

# Unmittelbare Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen und Völkergewohnheitsrecht – Deutschland

Hans-Georg Dederer\*

Universität Passau, Passau, Deutschland

*hans-georg.dederer@uni-passau.de*

Abstract	671
Keywords	672
I. Einleitung	672
II. Rechtsdogmatische Grundlegungen	673
1. „Offene Staatlichkeit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“	673
2. Voraussetzungen und Folgen „unmittelbarer Anwendbarkeit“	676
a) Innerstaatliche Geltung	676
b) Unmittelbare Anwendbarkeit	679
c) Subjektiv-rechtliche Wirkung	680
d) Normenhierarchischer Rang	680
III. Unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht	681
1. Völkervertragsrecht	681
2. Völkergewohnheitsrecht	684
IV. Zum Problem des „Treaty Override“	687
V. Zusammenfassung	691
Summary: Direct Applicability of International Treaties and Customary International Law – Germany	693
Keywords	694

## Abstract

Für die praktische Wirksamkeit von völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Normen ist deren innerstaatliche Anwendbarkeit essenziell. Der Beitrag stellt die deutsche verfassungsrechtliche Dogmatik zu dieser Problemstellung dar, wie sie maßgeblich vom Bundesverfassungsgericht entwickelt und verfestigt worden ist. Dabei zeigt sich, dass der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ aus sich heraus keine Aussagen dazu treffen kann, unter welchen Voraussetzungen Völkerrecht innerstaatliche Geltung erlangt. Gleiches gilt für die nachgelagerte Frage, unter welchen

---

\* Prof. Dr.; Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau.

Voraussetzungen innerstaatlich gültig gewordenen Völkervertrags- oder Völkergewohnheitsrecht unmittelbar anwendbar ist. Bei den Fragen der innerstaatlichen Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen geht es aus einer deutschen Verfassungsrechtsperspektive eigentlich um Fragen der „offenen Staatlichkeit“. Sie ist als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auch für die abschließend behandelte Problemstellung wichtig, ob und inwieweit eine „Abkommensüberschreitung“ („Treaty Override“) verfassungsrechtlich zulässig ist.

## Keywords

offene Staatlichkeit – Völkerrechtsfreundlichkeit – innerstaatliche Geltung – subjektiv-rechtliche Wirkungen – Normenhierarchie – Treaty Override

## I. Einleitung

Das Völkerrecht gilt als solches nur zwischen Völkerrechtssubjekten. Völkerrechtliche Rechte und Pflichten sind für sich genommen nur an Völkerrechtssubjekte adressiert. Ihr Vollzug ist Sache des jeweiligen Völkerrechtssubjekts.

Im Fall von Staaten ist der Vollzug in der Regel nur dann praktisch wirksam sichergestellt, wenn das Völkerrecht auch innerstaatlich gilt. Erst dadurch kann es von den staatlichen Behörden und Gerichten ebenso wie das genuin nationale Recht vollzogen werden. Allerdings können sie das innerstaatlich gültig gewordene Völkerrecht nur dann (gleich dem genuin nationalen Recht) vollziehen, wenn es (wie jenes) auch unmittelbar anwendbar ist.

An dieser unmittelbaren Anwendbarkeit können Zweifel bestehen, wenn die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten derart unbestimmt sind, dass ihr Vollzug notwendig die vorherige Herstellung hinreichender Bestimmtheit voraussetzt. Dann ist es Sache zuvörderst des jeweils berufenen Gesetzgebers, hinreichend bestimmtes nationales Recht in Umsetzung des den Staat bindenden Völkerrechts zu schaffen. Gleiches gilt, wenn die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten als solche nach ihrem eigenen Regelungsgehalt unter dem Vorbehalt derartiger gesetzgeberischer Umsetzung stehen.

Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht ist nicht nur für dessen behördliche oder gerichtliche Vollziehbarkeit in innerstaatlichen Rechtsverhältnissen, sondern darüber hinaus dann von besonderer

Bedeutung, wenn das Völkerrecht den Einzelnen Rechte verschaffen oder Pflichten auferlegen will. Sind die betreffenden völkerrechtlichen Normen ungeachtet ihrer innerstaatlichen Geltung nicht unmittelbar anwendbar, können sich die Einzelnen auf die ihnen zugedachten Rechte nur berufen und kann ihnen ein Verstoß gegen die von ihnen zu erfüllenden Pflichten nur entgegengehalten werden, wenn der je zuständige Gesetzgeber die jeweiligen völkerrechtlichen Normen in nationales Recht umgesetzt hat.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen Völkerrecht innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist. Diese Frage lässt sich nicht für jeden Staat gleich und damit universell beantworten. Denn unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in innerstaatlichen Rechtsverhältnissen setzt notwendig dessen innerstaatliche Geltung voraus. Diese Frage aber regelt nicht das Völkerrecht, sondern beantwortet jeder Staat für sich nach seinem nationalen Recht bzw. nach seiner nationalen Rechtsdoktrin. Das gilt insbesondere auch für die Frage, welche Rolle dabei eine etwaige nationale (Verfassungs-)Norm oder (Verfassungs-)Doktrin der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ spielt.

## II. Rechtsdogmatische Grundlegungen

Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen und von Völkergewohnheitsrecht speziell in Deutschland bedarf vorab gewisser Grundlegungen.

### 1. „Offene Staatlichkeit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“

Zunächst ist zwischen dem Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ einerseits und dem Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ andererseits zu differenzieren.<sup>1</sup> Das hier behandelte Thema der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht ist genau genommen, jedenfalls in erster Linie, ein Thema der „offenen Staatlichkeit“, nicht der „Völkerrechtsfreundlichkeit“.

Beide Grundsätze sind nicht als solche *expressis verbis* im Grundgesetz (GG) normiert. Sie finden aber im Grundgesetz ihren Ausdruck. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht lediglich die „Völkerrechtsfreundlichkeit“

---

<sup>1</sup> Im Ausgangspunkt ebenso *Christian Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Bd. XI, Heidelberg: C. F. Müller 2013, § 226, Rn. 9.

als einen „ungeschriebenen Grundsatz“ ausdrücklich anerkannt,<sup>2</sup> dessen Herleitung kanonisiert,<sup>3</sup> seinen Verfassungsrang betont<sup>4</sup> und vielgestaltig ausgeformt.<sup>5</sup> Dagegen hat das Gericht den Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ als solchen nicht explizit benannt. Als Schöpfer des Begriffs gilt vielmehr der deutsche Staatsrechtslehrer *Klaus Vogel*.<sup>6</sup> Aber der Sache nach hat das Bundesverfassungsgericht auf die Idee der „offenen Staatlichkeit“ recht eindeutig Bezug genommen,<sup>7</sup> insbesondere auf in der Verfassung angelegte „Öffnungsklauseln“ explizit hingewiesen.<sup>8</sup>

Der Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ liegt dem Grundgesetz als vom Verfassungsgeber getroffene verfassungsrechtliche Grundentscheidung<sup>9</sup> zugrunde und insofern voraus. Aus dem vom Verfassungsgeber darauf aufgesetzten Grundgesetz lässt sich wiederum der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ableiten. Während bestimmte Normen (Art. 23-26 und Art. 59 Abs. 2 GG) im Verein mit der Präambel des Grundgesetzes einerseits *Ausdruck* der „offenen Staatlichkeit“ als *vorgelagerter* verfassungsrechtlicher Grundentscheidung sind,<sup>10</sup> sind andererseits dieselben Normen inklusive Präambel die positivrechtliche Grundlage für die *Ableitung* des *nachgelagerten* Prinzips der „Völkerrechtsfreundlichkeit“. <sup>11</sup> Diese Differenzierung ist insofern – wie sich noch zeigen wird – rechtsdogmatisch bedeutsam, als speziell der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ die Rechtswirkun-

<sup>2</sup> BVerfGE 141, 1 (26); erstmals BVerfGE 6, 309 (362-363).

<sup>3</sup> BVerfGE 141, 1 (26-28): Zusammenschau von Präambel sowie Art. 1 Abs. 2, 16 Abs. 2, 23-26 und 59 Abs. 2 GG. Eingehende Herleitung bei *Mehrdad Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), 465-502 (467-481).

<sup>4</sup> BVerfGE 141, 1 (26).

<sup>5</sup> Zu diesen Ausformungen *Michael Schweitzer/Hans-Georg Dederer*, Staatsrecht III, 12. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2020, 66-70.

<sup>6</sup> *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen: Mohr 1964, 33.

<sup>7</sup> BVerfGE 111, 307 (318): „Mit diesem Normenkomplex [sc. Art. 23-26, 59 Abs. 2 GG] zielt die deutsche Verfassung, auch ausweislich ihrer Präambel, darauf, die Bundesrepublik Deutschland als friedliches und gleichberechtigtes Glied in eine dem Frieden dienende Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft einzufügen“. Daran anknüpfend spricht BVerfGE 141, 1 (28) – in bemerkenswerter Nähe zum Titel der Schrift von *Klaus Vogel* (Fn. 6) – von einer „*Verfassungsentscheidung* für eine auf die Achtung und Stärkung des Völkerrechts aufbauende zwischenstaatliche Zusammenarbeit“ (Hervorhebung d. Verf.).

