

Völkerrechtsfreundlichkeit – mehr als ein Lippenbekenntnis

Anne Peters*

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg, Deutschland
apeters-office@mpil.de

Abstract	587
Keywords	588
I. Einleitung: Völkerrechtsfreundlichkeit als Teil des foreign relations law	588
II. Theorie: Rechtsdeutungspluralismus	590
III. Politik: Die Freundlichkeit des Stärkeren	593
IV. Dogmatik: Techniques de régulation	599
V. Schluss: Die Zähmung des Behemoth	605
Summary: Friendliness Towards International Law – More than Cheap Talk	607
Keywords	608

Abstract

Ein Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit kann dem nationalen bias der Rechtsanwender bei der ihnen obliegenden Koordinierung des staatlichen Rechts mit dem Völkerrecht gegensteuern. Dies ist in Zeiten des Populismus, Nationalismus und eines neuen Autoritarismus besonders wichtig. Der Beitrag beleuchtet die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Dimensionen des Grundsatzes sowie einige dogmatische Aspekte als Scharnier zwischen Theorie und Politik.

Die rechtstheoretische These lautet, dass das globale Normennetz mit dem darin herrschenden Rechtsdeutungspluralismus dann funktionieren kann, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen (insbesondere die nationalen Rechtsordnungen) ein Prinzip der „Freundlichkeit“ gegenüber den jeweils anderen Rechtsordnungen herausbilden. Die rechtspolitische These ist, dass Veränderungen des politischen Kontexts die Rahmenbedingungen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit radikal geändert haben, so dass diesem eine neue wichtige symbolische Funktion zuwächst. Um diese rechtspolitischen Aufgaben zu erfüllen und mehr als ein bloßes Lippenbekenntnis abzugeben,

* Professor Dr.; Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

sollten Rechtsanwender alte und neue dogmatische Figuren nutzen. Auf diese Weise kann eine Loyalität zur internationalen Gemeinschaft bewiesen werden, deren Stabilität im langfristigen Eigeninteresse eines jeden Staates liegt.

Keywords

foreign relations law – Rechtspluralismus – Normenkonflikte – Berücksichtigungspflicht – double standards – völkerrechtskonforme Auslegung

I. Einleitung: Völkerrechtsfreundlichkeit als Teil des foreign relations law

Ist ein Staat wie Deutschland verpflichtet, das Kriegswaffenkontrollgesetz zu ändern, um Hürden für Militärhilfe an die Ukraine zu senken? Ist ein Staat wie Deutschland verpflichtet, das deutsche Ausländer- und Asylrecht so auszulegen, dass Klimamigranten vereinfacht aufgenommen werden können? Sollte per Regierungsbeschluss entschieden werden, Technologien zur Abwehr des Meeresspiegelanstiegs zu exportieren? All diese Verhaltensweisen würden dem Völkerrecht dienen und sie würden auch konkreten Völkerrechtsnormen zu mehr Wirksamkeit verhelfen. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit legt die wohlwollende Erwägung positiver Antworten nahe, aber er schreibt sie nicht vor.¹

Die erneute Befassung mit der Idee der Völkerrechtsfreundlichkeit bewegt sich in einem sozialen und akademischen Feld, das in Deutschland als Staatsrecht III, in den USA als *foreign relations law* bezeichnet wird. Die im Sonderheft der ZaöRV versammelten Beiträge ermöglichen eine Rechtsvergleichung in diesem Feld und verfolgen damit ein Anliegen des *comparative foreign relations law*.² Das *foreign relations law* untersucht das Zusammenspiel und die aktive Koordination von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht, aus der Perspektive des nationalen Rechts bzw. der na-

¹ Monographische Aufarbeitungen: Daniel Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, Tübingen: Mohr Siebeck 2013; Berenike Schriewer, Zur Theorie der internationalen Offenheit und der Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung und ihrer Erprobung am Beispiel der EU-Rechtsordnung, Berlin: Duncker & Humblot 2017; Theresa Abend, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, Göttingen: Universitätsverlag 2019.

² Curtis A. Bradley (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford: Oxford University Press 2019; Helmut Philipp Aust/Thomas Kleinlein (Hrsg.), Encounters between Foreign Relations Law and Public International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge: Cambridge University Press 2021.

tionalen Rechtsanwender, insbesondere staatlicher Gerichte. Das nationale Recht kann hierbei als Brücke, Bastion, oder Behemoth fungieren: Brücke hin zum Völkerrecht, Bastion gegen das Eindringen von äußerem, „anderem“ Recht oder schließlich als Behemoth, als das Ungeheuer, welches das Völkerrecht (und anderes überstaatliches und nichtstaatliches Recht) gar verschlingt.³ Der Behemoth ist der terrestrische Fabelgefährte des Leviathan.⁴ Zur Beschreibung des Staates verwies Thomas Hobbes auf das Seeungeheuer, den Leviathan, obwohl das Landungeheuer, der Behemoth, das passendere Bild abgibt.

Das aktuelle Klima von Populismus, Nationalismus und neuem Autoritarismus begünstigt das Heranwachsen von Behemoth-artigem *foreign relations law*. Das Risiko einer Verdrängung völkerrechtlicher Normen durch das nationale Recht einzelner Staaten besteht zum einen in Bereichen, die an der Schnittstelle zwischen Völkerrecht und nationalem Recht stehen, wie unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht, Recht der Immunitätsausnahmen oder extraterritoriale Jurisdiktionsausübung. Völkerrecht droht jedoch auch in anderen Zusammenhängen „weggefressen“ zu werden: im Menschenrechtsschutz etwa durch exzessive Notstandsregelungen, im Investitionsschutz durch Kündigungen, im Recht des bewaffneten Konflikts durch nationalrechtlich geprägte Sichtweisen zur militärischen Besatzung und zum Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzips.⁵ Einen Nährboden bieten vor allem die Rechtsordnungen von relativ politisch, ökonomisch und militärisch mächtigen Staaten, zu denen Deutschland im 21. Jahrhundert gehört. Gegen solche Behemoth-Tendenzen ist der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ein willkommenes Gegenmittel. Er kann den Behemoth klein halten, ist aber keine Wunderwaffe gegen ihn.

Im Folgenden möchte ich die Anti-Behemoth-Wirkung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit aus rechtstheoretischer und rechtspolitischer Perspektive skizzieren sowie einige dogmatische Aspekte als Scharnier zwischen Theorie und Politik vorstellen. Meine rechtstheoretische These lautet: Das globale Normennetz mit dem darin herrschenden Rechtsdeutungspluralismus kann dann funktionieren, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen (insbesondere die nationalen Rechtsordnungen) ein Verfassungsprinzip der

³ Anne Peters, The American Law Institute's Restatement of the Law: Bastion, Bridge and Behemoth, *EJIL* 32 (2022), 1377-1397.

⁴ Hiob 40:18.

⁵ Fast immer ist die Grenze zwischen nationalstaatlicher Übergriffigkeit und staatlichem Beitrag zur Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht fließend, da auch im letzteren Fall die Praxis und Rechtsüberzeugung wichtiger Staaten de facto einen überproportionalen Beitrag leistet. Der Unterschied könnte gerade darin liegen, wie eine staatliche Rechtsbehauptung formuliert wird, ob als „offene“ oder „geschlossene“.

„Freundlichkeit“ gegenüber den jeweils anderen Rechtsordnungen herausbilden (Abschnitt II.). Die rechtspolitische These ist, dass ein solches Prinzip der Freundlichkeit im heutigen Kontext von Populismus, Antiliberalismus und *backlash* so wichtig ist wie nie zuvor. Beispielsweise hätte ein Bekenntnis zum Völkerrecht von Seiten deutscher Gerichte eine wichtige symbolische Funktion, es ist kein bloßes Lippenbekenntnis (Abschnitt III.). Um das rechtspolitische Ziel der Etablierung von *best practices* zu erreichen, sollten Rechtsanwender alte und neue dogmatischen Figuren nutzen (Abschnitt IV.). Auf diese Weise kann der Slogan der Völkerrechtsfreundlichkeit tatsächlich umgesetzt werden (Abschnitt V.).

