

Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestands- aufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa

*Thomas Giegerich**

Gliederung

1. Teil: Auswärtige Gewalt, Verfassungsgerichtsbarkeit, Völkerrecht und europäische Integration an der Schwelle zum 21. Jahrhundert
 - A. Verfassungsgerichtsbarkeit und rechtliche Bindungen des politischen Prozesses im Verfassungsstaat
 - B. Der besondere Charakter der auswärtigen Gewalt – Folgen für die verfassungsgerichtliche Kontrolle
 - I. Die externe und interne Komponente der auswärtigen Gewalt und ihre unterschiedlichen Rechtsregime
 - II. Unbeherrschbarkeit der Fakten- und der Rechtslage jenseits der Grenze
 - III. Skizze von Leitlinien einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt
 - C. Die Integrationsgewalt als qualitativ besonderer Teilbereich der auswärtigen Gewalt
 - D. Die auswärtige Gewalt der Europäischen Union/Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten unter der Kontrolle der europäischen und der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit
 - I. Verteilung der auswärtigen Gewalt auf EU/EG und Mitgliedstaaten
 - II. Einbindung der auswärtigen Gewalt der Mitgliedstaaten in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union

* Dr. iur., LL.M. (Univ. of Virginia), Referent am Institut. Der Text ist als Grundlage für einen Vortrag auf dem Symposium "Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa" (16.–19.4.1997) des Instituts entstanden. Die kürzere Vortragsfassung wird gesondert veröffentlicht.

Abkürzungen: AJIL = American Journal of International Law; AMRK = Amerikanische Menschenrechtskonvention; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BullBReg. = Bulletin der Bundesregierung; EJIL = European Journal of International Law; EPIL = R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law; F.2d = Federal Reporter, Second Series; F.Supp. = Federal Supplement; FS = Festschrift; HStR = J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts; ILM = International Legal Materials; IPBPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; RN = Randnummer; S.Ct. = (U.S.) Supreme Court Reporter; Stat. = Statutes at Large (USA); U.S. = United States Reports; USC = United States Code; USLW = United States Law Week; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; WKRV = Wiener Konvention über das Recht der Verträge v. 23.5.1969.

2. Teil: Die Kontrolle der auswärtigen Gewalt in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
 - A. Funktionale Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und *Political Question Doctrine*
 - B. Verfassungsgerichtliche Kontrolle von tatsächlichen Annahmen und Prognosen der außenpolitischen Organe am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
 - I. Der Amtsermittlungsgrundsatz im bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren
 - II. *Mittelstreckenwaffen*-Entscheidungen
 - III. Entscheidungen zu den Enteignungen in der früheren DDR mit Nachverfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte
 1. *Erste Bodenreform*-Entscheidung
 2. *Zweite Bodenreform*-Entscheidung
 3. Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte
 - IV. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Zurückschiebung sudanesischer Asylbewerber im Lichte des *Chahal*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
 1. Kontroverse im Zweiten Senat um die gebotene Prüfungsdichte im *Sudanesen*-Fall: Die Mehrheit übt Zurückhaltung
 2. Strenge Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im *Chahal*-Fall
 - V. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur gesetzgeberischen Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten im Asylrecht
 - VI. Bewertung
 - C. Das Verfassungsgericht als Mittler zwischen Staatsverband und Völkerrechtsgemeinschaft: Durchsetzung der völkerrechtlichen Bindungen der außenpolitischen Entscheidungsträger
 - I. Verfassungsgerichte der Völkerrechtssubjekte und die *international rule of law*
 - II. Völkerrecht als Maßstab verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in Fällen mit außenpolitischem Bezug
 1. Völkerrechtsnorm und interner Rechtsanwendungsbefehl
 2. Normunsicherheit im Völkerrecht und *dédoublement fonctionnel* der politischen und richterlichen Organe der Völkerrechtssubjekte
 3. Ausgleich zwischen (völkerrechts-)politischer Zurückhaltung und (Völker-)Rechtswahrerfunktion der Verfassungsgerichte
 4. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts zwischen bloßer Willkürkontrolle und besonderer Verantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit deutscher Staatsakte
 - a) Willkürmaßstab
 - b) Besondere Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts für die Völkerrechtmäßigkeit deutscher Staatsakte
 5. USA: Streit um die Befugnis zur Vertragsinterpretation zwischen Präsident und Senat
 6. Keine Überprüfung der GATT-Widrigkeit der EG-Bananenmarktverordnung durch den Europäischen Gerichtshof?
 - a) Rechtslage unter dem GATT 1947
 - b) GATT-Reform durch den Vertrag über die Gründung einer Welthandelsorganisation von 1994
 - III. Überprüfung der Völkerrechtmäßigkeit von Hoheitsakten ausländischer Hoheitsträger als indirekte Form der Kontrolle der auswärtigen Gewalt

1. Reaktion auf fremde Völkerrechtsverletzungen als Akt der auswärtigen Gewalt
 2. *Mauerschützen*-Entscheidungen von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht
 3. Deutsches internationales Enteignungsrecht
 4. US-Gerichte und auswärtige Hoheitsakte: Die *act of state doctrine* und ihre Grenzen am *Alien Tort Claims Act*, am *Torture Victim Protection Act* und am *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*
- D. Das Verfassungsgericht als Wächter über den internen Willensbildungsprozeß der Völkerrechtssubjekte
- I. Wahrung der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung durch das Verfassungsgericht
 1. Störpotential der auswärtigen Gewalt für die vertikale und horizontale Gewaltenteilung
 2. Auswärtige Gewalt und Verbandskompetenz in bundesstaatlichen bzw. bundesstaatsähnlichen Verfassungsordnungen
 - a) Bundesrepublik Deutschland: Verfassungsprozeß um die EG-Fernsehrichtlinie und Neugestaltung der Länderbeteiligung an der Integrationsgewalt
 - b) USA: *Missouri v. Holland*, die *Bricker Amendment*-Kontroverse, das *Burma Law* des Staates Massachusetts und die Mitgliedschaft in NAFTA und WTO
 - c) Europäische Gemeinschaft: Teilung der Vertragsschlußkompetenzen zwischen EG und Mitgliedstaaten
 3. Auswärtige Gewalt und Organkompetenz auf der zentralstaatlichen Ebene: Sicherung des institutionellen Gleichgewichts zwischen Legislative und Exekutive
 - a) Von der Domäne der monarchischen Exekutive zur Partizipation der demokratischen Legislative
 - b) Bundesrepublik Deutschland: Kampf um die Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt
 - aa) Die auswärtige Gewalt zwischen Legislative und Exekutive
 - (1) Frühe Weichenstellungen in der Rechtsprechung der fünfziger Jahre
 - (2) *Mittelstreckenwaffen*-Entscheidung
 - (3) *Bundeswehreinsatz*-Entscheidungen: Hauptsacheverfahren
 - (4) *Bundeswehreinsatz*-Entscheidungen: Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes
 - bb) Beteiligung des Bundestages an der Integrationsgewalt: Die *Maastricht*-Entscheidung
 - c) USA: Präsidientielle Prerogative im außenpolitischen Prozeß kraft Richterspruchs
 - aa) *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*: Präsident als "sole organ of the nation in its external relations"
 - bb) *Goldwater v. Carter: Treaty Termination Power*
 - cc) *Dames & Moore v. Regan: Sole Executive Agreements*
 - dd) Entscheidungen zum Auslandseinsatz der Streitkräfte
 - II. Durchsetzung materiell-verfassungsrechtlicher Bindungen der politischen Organe im auswärtigen Bereich
 1. Konkordanzbildung zwischen nationaler Verfassungsstaatlichkeit bzw. supranationaler Konstitutionalität und *international rule of law* als Aufgabe
 2. Spezifische Verfassungsvorgaben für die deutsche Außenpolitik im Grundgesetz
 3. Vorrang der Verfassung nach innen, Vorrang des Völkerrechts nach außen

4. Verfahrensmäßige Konfliktbewältigung
 - a) Präventive Kontrolle völkerrechtlicher Verträge als primäre Konfliktvermeidungsstrategie
 - aa) Gutachtenverfahren
 - bb) Anpassung der Zulässigkeitsvoraussetzungen bei streitigen Verfahren
 - b) Vermeidung der nachträglichen Kontrolle mit prozessualen Mitteln
 5. Nachträgliche materielle Konfliktbewältigung: Berücksichtigung außenpolitischer Zwänge durch die Verfassungsgerichte
 - a) Normenkontrolle über Zustimmungsgesetze zu bereits in Kraft getretenen völkerrechtlichen Verträgen
 - b) Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge: Internationalisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben?
 - c) Milderung des materiellen Prüfungsmaßstabs: Berücksichtigung außenpolitischer Zwänge bei der Verfassungsinterpretation
 - aa) Völkerrechtskonforme Auslegung völkerrechtsfreundlicher Verfassungen
 - bb) Die "Näher beim Grundgesetz"-Theorie der *Saarvertrags*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
 - cc) Verallgemeinerung der "Näher-beim-Grundgesetz"-Theorie: Die *Zivilangestellten*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
 - d) "Ratschläge" des Bundesverfassungsgerichts zur Begrenzung aus außenpolitischen Gründen hinzunehmender Beeinträchtigungen grundgesetzlich geschützter Interessen
 - e) Intensivere Bindung und Kontrolle der Integrationsgewalt: Die *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
 - f) Verfassungswidrigerklärung bindender völkerrechtlicher Verträge nur in Ausnahmefällen bei klar begrenztem außenpolitischen Schaden
 - g) Feststellungsentscheidung und Nachbesserungsauftrag als Alternative zur Nichtigerklärung des Zustimmungsgesetzes: Die Rechtslage in Ungarn
 6. Diplomatischer Schutzanspruch von Einzelpersonen in Deutschland: Gerichtliche Erzwingung außenpolitischer Schutzmaßnahmen
 - a) Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz unmittelbar nur gegen Akte des eigenen Hoheitsträgers
 - b) Anspruch auf diplomatischen Schutz und Ermessensspielraum bei der Schutzgewährung
 - c) Zulässigkeitsvoraussetzungen für Verfassungsbeschwerden zur Durchsetzung des Schutzanspruchs
 - d) Entschädigungspflicht bei völkervertraglichem Verzicht auf individuelle Rechtspositionen
- E. Zusammenfassung in Thesen

1. Teil: Auswärtige Gewalt, Verfassungsgerichtsbarkeit, Völkerrecht und europäische Integration an der Schwelle zum 21. Jahrhundert

A. Verfassungsgerichtsbarkeit und rechtliche Bindungen des politischen Prozesses im Verfassungsstaat

Seit dem Ende des Kalten Krieges wird das Modell des parlamentarisch-demokratischen und rechtsstaatlich-gewaltenteiligen Verfassungsstaats europäisch-atlantischer Provenienz im Bereich der OSZE für die Gestaltung nationaler Verfassungsstrukturen allgemein als verbindlich anerkannt¹. Verfassungsstaaten zeichnen sich dadurch aus, daß sie staatliche Hoheitsausübung nur auf der Grundlage und in den Grenzen einer Verfassung zulassen, die an der Spitze der staatlichen Normenhierarchie steht: Verfassungsfreie Räume erkennen sie nicht an; dies gilt gerade auch für hochpolitische Akte der Staatsleitung, mögen sie der Innen- oder der Außenpolitik zuzuordnen sein². Selbst wenn die Verfassungsvorgaben für solche politisch sensiblen Bereiche regelmäßig sehr weitmaschig sind und den zuständigen Organen erhebliche Entscheidungsspielräume lassen, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Verfassungsbindung aller politischen Entscheidungsträger in allen Lagen³. Eine verfassungsdurchbrechende Staatsräson ist einem Verfassungsstaat wesensfremd.

Die danach im OSZE-Raum selbstverständliche vollständige Verfassungsbindung der Staatsgewalt muß effektiv durchgesetzt werden. Dazu ist die Verfassungsgerichtsbarkeit berufen, die in allen OSZE-Staaten in irgendeiner Form entweder von einem besonderen Verfassungsgericht⁴ oder als zusätzliche Aufgabe von den Gerichten der ordentlichen Ge-

¹ Vgl. die Charta von Paris für ein neues Europa, die von den Staats- und Regierungschefs der KSZE-Teilnehmerstaaten am 21.11.1990 verkündet wurde (BullBReg. Nr.137 [24.11.1990], 1409). Auch die Gestaltung supranationaler Verfassungsstrukturen im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften orientiert sich zunehmend an diesem Modell (vgl. nur die dritte und fünfte Erwägung der Präambel des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992 [BGBl.II, 1253]).

² Selbst Notstandsmaßnahmen spielen sich nicht im (verfassungs-)rechtsfreien Raum ab, wie die in etlichen Menschenrechtsabkommen enthaltenen Derogationsklauseln (Art.15 EMRK, Art.4 IPBPR, Art.27 AMRK) belegen.

³ Demgegenüber galten außenpolitische Maßnahmen bis zum Ende des 2. Weltkriegs weithin als rechtlich nicht faßbar (vgl. C. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 [1978], 7 [13f.]).

⁴ So z.B. in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich, Italien und den meisten mittel- und osteuropäischen Staaten. Die Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen der

richtbarkeit⁵ ausgeübt wird: Ihr obliegt die Aufgabe, im Streitfall die Verfassung letztverbindlich zu deuten und alle Staatsorgane daran festzuhalten. Freilich weichen die Auffassungen darüber, wie umfassend und wie intensiv verfassungsgerichtliche Kontrolle sein darf, erheblich voneinander ab, etwa im Hinblick darauf, ob diese sich auch auf Parlamentsgesetze erstreckt. Dies liegt daran, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit demokratische Verfassungsstaaten vor ein Grunddilemma stellt: Wie kann die Verfassungsbindung der politischen Zweige der Staatsgewalt – der Legislative und der Exekutive – gewährleistet werden, ohne daß die Volksherrschaft zur politischen Herrschaft demokratisch nicht hinreichend legitimerter und kontrollierter Richter⁶ und die rechtsstaatliche Gewaltenbalance zu einem Übergewicht der dritten Gewalt denaturiert? Aus umgekehrter Perspektive muß eine gerichtliche Institution, die über keine weiteren Machtmittel als die Überzeugungskraft ihres Wortes und ihr öffentliches Ansehen verfügt, sich selbst davor bewahren, ihre Autorität durch zu weitgehende Eingriffe in den Bereich des Politischen zu verspielen und dadurch Gefahr zu laufen, von den politischen Machtträgern ungestraft überspielt zu werden.

Dieses theoretisch unausweichliche Dilemma, das von allen Verfassungsgerichten als Aufgabe praktischer Entscheidungsfindung in jedem Einzelfall neu überwunden werden muß, verschärft sich im Bereich der auswärtigen Gewalt, wo das Spannungsverhältnis zwischen Recht einerseits und Macht bzw. Politik andererseits⁷ besonders augenfällig wird: Dieses Terrain ist für ein Verfassungsgericht einerseits gefährlich, anderer-

mittel- und osteuropäischen Staaten werden im folgenden in erster Linie zitiert nach den Übersetzungen in G. Brunner (Hrsg.), *Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas* (Stand Dez.1995), hilfsweise nach den englischen Übersetzungen in P. Raina (Hrsg.), *The Constitutions of New Democracies in Europe* (1995), ganz hilfsweise nach unveröffentlichten Übersetzungen. Die Zitate zu westeuropäischen Verfassungen folgen der Textausgabe "Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten" (4. Aufl.1996) (Hrsg. A. Kimel).

⁵ So z. B. in den USA, in Großbritannien, der Schweiz und in Estland. Großbritannien bildet einen Sonderfall, weil es theoretisch keine auch den parlamentarischen Gesetzgeber bindende vorrangige Verfassung besitzt. Wie jahrhundertelange Erfahrung zeigt, ist dort die Eingrenzung auch der Legislative auf andere Weise praktisch sichergestellt, so daß an seiner Verfassungsstaatlichkeit kein Zweifel besteht (vgl. F.F. Ridley, in: R. Bieber/Widmer [Hrsg.], *Der europäische Verfassungsraum* [1995], 37 ff.).

⁶ "Counter-majoritarian difficulty" (A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* [2. Aufl.1986], 16 ff.).

⁷ Vgl. zu diesem Kernproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit H. Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (2. Aufl. 1994), § 34 RN 3, 42 ff.

seits sein mäßigender Einfluß in dieser verbliebenen Domäne klassischer Machtpolitik besonders notwendig, wie eine mehrdimensionale Betrachtung zeigt: Die auswärtige Gewalt liegt an der Schnittstelle mehrerer Verfassungsräume – des nationalen Verfassungsraums, des Verfassungsraums der föderal strukturierten europäischen Integrationsgemeinschaften und des Völkerrechtsraums, der seinerseits in einen engermaschigen regionalen und einen weitermaschigen universellen zerfällt. Man mag vor allem den regionalen⁸, aber in ersten Ansätzen auch den universellen Völkerrechtsraum⁹ als noch nicht voll entwickelte Verfassungsräume der regionalen und universellen internationalen Gemeinschaften einordnen. In dieser Perspektive gilt es, die Verfassungsmäßigkeit von Akten der auswärtigen Gewalt im Hinblick auf sämtliche involvierten Verfassungsordnungen sicherzustellen. Als wahrhaft rechtsstaatlich im Sinne der OSZE-Standards erweist sich ein Staat nur, wenn seine Organe alle für sie verbindlichen Rechtsnormen effektiv einhalten, gleich aus welchem Verfassungsraum sie stammen.

B. Der besondere Charakter der auswärtigen Gewalt – Folgen für die verfassungsgerichtliche Kontrolle

I. Die externe und interne Komponente der auswärtigen Gewalt und ihre unterschiedlichen Rechtsregime

“Auswärtige Gewalt” bezeichnet als Sammelbegriff den der Pflege der auswärtigen Angelegenheiten gewidmeten Teil der Tätigkeit von Staaten und Organisationen, der durch ihre Verfassung der Zuständigkeit verschiedener Verfassungsorgane zugewiesen wird¹⁰. Anders als der Begriff suggeriert, gibt es keine eigenständig neben die drei “Gewalten” (besser: Staatsfunktionen) im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre tretende auswärtige Gewalt. Vielmehr handelt es sich nur um einen Oberbe-

⁸ Hier denkt man in erster Linie an den europäischen Völkerrechtsraum der Europaratsstaaten und den amerikanischen Völkerrechtsraum der OAS.

⁹ Dessen “Verfassung” besteht in den Satzungen der UNO und ihrer weltumspannenden Sonderorganisationen, sowie in einer Reihe weiterer Völkerrechtsnormen, welche die Grundrechte und Grundpflichten der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft festlegen und daher von ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung her den Verfassungsnormen des innerstaatlichen Rechts äquivalent sind.

¹⁰ Vgl. W.G. Grewe, *Auswärtige Gewalt*, HStR III (1988), §77 RN 1 ff.; H. Steinberger, *Auswärtige Gewalt unter dem Grundgesetz*, in: R. Mußgnug (Hrsg.), *Rechtsentwicklung unter dem Bonner Grundgesetz* (1989), 101 (102 ff.).

griff für einen thematisch begrenzten Ausschnitt der Staatstätigkeit, der funktional teils der Exekutive, teils der Legislative zuzurechnen ist und organisch sowohl das Parlament als auch das Staatsoberhaupt und die Regierung einbezieht. In ihrem nach außen gewandten Aspekt umfaßt diese auswärtige Gewalt vielgestaltige Maßnahmen, die über die Grenzen hinaus an auswärtige Hoheitsträger gerichtet sind. Sie reichen vom Abschluß völkerrechtlicher Verträge über die Vornahme einseitiger Akte wie Anerkennungen und Proteste bis hin zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte in den Organen internationaler Organisationen. Diese äußeren Vertretungsakte obliegen durchweg und seit unvordenklichen Zeiten der Exekutive¹¹.

Alle nach außen gerichteten Akte der auswärtigen Gewalt sind Ergebnisse eines vorgelagerten staatsinternen Willensbildungsprozesses, der in erheblichem Maße nicht zur Exekutive zählende Staatsorgane, typischerweise den Gesetzgeber, einbezieht. Externe und interne Komponente der auswärtigen Gewalt unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Organzuständigkeit, sondern unterliegen überdies verschiedenen Rechtsregimen: Während der staatsinterne Willensbildungsprozeß vom Verfassungsrecht regiert wird, bestimmen Völkerrecht und Europarecht die außenwirksame Betätigung der auswärtigen Gewalt. Da freilich Willensbildung und -ausübung zwei Seiten derselben Medaille sind, wirken sich völker- und europarechtliche Vorgaben bereits auf den Willensbildungsprozeß aus, und verfassungsrechtliche Vorgaben bestimmen die Willensausübung mit¹². An der Schnittstelle mehrerer Verfassungsräume gelegen, muß die auswärtige Gewalt disparaten (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen zugleich genügen, eine Aufgabe, die mit der zunehmenden gegenseitigen Durchdringung dieser Verfassungsräume nicht unbedingt leichter wird, weil sich zugleich die Konfliktmöglichkeiten häufen¹³.

II. Unbeherrschbarkeit der Fakten- und Rechtslage jenseits der Grenze

Anders als binnengerichtete Maßnahmen werden die Aktivitäten der auswärtigen Gewalt an der Schnittstelle von Verfassungsrecht und Völ-

¹¹ Dies läßt z. B. Art. 7 Abs. 2 WKRv erkennen.

¹² Vgl. H. Mosler, Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, FS Bilfinger (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 29) (1954), 243 (246 f.).

¹³ Vgl. W. Fiedler, Auswärtige Gewalt und Verfassungsgewichtung, FS Schlochauer (1981), 57 (66 ff.).

kerrecht/Europarecht dadurch geprägt, daß ein Staat oder eine Organisation weder die Fakten- noch die Rechtslage jenseits seiner/ihrer Grenzen allein bestimmen kann. Im Hinblick auf die Faktenlage muß oft rasch auf unvorhergesehene Ereignisse reagiert werden, die von anderen Akteuren eingeleitet worden sind. Zudem ist die Tatsachenbasis auch weittragender außenpolitischer Entscheidungen oft unsicher und beruht noch dazu auf vertraulichen oder gar geheimdienstlichen Quellen, die nicht offen gelegt werden können. Mitunter müssen auf solch heikler Grundlage Prognosen über zukünftige Entwicklungen angestellt werden, was viel außenpolitische Erfahrung, Intuition und Fingerspitzengefühl voraussetzt. Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit eines Tuns oder Unterlassens im auswärtigen Verkehr ist ohnehin allein Sache der politischen Instanzen, die sich auf die Sachkunde professioneller Diplomaten vor Ort stützen können.

Was die Rechtslage angeht, so sind die Besonderheiten der Völkerrechtsordnung hinsichtlich der Rechtssetzung wie Rechtsdurchsetzung in Rechnung zu stellen¹⁴. Auch im Zeitalter eines zunehmenden Organisationsgrades spielen sich die internationalen Beziehungen weitgehend noch zwischen Akteuren ab, die keiner gemeinsamen Gesetzgebungs- noch Zwangsgewalt unterworfen sind und deswegen nur im Kompromißwege zur Einigung kommen können. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Durchsetzung etablierter und inhaltlich unstreitiger Völkerrechtsnormen im Einzelfall, sondern gerade auch hinsichtlich der Existenz oder des Inhalts dieser Normen selbst: Der Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages wird vornehmlich durch die Praxis aller Vertragsstaaten geprägt¹⁵. Völkergewohnheitsrecht zumal ist Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung der Staaten¹⁶. Im Völkerrechtsraum sind die Staaten nicht nur Rechtsunterworfenen, sondern durch ihre Organe im Sinne einer funktionalen Verdoppelung (*dédoublement fonctionnel*) zugleich an der Rechtssetzung beteiligt und für die Rechtsdurchsetzung verantwortlich¹⁷. Nur in wenigen Fällen können Streitigkeiten über die Durchsetzung, aber auch über die Existenz und den Inhalt des einschlägigen Völkerrechtssatzes von einem beteiligten Staat allein einem internationalen (Schieds-)Gericht zur verbindlichen Entscheidung unterbreitet werden. Viel häufiger

¹⁴ R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht (2. Aufl. 1994), 5ff. BVerfGE 55, 349 (367f.).

¹⁵ Art.31 Abs.2, 3 WKRV.

¹⁶ Art.38 Abs.1 Buchst.b WKRV.

¹⁷ S.u. 2.Teil C.II.2.

findet ein "Kampf ums Recht"¹⁸ statt, der nicht definitiv geschlichtet, sondern – wenn überhaupt – nur im Wege gegenseitigen Nachgebens beigelegt werden kann.

Diese Gegebenheiten können nicht ohne Rückwirkungen auf die verfassungsrechtlichen Regeln über die auswärtige Gewalt bleiben: Die Zuständigkeitsverteilung für die innerstaatliche Willensbildung ist so zu gestalten, daß der Staatsverband seine Interessen nach außen möglichst schnell und effektiv vertreten kann. Dazu muß nicht nur gewährleistet sein, daß die internen Entscheidungsprozesse im Hinblick auf Schnelligkeit, Geheimhaltungsbedarf und Flexibilität sachgerecht ablaufen, sondern auch, daß der Staat nach außen mit einer Stimme spricht. Materiellverfassungsrechtliche Bindungen müssen der auswärtigen Gewalt hinreichenden Bewegungsspielraum belassen, damit die auf internationaler Ebene unerläßlichen Kompromisse geschlossen werden können. Diese Zwänge gilt es bei der Interpretation der häufig rudimentären Verfassungsbestimmungen über die auswärtige Gewalt im Auge zu behalten. Sie setzen hier zumal der verfassungsgerichtlichen Kontrolle Grenzen, wie der U.S. Supreme Court bereits in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* ausdrücklich anerkannt hat, die zum Ausgangspunkt der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit geworden ist¹⁹.

Den realen Gegebenheiten im Völkerrechtsraum steht freilich der normative Anspruch des Völkerrechts und die weithin geteilte Erkenntnis gegenüber, daß die Stärkung der *international rule of law* gegenüber der traditionellen *international rule of power or force* im Interesse aller Mitglieder der internationalen Gemeinschaft liegt und immer mehr zur Überlebensfrage der menschlichen Zivilisation wird²⁰. Nicht von ungefähr ist deshalb die Achtung der Grundsätze des Völkerrechts eine entscheidende Voraussetzung für die Mitgliedschaft im Europarat²¹. In Ermangelung einer zentralen obligatorischen internationalen Gerichtsbar-

¹⁸ Vgl. R. v. Ihering, *Der Kampf ums Recht* (1872), zit. nach dem Nachdruck bei E. Wolf (Hrsg.), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1949), 400 ff.

¹⁹ Dazu kritisch T. Franck, *Political Questions – Judicial Answers* (1992), 3 ff. S. auch J.I. Charney, *Judicial Deference in Foreign Relations*, in: L. Henkin/M.J. Glennon/W.D. Rogers (Hrsg.), *Foreign Affairs and the Constitution* (1990), 98 ff.

²⁰ Überzeugt von der Notwendigkeit, die "rule of law in international relations" zu stärken, hat die UN-Generalversammlung die Periode von 1990–1999 zur *United Nations Decade of International Law* erklärt, um die Akzeptanz und den Respekt vor den Prinzipien des Völkerrechts zu fördern (Res.44/23 vom 17.11.1989, UN Yearbook 1989, 31).