<sup>8</sup> BVerfGE 141, 1 (16, 19).

<sup>9</sup> Zur Vorstellung, dass sich „[a]us dem Gesamthalt der Verfassung [...] gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen [ergeben], denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind“, BVerfGE 1, 14 (32). Eingehend zu Idee und Konzept verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen in jüngster Zeit *Thossaporn Saensawatt*, Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Grundgesetzes, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 68-164.

<sup>10</sup> Siehe in Fn. 7.

<sup>11</sup> Siehe in Fn. 3.

gen seiner eigenen (Ableitungs-)Grundlagen nicht zu entgrenzen vermag. Demgegenüber fordert der Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ als verfassungsrechtlicher Grundentscheidung gemäß der Interpretationsmaxime der „Einheit der Verfassung“<sup>12</sup> eine Auslegung aller Verfassungsnormen in ihrem Lichte ein.<sup>13</sup>

Die „offene Staatlichkeit“ verlangt dabei die dauerhafte, aktiv zu betreibende Integration Deutschlands in die internationale Rechts- und Staatengemeinschaft.<sup>14</sup> Insofern ist sie aber – gerade auch mit dem Auftrag zur Stärkung der *rule of law*<sup>15</sup> – nicht nur nach außen, sondern ebenso nach innen gewendet. Sie will das Völkerrecht einlassen, um ihm auch innerstaatlich zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen<sup>16</sup> – weshalb das Thema der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht wie eingangs gesagt jedenfalls primär ein Thema der „offenen Staatlichkeit“, nicht der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ist.

Richtigerweise aus der „offenen Staatlichkeit“, nicht aus der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ hätte das Bundesverfassungsgericht daher auch die Pflicht aller deutschen Staatsorgane ableiten müssen, „die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen“.<sup>17</sup> Diese nur

<sup>12</sup> Dazu Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 1995, Rn. 71; ferner BVerfGE 19, 206 (220): „Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngeldes.“

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (32-33).

<sup>14</sup> Schweitzer/Dederer (Fn. 5), 65.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 141, 1 (27): Das Grundgesetz enthält „eine Verfassungsentscheidung für eine auf die Achtung und Stärkung des Völkerrechts aufbauende zwischenstaatliche Zusammenarbeit [...] und verpflichte[t] daher die gesamte öffentliche Gewalt dazu, einem Auseinanderfallen von völkerrechtlicher und innerstaatlicher Rechtslage entgegenzuwirken und im Außenverhältnis eine mit einer Verletzung des Völkerrechts verbundene Haftung Deutschlands zu vermeiden.“ Explizit in Bezug genommen wird die *rule of law* freilich nur im Sondervotum der Richterin Doris König, BVerfGE 141, 1 (44 f.). Zur „*rule of law*“ auf völkerrechtlicher Ebene siehe „Declaration of the high-level meeting of the General Assembly on the rule of law at the national and international levels“, UN, GV Resolution 67/1, 30.11.2012, A/RES/67/1; siehe zuvor schon UN, GV Resolution 61/39, 18.12.2006, A/RES/61/39.

<sup>16</sup> Schweitzer/Dederer (Fn. 5), 65-66.

<sup>17</sup> Näher BVerfGE 141, 1 (29): „Die sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergebende Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren, besitzt vielmehr drei Dimensionen: Erstens sind die deutschen Staatsorgane verpflichtet, die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen. Zweitens hat der Gesetzgeber für die deutsche Rechtsordnung zu gewährleisten, dass durch eigene Staatsorgane begangene Völkerrechtsverstöße korrigiert werden können. Drittens können die deutschen Staatsorgane – unter hier nicht näher zu bestimmenden Voraussetzungen – auch verpflichtet sein, das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen“ (unter Bezugnahme auf BVerfGE 112, 1 [26]).

grundsätzliche<sup>18</sup> Befolgungspflicht setzt jedenfalls voraus, dass das Völkerrecht für die deutschen Staatsorgane auch innerstaatlich bindend ist, d. h. zu allererst innerstaatlich in Geltung und sodann – gegebenenfalls – unmittelbar anwendbar ist.

## 2. Voraussetzungen und Folgen „unmittelbarer Anwendbarkeit“

Nach einer früher in der deutschen Rechtslehre vielfach vertretenen Auffassung konnten von vornherein überhaupt nur die unmittelbar anwendbaren Normen des Völkerrechts innerstaatliche Geltung erlangen.<sup>19</sup> Die demgegenüber heute wohl herrschende Meinung geht von einem, so könnte man sagen, Zwei-Stufen-Test aus.<sup>20</sup> Danach bedingt die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrechtsnormen deren innerstaatliche Geltung, d. h. die innerstaatliche Geltung (erste Stufe) geht der unmittelbaren Anwendbarkeit (zweite Stufe) voraus.<sup>21</sup> Was nicht innerstaatlich gilt, kann auch nicht unmittelbar angewandt werden.

### a) Innerstaatliche Geltung

Das Instrument, welches die innerstaatliche Geltung herstellt, ist – in der tradierten Terminologie des Bundesverfassungsgerichts – ein „Rechtsanwendungsbefehl“,<sup>22</sup> in neueren Entscheidungen spricht es auch von „Geltungsanordnung“,<sup>23</sup> bisweilen von „Vollzugsbefehl“. <sup>24</sup> Anders als für das

<sup>18</sup> Siehe BVerfGE 141, 1 (26, 28): „keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung jeder Bestimmung des Völkerrechts“. Das entspricht dem vom Bundesverfassungsgericht angenommenen Souveränitätsvorbehalt als markanter Grenze der „offenen Staatlichkeit“: „Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität.“, BVerfGE 141, 1 (28); so bereits BVerfGE 111, 307 (319).

<sup>19</sup> Nachweise bei *Tomuschat* (Fn. 1), Rn. 35.

<sup>20</sup> Soweit zusätzlich die subjektiv-rechtliche Wirkung unmittelbar anwendbarer Normen des Völkerrechts geprüft wird, könnte auch von einem Drei-Stufen-Test gesprochen werden: innerstaatliche Geltung – unmittelbare Anwendbarkeit – subjektiv-rechtliche Wirkung.

<sup>21</sup> Ebenso BVerfGE 142, 234 (245); *Christoph Herrmann/Walther Michl*, Examens-Repetitorium Europarecht, Staatsrecht III, 8. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2022, 14–15.

<sup>22</sup> BVerfGE 111, 307 (316–317), st.Rspr., für die innerstaatliche Geltung völkerrechtlicher Verträge; BVerfGE 89, 155 (190), st.Rspr. für die innerstaatliche Geltung von Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht, das seinerseits völkervertragliche Grundlagen hat, BVerfGE 123, 267 (349); 140, 317 (338).

<sup>23</sup> BVerfGE 140, 317 (338) für die innerstaatliche Geltung von Unionsrecht.

<sup>24</sup> Etwa BVerfGE 141, 1 (16).

(Grund-)Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht<sup>25</sup> lässt sich dabei nicht nachweisen, dass sich das Gericht einer der Theorien angeschlossen hätte, welche das Problem der innerstaatlichen Geltung von Völkerrecht zu erklären suchen. Angesprochen sind damit die Adoptions-, die Vollzugs- und die Transformationstheorie.<sup>26</sup> Ganz pragmatisch verwendet das Bundesverfassungsgericht vielmehr ein „Brücken-Modell“,<sup>27</sup> wonach das Völkerrecht aus seinem Rechtskreis über die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls in den nationalen Rechtskreis eingelassen wird – und erst so zu „Gesetz und Recht“ wird, an das gemäß Art. 20 Abs. 3 GG vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als (zumindest) objektives Recht<sup>28</sup> gebunden sind,<sup>29</sup> oder gemäß Art. 25 Satz 1 GG zu „Bundesrecht“ wird, das auch den Gesetzgeber bindet.<sup>30</sup> Diese Öffnung für die innerstaatliche Geltung von Völkerrecht ist ein wesentliches Merkmal „offener Staatlichkeit“ Deutschlands.<sup>31</sup>

Rechtsdogmatisch verständlich wird das Bild der durch einen Rechtsanwendungsbefehl errichteten „Brücke“ zwischen völkerrechtlichem und nationalem Rechtskreis erst richtig aus der dualistischen Perspektive des Bundesverfassungsgerichts auf das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht. Ohne den Dualismus beim Namen zu nennen, geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass dem deutschen Grundgesetz genau diese Theorie (und nicht der Monismus)<sup>32</sup> zugrunde liegt, nämlich die (vorgeb-

<sup>25</sup> Dazu unten in und bei Fn. 32–33.

<sup>26</sup> Zu diesen Theorien etwa *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 9. Aufl., München: C. H. Beck 2021, Art. 25 Rn. 15–16. So formuliert das Bundesverfassungsgericht z. B. mit Blick auf die EMRK und ihre Zusatzprotokolle: „Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt [...]. Damit hat er sie in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt.“, BVerfGE 111, 307 (316). Während der Begriff des „Rechtsanwendungsbefehls“ im Schrifttum vielfach der Vollzugstheorie zugeordnet wird (*Heiko Sauer*, *Staatsrecht III*, 5. Aufl., München: C. H. Beck 2018, 88), scheint der Begriff „transformiert“ auf die Transformationstheorie zu verweisen.