II. Theorie: Rechtsdeutungspluralismus

Das globale Normennetz besteht aus sich vielfach gegenseitig beeinflussenden, verschränkten und konfliktierenden staatlichen, überstaatlichen und nichtstaatlichen Normen.⁶ In diesem Netz navigieren Akteure als Rechtsanwender, die verschiedene Perspektiven, jeweils aus ihrer eigenen Rechtsordnung heraus, einnehmen. In diesem Pluralismus der Rechtsperspektiven verhindert ein Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit den Tunnelblick. Und eine solche Perspektivenerweiterung ist notwendig, um faire und nachhaltige normative Steuerung, mit allen ihren Externalitäten für nicht direkt an der Rechtserzeugung Beteiligte, zu ermöglichen.

Die hier involvierten Rechtsordnungen (z. B. das nationale Recht und das Völkerrecht) sind – mit Luhmann gesprochen – „Systeme“, die jeweils ihrer eigenen Logik folgen (die „selbstreferenziell“ sind) und die sich nicht wechselseitig determinieren können, sondern lediglich „irritieren“ und strukturell gekoppelt sind.⁷ Diese Sichtweise passt zum Rechtspluralismus, der die gegenwärtige globale Normen- und Ordnungslandschaft gut abbildet und erklärt.⁸ Gemeint ist hier weder der soziologische Rechtpluralismus im Sinne von Boaventura de Sousa Santos⁹ oder Sally Engle Merry,¹⁰ noch Pluralismus im Sinne von Legitimationsvielfalt, sondern ein theoretischer Rechtspluralis-

⁶ François Ost/Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?*, Brüssel: Facultés Universitaires Saint-Louis 2002.

⁷ Siehe (ohne Bezug zum Völkerrecht) z. B. Niklas Luhmann, Neuere Entwicklung in der Systemtheorie, *Merkur* 42 (1988), 292–300 (294, 299).

⁸ Zum Teil rekurrieren Vertreter des theoretischen Rechtspluralismus auf Niklas Luhmanns „Theorie rekursiven Beobachtens von Beobachtungen, für die es keine absoluten Positionen, keine der Beobachtung entzogenen Positionen, keine einzige richtigen Ausgangspunkte“ gibt (Luhmann (Fn. 7), 298).

⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 99–120.

¹⁰ Sally Engle Merry, *Legal Pluralism, Law and Society Review* 22 (1988), 869–896.

mus, ausgehend von *Neil MacCormicks* Ideen zum Verhältnis von nationalem Recht und Recht der Europäischen Union.¹¹ Pluralismus in diesem Sinne ist keine Gegenposition zu Monismus und auch nicht das, was Ende des 19. Jahrhunderts „Dualismus“ genannt wurde. Die pluralistischen Positionen sind vielmehr auf einer Metaebene angesiedelt. Erklärungsstark erscheint vor allem der „Rechtsdeutungspluralismus“.¹²

Der Deutungspluralismus leugnet die Existenz eines absoluten, externen Beobachterstandpunkts („Gottesstandpunkt“, „God’s eye point of view“, in den Worten von *Hilary Putnam*).¹³ Jegliches Recht ist ein multiperspektivisches Phänomen.¹⁴ Alle Akteure nähern sich dem Recht aus ihrer Perspektive, die unweigerlich beeinflusst, wie sie das Recht interpretieren und anwenden. Denn Recht existiert ja nur so, wie es von jeweils situierten Akteuren erkannt und ausgelegt wird. Der Multiperspektivismus ist verschärft im internationalen Maßstab, also in der globalisierten oder transnationalisierten Welt. Die hier herrschende Pluralität der Perspektiven wird begleitet von einer Pluralität der Rechtsordnungen, einer Pluralität der juristischen Akteure, die eine Letztentscheidungsbefugnis für sich reklamieren, und von einer Pluralität der Konfliktlösungsregeln.¹⁵

Nehmen wir zwei typische Perspektiven ein (und klammern dabei die Binnenpluralität in beiden „Lagern“ aus): Internationale Akteure (Praktiker und Wissenschaftler) dürften in der Regel völkerrechtsfreundlich eingestellt sein, zumal sie dieses Recht gut kennen und versiert damit umgehen. Oft halten sie Widerstand gegen die harmonisierende und universalisierende Kraft des Völkerrechts für kurzsichtig.¹⁶ Sie behandeln staatliches Recht

¹¹ *Neil MacCormick*, Beyond the Sovereign State, M. L. R. 56 (1993), 1 (6, 9); *Neil MacCormick*, Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute, JZ 50 (1995), 797-800 (800). Hierzu Werner Schröder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, 249 ff.

¹² Matthias Jestaedt, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Rüdiger Krause/Winfried Veelken/Klaus Vieweg (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa: Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 637-674 (666).

¹³ Hilary Putnam, Reason, Truth and History, Cambridge: Cambridge University Press 1998 (orig. 1981), 50.

¹⁴ Kaarlo Tuori, European Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 78.

¹⁵ Zum Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit aus rechtspluralistischer Sicht und in Anwendung eines kollisionsrechtlichen Paradigmas zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem (deutschem) Recht: Lars Vielechner, “Friendliness” Towards Others: How the German Constitution Deals with Legal Pluralism, in: Guillaume Tusseau (Hrsg.), Debating Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for Legal Theory in the Global Age, Cham: Springer 2020, 189-228.

¹⁶ Vgl. Andrea Bianchi, Jurisdictional Immunities, Constitutional Values, and System Closures, in: Curtis A. Bradley (Hrsg.) The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford: Oxford University Press 2019, 685-699 (698).

tendenziell als bloßes Faktum,¹⁷ akzeptieren aber auch gleichzeitig, dass staatliche Akte, auch Gerichtsentscheidungen, wiederum Völkerrecht mit erzeugen, als Staatenpraxis und Ausdruck von Rechtsüberzeugung. Deshalb ist aus der völkerrechtlichen Perspektive das Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht ambivalent.

Die andere Perspektive ist die der Verfassungsrechtler und der staatlichen Gerichte: Sie bevorzugen Grundwerte des nationalen Rechts, zumal dieses Recht stärker demokratisch legitimiert ist als das Völkerrecht. Diese Grundwerte des nationalen Rechts werden von ihnen unter Umständen gegen das Eindringen von Völkerrechtsnormen, die solchen Grundwerten widersprechen, geschützt.

Jede Perspektive besitzt ihre eigene Logik und Rationalität. Zwar kommunizieren die jeweiligen Beobachter, die gleichzeitig Protagonisten in den verschiedenen Rechtsordnungen sind, miteinander. Diese Kommunikation (etwa als Dialog der Gerichte) ist aber nur punktuell und nicht notwendigerweise kohärent. Die normativen Ergebnisse sind oft kontingent, sie hängen etwa davon ab, welche Fälle überhaupt an die Gerichte gelangen.¹⁸

In diesem pluralistischen Modell gibt es keine Rechtsregeln, um über die widerstreitenden Ansprüche auf Entscheidungsbefugnis zu befinden. Die verschiedenen Akteure, insbesondere Gerichte, gehören notwendigerweise zu einer der beteiligten Rechtsordnungen, sprechen deshalb notgedrungen aus ihrer eigenen Perspektive und können logischerweise nur die Konfliktlösungs- bzw. Kollisionsregeln ihrer eigenen Rechtsordnung anwenden. In Abwesenheit einer überwölbenden institutionalisierten Macht, die einen Normenkonflikt entscheiden kann, sind die Perspektiven der diversen Akteure gleichwertig und in sich schlüssig. Weil es also keine eindeutige und einzige Perspektive (und Autorität) gibt, nach der entschieden wird, wo die Regel für die Konfliktlösung (Kollisionsregel) sitzt und welchen Inhalt sie hat, gibt es auch keine allgemein anerkannte Rangfolge zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht. Weil außerdem inkommensurable Geltungsansprüche nebeneinander bestehen, gibt es auch streng genommen keinen Geltungskonflikt. Die multiplen Ordnungen „gelten“ *a priori* gleichermaßen (nach ihrem „Geltungsgrund“).

