

§ 226

Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit

Christian Tomuschat

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Allgemeine Bedeutung	1–12	C. Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der internationalen Zusammenarbeit	46–81
I. Einbettung in die internationale Gemeinschaft	3– 8	I. Handlungs- und Organisations- formen	47–66
II. Abgrenzungen	9–12	II. Inhaltliche Maßstäbe der internationalen Zusammen- arbeit	67–81
B. Bindung der Bundesrepublik Deutschland an das Völkerrecht	13–45	D. Innerstaatliche Ausprägungen der Offenheit	82–86
I. Allgemeine Regeln des Völ- kerrechts	13–24	E. Identitätsbestimmung durch völ- kerrechtliche Bindungen	87–90
II. Völkerrechtliches Gewalt- und Kriegsverbot	25	F. Bibliographie	
III. Völkerrechtliche Verträge	26–35		
IV. Völkerrechtsfreundliche Interpretation des deutschen Rechts	36–45		

A. Allgemeine Bedeutung

1

Begriff der internationalen Offenheit

Von „internationaler Offenheit“ ist im Grundgesetz an keiner Stelle ausdrücklich die Rede. Auch das Bundesverfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, den Begriff in seiner Rechtsprechung noch niemals gebraucht. Die Wortprägung hat sich aber auf Grund der im Jahre 1964 von Klaus Vogel veröffentlichten Schrift „Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit“¹ weithin durchgesetzt². Vogel wollte mit seinem dort gemachten terminologischen Vorschlag den Gegensatz der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zum souveränen Staatswesen klassischer Prägung, das in Fichtes geschlossenem Handelsstaat³ eine idealtypische Schilderung erfahren hat, anschaulich machen. Demgemäß handelt es sich bei dem Attribut der Offenheit eher um eine rechtssoziologische Charakterisierung, die als Gesamtnenner für eine Vielzahl von einzelnen Regeln und Prinzipien steht. Um die genaue rechtliche Bedeutung der internationalen Offenheit klarzulegen, bedarf es mithin in erster Linie einer Darstellung dieses meist im Wortlaut des Grundgesetzes angelegten Befundes. Auf einer zweiten Stufe erhebt sich dann aber regelmäßig die Frage, ob die Einzelregelung im Wege der Generalisierung zu umfassenderen Rechtssätzen fortgebildet werden kann.

Deskription oder Präskription?

2

Offenheit in Staatlichkeit

Rechtslogische Prämisse der Redeweise von der offenen Staatlichkeit ist die Existenz der Bundesrepublik Deutschland als eines souveränen Staatswesens. Damit soll in diesem Beitrag nicht gesagt sein, daß die Staatseigenschaft durch Art. 20 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG von Verfassungen wegen festgeschrieben wäre, wie dies in der Lehre im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht⁴ überwiegend behauptet wird⁵. Grundlage des Staatswesens sind in der Tat die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen Strukturmerkmale. Es sprechen freilich keine durchschlagenden Argumente gegen die Annahme, daß diese Strukturmerkmale, wie insbesondere die Menschenwürde und das Demokratieprinzip,

1 Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 42.

2 Vgl. etwa Thomas Giegerich, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: VVDStRL 69 (2010), S. 57 (91); Stefan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; Peter M. Huber, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, 2008, S. 403 ff.; Juliane Kokott, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, in: VVDStRL 63 (2004), S. 7 (27); Hermann Mosler, Die Übertragung von Hoheitsrechten, in: HStR VII, ¹1992, § 175 Rn. 8 ff.; Ondolf Rojahn, in: v. Münch/Kunig, Bd. II, ²2001, Art. 24 Rn. 1; Karl-Peter Sommermann, Offene Staatlichkeit, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón u. a., a. a. O., 2008, S. 3 ff.; Rainer Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 7, 19.