<sup>27</sup> Grundlegend hierzu *Paul Kirchhof*, *Der deutsche Staat in der europäischen Integration*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Bd. X, Heidelberg: C. F. Müller 2012, § 214, Rn. 158–162, der das „Brücken-Modell“ zwar für die Begründung der innerstaatlichen Geltung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts entwickelt hat, welches sich aber ebenso für das bundesverfassungsgerichtliche Verständnis der Herstellung innerstaatlicher Geltung von Völkerrecht heranziehen lässt. Insoweit das Bild der „Brücke“ heranziehend z. B. *Sauer* (Fn. 26), 22.

<sup>28</sup> Zu subjektiv-rechtlichen Wirkungen unten unter c).

<sup>29</sup> BVerfGE 111, 307 (325).

<sup>30</sup> Zum Regelungsgehalt und Anwendungsbereich von Art. 25 GG unten unter III. 2.

<sup>31</sup> Hierzu etwa *Sauer* (Fn. 26), 21.

<sup>32</sup> Zu diesen beiden grundlegenden Theorieansätzen für die Bestimmung des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht etwa *Christian Calliess*, *Staatsrecht III*, 4. Aufl., München: C. H. Beck 2022, 110–112.

lich) „klassische Vorstellung [...], dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt“.<sup>33</sup> Das Völkerrecht ist also nicht einfach da, als gehöre es eo ipso zur innerstaatlich maßgeblichen Rechtsordnung. Vielmehr muss es aus seinem eigenen Rechtskreis zunächst in den nationalen Rechtskreis herübergeholt werden. Dazu dient der nationale Rechtsanwendungsbefehl als „Brücke“. Erst dadurch erlangt das Völkerrecht innerstaatliche Geltung, freilich nur soweit die jeweilige „Brücke“ trägt. Deren Tragfähigkeit wird aber vom Grundgesetz bestimmt, weshalb das Grundgesetz alleiniger, „soveränärer“ Geltungsgrund allen Rechts in Deutschland ist,<sup>34</sup> d. h. nicht nur hinsichtlich allen nationalen Rechts, sondern ebenso hinsichtlich allen Völkerrechts.<sup>35</sup>

Allein die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes genügt nach alledem nicht, um dem Völkerrecht innerstaatliche Geltung dergestalt zu verschaffen, dass das Völkerrecht an der von Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Rechts- und Gesetzesbindung von vollziehender Gewalt und Rechtssprechung teilhat oder weitergehend, wie in Art. 25 Satz 1 GG vorgesehen, sogar den Gesetzgeber selbst bindet.<sup>36</sup> Das hat wesentliche Folgen für die vom Bundesverfassungsgericht recht großzügig angenommene, „sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergebende Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren“.<sup>37</sup> Soweit Deutschland durch Völkerrecht gebunden ist, jenes aber mangels Rechtsanwendungsbefehls keine innerstaatliche Geltung erlangt hat,<sup>38</sup> kann die der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ entspringende, verfassungsrechtliche Pflicht aller Staatsorgane zur Respektierung des die Bundesrepublik bindenden Völkerrechts keine Wirkung entfalten. Andernfalls würde die dem Grundgesetz zugrunde liegende, dualistische Differenzierung zwischen einer völkerrechtlichen Bindung des deutschen Staates im Außenverhältnis und einer spezifisch erst auf innerstaatlicher Geltung beruhenden Bindung der deutschen Staatsorgane im

<sup>33</sup> BVerfGE 111, 307 (318). Zutreffender die eher pragmatische Annäherung an die Monismus-Dualismus-Debatte *Matthias Herdegen*, Völkerrecht, 20. Aufl., München: C. H. Beck 2021, 182: „Diese Sichtweise [sc. des gemäßigten Dualismus] entspricht der Rechtswirklichkeit der Staatenwelt.“

<sup>34</sup> Worin sich die „in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“ Deutschlands zeigt, BVerfGE 111, 307 (319).

<sup>35</sup> *Schweitzer/Dederer* (Fn. 5), 73.

<sup>36</sup> Ebenso wenig taugt der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ dazu, den oben in und bei Fn. 26 angesprochenen Theorienstreit zu entscheiden (zutreffend *Tomuschat* [Fn. 1], Rn. 27).

<sup>37</sup> BVerfGE 141, 1 (29) unter Bezugnahme auf BVerfGE 112, 1 (26).

<sup>38</sup> Diese Problematik kann, wie sich noch unter III. zeigen wird, nur bei völkerrechtlichen Verträgen auftreten.

Innenverhältnis<sup>39</sup> überspielt.<sup>40</sup> „Völkerrechtsfreundlichkeit“ beginnt erst mit der innerstaatlichen Geltung von Völkerrecht.<sup>41</sup>

## b) Unmittelbare Anwendbarkeit

Die kraft Rechtsanwendungsbefehls hergestellte innerstaatliche Geltung des Völkerrechts führt nicht automatisch zu dessen unmittelbarer Anwendbarkeit.<sup>42</sup> Unmittelbar anwendbar sind vielmehr nur diejenigen innerstaatlich geltenden Normen des Völkerrechts, die „self-executing“,<sup>43</sup> also in der Weise „selbstvollziehend“, d. h. aus sich heraus vollzugsfähig sind, dass sie als solche von Behörden und Gerichten angewandt werden können.<sup>44</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass die jeweilige Norm des Völkerrechts nicht unter der Bedingung eines weiteren Vollzugsaktes, z. B. des Gesetzgebers, steht<sup>45</sup> und dass sie außerdem inhaltlich hinreichend bestimmt ist.<sup>46</sup> Beide Voraussetzungen, Unbedingtheit und Bestimmtheit, lassen sich immer nur in Ansehung derjenigen völkerrechtlichen Norm beurteilen, um deren unmittelbare Anwendbarkeit es vor einer Behörde oder einem Gericht geht.

<sup>39</sup> Siehe BVerfGE 142, 234 (245): Erst „[d]ie innerstaatliche Geltung eines Vertrags hat eine Bindung der deutschen Staatsorgane an das Abkommen zur Folge“.

<sup>40</sup> Die Formulierungen in BVerfGE 141, 1 (29) unter Bezugnahme auf BVerfGE 112, 1 (26) (oben bei Fn. 37) haben insofern eine leicht überschießende Tendenz.

<sup>41</sup> Insoweit a. A. *Payandeh* (Fn. 3), 489–490.

<sup>42</sup> Sofern nicht die Auffassung vertreten wird, dass von vornherein ohnehin nur unmittelbar anwendbares Völkerrecht innerstaatlich Geltung erlangen könne (oben in und bei Fn. 19).

<sup>43</sup> Der Begriff wird auch vom BVerfG verwendet, etwa BVerfG, NJW 60 (2007), 499 (501).

<sup>44</sup> Siehe BVerfGE 142, 234 (246); *Thomas Kleinlein*, in: Wolfgang Kahl /Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller, Art. 59 Rn. 535 (2022).

<sup>45</sup> Ist eine Norm des Völkerrechts nicht self-executing, sei es, weil die jeweilige Norm unter dem Vorbehalt eines weiteren, innerstaatlichen Vollzugsaktes steht, sei es, weil die betreffende Norm nicht hinreichend bestimmt ist, dann muss der Gesetz- oder ggf. ein sonst zuständiger Normgeber den fehlenden Vollzugsakt schaffen bzw. eine hinreichend bestimmte Norm erlassen. Diese verfassungsrechtliche Pflicht folgt aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, der alle deutschen Staatsorgane zur Befolgung des die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechts im Rahmen ihrer Zuständigkeiten verpflichtet, BVerfGE 112, 1 (26); BVerfGE 141, 1 (29). Explizit BVerfGE 142, 234 (245): Als Folge der innerstaatlichen Geltung eines völkerrechtlichen Vertrags kraft Rechtsanwendungsbefehls in Gestalt des Vertragsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG „wird im Regelfall der Gesetzgeber verpflichtet, den Vertragsinhalt innerstaatlich umzusetzen.“

<sup>46</sup> Zum Erfordernis eines „[...]zureichenden Bestimmtheitsgrades“ BVerfGE 142, 234 (248).