Dies hilft den Rechtsanwendern, die Normenkonflikte entscheiden müssen, jedoch nicht weiter (hierzu unten Abschnitt IV.). Das Fehlen eines

¹⁷ ILC, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 31, Art. 32. Ein entgegenstehendes Gebot aus innerstaatlichem Recht rechtfertigt nicht die Nichterfüllung eines Vertrages (Art. 27 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, UNTS 1155, 331).

¹⁸ Bianchi (Fn. 16), 698.

letztinstanzlichen Schiedsrichters führt zur Dominanz der mächtigeren Akteure, und das sind in der Regel inländische Akteure wie das deutsche Bundesverfassungsgericht. Diese Erwägung führt zur zweiten, rechtspolitischen These.

III. Politik: Die Freundlichkeit des Stärkeren

Das Modell des Rechtspluralismus muss um eine Betrachtung der realen Machtverhältnisse ergänzt werden und außerdem die dynamische Veränderbarkeit der Perspektiven beachten. Wir sollten fragen, wer aus welchen Gründen welche Perspektive einnimmt. Wir sollten auch anerkennen, dass nicht alle Perspektiven die gleiche Chance haben, den Diskursrahmen und die Narrative zu bestimmen.

Für das bessere Verständnis der diversen Perspektiven auf die jeweiligen Verhältnisse zwischen Staaten (und ihrer Rechtsordnung) zur internationalen Gemeinschaft (und deren Recht) ist die Typologie hilfreich, die *Albert Hirschman* für das Verhalten von Mitgliedern zur übergeordneten Organisationseinheit entwickelt hat: *exit, voice, und loyalty*.¹⁹ Die internationale Gemeinschaft ist nicht institutionell verfestigt, bildet aber eine imaginierte und ideelle Einheit.

„Exit“ wäre die Verabschiedung aus dieser internationalen Gemeinschaft. Dies unternimmt Russland gegenwärtig mit einem Teilrückzug aus dem Regime um das Gewaltverbot. Die zweite Verhaltensweise, „voice“, wird aktuell verstärkt von China erprobt. China versucht, sich als *Normshaper* zu betätigen und das Völkerrecht in seinem Sinne zu ändern.

Die dritte Haltung ist „loyalty“. Prinzipien wie die deutsche Völkerrechtsfreundlichkeit oder das Unionsprinzip des „mutual trust“²⁰ sind Ausdruck einer rechtsanwendenden Haltung, die der jeweils „fremden“ Regulierung und der übergeordneten Gemeinschaft loyal begegnet. Rechtsvergleichend betrachtet, sind typischerweise folgende Staaten völkerrechtsfreundlich, wobei sich die Gruppen überlappen können: Erstens gibt es die Gruppe der neuen oder schwachen Staaten, die viel Wert auf ihre Reputation als Unterstützer der internationalen *rule of law* und internationalen

¹⁹ *Albert O. Hirschman*, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge MA: Harvard University Press 1970. So die International Law Association, Study Group on the Engagement of Domestic Courts with International Law, Conference Study Group Report Johannesburg: „Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law“, 2016, 14 <<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1440&StorageFileGuid=6eb01948-0855-4ef9-8805-a83d870cad28>>.

²⁰ Fn. 52.

Zusammenarbeit legen. Beispiele sind die Schweiz, Belgien, die Niederlande und osteuropäische Staaten nach 1990, auch die jungen Vereinigten Staaten nach ihrer Erklärung der Unabhängigkeit vom Vereinigten Königreich im Jahr 1776.

Eine zweite Gruppe bilden Staaten, die zuvor international geächtet waren, wie das Post-Apartheid-Südafrika. In der Zukunft könnte ein erneuertes Russland, ein erneuerter Iran oder ein erneuertes Nordkorea in diese Gruppe fallen. Eine dritte Gruppe besteht aus Staaten, die instabil sind oder sich in einem radikalen Verfassungswandel befinden, und die das Völkerrecht als *Lock-in*-Mechanismus einsetzen wollen. Die Ukraine könnte hierzu gezählt werden.

Wichtig ist hierbei, dass sich die relativen Positionen der Staaten (und ihre Institutionen als deren „Sprecher“) in der internationalen Gemeinschaft, damit auch ihre Interessenlage und damit wiederum ihre Perspektiven auf die normative Landschaft, stetig verändern, ganz abgesehen von dieser Landschaft selbst.

Die deutsche Perspektive unterlag einem solchen Wandel: Der Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wurde vom Bundesverfassungsgericht erstmals im Urteil zum *Reichskonkordat* von 1957 erwähnt.²¹ Er wurde allerdings erst im neuen Millennium, beginnend mit den beiden Beschlüssen *Görgülü* und *Alteigentümer*, die im Abstand von weniger als zwei Wochen im Herbst 2004 erlassen wurden, dogmatisch ausgefüllt.²² Erst seit 2004 wurden konkrete rechtliche Folgerungen aus dem Schlagwort abgeleitet, etwa die Pflicht der Bundesrepublik, Völkerrechtsverletzungen „nach Möglichkeit“ zu unterlassen,²³ die Pflicht aller Staatsorgane zur Berücksichtigung des primären und sekundären Völkerrechts,²⁴ die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts, die Pflicht, „das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen“,²⁵ und die Anerkennung einer „Orientierungswirkung“²⁶ oder „normati-

²¹ Urt. v. 26.3.1957 – 2 BvG 1/55, BVerfGE 6, 309 – *Reichskonkordat*.

²² Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (317 f., Rn. 33) – *Görgülü*.

²³ Siehe für die „sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergebende Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren“ und ihre „drei Elemente“: Beschl. v. 26.10.2004 – 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 (26, Rn. 93) – *Alteigentümer*.

²⁴ BVerfG *Görgülü* (Fn. 22), 317 ff., Rn. 33–36. Nähere Ausfaltung der Berücksichtigungspflicht in drei Elemente in: BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 8.7.2010 – 2 BvR 2485/07 – BVerfGK 17, 390–407 (398, Rn. 26) – *WÜK II*: Kenntnisnahme, Auseinandersetzung und Darlegung (in der Art eines „comply or explain“).

²⁵ BVerfGE – *Alteigentümer* (Fn. 23), 26, Rn. 94.

²⁶ BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01 – BVerfGK 9, 174 (192, Rn. 61) – *Wiener Konsularrechtsübereinkommen*.

ve[n] Leitfunktion“²⁷ von Urteilen eines internationalen Gerichts, die gegen einen anderen Staat als Deutschland ergingen.

In diesen vergangenen 20 Jahren hat sich der juristische, wirtschaftliche und politische Kontext massiv geändert: Bei Verabschiedung des Grundgesetzes und zum Zeitpunkt des Konkordatsurteils war Deutschland nicht voll souverän und unterlag teilweise noch einem besetzungsähnlichen Regime. Mit dem Signal für die Eingliederung in die internationale Gemeinschaft wollte und sollte sich Deutschland – mit Nachhilfe der Alliierten – als *good citizen* präsentieren. Auch der Bezugspunkt – das Völkerrecht – hat sich qualitativ gewandelt. Während es in den 1950er Jahren noch eine dünne „Koordinations“-Rechtsordnung bildete, entwickelte es sich in der Folge enorm, vor allem im goldenen Zeitalter von 1990 bis Anfang des Milleniums. In der aktuellen Phase der Pandemie, des Ukrainekriegs und des vielfach diagnostizierten „Niedergangs“ des „Westens“ erfährt das Völkerrecht großflächige Kritik. Der *backlash* ist vielfach populistisch, autoritäratisch oder post-kolonialistisch motiviert. Er ist aber auch eine Reaktion auf die gesteigerte Invasivität des Völkerrechts. Es gibt viel mehr und wesentlich konkretere Normen als noch in den 1950ern; diese verlangen oft einen innerstaatlichen Umbau. Es existieren mehr Institutionen, welche die Umsetzung des Völkerrechts durch die Staaten überwachen, wenn sie die Implementierung auch kaum mit „harten“ Mitteln durchsetzen können. Dennoch wird es ernst, wenn internationale Gerichte entscheiden; auch einem Staat wie Deutschland können der Reputationsschaden und eventuelle weiße Sanktionen wehtun.