²¹ Wiener Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Europarats vom 8./9.10.1993 (EuGRZ 1993, 484).

keit fällt den nationalen Judikativen, allen voran den nationalen Verfassungsgerichten, die Aufgabe zu, das Völkerrecht gegenüber der Machtpolitik dezentral gewissermaßen schon an der Wurzel zur Geltung zu bringen. Diese Aufgabe ist Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips der jeweiligen nationalen Verfassung, auf das alle OSZE-Teilnehmerstaaten verpflichtet sind: Rechtsstaaten zeichnen sich gerade auch dadurch aus, daß sie die Einhaltung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen institutionell effektiv gewährleisten²². Eine Chance zur Erfüllung dieser Gewährleistungsaufgabe erwächst den nationalen Verfassungsgerichten daraus, daß seit dem Ende des 2. Weltkriegs Einzelpersonen nicht nur Träger verfassungsrechtlicher, sondern in wachsendem Maße auch völkerrechtlicher Rechte geworden sind, die sie nunmehr vor internationalen, in erster Linie jedoch vor nationalen Instanzen durchzusetzen versuchen. Dieser Tendenz entgegen kommt die zunehmende Völkerrechtsfreundlichkeit der nationalen Verfassungen, wie sie innerhalb der OSZE und gerade unter den mittel- und osteuropäischen Staaten den Regelfall bildet²³. Verfassungsgerichte stehen dadurch vor der Herausforderung, zwischen verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verbürgtem Individualinteresse, dem von demokratisch legitimierten politischen Organen definierten staatlichen Interesse und dem objektiven Interesse an der Wahrung verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Normen einen angemessenen Ausgleich zu finden.

III. Skizze von Leitlinien einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt

Zwischen den einander entgegengesetzten Polen der Realität internationaler Machtpolitik und dem Ideal einer *international rule of law* eine vernünftige Rechtsprechungslinie zu finden, gehört gewiß zu den schwierigsten Aufgaben, vor die ein Verfassungsgericht sich gestellt sehen kann. Immerhin lassen sich aus der Natur der Sache einige Vorgaben für die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Akten der auswärtigen Gewalt ableiten: Eine gerichtliche Tatsachenfeststellung ist nicht in gleicher Weise

²² Vgl. in diesem Sinne die Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichtshofs (J. Barcz, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht in Polen nach der politischen Wende, Zeitschrift für öffentliches Recht 52 [1997], 91 [105 f.]). Ebenso K. Vogel, Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 1997, 161 (165).

²³ Vgl. z. B. Art. 25 Satz 2 GG; Art. VI, Sec. 2 der US-Verfassung; Art. 11, 20 rumän. Verf. (dazu C. L. Popescu, L'application des normes de droit international relatives aux droits de l'homme en droit roumain, European Review of Public Law 8 [1996], 351 ff.); § 7 Abs. 1 ungar. Verf.; Art. 10 tschech. Verf.; Art. 9 ukrain. Verf.

möglich wie in rein innerstaatlichen Verfahren. Prognosen über künftige Geschehensabläufe sind mit gerichtlichen Methoden nur eingeschränkt nachprüfbar, die Zweckmäßigkeit außenpolitischer Entscheidungen gar nicht. Den zuständigen politischen Organen muß ein weiter Beurteilungsspielraum verbleiben. Dies freilich haben außenpolitische mit innenpolitischen Prognosen und Zweckmäßigkeitserwägungen gemein.

Die Ermittlung der anwendbaren Normen, wiewohl ureigenste Aufgabe der Judikative, bereitet in Fällen zur auswärtigen Gewalt dann erhebliche Schwierigkeiten, wenn diese dem nur teilweise kodifizierten Völkerrecht angehören. Hierbei ist vor allem die Rolle der nationalen politischen Organe, insbesondere der Exekutive als Außenvertretungsberechtigte, im Prozeß der Setzung, Änderung und Inhaltsbestimmung völkerrechtlicher Normen in Rechnung zu stellen. Auf der anderen Seite verpflichtet eine rechtsstaatliche und völkerrechtsfreundliche Verfassung das Verfassungsgericht, den politischen Staatsorganen gegenüber auch die Normen des Völkerrechts effektiv durchzusetzen, damit die internationale Seite der Rechtsstaatlichkeit keinen Schaden nimmt und der Staat bzw. die Organisation nicht als Rechtsbrecher international haftbar werden. Ein Ausweg aus diesem Dilemma liegt darin, an die Völkerrechtsbehauptungen der politischen Organe einen abgeschwächten Prüfungsmaßstab anzulegen. Wegen der grundverschiedenen Struktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts kann und muß eine strengere Kontrolle der diesbezüglichen Rechtsbehauptungen der politischen Organe erfolgen. In eine besonders heikle Lage gerät ein Verfassungsgericht, wenn es als Vorfrage die Völkerrechtmäßigkeit eines ausländischen Hoheitsakts beurteilen soll. Hier ist eine Koordination mit der eigenen Exekutive unerlässlich.

Auf die Besonderheiten des völkerrechtlichen Verkehrs hat ein Verfassungsgericht sogar dann Rücksicht zu nehmen, wenn es an Maßnahmen der auswärtigen Gewalt die Meßlatte der nationalen Verfassung anlegt. Materielle Verfassungspflichten der nationalen Organe für die Gestaltung der auswärtigen Angelegenheiten stoßen zwangsläufig an die Grenzen des außenpolitisch Erreichbaren: Der Absolutheitsstandard eines verfassungsrechtlichen Alles oder Nichts würde dem Staat die Eingliederung in die internationale wie die Europäische Gemeinschaft zu sehr erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. Dies wäre angesichts der heutigen globalen Aufgaben und faktischen Abhängigkeiten fatal und kann von einer völker- und europarechtsfreundlichen Verfassung kaum gewollt sein.

Selbst die Verteilung der außenpolitischen Kompetenzen auf die Exekutiv- und Legislativorgane (in Bundesstaaten auch die Verbandskompetenz) ist von den Gegebenheiten der Außenpolitik abhängig; sie muß

maßgeblich auch daran orientiert sein, welches Organ (bzw. welcher Verband) welche Entscheidung sachgerecht treffen kann²⁴. Herkömmlicherweise ist daraus die Konsequenz gezogen worden, daß – anders als bei internen Angelegenheiten, deren Gestaltung schwerpunktmäßig der Legislative obliegt – im auswärtigen Bereich die Exekutive (des Bundes), die allein eine diesem Bereich angemessene Organstruktur aufweise, in der Vorhand sein und möglichst unbeschränkt walten können müsse²⁵. Die ständig wachsende regionale und universale Kooperation und Integration hat indessen in zunehmendem Maße Rückwirkungen auch auf bislang rein interne Angelegenheiten gezeigt. Dadurch ist das dort aus demokratischen Gründen notwendige Übergewicht der Legislative in Gefahr geraten. Aber auch das Erfordernis rechtsstaatlicher Kontrolle steht einem Exekutivmonopol in auswärtigen Angelegenheiten entgegen. Deshalb ist die Geschichte der auswärtigen Gewalt nicht nur in Deutschland²⁶, sondern auch anderenorts²⁷ durch ihre zunehmende und gerade in jüngster Zeit

²⁴ Vgl. allgemein T. v. Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), 329 ff.

²⁵ *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 319 ff. (1936); BVerfGE 68, 1 (86); F.A. Mann, Foreign Affairs in English Courts (1986), 2 ff. Dementsprechend schränkt § 82 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages die Gestaltungsrechte des Bundestages bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen ein, um den politischen Spielraum der verhandlungsführenden Bundesregierung zu wahren (Grewé [Anm. 10], RN 50; kritisch B. Ehrenzeller, Legislative Gewalt und Aussenpolitik [1993], 200 ff.). Demgegenüber zwingt in den USA der Senat den Präsidenten nach Abschluß der Verhandlungen nicht selten durch *amendments* zu seiner Zustimmungsrésolution (Art. II Sec. 2 der US-Verfassung) zu Vorbehalten gegen Vertragsbestimmungen. Bei Zoll- und Handelsabkommen hat das befristete *fast track*-Verfahren (19 USCA 2191, 2902 f.), in dem *amendments* ausgeschlossen sind, zeitweilig Abhilfe geschaffen (J.H. Jackson/W.J. Davey/A.O. Sykes, Jr., Legal Problems of International Economic Relations [3. Aufl. 1995], 142 ff.).

²⁶ Vgl. BVerfGE 68, 1 (85); Grewé (Anm. 10), RN 19 ff., 41 ff.

²⁷ Vgl. die *Congressional-executive agreements* in den USA, welche das Repräsentantenhaus entgegen dem Text der Bundesverfassung (Art. II, Sec. 2) in das Vertragsschlußverfahren einbeziehen (F. Helm-Busch, Executive Agreements im US-amerikanischen Verfassungsrecht [1995], 56 ff., 78 ff.). Vgl. auch die jahrzehntealte über die Anforderungen von Art. 113 EG-Vertrag hinausgehende Praxis, das Europäische Parlament durch Stellungnahmen am Abschluß von Handelsabkommen zu beteiligen (J. Pipkorn, in: B. Beutler/R. Bieber/J. Pipkorn/J. Streil, Die Europäische Union [4. Aufl. 1993], 539; C. Vedder, in: E. Grabitz/M. Hilf [Hrsg.], Kommentar zur Europäischen Union, Art. 238 RN 21a). Zur Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt in westeuropäischen Staaten W. Kluth, Die verfassungsrechtlichen Bindungen im Bereich der auswärtigen Gewalt nach dem Grundgesetz, FS Friauf (1996), 197 (198). Vgl. entsprechend etwa § 19 Abs. 3 lit. f ungar. Verf.; Art. 84 Ziff. 11, 85 bulg. Verf.; Art. 49 Abs. 2 tschech. Verf.; Art. 67 Ziff. 16 litau. Verf.; Art. 106 lit. d russ. Verf. Nach Art. 85 Ziff. 5 der ukrain. Verf. bestimmt das Parlament die Prinzipien der Außenpolitik.

verstärkte Parlamentarisierung gekennzeichnet – eine Entwicklung, an der auch die Verfassungsgerichtsbarkeit Anteil gehabt hat²⁸. Allerdings haben die Parlamente die Vorherrschaft der Exekutive in auswärtigen Angelegenheiten bisher meist nicht brechen können²⁹.

C. Die Integrationsgewalt als qualitativ besonderer Teilbereich der auswärtigen Gewalt

Die Integrationsgewalt stellt einen qualitativ besonderen Teilbereich der auswärtigen Gewalt dar. Sie umfaßt diejenige Staatstätigkeit, welche die Eingliederung des Staates in supranationale Gemeinschaften mit föderalen Strukturelementen betrifft, insbesondere die Mitwirkung an der Entwicklung der Europäischen Union und der dieser eingeordneten Europäischen Gemeinschaften (vor allem der EG). Im Anwendungsbereich der Gemeinschaftsverträge gelten im Verhältnis der Mitgliedstaaten zu den Europäischen Gemeinschaften ebenso wie im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander nicht mehr die allgemeinen völkerrechtlichen Regeln, sondern zumindest ganz überwiegend verfassungsrechtliche Normen ähnlich denjenigen, die in föderalen Systemen zur Anwendung kommen.

Die Mitgliedstaaten haben aufgrund von Ermächtigungsnormen in ihren nationalen Verfassungen, die für das Europarecht regelmäßig offener sind als für das Völkerrecht, den bundesstaatsähnlichen Europäischen Gemeinschaften einige wesentliche Souveränitätsrechte zur Ausübung im eigenen Namen und durch eigene Organe übertragen. Vergleichbar dem Bundesrecht in einem Bundesstaat beansprucht das Europäische Gemeinschaftsrecht Vorrang vor nationalem Recht jeglicher Rangstufe, einschließlich dem Verfassungsrecht³⁰; zahlreiche seiner Normen sind in den nationalen Rechtssystemen unmittelbar anwendbar und verleihen den Unionsbürgern einklagbare subjektive Rechte³¹. Als in sich abgeschlossene Rechtsordnung *sui generis* zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht steht das EG-Recht hinsichtlich der Rechtssetzung und -durchset-

²⁸ Vgl. die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Außeneinsatz der Bundeswehr (BVerfGE 90, 286) – s.u. 2.Teil D.I.3.aa (3).

²⁹ Ehrenzeller (Anm. 25), 165 ff. Zur sehr weitgehenden parlamentarischen Beteiligung an der auswärtigen Gewalt in Österreich vgl. T. Öhlinger, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 81 (82 ff.).

³⁰ EuGH, Slg.1964, 1251 (Rs.6/64 – *Costa./ENEL*); Slg.1970, 1125 (Rs.11/70); Urteil vom 2.7.1996 (Rs.C-473/93), Slg. 1996, I-3207, (3258 f.). Dieser Vorranganspruch ist jedenfalls in einigen Mitgliedstaaten noch nicht vollständig anerkannt worden (B. Beutler, in: ders./Bieber/Pipkorn/Streil [Anm.27], 98 ff.).

³¹ EuGH, Slg.1963, 1 (Rs.26/62 – *van Gend & Loos*).

zung strukturell dem Verfassungsrecht weit näher als dem Völkerrecht; reale Gegebenheiten und normativer Anspruch klaffen weniger weit auseinander.

Das Gemeinschaftsrecht verfügt über eine Legislative, an der Kommission, Rat und Parlament teilhaben, und im Europäischen Gerichtshof über ein Verfassungsgericht mit umfassender obligatorischer Gerichtsbarkeit. Zwar wirken Angehörige der Regierungen der Mitgliedstaaten maßgeblich an der Gemeinschaftsgesetzgebung mit, dies jedoch in institutionalisierter Form als Teile des Gemeinschaftsorgans Rat. Die völkerrechtstypische Rechtsdurchsetzung im Selbsthilfewege ist im Anwendungsbereich der Gemeinschaftsverträge ausgeschlossen³². Die letztverbindliche Feststellung und die Durchsetzung von Gemeinschaftsrechtssätzen ist dem Europäischen Gerichtshof anvertraut³³, mit dem die nationalen Verfassungsgerichte durch das Vorabentscheidungsverfahren nach Art.177 EGV in ein Kooperationsverhältnis treten können und müssen. Folglich gibt es hier keinen solchen "Kampf ums Recht", wie er den Völkerrechtsraum kennzeichnet; die verfassungsgerichtliche Feststellung einschlägiger Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts ist unschwer möglich. Die nationalen Judikativen, allen voran die Verfassungsgerichte, haben nach Art.5 EGV die Aufgabe, dem Europäischen Gerichtshof als europäischem Verfassungsgericht bei der Erfüllung seiner Rechtswahrfunktion (Art.164 EGV) Unterstützung zu leisten und im Rahmen ihrer europarechtsfreundlichen Zuständigkeit die nationalen politischen Organe an ihren gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen festzuhalten.

Anders als der Völkerrechtsraum wird die Gemeinschaftsrechtsordnung nicht in erster Linie von Bestrebungen jedes Staates zur Durchsetzung seiner nationalen Einzelinteressen gegenüber den nationalen Einzelinteressen anderer Staaten geprägt, obgleich solche Interessenkonflikte eine erhebliche Rolle spielen, sondern von der Unterordnung der nationalen Einzelinteressen aller Mitgliedstaaten unter das von den EG-Organen definierte Gemeinschaftsinteresse. Im EG-Raum besteht deshalb nicht in gleicher Weise die Notwendigkeit, daß jeder Mitgliedstaat nach außen mit einer Stimme spricht. Dies eröffnet den Verfassungsgerichten die Möglichkeit, die Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht schärfer zu kontrollieren als ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht.

³² R. Geiger, EG-Vertrag (2. Aufl. 1995), Art. 169 RN 22.

³³ Art.177, 219 EGV.

Neben dieser europarechtsnützigen Prüfungszuständigkeit obliegt den nationalen Verfassungsgerichten noch eine gewissermaßen gegenläufige, der Einhaltung des nationalen Verfassungsrechts durch die Integrationsgewalt dienende Kontrollaufgabe. Die Integrationspolitik der Mitgliedstaaten steht als "europäische Innenpolitik" zwischen ihrer nationalen Innenpolitik und ihrer gewöhnlichen Außenpolitik³⁴. Dem tragen die nationalen Verfassungsbestimmungen über die Ausübung der Integrationsgewalt Rechnung: Sie treffen abweichende Regelungen über die Organzuständigkeit und enthalten andersartige – der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Vorgangs angemessene – materielle Vorgaben. Besonders prägnant ist in dieser Hinsicht Art.23 GG. Infolgedessen stellen sich den nationalen Verfassungsgerichten in diesem Bereich andersartige und gewichtigere Kontrollaufgaben. Das EG-Recht hat in so starkem Maße Rückwirkungen auf das nationale Recht einschließlich des Verfassungsrechts gehabt, daß in allen Mitgliedstaaten die demokratische und rechtsstaatliche Notwendigkeit gesehen wird, die nationalen Parlamente an der Gestaltung der nationalen Integrationspolitik stärker als an der Außenpolitik zu beteiligen³⁵. In den bundesstaatlich verfaßten EG-Mitgliedstaaten ist darüber hinaus die Mitwirkung der Gliedstaaten an der Integrationspolitik über das im außenpolitischen Bereich praktizierte Maß hinaus ausgebaut worden. Diese Entwicklungen haben in Deutschland unter aktiver Anteilnahme des Bundesverfassungsgerichts stattgefunden, dessen Kontrolle sich hier regelmäßig intensiver bemerkbar macht als gegenüber der auswärtigen Gewalt im allgemeinen.

Indessen darf bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung von Maßnahmen der Integrationsgewalt ebensowenig ein verfassungsrechtlicher Absolutheitsstandard angelegt werden wie bei der Kontrolle von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt. Eine europaoffene Verfassung wäre in sich widersprüchlich, wenn sie jeden Integrationsschritt auf die strikte Einhaltung der Verfassungsnormen verpflichtete: Ohne Flexibilität in dieser Hinsicht bei allen Mitgliedstaaten wäre das Projekt der europäischen Einigung, das seit dem Schuman-Plan auf die Herausbildung einer supranationalen Verfas-

³⁴ Vgl. dazu J. Kokott, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, DVBl.1996, 937 (938) einerseits, R. Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 38 (40) andererseits.

³⁵ Vgl. die Erklärungen zur Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der EU und zur Konferenz der Parlamente, die Bestandteile der Schlußakte der Regierungskonferenz zum Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 sind (BGBl.II, 1321). Jetzt Entwurf eines Protokolls über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union des Europäischen Rats in Amsterdam vom 16./17. Juni 1997, in: Europäische Kommission (Vertretung der Bundesrepublik Deutschland), EU-Nachrichten Nr. 3 (9. Juli 1997), 76 f.

sungsordnung angelegt ist, die die nationalen Verfassungen überlagert, ohne sie zu verdrängen, von vornherein unmöglich. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Vereinbarkeit von unmittelbar anwendbarem sekundärem Gemeinschaftsrecht mit den Grundrechten des Grundgesetzes bedingt suspendiert³⁶.

D. Die auswärtige Gewalt der Europäischen Union/Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten unter der Kontrolle der europäischen und der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit

Im vorangegangenen Abschnitt wurden bereits die Eigenarten der Integrationsgewalt als Sonderbereich der nationalen auswärtigen Gewalt und ihrer verfassungsgerichtlichen Kontrolle herausgearbeitet. An dieser Stelle richtet sich das Augenmerk nunmehr auf die Verteilung der auswärtigen Gewalt auf die EG und ihre Mitgliedstaaten sowie deren verfassungsgerichtliche Kontrolle, die vom Europäischen Gerichtshof und den nationalen Verfassungsgerichten kooperativ ausgeübt wird.

I. Verteilung der auswärtigen Gewalt auf EU/EG
und Mitgliedstaaten

Die europäische Integration prägt nicht nur das unionsinterne Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander und zu den Europäischen Gemeinschaften, sondern auch ihre unionsexternen Beziehungen zu dritten Staaten und anderen internationalen Hoheitsträgern. Ein Teil der außenpolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten ist durch Übertragung insbesondere auf die EG vergemeinschaftet worden und wird nunmehr ausschließlich von den Gemeinschaftsorganen wahrgenommen, insbesondere im Bereich der Außenhandelspolitik. Nach Maßgabe der Art.110ff. EGV geht die EG als solche Handelsverträge ein und ist neben den Mitgliedstaaten Mitglied der WTO³⁷. Soweit ein völkerrechtlicher Vertrag die Zuständigkeitsbereiche der EG und der Mitgliedstaaten zugleich berührt, muß er in der Form eines gemischten Vertrages abgeschlossen werden, an dem sowohl die Gemeinschaft als auch sämtliche Mitgliedstaaten auf derselben Seite als Vertragsparteien beteiligt sind³⁸. Im Rahmen ihrer Außenhandelszuständigkeiten ist die EG auch zur Vornahme einseitiger Akte (z.B. Vertragskündigung, Protest) befugt.

³⁶ S.u. 2.Teil D.II.5.e.

³⁷ S.u. 2.Teil C.II.6.b.

³⁸ J. Pipkorn, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil (Anm. 27), 542f.

Die unionsinterne Verteilung der Abschluß- und Durchführungskompetenz in bezug auf völkerrechtliche Verträge und der Vornahmekompetenz in bezug auf einseitige außenpolitische Akte zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten richtet sich nach der EG-vertraglichen Zuständigkeitsregelung. Dementsprechend ist auch die Verantwortlichkeit für die Kontrolle entsprechender Maßnahmen zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den nationalen Verfassungsgerichten geteilt. Diese stehen zwecks Wahrung der europäischen Rechtsstaatlichkeit auf Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene, einschließlich der Wahrung des regionalen und universellen Völkerrechts, in einem Kooperationsverhältnis, das eine überschneidungsfreie, aber zugleich lückenlose verfassungsgerichtliche Kontrolle über die Akte der auswärtigen Gewalt der EG und der Mitgliedstaaten gewährleistet³⁹. Akte der EG unterliegen dabei allein der Kontrolle des EuGH. Kommt es in einem Verfahren vor einem nationalen Verfassungsgericht darauf an, ob eine außenpolitische Maßnahme der EG mit dem EG-Vertrag oder Völkerrecht im Einklang steht, muß das nationale Verfassungsgericht nach Art.177 Abs.3 EGV den Europäischen Gerichtshof einschalten. Diese Frage kann nämlich für den gesamten Geltungsbereich des EG-Vertrags nur einheitlich beantwortet werden, wozu wiederum allein der EuGH in der Lage ist⁴⁰. Die nationalen Verfassungsgerichte sind dagegen zuständig für die Kontrolle nationaler außenpolitischer Maßnahmen einerseits im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der nationalen Verfassung und dem Völkerrecht, andererseits im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag, soweit sie in dessen Anwendungsbereich fallen⁴¹. Inwieweit Normen des Völker- und EG-Rechts⁴² von nationalen Verfassungsgerichten als Entscheidungsmaßstäbe herangezogen werden können, richtet sich nach der jeweiligen nationalen Rechts- und Verfassungsordnung⁴³; doch wird nur eine weite Öffnung des Verfas-

³⁹ Die den Grundrechtsschutz betreffende Aussage des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 89, 155 [175]) ist in diesem Sinne verallgemeinerungsfähig.

⁴⁰ Vgl. EuGH, Slg.1987, 4199 (Rs.314/85 – *Foto-Frost*).

⁴¹ Vgl. EuGH, Urt.v.14.1.1997 (Rs.C-124/95), Tätigkeitsbericht Nr.2/97, 1: Maßnahmen der Außen- und Sicherheitspolitik, die die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer nationalen Zuständigkeit erlassen, müssen im Einklang mit dem EG-Recht stehen. Dies zu gewährleisten, ist Sache der nationalen Gerichte und nach Maßgabe des Art.177 EGV des EuGH.

⁴² Hier ist Art.177 Abs.3 EGV zu beachten.

⁴³ Zur Einbeziehung dieser Normensysteme in das Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vgl. T. Giegerich, Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: C. Grabenwarter [u. a.] (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft (1994), 107 ff.

sungsgerichtsverfahrens für Völker- und EG-Recht dem Anliegen einer völker- und europarechtsfreundlichen Verfassung gerecht.

II. Einbindung der auswärtigen Gewalt der Mitgliedstaaten in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union

Selbst in den außerhalb der Integration verbliebenen Bereich klassischer Außenpolitik der Mitgliedstaaten wirkt die europäische Einigung hinein: Art.J ff. EUV führen eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik ein, die durch institutionalisierte Kooperation der Mitgliedstaaten im Rat verwirklicht wird und zu – wenngleich regelmäßig einstimmig zu beschließenden – völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben für außenpolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten führen kann, mögen diese auch einen erheblichen Spielraum behalten⁴⁴. Diese grundsätzliche Bindung haben auch die nationalen Verfassungsgerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu berücksichtigen, wenn sie nationale außenpolitische Akte überprüfen. Ihre Kontrollaufgabe reicht dabei jedoch im Interesse der Wahrung der europäischen Verfassungsordnung weiter als im Bereich der vergemeinschafteten Außenpolitik. Da der Europäische Gerichtshof gemäß Art.L EUV über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik keine Kontrolle ausüben kann⁴⁵, sind die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Kontrollaufgabe hier auf sich allein gestellt: Sie müssen zugleich in einer Art Sachwalterschaft für ihren Jurisdiktionsbereich nach Möglichkeit im Rahmen ihrer Verfahrensordnung als europäisches Verfassungsgericht fungieren und sicherstellen, daß Maßnahmen der GASP mit den Vorgaben des europäischen Verfassungsrechts, etwa nach Maßgabe des Art.F Abs.2 EUV mit den Grundrechten⁴⁶, und des Völkerrechts im Einklang stehen. Anderenfalls sind sie für die Mitgliedstaaten unbeachtlich. Weil gemeinsame Standpunkte und gemeinsame Aktionen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in

⁴⁴ Art.J.1 Abs.4; Art.J.2 Abs.2, 3; Art.J.3 Ziff.4 EUV. C. Koenig/M. Pechstein, *Die Europäische Union* (1995), 105 ff.; Kokott (Anm. 34), 940 ff. Zur Reform der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik durch den Entwurf eines Vertrages von Amsterdam vgl. EU-Nachrichten Nr. 3/97 (Anm. 35), 52 ff.

⁴⁵ Dies mag ein eigenartiges Licht auf die Haltung mancher Mitgliedstaaten zur verfassungsstaatlichen Bindung der auswärtigen Gewalt werfen, erklärt sich jedoch in erster Linie mit ihrer Abneigung, die Außenpolitik den Mechanismen der Integration zu unterstellen, zu denen der EuGH unzweifelhaft zählt.

⁴⁶ Dazu Koenig/Pechstein (Anm. 44), 81 f.

aller Regel⁴⁷ einstimmig angenommen werden müssen, kann das Verfassungsgericht jedes einzelnen Mitgliedstaats durch Kontrolle des jeweiligen nationalen Vertreters im Rat ihre Annahme verhindern. Zwar unterliegt dieser Vertreter als Organteil der ausschließlichen Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs und nicht der nationalen Gerichtsbarkeit⁴⁸. Anderes gilt jedoch für die ihm gegebenen Weisungen der nationalen Regierungen.