3 Johann Gottlieb Fichte, Der geschlossene Handelsstaat, 1800.

4 BVerfGE 89, 155 (182 ff.); 123, 267 (347).

5 Udo Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, in: Der Staat 32 (1993), S. 191 (200, 214); Horst Dreier, in: Dreier, Bd. II, ²2006, Art. 79 Abs. 3 Rn. 55 ff.; Dietrich Murswiek, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, in: JZ 2010, S. 702 (705); → Bd. II, I sensee, § 15 Rn. 198; P. Kirchhof, § 21 Rn. 72 ff., 84; Hillgruber, § 32 Rn. 15, 41, 108; a. A. insbesondere Meinhard Hilf, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, in: VVDStRL 53 (1994), S. 7 (23); Christoph Möllers, Staat als Argument, ²2010, S. 376 ff.

nicht auch in einem supranationalen Gebilde grenzüberschreitender Integration gewahrt werden könnten, wie dies ja in der Präambel des Grundgesetzes wie auch in Art. 23 Abs. 1 GG als Zielvorstellung zum Ausdruck kommt. Soweit aber die offene Staatlichkeit reicht, wird die heikle Grenzzone hin zu einem europäischen Bundesstaat noch gar nicht betreten. Alle nachstehend genannten verfassungsrechtlichen Regeln sind als vom Verfassungsgeber gestattete Modifizierungen des klassischen Bildes vom souveränen Staat zu verstehen.

Diesseits eines europäischen Bundesstaates

I. Einbettung in die internationale Gemeinschaft

Der offene Staat versteht sich als Glied innerhalb der Völkergemeinschaft und akzeptiert daher auch in rechtlicher Hinsicht die tatsächlichen Konsequenzen der internationalen Interdependenz, in die heute selbst die Supermächte auf Grund vielfältiger Sachzwänge verflochten sind. Vor allem in der Präambel sowie in den Art. 24–26 GG, seit 1992 ergänzt durch die Europaklausel des Art. 23 Abs. 1 GG, tritt die klarsichtige Einschätzung des historischen Verfassungsgebers aus dem Jahre 1949 hervor, daß die Bundesrepublik Deutschland ihre Existenz nicht in selbstherrlicher Isolierung, sondern nur in einem kooperativen Verbund mit den Völkern Europas und der Welt führen kann. Ganz offensichtlich ist es insbesondere die Übersteigerung des staatlichen Machtpotentials während der Gewaltherrschaft des Dritten Reiches, welche die Hinwendung des Grundgesetzes zur Internationalität sowohl als Handlungsform wie auch als Kontrollmechanismus bewirkt hat. Die Verfassungsberatungen im Herrenchiemseer Konvent und im Parlamentarischen Rat standen nachhaltig unter dem Eindruck all jener unsäglich Verbrechen, die während der zwölf Jahre von 1933 bis 1945 im deutschen Namen begangen worden waren. Durch eine Hinwendung zu internationalen Ordnungsstrukturen hofften die Verfassungsschöpfer, einer Wiederkehr ähnlicher Fehlentwicklungen wirksam einen rechtlichen Riegel vorschieben zu können. Verstärkt haben sich im übrigen seit dem Jahre 1949 noch weiter die Sachzwänge, die eine internationale Zusammenarbeit in vielen Lebensbereichen (vor allem Wirtschaft, Umweltschutz, Verkehr) und damit eine Abkehr vom Gedanken nationalstaatlicher Selbstherrlichkeit geradezu erzwingen⁶. Jede Verfassung muß sich mit den Realitäten des Lebens in einer komplexen Umwelt auseinandersetzen, die heute durch starke transnationale Verflechtungen im Zuge der sich fortschreitend intensivierenden Globalisierung gekennzeichnet ist. Es wäre geradezu lebensbedrohend, wenn das Grundgesetz als das Normprogramm für das deutsche Volk diese situativen Gegebenheiten ignorieren und

