVerfGE 112, 1 (24 f.); BVerfGE 141, 1 (26 f.).

¹⁵ Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber bereits BVerfGE 31, 58 (75); dann insbesondere BVerfGE 128, 326 (368 f.); BVerfGE 148, 296 (352 f.); zum Ganzen *Daniel Wolff*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 287 f.; die Bedeutung der Norm hervorhebend demgegenüber bereits *Rudolf Echtermöller*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 10 (1955), 689–693 (691 f.); *Karl-Peter Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), 391–422 (406 f., 416 ff.); *Thilo Rensmann*, Die Genese des „offenen Verfassungsstaats“ 1948/49, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 37–58 (55 ff.); *Nils Sternberg*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, Berlin: Duncker & Humblot 1999, 193 ff.

¹⁶ BVerfGE 112, 1 (25); BVerfG, Beschluss v. 19.9.2006, 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01 u. 2 BvR 348/03, NJW 60 (2007), 499–504 (501); zuvor bereits BVerfGE 31, 58 (75 f.).

¹⁷ BVerfGE 149, 346 (361).

¹⁸ Siehe zu weiteren völkerrechtlichen Bezugnahmen des Grundgesetzes *Andreas Zimmermann*, Rezeption völkerrechtlicher Begriffe durch das Grundgesetz, ZaöRV 67 (2007), 297–317.

¹⁹ BVerfGE 109, 13 (23 f.); BVerfGE 109, 38 (49 f.).

²⁰ Systematisierungsansatz bei *Rainer Wahl*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 43 (2003), 1145–1151 (1147); *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 3 Rn. 6 ff.

Art. 23 und Art. 24 GG ermöglichen die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen und bilden damit zugleich die Grundlage für den Anwendungsvorrang supranationaler Rechtsakte in der deutschen Rechtsordnung, auch vor dem Verfassungsrecht.²¹ Die damit einhergehende Öffnung der deutschen Rechtsordnung ist für die grundgesetzliche Konzeption der offenen Staatlichkeit von entscheidender Bedeutung,²² sagt aber jenseits der in den Blick genommenen supranationalen Organisationen erstmal nichts über die innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts im Übrigen aus.²³ Art. 26 GG spricht mit der Aggression eine zentrale völkerrechtliche Thematik an, verhält sich aber nicht zu innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts, wenngleich die Norm einen Gleichlauf mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot ermöglicht.²⁴ Auch wenn die Präambel und die Art. 23 bis Art. 26 GG erkennbar vom Willen getragen sind, die Integration der Bundesrepublik in der internationalen Gemeinschaft und in Europa zu ermöglichen, weisen diese Normen abgesehen von Art. 25 GG einen nur sehr eingeschränkten Regelungsgehalt zu den innerstaatlichen Einwirkungen des Völkerrechts generell auf.

Die Aussagekraft der einzelnen grundgesetzlichen Normen mit Bezug zum Völkerrecht wird ferner durch die Betonung des Bundesverfassungsgerichts relativiert, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit Wirkungen nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes entfalte.²⁵ Was das bedeutet, zeigt sich im *Treaty Override*-Beschluss von 2015: Das Bundesverfassungsgericht lehnt eine Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge auf der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips ab²⁶ und leitet aus dem Demokratieprinzip die Befugnis des

²¹ BVerfGE 126, 286 (302); *Claus Dieter Classen*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 24 Rn. 34; *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021, Art. 23 Rn. 61.

²² Siehe *Christian Calliess*, Staatsrecht III, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2020, § 4 Rn. 60 ff.; *Heiko Sauer*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg: C.F. Müller, Stand: Mai 2019, Art. 24 Rn. 363 f.; skeptisch hingegen *Heintzen* (Fn. 7), 50 ff.

²³ Siehe insofern auch *Funke* (Fn. 7), 835 f.; *Sommermann*, Offene Staatlichkeit (Fn. 5), Rn. 50.

²⁴ Siehe *Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 25; *Alexander Proelß*, Das Friedensgebot des Grundgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2013, § 227 Rn. 3; *Rudolf Geiger*, Staatsrecht III, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2018, 321 ff.; *Herdegen* (Fn. 10), Rn. 4; *Volker Röben*, Außenverfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 71.

²⁵ Insofern vage noch BVerfGE 111, 307 (318 f.).

²⁶ Siehe das entsprechende Vorbringen von BFH, DStR 2012, 949 (951 f.); BFH, DStR 2014, 306 (312 f.).

Gesetzgebers zum Völkerrechtsbruch ab.²⁷ Gleich wie man hierzu in der Sache steht: Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit werden nach diesem Ansatz auch durch Verfassungsprinzipien beeinflusst, die sich nicht spezifisch mit der Einbindung der Bundesrepublik in die Völkerrechtsordnung befassen. Diese ihrerseits konkretisierungsbedürftigen Verfassungsprinzipien haben zumindest das Potenzial, die Auslegung der konkreten Grundgesetznormen, aus denen der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gewonnen wird, zu überlagern.

Was folgt daraus? Die Vielfalt der verfassungsrechtlichen Normen, die sich zu internationalen und völkerrechtlichen Fragen verhalten, stellt den konkreten Erkenntnisgewinn und die Steuerungskraft dieser Normen für den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in Frage. Die Vorstellung, dass man hieraus konturenscharfe Vorgaben für Inhalt und Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit ableiten könnte, erscheint zweifelhaft.²⁸ Was bleibt, ist ein grundsätzliches, starkes Bekenntnis zum Völkerrecht und zur internationalen Einbindung und Öffnung der deutschen Rechtsordnung, dessen normative Konturen aber noch unscharf erscheinen.

III. Normgehalte

Die Unsicherheiten nehmen weiter zu, richtet man den Blick auf die für die innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts und damit für die Frage der Völkerrechtsfreundlichkeit zentralen Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG.