Gleichzeitig ist Deutschland in Europa ein wirtschaftliches und politisches Schwergewicht. Die Stellung als Hegemon hat zwei Konsequenzen: Erstens nährt sie insbesondere bei europäischen Nachbarn eine zumindest latente Sorge vor einer Schmälerung der eigenen Handlungsspielräume. Zweitens entfalten deutsche Einrichtungen, insbesondere die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, eine Vorbildwirkung.

Dies sind zwei politische Gründe, die für die Aufrechterhaltung, für eine konsistente Anwendung und sogar für einen Ausbau des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit sprechen. Die Öffnung des Staates und seiner Rechtsordnung nach außen erlaubt es nicht zuletzt aus einer Position der Stärke heraus, Einfluss auszuüben und das globale Regieren mitzustalten. Hierbei sollten deutsche Institutionen, auch die Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts, dem Vorwurf der *double*

²⁷ BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01 – BVerfGK 9, 174 (193, Rn. 62) – *Wiener Konsularrechtsübereinkommen*; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 8.7.2010 – 2 BvR 2485/07 – BVerfGK 17, 390-407 (397 f., Rn. 25) – *WÜK II*.

standards, also der Beziehung mit zweierlei Maß zu messen, keine Nahrung geben.

Ich nenne zwei Beispiele: Der *Görgülü*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat Nachahmer gefunden, insbesondere das russische Verfassungsgericht. Dieses entschied im Jahr 2015, dass es im Fall eines Konflikts zwischen Gebundenheit an die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und Verfassung verpflichtet sei, den „Vorrang der Verfassung“ sicherzustellen.²⁸ Man muss schon etwas genauer hinschauen, um von einer deutschen Warte aus diese russische Rechtsprechung kritisieren zu können. *Görgülü* hatte ausgeführt: „Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht – allerdings unter Inkaufnahme entsprechender Konsequenzen im Staatenverkehr – nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen *tragende Grundsätze der Verfassung* abzuwenden ist.“²⁹ Demgegenüber erklärte das russische Verfassungsgericht, dass es verpflichtet sei, die EMRK einzuhalten und dass ohnehin die russische Verfassung und die EMRK dieselben „Grundwerte“, nämlich den Schutz der Menschenrechte, verfolgten. Das Gericht sei jedoch dazu „gezwungen“ im Fall von Kollisionen der EMRK und der russischen Verfassung einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) dann nicht „wörtlich“ zu folgen, sofern das Straßburger Urteil „Verfassungswerten“ widerspricht.³⁰ Eine feine Unterscheidung zwischen „tragenden Grundsätzen der deutschen Verfassung“ und russischen „Verfassungswerten“ ist nicht ohne weiteres einsichtig. Es ist allein aus den Texten der Entscheidungen nicht erkennbar, welches Gericht völkerrechtsfreundlich und welches möglicherweise sogar feindlich eingestellt ist.

²⁸ Russisches Verfassungsgericht, Urteil v. 14.7.2015, Nr. 21-II/2015. engl. Übersetzung in Venice Commission, Opinion No. 832/2015, CDL-REF(2016)019, S. 15, Nr. 4: „supremacy of the Constitution“.

²⁹ BVerfG, *Görgülü* (Fn. 22), 319, Rn. 35. Die Rechtsprechung wurde gesetzlich fixiert mit Bundesgesetz der russischen Föderation Nr. 7-KFZ v. 14.12.2015 zur Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes (Verfassungsgesetz Nr. 1-FKZ v. 21.7.1994).

³⁰ Russisches Verfassungsgericht (Fn. 28): „Bound by the requirement to observe an international treaty having entered into force, such as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the *Russian Federation is nevertheless obliged to ensure the supremacy of the Constitution* of the Russian Federation within the framework of its legal system, which forces it in the event of emerging of any collisions in this field, whereas the Constitution of the Russian Federation and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are based on the same basic values of the protection of human and civil rights and freedoms, *to give preference to the requirements of the Constitution of the Russian Federation and thereby not follow literally the judgment of the European Court of Human Rights in the event if its execution contradicts constitutional values.*“ (Hervorhebung d. Verf.).

Die Görgülü-Rechtsprechung hat sich auch im Immunitätsstreit gegen Deutschland gewendet. Das italienische Verfassungsgericht hat in seinem Urteil 238 von 2014 genau die Haltung des Bundesverfassungsgerichts eingenommen, dass nämlich ein tragender Grundsatz der staatlichen Verfassung (in diesem Fall das Grundrecht auf Zugang zu Gericht) die innerstaatliche Maßgeblichkeit eines Urteils des Internationalen Gerichtshofs (IGH) verhindere.³¹

Italienische Gerichte verweigern somit im Gefolge ihres Verfassungsgerichts Deutschland die Staatenimmunität und verurteilen weiterhin Deutschland zu Entschädigungen wegen Kriegsverbrechen im Zweiten Weltkrieg. Es drohte zunächst die Vollstreckung in im Eigentum des deutschen Staates stehende Immobilien in Rom. Hierzu zählen das Deutsche Archäologische Institut, das Goethe Institut, das Deutsche Historische Institut und die Deutsche Schule.

Deutschland er hob deshalb eine zweite Klage vor dem Internationalen Gerichtshof wegen Verletzung der Vollstreckungssimmunität.³² Diese Klageerhebung übte offenbar weiteren politischen Druck auf die italienischen Institutionen aus bzw. war mit der italienischen Regierung abgestimmt. Nur einen Tag nach der Klageeinreichung richtete Italien einen Fonds ein, aus dem Bürger entschädigt wurden.³³ Dieses Dekret und insbesondere die darin enthaltene Deckelung wurde jüngst vom italienischen Verfassungsgericht als ein angemessener Ausgleich zwischen dem gerichtlichen Schutz von Opfern, die ein rechtskräftiges Urteil erlangt hatten, und der Verpflichtung Italiens zur Einhaltung des Bonner Übereinkommens von 1961 über die Entschädigung der Opfer von Kriegsverbrechen qualifiziert und somit für verfassungskonform erklärt.³⁴ Trat hier Deutschland (als „billard ball“ gesehen), doppelzüngig auf? Eines der staatlichen Organe, das Bun-

³¹ Italienisches Verfassungsgericht, Urteil Nr. 238/2014 v. 22.10.2014, Rechtserwägungen Rn. 3.4: die Vorschriften der Art. 10 Abs. 1 (die Inkorporationsnorm) und Art. 24 der Verfassung (Grundrecht auf Zugang zu Gericht) fordern, „dass dieses Gericht feststellt, ob die allgemein anerkannte Norm des Völkerrechts zur Immunität der ausländischen Staaten von der Gerichtsbarkeit, wie sie in der Völkerrechtsordnung interpretiert wird, in die Verfassungsordnung Eingang erhalten kann, sofern [in quanto non] sie nicht mit Prinzipien und unantastbaren Rechten im Konflikt steht. [...] Somit ist unvermeidlich, dass eine Völkerrechtsnorm, die mit den Prinzipien und unantastbaren Rechten im Konflikt steht, keinen Einlass in die italienische Rechtsordnung findet und daher nicht angewendet werden kann. Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen“ (Übersetzung u. Hervorhebung d. Verf.). (engl. Übers. in Oxford Database International Law in Domestic Courts: ILDC 2237 (IT 2014)).

³² *Certain questions of jurisdictional immunity and enforcement of judgments* (Germany v. Italy), Klageerhebung Deutschlands vor dem IGH v. 29.4.2022.