Hierzu muss die betreffende Norm ausgelegt werden,<sup>47</sup> und zwar anhand der völkerrechtlichen Interpretationsmethoden.<sup>48</sup> Das bedeutet wiederum, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ keine Hilfestellung dahingehend zu bieten vermag, einer völkerrechtlichen Norm möglichst deren unmittelbare Anwendbarkeit zu unterlegen. Die verfassungsrechtliche „Völkerrechtsfreundlichkeit“ kann nicht mehr aus völkerrechtlichen Normen herausholen, als völkerrechtlich gesehen drin ist.<sup>49</sup>

### c) Subjektiv-rechtliche Wirkung

Gleiches gilt im Ausgangspunkt für etwaige subjektiv-rechtliche Wirkungen innerstaatlich geltender und unmittelbar anwendbarer Normen des Völkerrechts. Ob Einzelne in der Weise berechtigt werden, dass sie aus völkerrechtlichen Normen eigene Rechte vor Behörden oder Gerichten geltend machen können, muss durch Interpretation der jeweils einschlägigen Norm mithilfe der völkerrechtlichen Interpretationsmethoden ermittelt werden.<sup>50</sup>

### d) Normenhierarchischer Rang

Das innerstaatlich geltende Völkerrecht steht normenhierarchisch in der Regel<sup>51</sup> unterhalb der Verfassung.<sup>52</sup> Denn „[d]as Grundgesetz hat nicht die uneingeschränkte Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung und den unbedingten Vorrang von Völkerrecht auch vor dem Verfassungsrecht angeordnet“.<sup>53</sup> Insoweit ist mit dem prinzipiell

<sup>47</sup> Ebenso BVerfGE 142, 234 (246), das aber allzu restriktiv annimmt, „[n]ur ausnahmsweise [seien] völkerrechtliche Verträge [...] ohne weitere Umsetzungsgesetzgebung innerstaatlich unmittelbar anwendbar in dem Sinne, dass sie wie eine nationale Rechtsvorschrift unmittelbar Rechtswirkungen entfalten.“

<sup>48</sup> Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention – WVK; BGBl. 1985 II S. 927). Zur Interpretation eines innerstaatlich gültig gewordenen völkerrechtlichen Vertrags anhand der in Art. 31 ff. WVK kodifizierten Auslegungsregeln etwa BVerfG, NVwZ 68 (2015), 361 (364).

<sup>49</sup> In diesem Sinne auch die Kritik der Richterin *Gertrude Lübbe-Wolff* in ihrem Sondervotum BVerfGE 112, 1 (49): „Wie allerdings aus einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Respektierung des Völkerrechts Pflichten hervorgehen können, die das Völkerrecht selbst nicht enthält, bleibt unerklärt.“

<sup>50</sup> *Streinz* (Fn. 26), Art. 59 Rn. 69.

<sup>51</sup> Siehe zur Ausnahme des völkerrechtlichen *ius cogens* unten in und bei Fn. 81–89.

<sup>52</sup> BVerfGE 111, 307 (318).

<sup>53</sup> BVerfGE 141, 1 (28).

höherrangigen Grundgesetz unvereinbares Völkerrecht dementsprechend innerstaatlich als nicht anwendbar zu betrachten. Dogmatisch genau genommen hat es schon keine innerstaatliche Geltung erlangt, weil der jeweilige Rechtsanwendungsbefehl verfassungswidriges Völkerrecht schon nicht als „Brücke“ zu tragen vermag.<sup>54</sup>

Der Rekurs auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ könnte dem Völkerrecht innerstaatlich keinen Übergesetzesrang, insbesondere keinen Verfassungs- oder gar Überverfassungsrang verschaffen. Andernfalls würde sich der aus dem Grundgesetz abgeleitete Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ in Widerspruch zum Grundgesetz als seiner eigenen (Ableitungs-)Grundlage setzen, indem er die vom Grundgesetz nicht gewollte „uneingeschränkte Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung“ mit „unbedingte[m] Vorrang von Völkerrecht auch vor dem Verfassungsrecht“<sup>55</sup> doch noch bewirkt.

### III. Unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Grundlegungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich ist im Weiteren nach Völkervertragsrecht einerseits und Völkergewohnheitsrecht andererseits zu differenzieren.

#### 1. Völkervertragsrecht

Den zentralen Unterschied markiert dabei der Rechtsanwendungsbefehl. Bei völkerrechtlichen Verträgen, die im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG politische oder gesetzesgegenständliche Verträge bilden,<sup>56</sup> stellt das nach dieser Norm zu erlassende Vertragsgesetz den jeweiligen Rechtsanwendungs-

---

<sup>54</sup> Ein Rechtsanwendungsbefehl in Gestalt eines Gesetzes oder sonstigen unterverfassungsrechtlichen Norm wäre wegen des Verfassungsverstosses nichtig. Zu diesem „Nichtigkeitsdogma“ siehe BVerfGE 103, 332 (390). Bildet den Rechtsanwendungsbefehl dagegen eine Norm des Grundgesetzes (zu Art. 25 Satz 1 GG unten unter III. 2.), dann liegt auf der Hand, dass diese Norm kein verfassungswidriges Völkerrecht einlässt. Denn die Verfassung kann – ohne sich in Widerspruch zu ihrem eigenen Geltungsanspruch zu setzen – verfassungswidrigen Normen keine Geltung verschaffen.

<sup>55</sup> BVerfGE 141, 1 (28).

<sup>56</sup> Zu „politischen“ Verträgen i. S. des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG BVerfGE 1, 372 (382). Zu sich auf „Gegenstände der Bundesgesetzgebung“ beziehenden Verträgen i. S. des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG BVerfGE 1, 372 (388–389).

befehl dar.<sup>57</sup> Bei sonstigen völkerrechtlichen Verträgen, den sog. Verwaltungsabkommen (Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG), kann der Rechtsanwendungsbefehl eine Rechtsverordnung, eine auf die Vertragsvollziehung gerichtete Verwaltungsanordnung oder eine sonstige Form innerdienstlicher Weisung sein.<sup>58</sup> Nicht ausreichend ist dagegen ein bloßer Kabinettsbeschluss, mit welchem die Bundesregierung dem Abschluss und der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags zustimmt,<sup>59</sup> selbst wenn jener Beschluss im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht wird.<sup>60</sup> Denn weder der Kabinettsbeschluss noch dessen Bekanntgabe erteilen den notwendigen, auf innerstaatliche Anwendung des Vertrags als „Recht“ i. S. von Art. 20 Abs. 3 GG gerichteten Befehl.<sup>61</sup>

Die Rechtsnatur des Rechtsanwendungsbefehls hat Bedeutung für den normenhierarchischen Rang des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrags. Jener Rang bestimmt sich nämlich grundsätzlich nach der Stellung des Rechtsanwendungsbefehls in der deutschen Normenhierarchie. Deshalb haben völkerrechtliche Verträge regelmäßig Unterverfassungsrang, in der Regel Gesetzesrang, weil und soweit ihnen ein Vertragsgesetz i. S. von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG die innerstaatliche Geltung verschafft hat.<sup>62</sup> Allerdings kann die Verfassung in besonderen „Öffnungsklauseln“ vorsehen, dass ein Vertragsgesetz den völkerrechtlichen Vertrag mit höherem, übergesetzlichem Rang in die deutsche Rechtsordnung einlässt.<sup>63</sup> Das wird – im Sinne eines

<sup>57</sup> BVerfGE 141, 1 (18). Dementsprechend „[bestimmt] Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG [...] die Methodik, durch die völkervertragliche Regelungen in der nationalen Rechtsordnung wirksam werden“, BVerfGE 141, 1 (19).

<sup>58</sup> Siehe *Hans D. Jarass*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., München: C. H. Beck 2022, Art. 59 Rn. 21. Da Art. 59 Abs. 2 GG völkerrechtliche Verträge abschließend erfasst, mithin Verwaltungsabkommen i. S. von Satz 2 all diejenigen Verträge sind, welche nicht unter die in Satz 1 genannten Verträge fallen, können Verwaltungsabkommen aus Gründen der Gewaltenteilung (vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht im Wege von (formellen) Gesetzen innerstaatliche Geltung erlangen. Ansonsten würde überspielt, dass „[d]as Grundgesetz [...] das Völkervertragsrecht durch Art. 59 Abs. 2 GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet [hat]“, BVerfGE 111, 307 (318); BVerfGE 141, 1 (27).

<sup>59</sup> So geschehen im Fall des Übereinkommens zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt vom 16. November 1972, BGBl. 1977 II, S. 215.

<sup>60</sup> A. A. *Ulrich Fastenrath*, Der Schutz des Weltkulturerbes in Deutschland, DÖV 2006, 1017-1027 (1024).

<sup>61</sup> Beiden Akten, Kabinettsbeschluss wie Bekanntgabe im Bundesgesetzblatt, entbehrt ein entsprechender, gebietender Regelungscharakter. Im Ergebnis wie hier etwa *Payandeh* (Fn. 3), 489.

<sup>62</sup> BVerfGE 141, 1 (19-20).