1. Art. 25 GG

Im Hinblick auf die innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts bringt Art. 25 GG die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes am deutlichsten zum Ausdruck:²⁹ Die Vorschrift begründet die automatische innerstaatli-

²⁷ BVerfGE 141, 1 (21 ff.); zustimmend *Kees* (Fn. 6), 87 f.; *Martin Nettesheim*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, München: C.H. Beck, Stand: Februar 2020, Art. 59 Rn. 184 ff.; *Bernhard Kempen*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 59 Rn. 92 f.; *Abend* (Fn. 10), 104 ff.; *Marcel Krumm*, Legislativer Völkervertragsbruch im demokratischen Rechtsstaat, AöR 138 (2013), 363–410 (391 ff.).

²⁸ Hinzu kommt, dass auch innerhalb des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit und stärker noch im Grundsatz der offenen Staatlichkeit selbst inhaltliche Spannungslagen angelegt sind, siehe dazu *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 458 f.

²⁹ *Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 13; *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 6 Rn. 20; siehe auch BVerfGE 6, 309 (362).

che Geltung völkerrechtlicher Normen und erweist sich damit als ausgesprochen völkerrechtsfreundlich. Sie stellt das Völkerrecht über die Gesetze und entzieht es damit sogar dem Zugriff des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Und sie erkennt an, dass das Völkerrecht unmittelbar Rechte und Pflichten begründen kann, und verdeutlicht damit die Bedeutung des Völkerrechts für innerstaatliche Rechtsanwendungsprozesse vor deutschen Behörden und Gerichten.

Die Sache hat bekanntlich nur einen Haken: Art. 25 GG spricht nicht vom Völkerrecht, sondern von den allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Das Bundesverfassungsgericht und die nahezu einhellige Auffassung im Schrifttum verstehen diese Einschränkung so, dass nur das ungeschriebene Völkerrecht, also insbesondere das Völkergewohnheitsrecht, zu dem auch das zwingende Völkerrecht zählt, sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Art. 25 GG erfasst werden, völkerrechtliche Verträge hingegen nicht.³⁰

Bei näherer Betrachtung erweist sich diese heute nahezu unangefochtene Position allerdings als angreifbar. Der Begriff der allgemeinen Regeln des Völkerrechts baut – abgesehen von einer Referenz an das internationale Prisenrecht³¹ – nicht auf völkerrechtlichen Kategorien auf. Schon zu Art. 4 Weimarer Reichsverfassung (WRV), der noch von den „allgemein *anerkannten* Regeln des Völkerrechts“ sprach, ist auf der Grundlage der Entstehungsgeschichte und der nachfolgenden Diskussion in der Wissenschaft unklar, welche Völkerrechtsquellen einbezogen sein sollten.³² *Gerhard Anschütz* etwa ging davon aus, dass auch völkerrechtliche Verträge einbezogen werden sollten,³³ andere widersprachen dieser Auffassung.³⁴ Da Art. 25 GG auf Art. 4 WRV aufbaut und nur die Einschränkung, dass es sich um „anerkannte

³⁰ Siehe BVerfGE 141, 1 (17 f.) m. w. N.; *Schweitzer/Dederer* (Fn. 6), Rn. 871 ff.; *Streinz* (Fn. 21), Rn. 22 ff.; *Herdegen* (Fn. 10), Rn. 34; *Georgios Papadimitriou*, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Berlin: Duncker & Humblot 1972, 79 f.; dass sich selbst auf der Grundlage dieser restriktiven Lesart von Art. 25 GG nicht zwingend der Umkehrschluss ergibt, dass die Gesetzgebung an andere völkerrechtliche Regelungen nicht gebunden ist, betont zutreffend *Klaus Vogel*, Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 52 (1997), 161–167 (162).

³¹ *Frank Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 37 ff.; *Laila Schestag*, Weimar International, Zur Entstehung und Bedeutung von Artikel 4 WRV, JöR n. F. 70 (2022), 373–413 (385 ff.); weitergehende Bedeutung misst dieser Bezugnahme jedoch *Rensmann* (Fn. 15), 46 bei.

³² Siehe *Wolfgang Pigorsch*, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg: Hansischer Gildenverlag 1959, 10.

³³ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Berlin: Verlag von Georg Stilke 1933, Art. 4 Nr. 3, 6.

³⁴ Siehe etwa *Herbert Kraus*, Verwaltungsfunktionen der Legislative auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten (Staatsverträge, Krieg und Frieden), in: *Gerhard Anschütz/Richard Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen: Mohr, 1932, 341–358 (353).

te“ Regeln handeln muss, fallen lässt,³⁵ wirken diese Unsicherheiten unter dem Grundgesetz fort:

In den Diskussionen im Parlamentarischen Rat³⁶ lassen sich einerseits in der Tat Stellungnahmen ausmachen, die eine Beschränkung des Art. 25 GG auf das ungeschriebene Völkerrecht nahelegen. Insbesondere die Debatte darüber, ob – anders als unter Art. 4 WRV – auch völkerrechtliche Normen, denen die Bundesrepublik nicht explizit zugestimmt hat, von Art. 25 GG erfasst werden sollen, bezieht sich ersichtlich auf das Völkergewohnheitsrecht. Andererseits finden sich auch zahlreiche allgemein auf das Völkerrecht bezogene Aussagen in den Debatten, die keine entsprechende Einschränkung erkennen lassen. Vor allem aber werden als Beispiele für völkerrechtliche Regeln, die von Art. 25 GG erfasst werden sollen, nahezu ausschließlich völkerrechtliche Verträge genannt. Zum Teil lassen sich diese als völkervertragliche Kodifizierung von Völkergewohnheitsrecht verstehen, wie die Regeln der Haager Landkriegsordnung. Insofern ist die Bezugnahme auf einen völkerrechtlichen Vertrag mit der Beschränkung des Art. 25 GG auf Völkergewohnheitsrecht vereinbar, weil allgemein anerkannt ist, dass gewohnheitsrechtliche Regeln in völkerrechtlichen Verträgen kodifiziert sein können, dadurch aber ihre gewohnheitsrechtliche Existenz nicht verlieren und folglich weiterhin als Gewohnheitsrecht über Art. 25 GG in die deutsche Rechtsordnung gelangen. Zum Teil scheidet ein solches Verständnis allerdings aus, etwa wenn im Parlamentarischen Rat der für die Entwicklung des Kriegs- und Gewaltverbots bahnbrechende Briand-Kellogg-Pakt genannt wird oder auf die im Entstehen befindliche Völkermordkonvention hingewiesen wird. Die genannten Verträge stellten zum Zeitpunkt der Beratung des Grundgesetzes keinesfalls bloße Kodifikationen bestehenden Völkergewohnheitsrechts dar. Gleichwohl gingen zumindest mehrere Mitglieder des Parlamentarischen Rates davon aus, dass es sich um allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG handeln würde, soweit ersichtlich ohne Widerspruch.