³³ Art. 43 des *Decreto-legge* N. 36 v. 30.4.2022, Gazzetta Ufficiale Nr. 100 v. 30.4.2022, 1.

³⁴ Italienisches Verfassungsgericht, Urteil 159/2023 v. 4.7.2023 (veröffentlicht am 21.7.2023).

desverfassungsgericht, hat in seiner Rechtsprechung tragenden Grundsätzen der Verfassung Geltung verschafft, auch gegen das Völkerrecht.³⁵ Gleichzeitig setzte die Bundesregierung einen Völkerrechtsgrundsatz (die Staatenimmunität) gegen ein tragendes Prinzip der italienischen Verfassung mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, bis hin zu mehrfacher Klagehebung, durch.

Ein zweites Beispiel: Deutsche Institutionen und auch deutschsprachige Völkerrechtswissenschaftler befürworteten bis vor kurzem praktisch einhellig die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit zum Schutz von Auslandsinvestitionen. Das änderte sich schlagartig, als der schwedische Investor Vattenfall Deutschland vor ein Schiedsgericht zog.³⁶ Plötzlich erschien die Investitionschiedsgerichtsbarkeit nicht mehr geeignet. Mitgedacht war (wenn auch selten ausdrücklich ausgesprochen), dass Schiedsverfahren jedenfalls nicht gegen *Deutschland* angemessen seien, anders als gegen lateinamerikanische Gaststaaten. Selten oder nie wurden von Kritikern eines Schiedsverfahrens gegen Deutschland die (vermeintlichen) Unterschiede zwischen der deutschen Gerichtsbarkeit und den Gerichten in den typischen lateinamerikanischen Staaten benannt, insbesondere in Bezug auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der staatlichen Richter und die Einhaltung rechtstaatlicher Verfahrensgarantien. Falls solche Unterschiede nicht belegt oder zumindest plausibel gemacht werden können, wird hier tatsächlich mit zweierlei Maß gemessen.

Der Vorwurf der „double standards“ ist beliebt, aber vielfach zu billig. Man kann gute Gründe anführen und darlegen, dass Vattenfall sich in allerster Linie an die deutschen Gerichte hätte wenden sollen und nicht den Streit in die Schiedsgerichtsbarkeit verlagern durfte.³⁷ Man kann auch aufzeigen, dass – im Kontext und in der Anwendung – der russische umfassende Souveränitätsvorbehalt gegen das Urteil des Straßburger Gerichtshofs pau-

³⁵ Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (317f., Rn. 33) – Görgülü; Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 – *Treaty Override*.

³⁶ In zwei Verfahren machte das schwedische Energieunternehmen Vattenfall eine Verletzung des Vertrags über die Energie-Charta (ECT) geltend, wegen Auflagen für das Kohlekraftwerk Hamburg-Moorburg an der Elbe zum Gewässerschutz (Vattenfall I) und wegen des Atomausstiegs von Deutschland (Vattenfall II). Vattenfall forderte insg. über 5 Milliarden Euro Schadenersatz von Deutschland („Vattenfall I“: ICSID, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, Schiedsspruch vom 11.3.2001, ICSID Case No. ARB/09/6 [formerly Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. The Federal Republic of Germany]; „Vattenfall II“: ICSID, Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12). Beide Verfahren wurden jeweils durch Vergleich abgeschlossen. Deutschland zahlte 1,425 Mrd. Euro an Vattenfall. Vattenfall nahm im Gegenzug alle Beschwerden und Klagen zurück.

³⁷ Vattenfall hatte parallele Verfahren angestrengt.

schaler und etatistischer wirkte als die (ein wenig klarer) konturierten Kriterien des *Görgülü*-Beschlusses.

Mein Argument an dieser Stelle ist, dass – trotz des größeren Störpotenzials des Völkerrechts – kein Grund für Deutschland besteht, als *Powerhouse* Europas seine grundsätzliche Haltung der Offenheit zu revidieren und zum geschlossenen Staat und zu einer Völkerrechts-Neutralität zurückzukehren. Dies gilt gerade wegen des radikal geänderten Kontexts, also zur Festigung des Vertrauens der Nachbarn und wegen der gesteigerten Verantwortung als *role model*.³⁸ In Zeiten des populistischen und antiliberalen *backlashes* gegen das Völkerrecht muss insbesondere ein wirtschaftlich und politisch starker Staat, der gewisse nationale Interessen auch gegen das Völkerrecht durchsetzen könnte, die Loyalität zur internationalen Rechtsordnung vorleben. Das Völkerrecht sollte also heute von deutschen Institutionen nicht mehr aus einer Position der Schwäche heraus, wie nach dem Zweiten Weltkrieg, sondern gerade aus der Position der Stärke heraus freundlich angewendet werden.³⁹ Eine ausdrücklich erklärte Völkerrechtsfreundlichkeit macht symbolische Rechtspolitik in einem guten Sinne, signalisiert anderen Mitgliedern der internationalen und transnationalen Gemeinschaft, dass Deutschland sein nationales Recht prinzipiell am Völkerrecht ausrichtet und entfaltet damit eine gewisse normative Kraft.

IV. Dogmatik: Techniques de réglage

Die konkrete Umsetzung dieses Grundsatzes muss mit rechtsdogmatischem Werkzeug erfolgen. Die Dogmatik bildet also ein Scharnier zwischen Rechtstheorie und Praxis. Neue Instrumente sind erforderlich, weil die eingangs erläuterte Pluralität die Rechtsanwender vor massive Probleme stellt. Nur ein (wissenschaftlicher) Beobachter kann sich damit begnügen, die Dis-

³⁸ Vgl. für die Bekämpfung der globalen Erwärmung BVerfG Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 – *Klimabeschluss*, Rn. 203: Der deutsche Staat „soll durch sein eigenes Handeln auch internationales Vertrauen stärken, dass Klimaschutz, insbesondere eine Umsetzung vertraglich vereinbarter Klimaschutzziele, auch mit Blick auf grundrechtliche Freiheiten zu lebenswerten Bedingungen gelingen kann“.

³⁹ Vgl. die Antwort des französischen Präsidenten *Macron* auf Fragen im EP zum Raketenbeschuss vom 14.4.2018 durch Frankreich, die USA und das VK auf syrische Standorte vermuteter Chemiewaffenproduktion: „Ces frappes ne règlent rien mais elles mettent fin à un système auquel nous nous étions habitués, qui est que, en quelque sorte, le camp du droit serait devenu le camp du faible.“ (*Emmanuel Macron*, European Parliament, Verbatim report of proceedings, Tuesday, 17.4.2018 – Strasbourg, 4. „Debate with the President of the French Republic, Emmanuel Macron, on the Future of Europe“ (debate), abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2018-04-17_EN.html#creitem4>).

sonanzen einfach zu konstatieren und die Autoritäts-, Rang- und Geltungsfrage offen zu lassen. Im Gegensatz dazu müssen die Teilnehmer am Rechtsprozess Normanwendungskonflikte lösen. In Situationen, in denen Normadressat widersprüchlichen Normanordnungen unterworfen sind, müssen die Rechtsanwender entscheiden, welche der kollidierenden Verpflichtungen in welcher Weise zu erfüllen sind. Genau deshalb sind Konfliktvermeidungstechniken besonders wichtig.