Ist ein Ratsbeschluß bereits gefaßt, kann das nationale Verfassungsgericht seine Ausführung durch die Organe des betreffenden Mitgliedstaats unterbinden. Diese stückwerkartige Kontrolle durch die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit wird dem Ideal europäischer Konstitutionalität schwerlich gerecht, ist jedoch die verfassungsstaatliche Konsequenz des in Art.L EUV zum Ausdruck gekommenen Willens der Mitgliedstaaten, die GASP der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit zu entziehen. Sollte es auch nach der gegenwärtig stattfindenden Regierungskonferenz bei Art.L bleiben, zeichnet es sich als zukünftige Aufgabe ab, die Rechtsprechungstätigkeit der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte in diesem Bereich im Interesse der europäischen Verfassungsstaatlichkeit zu koordinieren.

2. Teil: Die Kontrolle der auswärtigen Gewalt in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

A. Funktionale Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und Political Question Doctrine

Wie im 1. Teil deutlich wurde, wirft die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt an der Schnittstelle von Verfassungsrecht und Völker- bzw. Europarecht eine Reihe von Problemen auf, die sich in allen verfassungsstaatlichen Systemen konkret stellen können. Da die Verfassungsgerichte der mittel- und osteuropäischen Staaten bisher kaum Erfahrungen mit der Kontrolle der auswärtigen Gewalt haben, konzentriert sich die nachfolgende Darstellung auf die praktische Bewältigung dieser Probleme durch das Bundesverfassungsgericht, den

⁴⁷ Eine Ausnahme enthält Art.J.3 Ziff.2 EUV; diese greift jedoch ihrerseits nur kraft eines einstimmigen Beschlusses Platz.

⁴⁸ Vgl. auch Art.11 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften vom 8.4.1965 (BGBl.II, 1482).

U.S. Supreme Court und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, wobei auch die Straßburger Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, vor allem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechungspraxis gerade dieser Gerichte mit ihren verschiedenartigen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, Traditionen, Verfahrensgestaltungen und Arbeitsweisen kann die Grundlage für verallgemeinerungsfähige Schlußfolgerungen abgeben, die neu errichteten Verfassungsgerichten im OSZE-Raum eine gewisse Orientierung zu bieten vermögen, indem sie immanente Sachgesetzmäßigkeiten hervortreten lassen: Das Bundesverfassungsgericht hat eine Vorbildfunktion für die Verfassungsgerichtsbarkeit in den mittel- und osteuropäischen Staaten entfaltet⁴⁹, der U.S. Supreme Court ist Prototyp für die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt, und die Judikativen der europäischen Ebene üben entweder bereits Gerichtsbarkeit über die mittel- und osteuropäischen Staaten aus – dies gilt für die Straßburger Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, der die meisten dieser Staaten beigetreten sind – oder werden dies in absehbarer Zeit tun – dies gilt vor allem für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, denen viele dieser Staaten in absehbarer Zeit beizutreten beabsichtigen.

Es wird sich dabei zeigen, daß die Entscheidungsergebnisse sich auch bei den nichtamerikanischen Gerichten häufig auf Gedankengänge zurückführen lassen, wie sie der *political question doctrine* im Sinne der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zugrundeliegen, wengleich diese Doktrin nie ausdrücklich in Bezug genommen wird: Offenbar bestehen in allen Systemen ähnliche Sachzwänge. Diese Doktrin, die in der US-amerikanischen Verfassungsdiskussion stets umstritten geblieben ist⁵⁰, von den dortigen Gerichten aber ständig – und oft vorschnell – angewendet wird⁵¹, wurzelt in den Verfassungsgrundsätzen der Demokratie und der Gewaltenteilung. Sie verlangt Verfassungsrichtern durchaus keine pauschale Verweigerungshaltung gegenüber hochpolitischen Fällen ab⁵², die letztlich auch die Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution in Frage

⁴⁹ G. Brunner, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, ZaöRV 53 (1993), 819 (865).

⁵⁰ Kritisch z.B. L. Henkin, Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs (1990), 81 ff.; Franck (Anm. 19), 31 ff.; M.J. Glennon, Foreign Affairs and the Political Question Doctrine, in: Henkin/Glennon/Rogers (Anm. 19), 107 ff. Positiver Bickel (Anm. 6), 183 ff.; J. Choper, Judicial Review and the National Political Process (1980), 295 ff.

⁵¹ Vgl. z. B. *Aktepe v. U.S.*, 65 USLW 2553 (CA 11, 1997).

⁵² Vgl. nur *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 942 f. (1983).

stellen würde⁵³, sondern faßt fallgruppenartig mehrere relativ konkret definierte Begründungsstränge zusammen, mit denen Gerichte Sachentscheidungen zumal in Fällen mit außenpolitischem Bezug ablehnen, um die funktionalen Grenzen der (Verfassungs-)Gerichtbarkeit zu wahren. Die nach wie vor maßgebliche Darstellung dieser Fallgruppen findet sich in der Entscheidung des U.S. Supreme Court im Fall *Baker v. Carr*:

“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”⁵⁴.

Entgegen der überwiegenden Auffassung im deutschen Schrifttum⁵⁵ findet eine richtig verstandene *political question doctrine* durchaus ihren Platz im deutschen Verfassungsrecht und hat diesen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Sache, wenngleich nicht dem Namen nach, auch längst eingenommen. Dies wird im folgenden immer wieder deutlich werden.

Demgegenüber hat der Internationale Gerichtshof sich im *Nicaragua*-Fall dem US-amerikanischen Ansinnen verweigert, eine entsprechende Doktrin in das UN-System einzuführen und auf diese Weise den Kompetenzbereich des durch das US-Veto blockierten Sicherheitsrates gegen richterliche Eingriffe zu immunisieren. Auch die *Appeals Chamber* des Internationalen Jugoslawien-Tribunals hat unter ausdrücklicher Zurückweisung der *political question doctrine* die Kompetenz des Sicherheitsrates zur Errichtung des Tribunals überprüft⁵⁶. Die Gründe für die ablehnende

⁵³ Vgl. Simon (Anm. 7), §34 RN 46.

⁵⁴ 369 U.S. 186, 217 (1962); *Nixon v. U.S.*, 506 U.S. 224, 228 (1993); Henkin (Anm. 50), 82 ff.

⁵⁵ J. Isensee, HStR VII (1992), §162 RN 88. K. Hailbronner, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 12f. Wie hier dagegen R. Dolzer, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts (1972), 107 ff.; H. Schwarz, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik (1995), 300 ff.

⁵⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Jurisdiction and Admissibility)*, I.C.J. Reports 1984, 392 (431 ff.); *Judgment (Merits)*, I.C.J. Reports 1986, 14 (26 ff.). Ablehnend bereits früher das IGH-Gutachten im *Certain Expenses*-Fall (I.C.J. Re-

Haltung internationaler Gerichte dürften zum einen darin liegen, daß diese praktisch immer in hochpolitischen Angelegenheiten judizieren; bei Anerkennung einer *political question doctrine* würden sie Gefahr laufen, mit der internationalen Gerichtsbarkeit insgesamt auch ihre eigene Kompetenz in Frage zu stellen. Zum anderen gibt es gerade im sich erst allmählich entwickelnden Verfassungsrecht der Vereinten Nationen bislang keine ausgereifte Gewaltenteilungslehre, die in der Lage wäre, das Verhältnis zwischen Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof sowie sonstigen UN-Gerichten zu ordnen. Ebenso wenig können etwa Gesichtspunkte der Demokratie die Gerichte veranlassen, gegenüber dem Sicherheitsrat, der nach Zusammensetzung und Entscheidungskompetenz demokratischen Standards kaum genügen kann, besondere Zurückhaltung an den Tag zu legen. Beim gegenwärtigen Entwicklungsstand geht das Weltgemeininteresse eher dahin, die Bindung des Sicherheitsrats an die UN-Verfassung und das Völkerrecht zur Wahrung der *international rule of law* klar herauszuarbeiten. Anders als die Verfassungsgerichtsbarkeit in etablierten Verfassungsstaaten steht die internationale Gerichtsbarkeit noch am Anfang einer Phase der Selbstbehauptung gegenüber der politischen Macht.

B. Verfassungsgerichtliche Kontrolle von tatsächlichen Annahmen und Prognosen der außenpolitischen Organe am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

I. Der Amtsermittlungsgrundsatz im bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren

Die Intensität verfassungsgerichtlicher Kontrolle von tatsächlichen Annahmen und Prognoseentscheidungen anderer Staatsorgane präjudiziert nicht nur häufig den Verfahrensausgang, sondern bestimmt auch die Stellung des Verfassungsgerichts im Gewaltenteilungssystem mit⁵⁷ und unterliegt seinerseits in bestimmten Fällen völkerrechtlichen Vorgaben. Dies läßt sich anhand der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollpraxis über

ports 1962, 151 [155]). Entscheidung der *Appeals Chamber* vom 2.10.1995 im Fall *Tadic* (*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*), ILM 35 (1996), 32 (41).

⁵⁷ Vgl. allgemein F. O s s e n b ü h l, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I (1976), 458 ff.

tatsächliche Annahmen und Prognosen der politischen Organe im außenpolitischen Bereich demonstrieren.

Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz gewährt dem Gericht die Befugnis zur umfassenden Beweiserhebung auch in hochpolitischen Fällen. Es kann insbesondere sämtliche relevanten Urkunden beiziehen und alle Personen als Zeugen oder Sachverständige vernehmen. Seine Beweiserhebungscompetenz macht selbst vor Staatsgeheimnissen nicht halt: Nur aufgrund eines mit einer Mehrheit von zwei Dritteln gefaßten Beschlusses kann die Beiziehung einzelner Urkunden unterbleiben, wenn ihre Verwendung mit der Staatssicherheit unvereinbar ist (§26 Abs.2 BVerfGG). Gemäß §28 Abs.2 Satz 2 BVerfGG kann sich ein Zeuge oder Sachverständiger, der die erforderliche Aussagegenehmigung nicht erhalten hat, dem Bundesverfassungsgericht gegenüber nicht auf seine Schweigepflicht berufen, wenn das Bundesverfassungsgericht mit Zweidrittelmehrheit die Verweigerung der Aussagegenehmigung für unbegründet erklärt. Zu einer solchen Machtprobe ist es jedoch in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland noch nicht gekommen. Vielmehr haben sich die politischen Organe dem Bundesverfassungsgericht gegenüber stets kooperativ gezeigt⁵⁸.

In den letzten Jahren hat das Bundesverfassungsgericht seine Sachverhaltsermittlungen in Fällen zur auswärtigen Gewalt mehrfach auf Funktionsträger internationaler und supranationaler Organisationen erstreckt. Da diese Organisationen und ihre Bediensteten als solche nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen⁵⁹, konnten zwar keine förmlichen Ladungen vorgenommen werden. Die betreffenden Funktionsträger wurden aber vom Bundesverfassungsgericht um Mitwirkung an der mündlichen Verhandlung ersucht und sind dem nachgekommen. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Beteiligung von deutschen Soldaten an der Durchsetzung des von den Vereinten Nationen verhängten Flugverbotes im Luftraum über Bosnien-Herzegowina wurde der NATO-Generalsekretär gehört⁶⁰. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Teilnahme deutscher Soldaten am Einsatz von UN-Truppen in Somalia (UNOSOM II) äußerte sich ebenso wie im späteren

⁵⁸ Vgl. als Beispiel BVerfGE 89, 155 (198).

⁵⁹ Zur Immunität internationaler Organisationen vgl. H.G. Schermers/N.M. Blokker, *International Institutional Law* (3. Aufl. 1995), 1006ff.; M. Wenckstern, *Die Immunität internationaler Organisationen* (1994) (s. auch die Buchbesprechung Wenckstern von R. Geimer in diesem Heft, S. 799ff.). Zur ausschließlichen Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs über Hoheitsakte der Europäischen Gemeinschaften vgl. E. Grabitz, in: ders./Hilf (Anm. 27), Art.183 RN 4ff.

⁶⁰ BVerfGE 88, 173 (179).

Hauptsacheverfahren ein Untergeneralsekretär der Vereinten Nationen⁶¹. In die Verfahren zum Vertrag über die Europäische Union und zur EG-Fernsehrichtlinie entsandte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Leiter ihres Juristischen Dienstes, auf dessen Äußerungen die Entscheidungsbegründungen Bezug nehmen⁶².

Ungeachtet der eigenständigen Beweiserhebungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts ist dieses bisher in Fällen mit außenpolitischem Bezug vom Tatsachenvortrag oder den Prognosen der Bundesregierung⁶³ nicht abgewichen, weil es dieser eine Beurteilungsprärogative einräumt; eine förmliche Bindung an von der Regierung gegebene Auskünfte besteht indessen nicht. Anstatt sich aufgrund einer umfassenden Beweiswürdigung eine eigene Überzeugung zu bilden, wozu es kraft Gesetzes (§ 30 Abs.1 Satz 1 BVerfGG) und unter Umständen auch nach Maßgabe der Europäischen Menschenrechtskonvention eigentlich verpflichtet ist, beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht in Anbetracht der Besonderheiten solcher Fälle darauf, die dargelegte Überzeugung der Bundesregierung auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Einige Beispiele sollen im folgenden kritisch beleuchtet werden.

II. *Mittelstreckenwaffen*-Entscheidungen

Im Organstreitverfahren⁶⁴ über die Zustimmung der Bundesregierung zur Stationierung von Mittelstreckenraketen der US-Streitkräfte auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des sogenannten NATO-Doppelbeschlusses hatte die antragstellende oppositionelle Bundestagsfraktion geltend gemacht, eine solche Stationierung sei verteidigungspolitisch nicht notwendig und erhöhe die Gefahr eines nuklearen Erstschlags der Sowjetunion sowie eines Atomkrieges "aus Versehen". Das Bundesverfassungsgericht wies diese faktisch-prognostischen Einwände zurück. Einschätzungen und politische Wertungen über die Notwendigkeit einer bestimmten Rüstungsmaßnahme in Ausführung des NATO-Vertrages oblägen der Bundesregierung. Das Grundgesetz ziehe ihrer Beurteilungsmacht nur die Grenze offensichtlicher Willkür. Über

⁶¹ BVerfGE 89, 38 (43); 90, 286 (336).

⁶² BVerfGE 89, 155 (171, 198); 92, 203 (226, 244f.).

⁶³ Die Bundesregierung nimmt an allen diesen Verfahren teil, entweder unmittelbar, wenn nach der prozessualen Konstellation sie selbst oder die von ihr vertretene Bundesrepublik Deutschland eine formale Parteistellung hat, zumindest aber als Äußerungsberechtigter.

⁶⁴ Art.93 Abs.1 Nr.1 GG, §§ 13 Nr.5, 63ff. BVerfGG.

eine Willkürkontrolle hinaus dürfe das Bundesverfassungsgericht nicht nachprüfen, ob solche Einschätzungen und Wertungen zutreffend seien, da es insoweit rechtlicher Maßstäbe ermangele; sie seien politisch zu verantworten⁶⁵. Das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag lege es zulässigerweise in die außen- und verteidigungspolitische Beurteilungs- und Handlungsmacht der Exekutive, strategische Lagen, Entwicklungen und Risiken zu beurteilen und Entscheidungen etwa über Waffenstationierungen zu treffen. Das Bundesverfassungsgericht habe nicht darüber zu befinden, ob ihre Einschätzungen zuträfen oder ob auch andere Einschätzungen möglich seien. Ob der Gesetzgeber der Exekutive insoweit inhaltliche Bindungen auferlegen könnte, ließ das Bundesverfassungsgericht offen, da dies im vorliegenden Fall nicht geschehen sei. Angesichts der besonderen Bedingungen eines Verteidigungsbündnisses in Zeiten des kalten Krieges, die durch laufende Veränderungen des strategischen und politischen Umfeldes gekennzeichnet seien, seien aus verfassungsrechtlicher Sicht solche normativen Vorgaben jedenfalls nicht erforderlich gewesen⁶⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hatte den nämlichen Sachverhalt bereits ein Jahr zuvor aus einem anderen prozessualen Blickwinkel beurteilen müssen, als mehrere Individualpersonen gegen die Zustimmung der Bundesregierung zur Aufstellung der Mittelstreckenwaffen Verfassungsbeschwerden erhoben und den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen deren Vollzug beantragt hatten. Ihrer Ansicht nach verstieß diese Zustimmung gegen ihr Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art.2 Abs.2 Satz 1 GG), weil sie die Gefahr begründe, daß die Sowjetunion einen nuklearen Präventivschlag führe. Da der Grundrechtseingriff durch einen deutschen Hoheitsträger nicht hinreichend plausibel dargelegt sei, stufte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden als unzulässig ein und lehnte demgemäß die Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ab. Die von den Beschwerdeführern angenommene Lebens- und Leibesgefahr war der Bundesrepublik Deutschland nach Ansicht des Gerichts nicht zurechenbar, weil sie nur aufgrund der Entscheidung eines fremden souveränen Staates eintreten könne. Im Rahmen der Zurechenbarkeitsprüfung kam es darauf an, ob die Stationierungsentscheidung zu einem Präventivschlag der Sowjetunion führen würde. Weil es hierfür an rechtlich maßgebenden Kriterien fehlte, hielt das Bundesverfassungsgericht diese Frage für verfassungsgerichtlich nicht klärbar. Einschätzungen solcher Art oblägen den für die Außen- und Verteidigungs-

⁶⁵ BVerfGE 68, 1 (97).

⁶⁶ BVerfGE 68, 1 (99f., 103f.).

politik zuständigen Bundesorganen. Im Rahmen der Zielvorgaben des Grundgesetzes und des völkerrechtlich Zulässigen schließe die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Außen- und Verteidigungspolitik die Kompetenz ein, die Bundesrepublik Deutschland wirksam zu verteidigen. Die Wahl der Mittel obliege der pflichtgemäßen politischen Entscheidung und Verantwortung dieser Organe. Verblieben dabei nicht mehr abschätzbare Risikobereiche, sei dies von den verfassungsrechtlich zuständigen politischen Entscheidungsorganen in ihre Erwägungen einzubeziehen und politisch zu verantworten. Das Bundesverfassungsgericht dürfe jenseits rechtlich normierter Vorgaben seine Einschätzungen nicht an die Stelle der Einschätzungen und Erwägungen dieser Organe setzen⁶⁷.

Wenn das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden wegen Fehlens gerichtlich handhabbarer Maßstäbe für die Beurteilung einer Regierungsentscheidung für unzulässig erklärt, kommt dies im praktischen Ergebnis einer Anwendung der zweiten Fallgruppe der *political question doctrine* gleich.

III. Entscheidungen zu den Enteignungen in der früheren DDR mit Nachverfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte

Der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – vom 31. August 1990⁶⁸ sieht vor, daß entschädigungslose Enteignungen, die im Gebiet der späteren DDR auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage (1945 bis 1949) vorgenommen wurden (sogenannte Bodenreform), nicht mehr rückgängig gemacht werden. Zur Begründung heißt es: “Die Regierungen der Sowjetunion und der Deutschen Demokratischen Republik sehen keine Möglichkeit, die damals getroffenen Maßnahmen zu revidieren. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland nimmt dies im Hinblick auf die historische Entwicklung zur Kenntnis.”⁶⁹ Zugleich wurde vereinbart, einen Art.143 Abs.3 in das Grundgesetz einzufügen, der diesen Restitutionsausschluß ausdrücklich verfassungsrechtlich sanktioniert⁷⁰.

⁶⁷ BVerfGE 66, 39 (60ff.).

⁶⁸ BGBl.II, 889.

⁶⁹ Art.41 Abs.1 EV i.V.m. Ziff.1 der Gemeinsamen Erklärung der beiden Regierungen zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15.6.1990 (Anlage III zum Einigungsvertrag).

⁷⁰ Art.4 Ziff.5 EV.

1. Erste Bodenreform-Entscheidung

Von Enteignungen der geregelten Art betroffene Privatpersonen erhoben Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag, soweit es solche Enteignungen für unwiderruflich erklärte und damit die Rückgabe der betroffenen Grundstücke ausschloß. Angesichts des Art.143 Abs.3 GG konnte das Bundesverfassungsgericht die angegriffene vertragliche Regelung nur am Maßstab des Art.79 Abs.3 GG prüfen, der einige elementare Verfassungsprinzipien für unabänderlich erklärt, darunter auch Grundelemente des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art.3 Abs.1 GG. Die Beschwerdeführer sahen einen Gleichheitsverstoß darin, daß nicht alle, sondern nur zeitlich und sachlich näher bestimmte entschädigungslose Enteignungen für irreversibel erklärt worden waren.

Die Bundesregierung rechtfertigte diese Differenzierung damit, daß die DDR und die Sowjetunion⁷¹ auf der Unwiderruflichkeit der genannten Enteignungen bestanden hätten und ohne eine entsprechende Regelung die Einheit Deutschlands, die den Organen der Bundesrepublik Deutschland als Verfassungsziel vorgegeben war, nicht zu erreichen gewesen wäre. Diese Darstellung wurde in der mündlichen Verhandlung vom Bundesaußenminister, dem letzten Ministerpräsidenten der DDR und einem Staatssekretär des Auswärtigen Amtes bestätigt. Daraufhin entschied das Gericht einstimmig, daß die Bundesregierung unter den damaligen Umständen davon habe ausgehen dürfen, daß die Chance zur Herstellung der Einheit Deutschlands – und damit zur Erfüllung eines Verfassungsauftrags – nicht hätte genutzt werden können, wenn auf die Bedingung der DDR und der Sowjetunion nicht eingegangen worden wäre. Die Einschätzung dessen, was nach der Verhandlungslage erreichbar gewesen sei, habe der eigenverantwortlichen, pflichtgemäßen Beurteilung der Bundesregierung unterlegen und entziehe sich der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung⁷².

Diese auf dem Gedanken eines nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz des Art.20 Abs.2 Satz 2 GG auch für die Judikative unantastbaren exeku-

⁷¹ Die Sowjetunion gehörte zu den vier Hauptsiegermächten, die sich Rechte in bezug auf Deutschland als ganzes einschließlich einer Wiedervereinigung vorbehalten hatten. Ohne Zustimmung dieser vier Mächte – die schließlich im Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990 (BGBl.II, 1318) gegeben wurde – hätte die Wiedervereinigung nicht stattfinden können (vgl. J.A. Frowein, in: Handbuch des Verfassungsrechts [Anm. 7], §2 RN 15, 18, 23 ff.; M. Schweitzer, HStR VIII, §190 RN 2 ff.).

⁷² BVerfGE 84, 90 (127 f.) unter Berufung auf BVerfGE 40, 141 (178) und 66, 39 (61).

tiven Eigenbereichs⁷³ beruhende verfassungsgerichtliche Begründung⁷⁴ entspricht der ersten Fallgruppe der *political question doctrine*, welche den Gerichten die Entscheidung über Fragen verwehrt, die verfassungstextlich nachweisbar einer gleichgeordneten Gewalt zugewiesen sind. Im Ergebnis bestätigte das Bundesverfassungsgericht den vereinbarten Restitutionsausschluß, verpflichtete den Gesetzgeber jedoch zur Schaffung einer Entschädigungsregelung zugunsten der Betroffenen: Nach den in der mündlichen Verhandlung erstatteten Berichten über den Gang der Vertragsverhandlungen hätten weder die DDR noch die Sowjetunion einen solchen bloß finanziellen Ausgleich ausschließen wollen⁷⁵. Die Entschädigungspflicht wirkt hier als Kompromißformel zur internen Milderung der individualbelastenden Folgen einer außenpolitischen Maßnahme, die wegen ihrer externen Komponente nicht der alleinigen Bestimmungsmacht deutscher Stellen unterlag und im Allgemeininteresse an der Erreichung eines Verfassungszieles hinzunehmen war.

2. Zweite Bodenreform-Entscheidung

In einem weiteren Verfassungsbeschwerdeverfahren griffen die Enteigneten die der vorstehenden Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen an⁷⁶: Weder die DDR noch die Sowjetunion hätten die Unumkehrbarkeit der Konfiskationen zur Bedingung für die Wiedervereinigung gemacht. In Wahrheit seien dafür allein fiskalische Gründe maßgeblich gewesen. Dazu beriefen die Beschwerdeführer sich u.a. auf nachträgliche Äußerungen des seinerzeitigen sowjetischen Präsidenten und seines Außenministers.

Zwar ging das Bundesverfassungsgericht diesen tatsächlichen Einwänden im einzelnen nach, ließ sie letztlich jedoch nicht durchgreifen: Die Einschätzung, ob die Wiedervereinigung von der Zustimmung zum Restitutionsausschluß abgehangen habe, sei Sache der Bundesregierung gewesen, der im Bereich der Außenpolitik ein breiter, wenngleich nicht unbegrenzter, Raum politischen Ermessens zustehe, insbesondere bei der Einschätzung von Verhandlungssituationen. Diese werde erst dann pflichtwidrig, wenn sich der Bundesregierung aufdrängen müsse, daß sie

⁷³ Dazu E. Schmidt-Aßmann, HStR I (1987), §24 RN 56f.

⁷⁴ Dies ergibt sich aus dem Hinweis der Entscheidung auf BVerfGE 40, 141 (178).

⁷⁵ BVerfGE 84, 90 (128 ff.).

⁷⁶ Außerdem versuchten einige der Beschwerdeführer vergeblich, die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen Betruges gegen den vom Bundesverfassungsgericht vernommenen Staatssekretär zu veranlassen (OLG Karlsruhe, NStZ 1996, 282).

von falschen Voraussetzungen ausgehe. Nur darauf erstreckte sich die Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts, nicht dagegen darauf, ob die Bundesregierung den objektiv zur Verfügung stehenden Verhandlungsrahmen richtig erkannt und das in jeder Hinsicht bestmögliche Verhandlungsergebnis erzielt habe. Erst recht dürfe das Gericht seine Lagebeurteilung nicht an die Stelle derjenigen der Bundesregierung setzen.

Anhand dieses Kontrollmaßstabes kam das Bundesverfassungsgericht trotz zwischenzeitlich geänderter Zusammensetzung erneut einstimmig zu dem Ergebnis, daß die von der Bundesregierung nach wie vor aufrechterhaltene Einschätzung, sowohl die DDR wie die Sowjetunion hätten ihre Zustimmung zur deutschen Wiedervereinigung von der Unumkehrbarkeit der besatzungsrechtlichen und besatzungshoheitlichen Enteignungen abhängig gemacht, nicht als pflichtwidrig angesehen werden könne. Es komme dabei nicht darauf an, ob die Deutung der Verhandlungslage durch die Bundesregierung die einzig mögliche war, sondern nur, ob sie in den Verhandlungsunterlagen eine plausible Stütze finde; dies sei der Fall⁷⁷.

3. Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte

Einige der Beschwerdeführer aus dem ersten bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren erhoben schließlich nach Art.25 EMRK Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte wegen Verletzung ihres Eigentumsrechts gemäß Art.1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, wobei sie zusätzlich einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art.14 EMRK geltend machten. Beschwerdeführer wie Bundesregierung wiederholten vor der Kommission ihre unterschiedliche Einschätzung hinsichtlich der Frage, ob die Sowjetunion den Restitutionsausschluß zur Bedingung für ihre Zustimmung zur Wiedervereinigung gemacht habe. Die Kommission erklärte die Beschwerden jedoch mehrheitlich bereits deshalb für unzulässig, weil sie einen der Bundesrepublik Deutschland zurechenbaren Eingriff in das Eigentumsrecht verneinte. Auf die Frage der dem Bundesverfassungsgericht konventionsrechtlich etwa aufgegebenen Prüfungsintensität hinsichtlich von Tatsachen und politischen Bewertungen brauchte sie daher nicht einzugehen⁷⁸. Daß hinsichtlich der Kontrolldichte zwischen Bundesverfassungsgericht und Straßburger Organen Kontroversen nicht auszuschließen sind, belegen die nachfolgend dargestellten Fälle.