Dazu passt die Aussage von *Carlo Schmid*, die Regelung des Art. 25 GG „könne nicht gelten für das normale kontraktuelle Völkerrecht, wo die Staaten Verträge über bestimmte Einzeldinge abschließen“,³⁷ ein Gedanke, der sich bereits in der Kommentierung von Art. 4 WRV durch *Gerhard*

³⁵ Aufschlussreich zum dabei zum Ausdruck gelangenden Missverständnis der Weimarer Praxis und Diskussion *Schestag* (Fn. 31), 412, Fn. 215.

³⁶ Siehe die Darstellung in JöR n. F. 1 (1951), 229 ff.; ausführliche Nachweise bei *Mehrdad Payandeh*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, NJW 2016, 1279–1282 (1280); siehe nun auch *Helmut Aust*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2021, Art. 25 Rn. 32.

³⁷ JöR n. F. 1 (1951), 230.

Anschütz ausmachen lässt.³⁸ Hier taucht der in der Völkerrechtswissenschaft zumindest früher verbreitete Gegensatz zwischen *contract treaties*, also bloßen Austauschverträgen, und *law-making treaties* mit einem weitergehenden, abstrakt-generellen Regelungsanspruch auf.³⁹ Klassische bilaterale Verträge und andere Verträge mit einem eingeschränkten Regelungsgegenstand sollten nicht Art. 25 GG unterstellt werden. Dass völkerrechtliche Verträge kategorisch vom Anwendungsbereich des Art. 25 GG ausgenommen sein sollten, wird hingegen nicht ersichtlich. Daher verwundert es auch nicht, dass in der Anfangszeit der Bundesrepublik mehrheitlich davon ausgegangen wurde, dass auch völkerrechtliche Verträge allgemeine Regeln des Völkerrechts enthalten können, und zwar unabhängig von der Frage, ob diese bereits zuvor völkergewohnheitsrechtlich anerkannt waren.⁴⁰ Erst mit der Zeit stellte sich der weitgehende Konsens hinsichtlich der Beschränkung der Vorschrift auf das ungeschriebene Völkerrecht ein.

Aufschlussreich ist zudem der Streit um die Einbeziehung regionalen Völkergewohnheitsrechts: Soweit mit Blick auf den Wortlaut des Art. 25 GG eine solche Einbeziehung abgelehnt wird,⁴¹ führt dies zur Lückenhaftigkeit der grundgesetzlichen Regelungen über die innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts, weil es dann keine Norm im Grundgesetz gibt, die das partikulare Völkerrecht regelt.⁴² Die insbesondere mit Blick auf Art. 59 Abs. 2 GG und die darunter subsumierte Einbeziehung völkerrechtlicher Verträge zugrunde gelegte Vorstellung, das Grundgesetz enthalte ein umfassendes und kohärentes System der innerstaatlichen Wirkungen völkerrechtlicher Normen, dessen Inhalt nicht durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit überlagert werden dürfe, wird hierdurch in Zweifel gezogen. Das gilt in

³⁸ *Anschütz* (Fn. 33), Art. 4 Nr. 3.

³⁹ Dazu *Markus Krajewski*, Völkerrecht, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 4 Rn. 26; für überholt erklärt wird die Unterscheidung bereits bei *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1984, 339.

⁴⁰ Siehe mit weiteren Nachweisen *Pigorsch* (Fn. 32), 10 f. und 96 ff., der die Erstreckung des Art. 25 GG auf das Vertragsrecht als „ganz überwiegend herrschende Ansicht“ (11) bezeichnet; *Wilhelm Grewe*, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), 129-266 (148 f.); später dann *Wilhelm Karl Geck*, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen: Mohr Siebeck 1976, Bd. 2, 125-153 (130 f.); vorsichtige Öffnung des Art. 25 GG für universell geltende völkerrechtliche Verträge auch bei *Rainer Hofmann*, Art. 25 GG und die Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts, ZaöRV 49 (1989), 41-60 (47); weitere Nachweise bei *Rauschnig* (Fn. 5), 296, Fn. 45.

⁴¹ Siehe *Frank Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München: C.H. Beck 2017, § 3 Rn. 10 ff.; *Herdegen* (Fn. 10), Rn. 38; *Kunig/Uerpmann-Witzack* (Fn. 7), Rn. 140 ff.

⁴² Zu dieser Konsequenz *Albert Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, Berlin: Duncker & Humblot 1975, 291 f.

besonderem Maße vor dem Hintergrund, dass rein bilaterales Völkergewohnheitsrecht regelmäßig nicht unter Art. 25 GG subsumiert wird,⁴³ sodass für dieses keine verfassungsrechtliche Regelung besteht.⁴⁴ Nimmt man demgegenüber an, dass Art. 25 GG auch das regionale Völkergewohnheitsrecht erfasst,⁴⁵ relativiert das die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „allgemein“ und damit das Dogma, dass völkerrechtliche Verträge nicht unter Art. 25 GG fallen.