Als Anschauung kann der Fall *Tanja Kreil* dienen. *Kreil* wurde vom Zentrum für Nachwuchsgewinnung der deutschen Bundeswehr die von ihr gewünschte Verwendung als Instandsetzerin (Elektronik) verweigert. Das Grundgesetz schloss damals Frauen vom Waffendienst in der Bundeswehr aus.⁴⁰ Das Personalstammamt der Bundeswehr befand sich also in der Zwickmühle: Das Grundgesetz schrieb die Ablehnung von Frau *Kreil* zwingend vor, während umgekehrt die Gleichbehandlungsrichtlinie die allein auf ihrem Geschlecht beruhende Ablehnung verbot.⁴¹ Das Amt durfte sich nicht damit begnügen, einen Pluralismus der Rechtsordnungen festzustellen, sondern es musste eine Entscheidung treffen: Zulassung oder Ablehnung. Das Personalstammamt wendete (nur) das Grundgesetz an und lehnte Frau *Kreil* ab. Der Rest ist Verfassungsgeschichte.⁴²

Heute, 20 Jahre später, greifen Rechtsanwender für die Lösung solcher Normenkonflikte auf eine Reihe dogmatischer Figuren zurück. An dieser Stelle kann der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit Dogmatik anleiten. Er sollte eine Leitlinie für ihre Herausarbeitung und Verfeinerung bilden. Vorauszuschicken ist, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hier nur die Richtung angibt, er determiniert die dogmatischen Figuren nicht vollständig. Umgekehrt können staatliche Institutionen eine stärkere Wirksamkeit des Völkerrechts auch ohne Rekurs auf einen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit erreichen, und sie tun das in anderen Staaten auch vielfach.

Einschlägig sind hier Techniken, die *Mireille Delmas-Marty* als *techniques de réglage* bezeichnet hat, und die sich teilweise überlappen.⁴³ Diese Tech-

⁴⁰ Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG a. F. lautete: „Sie [Frauen] dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten.“

⁴¹ Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG (Zweite Gleichbehandlungsrichtlinie), ABl. 1976 L 39/40.

⁴² Frau *Kreil* klagte, und das Verwaltungsgericht Hannover legte dem EuGH eine Frage zur Auslegung der Richtlinie vor. Der EuGH befand, dass die Grundgesetznorm nicht mit der Richtlinie vereinbar sei (EuGH, *Tanja Kreil gegen Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, 11.1.2000). Noch im selben Jahr wurde die Diskriminierung beseitigt (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12a), v. 19.12.2000, BGBl 2000 I Nr. 56). Die Verfassungsnorm lautet seitdem: „Sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden.“ (Hervorhebung d. Verf.).

⁴³ *Mireille Delmas-Marty*, Le pluralisme ordonné, Paris: Seuil 2006, 266-277.

niken wurden und werden primär von den staatlichen Institutionen bestimmt. Denn in Ermanglung genuiner völkerrechtlicher Exekutivorgane kontrollieren die staatlichen Organe unweigerlich die Anwendung des Völkerrechts. Sie tun das mittels Inkorporationsregeln und -verfahren und mittels Konfliktvermeidungs- und Konfliktlösungstechniken. Diese Techniken sind vielfach für die Koordinierung von nationalem Recht und Europäischem Unions (EU)-Recht, auch für die Koordinierung unterschiedlicher Bereiche des Völkerrechts oder für die Koordinierung mit ausländischem Recht entwickelt worden. Obwohl jeweils die Besonderheiten der Rechtsordnungen beachtet werden müssen, eignen sich diese Techniken im Prinzip auch als Regulierungstechniken für die Koordination von nationalem Recht mit dem Völkerecht.

Erstens: Innerstaatliche (Verfassungs-)Gerichte *berücksichtigen* das Völkerrecht nach Treu und Glauben. Wichtig ist, dass auch das völkerrechtliche Sekundärrecht beachtet wird.⁴⁴ Hierzu gehören die Entscheidungen von Spruchkörpern wie der *treaty bodies*, die keine verbindlichen Urteile fällen. Im Rahmen dieser Berücksichtigung legen die nationalen Gerichte alles innerstaatliche Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, im Lichte des Völkerrechts aus.

Die zweite Technik, überlappend mit eben genannter völkerrechtsfreundlicher Berücksichtigung, ist die *wechselseitige Konform-Auslegung* („Harmonisierung“). Hier werden die Inhalte von Normen, die aus verschiedenen Rechtsbereichen stammen, und die tendenziell in unterschiedliche Richtungen weisen, soweit wie möglich konfliktvermeidend ausgelegt. Dieser „harmonisierende“ Ansatz wurde insbesondere vom Europäischen Menschenrechtsgerichtshof für die Auflösung von Spannungen zwischen Menschenrechtspflichten und sonstigem Völkerrecht, z. B. dem Recht der Staatenimmunität oder dem Recht der Vereinten Nationen, verwendet.

Beispielsweise hat der EGMR in *Jones* das Recht der Staatenimmunität und das Konventionsrecht auf Zugang zu Gericht (Art. 6 EMRK) miteinander in Einklang gebracht, indem er „die Notwendigkeit anerkannte, das Übereinkommen [die EMRK] so weit wie möglich im Einklang mit anderen Regeln des Völkerrechts auszulegen, zu denen es gehört, einschließlich derjenigen, die sich auf die Gewährung der staatlichen Immunität beziehen“. Dies veranlasste den EGMR „zu dem Schluss, dass Maßnahmen eines Staates, die

⁴⁴ Dies wird seinerseits von den völkerrechtlichen Akteuren verlangt: IGH, *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa*, Gutachten, IGJ Reports 1955, 67, Sondervotum Lauterpacht, 90, 119; Markus Benzing, International Organizations or Institutions, Secondary Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Oxford: Oxford University Press 2007, Rn. 17; Jan Klabbers, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 169.

den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts über die Staatenimmunität entsprechen, grundsätzlich nicht als unverhältnismäßige Beschränkung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht angesehen werden können“.⁴⁵ Zwar setzte sich im Fall *Jones* die Staatenimmunität voll durch, der Ansatz des EGMR erlaubt es jedoch, in anderen Fällen die „Notbremse“ zu ziehen: Eine staatliche Maßnahme im Einklang mit den völkerrechtlichen Regeln gilt nur „grundsätzlich“ („in principle“) als verhältnismäßige Grundrechtseinschränkung.

Zur Auflösung eines potenziellen Konflikts zwischen der Pflicht von EMRK-Mitgliedstaaten, verbindliche Sicherheitsratsresolutionen zu befolgen, und ihrer gegenläufigen Pflicht, die EMRK-Rechte zu respektieren, ging die Große Kammer des Straßburger Gerichtshof in *Al-Dulimi* von 2016 ähnlich vor: Sie postulierte, „dass der Sicherheitsrat nicht beabsichtigt, den Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Verletzung der Grundprinzipien der Menschenrechte aufzuerlegen“.⁴⁶ Sie führte zudem aus: „Enthält eine Resolution des Sicherheitsrates keine klare oder ausdrückliche Formulierung, welche die Achtung der Menschenrechte im Zusammenhang mit der Verhängung von Sanktionen gegen natürliche oder juristische Personen auf nationaler Ebene ausschließt oder einschränkt, muss der Gerichtshof immer davon ausgehen, dass diese Maßnahmen mit der Konvention vereinbar sind.“⁴⁷

Eine solche Vermutung zur prinzipiell völkerrechtstreuen Absicht eines Normsetzers, hier der Absicht des Sicherheitsrats, ist auch geläufig für die Auslegung nationaler Gesetze: Gerichte vermuten, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, ein Gesetz zu erlassen, das Völkerrecht bricht, es sei denn, er habe eine solche Abweichung bewusst vorgenommen und dies klar bekundet. So verfuhr beispielsweise das Schweizerische Bundesgericht in seiner sogenannten Schubertpraxis⁴⁸ und das BVerfG im sogenannten *Treaty override*-Beschluss von 2015.⁴⁹

Die dritte Technik ist als „*Solange II*“ bekannt, nach der Formulierung des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Inanspruchnahme seiner verfassungsgerichtlichen Kompetenz zur Überprüfung von Rechts-

⁴⁵ EGMR, *Case of Jones and others v. UK*, App. Nos 34356/06 u. 40528/06, Urteil v. 2.6. 2014, Rn. 189 (Hervorhebung d. Verf.).

⁴⁶ EGMR (Große Kammer), *Al-Dulimi und Montana Management Inc. v. Schweiz*, App. No. 5809/08, Urteil v. 21.6.2016, Rn. 140.