⁷⁷ BVerfGE 94, 12 (35 ff.).

⁷⁸ Entscheidung vom 4.3.1996, EuGRZ 1996, 386 ff.

IV. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur
Zurückschiebung sudanesischer Asylbewerber im Lichte
des *Chahal*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs für
Menschenrechte

*1. Kontroverse im Zweiten Senat um die gebotene Prüfungsdichte im
Sudanese-Fall: Die Mehrheit übt Zurückhaltung*

Sieben sudanesisch Staatsangehörige waren ohne gültige Papiere auf dem Flughafen Frankfurt/Main gelandet und hatten Asyl beantragt. Da ihre Asylanträge als offensichtlich unbegründet bewertet wurden, verweigerte man ihnen die Einreise. Nachdem entsprechende Eilanträge vom Verwaltungsgericht abgelehnt worden waren, beantragten sie beim Bundesverfassungsgericht, ihnen im Wege der einstweiligen Anordnung nach §32 BVerfGG die Einreise zu gestatten. Sie machten geltend, daß sie im Falle ihrer Zurückschiebung in den Sudan mit schweren staatlichen Verfolgungsmaßnahmen zu rechnen hätten. Ihre Anträge blieben ohne Erfolg, da die Senatsmehrheit die Gefahr solcher Verfolgungsmaßnahmen verneinte⁷⁹. Deshalb wurde den Sudanese nicht einmal ein vorläufiges Bleiberecht bis zur Hauptsacheentscheidung über ihre bereits anhängigen Verfassungsbeschwerden zugestanden.

In tatsächlicher Hinsicht lag dem Senat eine Stellungnahme des Auswärtigen Amtes vor, wonach die Menschenrechtslage im Sudan zwar schlecht, eine Verfolgung der Antragsteller aber dennoch nicht zu erwarten sei, weil sie einer westlichen Botschaft bekannt seien und die sudanesisch Regierung sich bemühe, ihr schlechtes Erscheinungsbild hinsichtlich der Menschenrechte zu verbessern. Der Staatssekretär im sudanesisch Außenministerium habe dem deutschen Geschäftsträger außerdem mündlich zugesichert, daß die sieben sudanesisch Asylbewerber nach ihrer Rückkehr keine staatliche Verfolgung oder menschenrechtswidrige Behandlung zu befürchten hätten. Das Bundesverfassungsgericht ersuchte das Auswärtige Amt um eine Einschätzung der Effektivität dieser Zusage und die Vorlage einer schriftlichen Bestätigung seitens der sudanesisch Regierung. Daraufhin erklärte das Auswärtige Amt, daß nach seiner Einschätzung die effektive Staatsgewalt im Sudan für die Einhaltung der Zusage des Staatssekretärs sorgen werde. Außerdem legte es eine schriftliche Verbalnote des sudanesisch Außenministeriums vor, nach der die Rückkehrer nicht verfolgt oder bestraft werden würden.

⁷⁹ BVerfGE 93, 248.

Vor diesem Hintergrund führte die Senatsmehrheit aus, die Einschätzung und Beurteilung, daß trotz der allgemein gebotenen Skepsis gegenüber der Menschenrechtssituation im Sudan völkerrechtliche Absprachen⁸⁰ mit der sudanesischen Regierung ein geeignetes und Effektivität versprechendes Mittel darstellten, um die Antragsteller vor drohender Verfolgung zu bewahren, falle in den Kompetenzbereich der Bundesregierung im Rahmen der auswärtigen Gewalt. Sie verfüge über die notwendigen Kenntnisse vor Ort und trage für ihre Entscheidung die politische Verantwortung⁸¹. Das Bundesverfassungsgericht könne dieser Einschätzung und Beurteilung nur entgegentreten, wenn greifbare Anhaltspunkte dies rechtfertigten, was derzeit nicht der Fall sei⁸². In Ermangelung solcher Anhaltspunkte sei es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, diesbezüglich Zweifel anzumelden, dadurch die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Sudan empfindlich zu stören und einen für die Antragsteller bereits eingeleiteten sowie für künftige Fälle möglichen Schutz zu gefährden.

Obgleich diese Begründung auf der Linie der *Mittelstreckenwaffen-* und der *Bodenreform-*Entscheidungen lag, kritisierte die abweichende Meinung des Richters Sommer⁸³ die Anwendung eines derart eingeschränkten Prüfungsmaßstabs. Seiner Ansicht nach lag gar kein Akt der auswärtigen Gewalt vor, in bezug auf den die Bundesregierung eine Einschätzungsprärogative beanspruchen könnte. Die auf Ersuchen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen eines anhängigen Verfahrens von ihr abgegebenen Stellungnahmen und eingeholten Erklärungen seien nicht der auswärtigen Gewalt zuzuordnen. Deshalb hätte der Senat zwar die besondere Sachkunde und Sachnähe des Auswärtigen Amtes angemessen berücksichtigen und die politische Verantwortlichkeit der Bundesregierung für die Einschätzung der Verlässlichkeit der eingeholten Zusicherung in Rechnung stellen müssen. Letztendlich hätte aber die Würdigung und Entscheidung über die Gefahrenlage im Sudan dem Bundesverfassungsge-

⁸⁰ Man wird eher von einem völkerrechtlich bindenden einseitigen Versprechen des Sudan auszugehen haben (vgl. W. Fiedler, *Unilateral Acts*, EPIL 7 [1984], 517 ff.).

⁸¹ Dies freilich nur gegenüber dem deutschen Volk (vgl. BVerfGE 83, 37 und 60), nicht gegenüber den zurückgeschobenen Sudanesen.

⁸² Diese Formulierung deutet an, daß in einem späteren vergleichbaren Fall solche Anhaltspunkte durchaus vorliegen können, wenn sich nämlich ergeben sollte, daß die vorliegende Zusage nicht eingehalten wurde.

⁸³ BVerfGE 93, 258.

richt selbst nach seiner eigenen Überzeugung oblegen⁸⁴. Eine über jeden Zweifel erhabene eigene Überzeugungsgewißheit des Gerichts, daß den Antragstellern bei einer Rückkehr in ihre Heimat kein schwerer Nachteil drohe, vermöchten die Zusicherungen sudanesischer Behörden nicht zu tragen. Die Menschenrechtslage im Sudan sei schlecht, und mit der Einhaltung entsprechender Zusicherungen der sudanesischen Regierung gebe es keine Erfahrungen. Schließlich teilte Richter Sommer nicht die Befürchtung der Senatsmehrheit, eine weitere Aufklärung durch das Bundesverfassungsgericht werde die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Sudan empfindlich stören und vielleicht sogar den Schutz sudanesischer Rückkehrer im vorliegenden wie in künftigen Fällen gefährden. Ein Verlangen des Bundesverfassungsgerichts nach weiterer Aufklärung könne auf diplomatischem Wege so erläutert werden, daß sich entsprechende Nachteile vermeiden ließen. Zudem wögen etwaige den Antragstellern drohende Gefahren für Leib, Leben und persönliche Freiheit schwerer als mögliche Störungen im Verhältnis zum Sudan.

2. Strenge Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im *Chahal*-Fall

Unterstützung hat die abweichende Meinung des Richters Sommer durch das spätere Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im ähnlich gelagerten Fall *Chahal* gegen *Vereinigtes Königreich*⁸⁵ erhalten. Dort wandte sich ein Sikh-Aktivist gegen seine Abschiebung nach Indien und trug vor, er habe dort unmenschliche Behandlung (Art.3 EMRK) zu gewärtigen⁸⁶. Dem hielt die britische Regierung entgegen, angesichts der internationalen Bekanntheit des Beschwerdeführers und einer entsprechenden Zusicherung der indischen Regierung sei dieser vor Mißhandlung sicher. Anders als das Bundesverfassungsgericht legte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen strikten Kontrollmaßstab an: Er habe streng zu prüfen, ob ein wirkliches Risiko einer unmenschlichen Behandlung bestehe, denn das Recht in Art.3 EMRK gewähre abso-

⁸⁴ Dies entspricht der bisherigen Praxis in Fällen zum Asylrecht (Art.16 Abs.2 Satz 2 GG, jetzt Art.16a GG) und zur Abschiebung.

⁸⁵ Vom 15.11.1996 (70/1995/576/662), European Human Rights Reports 23 (1997), 413.

⁸⁶ Art.3 EMRK verbietet Konventionsstaaten die Auslieferung an und Abschiebung in einen Drittstaat, in dem der betreffenden Person unmenschliche Behandlung droht (R. Alleweldt, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [1996], 10ff.).

luten Schutz⁸⁷ und verkörpere einen der grundlegenden Werte der demokratischen Gesellschaften, die den Europarat bildeten. Zur Gewinnung seiner eigenen Überzeugung werde der Gerichtshof nicht nur alles ihm vorgelegte Material einbeziehen, sondern sich aus eigenem Antrieb weitere Informationen beschaffen, soweit dies notwendig erscheine. Nach ausführlicher Würdigung aller vorliegenden Erkenntnisse schloß der Gerichtshof mit zwölf gegen sieben Stimmen, daß dem Beschwerdeführer bei einer Rückkehr nach Indien eine mit Art.3 EMRK unvereinbare unmenschliche Behandlung drohe und daß er deshalb nicht abgeschoben werden dürfe. Ohne die Ehrlichkeit der Zusicherung der indischen Regierung in Zweifel zu ziehen, erschien dem Gerichtshof deren praktische Durchsetzbarkeit angesichts der ständigen Menschenrechtsverletzungen durch bestimmte Teile der indischen Sicherheitskräfte als fraglich⁸⁸.

Während das Bundesverfassungsgericht die Gefahrprognose der Bundesregierung nur auf ihre Vertretbarkeit kontrolliert, stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine eigenständige Gefahrenprognose an. Er beläßt im Anwendungsbereich des uneinschränkbar Art.3 EMRK den nationalen Regierungen keinerlei Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum, verwendet hier also einen strengeren Prüfungsmaßstab als im Anwendungsbereich der übrigen grundsätzlich einschränkbar Menschenrechte. Dort verfügen die Konventionsstaaten über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*), ob eine Einschränkung notwendig ist⁸⁹. Übrigens waren auch die sieben von der Mehrheitsmeinung abweichenden Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte keineswegs bereit, der britischen Regierung irgendeinen Einschätzungs- oder Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Gefahrenlage für den Antragsteller in Indien zuzugestehen. Sie kamen vielmehr aufgrund einer eigenständigen Prüfung der Umstände des Falles zu der Überzeugung, daß in dieser Hinsicht ein reales Risiko nicht hinreichend substantiiert worden sei⁹⁰.

⁸⁷ Absolut in dem Sinne, daß keine Abwägung stattfindet, auch nicht mit eventuell entgegenstehenden wichtigen staatlichen Interessen. Siehe dagegen die abweichende Meinung (vgl. *ibid.*, §§ 79 ff.).

⁸⁸ *Ibid.*, §§ 95 ff.

⁸⁹ H.C. Yourow, *Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights* (1995); E. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, ZaöRV 56 (1996), 240 ff.

⁹⁰ Die von den Dissentern im Gegensatz zur Mehrheitsmeinung für zulässig gehaltene Einbeziehung des Sicherheitsinteresses des Konventionsstaates in eine Abwägung mit dem Integritätsinteresse des Beschwerdeführers hat für ihr Ergebnis anscheinend keine Rolle gespielt.

Im Hinblick auf Art.13 EMRK, wonach jede Person Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gegen Eingriffe in ihre Konventionsrechte hat, stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sogar einstimmig eine Verletzung fest, weil dem Beschwerdeführer kein hinreichend effektiver Rechtsbehelf gegen die Deportationsentscheidung zur Verfügung gestanden habe. Effektivität heißt in diesem Zusammenhang insbesondere, daß die richterliche Kontrolldichte einem den Fallumständen entsprechenden Mindeststandard genügen muß. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung des hier involvierten Art.3 EMRK wäre es nach Ansicht des Gerichtshofs erforderlich gewesen, daß ein Gericht eigenständig und genau prüfte, ob es erhebliche Gründe für die Annahme gab, dem Beschwerdeführer drohten bei Rückkehr in seinen Heimatstaat Mißhandlungen. Eine Beschränkung der richterlichen Kontrolle darauf, ob die Deportationsentscheidung unhaltbar sei, soll nicht ausreichen⁹¹.

Wenn man die *Sudanese*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Standard des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beurteilt, gelangt man zu einem Verstoß mindestens gegen Art.13 EMRK. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, daß die Gefahr für Chahal in Indien erheblich höher gewesen sein mag als für die Sudanese in ihrem Heimatstaat; denn die Verwendung eines konventionswidrigen Prüfungsmaßstabs durch ein nationales Verfassungsgericht verletzt die Verfahrensgarantie des Art.13 EMRK unabhängig davon, ob zugleich eine Verletzung des jeweils betroffenen materiellen Menschenrechts vorliegt. Es ist zu erwarten, daß das Bundesverfassungsgericht in zukünftigen Fällen dieser Art den nunmehr offengelegten strengeren Prüfungsmaßstab der EMRK berücksichtigen wird. Nach seiner ständigen Rechtsprechung sind nämlich bei der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK grundrechtsverstärkend in Betracht zu ziehen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dient dabei als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes⁹². Gerade im Bereich des Flüchtlings- und Asylrechts, in dem die meisten europäischen Staaten – auch ihre Judikativen – angesichts steigenden Zuwanderungsdrucks zur ständigen Erhöhung der Zugangsschranken nei-

⁹¹ *Ibid.*, §§ 140ff. Der Gerichtshof wies im übrigen darauf hin, daß auch die Beweiserheblichkeit von Geheimunterlagen die nationalen Stellen nicht von effektiver gerichtlicher Kontrolle freistellen könne. Es gebe Verfahrensgestaltungen, mit denen der Geheimhaltungsbedürftigkeit von Beweismitteln ausreichend Rechnung zu tragen sei (*ibid.*, § 131).

⁹² Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (115); 83, 119 (128).

gen, zeigt sich die Notwendigkeit einer gemeineuropäischen Kontrollinstanz mit größerer Distanz.

V. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur
gesetzgeberischen Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten
im Asylrecht

Im Zuge der Asylrechtsreform, die vor allem eine Begrenzung des Asylbewerberstroms nach Deutschland zum Ziel hatte, wurde 1993 ein neuer Art.16a in das Grundgesetz aufgenommen⁹³. Dieser legt fest, daß politisch Verfolgte weiterhin Asyl genießen (Abs.1). Allerdings können nach Abs.3 durch Gesetz Staaten bestimmt werden, bei denen aufgrund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Es wird vermutet, daß ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird. Die praktische Durchsetzbarkeit eines etwaigen Asyl- oder Bleiberechts im Einzelfall wird durch die gesetzliche Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat also zwar nicht ausgeschlossen, aber erheblich erschwert.

Vor diesem Hintergrund brach im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts, der über die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung von Ghana zum sicheren Herkunftsland zu urteilen hatte, erneut Streit über den korrekten Prüfungsmaßstab aus⁹⁴. Die Fünfermehrheit gestand dem Gesetzgeber insoweit erhebliche Spielräume zu: sowohl einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der bei der Tatsachenermittlung über die im betreffenden Staat herrschenden Verhältnisse zu beschreitenden Wege als auch einen Einschätzungs- und Wertungsspielraum hinsichtlich der Beurteilung, ob diese Tatsachen den Schluß zulassen, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Die Mehrheitsansicht zog sich ähnlich wie im *Sudanesen*-Fall auf eine Vertretbarkeitsprüfung zurück und schränkte

⁹³ Gesetz vom 28.6.1993 (BGBl.I, 1002).

⁹⁴ BVerfGE 94, 115 (131ff. einerseits, 157ff. andererseits). Zur Parallelentscheidung vom selben Tag über die Bestimmung sicherer Drittstaaten nach Maßgabe des Art.16a Abs.2 Satz 2 GG gibt es trotz ähnlicher Problemlage kein Sondervotum (BVerfGE 94, 49). Dazu kritisch J.A. Frowein/A. Zimmermann, Die Asylrechtsreform des Jahres 1993 vor dem Bundesverfassungsgericht, JZ 1996, 753 (756f.).

diese sogar noch weiter ein: Selbst eine bloße Vertretbarkeitsprüfung stoße angesichts der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs (komplexer Auslandssachverhalt) und der Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, auf erhebliche Schwierigkeiten. Deshalb könne das Bundesverfassungsgericht die Unvertretbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung, einen Staat zum sicheren Herkunftsland zu bestimmen, und damit die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nach Art.16a Abs.3 Satz 1 GG nur feststellen, wenn eine Gesamtwürdigung ergebe, daß der Gesetzgeber sich bei seiner Entscheidung nicht von guten Gründen habe leiten lassen. Demgegenüber befürworteten die abweichenden Meinungen eine wesentlich striktere verfassungsgerichtliche Kontrolle⁹⁵. Sie hielten den Gesetzgeber für verpflichtet, in Fällen, in denen ein sicheres Urteil über die Verhältnisse in einem bestimmten Staat nicht zu treffen sei, von einer Bestimmung dieses Staates zum sicheren Herkunftsland abzusehen.

An der Mehrheitsansicht fällt das Bemühen auf, anders als in der *Sudanese*-Entscheidung die Zurücknahme der eigenen Kontrolle durch Bezugnahme auf den Verfassungstext zu rechtfertigen. Nach dem Wortlaut des Art.16a Abs.3 Satz 1 GG reicht es für die gesetzgeberische Bestimmung eines sicheren Herkunftsstaates aus, daß die dortigen Verhältnisse es als gewährleistet erscheinen lassen, daß Verfolgung und Unmenschlichkeiten nicht stattfinden. Darin sah die Senatsmehrheit eine Zuweisung der Verantwortung für die Prüfung und Bewertung dieser Verhältnisse an den Gesetzgeber. Unausgesprochen griff sie damit die erste Fallgruppe der *political question doctrine* auf.

VI. Bewertung

Das Grundgesetz gibt die auswärtige Gewalt nicht nur politischen Zweckmäßigkeitserwägungen anheim, sondern ordnet sie in einen verfassungsrechtlichen Rahmen ein und zieht ihr damit auch rechtliche Schranken, über deren Einhaltung das Bundesverfassungsgericht zu wachen hat. Dieses versucht, den Besonderheiten von Fällen zur auswärtigen Gewalt, in denen tatsächliche Annahmen oder Prognosen der für die Außenpolitik zuständigen Organe angegriffen werden, durch entsprechende Anpassung seines Kontrollmaßstabs gerecht zu werden. Es verneint somit die Existenz gerichtsfreier Hoheitsakte und stellt eine Kontrolle auch der außenpolitischen Staatstätigkeit auf einem Mindestniveau sicher, was

⁹⁵ BVerfGE 94, 115 (157 ff.).

mäßigende Vorwirkungen auf den Entscheidungsprozeß haben kann⁹⁶. Freilich ist der bundesverfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab so milde, daß die Außenpolitiker sich im praktischen Ergebnis vor judikativen Eingriffen nahezu sicher wissen können. Diese Diskrepanz zwischen der Weite der in Anspruch genommenen gerichtlichen Kompetenz und der Zurückhaltung, sie im Einzelfall auszuüben, ist ein für die Verfassungsgerichtsbarkeit anscheinend typisches Phänomen⁹⁷.

Besonders problematisch erscheint es bei alledem, daß die Bundesregierung als Partei oder Vertreterin der Partei Bundesrepublik Deutschland den Verfahrensausgang durch ihre Einschätzungen und Beurteilungen – gegebenenfalls im einvernehmlichen Zusammenwirken mit ausländischen Partnerstaaten – in erheblichem Maße steuern kann⁹⁸. Dies mag zwar im Kernbereich der auswärtigen Gewalt, für den die *Mittelstreckenwaffen*-Entscheidungen stehen, unvermeidlich und im Hinblick auf Gewaltenteilungsgrundsätze hinzunehmen sein, zumal hier in der Regel keine unmittelbaren Grundrechtseingriffe, sondern nur mittelbare Rückwirkungen auf grundrechtliche Gewährleistungen in Rede stehen. Auch in den *Bodenreform*-Fällen, in denen die politischen Organe eine bereits durch eine fremde Hoheitsmacht verübte Grundrechtsverletzung als Teil eines vertraglichen Kompromisses hingenommen haben, um ein verfassungsrechtlich zwingend vorgegebenes Ziel zu erreichen (hier: die Wiedervereinigung Deutschlands), mag ein abgeschwächter Prüfungsstandard vertretbar gewesen sein. Geht es dagegen wie im *Sudanesen*-Fall um einen unmittelbaren schwerwiegenden Eingriff in elementare Grundrechte durch deutsche Hoheitsträger im Inland⁹⁹, ist eine strenge Prüfung ihrer tatsächlichen Annahmen und Prognosen veranlaßt. Diese darf allenfalls Rücksicht auf die besondere Expertise der Bundesregierung im Hinblick auf die Be-

⁹⁶ Franck (Anm. 19), 125.

⁹⁷ Vgl. M. Bothe, Bundesverfassungsgericht und Außenpolitik, FS R. Bernhardt (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 120) (1995), 755 (758 ff.).

⁹⁸ Franck (Anm. 19), 25. F. Schoch/R. Wahl, Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten, FS E. Benda (1995), 265 (289). Auch wenn es im Verfassungsbeschwerdeverfahren keinen Beschwerdegegner im formalen Sinne gibt, ist die Bundesrepublik der Sache nach Partei, wenn eine Maßnahme des Bundes direkt oder inzident angegriffen wird (vgl. E. Benda, in: ders./E. Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts [1991], RN 403 f.).

⁹⁹ Dies ist auch dann der Fall, wenn deutsche Organe Grundrechtsträger der konkreten Gefahr eines schwerwiegenden Eingriffs in elementare Grundrechte durch auswärtige Hoheitsträger preisgeben – siehe ausführlich H.-J. Cremer, Der Schutz vor den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen (1993), 303 ff.

wertung von Sachverhalten im Ausland oder auf internationaler Ebene nehmen, muß die Entscheidungsverantwortung aber beim Bundesverfassungsgericht belassen¹⁰⁰.

Ungeachtet dessen kann die Verfassung selbst oder der verfassungsändernde Gesetzgeber – wie im neuen Art.16a Abs.3 Satz 1 GG – diese Entscheidungsverantwortung zum größten Teil dem Gesetzgeber zuweisen. Zwar stößt selbst eine solche Zuweisung – abgesehen von den Schranken des Art.79 Abs.3 GG¹⁰¹, der einer Beschränkung des Bundesverfassungsgerichts auf eine Vertretbarkeitskontrolle jedoch nicht entgegensteht¹⁰² – auch auf völkerrechtliche Grenzen. Diese sind jedoch angesichts der individuellen Widerlegbarkeit der verfassungsrechtlichen Regelvermutung nach Art.16a Abs.3 Satz 2 GG hier nicht überschritten¹⁰³. Allerdings muß durch eine entsprechende Handhabung dieser Widerlegbarkeitsregelung gewährleistet sein, daß Asylbewerber aus angeblich sicheren Herkunftsstaaten im Einzelfall effektiv geltend machen können, für sie bestehe dort entgegen der gesetzlichen Vermutung die Gefahr einer Verfolgung oder unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung.

Kommt im Bereich der auswärtigen Gewalt ein abgeschwächter Prüfungsstandard hinsichtlich von Faktenlagen und Entwicklungsprognosen zur Anwendung, so hängt der Ausgang eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens wesentlich davon ab, ob ein bestimmter Fall dort einzuordnen ist. Dafür kann es nicht genügen, daß Berührungen mit einer ausländischen Rechtsordnung oder mit dem Völkerrecht erkennbar sind, daß eine Verfassungsgerichtsentscheidung außenpolitische Folgewirkungen haben kann¹⁰⁴ oder daß Ereignisse außerhalb des deutschen Hoheitsbereichs nur schwer faktisch festzustellen oder in ihrer zukünftigen Entwicklung zu bewerten sind. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Zurücknahme der Kontrolldichte muß vielmehr sein, ob das Grundgesetz die Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidung den politischen Organen zuweist und das Bundesverfassungsgericht auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt.

¹⁰⁰ Ebenso Art.7 der Resolution des Institut de Droit International vom 7.9.1993 (Annuaire Bd. 65, T. II [1994], 319ff.).

¹⁰¹ BVerfGE 94, 49 (102ff.).

¹⁰² Vgl. auch C. Tomuschat, Asylrecht in der Schieflage, EuGRZ 1996, 381 (383).

¹⁰³ A. Zimmermann, Das neue Grundrecht auf Asyl (1994), 106ff.

¹⁰⁴ Dies ist etwa in Asyl- und Abschiebefällen, in denen es darum geht, ob in einem bestimmten Staat politische Verfolgung herrscht oder Folter praktiziert wird, regelmäßig denkbar (vgl. J. Kott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten [1993], 351ff.; Cremer [Anm.99], 210ff.).

Dies ist um so eher anzunehmen, je mehr der zur Prüfung unterbreitete Sachverhalt außen- oder verteidigungspolitische Grundsatzentscheidungen enthält, und um so weniger, je unmittelbarer und schwerwiegender die angegriffene Maßnahme in elementare Menschenrechte eingreift: Die Letztentscheidung über derartige Eingriffe weisen Art.93 Abs.1 Nr.4a GG und §§90 ff. BVerfGG dem Bundesverfassungsgericht zu, außen- und verteidigungspolitische Grundsatzentscheidungen dagegen den demokratisch verantwortlichen Organen der Legislative und Exekutive¹⁰⁵. Die Verortung eines jeden Falles auf der Skala zwischen diesen beiden Endpunkten muß jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände sorgfältig begründet werden. Nicht selten wird er in seinen verschiedenen Elementen zu beiden Endpunkten hin tendieren und an die Begründungskunst des Bundesverfassungsgerichts besondere Anforderungen stellen. Soweit Grundrechtseingriffe involviert sind, hat die Festlegung der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte stets auch mit Blick auf die EMRK und die Rechtsprechung der Straßburger Organe zu erfolgen.

Nach alledem hätte im *Sudanesen*-Fall die Einschätzung des Auswärtigen Amtes kein stärkeres Gewicht als die Aussage eines Sachverständigen erhalten dürfen. Auch der Umstand, daß die Exekutive – auf Betreiben des Bundesverfassungsgerichts – die sudanesishe Regierung zur Abgabe einer völkerrechtlich bindenden Erklärung veranlaßt hat, konnte den Fall aus rechtlich-theoretischer Sicht nicht zum hochpolitischen machen und damit die verfassungsrechtliche Prüfungsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts großteils auf die Bundesregierung verschieben. Politisch-praktisch hatte das Gericht durch sein Ersuchen freilich die Bundesregierung und sich selbst in eine Zwangslage manövriert: Der Bundesregierung blieb kaum etwas anderes übrig, als die Verlässlichkeit des ihr gegenüber abgegebenen Versprechens der sudanesischen Regierung zu bestätigen, und die Senatsmehrheit konnte, nachdem die Vorlage einer schriftlichen Zusicherung des Sudan verlangt worden war, diese später kaum als unerheblich abtun. Die Krux des *Sudanesen*-Falles lag augenscheinlich darin, daß das Bundesverfassungsgericht sich zur Vorbereitung seiner Entscheidung in den außenpolitischen Prozeß eingeschaltet und darin letztlich verfangen hat. Seine Forschheit im Vorfeld verlangte ihren Preis in Gestalt einer von der Sache her nicht gebotenen Prüfungszurückhaltung.