2. Art. 59 Abs. 2 GG

Von wesentlicher Bedeutung für den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ist schließlich Art. 59 Abs. 2 GG: Die Vorschrift dient einerseits als systematisches Argument dafür, dass der völkerrechtsfreundliche Art. 25 GG nur das ungeschriebene Völkerrecht erfassen soll.⁴⁶ Andererseits wird Art. 59 Abs. 2 GG eine innerstaatliche Rangzuweisung für völkerrechtliche Verträge entnommen: Diese sollen in der deutschen Rechtsordnung den Rang des Zustimmungsgesetzes teilen, mit den bekannten Konsequenzen des Vorrangs des Grundgesetzes als *lex superior* und des Vorrangs zeitlich nachfolgender Bundesgesetze als *leges posteriores*.⁴⁷ Eine Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge besteht danach nicht,⁴⁸ und diese

⁴³ Siehe Herdegen (Fn. 10), Rn. 39; Hans-Joachim Cremer, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2013, § 235 Rn. 17, Fn. 80; Christian Tomuschat, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg: C. F. Müller, Stand: März 2019, Art. 25 Rn. 22; anders Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht (Fn. 42), 291; Schweitzer/Dederer (Fn. 6), Rn. 878.

⁴⁴ Für eine analoge Anwendung von Art. 25 GG daher Herdegen (Fn. 10), Rn. 40; Krajewski (Fn. 39), § 5 Rn. 27.

⁴⁵ Christian Koenig/Doris König, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2018, Art. 25 Rn. 31; Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 15 f.; Bleckmann, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 4), 313.

⁴⁶ Cremer (Fn. 43), Rn. 10; Herdegen (Fn. 10), Rn. 9, 42 ff.; Geiger (Fn. 24), 148 f.; Knop (Fn. 5), 139; Stephan Hobe, in: Wolfram Höfling/Steffen Augsberg/Stephan Rixen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin: Erich Schmidt Verlag, Stand: Dezember 2011, Art. 25 Rn. 26.

⁴⁷ Kempen (Fn. 27), Rn. 92 f.; Streinz (Fn. 21), Rn. 60 ff.; Werner Heun, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2015, Art. 59 Rn. 47; Röben (Fn. 24), 67; Walter Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 1967, 212 ff.

⁴⁸ Aus der Rechtsprechung BVerfGE 6, 309 (362 f.); BVerfGE 41, 88 (120 f.); siehe auch BVerfGE 68, 1 (107); BVerfGE 77, 170 (233 f.); ausführlich dann BVerfGE 141, 1 (15 ff.); anders aber BVerfGE 132, 134 (161 f.); aus dem Schrifttum statt vieler Nettesheim (Fn. 27), Rn. 186 f.; Kempen (Fn. 27), Rn. 92 f.; Funke (Fn. 7), 835 ff.

Wertung des Art. 59 Abs. 2 GG dürfe auch nicht unter Berufung auf den ungeschriebenen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit überspielt werden.⁴⁹

Demgegenüber gilt es zu betonen, dass Art. 59 Abs. 2 GG sich zu den innerstaatlichen Wirkungen völkerrechtlicher Verträge gar nicht verhält.⁵⁰ Schon seinem Wortlaut nach regelt er ausschließlich das innerstaatliche Verfahren des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge. Auch die systematische Stellung der Vorschrift im organisationsverfassungsrechtlichen Teil des Grundgesetzes legt eine weitergehende Lesart nicht nahe. Ob das Zustimmungsgesetz die innerstaatliche Wirkung völkerrechtlicher Verträge regelt, wurde zwischen den Abgeordneten *Fritz Hoch* und *Carlo Schmid* diskutiert, wobei *Schmid* betonte, dass Art. 59 Abs. 2 GG in zeitlicher Hinsicht vor dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge ansetzt und sich zu den innerstaatlichen Wirkungen nicht verhält.⁵¹ Die Ableitung einer innerstaatlichen Rangzuweisung aus Art. 59 Abs. 2 GG stellt jedenfalls einen „interpretativen Überschuss“⁵² dar, der freilich an Diskussionen unter der Weimarer Verfassung anschließen kann.⁵³

Und auch wenn man dem Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG eine Doppelfunktion beimessen und darin sowohl die Erlaubnis zur Ratifikation eines Vertrages als auch den Rechtsanwendungsbefehl für dessen innerstaatliche Geltung sehen will, ist die Annahme eines Gleichlaufs zwischen dem Rang des Zustimmungsgesetzes und dem Rang des völkerrechtlichen Vertrages⁵⁴ keinesfalls zwingend,⁵⁵ insbesondere auf dem Boden der Vollzugstheorie.⁵⁶ Das Zustimmungsgesetz ist keine gewöhnliche Form der Gesetzgebung, sondern ein Akt der Mitwirkung an der Herbeiführung

⁴⁹ *Herdegen* (Fn. 10), Rn. 11.

⁵⁰ Das betonen auch *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 6 Rn. 48; *Aust* (Fn. 36), Rn. 32; *Thomas Kleinlein*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg: C. F. Müller, Stand: Juni 2022, Art. 59 Rn. 511; *Rauschnig* (Fn. 5), 298 f.; *Sternberg* (Fn. 15), 93 f.; *Lando Kirchmair*, Ist Art 59 Abs 2 GG tatsächlich dualistisch?, ZöR 72 (2017), 515-547 (521 ff., 535 ff.).

⁵¹ JöR n.F. 1 (1951), 415; abweichende Lesart der Debatte bei *Kempen* (Fn. 27), Rn. 29; *Kleinlein* (Fn. 50), Rn. 164.

⁵² *Schorkopf*, Staatsrecht (Fn. 41), § 3 Rn. 1, 124 f.

⁵³ Hierzu *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 162; *Rudolf* (Fn. 47), 205 ff.; zur Zurückverfolgung der Praxis bis zum Kaiserreich *Rauschnig* (Fn. 5), 288 ff.

⁵⁴ Statt vieler *Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 26; *Kees* (Fn. 6), 67, 84; *Kempen* (Fn. 27), Rn. 92; *Streinz* (Fn. 21), Rn. 63.