3

Völkergemeinschaft und Interdependenz

Notwendigkeit internationaler Zusammenarbeit

⁶ Vgl. etwa Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, ⁵2010, S. 1; Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, S. 101f.; Rudolf Streinz, Sinn und Zweck des Nationalstaates in der Zeit der Europäisierung und der Globalisierung, in: FS für Georg Ress, 2005, S. 1277 (1278f.); Christian Tomuschat, Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung, in: Jürgen Schwarze (Hg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Bd. I, 2008, S. 21 (23ff.); Wolfgang Graf Vitzthum, Der Staat der Staatengemeinschaft, 2006, S. 12ff.

damit den Tageszufälligkeiten bloßer gouvernementaler Entscheidungen überantworten wollte. Auf der anderen Seite bedeutet dies auch, daß Deutschland stärker als jemals zuvor in den Gang der Weltgeschichte eingebunden ist und daß seine Handlungsmöglichkeiten zunehmend durch Entwicklungen außerhalb seiner Grenzen bestimmt und eingeschränkt werden.

4

Drei Grundgedanken

Im wesentlichen sind es drei Grundgedanken, die sich zum weiteren Konzept der Offenheit zusammenfügen. Die Bundesrepublik Deutschland bejaht das Völkerrecht als Maßstab der Gerechtigkeit und des angemessenen Interessenausgleichs in den internationalen Beziehungen. Deshalb unterwirft sie sich auch von Verfassungen wegen den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, denen sie im internen Rechtsraum eine unmittelbar Wirksamkeit zuerkennt (Art. 25 GG)⁷. Damit kann schon in einem frühen Stadium etwaigen völkerrechtswidrigen Bestrebungen entgegengetreten werden. Besondere Erwähnung und verfassungsrechtliche Illegalisierung erfährt zusätzlich der ursprünglich im Briand-Kellogg-Pakt von 1928⁸, heute in der allgemeineren Gestalt des zwischenstaatlichen Gewaltverbots (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta) geächtete Angriffskrieg (Art. 26 GG)⁹. Mit diesen beiden Grundsatznormen ist das Verfassungsrecht der Bundesrepublik aufs engste in die Friedensordnung der Völkergemeinschaft eingebunden. Die Bundesrepublik erleichtert im übrigen die innerstaatliche Durchführung der von ihr abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge¹⁰.

Bejahung des Völkerrechts

Völkerrechtsfreundlichkeit

5

Internationale Zusammenarbeit

Das Grundgesetz beläßt es nicht bei einer bloß rezeptiven Hinnahme des geltenden Völkerrechts, sondern fordert die verantwortlichen Staatsorgane zur aktiven Mitwirkung bei der Bewältigung der internationalen Probleme auf. Bereits in der Präambel manifestiert sich der Wille, „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“¹¹. In ein operatives Gebot zur Einigung im Kreis der europäischen Staaten ist diese Finalität im Zuge der Umsetzung des Vertrages von Maastricht durch Art. 23 Abs. 1 GG überführt worden¹². Einen weiteren prägnanten Niederschlag findet die Bereitschaft zur internationalen Kooperation in Art. 24 GG, der in den Absätzen 1 und 2 im vorhinein in Souveränitätseinschränkungen einwilligt, in Absatz 3 darüber hinaus sogar die Verpflichtung statuiert, einem System der internationalen Streiterledigung beizutreten¹³.

6

Abkehr vom genossenschaftlichen Prinzip der Staatlichkeit

Schließlich lassen sich im Verfassungswerk des Grundgesetzes Strukturelemente entdecken, die von der Konzeption des Staatswesens als eines fest gefügten genossenschaftlichen Verbandes der Staatsbürger deutlich abrücken. Leitgedanken sind hierbei menschliche Würde, die dem Deutschen wie dem Ausländer in gleicher Weise zugesprochen wird (Art. 1 Abs. 1 GG), und Soli-

⁷ Helmut Steinberger, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: HStR, VII, ¹1992, § 173 Rn. 7ff.; → Unten Cremer, § 235.

⁸ RGBI 1929 II, S. 97.