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 141, 1 (19): „Aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG folgt zudem, dass völkerrechtlichen Verträgen, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich einer anderen, spezielleren Öffnungsklausel – insbesondere Art. 23 bis Art. 25 GG – fallen, innerstaatlich der Rang eines einfachen (Bundes-)Gesetzes zukommt und sie insofern keinen Übergesetzes- oder gar Ver-

Zwischenrangs zwischen Verfassung und Gesetz – z. B. für Vertragsgesetze über den Beitritt zu einem System kollektiver Sicherheit i. S. des Art. 24 Abs. 2 i. V. mit Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG angenommen.<sup>64</sup> Ähnlich kann ein (Vertrags-)Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG (jeweils i. V. mit Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) und nach Art. 24 Abs. 1a GG über die Gründung der Europäischen Union oder über die Gründung bzw. den Beitritt zu sonstigen supranationalen Organisationen oder grenznachbarschaftlichen Einrichtungen „dem von diesen Organisationen gesetzten Recht einen Anwendungsvorrang vor dem innerstaatlichen Recht ein[...].räumen“.<sup>65</sup>

Auch hier gilt, dass die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ zu keinen weitergehenden Folgerungen zu führen vermag. Der unter anderem gerade aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitete<sup>66</sup> Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit kann eben jene Verfassungsnorm des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG nicht dergestalt inhaltlich aufladen, dass die darin vorgesehenen Vertragsgesetze in ihrer Funktion als Rechtsanwendungsbefehle dem jeweiligen Vertrag einen Rang über den Gesetzen einräumen. Diese Auffassung ist dann (und auch nur dann) zutreffend, wenn mit dem Bundesverfassungsgericht angenommen wird, dass sich „[d]as Grundgesetz [...] in Art. 59 Abs. 2 GG dafür entschieden [hat], völkerrechtliche Verträge innerstaatlich (nur) mit dem Rang eines (einfachen) Bundesgesetzes auszustatten“.<sup>67</sup> Dieser auf interpretierender Deutung beruhende Regelungsgehalt des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG kann unter Rekurs auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ nicht dergestalt erweitert werden, dass grundsätzlich doch anderes gilt, nämlich dass völkerrechtliche Verträge aufgrund eines Vertragsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in der Regel mit Übergesetzesrang innerstaatlich gelten.<sup>68</sup> Die „Völkerrechts-

---

fassungsrang besitzen. [...] Das (einfache) Gesetz kann – ohne eine dahingehende grundgesetzliche Ermächtigung – dem völkervertraglich Vereinbarten keinen höheren Rang verleihen.“ Entsprechende Ermächtigungen enthalten Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Art. 24 Abs. 1, 1a und 2 GG (vgl. BVerfGE 141, 1 [15–15]). Hierzu etwa *Rudolf Geiger*, Staatsrecht III, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2018, 162.

<sup>64</sup> Jarass (Fn. 58), Art. 24 Rn. 24.

<sup>65</sup> BVerfGE 141, 1 (15–16). Dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht gewährt der Rechtsanwendungsbefehl in Gestalt des (Vertrags-)Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG (jeweils i. V. mit Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) dabei den Anwendungsvorrang auch vor dem deutschen Verfassungsrecht (zur Verdrängung der deutschen Grundrechte durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts BVerfGE 152, 216 [236–237]; BVerfGE 156, 182 [197]). An diesem Anwendungsvorrang hat aber solches Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht keinen Anteil, welches die Verfassungsidentität verletzt (BVerfGE 156, 182 [208]) oder ultra vires ergangen ist (BVerfGE 154, 17 [151]).

<sup>66</sup> Oben in Fn. 3.

<sup>67</sup> BVerfGE 141, 1 (31).

<sup>68</sup> In diesem Sinne BVerfGE 141, 1 (31).

freundlichkeit“ hat in Art. 59 Abs. 2 GG ihren Grund. Sie kann daher aus jener Norm nicht – gleichsam nach dem „Münchhausen-Prinzip“ – mehr herausholen als drin ist.<sup>69</sup> Der Inhalt des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit bestimmt sich anhand seiner grundgesetzlichen Grundlagen (u. a. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) und nicht umgekehrt, d. h. er vermag nicht deren Inhalt zu bestimmen.

Für internationale Menschenrechtsverträge gilt nichts anderes, auch nicht mit Rücksicht auf Art. 1 Abs. 2 GG. Darin bekennt sich das „Deutsche Volk“ als Verfassungsgeber zu dem Grundgesetz vorausliegenden, vorverfassungsrechtlich gedachten, „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“. Diese Norm stellt aber keinen Rechtsanwendungsbefehl und keine Rangregel jedenfalls für die völkervertraglich garantierten Menschenrechte dar.<sup>70</sup>

Für den Fall seiner innerstaatlichen Geltung kann – wie das Bundesverfassungsgericht schon früh anerkannt hat – ein völkerrechtlicher Vertrag subjektiv-rechtliche Wirkungen verbindlich entfalten, nämlich „falls er sich auf das rechtliche Verhalten der Staatsbürger bezieht“.<sup>71</sup> Eben deshalb bedarf der entsprechende Vertrag eines Vertragsgesetzes, um nämlich den Vorbehalt des Gesetzes im Fall solcher Verträge zu sichern, die „Rechte und Pflichten für den Einzelnen begründen, abändern oder aufheben können“.<sup>72</sup>

## 2. Völkergewohnheitsrecht

Für Völkergewohnheitsrecht bildet Art. 25 Satz 1 GG den Rechtsanwendungsbefehl. D. h. völkergewohnheitsrechtliche Normen werden schon durch die Verfassung selbst in das deutsche Recht eingelassen. Nach Art. 25 Satz 1 GG sind überhaupt alle „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“, also neben dem Völkergewohnheitsrecht<sup>73</sup> auch die allgemeinen

<sup>69</sup> Vgl. BVerfGE 141, 1 (31): „Der aus ihm [sc. dem Grundgesetz] abgeleitete ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit kann das Grundgesetz konkretisieren oder ergänzen. Er kann das geschriebene Verfassungsrecht jedoch nicht entgegen der in Art. 79 Abs. 1 und Abs. 2 GG vorgesehenen Zuständigkeit und Methodik ändern oder außer Kraft setzen“. Siehe ferner schon oben in und bei Fn. 49.

<sup>70</sup> Vgl. BVerfGE 128, 326 (369). Wie hier *Matthias Herdegen*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, München: C. H. Beck 2022, Art. 1 Abs. 2, Rn. 40-41. Zum ius cogens aber unten in und bei Fn. 81-89.

<sup>71</sup> BVerfGE 6, 290 (294).

<sup>72</sup> BVerfGE 141, 1 (18-19).

<sup>73</sup> Ob nur das universelle (so die wohl h. L.) oder auch das regionale und bilaterale Völkergewohnheitsrecht von Art. 25 Satz 1 GG erfasst werden, ist weiterhin umstritten (näher *Tomuschat* [Fn. 1], Rn. 15-16).

Rechtsgrundsätze des Völkerrechts,<sup>74</sup> quasi „automatisch“<sup>75</sup> Bestandteil des Bundesrechts.<sup>76</sup>

Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Natur des Rechtsanwendungsbefehls (Art. 25 Satz 1 GG) nimmt innerstaatlich geltend gewordenenes Völkergewohnheitsrecht nicht seinerseits den Rang von Verfassungsrecht ein. Vielmehr geht das Bundesverfassungsgericht mit dem überwiegenden Teil der Lehre davon aus, dass ihm ein „Zwischenrang“ zwischen Verfassung und Gesetzen zukommt.<sup>77</sup> Zumindest der Vorrang vor den einfachen Gesetzen ergibt sich in der Tat eindeutig aus Art. 25 Satz 2 Halbs. 1 GG. Zwingend ist die These vom bloßen „Zwischenrang“ deshalb aber nicht. Indes könnte der Rekurs auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ aus vorgenannten Gründen<sup>78</sup> daran wiederum nichts ändern.<sup>79</sup>

Diese Rangregel gilt grundsätzlich ebenso für die völkergewohnheitsrechtlich normierten Menschenrechte. Auch das bereits erwähnte Menschenrechtsbekenntnis in Art. 1 Abs. 2 GG kann ihnen „kein Einfallstor für einen unmittelbaren Verfassungsrang“<sup>80</sup> bieten.

Allerdings bleibt dann noch der zunächst kryptisch anmutende Satz des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an Menschenrechten einen besonderen Schutz zu.“<sup>81</sup> Danach müsste es bestimmte, zu einem „Kernbestand“ gehörende Menschenrechte geben, die über Art. 1 Abs. 2 GG auch im innerstaatlichen Bereich verfassungsrechtlich „besonderen“ Schutz genießen. Kommt völkervertraglich garantierten Menschenrechten prinzipiell Gesetzesrang,<sup>82</sup> völkergewohn-

<sup>74</sup> BVerfGE 141, 1 (17-18).

<sup>75</sup> BVerfGE 141, 1 (16-17), d.h. „unmittelbar, das heißt, ohne dass ein sonstiger (einfachrechtlicher) Rechtsakt hinzukommen müsste“, BVerfGE 143, 101 (135).

<sup>76</sup> Aber nur insoweit, wie die jeweilige Norm des Völkergewohnheitsrechts bzw. der jeweilige allgemeine Rechtsgrundsatz für Deutschland völkerrechtlich verbindlich ist. Soweit Deutschland entsprechende „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ in zulässiger Weise völkervertraglich abbedungen hat, vermögen sie über Art. 25 Satz 1 GG keine innerstaatliche Geltung (mehr) zu erlangen (in diesem Sinne BVerfGE 18, 441 [448]). Gleiches würde für solche völkergewohnheitsrechtlichen Regeln gelten, deren Geltung Deutschland für sich als sog. „persistent objector“ im Kontext ihrer Entstehung widersprochen hat.

<sup>77</sup> Erstmals vom „Zwischenrang“ sprechend BVerfGE 141, 1 (17); der Sache nach aber schon zuvor BVerfGE 6, 309 (363); st.Rspr.

<sup>78</sup> Oben in und bei Fn. 66-69.

<sup>79</sup> Interpretationsleitend könnte hier nur die verfassungsrechtliche Grundentscheidung der „offenen Staatlichkeit“ sein, die aber immanent durch den Souveränitätsvorbehalt beschränkt wird. Erklären lässt sich der Zwischenrang daher mit dem letzten Wort der deutschen Verfassung, in welcher die deutsche Souveränität liegt (hierzu (BVerfGE 111, 307 [319]; BVerfGE 141, 1 [28] sowie oben in Fn. 18).