¹⁰⁵ Im Sinne der *political question doctrine* liegt für Grundentscheidungen der Außen- und Verteidigungspolitik in Art.32, 59 und 87a GG "a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department" vor; dieses "commitment" erstreckt sich auch auf die Tatsachengrundlagen und Prognosen.

*C. Das Verfassungsgericht als Mittler zwischen Staatsverband
und Völkerrechtsgemeinschaft: Durchsetzung der völkerrechtlichen
Bindungen der außenpolitischen Entscheidungsträger*

I. Verfassungsgerichte der Völkerrechtssubjekte
und die *international rule of law*

Auf der internationalen Ebene läßt sich eine *international rule of law* als Herrschaft des Rechts statt der Macht nur einrichten, wenn das Völkerrecht ebenso wie das Verfassungsrecht der Beliebigkeit der politischen Staatsorgane entzogen wird. Solange und soweit keine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit etabliert ist, kann einer internationalen Anarchie allein durch gemeinsame Anstrengungen der Verfassungsgerichte der Völkerrechtssubjekte entgegengewirkt werden. Es gäbe weit weniger Anlaß, den Mangel an effektiver Durchsetzung völkerrechtlicher Normen zu beklagen, wenn die Verfassungsgerichte die politischen Entscheidungs-träger des eigenen Völkerrechtssubjekts an ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen festhalten würden. Dazu bedürfte es der Entwicklung eines Geistes grenzüberschreitender gemeinsamer richterlicher Verantwortung anstelle der noch üblichen Solidarisierung der Judikativen mit den politischen Gewalten ihres jeweiligen Hoheitsträgers bei der Durchsetzung einseitiger Interessenpolitik¹⁰⁶. Einen allerersten zaghaften Ansatz hierzu mag man in der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte¹⁰⁷ und in der kürzlich ins Leben gerufenen Organisation Oberster Gerichte der Amerikas¹⁰⁸ sehen.

Soweit in Teilbereichen eine obligatorische internationale oder supranationale Gerichtsbarkeit besteht (z.B. innerhalb des Systems der EMRK oder innerhalb der EG), ist es kraft Völker- und Verfassungsrechts Aufgabe der nationalen Verfassungsgerichte, diese in ihrer Effektivität zu unterstützen und in den Bereichen zu ergänzen, in die ihre Jurisdiktionskompetenz nicht hineinreicht. Der *international rule of law* würde dagegen ein schlechter Dienst erwiesen, wenn nationale Verfassungsgerichte die Gerichtsbarkeit internationaler oder supranationaler Gerichte zu usurpieren suchten und für ihren nationalen Jurisdiktionsbereich abwei-

¹⁰⁶ A.-M. Slaughter, A Typology of Transjudicial Communication, Univ. of Richmond Law Review 29 (1994), 99 (123 ff.); E. Benvenuti, Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law, EJIL 4 (1993), 159 ff.

¹⁰⁷ Dazu Simon (Anm. 7), §34 RN 16.

¹⁰⁸ Charter of the Organization of Supreme Courts of the Americas, in: St. Louis University Law Journal 40 (1996), 1131 ff.

chende Entscheidungen über den Inhalt völker- oder europarechtlicher Normen trafen¹⁰⁹. Soweit der zugrundeliegende völkerrechtliche Vertrag eine Bindungswirkung der Entscheidungen der internationalen oder supranationalen Instanz vorsieht¹¹⁰, würde er durch eine derartige nationale Rechtsprechung verletzt. Ein solcher Vertragsbruch würde zur internationalen Verantwortlichkeit des betreffenden Staates führen und Schatten des Zweifels auf dessen Rechtsstaatlichkeit werfen, zu deren Schutzgütern auch die *international rule of law* zählt. Anderes kann nur für den allenfalls theoretisch vorstellbaren Ausnahmefall gelten, daß sich ein Judikat eines internationalen oder supranationalen Gerichts offenkundig so weit vom Standard eines vertretbaren Rechtsprechungsakts entfernte, daß es als nichtig zu betrachten wäre¹¹¹.

Die Jurisdiktion eines nationalen Verfassungsgerichts kann sich auch darauf erstrecken, Maßnahmen fremder Staaten – beispielsweise Enteignungen – völkerrechtlich zu würdigen. Eine solche Jurisdiktionserstreckung ist wegen der Staatenimmunität regelmäßig nur in bezug auf Vorfragen zum eigentlichen Streitgegenstand denkbar, da ein auswärtiger Staat im Hinblick auf den Völkerrechtsgrundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (Art.2 Ziff.1 UN-Charta) ohne sein Einverständnis keiner fremden Gerichtsbarkeit unterliegt¹¹². In den Vorfragefällen kann ein Verfassungsgericht sich zum Sachwalter der Völkerrechtsgemeinschaft machen, indem es völkerrechtswidrigen Akten auswärtiger Hoheitsträger die Anerkennung innerhalb des eigenen Hoheitsbereichs versagt. Dazu kann es von vornherein nur kommen, wenn das Verfassungsgericht des betreffenden fremden Völkerrechtssubjekts seine Kontrollaufgabe nicht wahrgenommen hat oder nicht hat wahrnehmen können, mit anderen Worten dort die internen Kontrollmechanismen versagt haben. Zur Verweigerung

¹⁰⁹ Dies hat sich das Bundesverfassungsgericht jedoch in bezug auf den EG-Vertrag vorbehalten (BVerfGE 75, 223 [235, 242]; 89, 155 [188]). Anders hinsichtlich der EMRK, BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (115); 83, 119 (128). Für das umgekehrte Extrem – Ablehnung eigenständiger Auslegungsbefugnis, soweit Interpretationsfragen durch die Rechtsprechung der Straßburger Organe noch nicht geklärt sind – steht der Sächsische Verfassungsgerichtshof (EuGRZ 1996, 437 [439]).

¹¹⁰ So implizit Art.177 EGV (R. Geiger, EG-Vertrag [2. Aufl. 1995], Art.177 RN 32). Zu Art.53 EMRK vgl. J. Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1993), 24 ff., 279 ff.

¹¹¹ Vgl. F. Schockweiler, Zur Kontrolle der Zuständigkeitsgrenzen der Gemeinschaft, EuR 1996, 123 (135). Allgemein K. Oellers-Frahm, Judicial and Arbitral Decisions: Validity and Nullity, EPIL 1 (1981), 118 ff.

¹¹² R. Wolfrum, in: G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht Bd.I/1 (2. Aufl. 1989), 456 ff.

der Anerkennung eines völkerrechtswidrigen ausländischen Hoheitsakts ist ein Staat nicht völkerrechtlich verpflichtet, es sei denn, der andere Staat habe gegen eine *ius cogens*-Norm verstoßen¹¹³. Das nationale Verfassungsgericht würde durch seine Nichtanerkennung daher regelmäßig keine internationale Rechtspflicht des eigenen Staates erfüllen, sondern – in Ermangelung einer allgemeinen obligatorischen internationalen (Schieds-)Gerichtsbareit – das Allgemeininteresse an einer effektiven Durchsetzung des Völkerrechts wahrnehmen.

Da die Reaktion auf Völkerrechtsverletzungen indessen ihrerseits ein Akt der auswärtigen Gewalt mit hochpolitischem Charakter ist¹¹⁴, kann ein Verfassungsgericht bei Übernahme einer solchen Sachwalterschaft in einen internen Konflikt mit den politischen Verfassungsorganen seines Völkerrechtssubjekts geraten. Inwieweit etwa allein die letzteren Organe über eine Reaktion entscheiden dürfen und das Verfassungsgericht daher deren verbindliche Stellungnahme einzuholen hat, ist eine Frage der Ausgestaltung des Gewaltenteilungsgrundsatzes durch die nationale bzw. supranationale Verfassung. In der Bundesrepublik Deutschland sind kraft des Art.25 GG alle Behörden und Gerichte von sich aus – ohne Einholung einer Entscheidung etwa der Bundesregierung – verpflichtet, alles zu unterlassen, was einer unter Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts vorgenommenen Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit verschafft¹¹⁵. In bezug auf solche Regeln – d.h. nach überwiegender Auffassung Normen des universellen Völkergewohnheitsrechts und allgemeine Rechtsgrundsätze – dürfen und müssen deutsche Gerichte daher der Völkerrechtsfreundlichkeit ohne Rücksicht auf Gewaltenteilungsbedenken Vorrang einräumen¹¹⁶.

¹¹³ R. Jennings/A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9. Aufl. 1992), Bd.I, Teil 1, §§54 ff.; C. Tomuschat, *Die Vertreibung der Sudetendeutschen*, *ZaöRV* 56 (1996), 1 (7 ff.). Vgl. auch E. Klein, *Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt*, *FS H.-J. Schlochauer* (1981), 425 (434 f.).

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 63, 343 (372 f.).

¹¹⁵ BVerfGE 75, 1 (19).

¹¹⁶ Die Vorläuferbestimmung in Art.4 der Weimarer Reichsverfassung wurde demgegenüber so verstanden, daß eine allgemeine Völkerrechtsregel nur soweit und solange Bestandteil des Reichsrechts sei, als auch das Reich sie anerkannt habe. Eine derartige "Einlaßkontrolle" der politischen Organe will Art.25 GG gerade ausschließen (vgl. H. Steinberger, *HStR VII* [1992], §173 RN 2, 4).

II. Völkerrecht als Maßstab verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in Fällen mit außenpolitischem Bezug

1. Völkerrechtsnorm und interner Rechtsanwendungsbefehl

Ungeachtet aller dogmatischen Streitigkeiten über Detailfragen¹¹⁷ ist praktisch anerkannt, daß nationale bzw. supranationale Gerichte Rechtsätze des Völkerrechts nur anwenden dürfen, wenn eine Norm des nationalen bzw. supranationalen Rechts dies anordnet¹¹⁸. Interne Rechtsanwendungsbefehle dieser Art sind in verschiedenen Formen weit verbreitet; sie regeln zugleich den Rang der betreffenden Völkerrechtssätze in den internen Rechtsordnungen und die Frage, ob Einzelpersonen sich auf sie berufen können. Die individuelle Berufungsfähigkeit einer Völkerrechtsnorm für an ihrer Einhaltung interessierte natürliche und juristische Personen ist als Effektivierungsmittel von allergrößter Bedeutung¹¹⁹ und ein Gradmesser für die Völkerrechtsfreundlichkeit einer nationalen bzw. supranationalen Rechtsordnung. In vielen Staaten sind die Rechtsprechungsorgane infolge solcher nationalen Rechtsanwendungsbefehle verpflichtet, jedenfalls bestimmte Arten völkerrechtlicher Normen zu beachten und je nach ihrem konkreten Inhalt auch in Einzelfällen anzuwenden. In Systemen, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit durch ein besonderes Gericht wahrgenommen wird, welches auf die Anwendung von Verfassungsnormen beschränkt ist, bedarf die Befugnis gerade dieses Verfassungsgerichts zur Anwendung von Völkerrechtsnormen besonderer Prüfung¹²⁰. Im folgenden geht es schwerpunktmäßig nur um einen Ausschnitt aus diesem Fragenkreis, der jedoch eine zusätzliche Problemdimension eröffnet, nämlich die verfassungsgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Schranken gerade gegenüber Akten der eigenen auswärtigen Gewalt.

¹¹⁷ Zum praktisch weitgehend bedeutungslos gewordenen Schulenstreit zwischen dualistischen und monistischen Konstruktionen des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht vgl. Geiger (Anm. 14), 15 ff.

¹¹⁸ So die inzwischen herrschend gewordene Vollzugstheorie, die sich im praktischen Ergebnis freilich kaum je von der überkommenen Transformationstheorie unterscheidet.

¹¹⁹ Die besonders effektive Durchsetzung der Normen des EG-Rechts beruht in erster Linie darauf, daß ein Großteil von ihnen Privatpersonen subjektive vor den nationalen Gerichten einklagbare Rechte gewährt (vgl. EuGH, Slg.1963, 1 [Rs.26/62 – *van Gend & Loos*]).

¹²⁰ In der Bundesrepublik Deutschland hat sich dies im Hinblick auf Normen des Vertragsvölkerrechts einschließlich der EMRK als Problem erwiesen, da diesen nach h.M. nur der Status eines einfachen Bundesgesetzes zukommt (Art.59 Abs.2 GG) (vgl. Giegerich [Anm.43], 113 ff.).

2. Normunsicherheit im Völkerrecht und *dédoublement fonctionnel*
der politischen und richterlichen Organe der Völkerrechtssubjekte

Bei der Bestimmung der völkerrechtlichen Schranken von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt sehen sich Verfassungsgerichte zunächst mit der allgemeinen Schwierigkeit konfrontiert, die einschlägigen Sätze des Völkerrechts zu ermitteln. Dieses Problem ist bei Normen des Völkergewohnheitsrechts und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne von Art.38 Abs.1 Buchst.b und c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs unmittelbar augenfällig, besteht aber selbst bei völkerrechtlichen Verträgen. Vertragliche Festschreibungen von Völkerrechtssätzen sind zum einen wegen ihres Kompromißcharakters nicht selten unklar. Zum anderen wird die verbindliche Interpretation solcher Vertragsnormen regelmäßig keinen von den Vertragsstaaten unabhängigen gerichtlichen oder gerichtähnlichen Organen zugewiesen, so daß sich Streitfragen oft nicht definitiv klären lassen. Diese Problematik stellt die nationalen Verfassungsgerichte im Vergleich zur Rechtsfindung in innerstaatlichen Fällen indessen nur vor quantitativ höhere Anforderungen in bezug auf eine ihrer Art nach typische richterliche Aufgabe.

Eine qualitativ andere Dimension gewinnt der Rechtsfindungsprozeß der Verfassungsgerichte im vorliegenden Zusammenhang durch das Phänomen des *dédoublement fonctionnel*. Diese organleiheähnliche funktionale Verdoppelung besteht darin, daß staatliche Organe die ihnen von der Staatsverfassung übertragene Funktion zugleich für die Völkerrechtsordnung ausüben, welche weithin über keine eigenen Organe verfügt¹²¹. Die nationalen außenpolitischen Entscheidungsträger, vor allem die außenvertretungsberechtigte Exekutive, wirken dabei gleichberechtigt mit den Entscheidungsträgern aller anderen betroffenen Staaten und internationalen Organisationen am weitgehend ungeformten völkerrechtlichen Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsprozeß mit. Wiewohl an die Normen des Völkerrechts gebunden, entscheiden sie zugleich durch ihre Praxis über deren Existenz und bestimmen deren Inhalt mit, solange und soweit es an einer obligatorischen internationalen (Schieds-)Gerichtsbarkeit fehlt. In dieser legislativen Funktion ist die nationale Exekutive gerade nicht streng

¹²¹ G. Scelle, *Le phénomène du dédoublement fonctionnel*, FS H. Wehberg (1956), 324 ff. (331): "Ce phénomène pourra se définir ainsi: les agents dotés d'une compétence institutionnelle ou investis par un ordre juridique utilisent leur capacité 'fonctionnelle' telle qu'elle est organisée dans l'ordre juridique qui les a institués, mais pour assurer l'efficacité des normes d'un autre ordre juridique privé des organes nécessaires à cette réalisation, ou n'en possèdent que d'insuffisants."

normgebunden, sondern vorrangig politisch-gestalterisch tätig; sie versucht, durch ihre nach außen gerichteten Rechtsbehauptungen den Rechtsbildungsprozeß im Völkerrechtsraum in eine Richtung zu steuern, die ihrer Sicht der nationalen Wertvorstellungen und Interessen – die keineswegs eigensüchtig zu sein brauchen – am besten entspricht. Gleiches gilt für die außenpolitischen Entscheidungsträger einer supranationalen Organisation wie der EG. Würde das nationale oder supranationale Verfassungsgericht angesichts der meist unklaren Rechtslage die Rechtsbehauptung dieser Entscheidungsträger desavouieren, schwänge es sich zum Mitgesetzgeber im Völkerrechtsraum auf, übernehme damit eine ihm verfassungsrechtlich nicht zustehende politische Rolle in der Außenvertretung seines Staates/seiner supranationalen Organisation und vereitelte zugleich eine effektive Verfolgung der nationalen oder supranationalen Interessen im internationalen Verkehr, weil der Staat bzw. die Organisation dort nicht mehr mit einer Stimme aufträte.

Immerhin sind die nationalen und supranationalen Verfassungsgerichte an der Völkerrechtsentwicklung insoweit beteiligt, als ihre Entscheidungen nach Art.38 Abs.1 Buchst.d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs als Hilfsmittel zur Feststellung von Völkerrechtssätzen dienen¹²². Durch ihre Rechtsfindung helfen sie mit, Lücken in der Erkenntnis des Völkerrechts¹²³ zu schließen, die angesichts der bloß sporadischen Entscheidungen internationaler Gerichte und Schiedsgerichte in erheblichem Umfang verblieben sind, und den Inhalt vorhandener Völkerrechtsnormen festzulegen. Ihre diesbezüglichen Entscheidungen sind immer auch an die Völkerrechtsgemeinschaft gerichtet. Insoweit tragen Verfassungsgerichte – ebenfalls im Sinne eines *dédoublement fonctionnel* – ein Stück Mitverantwortung für die Wahrung und Förderung der *international rule of law* und sollten sich dessen immer bewußt sein¹²⁴: Was ein Verfassungsgericht “seiner” Legislative oder Exekutive gestattet, werden sich die

¹²² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4. Aufl. 1990), 23. K. Doehring, *Die Rechtsprechung als Rechtsquelle des Völkerrechts, Richterliche Rechtsfortbildung* (1986), 541 (548f.) (jeweils nur bezüglich der nationalen Judikativen; für die supranationale Gerichtsbarkeit kann indessen nichts anderes gelten)

¹²³ Vgl. J.L. Brierly, *The Law of Nations* (6. Aufl. 1963 von H. Waldock), 66 ff.

¹²⁴ Daher ist die deutsche (BVerfG, NJW 1995, 651) ebenso wie die US-amerikanische Rechtsprechung zum *male captus*-Problem zu bedauern. Dagegen auch *U.S. v. Alvarez-Machain*, 112 S.Ct. 2188, 2205 f. (1988) (Stevens, J. u. a. diss.); House of Lords, *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court*, [1993] 3 All ER 138, 154; L. Henkin, *A Decent Respect to the Opinions of Mankind*, *John Marshall Law Journal* 25 (1992), 215 (230 ff.); H.A. Blackmun, *The Supreme Court and the Law of Nations*, *Yale Law Journal* 104 (1994), 39 ff.

Exekutiven oder Legislativen anderer Staaten oder Organisationen zum Nachteil des eigenen Staates bzw. der eigenen Organisation ebenfalls erlauben. Vor diesem Hintergrund kann es sich für die *international rule of law* als minder nachteilig erweisen, wenn Verfassungsgerichte einer Konfrontation mit den politischen Organen ihres Hoheitsträgers, die sie nicht bestehen zu können glauben, durch Prozeßentscheidungen aus dem Wege gehen, statt in Sachentscheidungen Völkerrechtsverstöße dieser Organe zu rechtfertigen¹²⁵.

In letzter Zeit mehren sich Versuche der politischen Organe mancher Staaten und supranationalen Organisationen, die Judikative vom Mitspracherecht über den Inhalt völkervertraglicher Normen auszuschließen und die Interpretations- und Durchführungskompetenz bei sich selbst zu monopolisieren. Dies geschieht durch Klauseln, wonach die vertraglichen Regelungen nicht unmittelbar anwendbar, d. h. als solche für die Gerichte nicht maßgeblich sein sollen. Da völkerrechtliche Verträge – anders als der EG-Vertrag – in aller Regel für ihre Rechtssätze keine unmittelbare Anwendbarkeit vorschreiben¹²⁶, werden Klauseln dieser Art nicht als förmliche Vorbehalte, sondern als Interpretationserklärungen dem Ratifikationsdokument der betreffenden Staaten beigefügt¹²⁷ und bestimmen auf diesem Wege die Reichweite des innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehls, oder sie werden überhaupt nur in diesen aufgenommen¹²⁸. Ob Nichtanwendungserklärungen dieser Art nach nationalem Verfassungsrecht zulässig sind, wenn sich die vertraglichen Bestimmungen ihrer Art

¹²⁵ E. Benvenuti, Judges and Foreign Affairs, EJIL 5 (1994), 423 (434 ff.).

¹²⁶ Dies gilt selbst für die EMRK: J.A. Frowein, in: ders./W. Peukert, EMRK-Kommentar (2. Aufl. 1996), Art.1 RN 2; Art.13 RN 11 f. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Normen des EG-Vertrags vgl. demgegenüber EuGH, Slg.1963, 1 (Rs.26/62 – *van Gend & Loos*).

¹²⁷ Vgl. z.B. die entsprechenden Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984 (Multilateral Treaties deposited with the Secretary-General, Status as at 31 Dec.1994 [UN Doc. ST/LEG/SER.E/13], S.178) und zur Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (*ibid.* S.195; vgl. auch W. Meng, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im Deutschen Recht, in: P. Koeppl [Hrsg.], Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext [1996], 5 [25 ff.], der zu Unrecht einen diesbezüglichen deutschen Vorbehalt annimmt); ebenso die US-amerikanischen Erklärungen zum Übereinkommen gegen Folter usw. vom 10.12.1984, zum IPBPR und zum Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966 (*ibid.*, 125 f., 179 f., 195).

¹²⁸ Vgl. die letzte Begründungserwägung des Ratsbeschlusses über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft (s.u.6.b).

nach für eine unmittelbare Anwendbarkeit eignen, ist eine offene Frage¹²⁹. Aus völkerrechtlicher Sicht sind sie zwar in der Regel zulässig, aber bedauerlich, weil sie die Gefahr von im internen Rechtsweg nicht mehr zu reparierenden Vertragsverletzungen begründen und die Ernsthaftigkeit des Rechtsbindungswillens in Zweifel ziehen.

3. Ausgleich zwischen (völkerrechts-)politischer Zurückhaltung und (Völker-)Rechtswahrfunktion der Verfassungsgerichte

Aus dem Dilemma, einerseits zur Rechtsfindung im Völkerrecht beitragen, andererseits die Funktion der Organe der auswärtigen Gewalt des eigenen Völkerrechtssubjekts als Mitgesetzgeber auf der Ebene des Völkerrechts achten zu müssen, können Verfassungsgerichte sich auf unterschiedliche Weise befreien:

(a) Sie können ein ihnen etwa zustehendes Ermessen über die Annahme des Verfahrens insgesamt zur Entscheidung im negativen Sinne ausüben. Dann brauchen sie die völkerrechtliche Problematik nicht einmal in Frageform aufzuwerfen. Der U.S. Supreme Court etwa lehnt häufig die Gewähr des in seinem unbeschränkten Ermessen stehenden Rechtsbehelfs des *writ of certiorari* in außenpolitisch heiklen oder völkerrechtlich schwierigen Fällen ab¹³⁰. Diese Möglichkeit ist dem Bundesverfassungsgericht jedenfalls bisher allenfalls in beschränktem Umfang eröffnet, weil es auch bei seinen Annahmeentscheidungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren an – freilich eher offen formulierte – rechtliche Kriterien gebunden ist (§ 93a Abs.2 BVerfGG)¹³¹.

¹²⁹ In den USA ergeben sich Probleme mit der Supremacy Clause (Art.VI, Sec.2) der Bundesverfassung (vgl. L. Físlér Damrosch, The Role of the U.S. Senate Concerning "Self-Executing" and "Non-Self-Executing" Treaties, in: S.A. Riesenfeld/F.M. Abbott (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties* (1994), 205 ff.; L. Henkin, U.S. Ratification of Human Rights Conventions, *AJIL* 89 [1995], 341 [346 ff.]; C.M. Vázquez, The Four Doctrines of Self-executing Treaties, *AJIL* 89 [1995], 695 [707 f.]), in der EG mit Art.228 Abs.7 EGV (vgl. W. Meng, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendbarkeit von WTO-Recht in der EG, *FS Bernhardt* [Anm. 97], 1062 [1070 ff.]). In Deutschland erlaubt es wohl Art.59 Abs.2 GG, den im Zustimmungsgesetz liegenden Rechtsanwendungsbefehl entsprechend einzuschränken (Geiger [Anm.14], 175 f.).

¹³⁰ Franck (Anm. 19), 10, 43. Neuere Beispiele: *Prinz v. Germany*, 26 F.3d 1166, cert. denied, 63 USLW 3539 (1995); *Karadzic v. Kadic*, 70 F.3d 232, cert. denied, 64 USLW 3837 (1996).

¹³¹ W. Roth, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, *Archiv des*

(b) Verfassungsgerichte können, anstatt einer Sachentscheidung insgesamt auszuweichen, jedenfalls die (eigenständige) Beantwortung der spezifischen völkerrechtlichen Frage vermeiden, indem sie diese zur nicht-justiziablen politischen Frage umqualifizieren¹³², die vermeintlich völkerrechtswidrige Maßnahme der Organe der auswärtigen Gewalt als justizfreien Hoheitsakt einstufen¹³³ oder im Verfahren selbst ein als bindend betrachtetes Zertifikat des Außenministeriums zu dem völkerrechtlich relevanten Sachverhalt einholen¹³⁴.

(c) Auch durch strikte Eingrenzung der Klagebefugnis vermag das Verfassungsgericht einer Stellungnahme zu umstrittenen völkerrechtlichen Fragen aus dem Wege zu gehen: Entweder kann auf diese Weise der ver-

öffentlichen Rechts 121 (1996), 544 (552 ff.). Zu Reformüberlegungen in Richtung auf ein freies Annahmeverfahren nach amerikanischem Vorbild R. Wahl/J. Wieland, Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut, Juristen Zeitung 1996, 1137 ff.; J. Wieland, Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court, Der Staat 29 (1990), 333 ff.

¹³² So verfahren teilweise die Bundesgerichte der USA bis hin zum Supreme Court unter Überdehnung der *political question doctrine*, denn völkerrechtliche Fragen sind trotz ihres politischen Hintergrundes Rechtsfragen. So auch dezidiert der IGH gegen Versuche der USA, die *political question doctrine* in die internationale Gerichtsbarkeit einzuführen (Anm. 56).

¹³³ In Großbritannien gelten Akte der Krone im politischen Bereich gegenüber einem fremden Staat oder seinen Angehörigen als *acts of state*, gegen die es vor englischen Gerichten keine Klagemöglichkeit gibt (Mann [Anm. 25], 183 ff.). *Actes de gouvernement*, zu denen insbesondere Maßnahmen der auswärtigen Gewalt gehören, können in Frankreich aus Gründen der Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips nicht gerichtlich überprüft werden (E. Zoller, Droit des relations extérieures [1992], 298 ff.; vgl. etwa die Entscheidung des Conseil d'Etat vom 29.9.1995 über eine Klage gegen die Wiederaufnahme der französischen Atomtests im Südpazifik, L'Actualité Juridique, Droit Administratif 1995, 749, mit Kommentar *ibid.* 684 ff.; dazu K. Oellers-Frahm/T. Marauhn, Atomwaffen, Völkerrecht und die internationale Gerichtsbarkeit, EuGRZ 1997, 221 ff.). Im System des Grundgesetzes kann es justizfreie Hoheitsakte nicht geben (Art. 19 Abs. 4 GG), wie mittlerweile allgemein anerkannt ist. Nach Art. 13 EMRK muß jedenfalls gegen alle Eingriffe in Konventionsrechte effektiver Rechtsschutz gewährt werden.