⁹ Karl Doehring, Das Friedensgebot des Grundgesetzes, in: HStR, VII, ¹1992, § 178 Rn. 30ff.

¹⁰ S. u. Rn. 13ff.

¹¹ An diesen Worten hat der Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990 nichts geändert.

¹² 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. 12. 1992, in: BGBl I, S. 2086.

¹³ S. u. Rn. 46ff.

darität, die durch die Gewährung von Asyl ihre helfende Hand zugunsten des politisch Verfolgten ausstreckt (Art. 16 a Abs. 1 GG). Kennzeichen der Offenheit des Staatswesens sind ferner die grundrechtlich verbürgten Freiheiten der Bürger, die auch nach außen hin in der grenzüberschreitenden Dimension gegenüber der deutschen Staatsgewalt wirken, so daß der Pluralismus der gesellschaftlichen Kräfte keine bloße innerstaatliche Erscheinung bleibt¹⁴.

Die einstweilen nur angedeutete Öffnung für äußere Einflüsse hat derart tiefgreifende Auswirkungen, daß das Grundgesetz selbst teilweise aus seiner Rolle als der identitätsbestimmenden Entscheidung für die Ordnung von Staat und Gesellschaft gedrängt wird. Durch die zugelassene internationale Verflechtung werden Rechtsdaten gesetzt, die ihrer materiellen Tragweite nach häufig hinter den Optionen des Verfassungsgebers kaum zurückstehen¹⁵.

Schon der vorstehende skizzenhafte Versuch einer Aufschlüsselung des Begriffs der internationalen Offenheit zeigt, daß dieser normativ-direktive und lediglich beschreibende Elemente miteinander verbindet. Deswegen kann Offenheit als solche kein Verfassungsziel sein. Überdies läßt sich die Grenze zwischen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz und einem bloßen politischen Postulat gelegentlich nur unter Schwierigkeiten bestimmen. Besonders nahe liegt die Gefahr der Grenzüberschreitung hin zum Bereich des politisch Wünschbaren bei der Formulierung der internationalen Offenheit als eines allgemeinen Prinzips für sämtliche Fallkonstellationen eines Konflikts zwischen einer Haltung nationaler Abgeschlossenheit und einer solchen weltöffener, internationalistischer Zuversicht. Gerade auf dem heiklen Gebiet der auswärtigen Beziehungen darf aber die juristische Konstruktion sich nicht anmaßen, die politische Entscheidung von dem ihr gebührenden Platz zu stoßen. Auch der Verfassungsstaat, der sich zur „rule of law“ bekennt, muß auf dem Gebiet der auswärtigen Politik ein gewisses Maß an Flexibilität bewahren, um die unaufhörliche Auseinandersetzung mit wechselnden historischen Lagen bestehen zu können. So bedürfen historische Leitbilder, die sich zu verfassungsrechtlichen Begriffen verdichtet haben, einer ständigen Überprüfung im Hinblick auf ihre Angemessenheit für die Bewältigung aktueller Herausforderungen.

7

Identitätsfeststellung durch Internationalisierung

8

Offenheit als Rechtsprinzip

Außenpolitische Flexibilität des Verfassungsstaates

II. Abgrenzungen

Ein der Offenheit sehr nahe stehender Begriff ist die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, die das Bundesverfassungsgericht aus einer Zusammenschau der für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik maßgebenden Bestimmungen des Grundgesetzes (Präambel, Art. 23–26) abgeleitet