<sup>80</sup> BVerfGE 128, 326 (369).

<sup>81</sup> BVerfGE 111, 307 (329); BVerfGE 128, 326 (369).

<sup>82</sup> Oben in und bei Fn. 70.

heitsrechtlich verankerten Menschenrechten prinzipiell Zwischenrang (zwischen Verfassung und Gesetzen) zu,<sup>83</sup> dann muss es sich bei diesem „Kernbestand“ gemäß Art. 1 Abs. 2 GG unter „besonderem“ Schutz der Verfassung stehender Menschenrechte um einen exklusiven Kreis von Rechten handeln: die als *ius cogens* geltenden Menschenrechte.<sup>84</sup> Das entspricht (nunmehr auch)<sup>85</sup> der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts. Denn das Gericht postuliert gerade und speziell mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 GG, dass das Grundgesetz von einem Unterschied „zwischen zwingenden, der Disposition des Verfassungsgebers entzogenen Regelungen, insbesondere den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), und sonstigem Völkerrecht“ ausgeht.<sup>86</sup> Noch präziser hält das Gericht fest, dass „[ü]ber Art. 1 Abs. 2 [...] GG [...] das Grundgesetz auch die graduelle Anerkennung der Existenz zwingender, also der Disposition der Staaten im Einzelfall entzogener Normen (*ius cogens*) [rezipiert]“ hat.<sup>87</sup> Als *ius cogens* geltende internationale Menschenrechte sind damit nicht nur dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen (Art. 79 Abs. 3 i. V. mit Art. 1 Abs. 2 GG).<sup>88</sup> Ihnen kommt vielmehr ein schon vom Verfassungsgeber in Art. 1 Abs. 2 GG anerkannter Überverfassungsrang zu.<sup>89</sup> Denn „[d]iese unveräußerlichen Rechte liegen ihm [sc. dem Grundgesetz] voraus und sind selbst der Disposition des Verfassungsgebers entzogen“.<sup>90</sup>

Hinsichtlich etwaiger subjektiv-rechtlicher Wirkungen ordnet Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG ausdrücklich an, dass völkergewohnheitsrechtliche Regeln „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes [erzeugen]“. Diese Norm ist nur deklaratorisch, soweit die betreffende Regel des Völkergewohnheitsrechts ohnehin schon aus sich heraus unmittelbar anwendbar („self-executing“) ist und dabei Individuen berechtigt oder verpflichtet. Umgekehrt verschafft Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG solchen Regeln des Völkergewohnheitsrechts keine subjektiv-rechtlichen Wirkungen, die nach ihrem Regelungsgehalt von vornherein lediglich an die Staaten adressiert sind und sein können. Exemplarisch kann auf die Regeln über die Staatenimmunität verwiesen werden. Anders verhält es sich indes bei denjenigen

<sup>83</sup> Oben in und bei Fn. 77.

<sup>84</sup> So bereits *Herdegen* (Fn. 70), Art. 1 Abs. 2, Rn. 30, 39.

<sup>85</sup> Zutreffend *Herdegen* (Fn. 70), Art. 1 Abs. 2, Rn. 39.

<sup>86</sup> BVerfGE 141, 1 (32).

<sup>87</sup> BVerfGE 112, 1 (27).

<sup>88</sup> Zutreffend *Herdegen* (Fn. 70), Art. 1 Abs. 2, Rn. 10.

<sup>89</sup> Der sich aus Art. 1 Abs. 2 GG ergebende Überverfassungsrang gilt also nicht für andere als *ius cogens* geltende Rechtsnormen des Völkerrechts. Als solche hat das Bundesverfassungsgericht etwa die „Normen über die internationale Friedenssicherung [...] sowie Kernnormen zum Schutz der Umwelt“ identifiziert, BVerfGE 112, 1 (27-28).

<sup>90</sup> BVerfGE 141, 1 (15).

Normen, die zwar auf der Ebene des Völkerrechts zunächst auch nur an die Staaten gerichtet, aber dem Schutz der Einzelnen zu dienen bestimmt sind. Beispiele hierfür bilden namentlich das Fremdenrecht und das Humanitäre Völkerrecht. Hier entfaltet Art. 25 Satz 2 Halbs. 2 GG konstitutive Wirkung, indem er für solche „Schutznormen“ einen „Adressatenwechsel“<sup>91</sup> vorschreibt.<sup>92</sup>

## IV. Zum Problem des „Treaty Override“

Innerstaatlich in Geltung gesetztes Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht gehört zu „Gesetz und Recht“ i. S. von Art. 20 Abs. 3 GG und bindet damit vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Der Gesetzgeber ist dagegen nur an solches Völkerrecht gebunden, das innerstaatliche Geltung normenhierarchisch oberhalb der Gesetzesebene erlangt hat.<sup>93</sup> Das gilt grundsätzlich nur für das Völkergewohnheitsrecht<sup>94</sup> (Art. 25 Satz 2 Halbs. 1 GG),<sup>95</sup> ausnahmsweise auch für solches Völkervertragsrecht, das aufgrund besonderer „Öffnungsklauseln“ vom jeweiligen Vertragsgesetz mit Übergesetzesrang in die deutsche Rechtsordnung eingelassen wird.<sup>96</sup> Der Gesetzgeber ist mithin an innerstaatlich als schlichtes Gesetzesrecht geltendes Völkervertragsrecht selbst nicht gebunden, ebenso wenig wie er an von ihm selbst gesetztes nationales (einfaches) Gesetzesrecht gebunden ist, weil und soweit sich nicht aus der Verfassung anderes ergibt.<sup>97</sup> Was also gilt, wenn der Gesetzgeber ein Gesetz erlässt, dessen Normen mit denjenigen eines innerstaatlich auf einfachgesetzlicher Ebene geltenden völkerrechtlichen Vertrags kollidieren?

<sup>91</sup> *Karl Doebring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, Köln/Berlin: Heymann 1963, 153-158.

<sup>92</sup> Zum Vorstehenden wie hier etwa *Streinz* (Fn. 26), Art. 59 Rn. 42-50.

<sup>93</sup> Vgl. auch Art. 20 Abs. 3 GG: Bindung des Gesetzgebers an die „verfassungsmäßige Ordnung“.

<sup>94</sup> Und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts (oben in und bei Fn. 74).

<sup>95</sup> Ein mit Völkergewohnheitsrecht unvereinbares Gesetz „verstößt daher gegen die verfassungsmäßige Ordnung [nicht nur im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG, sondern auch] im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG“ (BVerfGE 141, 1 [17]) und kann infolgedessen mit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG – oder ein spezielles Grundrecht (*Streinz* [Fn. 9], Art. 25 Rn. 96) – angegriffen werden (*Tomuschat* [Fn. 1], Rn. 23).

<sup>96</sup> Siehe hierzu oben in und bei Fn. 63-65. Wird dem höherrangigen Völker- oder supranationalen Recht nur ein Anwendungsvorrang eingeräumt, ist das kollidierende Gesetz nicht nichtig, sondern nur unanwendbar, und zwar nur insoweit, als es zur Auflösung der jeweiligen Normkollision erforderlich ist.

<sup>97</sup> Zum finanzverfassungsrechtlich geforderten „Maßstäbengesetz“ als eines „den Gesetzgeber selbst bindenden maßstabgebenden Gesetzes“ (für den Länderfinanzausgleich) grundlegend BVerfGE 101, 158 (216 ff.).

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ hilft an dieser Stelle nur begrenzt, aber immerhin weiter. Bei späteren Gesetzen wird aufgrund dieses Prinzips vermutet, dass der Gesetzgeber nicht gegen den früheren völkerrechtlichen Vertrag verstoßen wollte.<sup>98</sup> Deshalb ist das spätere Gesetz völkervertragskonform so auszulegen, dass eine Normkollision nach Möglichkeit a priori vermieden wird.<sup>99</sup>

Ist eine solche Auslegung aber interpretationsmethodisch ausgeschlossen, dann kann die Normkollision nur anhand der allgemein geltenden Kollisionsregeln *lex specialis* oder *lex posterior* aufgelöst werden. Die aus der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ abgeleitete Vermutung, dass der Gesetzgeber nicht gegen einen früheren Vertrag verstoßen wollte, spricht dann dafür, zuvörderst auf die *lex specialis*-Regel zurückzugreifen<sup>100</sup> – auf die *lex posterior*-Regel nur dann, wenn sich die völkervertragliche Norm nicht innerhalb der Grenzen der anerkannten Auslegungsmethodik als Spezialregel gegenüber der kollidierenden gesetzlichen Norm interpretieren lässt, oder dann, wenn sich der Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich im Wege späterer Gesetzgebung über frühere, innerstaatlich bereits mit Gesetzeskraft gültig gewordene Verträge hinwegsetzen wollte.<sup>101</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht im letzteren Fall etwas hölzern von „Abkommensüberschreibung“, nur als Klammerzusatz anglizistisch von „Treaty Override“.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 (370): „Gesetze [...] sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will“.