¹³⁴ So in Großbritannien in bezug auf bestimmte Fragen (Jennings/Watts [Anm. 113], § 460; Mann [Anm. 25], 23 ff.). Früher in den USA in bezug auf Staatenimmunität, vgl. Franck (Anm. 19), 101 ff., und jetzt noch z. B. hinsichtlich der Frage, ob ein bestimmtes Gebilde ein Staat ist oder ob eine bestimmte Regierung diesen Staat repräsentiert (vgl. M. Nash [Leich], Contemporary Practice of the United States relating to International Law, AJIL 90 [1996], 263 ff.). Zur Lage in Frankreich vgl. C. Lerche, Die Kompetenz des französischen Conseil d'Etat zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 50 [1990], 869 ff. Die deutsche Verfassungsordnung kennt bindende Zertifikate des Auswärtigen Amtes nicht (BGHSt 32, 275 [276]). Nach Art. 1 der Resolution des Institut de Droit International vom 7.9.1993 (Anm. 100) sollen nationale Gerichte völkerrechtliche Fragen in voller Unabhängigkeit und mit denselben Methoden wie internationale Gerichte entscheiden.

fahreneinleitende Antrag insgesamt für unzulässig erklärt¹³⁵ oder zumindest dem Antragsteller die Berufung auf den einschlägigen Völkerrechtssatz abgeschnitten werden¹³⁶.

Mit derartigen vielleicht verständlichen Ausweichstrategien sichert das Verfassungsgericht allein die Freiheit der Organe der auswärtigen Gewalt, nationale bzw. supranationale Interessenpolitik zu betreiben, ohne seine rechtsstaatsgemäße Aufgabe als Wahrer der *international rule of law* auch nur in den Blick zu nehmen¹³⁷ und enttäuscht damit die Erwartungen der internationalen Gemeinschaft¹³⁸. Zwar besteht scheinbar die Gefahr, daß ein Verfassungsgericht, wenn es Völkerrecht ernst nimmt, allein bleibt und damit sein Staat/seine supranationale Organisation sich als einzige(r) bei der Interessenverfolgung im Dschungel der internationalen Politik gehindert sieht, die Arroganz der Macht frei auszuspielen¹³⁹. Ein solcher Einwand ist indessen nicht nur eines Rechtsstaates unwürdig, sondern geht an der Praxis der internationalen Beziehungen vorbei, die größtenteils vom Völkerrecht bestimmt wird¹⁴⁰, und ist zudem kurzfristig, weil Völkerrechtstreue auf Dauer gesehen einen Aktivposten bildet. Deshalb erscheint ein Ansatz vorzugswürdig, der die notwendige Zurückhaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im außenpolitischen Bereich mit ihrer

¹³⁵ Einzelne Kongreßabgeordnete haben in den USA kein *standing* für Klagen gegen den Präsidenten zur Wahrung der Rechte des Kongresses im außenpolitischen Entscheidungsprozeß (Franck [Anm.19], 42f.).

¹³⁶ Z.B. durch Erklärung dieses Völkerrechtssatzes zur *non-self executing* Norm (vgl. American Law Institute [Hrsg.], Restatement of the Law [Third]: The Foreign Relations Law of the United States [1987], § 111 Comments g, h und Reporters' Note 5; vgl. auch die Rechtsprechung des EuGH zur Unanwendbarkeit des GATT [s.u. 6.a] und der englischen Gerichte zur Unanwendbarkeit der EMRK [Ridley (Anm. 5), 46]) oder durch Beschränkung des Verfassungsgerichts auf die Anwendung bestimmter Normen, zu denen Völkerrechtssätze nicht gehören (vgl. Art.93 Abs.1 Nr.1, 2, 4a GG; zur Bedeutung des Art.25 Satz 2 GG vgl. Giegerich [Anm.43], 109ff.).

¹³⁷ Dies führen einige neuere Entscheidungen des U.S. Supreme Court kraß vor Augen: *U.S. v. Alvarez-Machain*, 112 S.Ct. 2188, 2196 (1992), wo die Bereinigung des in einer Entführung liegenden Völkerrechtsverstoßes der Exekutive anheimgegeben wird (dagegen der Dissent, *ibid.*, 2205f.); *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S.Ct. 2549, 2567 (1993), wo das Abfangen haitianischer Flüchtlinge auf hoher See und ihre zwangsweise Rückführung nach Haiti für mit dem *refoulement*-Verbot der Genfer Flüchtlingskonvention vereinbar erklärt und die besondere Verantwortung des Präsidenten für auswärtige und militärische Angelegenheiten unterstrichen wird.

¹³⁸ Dies zeigten die internationalen Reaktionen auf das *Alvarez-Machain*-Urteil des U.S. Supreme Court (H.H. Koh, *Transnational Legal Process*, *Nebraska Law Review* 75 [1996], 181 [195f.]).

¹³⁹ Vgl. Franck (Anm. 19), 14. S. auch Benvenisti (Anm. 125), 425 ff.

¹⁴⁰ L. Henkin, *How Nations Behave* (2. Aufl. 1979), 47.

Rechtswahrerfunktion in einen vernünftigen, den Gegebenheiten des Problemfeldes angemessenen Ausgleich bringt: Den politischen Organen ist zwar ein breiter Spielraum bei der Bestimmung des Inhalts unklarer Völkerrechtssätze zuzubilligen, eindeutige Völkerrechtsverletzungen müssen indes unterbunden werden. Eine notwendige verfahrensmäßige Konsequenz dieses Ansatzes besteht in der Beteiligung der Regierung an allen verfassungsgerichtlichen Verfahren, in denen Existenz oder Inhalt einer Völkerrechtsnorm entscheidungserheblich sind. Anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts läßt sich dieser auf Ausgleich bedachte Ansatz demonstrieren.

4. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts zwischen bloßer Willkürkontrolle und besonderer Verantwortung für die Völkerrechtmäßigkeit deutscher Staatsakte

a) Willkürmaßstab

Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die völkerrechtlichen Rechtsauffassungen der Organe der auswärtigen Gewalt nur, wenn sie willkürlich, also unter keinem auch außenpolitisch vernünftigen Gesichtspunkt mehr verständlich sind¹⁴¹. Es tritt einer völkerrechtlichen Beurteilung durch die außenpolitischen Organe der Bundesrepublik Deutschland erst dann entgegen, wenn sie offensichtlich völkerrechtswidrig ist¹⁴². Zu denken wäre hier an Fälle, in denen die deutschen Organe eine Völkerrechtsnorm anders verstehen wollten als eine die Bundesrepublik Deutschland bindende Entscheidung eines internationalen Gerichts oder Schiedsgerichts¹⁴³. Indem Art.24 Abs.3 GG dem Bund den bindenden Verfassungsauftrag erteilt, Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische internationale (Schieds-)Gerichtsbar-

¹⁴¹ BVerfGE 55, 349 (367f.). Kritisch Hailbronner (Anm. 55), 23.

¹⁴² BVerfGE 77, 137 (167). Im Bereich der europäischen Integration hat das Bundesverfassungsgericht demgegenüber der Rechtsauffassung der Bundesregierung größere Skepsis entgegengebracht und sich im Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit des EU-Vertrages mehrfach versichern lassen, daß die von ihr vorgetragene Interpretation des Vertrages über die Europäische Union von den übrigen Vertragsstaaten geteilt werde (BVerfGE 89, 155 [175, 198]). Die Einholung einer diesbezüglichen Vorabentscheidung des EuGH nach Art.177 Abs.3 EGV schied aus, weil der Vertrag noch nicht in Kraft getreten war.

¹⁴³ In einem anderen Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht Abweichungen von bindenden Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als willkürlich eingestuft (BVerfGE 75, 223 [245]; 82, 159 [195]).

keit beizutreten¹⁴⁴, bringt er den Willen des Verfassungsgebers zum Ausdruck, daß deutsche Organe den daraus resultierenden Judikaten unterworfen sein sollen. Darüber hinaus bietet Art.24 Abs.3 GG zusammen mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes einen Anhaltspunkt für die These, daß das Bundesverfassungsgericht bei der Ermittlung von Völkerrechtssätzen auch denjenigen Entscheidungen internationaler Gerichte und Schiedsgerichte besonderes Gewicht einräumt, die zwar den deutschen Staat nicht förmlich binden, aber immerhin nach Art.38 Abs.1 Buchst.d des IGH-Statuts die primären Hilfsmittel bei der Feststellung von Normen des Völkerrechts bilden. Weicht die Völkerrechtsauffassung der Bundesregierung von solchen Entscheidungen ab, trifft sie eine besondere Argumentationslast.

Die Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf eine Willkürkontrolle beläßt den Organen der auswärtigen Gewalt den notwendigen politischen Spielraum, um an der Fortentwicklung des Völkerrechts mitzuwirken. Insbesondere das Völkergewohnheitsrecht kann nur durch eine von Rechtsüberzeugung getragene Änderung der bisherigen Staatspraxis fortgeschrieben werden¹⁴⁵. Aber auch bei multilateralen Verträgen ist das reguläre Änderungsverfahren, das in aller Regel eine Ratifikation durch alle Vertragsstaaten voraussetzt, derart schwerfällig, daß es meist theoretisch bleibt; tatsächlich treten viele Vertragsänderungen in Gestalt einer von allen Vertragsstaaten gebilligten Änderung der Vertragsanwendungspraxis ein.

Jede derartige Praxisänderung birgt die Gefahr, von anderen Teilnehmern am völkerrechtlichen Normgebungsprozeß als (derzeit noch) völkerrechtswidrig eingestuft zu werden. Wenn dies allein den nationalen Verfassungsgerichten genüge, die Änderung der Staatspraxis zu untersagen, würde tendenziell eine Versteinerung des Völker(gewohnheits)rechts eintreten. Demgegenüber gewährt die Beschränkung des verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs auf Willkür den für die Außenpolitik zuständigen Organen genügend Flexibilität, einen Rechtsänderungsprozeß einzuleiten oder ihn zu unterstützen. Soweit die politischen Organe plausiblerweise geltend machen können, daß ihre neue Praxis einer sich wandelnden Rechtsüberzeugung entspricht, besteht kein Anlaß für die Verfas-

¹⁴⁴ Diese gibt es freilich bisher nicht. Vgl. A. Randelzhofer, in: T. Maunz/G. Dürig [u. a.] (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art.24 Abs.3 RN 5ff. Es entspricht einhelliger Auffassung, daß Art.24 Abs.3 GG auch für eine allgemeine, umfassende, obligatorische internationale Gerichtsbarkeit gelten würde.

¹⁴⁵ Abgesehen von der stets möglichen reformierenden Kodifikation durch völkerrechtlichen Vertrag.

sungsgerichte, dagegen einzuschreiten. Dies wäre nur dann geboten, wenn belegbar wäre, daß die Praxisänderung von der weit überwiegenden Zahl der anderen beteiligten Staaten eindeutig als Völkerrechtsverletzung betrachtet wird.

Der Willkürmaßstab bietet auch für den Fall den notwendigen Spielraum, daß der bisherige Rechtszustand durch eine den jeweiligen Staat bindende ältere Entscheidung eines internationalen Gerichts oder Schiedsgerichts festgestellt wird. Scheint eine solche durch die nachfolgende Entwicklung überholt, kann das nämliche internationale Gericht oder Schiedsgericht indes auch nach langer Zeit nicht ohne weiteres mit einem neuen Fall befaßt und dadurch zur Änderung seiner Rechtsprechung veranlaßt werden, eröffnet der Willkürmaßstab die Möglichkeit, einer partiellen Verkrustung der Völkerrechtsordnung entgegenzuwirken¹⁴⁶.

b) Besondere Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts für die Völkerrechtmäßigkeit deutscher Staatsakte

Die gebotene Beschränkung der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfung auf eine Willkürkontrolle muß freilich mit einem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach verwendeten Argumentationstopos in Einklang gebracht werden, wonach dieses im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit in besonderem Maße darauf zu achten habe, daß Verletzungen des Völkerrechts, die eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begründen könnten, nach Möglichkeit verhindert oder beseitigt werden¹⁴⁷. Auf den ersten Blick besteht zwar schon deshalb kein Konflikt, weil der Willkürmaßstab gegenüber den Trägern der Außenpolitik verwendet wird, während sich die besondere Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts auf die Kontrolle fachgerichtli-

¹⁴⁶ Zum innerstaatlichen Parallelproblem einer Verkrustungsgefahr aufgrund der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für den Gesetzgeber nach § 31 BVerfGG vgl. BVerfGE 77, 84 (103 f.) und kritisch Klein, in: Benda/Klein (Anm. 98), RN 1250 ff.

¹⁴⁷ BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 76, 1 (78) (Entscheidungen des nach § 14 Abs. 4 BVerfGG in Verbindung mit dem zugehörigen Plenarbeschluß [nunmehr Abschn. A.II.1.a des Plenarbeschlusses vom 15.11.1993, BGBl. I, 1473] für Fragen des Völker- und Europarechts primär zuständigen Zweiten Senats). Anders der Erste Senat in BVerfGE 18, 441 (450); 81, 208 (216). Seit einigen Jahren ist es auch im Zweiten Senat um diesen Topos still geworden: In BVerfGE 94, 315 (328) wird er nicht mehr eigens erwähnt, freilich wird weiterhin BVerfGE 59, 63 (89) als Nachweis zitiert. Demgegenüber knüpfte der Sächsische Verfassungsgerichtshof kürzlich ausdrücklich an ihn an (EuGRZ 1996, 437 [439]).

cher Entscheidungen bezieht¹⁴⁸. Anders als die Bundesregierung und im Rahmen seiner Zuständigkeit der Bundesgesetzgeber sind die deutschen Fachgerichte weder von Völkerrechts noch von Verfassungs wegen dazu berufen, am Entstehungs- und Fortentwicklungsprozeß völkerrechtlicher Normen teilzunehmen. Ihnen gegenüber braucht sich das Bundesverfassungsgericht daher keine Zurückhaltung aufzuerlegen, wie auch das Verfahren der Völkerrechtsverifikation nach Art.100 Abs.2 GG zeigt.

Freilich ist diese Unterscheidung zwischen der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle der Bundesregierung einerseits und der Fachgerichte andererseits vordergründig, weil es auch gegen exekutivische Akte der auswärtigen Gewalt regelmäßig fachgerichtlichen Rechtsschutz gibt, der zudem vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde auszuschöpfen ist (§ 90 Abs.2 BVerfGG). In solchen Fällen liegen dem Bundesverfassungsgericht sowohl die Maßnahme der auswärtigen Gewalt selbst als auch die (klageabweisenden) fachgerichtlichen Entscheidungen zur Prüfung vor. Hier kann der völkerrechtliche Kontrollmaßstab gegenüber dem exekutiven Hoheitsakt kaum ein anderer sein als gegenüber der nachfolgenden Gerichtsentscheidung. Das betont auf internationale Einbindung des deutschen Staates angelegte Grundgesetz bietet Anhaltspunkte dafür, daß das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit allgemein als Garant für die Einhaltung des Völkerrechts durch sämtliche Organe der Bundesrepublik Deutschland fungieren soll. Auf diese Weise würde die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Verfassung, für die in Art.100 Abs.2 GG gerade auch das Bundesverfassungsgericht mobilisiert wird, besonders effektiv durchgesetzt und die deutsche Rechtsstaatlichkeit auch nach außen dokumentiert¹⁴⁹. Die bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren bieten häufig die letzte innerstaatliche Chance, Völkerrechtsverletzungen mit ihren internationalen Haftungsfolgen abzuwenden.

¹⁴⁸ Hier stellt sich der Topos als Ausnahme von der "Heck'schen Formel" dar, wonach das Bundesverfassungsgericht fachgerichtliche Entscheidungen nicht darauf überprüft, ob sie dem einfachen Recht entsprechen, sondern nur auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts (st. Rspr. seit BVerfGE 18, 85 [92f.] – dazu Wahl/Wieland [Anm.131], 1139]). Häufig haben Völkerrechtssätze in der deutschen Rechtsordnung nur den Rang einfachen Rechts (z. B. die Normen des Vertragsrechts nach Art.59 Abs.2 GG); sie würden daher eigentlich als Kontrollmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts ausfallen. BVerfGE 76, 1 (79ff.) zieht jedoch unter Hinweis auf den Topos mehrere völkerrechtliche Verträge als Prüfungsstandards heran.

¹⁴⁹ Daraus würden sich Konsequenzen z. B. für Entscheidungen über die Annahmepaxis von Verfassungsbeschwerden ergeben: Eine Verfassungsbeschwerde müßte aufgrund eines verfassungskonform auszulegenden § 93a Abs.2 Buchst.b BVerfGG stets angenommen werden, wenn dies erforderlich wäre, um eine Völkerrechtsverletzung abzuwenden. Die gegenwärtige Annahmepaxis entspricht dem jedoch nicht unbedingt.

Selbst bei Anerkennung einer solchen weitausgreifenden besonderen Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts hat dieses jedoch keinen Anlaß, seine Kontrolldichte gegenüber den von der Bundesregierung vertretenen völkerrechtlichen Positionen zu verschärfen. Solange Existenz oder Inhalt einer Völkerrechtsnorm unsicher sind und auf der internationalen Ebene eine verbindliche Klärung nicht möglich ist, kann das Bundesverfassungsgericht sich darauf beschränken, die Rechtsmeinung der Bundesregierung auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Anderes würde selbstverständlich gelten, wenn in einem bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren über die Vereinbarkeit eines Aktes der deutschen auswärtigen Gewalt mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu entscheiden wäre¹⁵⁰: Hier könnte und müßte sich das Bundesverfassungsgericht durch Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs gemäß Art.177 Abs.3 EGV Klarheit über Existenz und Inhalt der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsnorm verschaffen.

5. USA: Streit um die Befugnis zur Vertragsinterpretation
zwischen Präsident und Senat

In den USA findet die Willkürrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Entsprechung darin, daß die Gerichte bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge der Interpretationsauffassung der Exekutive erhebliches Gewicht einräumen¹⁵¹. Auch wirken dort die argumentativen Mechanismen, mit denen es die Bundesgerichte vermeiden, völkerrechtliche Rechtspositionen des Präsidenten oder des Kongresses zu hinterfragen, insbesondere die *political question doctrine* und die *act of state doctrine*, als funktionales Äquivalent für den Willkürmaßstab des Bundesverfassungsgerichts. Darüber hinaus ist in den USA die materiellverfassungsrechtliche Frage aufgekommen, ob der Präsident eine Völkerrechtsnorm eindeutig verletzen darf, obwohl diese als einfaches Bundesrecht gilt, für dessen Ausführung er nach Art.II, Sec.3 der Bundesverfassung an sich zu sorgen hat. Unter Hinweis darauf, daß die Gerichte die Flexibilität der politischen Entscheidungsträger, auf Änderungen der Weltlage zu reagieren, nicht beschränken dürften, wird teilweise ange-

¹⁵⁰ Zur – vom Bundesverfassungsgericht zu Unrecht verneinten – Maßstäblichkeit von Normen des EG-Rechts im verfassungsgerichtlichen Verfahren vgl. Giegerich (Anm. 43), 116 ff.

¹⁵¹ Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate (Congressional Research Service, Library of Congress [Hrsg.]) (103d Congress, 1st Session, S.Prt.103–53 [Committee Print]), 127 f.

nommen, daß der Präsident auch ohne bundesgesetzliche Ermächtigung durch eine *lex posterior* im nationalen Interesse sowohl von Völkervertragsrecht als auch von Völkergewohnheitsrecht abweichen könne¹⁵². Im Hinblick auf den Kongreß halten die US-Gerichte sich seit nahezu zweihundert Jahren an den Grundsatz, daß Bundesgesetze nach Möglichkeit völkerrechtskonform auszulegen sind. Nur wenn die Intention des Kongresses, gegen das Völkerrecht zu legiferieren, klar hervortritt, fühlen die Gerichte sich an diese gebunden¹⁵³; eine Entsprechung zu Art.25 GG kennt die US-Verfassung nicht.

Ein Verfassungsgericht, das wie das Bundesverfassungsgericht in der Regel die völkerrechtliche Beurteilung der für die Außenpolitik zuständigen Organe übernimmt, gerät in Schwierigkeiten, wenn die Völkerrechtsansichten der beteiligten Organe – etwa der Exekutive und des Parlaments – beispielsweise in bezug auf die Interpretation eines parlamentarischer Zustimmung unterliegenden Vertrages voneinander abweichen. Sind beide Interpretationsauffassungen zumindest vertretbar, fragt es sich, welche das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen soll. Möglicherweise wird das russische Verfassungsgericht in nächster Zeit mit einer derartigen Kontroverse befaßt, und zwar im Hinblick auf das sogenannte Beutekunstgesetz, durch das nach Kriegsende aus Deutschland in die damalige Sowjetunion verbrachte Kunstwerke zum Eigentum des russischen Staates erklärt werden. Es wäre vorstellbar, daß in einem solchen Verfahren der russische Präsident und die Staatsduma etwa im Hinblick auf Art.16 Abs.2 des Vertrages über gute Nachbarschaft, Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der sozialistischen Sowjetrepubliken¹⁵⁴ unterschiedliche Ansichten zur Völkerrechtmäßigkeit dieses Gesetzes vertreten.

¹⁵² *Garcia-Mir v. Meese*, 788 F.2d 1446, 1453 ff. (CA 11, 1986); Restatement (Anm. 136), §115 Reporters' Note 3. Das Schrifttum hat diese These überwiegend abgelehnt (vgl. M.J. Glennon, Can the President Do No Wrong?, AJIL 80 [1986], 923 ff.; L. Henkin, The President and International Law, *ibid.*, 930 ff.; J.M. Sweeney, AJIL 81 [1987], 637 ff.; J. Paust, International Law as Law of the United States [1996], 143 ff.; zustimmend dagegen J.I. Charney, The Power of the Executive Branch of the U.S. Government to Violate Customary International Law, AJIL 80 [1986], 913 ff.).

¹⁵³ *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804); *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 251 ff. (1984); *U.S. v. Palestine Liberation Organization*, 695 F.Supp. 1456, 1462 ff. (SDNY 1988). Entsprechender Interpretationsansatz in BVerfGE 74, 358 (370) und in der Rechtsprechung des Schweiz. Bundesgerichts (BGE 99 Ib 39 [1973]). Zur vergleichbaren Regel des englischen Rechts vgl. Jennings/Watts (Anm. 113), 61 ff.

¹⁵⁴ Vom 9.11.1990 (BGBl.1991 II, 703). Anstelle der Sowjetunion ist Rußland in den Vertrag eingetreten (BGBl.1992 II, 1016 f.).

Ein vergleichbarer Auslegungskonflikt ist im Präsidialsystem der USA 1985/1988 in der Tat entstanden¹⁵⁵: Präsident Reagan versuchte damals, Rüstungsbeschränkungen, welche der ABM-Vertrag (SALT I) von 1972 den USA auferlegte, hinwegzuinterpretieren, um seine Strategische Verteidigungsinitiative ("Star Wars") verfolgen zu können. Der Senat hatte den Vertrag, als er ihm seinerzeit zustimmte, ebenso wie der damalige Präsident strenger verstanden und hielt an dieser Interpretation fest. Zu einer gerichtlichen Klärung dieser Kontroverse ist es nicht gekommen, doch stellte der Senat seine Zustimmungsrresolution zum INF-Vertrag (SALT II) von 1987 unter die Bedingung, daß dieser Vertrag auch in Zukunft so interpretiert werden würde, wie ihn Präsident und Senat zum Zeitpunkt der senatorischen Zustimmung gemeinsam verstanden hätten. Eine davon abweichende Interpretationsauffassung dürften die USA nach außen nur aufgrund eines mit Zustimmung des Senats geschlossenen Änderungsvertrages oder aufgrund gesetzlicher Ermächtigung vertreten¹⁵⁶. Damit versucht der Senat, dynamische Vertragsfortentwicklungen durch den Präsidenten allein zu unterbinden. Flankierend gibt er seither seinen Zustimmungsrresolutionen zu völkerrechtlichen Verträgen regelmäßig Vertragsinterpretationen bei, um diese für den Präsidenten festzuschreiben.

Im parlamentarischen System der Bundesrepublik Deutschland, in dem die Bundesregierung regelmäßig von einer Bundestagsmehrheit getragen wird, ist ein entsprechender Interpretationskonflikt zwischen den beiden Verfassungsorganen als solcher schwerlich denkbar. Zu einer vergleichbaren Kontroverse ist es jedoch zwischen der Bundesregierung und der Opposition angesichts der Neuorientierung des NATO-Bündnisses nach dem Ende des Kalten Krieges durch Ergänzung des Verteidigungsauftrags um friedenserhaltende und friedensschaffende Maßnahmen gekommen. Die Opposition war der Auffassung, daß eine solche Neuorientierung einer Vertragsänderung gleichkomme und folglich eines Zustimmungsr-

¹⁵⁵ Dazu Henkin (Anm. 50), 52 ff.; Treaties (Anm. 151), 127 ff., 211 f.

¹⁵⁶ Treaties (Anm. 151), 128 f.: "Provided, that the Senate's advice and consent to ratification of the INF Treaty is subject to the condition, based on the Treaty Clauses of the Constitution, that – (A) the United States shall interpret the Treaty in accordance with the common understanding of the Treaty shared by the President and the Senate at the time the Senate gave its advice and consent to ratification; ... (C) the United States shall not agree to or adopt an interpretation different from that common understanding except pursuant to Senate advice and consent to a subsequent treaty or protocol, or the enactment of a statute ... ". Ausdrücklich übernommen durch Bedingung Nr.24 der Zustimmungsrresolution des Senats vom 24.4.1997 zur Chemiewaffen-Konvention (AJIL 91 [1997], 499 ff.) und Nr.8 der Zustimmungsrresolution des Senats vom 9.5.1997 zum Conventional Forces in Europe Flank Document (ILM 36 [1997], 980 ff.).

gesetzes nach Art.59 Abs.2 GG bedürfe, während die Bundesregierung von einer bloßen Vertragsfortbildung im Rahmen des ursprünglichen Bündnisprogramms ausging, die sie ohne gesetzgeberische Beteiligung bewirken könne. Über die Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag im Konsens aller Parteien ohne förmliche Vertragsänderung auch dynamisch interpretiert und fortgebildet werden kann, was völkerrechtlich ohne weiteres zulässig ist, ohne daß der Gesetzesvorbehalt in Art.59 Abs.2 Satz 1 GG die Zustimmung des deutschen Gesetzgebers zu einer solchen Neuorientierung erfordert, gab es in bezug auf den NATO-Vertrag im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts einen Stimmgleichstand. Die nach §15 Abs.3 Satz 3 BVerfGG das Entscheidungsergebnis tragende Meinung hat eine Einschaltung des Gesetzgebers in einem solchen Fall nicht für erforderlich gehalten und damit der Exekutive ein Höchstmaß an Handlungsfreiheit belassen¹⁵⁷. Im Bereich der europäischen Integrationsgewalt sollen der Vertragsfortbildungsmacht der im Rat repräsentierten europäischen Exekutiven jedoch auch nach Auffassung dieser Viererpluralität engere Grenzen gezogen sein.