9

Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit

14 S.u. Rn. 82ff.
15 S.u. Rn. 87ff.

Völkerrechts-
freundlichkeit als
Leitmaxime

Auslieferung

Positives
Völkerrecht

Europa-
freundlichkeit

10
Völkerrechtliche
Betrachtung

hat¹⁶. Gelegentlich werden die beiden Begriffe „Offenheit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“ als gleichbedeutend betrachtet¹⁷. Es empfiehlt sich jedoch, beides auseinanderzuhalten. Von Völkerrechtsfreundlichkeit sollte nur im Sinne einer Leitmaxime gesprochen werden, die darauf abzielt, im innerstaatlichen Rechtsraum die Befolgung völkerrechtlicher Gebote zu fördern und zu erleichtern. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat indes die Argumentationsfigur der Völkerrechtsfreundlichkeit im Hinblick auf Situationen gebraucht, in denen es um eine Abwägung zwischen den rechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes an das Handeln der staatlichen Organe und der allgemeinen Erwünschtheit internationaler Zusammenarbeit ging. So wurde vor vielen Jahrzehnten im Beschluß vom 30. Juni 1964 zur Frage, ob angesichts des Art. 102 GG eine Auslieferung trotz drohender Todesstrafe zulässig sei, ausgeführt, eine Verweigerung „stünde nicht in Einklang mit der völkerrechtsfreundlichen Grundhaltung des Grundgesetzes, die vor allem Achtung vor fremden Rechtsordnungen und Rechtsanschauungen fordert“¹⁸. Dieser Satz der Erwägungsgründe geht über die Respektierung und Achtung des geltenden völkerrechtlichen Normenbestandes weit hinaus und führt in den Bereich der bloßen „comitas gentium“ hinein, also der Courtoisie, die sich noch nicht zu rechtlichen Regeln verfestigt hat. Da aber der Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit seinem Wortsinn nach in unmißverständlicher Weise auf das positive Völkerrecht abstellt, sollte er auch ausschließlich mit diesem Bedeutungsgehalt verwendet werden¹⁹. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird heute durchweg diese engere Deutung zugrunde gelegt²⁰. Im Hinblick auf den europäischen Integrationsprozeß hat das Gericht das rechtliche Arsenal ferner durch den Begriff der Europafreundlichkeit erweitert²¹.

Mit Völkerrechtsfreundlichkeit hat es hingegen nichts zu tun, wenn die Rechtslage nach deutschem Recht im Sinne einer vom Völkerrecht eröffneten Handlungsfreiheit gedeutet wird²². Denn für die völkerrechtliche Betrachtung ist es gleichgültig, in welcher Weise die Staaten von ihrer souveränen Entscheidungsmacht Gebrauch machen. Das Völkerrecht verlangt lediglich die Respektierung seiner Gebote, enthält sich aber jeder Stellungnahme zu der Frage, ob die Möglichkeiten völkerrechtsgemäßen Handelns auch tatsächlich ausgeschöpft werden sollen.

16 BVerfGE 31, 58 (75f.); 111, 307 (317); 112, 1 (26); 123, 267 (344); Urteil vom 4. 5. 2011, in: EuGRZ 2011, S. 297 (309 Rn. 89); vgl. auch *Peter Badura*, Staatsrecht, ⁴2010, S. 449; *Albert Bleckmann*, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, in: DÖV 1979, S. 309ff.; *ders.*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, in: DÖV 1996, S. 137ff.; *Rojahn* (N 2), Art. 24 Rn. 2; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, ²1984, S. 475f.

17 *Bleckmann* (N 16), DÖV 1979, S. 317; *Peter Schneider*, Das Grundgesetz als Verfassung des Völkerfriedens, in: Recht und Politik 1985, S. 138 (141).

18 BVerfGE 18, 112 (121); in ähnlichem Sinne BVerfGE 31, 58 (75f.). → Bd. X, *Weiß*, § 207 Rn. 21 ff.

19 Wie hier *Philip Kunig*, Deutsches Verwaltungshandeln und Empfehlungen internationaler Organisationen, in: FS für Karl Doehring, 1989, S. 529 (536).