<sup>99</sup> Die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts scheint denn auch dahin zu gehen, die Rechtswirkungen des Grundsatzes der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ „vor allem“ auf eine „Auslegungshilfe“ zu begrenzen, BVerfGE 141, 1 (26, 28).

<sup>100</sup> Gleichsinnig Geiger (Fn. 63), 162; Tomuschat (Fn. 1), Rn. 44.

<sup>101</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 (370): „es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, *sofern er dies nicht klar bekundet hat*, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen [...] will“ (Hervorhebung d. Verf.).

<sup>102</sup> BVerfGE 141, 1 (12, passim). Zustimmend zu dieser Rechtsprechung etwa Christian Hillgruber, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, 15. Aufl., Hürth: Carl Heymanns 2022, Art. 59 Rn. 103; Bernhard Kempen, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 59 Rn. 93; Martin Nettesheim, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, München: C.H. Beck, Art. 59 Rn. 186 f. (2020); Frank Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München: C.H. Beck 2017, 197–198. Kritisch dagegen etwa Geiger (Fn. 63), 162; Mehrdad Payandeh, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, NJW 69 (2016), 1279–1282 (1280–1282). Eingehende Analyse jüngst von Florian Paul, Die Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge im Lichte des Grundgesetzes, Berlin: Duncker & Humblot 2023.

Mit der gemäß Art. 25 Satz 1 GG innerstaatlich gültigen völkergewohnheitsrechtlichen Regel *pacta sunt servanda*<sup>103</sup> ist das jedoch nicht zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hat den Inhalt dieser Norm kraft verfassungsrechtlicher Anordnung (Art. 25 Satz 1 Halbs. 1 GG) zu befolgen, d. h. er hat – ohne dass es noch des Rückgriffs auf den Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ bedürfte<sup>104</sup> – zu beachten, dass die Bundesrepublik Deutschland nach dieser Norm die sie bindenden Verträge als rechtlich verbindlich zu betrachten und nach Treu und Glauben zu erfüllen hat.<sup>105</sup>

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber einem völkerrechtlichen Vertrag gegenläufiges Recht nicht erlassen darf, sofern er den deutschen Staat dadurch vertragsbrüchig macht, weil er jenen Vertrag aufgrund eines späteren, den Vertrag überschreibenden Gesetzes nicht mehr erfüllen kann.<sup>106</sup> Ein entsprechender, abkommensüberschreibender, den völkerrechtlichen Vertrag bewusst nicht erfüllen wollender *Gesetzesbeschluss*, also dieses Handeln, nicht das Gesetz hinsichtlich seiner einzelnen Bestimmungen als solches, verstößt gegen *pacta sunt servanda* als nach Art. 25 Satz 1 GG gegenüber dem Gesetzgeber höherrangiges, ihn bindendes Recht.

In der Folge wäre der Gesetzesbeschluss als mit höherrangigem Recht unvereinbar anzusehen<sup>107</sup> – es sei denn, die wiederum *über* dem Rechtssatz *pacta sunt servanda* stehende Verfassung würde den Gesetzgeber von der strikten Beachtung jener Norm dispensieren. Davon scheint das Bundesverfassungsgericht ausgegangen zu sein. Es hat im „Treaty Override“ kein Problem gesehen<sup>108</sup> – letztlich mit Rücksicht auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GG).<sup>109</sup>

In der Tat geht es darum, wie verschiedene verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, nämlich: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und „offene Staat-

---

<sup>103</sup> Vgl. auch Art. 26 WVK.

<sup>104</sup> Aus dem seinerseits die „Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren“, folgt, konkret in der Weise, dass der Gesetzgeber „verpflichtet [ist], die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen“, BVerfGE 112, 1 (26); BVerfGE 141, 1 (29).

<sup>105</sup> An dieser Erkenntnis gehen die äußerst spärlichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 141, 1 (20, 25) vorbei.

<sup>106</sup> In den Worten von BVerfGE 23, 288 (316) „erzwingt die Verfassung eine dem allgemeinen Völkerrecht [hier: *pacta sunt servanda*] entsprechende Gestaltung des Bundesrechts“. Bundesrecht darf also nicht so gestaltet werden, dass der völkerrechtlichen (und innerstaatlich gültigen) Pflicht zur Vertragserfüllung nicht mehr entsprochen werden kann.

<sup>107</sup> Mit der Folge, dass der Gesetzesbeschluss verdrängt wird (vgl. BVerfGE 23, 288 [216]: „Der Sinn der unmittelbaren Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts liegt darin, kollidierendes innerstaatliches Recht zu verdrängen“), also als keine Rechtswirkungen zeitigend behandelt werden muss.

<sup>108</sup> Der Sache nach so schon BVerfGE 6, 309 (362–363).

<sup>109</sup> BVerfGE 141, (21–23).

lichkeit“, einander so zuzuordnen sind, dass die Einheit der Verfassung gewahrt ist.<sup>110</sup> Eine solche Zuordnung ermöglicht der Souveränitätsvorbehalt, welcher der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zur „offenen Staatlichkeit“ immanent ist: Das Grundgesetz denkt – jedenfalls in seiner Deutung durch das Bundesverfassungsgericht – Souveränität von vornherein dialektisch so, dass sich die deutsche Rechtsordnung für das Recht der internationalen Staatengemeinschaft einerseits öffnet, dies andererseits aber nur in Grenzen, welche die souveräne Staatlichkeit Deutschlands wahren.<sup>111</sup> Deren elementarer, ja vielleicht elementarster Ausdruck ist das Prinzip demokratischer Selbstbestimmung (Art. 79 Abs. 3 i. V. mit Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GG).<sup>112</sup> Sie vollzieht sich in Deutschland repräsentativ (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), zuvörderst über den Bundestag (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) als dem einzigen unmittelbar demokratisch legitimierten Staatsorgan (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG), das zugleich als *das* zentrale Gesetzgebungsorgan vom Verfassungsgeber eingerichtet worden ist (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG).

Dem Prinzip „praktischer Konkordanz“,<sup>113</sup> welches die Einheit der Verfassung durch schonenden Ausgleich (auch) der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen herstellen soll,<sup>114</sup> widerspricht andererseits eine absolute, ausnahmslose Präponderanz des Demokratieprinzips. Das Bundesverfassungsgericht hat selbst immerhin, wenn auch nur sehr schemenhaft, angedeutet, dass ein „Treaty Override“ im Fall von Menschenrechtsverträgen anders zu beurteilen sein könnte<sup>115</sup> – dann wohl mit Rücksicht auf das

<sup>110</sup> In diesem Sinne auch das Sondervotum der Richterin *Doris König* in BVerfG 141, 1 (44) m. w. N. Kritisch zur Verortung des „Treaty Override“-Problems in einem solchen Prinzipienkonflikt aber *Paul* (Fn. 102), 154.

<sup>111</sup> Siehe oben in Fn. 18.

<sup>112</sup> Zum durch diese Normen i. V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten „Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung“ BVerfGE 151, 202 (286); BVerfGE 154, 17 (85-86).

<sup>113</sup> Worauf der Sache nach auch das Sondervotum der Richterin *Doris König* (BVerfGE 141, 1 [48]) abstellt; unmittelbar auf das Prinzip Bezug nehmend *Payandeh* (Fn. 3), 497.

<sup>114</sup> Vgl. *Hesse* (Fn. 12), 28, der das Prinzip der „praktischen Konkordanz“ freilich nur auf die verhältnismäßige Zuordnung „verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter“ bezieht.

<sup>115</sup> Vgl. BVerfGE 141, 1 (32): Die „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich durchgängig auf grund- und menschenrechtliche Fragestellungen [...] beziehen, [können] nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Konstellation übertragen werden“; mit Verweis auf Teile des Schrifttums scheint das Gericht von einer „fehlenden Übertragbarkeit der Entscheidungen aufgrund des unterschiedlichen normativen Gesamtgefüges“ auszugehen. Das Sondervotum der Richterin *Doris König* ist eindeutiger und kann insoweit als authentische Darstellung der Senatsmeinung gelten: Die Senatsmehrheit lasse „dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen freie Hand, sich nach dem lex posterior-Grundsatz mit einem späteren Gesetz bewusst und gewollt über Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen (*bei denen es sich nicht um Menschenrechtsverträge handelt*) hinwegzusetzen“ (BVerfGE 141, 1 [43]; Hervorhebung d. Verf.), d. h. der Senat wollte keine Aussage zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Überschreitung von Menschenrechtsverträgen treffen. A. A. aber *Schorkopf* (Fn. 102), 198.

Rechtsstaatsprinzip (Herrschaft des Rechts) und das Prinzip „offener Staatlichkeit“ und insoweit mit besonderem Blick auf Art. 1 Abs. 2 GG. Daran wird deutlich, dass die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Abkommensüberschreibung im Kern eine Abwägungsfrage ist:<sup>116</sup> Wie weit soll der im Prinzip der „offenen Staatlichkeit“ angelegte Souveränitätsvorbehalt im Lichte von Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip reichen?<sup>117</sup> In der Antwort auf diese Frage liegt die Lösung des Problems des „Treaty Override“.<sup>118</sup> Sie lässt sich immer nur in Ansehung des Einzelfalls einer Abkommensüberschreibung geben.<sup>119</sup>

## V. Zusammenfassung

1. Das Grundgesetz ist alleiniger, „souveräner“ Geltungsgrund allen Rechts in Deutschland. Das gilt auch für das Völkerrecht.