⁴⁷ EGMR, *Al-Dulimi* (Fn. 46), Rn. 140 (Hervorhebungen d. Verf.).

⁴⁸ BGE 99 I b 39 (1973) – *Schubert v. Commissione cantonale ticinese di ricorso*, deutsche Übersetzung in Praxis des BGer 62 [1973], Nr. 106, E. 3: „consapevole deroga da parte del legislatore“.

⁴⁹ Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12–, BVerfGE 141, 1 (30, Rn. 72) – *Treaty Override*. Hierzu *Matthias Valta* und *Robert Stendel*, Dynamik des Völkervertragsrechts und *Treaty Override* – Perspektiven des offenen Verfassungsstaates, StuW 96 (2019), 340–354.

akten der damaligen Europäischen Gemeinschaft.⁵⁰ Der EGMR hat sie in *Bosphorus* (2005) und Folgerechtsprechung weiter entwickelt.⁵¹ Das Unionsprinzip des gegenseitigen Vertrauens („mutual trust“) ist eine weitere Variante dieses Ansatzes.⁵²

Theoretisch könnte diese Technik von nationalen Gerichten auch in ihrem Umgang mit Völkerrecht angewendet werden. Das Schema hat zum einen eine prozedurale Dimension (Ausübung von Gerichtsbarkeit), zum zweiten geht es um die materielle Rechtmäßigkeit von Maßnahmen „fremder“ Akteure. Ausgangspunkt ist laut EGMR eine Rechtsvermutung des „gleichwertigen [Grundrechts-]Schutzes“ durch die jeweils „andere“ Rechtsordnung, die (nur) unter zwei Voraussetzungen greift: fehlender Spielraum der handelnden nationalen Behörden und Ausschöpfung aller prozessualen Rechtsschutzmechanismen innerhalb des „anderen“ Regimes (konkret der EU-Rechtsordnung).⁵³

Wenn diese Vermutung greift, verzichten auf der prozeduralen Ebene dann die „eigenen“ Institutionen, insbesondere die Gerichte (konkret der EGMR), auf die Überprüfung (gerichtlicher oder quasi-gerichtlicher) Entscheidungen eines internationalen oder fremden Gremiums. Materiellrechtlich impliziert die besagte Rechtsvermutung außerdem, dass ein Rechtsakt, den eine in einer „anderen“ Rechtsordnung verwurzelte Einrichtung vornahm, mit den „eigenen“ Normen in ausreichendem Maße übereinstimmt, verbunden mit der gegenseitigen Anerkennung solcher Akte, „solange“ bestimmte Mindestanforderungen nicht unterschritten werden. Eine solche Rechtsvermutung ist „freundlich“, weil sie der anderen Rechtsordnung einen Vertrauensvorschuss gibt. Die Vermutung wird jedoch widerlegt, wenn im konkreten Fall der prozedurale Rechtsschutz und das materielle Schutzniveau „manifest defizitär“ sind:

„State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation [hier: die EU] is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and

⁵⁰ Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/8, BVerfGE 73, 339, 387 (Rn. 127) – *Solange II*.

⁵¹ EGMR (Große Kammer), *Bosphorus v. Ireland*, App. No. 45036/98, Urteil v. 30.6.2005.

⁵² EuGH, Gutachten 2/2013, 18.12.2014, Rn. 191-194 – *Beitritt EU zur EMRK*. Dieser Grundsatz verlangt „namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, dass er, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten.“ Die Mitgliedstaaten sind also „unionsrechtlich verpflichtet [...] die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen [...] – von Ausnahmefällen abgesehen“ [required to presume [...] save in exceptional cases].“ (Hervorhebung d. Verf.).

⁵³ EGMR, *Bivolaru and Moldovan v. France*, App. Nos 40324/16 u. 12623/17, Urteil v. 25.3.2021, Rn. 98.

the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention [die EMRK] provides [...]. By „equivalent“ the Court means „comparable“; any requirement that the organisation’s protection be „identical“ could run counter to the interest of international cooperation pursued [...]. If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient.”⁵⁴

Einen derart manifesten mangelnden (Grundrechts-)Schutz und damit Fehlen der Äquivalenz stellte der EGMR erstmals 2021 in Bezug auf Auslieferungen nach Rumänien fest. Französische Behörden wollten – in Ausführung eines europäischen Haftbefehls – bereits verurteilte Menschenhändler zur Verbüßung ihrer Haftstrafe nach Rumänien ausliefern. Da hier ein konkretes Risiko der unmenschlichen Behandlung durch die Haftbedingungen bestand, verletzte die Umsetzung des EU-Haftbefehls Art. 3 EMRK.⁵⁵

Die Akzeptanz einer – wenn auch unvollkommenen – Übereinstimmung zwischen den Rechtsakten der involvierten Rechtsordnungen erweitert die Möglichkeiten für einen Ausgleich unterschiedlicher Interessen. Diese Technik setzt freilich eine gewisse Ähnlichkeit der Rechtsordnungen voraus. Das erklärt, warum sie im europäischen Kontext angewandt wird. Selbst im Europa der 46 sind die Verhältnisse sehr kompliziert: So kollidierte im erwähnten Fall des EU-Haftbefehls nicht nur ein EU-rechtlich vorgesehenes Verfahren mit der EMRK, sondern konkret das Schutzniveau in einer dritten Rechtsordnung, der rumänischen.

Die *Bosphorus*-Äquivalenz-Vermutung kam bisher in Fällen der Spannung zwischen nationalem Recht und Völkerrecht nicht zum Einsatz. Beispielsweise wird der Rechtsschutz gegen Individualsanktionen auf der Ebene der Vereinten Nationen nicht als „äquivalent“ zum Rechtsschutz im Rahmen der EMRK angesehen.⁵⁶ Aufgrund der massiven rechtsstaatlichen Defizite in Ungarn und Polen könnte sogar innerhalb der EU die Äquivalenz bald fraglich werden.

Eine vierte Technik, für die es noch keine Anhaltspunkte in der Rechtsprechung gibt, soll hier zur Diskussion gestellt werden: Grundsätzlich

⁵⁴ EGMR, *Bosphorus* (Fn. 51), Rn. 155-56 (Hervorhebungen d. Verf.).

⁵⁵ EGMR, *Bivolaru and Moldovan v. France* (Fn. 53), insb. Rn. 126.

⁵⁶ EGMR, *Al-Dulimi* (Fn. 46) wendete diesen Maßstab nicht gegenüber einer Sicherheitsratsresolution an.

könnten und sollten Konflikte zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, durch eine Abwägung im konkreten Fall gelöst werden, nicht auf der Grundlage einer normativen Hierarchie. Die tatsächlich gelebte Praxis der Koordinierung mittels der genannten *techniques de réglages* kann mit einem Modell der Kollision und Koordination gleichberechtigter Rechtsordnungen sogar sehr gut erklärt werden, nämlich als Ausdruck „horizontaler“ Verhältnisse, in denen Grundwerte durch einen *Ordre public*-Vorbehalt abgesichert werden.⁵⁷ In diesem Koordinationsprozess sollte weniger auf die formalen Rechtsquellen geachtet werden, sondern vielmehr auf den Inhalt der fraglichen Regeln. Die konkrete Rangfolge und die rechtlichen Wirkungen der besagten Normen könnten auf subtilere Art und Weise nach ihrem substanzialen Gewicht und ihrer Bedeutung bewertet werden. Ein solches nicht-formalistisches, substanzorientiertes Vorgehen würde dann bewirken, dass einerseits bestimmte, weniger bedeutende Bestimmungen des nationalen Rechts jeweils wichtigen internationalen Normen weichen müssten. Umgekehrt würden Grundrechtsgarantien und fundamentale Strukturnormen den Vorrang vor weniger wichtigen Normen genießen (unabhängig von ihrem Ort und der Art ihrer Kodifizierung). Der Grundgedanke ist, dass es auf den Inhalt und nicht auf die formale Kategorie der kollidierenden Normen ankommt.⁵⁸ Zugegebenermaßen bietet dieser Ansatz keine strenge Richtschnur, denn es ist oft umstritten, welche Normen inhaltlich „wichtig“ sind. Außerdem bleibt es bei der Pluralität der Perspektiven: es gibt keine zentrale Instanz, die entscheidet welche Normen „wichtiger“ sind. Trotz dieser Schwierigkeiten könnte in diese Richtung weiter experimentiert werden, zumal eine solche flexible, prozessuale Lösung zu dem gegenwärtigen Rechtsbefund der multiplen und ineinander verschränkten Rechtsordnungen passen würde.