⁵⁵ So auch *Nettesheim* (Fn. 27), Rn. 183 f.; *Schorkopf*, Staatsrecht (Fn. 41), § 3 Rn. 132 f.; *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 162; *Rauschnig* (Fn. 5), 301; siehe zudem *Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 8), 487; rechtstheoretisch begründete Zweifel bei *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 6 Rn. 14; *Martin Schäfer*, Treaty Overriding, Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, 137 ff.

⁵⁶ Siehe *Kunig/Uerpmann-Witzack* (Fn. 7), Rn. 118; *Calliess*, Staatsrecht (Fn. 22), § 4 Rn. 45; *Kirchmair* (Fn. 50), 535 f.

völkervertraglicher Bindung.⁵⁷ Konsequenterweise stellt Art. 59 Abs. 2 GG daher auch nicht auf die Gesetzgebung als Funktion, sondern auf die für die Gesetzgebung zuständigen Körperschaften ab. Das Zustimmungsgesetz gibt diesen Körperschaften keine Befugnis zur legislativen Gestaltung: Sie können das Rechtsetzungsverfahren nicht initiieren oder beeinflussen⁵⁸ und die Exekutive nicht dazu verpflichten, den Vertrag, dem sie zugestimmt haben, zu ratifizieren.⁵⁹ Das Zustimmungsgesetz hat vielmehr die Funktion, den innerstaatlichen Vollzug der von der Bundesrepublik eingegangenen Verträge sicherzustellen.⁶⁰ Und auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass das Zustimmungsgesetz „funktionell betrachtet nicht Gesetzgebung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG darstellt“⁶¹ und charakterisiert die parlamentarische Mitwirkung als „Regierungsakt in Form eines Bundesgesetzes“.⁶²

Das Zustimmungsgesetz steht damit in engem, ja untrennbarem Zusammenhang mit der Herbeiführung völkervertraglicher Bindung. Dass der Gesetzgeber nach freien Stücken von dieser nach den Vorgaben des Grundgesetzes herbeigeführten Bindung soll abweichen können, ist daher alles andere als zwingend und folgt schon gar nicht – wie das Bundesverfassungsgericht meint⁶³ – aus dem Demokratieprinzip.⁶⁴ Dass Gesetzgebung grundsätzlich revisibel sein muss, gilt nicht ohne Weiteres für den Zustimmungssatz zu einem völkerrechtlichen Vertrag. Es erscheint vielmehr begründungsbedürftig – und im Ergebnis nicht überzeugend⁶⁵ –, dass das Demokratieprinzip gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit auch um den Preis der Völkerrechtsverletzung verlangt.

⁵⁷ Siehe bereits *Florian Becker*, Völkerrechtliche Verträge und parlamentarische Gesetzgebungskompetenz, NVwZ 24 (2005), 289–291 (291).

⁵⁸ *Christina Henrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verteidigung der Demokratie, NVwZ 35 (2016), 668–671 (669).

⁵⁹ Siehe BVerfGE 68, 1 (85 f.); BVerfGE 90, 286 (358); *Christian Callies*, Auswärtige Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2006, § 83 Rn. 26.

⁶⁰ *Kempen* (Fn. 27), Rn. 37; *Streinz* (Fn. 21), Rn. 21; *Sauer*, Staatsrecht (Fn. 5), § 4 Rn. 37.

⁶¹ BVerfGE 68, 1 (87).

⁶² BVerfGE 1, 372 (394 f.); BVerfGE 90, 286 (357).

⁶³ BVerfGE 141, 1 (21 ff.).

⁶⁴ Kritisch wie hier *Ulrich Fastenrath*, Anmerkung zum Treaty Override-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, JZ 71 (2016), 636–640 (639); *Henrich* (Fn. 58), 669 f.; *Kirchmair* (Fn. 50), 540 f.; siehe auch *Funke* (Fn. 7), 836 f., der die Argumentation mit dem Demokratieprinzip kritisiert, im Ergebnis aber gleichwohl keine Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge annimmt.

⁶⁵ *Payandeh*, Grenzen (Fn. 36), 1281 f.

3. Zwischenergebnis

Was folgt aus diesen Überlegungen? Die aufgeworfenen Zweifel gehen nicht so weit, dass man ohne weiteres alle oder wesentliche völkerrechtliche Verträge unter Art. 25 GG subsumieren könnte. Und auch Art. 59 Abs. 2 GG begründet keinen Übergesetzesrang für völkerrechtliche Verträge. Die beiden Vorschriften erweisen sich allerdings als offener als gemeinhin angenommen: Weder enthält Art. 25 GG eine Absage an eine Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge noch lässt sich dem Zusammenspiel der beiden Normen die Wertung entnehmen, dass der Gesetzgeber frei über völkerrechtliche Verträge disponieren kann.

IV. Normkontext

Der Aussagegehalt der verfassungsrechtlichen Normen, die zur Begründung der Völkerrechtsfreundlichkeit herangezogen werden, muss drittens mit Blick auf das Bezugsobjekt dieser Normen, nämlich das Völkerrecht, relativiert werden.

1. Wandel des Völkerrechts

Das Völkerrecht, das die Mütter und Väter des Grundgesetzes 1948 und 1949 vor Augen hatten und verfassungsrechtlich verarbeiten wollten, hat mit dem Völkerrecht, wie es sich mehr als 70 Jahre später darstellt, in vielerlei Hinsicht nicht mehr viel zu tun.⁶⁶ Wenige Schlagworte müssen an dieser Stelle genügen: Bedeutungszuwachs multilateraler, universeller Verträge;⁶⁷ zunehmende Ausdifferenzierung des Völkergewohnheitsrechts;⁶⁸ Rechtserzeugung durch Resolutionen der Generalversammlung, deren völkerrechtlicher Bedeutung die Qualifizierung als *soft law* kaum mehr gerecht wird;⁶⁹ Interpretation, Konkretisierung und Fortentwicklung durch die International Law Commission, durch internationale und regionale Gerichte sowie Vertragsgremien;⁷⁰

⁶⁶ Dazu auch *Abend* (Fn. 10), 51 ff.