20 Vgl. die in N 16 angegebenen neueren Entscheidungen.

21 BVerfGE 123, 267 (347); 126, 286 (303). → Bd. II, *Hillgruber*, § 32 Rn. 75ff. → Unten v. *Coelln*, § 239 Rn. 40.

22 Mißverständlich insoweit BVerfGE 81, 208 (224).

Das Wort von der „Offenheit der Verfassung“ ist das Ergebnis einer akademischen Kategorienbildung und gehört nicht dem positiven Verfassungsrecht selbst an. Die Diagnose, wie sie vor allem von Konrad Hesse gestellt worden ist²³, trifft freilich zu. Das Grundgesetz hat nicht die Absicht, durch seine Normierungen Staat und Gesellschaft mit einem perfekten Netz von Ordnungsvorschriften zu überziehen. Um der Politik, das heißt dem Willen demokratisch bestimmter Mehrheiten, Raum zu geben und um das Verfassungswerk auch für die Zukunft lebensfähig zu erhalten, ist bewußt darauf verzichtet worden, materielle Festlegungen im Hinblick auf alle denkbaren Interessenkonflikte zu treffen. Nur der feste Verfassungskern des Art. 79 Abs. 3 GG ist unantastbar. Abstand genommen hat der Verfassungsgeber vor allem von dem ehrgeizigen Versuch, auch die Mechanismen der gesellschaftlichen Ordnung in ihrer Gesamtheit zu fixieren. Daneben gibt es keine normativ verfestigten „Verfassungsvoraussetzungen“; diese sind dem Bereich der staatssoziologischen Erkenntnisse zuzuordnen²⁴. Bedeutet somit Offenheit der Verfassung die Anerkennung der einfachen Wahrheit, daß die jeweils „richtige“ Lösung nur in Auseinandersetzung mit der konkreten historischen Lage gefunden werden kann, so bedeutet andererseits „internationale Offenheit“ Verzicht auf eine Ausschließlichkeit der souveränen staatlichen Rechtsmacht zugunsten der Eingliederung in den Ordnungsrahmen der internationalen Gemeinschaft.

11
Offenheit
der Verfassung

Internationale
Offenheit

Die Wendung von der „offenen deutschen Frage“ wurde über Jahrzehnte hinweg als Kürzel für das Urteil gebraucht, daß die mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 entstandenen staats- und völkerrechtlichen Probleme noch nicht definitiv bereinigt seien²⁵. Offenheit stand hier für Ungelöstheit. Zu Recht wurde geltend gemacht, daß eine endgültige Regelung erst dann erreicht sei, wenn das deutsche Volk in freier Selbstbestimmung über sein staatliches Schicksal entschieden habe und damit einhergehend die alliierten Besatzungsrechte beseitigt worden seien. Mit der Vereinigung der beiden Teile Deutschlands am 3. Oktober 1990 wurde dieser Normalzustand erreicht. Das deutsche Volk konnte als gleichberechtigter Partner in die internationale Völkergemeinschaft zurückkehren. Daß die deutsche Frage ihre definitive Antwort erfahren hat, kommt mit besonderer Klarheit in dem Titel des maßgebenden internationalen Vertragswerks, des Vertrages über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12. September 1990²⁶, zum Ausdruck.

12
Offenheit der
deutschen Frage

Definitive Antwort

23 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, ²⁰1995, S. 11 ff. Rn. 19 ff.; vgl. auch Christoph Gusy, Die Offenheit des Grundgesetzes, in: JöR N.F. 33 (1984), S. 105 ff.; Hermann Heller, Staatslehre, ²1960, S. 250, 259 ff.; Kokott (N 2), S. 24 ff. → Bd. IV, *Isensee*, § 71 Rn. 9.

24 So auch ursprünglich Herbert Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 285 ff.; → Bd. IV, *Isensee*, § 71 Rn. 125 ff.