V. Schluss: Die Zähmung des Behemoth

Wir haben gesehen, dass der Pluralismus der Akteure mit divergierenden Perspektiven die Herausbildung dogmatischer Instrumente beförderte, mit denen vor allem die Rechtsanwender ihr jeweils „eigenes“ Recht mit „anderem“ Recht koordinieren. In Abweichung von der Leitschnur der Völkerrechtsfreundlichkeit rekurrieren allerdings insbesondere starke Akteure daneben auf zahlreiche „blunting or moderating techniques“, die – wie eingangs

⁵⁷ Viellechner (Fn. 15), 216.

⁵⁸ Anne Peters, Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law, Vienna Online Journal on International Constitutional Law 3 (2009), 170-198 (197).

angedeutet – eine Bastion *gegen* das Völkerrecht errichten.⁵⁹ Zu solchen Techniken zählte die Studiengruppe der International Law Association etwa die Doktrin des „Act of state“, die „political question“-Doktrin, die Verweigerung einer Klagebefugnis für Beschwerdeführer, die sich auf Völkerrechtsverletzungen berufen sowie die Ablehnung der unmittelbaren Anwendung von Völkerrecht.⁶⁰ Ein (vielfach unter Verweis auf entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht begründeter) Widerstand, den z. B. das deutsche Bundesverfassungsgericht und in seinem Kielwasser viele andere Verfassungs- und Höchstgerichte gegen Europarecht und gegen Völkerrecht ausüben, gleicht einer „Notbremse“. Die Existenz dieser Notbremse, die bei Bedarf gezogen werden kann, ist möglicherweise sogar Voraussetzung für die Öffnung der Verfassungen gegenüber der internationalen Sphäre, also eine Bedingung der offenen Staatlichkeit.

Langfristig könnte ein angemessener Widerstand nationaler Akteure den politischen Druck aufbauen, der notwendig ist, um Völkerrecht zu entwickeln. Dessen normenentwickelnde Kraft ist durch die neuere Forschung zu „contestation“ modelliert worden.⁶¹ Konkrete Beispiele für konstruktive Auswirkungen von innerstaatlichem Widerstand sind bekannt: In Reaktion auf die *Solange I*-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts⁶² formalisierte die Europäische Gemeinschaft (EG)/EU ihr Grundrechtschutzsystem, das in der Europäischen Charta der Grundrechte mündete und voraussichtlich im Beitritt der EU zur EMRK gipfeln wird. Und in Reaktion auf die *Kadi*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)⁶³ wurde das 1267-Sanktionsregime der Vereinten Nationen durch ein Ombuds-

⁵⁹ ILA Study Group (Fn. 19), Rn 20. *Constance Grewe* hat solche Bastionen gegenüber dem Recht der EU sogar als Element eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts bezeichnet: *Constance Grewe, Constitutions nationales et droit de l'Union Européenne, Répertoire Communautaire*, Paris: Dalloz 2009), 1-29.

⁶⁰ ILA Study Group (Fn. 19), Rn 20.

⁶¹ *Antje Wiener, Contestation and Constitution of Norms in Global International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press 2018; Felix Anderl/Christopher Daase/Nicole Deitelhoff/Jannik Pfister/Philip Wallmeier/Victor Kempf (Hrsg.), *Rule and Resistance Beyond the Nation State: Contestation, Escalation, Exit*, London/New York: Rowman & Littlefield 2019; *Max Lesch/Christian Marxen, Norm Contests in the Law Against War: Towards an Interdisciplinary Analytical Framework*, ZAöRV 83 (2023), 11-38.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 29.5.1974 – 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (285) – *Solange I*.

⁶³ GHEU, Urteil v. 3.9.2008, EU:C:2008:461 – *Kadi u. a. v. Rat und Kommission*. In *Kadi* hatte der GHEU eine „grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Gemeinschaft im Hinblick auf die Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ in Anspruch genommen „und zwar auch in Bezug auf diejenigen Handlungen der Gemeinschaft, die wie die streitige Verordnung der Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta dienen sollen“ (Rn. 326). Indem er die einschlägige EU-Sanktionenverordnung für nichtig erklärte, torpedierte er die zugrundeliegende Sicherheitsratsresolution.

man-Verfahren ergänzt.⁶⁴ Die Ausübung von Widerstand oder das Ziehen der Notbremse birgt jedoch gleichzeitig die Gefahr einer – um im Bild zu bleiben – Stärkung des Behemoths. Und die (Über-)betonung der Maßgeblichkeit des staatlichen Rechts befeuert wiederum Unilateralismus und Partikularismus gegenüber Universalismus und Multilateralismus.

Hiergegen hilft, wie eingangs dargelegt, der Grundsatz der Völkerrechts-freundlichkeit als Ausdruck der Loyalität zur internationalen Gemeinschaft, deren Stabilität im langfristigen Eigeninteresse eines jeden Staates liegt. Die Loyalität von Staaten wie Deutschland wird jedoch in absehbarer Zukunft auf dem Prüfstand stehen, wenn sich das bisher eurozentrische, den Interessen des Nordens dienende, Völkerrecht im Gefolge der globalen Macht-verschiebung in Richtung Asien und auf Druck des postkolonialen Südens verändern wird. Eine völkerrechtsfreundliche Haltung wird Völkerrechts-änderungen, auch wenn sie kurzfristigen nationalen Interessen zuwiderlaufen sollten, akzeptieren, wenn sie im globalen öffentlichen Interesse liegen.

Doch auch in der postkolonialen Konstellation kann und soll Loyalität nicht bedingungslose „Unterwerfung“⁶⁵ bedeuten, sondern freundliche Zu-gewandtheit. Das verlangt auch, dass konstruktiv kritisiert wird, um Reformen des Völkerrechts und seiner Institutionen, z. B. des anachronistischen Sicherheitsrates, zu befördern. Es könnte der Beginn einer wunderbaren Freundschaft werden.

Summary: Friendliness Towards International Law – More than Cheap Talk

A principle of friendliness towards international law can mitigate the national bias of law appliers in the coordination of domestic law with international law that they need to perform. This is particularly important in times of populism, nationalism and a new authoritarianism. This contribution examines the legal theory and legal policy dimensions of the principle as well as some doctrinal aspects that hinge between theory and politics.

My claim in legal theory is that the global network of norms and the plurality of perspectives espoused by the various actors can only function if all the legal systems involved (especially the national legal systems) develop a

⁶⁴ UN, SR Resolution 1904, 17.12.2009, S/RES/1904, Rn. 20-27. Erste Ombudsperson ernannt mit UN Doc S/2010/282 v. 4.6.2010. Mandat zuletzt erneuert und erweitert mit UN, SR Resolution 2610, 17.12.2021, S/RES/2610.

⁶⁵ BVerfG – Alteigentümer (Fn. 23), 26; BVerfG – Wiener Konsularrechtsübereinkommen (Fn. 26), 191 Rn. 58; Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (350, Rn. 220) – Lissabon.

principle of “friendliness” towards the other legal systems. My claim regarding legal policy is that changes in the political context have radically altered the background conditions of the principle of friendliness towards international law, and that it has thus acquired a new important symbolic function. In order to fulfil the legal policy goal and pay more than mere lip service, law appliers should utilise old and new doctrines as *techniques de réglage*. Thereby, loyalty to the international community can be actually lived. The community's stability is in the long-term self-interest of each and every state.

Keywords

foreign relations law – double standards