⁶⁷ Siehe *Verdross/Simma* (Fn. 39), 335; *Schorkopf*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 6), 148.

⁶⁸ Siehe *Omri Sender/Michael Wood*, Custom's Bright Future: The Continuing Importance of Customary International Law, in: Curtis Bradley (Hrsg.), Custom's Future, Cambridge: Cambridge University Press 2016, 360-370.

⁶⁹ *José Enrique Alvarez*, The Impact of International Organizations on International Law, Leiden: Brill 2017, 142 ff.

⁷⁰ Siehe *Anthea Roberts/Sandesh Sivakumaran*, The Theory and Reality of the Sources of International Law, in: Malcolm Evans (Hrsg.), International Law, 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2018, 89-116 (112 f.).

und vor allem der qualitative Wandel des Völkerrechts, das insbesondere, aber nicht nur⁷¹ über die Menschenrechte zunehmend subjektive Rechtspositionen begründet und innerstaatlich anwendbare oder umzusetzende Vorgaben enthält.⁷²

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates konnten diese Entwicklungen natürlich nicht vorhersehen. Es ist daher keine wohlfeile Kritik, sondern eine bloße Feststellung, dass ihre Vorstellung vom Völkerrecht zur heutigen Völkerrechtsordnung kaum mehr passt. Wie sie entschieden hätten, wenn sie diese Entwicklung vorhergesehen hätten, ist für die Auslegung des Grundgesetzes keine relevante Frage. Bedeutsam ist allerdings, dass es zu Wertungswidersprüchen kommt, wenn man dem Grundgesetz und insbesondere den Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG die Aussage entnimmt, dass dem an Relevanz verlierenden und demokratisch nur schwach legitimierten Völkergewohnheitsrecht innerstaatlich eine höhere Bedeutung zukommt als dem zentralen und von expliziter Zustimmung von Regierung und Parlament getragenen Vertragsrecht.⁷³

2. Wertungswidersprüche und Reibungen

Schon der Parlamentarische Rat hat gesehen, dass eine Norm des Völkergewohnheitsrechts auch in einem völkerrechtlichen Vertrag kodifiziert sein kann und dann parallel in Form beider Rechtsquellen existiert.⁷⁴ Die allgemeine Auffassung, dass die Gewohnheitsrechtsnorm dann über Art. 25 GG, die Vertragsnorm über Art. 59 Abs. 2 GG innerstaatlich gilt,⁷⁵ wird dem komplexen Zusammenspiel der Völkerrechtsquellen nicht

⁷¹ Siehe *Anne Peters*, *Jenseits der Menschenrechte*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

⁷² Grundlegend *Wolfgang Friedman*, *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons 1978, 60 ff.

⁷³ Entsprechende Zweifel auch bei *Aust* (Fn. 36), Rn. 32; *Fastenrath* (Fn. 64), 640; *Kleinlein* (Fn. 50), Rn. 526; *Paulina Starski*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, *Grundgesetz*, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2021, Art. 59 Rn. 106; Rechtfertigung der Unterscheidung hingegen bei *Tomuschat*, Art. 25 GG (Fn. 43), Rn. 38.

⁷⁴ Siehe die Anerkennung in IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), *Jurisdiction and Admissibility*, Urteil v. 26.11.1984, ICJ Reports 1984, 392, Rn. 73; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits*, Urteil v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14, Rn. 172 ff.

⁷⁵ Siehe *Karl Josef Partsch*, *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht*, *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Bd. 6, Karlsruhe: C. F. Müller 1964, 13 (71 f.); *Kunig/Uerpmann-Witzack* (Fn. 7), Rn. 137; *Tomuschat*, Art. 25 GG (Fn. 43), Rn. 39 f.; ausführlich *Alexander Proelß*, *Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 32 ff.

gerecht.⁷⁶ Sobald eine Gewohnheitsrechtsnorm in einem Vertrag kodifiziert ist, findet auf völkerrechtlicher Ebene regelmäßig die vertragliche Norm Anwendung. Sie prägt den Diskurs, sie wird von Gerichten und Vertragsgremien ausgelegt und angewendet und sie bildet den Gegenstand der Staatenpraxis, die für die Auslegung und Fortentwicklung von entscheidender Bedeutung ist.⁷⁷ Dass die entsprechende gewohnheitsrechtliche Norm denselben Inhalt hat wie die dergestalt konkretisierte und fortentwickelte vertragliche Norm, wird man oftmals nicht sagen können. Die Kodifizierung einer völkerrechtlichen Norm, die auf der Ebene des Völkerrechts zu Klarheit führt, die Regel konkretisiert und vielfach in ein institutionelles und zum Teil judikatives Gefüge einbettet, führte daher in vielen Fällen zu einer innerstaatlichen Herabwertung dieser Völkerrechtsnorm. Völkerrechtlicher Fortschritt führte zu innerstaatlichem Bedeutungsverlust.

Neben der Parallelität von Gewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht erweist sich das Zusammenspiel der beiden Rechtsquellen als problematisch. So können zu einem gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz völkervertragliche Ausnahmen bestehen: Die völkergewohnheitsrechtliche Immunität bestimmter staatlicher Amtsträger wird beispielsweise durch die Vertragsparteien des Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof eingeschränkt.⁷⁸ Diesem Problem wird üblicherweise durch die Annahme begegnet, dass eine völkergewohnheitsrechtliche Norm die innerstaatliche Rechtsordnung nur mit dem Inhalt erreicht, den sie auf der völkerrechtlichen Ebene hat, also auch mit allen Ausnahmen und Durchbrechungen, selbst wenn diese auf völkerrechtliche Verträge zurückzuführen sind.⁷⁹ Dieser Ansatz mag zu überzeugenden Ergebnissen führen, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die völkerrechtliche Lage sich erst aus dem Zusammenspiel von geschriebenem und ungeschriebenem Völkerrecht ergibt. Es erscheint daher wenig stimmig, einerseits eine völkergewohnheitsrechtliche Norm über Art. 25 GG in die deutsche Rechtsordnung zu überführen, selbst wenn sich der Gehalt dieser Norm erst im Zusammenspiel mit einem völkerrechtlichen Vertrag ergibt, andererseits aber zu betonen, dass Art. 25 GG nur das ungeschriebene Völkerrecht erfasst.