6. Keine Überprüfung der GATT-Widrigkeit der EG-Bananenmarktverordnung durch den Europäischen Gerichtshof?

a) Rechtslage unter dem GATT 1947

Die EG-Bananenmarktverordnung¹⁵⁸ hat die Einfuhr in die Gemeinschaft von Bananen aus mittelamerikanischen Staaten zugunsten von Bananen aus EG-Mitgliedstaaten sowie AKP-Staaten in einer Weise erschwert, die nach ganz überwiegender Auffassung schon mit dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) von 1947 im Widerspruch stand¹⁵⁹. Obwohl der Gemeinschaftsgesetzgeber nach Art.228 Abs.7 EGV an die völkerrechtlichen Verträge der EG gebunden ist, hat der Europäische Gerichtshof sich geweigert, die Verordnung am Maßstab des für die EG durch Übernahme der Funktionen der Mitgliedstaaten im Ein-

¹⁵⁷ BVerfGE 90, 286 (359ff.). Dagegen unter Hinweis auf das Demokratieprinzip Bothe (Anm. 97), 773 ff.

¹⁵⁸ Verordnung (EWG) Nr.404/93 des Rates vom 13.2.1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen (ABl. Nr.L47/1).

¹⁵⁹ Vgl. M.J. Hahn/G. Schuster, Zum Verstoß von gemeinschaftlichem Sekundärrecht gegen das GATT, EuR 1993, 261 (264ff.); H.-D. Kuschel, Wie geht es weiter mit der Bananenmarktordnung?, EuZW 1996, 645 ff. Vgl. auch FG Hamburg, EuZW 1995, 413 (415f.); P.-T. Stoll/H.-K. Ress, Die Bananenmarktordnung in der EG im Lichte des GATT, EWS 1996, 37 (38); BFH, EWS 1996, 49 ff.

verständnis mit den anderen Vertragsparteien verbindlich gewordenen GATT 1947 zu überprüfen¹⁶⁰. Zur Begründung hat er sich auf die große Flexibilität der Bestimmungen dieses Abkommens¹⁶¹ berufen, insbesondere derjenigen, die die Möglichkeit von Abweichungen und von Maßnahmen, die bei außergewöhnlichen Schwierigkeiten getroffen werden könnten, sowie die Streitbeilegung betreffen. Je nach Lage des Falles könne eine Streitbeilegung durch Entscheidungen der Vertragsparteien¹⁶² erfolgen, etwa in Form der bestimmten Vertragsparteien erteilten Ermächtigung, gegenüber anderen Vertragsparteien vertragliche Zustände auszusetzen, worauf die davon betroffenen Parteien wiederum mit ihrem Rücktritt von dem Abkommen reagieren könnten. Diese Besonderheiten ließen erkennen, daß die Vorschriften des GATT keinen unbedingten Charakter hätten und daher in den Rechtsordnungen der Vertragsparteien nicht unmittelbar anwendbar seien.

Nach anderen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs können Vorschriften des GATT jedoch ausnahmsweise dann als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, wenn ein Sekundärrechtsakt zur Erfüllung einer bestimmten Verpflichtung der EG aus dem GATT erlassen wurde oder ausdrücklich auf spezielle Bestimmungen dieses Abkommens verweist¹⁶³. In diesen beiden Fällen hat der Gemeinschaftsgesetzgeber implizit die (politische) Entscheidung getroffen, die jeweiligen GATT-Vorschriften für eine richterliche Anwendung freizugeben, wengleich es einer solchen gesonderten Freigabe im Hinblick auf den antizipierten Rechtsanwendungsbefehl des Art.228 Abs.7 EGV eigentlich nicht bedarf.

Die vom Europäischen Gerichtshof hervorgehobene angebliche "Flexibilität" der teilweise strikt formulierten Vorschriften des GATT 1947 beruhte maßgeblich darauf, daß nach der damaligen Struktur des Streitbeilegungsmechanismus jede GATT-Partei die Feststellung eines eigenen

¹⁶⁰ Slg.1994, I-5039 (5071 ff.) (Rs.C-280/93): Abweisung einer Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland. Bereits früher hatte es der EuGH Privatpersonen verwehrt, die Rechtmäßigkeit einer Gemeinschaftshandlung unter Bezugnahme auf das GATT zu bestreiten (Slg.1972, 1219 [verb. Rs.21-24/72]; Slg.1983, 731 [Rs.266/81]). Auch gegenüber nationalen Maßnahmen können Einzelne sich nicht auf das GATT berufen (Slg.1995, I-4533 [4565 f.] [Rs.C-469/93]). Vgl. auch VG Frankfurt, EuZW 1997, 182 (192).

¹⁶¹ Vgl. dazu auch W. Benedek, Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht (1990), 380 ff., 393 ff.

¹⁶² Hervorh. im Original. Gemeint ist offenbar, daß nur die außenvertretungsberechtigten Organe der EG zur Streitbeilegung durch Verhandlungen mit den betroffenen anderen GATT-Parteien berufen sind und von Gerichten dabei nicht präjudiziert werden dürfen.

¹⁶³ EuGH, Slg.1989, 1781 (1830 f.) (Rs.70/87); Slg.1991, I-2069 (2178) (Rs.C-69/89).

GATT-Verstoßes durch ein politisches Veto verhindern konnte¹⁶⁴. Dies entspricht jedoch der bei den meisten völkerrechtlichen Verträgen bestehenden Lage. Auch durch die Streitbeilegung im Vergleichswege und die Möglichkeit einer Partei, die Opfer eines Vertragsverstoßes einer anderen Partei geworden ist, Kompensation zu erlangen, unterschied sich das GATT 1947 nicht wesentlich von den bei völkerrechtlichen Verträgen typischen Mechanismen zur Bewältigung von Erfüllungsstörungen. Weder hier noch dort ergibt sich daraus ein grundsätzlicher Einwand gegen die unmittelbare Anwendbarkeit von Vertragsbestimmungen, die ihrem Inhalt nach dazu geeignet sind.

Der Sache nach hat der Europäische Gerichtshof mit seiner Argumentation die Normativität des GATT 1947 in Zweifel gezogen und dessen Einhaltung als Ausdruck der politischen Beliebigkeit der Vertragsparteien dargestellt¹⁶⁵. Ein solcher Eingriff in die *international rule of law* im Bereich der Welthandelsordnung wäre für das eigentliche Anliegen des Gerichtshofs nicht erforderlich gewesen. Worum es in Wirklichkeit ging, hat das Urteil selbst nur angedeutet; die Schlußanträge des Generalanwalts haben es deutlicher gemacht: Die Verhandlungsposition der EG im Streitbeilegungsverfahren gegenüber den anderen GATT-Parteien, die gerade keine verbindliche Feststellung eines GATT-Verstoßes durch die EG erreichen konnten, wäre unterminiert worden, wenn einzelne Gemeinschaftsangehörige oder auch einzelne Mitgliedstaaten die Möglichkeit gehabt hätten, eine bestimmte EG-Maßnahme wegen GATT-Widrigkeit durch den Europäischen Gerichtshof für nichtig erklären zu lassen¹⁶⁶. Dadurch hätte sich zugleich das institutionelle Gleichgewicht im heiklen Bereich der Außenwirtschaftspolitik der Gemeinschaft zugunsten des Rates und zugunsten des Europäischen Gerichtshofs, also von einem intergouvernementalen auf ein supranationales Organ verschoben. Unter Hinweis auf die Notwendigkeit richterlicher Zurückhaltung, die sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung (bzw. in der EG-Terminologie des institutionellen Gleichgewichts) ableiten läßt, hätte folglich der Europäische Gerichtshof mit gemeinschaftsrechtsinternen Gründen seine klageabweisende Entscheidung jedenfalls verfassungsstaatlich vertretbar be-

¹⁶⁴ P.-T. Stoll, *Freihandel und Verfassung*, ZaöRV 57 (1997), 83 (139f.).

¹⁶⁵ Dagegen Hahn/Schuster (Anm. 159), 279f.; Stoll (Anm. 164), 140ff.; B. Kempen, *Deutschland als Vertragspartei des GATT und als Mitglied der Europäischen Gemeinschaften*, FS H.J. Hahn (1997), 417 (432 ff.).

¹⁶⁶ Slg.1994, I-5022.

gründen können¹⁶⁷, ohne die Normativität des GATT in Frage stellen zu müssen.

Was der Europäische Gerichtshof durch seinen Eingriff in die *international rule of law* letztlich bezweckte, war eine Entschärfung des antizipierten gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehls in Art.228 Abs.7 EGV. Es erschien nicht opportun, daß dieser stets automatisch die Judikative der EG zum Garanten der Einhaltung der völkervertraglichen Verpflichtungen durch den Gemeinschaftsgesetzgeber macht und damit den politischen Organen für Verhandlungen mit betroffenen ausländischen Staaten keinen Spielraum mehr beläßt. Ein entsprechendes Anliegen hat, wie bereits erwähnt, in den USA zu Versuchen geführt, die parallele Regelung in der *Supremacy Clause* (Art.VI, Sec.2 der Bundesverfassung) zu entschärfen und letzthin auch vergleichbare Überlegungen in der Bundesrepublik Deutschland hervorgerufen¹⁶⁸. Auf ähnliche Erwägungen geht es zurück, wenn das Bundesverfassungsgericht die völkerrechtliche Rechtsauffassung der Bundesregierung bloß auf Willkür kontrolliert. Gleiches gilt auch für die letzte Fallgruppe der *political question doctrine* sowie für die *act of state doctrine* des U.S. Supreme Court, der auf diesen Wegen eine Einmischung in außenpolitische Angelegenheiten vermeiden will. Nach alledem hält sich die EuGH-Rechtsprechung im Ergebnis im Rahmen des in Verfassungsstaaten Üblichen, schießt in ihrer Begründung aber über das Ziel hinaus.

b) GATT-Reform durch den Vertrag über die Gründung einer Welthandelsorganisation von 1994

Fraglich ist, ob diese durchaus problematische Rechtsprechung auch nach der GATT-Revision durch die Uruguay-Runde aufrechterhalten werden kann. Der das GATT 1947 reformierende Vertrag über die Gründung einer Welthandelsorganisation vom 15. April 1994¹⁶⁹ hat nicht nur dessen materiell-rechtliche Regelungen präzisiert und ihre Wirkkraft erhöht¹⁷⁰, sondern enthält nunmehr in Annex 2 einen verbesserten gerichts-

¹⁶⁷ Anders U. Everling, Will Europe Slip on Bananas?, *Common Market Law Review* 33 (1996), 401 (422f.), der von einem "*déni de justice*" spricht.

¹⁶⁸ S.o. Teil 1 C.II.2. Zur Zurückhaltung der deutschen Gerichte bei der Anwendung des GATT vgl. M. Hilf, Die Anwendung des GATT im deutschen Recht, in: ders./E.U. Petersmann (Hrsg.), *GATT und Europäische Gemeinschaft* (1986), 11 ff.; zur Schweiz vgl. L. Wildhaber, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, *VVDStRL* 56 (1997), 67 (76f.).

¹⁶⁹ ILM 33 (1994), 1144 ff. (BGBl.1994 II, 1438; ABl. Nr.L 336/1).

¹⁷⁰ Kempen (Anm. 165), 418.

förmig ausgestalteten Streitbeilegungsmechanismus¹⁷¹, der im Hinblick auf die EG-Bananenmarktverordnung auch bereits in Gang gesetzt worden ist¹⁷². Nach Art.XVI Abs.4 des WTO-Vertrages haben die Mitglieder nunmehr sicherzustellen, daß alle ihre Rechtsvorschriften, auch die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages geltenden, mit dem GATT 1994 im Einklang stehen. Überdies kann das GATT-Mitglied, dessen Maßnahme im Streit steht, die Annahme eines ihm nachteiligen Panel-Berichts durch das Streitbeilegungsgremium aus Vertretern der GATT-Parteien jetzt nicht mehr verhindern¹⁷³. Gleichzeitig hat die Revision des GATT eine Berufungsmöglichkeit eingeführt, mit der die Streitparteien Panel-Berichte einer rechtlichen Überprüfung unterwerfen können, so daß nunmehr besser als zuvor gewährleistet ist, daß das Verfahrensergebnis dem Völkerrecht entspricht.

Hebt ein Mitglied den im Panel-Verfahren für GATT-widrig befundenen Hoheitsakt nicht auf, wozu es primär verpflichtet ist¹⁷⁴, kommt auf der Sekundärebene eine Kompensation im Vereinbarungswege zwischen dem geschädigten Staat und dem Verletzterstaat in dem Sinne in Betracht, daß der letztere in einem anderen Handelsbereich dem ersteren einen Ausgleich gewährt. Ansonsten kann das Streitbeilegungsgremium den verletzten Staat ermächtigen, bestimmte Vertragspflichten gegenüber dem Verletzterstaat zu suspendieren¹⁷⁵. Der verletzte Staat ist folglich in der Lage, autorisierten Beugezwang auf den Verletzterstaat auszuüben, um diesen zur Beendigung des GATT-Verstoßes zu veranlassen.

Sollte ein Verstoß der EG-Bananenmarktverordnung gegen das GATT 1994 im Panel-Verfahren verbindlich festgestellt¹⁷⁶ und damit die unter dem GATT 1947 verbliebene Normunsicherheit beseitigt werden, hätte der Europäische Gerichtshof eine feste rechtliche Grundlage, um die Ver-

¹⁷¹ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, *ibid.*, 1226ff. Vgl. Meng (Anm. 129), 1084f.

¹⁷² Kuschel (Anm. 159), 645.

¹⁷³ Einen ersten Panel-Bericht vom 18.1.1994 über die GATT-Widrigkeit der EG-Bananenmarktverordnung (ILM 34 [1995], 177ff.) konnte der GATT-Rat nicht annehmen, weil die EG ihre Zustimmung verweigerte und folglich keine Einstimmigkeit erzielbar war (vgl. FG Hamburg, EuZW 1995, 413).

¹⁷⁴ J.H. Jackson, The WTO Dispute Settlement Understanding, AJIL 91 (1997), 60ff.

¹⁷⁵ Art.3 Abs.7, 22 des Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Vgl. näher P.-T. Stoll, Die WTO, ZaöRV 54 (1994), 241 (266ff.); J. Hippler Bello, The WTO Dispute Settlement Understanding, AJIL 90 (1996), 416ff.

¹⁷⁶ Berichte von GATT-Panels vom April 1997 haben das Bananenimportsystem der EG inzwischen erneut für GATT-widrig erklärt, wogegen die EG jedoch Berufung einlegen will (E.-U. Petersmann, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, EuZW 1997, 325).

ordnung im Hinblick auf Art.228 Abs.7 EGV für nichtig zu erklären. Dieses Ergebnis entspräche der bundesverfassungsgerichtlichen Willkürkontrolle in bezug auf völkerrechtliche Rechtsauffassungen der deutschen Organe der auswärtigen Gewalt: Mit der verbindlichen Entscheidung des Streitbeilegungsgremiums würde die Behauptung unvertretbar, die EG-Maßnahme sei völkerrechtmäßig.

Eine kassatorische Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs würde zur Durchsetzung der *international rule of law* beitragen, andererseits freilich den politischen Organen der EG die Möglichkeit nehmen, den Bananen-Streit unter Aufrechterhaltung der Verordnung im Wege einer Kompensationsvereinbarung beizulegen. Es ist nicht auszuschließen, daß der Gerichtshof aus Gründen des *judicial restraint* diese Möglichkeit auch in Zukunft offenhalten möchte und daher den Rückgriff auf das GATT als Prüfungsmaßstab weiterhin verweigert. Damit entspräche er dem Willen des Rates, der folgende Begründungserwägung in seinen nach Art.228 Abs.2 EGV gefaßten einstimmigen Beschluß vom 22. Dezember 1994 über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft aufgenommen hat: "Das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge ist nicht so angelegt, daß es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angeführt werden kann ..." ¹⁷⁷.

Die entsprechende Sec.102 (a) (1) des Uruguay Round Agreement Act der USA vom 8. Dezember 1994 ¹⁷⁸ bestimmt sogar ausdrücklich, daß das gesamte Bundesrecht der USA im Kollisionsfall innerstaatlich Vorrang vor dem GATT haben soll ¹⁷⁹. Daran zeigt sich, daß auch andere GATT-Parteien ihren nationalen Gerichten das Wächteramt über die Einhaltung ihrer GATT-Verpflichtungen vorenthalten, so daß sich eine entsprechende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des nach wie vor verfassungsstaatlich Üblichen hielte und mit dem Hinweis auf das Ge-

¹⁷⁷ ABl. Nr.L 336/1. Vgl. dazu Meng (Anm.129), 1062 ff.

¹⁷⁸ 108 Stat. 4809

¹⁷⁹ In den USA haben nach überwiegender Auffassung völkerrechtliche Verträge, soweit sie unmittelbar anwendbar sind, innerstaatlich den Rang von Bundesgesetzen, so daß sie durch spätere Bundesgesetze nach dem *lex posterior*-Grundsatz überlagert werden können (Restatement [Anm.136], § 115; kritisch Henkin [Anm.50], 62 ff.). Der Sinn der Sec.102 (a) (1) liegt zumindest darin, den *lex posterior*-Vorrang der Vertragsbestimmungen gegenüber früheren Bundesgesetzen auszuschließen, möglicherweise auch die eigentlich gebotene vertragskonforme Auslegung späterer Bundesgesetze.

gegenseitigkeitsprinzip¹⁸⁰ oder den Grundsatz des Gleichgewichts der von den GATT-Parteien einander gewährten Vorteile¹⁸¹ zu rechtfertigen wäre. Selbst wenn man im Interesse der Verrechtlichung der Welthandelsordnung, deren Durchsetzung auf die Kooperation der Judikativen der WTO-Mitglieder angewiesen ist, hofft, daß der Europäische Gerichtshof sich stärker als bisher auf seine Rechtswahrfunktion (Art.164 EGV) besinnt und dabei auch die *international rule of law* in den Blick nimmt¹⁸², könnte man eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung zumindest nicht für unvertretbar erklären¹⁸³. Allerdings müßte man ein solches *stare decisis* als Ausdruck fehlenden Mutes einstufen und es bedauern, wenn der Gerichtshof die Gelegenheit verpassen sollte, sich der Weltgemeinschaft gegenüber als europäisches Verfassungsgericht zu präsentieren, das auch die Außen(handels)politik nicht als reine Machtpolitik begreift, sondern sie rechtlich zu bändigen gewillt ist¹⁸⁴.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß neben der Europäischen Gemeinschaft sämtliche EG-Mitgliedstaaten dem GATT 1994 angehören, das als gemischtes Abkommen geschlossen worden ist¹⁸⁵. Die Vertragspflichten der EG und ihrer Mitgliedstaaten sind gemeinschaftsintern entlang der Grenze ihrer jeweiligen Kompetenzbereiche streng geteilt¹⁸⁶. Da die Außenhandelspolitik nach Art.113 EGV in die ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft fällt¹⁸⁷, ist für den Abschluß und die Durchführung des GATT im Hinblick auf die Einfuhr von Bananen aus Drittstaaten allein die EG zuständig. Zwar bleiben bei gemischten Abkommen im Verhältnis zu Drittstaaten neben der EG auch alle Mitgliedstaaten in vollem Umfang zur Vertragserfüllung verpflichtet, weil die gemeinschaftsinterne Zuständigkeitsverteilung im Außenverhältnis keine Bedeutung

¹⁸⁰ Den Aspekt der Gegenseitigkeit hat der Europäische Gerichtshof in diesem Zusammenhang freilich früher für unerheblich gehalten (Slg.1982, 3641 [3663f.] [Rs.104/81]).

¹⁸¹ So M. Montañà i Mora, AJIL 91 (1997), 152 (157).

¹⁸² Für eine Rechtsprechungsänderung etwa Meng (Anm. 129), 1085f.; A. Becker-Celik, Ist die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit der GATT-Vorschriften durch den EuGH heute noch gerechtfertigt?, EWS 1997, 12ff. Vgl. auch P. Eeckhout, The Domestic Legal Status of the WTO Agreement, Common Market Law Review 34 (1997), 11 (34ff., 48ff.).

¹⁸³ Zu fragen wäre dann aber nach einem gemeinschaftsinternen Ersatz von Schäden, die Privatpersonen durch den GATT-Verstoß erleiden (vgl. Schlußanträge des Generalanwalts in der Rs.C-469/93, Slg.1995, I-4543f.).

¹⁸⁴ Vgl. E.-U. Petersmann, The Foreign Policy Constitution of the European Union, FS E.-J. Mestmäcker (1996), 433ff.

¹⁸⁵ Vgl. Art.XI Abs.1 des WTO-Abkommens.

¹⁸⁶ S.u. D.I.2.c.

¹⁸⁷ EuGH, Gutachten 1/94, Slg.1994, I-5267 (5395ff.).

hat, wenn sie nicht beim Vertragsschluß den Drittstaaten gegenüber offengelegt wurde¹⁸⁸. Andererseits nimmt seit Jahren allein die EG mit Einverständnis der übrigen GATT-Parteien die Rechte ihrer Mitgliedstaaten im Rahmen des GATT wahr¹⁸⁹. Dementsprechend ist auch im Zusammenhang mit der Streitbeilegung im Bananenfall allein die EG den betroffenen anderen GATT-Mitgliedern gegenüber aufgetreten und von diesen wie in allen anderen Fällen seit 1974 als die für die Streitbeilegung zuständige Vertragspartei akzeptiert worden. Es wäre daher widersprüchlich und völkerrechtlich unzulässig, wenn ein betroffenes GATT-Mitglied, nachdem etwa im anhängigen Panelverfahren ein Verstoß der EG-Bananenmarktverordnung gegen das GATT festgestellt worden ist, plötzlich wieder die einzelnen Mitgliedstaaten verantwortlich machen wollte. Daher droht eine Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs bei der Verwendung des GATT 1994 als Prüfungsmaßstab nicht zu einer internationalen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland zu führen, die abzuwenden sich deutsche Gerichte etwa hilfsweise berufen fühlen müßten¹⁹⁰. Was wäre auch für die *international rule of law* gewonnen, wenn die Unversehrtheit der Welthandelsordnung um den Preis eines Bruchs der Verfassung der Europäischen Union aufrechterhalten würde?

III. Überprüfung der Völkerrechtmäßigkeit von Hoheitsakten ausländischer Hoheitsträger als indirekte Form der Kontrolle der auswärtigen Gewalt

1. Reaktion auf fremde Völkerrechtsverletzungen als Akt der auswärtigen Gewalt

Reaktionen eines betroffenen Staates auf eine Völkerrechtsverletzung sind hochpolitische Maßnahmen der Organe der auswärtigen Gewalt. Sie können vom Protest über die Einleitung eines internationalen Verfahrens zur friedlichen Streitbeilegung bis hin zur Verhängung einer Repressalie und schlimmstenfalls – bei einem bewaffneten Angriff – sogar bis zur An-

¹⁸⁸ Geiger (Anm. 110), Art.228 RN 31.

¹⁸⁹ Vgl. EuGH, Slg.1972, 1219 (RN 14/18) (verb. Rs.21–24/72). Vgl. auch VG Frankfurt, EuZW 1997, 182 (191), das eine entsprechende formlose Änderung des GATT-Vertrags im Konsens aller Vertragsparteien annimmt.

¹⁹⁰ M. Hilf, The Role of National Courts in International Trade Relations, Michigan Journal of International Law 18 (1997), 321 (344). Anders Kuschel (Anm. 159), 649f.; Petersmann (Anm. 176), 330. Vgl. auch A. Weber, Die Bananenmarktordnung unter Aufsicht des BVerfG?, EuZW 1997, 165 (167f.).

wendung von Waffengewalt als Maßnahme der Selbstverteidigung¹⁹¹ reichen. Freilich darf ein Staat nicht auf jeden Völkerrechtsverstoß reagieren, sondern nur auf solche, durch die er selbst verletzt wird¹⁹² oder im Hinblick auf die *erga omnes*-Wirkung der mißachteten Völkerrechtsnorm in gleicher Weise wie jedes andere Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft als verletzt gilt¹⁹³. Reagiert der betroffene Staat nicht, obwohl dies zu erwarten gewesen wäre, kann er später die Völkerrechtswidrigkeit des Verhaltens des anderen Staates nicht mehr geltend machen (*acquiescence*)¹⁹⁴. In einem solchen Fall darf das Verfassungsgericht den von der eigenen Regierung stillschweigend akzeptierten Tatbestand nicht als völkerrechtswidrig behandeln¹⁹⁵.

Hat ein betroffener Staat auf eine Völkerrechtsverletzung reagiert, kann das Verfassungsgericht von der bereits an die Öffentlichkeit gelangten Reaktion der eigenen Exekutive kaum abweichen. In der Sprache der *political question doctrine* ist die Entscheidung unmöglich ohne vorausliegende politische Festlegung einer Art, die eindeutig nichtrichterlichem Ermessen anvertraut ist. In den übrigen Fällen, in denen der eigene Staat von einer Völkerrechtsverletzung nicht betroffen war, diese aber später unerwartete Auswirkungen im innerstaatlichen Bereich hat, weil etwa ein von einer drittstaatlichen Konfiskationsmaßnahme betroffenes Vermögensgut eines Ausländers in den inländischen Jurisdiktionsbereich gelangt, muß das Verfassungsgericht zumindest Rücksicht auf die möglichen internationalen Verwicklungen nehmen, falls es den ausländischen Hoheitsakt für völkerrechtswidrig erklären und ihm deshalb die Anerkennung für den eigenen Jurisdiktionsbereich versagen will. Dazu ist die Einholung einer Stellungnahme der eigenen Exekutive unerlässlich. Wenn diese eine klare Bewertung abgibt, sollte das Verfassungsgericht davon im Regelfall nicht abweichen, damit das jeweilige Völkerrechtssubjekt der Völkerrechtsgemeinschaft gegenüber nicht mit mehreren Zungen spricht¹⁹⁶: Der *international rule of law* ist mit einer eindeutigen Stellungnahme besser gedient als mit einer zwiespältigen, solange die Völkerrechtsauffassung der Regie-

¹⁹¹ Art.51 VN-Satzung.

¹⁹² Wie etwa eine völkerrechtswidrige Enteignung eigener Staatsangehöriger.

¹⁹³ A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl. 1984), §§1262f., 1343.

¹⁹⁴ J.P. Müller/T. Cottier, *Acquiescence*, EPIL I (1992), 14ff.

¹⁹⁵ Vgl. bereits J.A. Frowein, *Die Bindungswirkung von Akten der auswärtigen Gewalt, insbesondere von rechtsfeststellenden Akten*, FS E. Menzel (1975), 125 (136ff.). Vgl. auch Giegerich (Anm. 43), 109f.

¹⁹⁶ Auch dies ist ein Aspekt der *political question doctrine* (s.o. A.).

nung nicht offensichtlich unhaltbar ist. In dieser Perspektive erweist sich die Überprüfung der Völkerrechtmäßigkeit von Hoheitsakten ausländischer Hoheitsträger als indirekte Form der Kontrolle der auswärtigen Gewalt des eigenen Hoheitsträgers.

2. *Mauerschützen-Entscheidungen von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht*

Aus den *Mauerschützen-Entscheidungen* von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht kann man zunächst den Eindruck gewinnen, deutsche Gerichte würden ausländische Hoheitsakte streng auf ihre Völkerrechtmäßigkeit überprüfen und sie im Falle ihrer Völkerrechtswidrigkeit unbeachtet lassen.