25 Vgl. etwa Jochen Abr. Frowein, Die Rechtslage Deutschlands und der Rechtsstatus Berlins, in: HdbVerfR, S. 29 (44).

26 BGBI 1990 II, S. 1318. → Bd. X, *Schweitzer*, § 224 Rn. 23 ff.

B. Bindung der Bundesrepublik Deutschland an das Völkerrecht

I. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

13

Art. 25 GG
Offene
Verweisungsnorm

Mit seinem Art. 25 dokumentiert das Grundgesetz am deutlichsten die intendierte internationale Offenheit der deutschen Verfassungsordnung. Die Vorschrift stellt sich als eine offene Verweisungsnorm dar, auf Grund deren die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in ihrem jeweiligen Bestand – neben den im Jahre 1949 vorhandenen also auch die seitdem entstandenen und künftig noch entstehenden – in die Rechtsordnung der Bundesrepublik rezipiert werden. Unbesehen übernimmt das Grundgesetz damit Normen, die in einem fremden Kontext entstanden sind, ohne daß die nationalen Gesetzgebungskörperschaften auf ihren Inhalt einen kontrollierenden Einfluß ausüben könnten. Im Schrifttum ist daher von einem Akt der Unterwerfung unter die Völkerrechtsordnung gesprochen worden²⁷; besser sollte man die Verknüpfung Einordnung in das Völkerrechtssystem nennen, zumal ja dieses der Bundesrepublik nicht als ein völlig fremder Normenbestand gegenübertritt, sondern von ihr mitgestaltet wird²⁸. Völlig verzichtet hat die Bundesrepublik freilich nicht darauf, sich in extremis möglicherweise auch einmal gegen völkerrechtliche Regeln zu stellen. Einerseits ist Art. 25 GG Teil der Verfassung, woraus folgt, daß die Vorrangregel nicht für die Vorschriften des Grundgesetzes selbst gilt²⁹. Andererseits wäre es auch möglich, Art. 25 GG im Wege einer Verfassungsänderung zu beseitigen. Seine Substanz wird durch Art. 79 Abs. 3 GG nicht geschützt. Politisch ist es freilich kaum denkbar, daß es zu einer solchen Verfassungsänderung kommen könnte.

Einordnung in das
völkerrechtliche
System

Vorrang
der Verfassung

14

Art. 38 Abs. 1
IGH-Statut

Allgemeine Regeln des Völkerrechts werden im Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, der heute noch im wesentlichen als maßgebend anerkannten Definition der völkerrechtlichen Rechtsquellen, nicht erwähnt. Dort wird unterschieden zwischen Verträgen (Buchst. a), Gewohnheitsrecht (Buchst. b) und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Buchst. c). Bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat unterließ man es, sich an dieser herkömmlichen und scharf konturierten Begrifflichkeit zu orientieren. So führte etwa der Abgeordnete Carlo Schmid aus, „diese Regeln seien Nutzenwendungen der allgemeinen Rechtsvorstellungen, die mehr oder weniger in allen zivilisierten Staaten bestehen: ein stillschweigendes Übereinkommen der Menschen unseres abendländischen Rechtskreises, unterhalb eines bestimmten rechtlichen Zivilisationsstandes nicht leben zu wollen“³⁰. Dieser Beschreibung zufolge

27 *Karl Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 4; vgl. auch *Wilhelm Karl Geck*, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in: FG-BVerfG II, S. 125 (141). → Unten *Becker*, § 230 Rn. 83; *Cremer*, § 235 Rn. 1 ff.; v. *Coelln*, § 239 Rn. 38 ff.