⁷⁶ Siehe bereits *Bleckmann*, Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 5), 141; *Kirchmair* (Fn. 50), 539 f.

⁷⁷ Siehe ILC, Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/73/10 (2018), Rn. 51.

⁷⁸ Art. 27 Abs. 2 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v. 17.7.1998, UNTS 2187, 3; dazu *Kai Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl., München: C. H. Beck 2018, § 7 Rn. 101 ff.

⁷⁹ *Tomuschat*, Art. 25 GG (Fn. 43), Rn. 83 f.; *Kunig/Uerpmann-Witzack* (Fn. 7), Rn. 138.

3. Konsequenzen

Was folgt aus diesen Überlegungen zum Wandel des Völkerrechts? Der Wille des Verfassungsgebers war erkennbar auf eine internationale Öffnung der deutschen Rechtsordnung und auf einen weitgehenden Gleichlauf von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht ausgerichtet. Nach *Carlo Schmid* sollte „in dubio zugunsten der Geltung des Völkerrechts“ judiziert werden,⁸⁰ und *Heinrich von Brentano* betonte, dass das Völkerrecht unter allen Umständen dem Bundesrecht vorgehe, auch dem Bundesverfassungsrecht.⁸¹ Dass das grundgesetzliche Bekenntnis zu offener Staatlichkeit und Völkerrechtsfreundlichkeit auch und vielleicht sogar primär von dem Wunsch getragen war, Besatzung, Teilung und Isolation Deutschlands zu überwinden,⁸² relativiert diese im Text des Grundgesetzes zum Ausdruck gelangende Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt nicht. Es ging den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates auch ersichtlich nicht darum, strikt zwischen verschiedenen Rechtsquellen des Völkerrechts zu unterscheiden. Mit der Bezugnahme auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts wollten sie vielmehr bedeutsame, von allen oder nahezu allen Staaten anerkannte Völkerrechtsregeln erfassen.⁸³ Das betrifft heute aber nicht mehr nur und nicht einmal primär völkergewohnheitsrechtliche Regeln, sondern vielmehr die Charta der Vereinten Nationen (UN), grundlegende Menschenrechtsabkommen und Regelungsregimes wie das UN-Seerechtsübereinkommen oder universelle Verträge zum Schutz der Umwelt und zur Bekämpfung des Klimawandels. Die grundgesetzlichen Grundlagen der Völkerrechtsfreundlichkeit erweisen sich als offen genug, um diesen Wandel in der Völkerrechtsordnung auch verfassungsrechtlich angemessen abbilden zu können.⁸⁴ Und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bietet für diese Lesart einen Anhaltspunkt, wenn das Gericht zwar völkerrechtliche Verträge nicht unter Art. 25 GG subsumieren will, das Tatbestandsmerkmal der Allgemeinheit aber definiert als die von der überwiegenden Mehrheit der Staaten anerkannten völkerrechtlichen Regeln.⁸⁵

⁸⁰ JöR n. F. 1 (1951), 232.

⁸¹ JöR n. F. 1 (1951), 235.

⁸² *Rensmann* (Fn. 15), 38 f.; *Schorkopf*, Grundgesetz (Fn. 31), 221; *Hillgruber* (Fn. 7), Rn. 114.

⁸³ JöR n. F. 1 (1951), 232.

⁸⁴ Siehe *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 164; *Häberle* (Fn. 3), 171 f.; *Bernhardt* (Fn. 5), 157; *Menzel* (Fn. 28), 460 ff.

⁸⁵ BVerfGE 15, 25 (34); BVerfGE 95, 96 (129); BVerfGE 118, 124 (134).

V. Fazit

Das grundgesetzliche Fundament des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ist wackelig. Im Lichte der Diskussionen im Parlamentarischen Rat kann man den einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes ein Bekenntnis zu internationaler Kooperation und den Willen, möglichst einen Gleichlauf zwischen völkerrechtlichen Bindungen und innerstaatlicher Rechtslage zu erzielen, entnehmen.⁸⁶ Von einem geschlossenen Konzept der verfassungsrechtlichen Rezeption des Völkerrechts kann allerdings nicht gesprochen werden. Die Aussagekraft der grundgesetzlichen Normen, die den Gehalt des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit inhaltlich konturieren und gleichzeitig begrenzen sollen, ist überschaubar. Für Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit sind daher weniger die konkreten Regelungsgehalte dieser Normen im Einzelnen bedeutsam als vielmehr die in ihnen zum Ausdruck gelangende *ratio legis*:⁸⁷ die Grundwertung des Art. 25 GG, dass das Völkerrecht das nationale Recht überlagert,⁸⁸ und die Grundwertung der Art. 23 und Art. 24 GG, dass sich die deutsche Rechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht öffnet, und zwar auch mit Wirkungen auf Ebene des Verfassungsrechts.⁸⁹ Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit tritt darin als „Leitidee“ des Grundgesetzes⁹⁰ deutlich zu Tage.

Die grundsätzliche Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit alle staatliche Gewalt verpflichtet, Völkerrechtsverstöße nach Möglichkeit zu vermeiden,⁹¹ lässt sich entsprechend weiterdenken: Die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Rechtsbindung

⁸⁶ Siehe, mit unterschiedlichen Akzentsetzungen, *Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 9; *Bleckmann*, Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 5), 138; *Rensmann* (Fn. 15), 40 ff.

⁸⁷ Dazu bereits *Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 8), 470 ff.; im Ansatz auch schon *Vogel*, Verfassungsentscheidung (Fn. 3), 46, der diese Normen allerdings weniger mit Blick auf die innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts interpretiert, sondern vielmehr die Außengerichtetheit des Grundgesetzes herausarbeitet und daraus einen an die politischen Akteure gerichteten Gestaltungsauftrag ableitet; klarstellend und weiterführend dann *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 163.