<sup>116</sup> In diesem Sinne auch schon das Sondervotum der Richterin *Doris König* BVerfGE 141, 1 (45, 47). Insoweit wie hier *Kleinlein* (Fn. 44), Art. 59 Rn. 528. Weitere Nachweise zur Abwägungslösung etwa bei *Nettesheim* (Fn. 102), Art. 59 Rn. 186e.

<sup>117</sup> Diese Abwägung hat eine gewisse Nähe zur Rückwirkungsproblematik. Selbstverständlich kann ein späterer (d. h. durch Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1, 39 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG neu legitimierter) Gesetzgeber von Gesetzen früherer Gesetzgeber abweichen (Demokratieprinzip), aber eben nur in den Grenzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Rechtsstaatsprinzip). Hierzu etwa BVerfGE 13, 261 (271); st.Rspr.

<sup>118</sup> Anders der Ansatz von *Paul* (Fn. 102), 155 ff., der das „Treaty Override“-Problem durch Prozeduralisierung und damit einhergehende Verfahrenspflichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe lösen will.

<sup>119</sup> Zu den hierbei leitenden Kriterien siehe zunächst das Sondervotum der Richterin *Doris König* BVerfGE 141, 1 (48); ferner zuvor bereits *Payandeh* (Fn. 3), 497-498. Das „verfassungsrechtliche Gebot, weitmöglichster Harmonie von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht herzustellen“ (*Rudolf Bernhardt*, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Christian Starck [Hrsg.], Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, Tübingen: Mohr 1976, 154 [160]), drängt allgemein zur Zurückhaltung bei der Annahme, ein „Treaty Override“ könnte zulässig sein. In besonderem Maße spricht gegen ein „Treaty Override“, wenn Deutschland im Hinblick auf den Vertragsgegenstand in spezifischer Weise auf eine Zusammenarbeit mit der internationalen Gemeinschaft angewiesen ist und daher „für andere Staaten keine Anreize setzen [darf], dieses Zusammenwirken zu unterlaufen“, sondern „durch [...] eigenes Handeln [...] internationales Vertrauen stärken“ sollte (so zum internationalen Klimaschutz BVerfGE 157, 30 [142]; vgl. auch BVerfGE 141, 1 [28]). Jenseits dieser generellen Maximen wird es konkret in Ansehung des jeweiligen Vertrages auf die folgenden, tendenziell gegen die Zulässigkeit einer „Abkommensüberschreibung“ sprechenden (hier nicht abschließend zu verstehenden) Kriterien ankommen: die universelle oder zumindest regionale Geltung des Vertrags, der menschenrechts- oder sonst humanitäre Charakter des Vertrags, die Normierung der wesentlichen Grundlagen der zwischenstaatlichen Beziehungen oder der Erhaltung und (nachhaltigen) Nutzung globaler Gemeinschaftsgüter oder -räume durch den Vertrag, die die globale oder regionale Wirtschaft ordnende, die weltweite oder regionale technische Interkonnektivität herstellende, die globale oder regionale Gesundheit oder das kulturelle Erbe schützende Funktion des Vertrags oder der den grenzübergreifenden Terrorismus eindämmende Gegenstand des Vertrags.

2. Der Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ liegt dem Grundgesetz als verfassungsrechtliche Grundentscheidung voraus und zugrunde. Erst aus dem darauf aufgesetzten Grundgesetz leitet sich der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ab.

3. Allein aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ lässt sich für Fragen der innerstaatlichen Geltung und unmittelbaren Anwendbarkeit völkervertraglicher oder völkergewohnheitsrechtlicher Normen sowie des Treaty Override nichts herleiten. Leitend für diese Fragestellungen ist die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die „offene Staatlichkeit“, die durch den grundgesetzlichen Souveränitätsvorbehalt immanent beschränkt wird und sich in bestimmten Normen des Grundgesetzes ausprägt. Jene Normen entscheiden darüber, ob und wie, insbesondere auch mit welchem Rang, Völkerrecht in die innerstaatliche Rechtsordnung eingelassen und anwendbar gemacht wird.

4. Die innerstaatliche Geltung von völkerrechtlichen Verträgen und Völkergewohnheitsrecht wird durch einen darauf gerichteten Rechtsanwendungsbefehl bewirkt. Jenen normiert für das Völkergewohnheitsrecht die Verfassung in Gestalt von Art. 25 Satz 1 GG, für „politische“ und „gesetzesgegenständliche“ Verträge i. S. des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG das nach jener Vorschrift zu erlassende Vertragsgesetz und für Verwaltungsabkommen i. S. von Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG ein exekutiver Rechtsakt.

5. Grundsätzlich erlangt Völkerrecht innerstaatliche Geltung mit normenhierarchischem Rang unterhalb der Verfassung. Das Völkergewohnheitsrecht nimmt einen Zwischenrang zwischen Verfassung und Gesetzen ein, während völkerrechtliche Verträge i. S. des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG Gesetzesrang und Verwaltungsabkommen i. S. von Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG den Rang des jeweiligen exekutiven Rechtsakts haben. Eine Ausnahme gilt für als *ius cogens* geltende Menschenrechte, welchen mit Rücksicht auf Art. 1 Abs. 2 GG ein Überverfassungsrang zukommt.

6. Unter anderem aus den vorgenannten Normen leitet sich erst der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ab, weshalb jener Grundsatz diesen Normen aus sich heraus keinen weitergehenden als den dargestellten, interpretativ ermittelten Regelungsgehalt (z. B. hinsichtlich des einer Völkerrechtsnorm zugewiesenen innerstaatlichen Rangs) verschaffen kann. Anleiten kann diese Interpretation nur der jenen Normen als verfassungsrechtliche Grundentscheidung voraus und zugrunde liegende Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“.

7. Unter der Voraussetzung ihrer innerstaatlichen Geltung sind völkervertragliche oder völkergewohnheitsrechtliche Normen unmittelbar anwendbar, wenn sie „self-executing“ sind, d. h. keines vorgängigen Vollzugsaktes namentlich seitens des Gesetzgebers bedürfen und einen hinreichenden Grad an

Bestimmtheit haben. Das ist eine Frage der völkerrechtlich methodisch angeleiteten Interpretation der jeweiligen Norm. Deshalb kann der verfassungsrechtliche Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ aus der betreffenden völkerrechtlichen Norm nicht mehr (z. B. hinsichtlich ihrer „self-executing“-Eigenschaft) herausholen, als völkerrechtlich gesehen drin ist.

8. Die Rechtswirkungen des Grundsatzes der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ beschränken sich nach alledem im Wesentlichen darauf, das deutsche Recht völkerrechtskonform so auszulegen und anzuwenden, dass ein Widerspruch zwischen den die Bundesrepublik bindenden Normen des Völkerrechts und dem nationalen Recht vermieden bzw. ein normativer Gleichklang zwischen den beiden Rechtskreisen erreicht wird. Lässt sich dadurch eine Normkollision speziell zwischen völkervertraglichen und einfachgesetzlichen nationalen Normen gleichwohl nicht vermeiden, spricht der Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ dafür, zuvörderst auf die *lex specialis*-Regel zurückzugreifen, auf die *lex posterior*-Regel nur dann, wenn sich die frühere völkervertragliche Norm nicht als Spezialregel interpretieren lässt oder sich der Gesetzgeber in einem späteren Gesetz bewusst und ausdrücklich für eine Abkommensüberschreibung („Treaty Override“) entschieden hat.

9. Der Gesetzesbeschluss, der eine Abkommensüberschreibung vorsieht, verstößt allerdings gegen die vom Gesetzgeber gemäß Art. 25 Satz 1 GG zu befolgende Norm *pacta sunt servanda*. Sie kann nur ausnahmsweise im Einzelfall mit Rücksicht auf den grundgesetzlichen Souveränitätsvorbehalt aufgrund einer Abwägung von Demokratie- und Rechtsstaatsstaatsprinzip nach dem Prinzip der „praktischen Konkordanz“ verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

## Summary: Direct Applicability of International Treaties and Customary International Law – Germany

The practical effectiveness of international treaty and customary law rules depends on their applicability within the domestic legal sphere. The article presents the German constitutional law concepts related to this issue, as they have been authoritatively developed and consolidated by the German Federal Constitutional Court. It demonstrates that the principle of “Völkerrechtsfreundlichkeit” (principle of commitment to international law) cannot, on its own terms, determine the conditions upon which public international law is incorporated into the domestic legal sphere. The same applies to the subsequent question as to the conditions under which international treaty or customary law rules are directly applicable. From a German constitutional

law perspective, the question of applicability of norms of public international law within the domestic legal sphere is, rather, a question governed by the principle of “*offene Staatlichkeit*” (principle of openness of the state towards international law). This is a fundamental principle underlying the German constitution which is also important for the final issue of whether and to what extent so-called ‘treaty override’ is constitutionally permissible.

## Keywords

openness of the state towards international law – commitment to international law – validity within the domestic legal sphere – effect of conferring individual rights – hierarchy of norms – treaty override