28 Vgl. *Christian Tomuschat*, in: BK, Art. 25 Rn. 6.

29 BVerfGE 37, 271 (279); 111, 307 (318); 112, 1 (25); *Tomuschat* (N 28), Art. 25 Rn. 85.

30 JöR N.F. 1 (1949), S. 232.

würden die allgemeinen Regeln in einer moralischen Sphäre wurzeln, so daß sie eher technische Rechtsätze nicht mit einschließen würden. Nach anfänglichen Kontroversen im Schrifttum kann aber heute auf Grund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als geklärt gelten, daß die Formel insbesondere auf das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht abzielt³¹. Hierbei wird kein Unterschied gemacht zwischen Regelungen, wie sie vor allem im Recht der diplomatischen und konsularischen Beziehungen sowie im Recht der Staatenimmunität auftreten³², deren Entstehungsprozeß entscheidend durch Zufälligkeiten der historischen Entwicklung geprägt ist, und Geboten oder Verboten, die man im Einklang mit den zitierten Ausführungen von Carlo Schmid unmittelbar aus den Prinzipien von Gerechtigkeit und Frieden ableiten könnte, wie sie sich vor allem in den Normen des völkerrechtlichen *ius cogens*, darunter eines großen Teils der Regeln des humanitären Kriegesrechts, widerspiegeln³³. Mit dem Wortlaut des Art. 25 GG ließe sich auch eine solche inhaltlich-qualitative Differenzierung schwerlich in Einklang bringen³⁴. Trotzdem entbehren die Vorstellungen des Verfassungsgebers nicht jeder Bedeutung. Grundsätzlich spiegelt das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht, dessen konstitutive Elemente eine gleichförmige Übung mitsamt einer diese stützenden Rechtsüberzeugung sind, einen internationalen, in der täglichen Praxis erprobten und konsolidierten Konsens über die gerechte Lösung zwischenstaatlicher Konflikte wider. Es ist dieses dem Gewohnheitsrecht inhärente Merkmal ausgewogener Berücksichtigung der jeweils betroffenen Belange, das die verfassungspolitische Rechtfertigung dafür bietet, die allgemeinen Regeln dem einfachen deutschen Gesetzesrecht überzuordnen³⁵.

Völkerrechtliches
Gewohnheitsrecht

Streitig geblieben ist bis heute, ob Art. 25 GG lediglich universell geltendes Gewohnheitsrecht oder auch regionales Gewohnheitsrecht erfaßt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist in dieser Hinsicht nicht einheitlich; manche Judikate sprechen schlicht von universell geltendem Völkergewohnheitsrecht³⁶, während andere vorsichtiger formulieren, es handele sich „vorwiegend“ um auf universeller Ebene geltendes Recht³⁷. Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt³⁸. Bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat war mehrfach davon die Rede, daß die betreffenden Regeln von der „Allge-

15
Regionales Völkergewohnheitsrecht

Anerkennung
der Regeln

31 BVerfGE 15, 25 (33f.); 16, 27 (33); 23, 288 (317); 31, 145 (177); 66, 39 (64f.); 94, 315 (328); 95, 96 (129); 96, 68 (96); 109, 13 (27); 118, 124 (134).

32 Vgl. namentlich BVerfGE 16, 27 (33ff.); 46, 342 (364ff.); 96, 68 (79ff.).

33 Vgl. BVerfGE 77, 170 (232f.); 112, 1 (24ff.).

34 Befürwortet wurde eine solche restriktive Deutung von *Michael Silagi*, Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bezugsgegenstand in Art. 25 GG und Art. 26 EMRK, in: EuGRZ 1980, S. 632 (645ff.).

35 So auch *Frank Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, S. 81.

36 BVerfGE 96, 68 (86); 117, 141 (149); 118, 124 (134).

37 BVerfGE 15, 25 (33); 23, 288 (317); 95, 96 (129); 109, 13 (27): „in erster Linie“.

38 Für Gleichbehandlung: *Albert Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 291; *ders.*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, in: EuGRZ 1994, S. 149 (153); anders aber *ders.* (N 16), DÖV 1996, S. 137; *Christian Koenig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. II, ⁹2010, Art. 25 Rn. 7, 28; *Ingolf Pernice*, in: Dreier, Bd. II, ²2006, Art. 25 Rn. 21; *Michael Schweitzer*, Staatsrecht III, ¹⁰2010, Rn. 481; *Steinberger* (N 7), § 173 Rn. 28, 29; *Rudolf Streinz*, in: Sachs, ⁵2008, Art. 25 Rn. 26; *Tomuschat* (N 28), Art. 25 Rn. 19; dagegen: *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 25 Rn. 32; *Philip Kunig*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, ⁵2010, S. 73 (130 Rn. 140).