⁸⁸ *Wollenschläger* (Fn. 10), Rn. 14.

⁸⁹ *Vogel*, Verfassungsentscheidung (Fn. 3), 3 ff., 35 ff.; *Rainer Wahl*, Internationalisierung des Staates, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Joachim Lege/Alfred Rincken/Gerhard Robbers (Hrsg.) *Verfassung – Philosophie – Kirche*: FS für Alexander Hollerbach, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 193–222 (193 ff.).

⁹⁰ *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München: C. H. Beck 1984, 476.

⁹¹ BVerfGE 111, 307 (317 f.); BVerfGE 112, 1 (26); BVerfGE 128, 326 (365); BVerfGE 141, 1 (27, 29).

aller staatlichen Gewalt lässt sich in diesem Lichte des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit so auslegen, dass sie das gesamte die Bundesrepublik bindende Völkerrecht erfasst.⁹² Auch eine grundsätzliche Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge lässt sich so begründen.⁹³ Das weitgehend akzeptierte Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes⁹⁴ erscheint dann nicht mehr als „normlogisches Rätsel“,⁹⁵ sondern als Konsequenz der verfassungsrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Befolgung des Völkerrechts. Eine verfassungsrechtliche Hypertrophie des Völkerrechts ist mit einer solchen Anerkennung der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Völkerrechts nicht verbunden. Denn das Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit ist offen für die Abwägung mit kollidierenden verfassungsrechtlichen Belangen⁹⁶ – eine Einsicht, die bereits in der diskurs-

⁹² Siehe BVerfGE 141, 1 (47) – abweichende Meinung der Richterin *Doris König*; *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 165 ff.; *Klaus Vogel*, Völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Gesetzgebung, iStR 14 (2005), 29; *Alexander Rust/Ekkehart Reimer*, Treaty Override im deutschen Internationalen Steuerrecht, iStR 14 (2005), 843-848 (846 f.); *Theodor Schweisfurth*, Die verfassungsgesichtlich eingetribte Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, NVwZ 24 (2005), 1261-1266 (1265); *Becker* (Fn. 57), 291; unmittelbar auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit abstellend *Bleckmann*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 4), 314.

⁹³ Eine grundsätzliche Bindung des Gesetzgebers bejahend auch *Vogel*, Wortbruch (Fn. 30), 165 ff.; *Rauschnig* (Fn. 5), 300; *Dagmar Richter*, Völkerrechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die unfreundliche Erlaubnis zum Bruch völkerrechtlicher Verträge, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 159-178 (176 f.); *Becker* (Fn. 57), 291; *Kleinlein* (Fn. 50), Rn. 528; *Fastenrath* (Fn. 64), 640; *Michael Stöber*, Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides, DStR 2016, 1889-1895 (1891 f.); *Klaus-Dieter Drüen*, in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse, AO/FGO, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, Stand: Mai 2022, § 2 AO Rn. 5b; auf der Grundlage rechtsvergleichender Argumentation zudem *Klaus Vogel*, Keine Bindung an völkervertragswidrige Gesetze im offenen Verfassungsstaat, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt: FS für Peter Häberle, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 481-500 (488 ff.).

⁹⁴ BVerfGE 58, 1 (34); BVerfGE 59, 63 (89); BVerfGE 64, 1 (20); BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 111, 307 (317); BVerfGE 128, 326 (367 f.); BVerfGE 141, 1 (29 f.); *Alexander Proelß*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin: Walter De Gruyter 2009, 553-584 (556); *Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung (Fn. 4), Rn. 36 ff.

⁹⁵ *Kees* (Fn. 6), 71; siehe zudem *Proelß* (Fn. 94), 559; *Knop* (Fn. 5), 209 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Rechtspluralismus als Herausforderung, ZaöRV 79 (2019), 481-501 (485).

⁹⁶ BVerfGE 141, 1 (48 f.) – abweichende Meinung der Richterin *Doris König*; siehe zudem bereits *Bleckmann*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 4), 314; *Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit (Fn. 8), 497 ff.; *Richter* (Fn. 93), 177 f.; *Starski* (Fn. 73), Rn. 107; *Knop* (Fn. 5), 258; *Frau* (Fn. 10), 107 ff.; *Drüen* (Fn. 93), § 2 AO Rn. 5b; *Moris Lehner*, Treaty Override ist nicht verfassungswidrig, iStR 25 (2016), 217-219 (218 f.); *von Arnould* (Fn. 6), Rn. 524; kritisch zum Abwägungsansatz *Heinke* (Fn. 10), 408 ff.; *Volker Neumann*, Erinnerungen an das juristisch-methodische Handwerkszeug, ZöR 77 (2022), 705-710 (709 f.); *Funke* (Fn. 7), 836 ff.

prägenden Schrift von *Klaus Vogel* zur Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit aus dem Jahr 1964 ihren Niederschlag gefunden hat.⁹⁷

Summary: The Constitutional Principle of Friendliness Towards International Law in Germany

The provisions of the Basic Law with references to international law form the foundation of the constitutional principle of friendliness towards international law. They are the basis for its content as well as for its limits. However, the content of the individual provisions of the Basic Law on the domestic effects of international law is rather unclear. The widely agreed restriction of Article 25 of the Basic Law to unwritten international law does not find sufficient support in its drafting history. And Article 59 (2) of the Basic Law does not offer any clear indication that international treaties are only accorded the status of statutory law within the domestic legal order. These two basic constitutional assumptions furthermore lead to inconsistencies and contradictions and do not do justice to the changes of the international legal order since the entry into force of the Basic Law. Against this background, the provisions of the Basic Law do not bar the acknowledgement of a constitutional requirement to observe international law, which also extends to the legislature and to international treaties.

Keywords

Friendliness towards international law – international law in the domestic legal order – the status of international law in the domestic legal order – international treaties – customary international law

⁹⁷ *Vogel*, Verfassungsentscheidung (Fn. 3), 39 ff.