DDR-Grenzsoldaten, die an der innerdeutschen Grenze Flüchtlinge befehlsgemäß vorsätzlich getötet hatten, sowie die dafür verantwortlichen Politiker und Militärbefehlshaber der DDR beriefen sich in Strafverfahren vor dem Bundesgerichtshof auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art.103 Abs.2 GG), weil die Todesschüsse nach dem zur Tatzeit geltenden Recht der DDR gerechtfertigt gewesen seien. Der Bundesgerichtshof hielt den Angeklagten jedoch diesen Rechtfertigungsgrund unter anderem deshalb nicht zugute, weil er die allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze. Den entscheidenden Anhaltspunkt für einen derart schwerwiegenden Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit entnahm der Bundesgerichtshof dem von der DDR ratifizierten Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966¹⁹⁷, insbesondere den dort gewährleisteten Rechten auf Leben (Art.6) und Ausreise (Art.12)¹⁹⁸.

Die Verfassungsbeschwerden mehrerer Verurteilter blieben erfolglos. Das Bundesverfassungsgericht wies insbesondere ihren Einwand zurück, die Rechte auf Leben und Freizügigkeit seien nach den Vorschriften des Paktes nicht vorbehaltlos gewährleistet. Auch wenn danach ein Schußwaffengebrauch zur Grenzsicherung zulässig sein könne, stelle jedoch die absolute Unterordnung des Lebensrechts unter das staatliche Interesse an der Verhinderung von Grenzübertritten materiell schwerstes Unrecht dar,

¹⁹⁷ BGBl.1973 II, 1534.

¹⁹⁸ BGHSt 39, 1 (15 ff.); 39, 168 (183 f.); 40, 218 (232); 40, 241 (244 ff. – wo zusätzlich auf Art.3, 13 Nr.2 und 29 Nr.2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte abgestellt wird, weil die DDR zum Zeitpunkt der dort abgeurteilten Taten den IPBPR noch nicht ratifiziert hatte).

zumal wenn sie auf eine Überlagerung des an sich geltenden DDR-Gesetzesrechts durch auf politische Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Befehle zurückgehe. Insbesondere erklärte das Bundesverfassungsgericht den Rückgriff des Bundesgerichtshofs auf den IPBPR für verfassungsgemäß¹⁹⁹.

Diese Entscheidungen betreffen jedoch eine ganz besondere Lage und sind daher kaum verallgemeinerungsfähig: Nachdem die Deutsche Demokratische Republik durch Beitritt in der Bundesrepublik Deutschland aufgegangen war, stand einer völkerrechtlichen Bewertung ihrer Staatsakte durch bundesdeutsche Gerichte kein Zwang zur außenpolitischen Rücksichtnahme mehr entgegen. Deshalb konnten die Gerichte auch selbständig über die Völkerrechtswidrigkeit des DDR-Grenzregimes entscheiden, ohne einen Konflikt mit der Exekutive heraufzubeschwören. Für die deutsche Rechtsprechungspraxis repräsentative Entscheidungen finden sich eher auf dem Gebiet des internationalen Enteignungsrechts, wo in der Praxis die meisten Problemfälle aufgetreten sind. Diese entstehen meist infolge von entschädigungslosen Enteignungen, die ein Staat vorgenommen hat und deren Völkerrechtswidrigkeit eine davon betroffene Privatperson später vor den Gerichten eines anderen Staates geltend macht, weil ein ihr entzogener Vermögenswert in dessen Hoheitsbereich gelangt ist.

3. Deutsches internationales Enteignungsrecht

Nach deutschem einfachgesetzlichen internationalem Enteignungsrecht werden selbst entschädigungslose Konfiskationen eines fremden Staates nach dem Territorialitätsprinzip insoweit als wirksam betrachtet, als sie Vermögensobjekte betreffen, die zum Zeitpunkt der Enteignung der Gebietshoheit des enteignenden Staates unterlagen. Dies gilt auch, wenn derartige Maßnahmen den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen. Als äußerste Grenze wirkt der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 6 EGBGB, der seinerseits voraussetzt, daß die Enteignungsmaßnahme inlands- und gegenwartsbezogen ist²⁰⁰. Bedenken gegen diese recht großzügige Anerkennungspraxis hat das Bundesverfassungsgericht weder aus Gründen des Verfassungsrechts noch des Völkerrechts gesehen, weil die Geltung des Territorialitätsprinzips auf dem Interesse an internationaler Ordnung beruhe. Selbst wenn Enteignungen ohne sofortige, angemessene

¹⁹⁹ BVerfG, Juristen Zeitung 1997, 142 (145).

²⁰⁰ BVerfGE 84, 90 (123f.). Näher G. Kegel, Internationales Privatrecht (7. Aufl. 1995), 379f., 852ff. Meist wird ein *ordre public*-Verstoß verneint (Beispiele bei Verdross/Simma [Anm.193], §1181).

und effektive Entschädigung völkerrechtswidrig sein sollten²⁰¹, wäre Rechtsfolge dieser Völkerrechtsverletzung nicht die Unwirksamkeit solcher Enteignungsmaßnahmen, sondern die Entstehung einer Entschädigungspflicht beim enteignenden Staat²⁰². Insbesondere ergibt sich keine völkerrechtliche Verpflichtung anderer Staaten, ihrerseits diese Enteignungsmaßnahmen als unwirksam zu behandeln²⁰³. Das Bundesverfassungsgericht überprüft daher nicht die Völkerrechtmäßigkeit von Enteignungen, die fremde Staaten im Rahmen ihrer Gebietshoheit vornehmen²⁰⁴. Es fragt sich, ob diese richterliche Zurückhaltung der *international rule of law* hinreichend Rechnung trägt.

In der Tat würde die Effektivität des Völkerrechts gefördert, wenn möglichst alle Staaten durch ihre Gerichte völkerrechtswidrigen ausländischen Hoheitsakten in ihrem Hoheitsbereich die Anerkennung versagen würden. Damit verstießen sie ihrerseits keineswegs gegen Völkerrecht, auch nicht gegen das Territorialitätsprinzip, weil es eine Pflicht zur Anerkennung der extraterritorialen Wirkung völkerrechtswidriger Maßnahmen im eigenen Hoheitsbereich nicht geben kann, soll die Völkerrechtsordnung nicht widersprüchlich werden²⁰⁵. Das Bundesverfassungsgericht würde seiner Mitverantwortung für die Aufrechterhaltung der *international rule of law* ebenso wie dem Gedanken der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes besser gerecht, wenn es in entsprechenden Fällen die Völkerrechtmäßigkeit ausländischer Hoheitsakte strenger überprüfte. Man könnte in der Völkerrechtswidrigkeit eines solchen Aktes regelmäßig zugleich einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* sehen. Aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wäre unschwer eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Fachgerichte herzuleiten, sich mittels

²⁰¹ Zu dieser umstrittenen Frage etwa Restatement (Anm. 136), §712; R. Dolzer, Expropriation and Nationalization, EPIL II (1995), 319ff.

²⁰² Kegel (Anm. 200), 857.

²⁰³ Siehe dazu allgemein bereits oben. Anders M. Halberstam, Sabbatino Resurrected, AJIL 79 (1985), 68 (85ff.)m.w.N. Vgl. auch BVerfGE 94, 12 (46f.), wo die Frage der Wirksamkeit von gegen Art.46 Abs.2 der Haager Landkriegsordnung verstoßenden Enteignungen offengelassen wird.

²⁰⁴ Soweit völkerrechtliche Erwägungen in die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts des deutschen internationalen Enteignungsrechts einfließen, bleibt deren Beurteilung als Frage einfachen Rechts den Fachgerichten überlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Regel keinen Anlaß zum Eingreifen, da außerhalb des *ius cogens*-Bereichs keine völkerrechtliche Nichtanerkennungspflicht besteht (Steinberger [Anm.116], RN 40).

²⁰⁵ In diesem Sinne auch Art.3 der Resolution des Institut de Droit International (Anm. 100).

des *ordre public*-Vorbehalts über völkerrechtswidrige ausländische Hoheitsakte hinwegzusetzen. Gerade weil die Judikative als unpolitische Instanz keine außenpolitische Rücksichtnahme schuldet, wäre bei ihr das Weltgemeininteresse an einer Wahrung des Völkerrechts besser aufgehoben als bei der Regierung²⁰⁶.

Auf der anderen Seite muß auf die Notwendigkeit Rücksicht genommen werden, der Exekutive auf der internationalen Ebene einen Spielraum bei der Bestimmung von Existenz und Inhalt unklarer Völkerrechtssätze sowie allgemein einen Verhandlungsspielraum zu belassen. Dies wäre dadurch zu erreichen, daß das nationale Verfassungsgericht der Exekutive in einem entsprechenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und von deren Völkerrechtsauffassung nur abweicht, wenn diese auch bei Berücksichtigung außenpolitischer Gesichtspunkte unhaltbar sein sollte. Auf die deutsche Situation übertragen wäre damit ein Gleichklang bei der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle deutscher und ausländischer Hoheitsakte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht hergestellt und der *international rule of law* besser gedient als durch eine völlige verfassungsgerichtliche Prüfungsabstinenz. Zugleich würde aber eine solche Verfahrensgestaltung die Hauptverantwortung für die Durchsetzung des Völkerrechts deutlich bei derjenigen nationalen Instanz belassen, die unmittelbar am Völkerrechtsverkehr teilnimmt und allein in der Lage ist, auf dieser Ebene einen Streit über Existenz und Auslegung von Normen beizulegen. Eine solche Streitbeilegung wäre erschwert, wenn ein unabhängiges Verfassungsgericht bereits eigenständig und gegebenenfalls sogar für die Regierung verbindlich²⁰⁷ über diese Streitfragen entschieden hätte.

4. US-Gerichte und auswärtige Hoheitsakte: Die *act of state doctrine* und ihre Grenzen am *Alien Tort Claims Act*, am *Torture Victim Protection Act* und am *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*

Die aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannte *act of state doctrine* verfolgt das Anliegen, die Durchsetzung des Völkerrechts der Exekutive zu überlassen. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Dok-

²⁰⁶ Stoll (Anm. 164), 136ff.

²⁰⁷ Vgl. §31 Abs.1, 2 BVerfGG.

trin gibt keine Regel des Völkerrechts²⁰⁸, sondern des einfachen US-Bundesrechts wieder²⁰⁹, die eine verfassungsrechtliche Grundlage im Gewaltenteilungsprinzip findet. Sie besagt, daß amerikanische Gerichte die Völkerrechtsmäßigkeit einer (Enteignungs-)Maßnahme, die eine im Entscheidungszeitpunkt anerkannte ausländische Regierung auf ihrem Territorium vorgenommen hat, nicht überprüfen, selbst wenn ein US-Bürger davon betroffen ist, es sei denn, die rechtlichen Kontrollmaßstäbe stünden etwa durch einen völkerrechtlichen Vertrag unzweideutig fest²¹⁰. Damit wird jedenfalls für solche Fälle, in denen eine Völkerrechtsverletzung nicht offenkundig ist, die Reaktion allein der Exekutive überlassen²¹¹. Diese – völkerrechtlich nicht gebotene²¹² – Zurückhaltung der Judikative will Spannungen im Verhältnis zur Exekutive vermeiden, wie sie durch nationale Gerichtsentscheidungen über den Inhalt umstrittener Völkerrechtsätze entstehen könnten: Da nur die Exekutive auf der internationalen Ebene an der Klarstellung und Fortentwicklung des Völkerrechts unmittelbar beteiligt ist, soll sie dort von ihrer heimischen Judikative nicht in Verlegenheit gebracht werden. Im Hinblick auf diese Schutzrichtung wird teilweise eine Ausnahme von der *act of state doctrine* anerkannt, wenn die Exekutive erklärt, daß sie in einem konkreten Fall gegen eine gerichtliche Kontrolle der ausländischen Maßnahme auf ihre Völkerrechtmäßigkeit

²⁰⁸ BVerfGE 92, 277 (322); EuGRZ 1996, 538 (547f.). Sie wird teilweise der Völker-courtoisie zugerechnet (*W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400, 408 [1990]; BGHSt 39, 1) – zu Unrecht, denn die Courtoisie verlangt keinesfalls die Hinnahe einer Völkerrechtsverletzung.

²⁰⁹ Siehe dazu allgemein Restatement (Anm. 136), §§ 443f.; J.-P. Fonteyne, *Acts of State*, EPIL I (1992), 17ff.

²¹⁰ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 428 (1963).

²¹¹ "It should be apparent that the greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it, since the courts can then focus on the application of an agreed principle to circumstances of fact rather than on the sensitive task of establishing a principle not inconsistent with the national interest or with international justice. It is also evident that some aspects of international law touch much more sharply on national nerves than do others; the less important the implications of an issue are for our foreign relations, the weaker the justification for exclusivity in the political branches. The balance of relevant considerations may also be shifted if the government which perpetrated the challenged act of state is no longer in existence ..., for the political interest of this country may, as a result, be measurably altered." (*Sabbatino* [Anm.210], 428).

²¹² In der Staatenpraxis kommt es immer wieder vor, daß Gerichte einem völkerrechtswidrigen ausländischen Hoheitsakt die Anerkennung versagen, ohne daß dies zu Protesten führen würde (vgl. J.P. Müller/L. Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts* (2. Aufl. 1982), 306; M. Akehrst, *Jurisdiction in International Law*, *British Year Book of International Law* 46 [1972/73], 145 [249]).

keine Einwände habe²¹³. Teilweise wird die Doktrin entsprechend der neueren Lehre von der relativen Staatenimmunität nur auf Hoheitsakte, nicht aber auf privatrechtliche Maßnahmen fremder Staaten erstreckt²¹⁴.

Es hat in den USA immer wieder Vorstöße sowohl des Gesetzgebers als auch der Exekutive zugunsten einer Einschränkung oder gar Aufgabe der *act of state doctrine* gegeben. Diese sind zum größten Teil aus dem gespannten Verhältnis der USA zu Kuba hervorgegangen, in dem sich in den letzten Jahrzehnten die meisten Anwendungsfälle der Doktrin ereignet haben. Nach dem sogenannten *Second Hickenlooper Amendment* zum *Foreign Assistance Act of 1961*²¹⁵ darf kein Gericht aufgrund der *act of state doctrine* die Prüfung der Völkerrechtmäßigkeit von ausländischen Enteignungsmaßnahmen verweigern, wenn nicht der Präsident dem Gericht erklärt, daß eine Anwendung der Doktrin in einem bestimmten Fall im außenpolitischen Interesse der USA erforderlich ist. § 302(a)(6) des sogenannten Helms-Burton Act²¹⁶ schließt eine Anwendung der *act of state doctrine* auf die durch das Gesetz neu eingeführten Schadensersatzansprüche gegen Personen aus, die in irgendeiner Weise aus von Kuba konfisziertem Eigentum Vorteile ziehen. Weitergehende gesetzgeberische Einschränkungsversuche sind bisher nicht zustande gekommen²¹⁷. Auch die Exekutive hat die Gerichte aufgefordert, die Doktrin generell aufzugeben und ausländische Hoheitsakte allgemein auf ihre Völkerrechtmäßigkeit zu überprüfen²¹⁸. Solche Vorstöße sind von der Erwartung getragen, daß die Verhandlungsposition der Exekutive gegenüber einem auswärtigen (angeblichen) Völkerrechtsverletzer gestärkt wird, wenn die eigene Judikative dessen Maßnahmen für unbeachtlich erklären²¹⁹ oder dem Opfer sogar

²¹³ Sogenannte *Bernstein Exception*, die freilich in *National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* (406 U.S. 759, 768 [1972]) nur von drei der neun Richter anerkannt wurde.

²¹⁴ *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 695 ff. (1976) (nur von vier der neun Richter getragen).

²¹⁵ 22 U.S.C. § 2370(e)(2). Zur praktischen Bedeutung Franck (Anm. 19), 100.

²¹⁶ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 (ILM 35 [1996], 357 ff.). Dieser soll Ausländer von Investitionen in Kuba abhalten und dadurch zum Sturz des Castro-Regimes beitragen.

²¹⁷ Vgl. M.S. McDougal/M. Reisman, *International Law in Contemporary Perspective* (1981), 1528 f. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Einschränkungsversuche hängt von der ungeklärten Frage ab, wie stark das verfassungsrechtliche Fundament der Doktrin ist.

²¹⁸ Vgl. den in 425 U.S. 706 (1976) abgedruckten Brief des U.S. Department of State im *Dunhill-Fall*.

²¹⁹ Franck (Anm. 19), 101. Die Möglichkeit der US-Regierung, sich als *amicus curiae* an entsprechenden Verfahren zu beteiligen, stellt deren Einfluß auf die Völkerrechtsauffassung des Gerichts sicher.

Schadensersatz zusprechen kann²²⁰. Zugleich kann die Einschaltung der unabhängigen Gerichtsbarkeit verhindern, daß die Exekutive einerseits im außenpolitischen Interesse vorschnell Völkerrechtsverletzungen hin- nimmt, andererseits im Außenverhältnis als unmittelbarer Urheber von Gegenreaktionen in Erscheinung tritt²²¹. Die Gefahr, daß die Gerichte zur Durchsetzung (supra-)nationaler Interessenpolitik instrumentalisiert werden, ist dabei nicht zu verkennen²²².

Ungeachtet dieser neueren Entwicklungen stellt die *act of state doctrine* zwar weiterhin die Grundregel für die Überwachung von Maßnahmen auswärtiger Hoheitsträger durch US-amerikanische Gerichte dar, ihre Grenzen werden aber zunehmend enger. An Grenzen stößt die Doktrin insbesondere im Hinblick auf eine bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Einzelpersonen, welche Opfer besonders krasser Völkerrechtsverletzungen geworden sind, Schadensersatz zuspricht. Grundlage dieser 1980 mit der berühmten Entscheidung im Fall *Filartiga v. Pena-Irala*²²³ einsetzenden Rechtsprechung ist der lange vernachlässigte *Alien Tort Claims Act* von 1789²²⁴. Er begründet eine Zuständigkeit der US-Bundesgerichte für Schadensersatzklagen eines Ausländers wegen eines Delikts, das unter Verletzung des Völkerrechts oder eines Vertrages der USA begangen wurde. Unter Berufung hierauf ließ der U.S. Court of Appeals for the Second Circuit im *Filartiga*-Fall die Klage der Angehörigen eines Folteropfers aus Paraguay gegen seinen in die USA eingereisten und daher ihrer Gebietshoheit unterliegenden Folterer zu, nachdem das Gericht die Völkerrechtswidrigkeit der Folter ausführlich begründet hatte. In ähnlicher Weise hat dasselbe Gericht kürzlich im Fall *Kadic v. Karadzic* die Zulässigkeit einer deliktischen Schadensersatzklage gegen den Präsidenten

²²⁰ Die Bereitschaft der Bundesrepublik Deutschland, mit den USA ein Abkommen über die Entschädigung von US-Bürgern abzuschließen, die Opfer von Nazi-Verfolgungsmaßnahmen geworden waren (ILM 35 [1996], 193 ff.), ist auch auf entsprechende image-schädigende Gerichtsverfahren zurückzuführen (*Princz v. Germany*, 813 F.Supp.22 [DDC 1992]; 26 F.3d 1166 [DC Cir. 1994]; cert. denied, 115 S.Ct.923 [1995]; dazu M. Reimann, A Human Rights Exception to Sovereign Immunity, Michigan Journal of International Law 16 [1995], 403 ff.; A. Zimmermann, *ibid.*, 433 ff.).

²²¹ Diese beiden Aspekte standen Pate, als der Foreign Sovereign Immunities Act von 1976 die Entscheidung, ob einem auswärtigen Staat in Gerichtsverfahren in den USA Immunität zukommt, von der Exekutive auf die Judikative verlagerte (Franck [Anm.19], 101 ff.).

²²² Vgl. Wildhaber (Anm. 168), 78.

²²³ 630 F.2d 876 (CA 2, 1980).

²²⁴ 28 USC § 1350. Dazu A. Heidbrink, Der Alien Tort Claims Act (1989).

der völkerrechtlich nicht anerkannten bosnisch-serbischen Republik wegen Völkermordes und Kriegsverbrechen bejaht²²⁵.

Durch den *Torture Victim Protection Act* von 1992 bestätigte der Bundesgesetzgeber die *Filartiga*-Rechtsprechung und dehnte sie auf “*extrajudicial killings*” aus²²⁶. Nach dem *Torture Victim Protection Act* sind auch US-Bürger klagebefugt. Bedenken aus der *act of state doctrine* bestehen gegen solche Schadensersatzklagen nicht: Da die in bezug auf den *Alien Tort Claims Act* gerichtlich als Klagevoraussetzungen herausgebildeten und im *Torture Victim Protection Act* ausdrücklich genannten krassen Völkerrechtsverletzungen von keiner Regierung der Welt als offizielle Politik betrieben werden, sind US-Gerichte in solchen Fällen nicht gezwungen, über offizielle Akte souveräner Staaten zu urteilen. Zudem ist das völkerrechtliche Verdikt über die bisher abgeurteilten Akte so eindeutig, daß die bereits in der *Sabbatino*-Entscheidung formulierte Offenkundigkeitsausnahme von der *act of state doctrine* greifen würde²²⁷.

§ 221 des *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* vom 24. April 1996²²⁸ ermöglicht nunmehr sogar Schadensersatzklagen gegen ausländische Staaten unmittelbar, wenn deren Bedienstete als Täter oder Teilnehmer an Folter, außergerichtlichen Tötungen, Flugzeugsabotage oder Geiselnahme beteiligt waren. Solchen Staaten wird die Immunität abgesprochen, wenn sie vom US-Außenminister offiziell als “state sponsor of terrorism” deklariert worden sind. Durch dieses Erfordernis behält die Exekutive den Schlüssel zur Öffnung dieser Klagemöglichkeit in der Hand. Mit den gegenwärtig noch weltweit anerkannten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Staatenimmunität ist diese Maßnahme nicht vereinbar; sie könnte jedoch den Anstoß zu einer entsprechenden Rechtsfortentwicklung geben.

²²⁵ 70 F.3d 232 (CA 2, 1995). Die US-Regierung hatte im Verfahren keine Einwände gegen diese Jurisdiktionserstreckung erhoben.

²²⁶ Publ. L.102–256, 106 Stat. 73 (abgedruckt in der Anmerkung zu 28 USC § 1350). Dazu B. Stephens/M. Ratner, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts* (1996), 25 ff. Vgl. *ibid.*, 18 ff. zur zwiespältigen Haltung der Exekutive. § 589 des Foreign Operations, Export Financing, and Related Programs Appropriations Act, 1997 (Bestandteil von Publ. L. 104–208 vom 30.9.1996) (110 Stat. 3009–172) begründet jetzt einen materiellen Schadensersatzanspruch für US-Bürger wegen jeder Körperverletzung oder Tötung gegen die Schergen eines ausländischen Terrorstaates.

²²⁷ Stephens/Ratner (Anm. 226), 139 ff.

²²⁸ Publ. L.104–132, 110 Stat. 1214 = ILM 36 (1997), 759 f.

D. Das Verfassungsgericht als Wächter über den internen Willensbildungsprozeß der Völkerrechtssubjekte

I. Wahrung der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung durch das Verfassungsgericht

1. Störpotential der auswärtigen Gewalt für die vertikale und horizontale Gewaltenteilung

Als Wächter über den staatsinternen Willensbildungsprozeß in auswärtigen Angelegenheiten ist ein Verfassungsgericht aufgerufen, Verfassungsrecht – also die ihm von Amts wegen vertrauten Rechtsregeln – als Maßstab zu verwenden. Dennoch stellen die einschlägigen Fälle aufgrund des Charakters der auswärtigen Gewalt besondere Anforderungen. Die auswärtige Gewalt steht nicht neben, sondern liegt gewissermaßen quer zur klassischen Gewaltentrias. Ihre Eingliederung in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung weist typischerweise Grauzonen auf, weil einerseits die Exekutive durch Wahrnehmung der Außenvertretung des Staates hier eine dominante Position einnimmt, andererseits Akte der auswärtigen Gewalt grundsätzlich alle Staatsaufgaben – insbesondere den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers – berühren können. Mit zunehmender internationaler Verflechtung verstärkt sich der Trend zur völker- bzw. europarechtlichen Überlagerung der staatlichen Rechtsordnung²²⁹. Eine klare Abgrenzung der exekutiven von den legislativen Kompetenzen etwa in bezug auf Abschluß und Kündigung von Verträgen, Entscheidungen über den Auslandseinsatz von Streitkräften oder über die Teilhabe an der Integrationsgewalt ist oft nicht möglich; hier liegt erhebliches Konfliktpotential, zu dessen Entschärfung die Verfassungsgerichtsbarkeit berufen ist.

In bundesstaatlichen und bundesstaatsähnlichen Systemen tritt zu den mit der horizontalen Gewaltenteilung zusammenhängenden Problemen die Überlagerung der vertikalen Gewaltenteilung durch Maßnahmen der regelmäßig auf der zentralen Ebene monopolisierten oder jedenfalls konzentrierten auswärtigen Gewalt. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob die Zentrale einen völkerrechtlichen Vertrag über Gegenstände schließen darf, die verfassungsrechtlich in die Kompetenz der (Mit-)Gliedstaaten fallen, oder ob der Zentralstaat auf EG-Ebene an der Setzung von supranationalem Recht mitwirken kann, obwohl er den nämlichen Gegenstand intern nicht regeln dürfte, weil dieser nach seiner Verfassung zur Zuständigkeit

²²⁹ Grewe (Anm. 10), RN 5; Wolfrum (Anm. 34), 41 ff.

der Gliedstaaten gehört. Auch das darin liegende Konfliktpotential stellt die Verfassungsgerichtsbarkeit vor schwierige Aufgaben.

Die bruchlose Einbindung der auswärtigen Gewalt in das verfassungsrechtliche System der horizontalen und gegebenenfalls vertikalen Gewaltenteilung ist zugleich eine Aufgabe von eminent politischer Bedeutung, die das Machtgleichgewicht in einem Staate oder einer supranationalen Organisation unmittelbar berührt. Die verfassungsgerichtlichen Einwirkungsmöglichkeiten stoßen daher auf gewisse Schranken; kluge richterliche Zurückhaltung ist hier besonders angesagt. Andererseits verlangen die besonderen Gegebenheiten an der Schnittstelle von verfassungsrechtlicher Kompetenzordnung und Völker- sowie Europarecht erhöhte verfassungsgerichtliche Aufmerksamkeit, um den Eintritt eines Konfliktes zwischen völker- oder europarechtlicher Verpflichtung nach außen und verfassungsrechtlicher Durchführungsmöglichkeit nach innen, also zwischen *international rule of law* und nationaler Verfassungsstaatlichkeit bzw. supranationaler Konstitutionalität zu vermeiden. In aller Regel nämlich schlägt die Mißachtung der internen Zuständigkeitsordnung in vertikaler oder horizontaler Hinsicht nicht auf die internationale oder supranationale Ebene durch: Ein Staat oder eine Organisation können grundsätzlich Verstöße ihrer Organe gegen verfassungsrechtliche Zuständigkeitsregeln bei der Herbeiführung einer völker- oder europarechtlichen Bindung nicht zum Anlaß nehmen, um ihre Außenverpflichtung zu bestreiten²³⁰.

Die Unversehrtheit der vertikalen Gewaltenteilung läßt sich auf der internationalen Ebene zwar mithilfe einer in den betreffenden Vertrag aufzunehmenden Bundesstaatsklausel sichern, die besagt, daß der Zentralstaat die vertraglichen Verpflichtungen insoweit erfüllen wird, als er innerstaatlich dazu befugt ist, und sich im übrigen darum bemühen wird, die Gliedstaaten zu einer Umsetzung zu veranlassen²³¹. Freilich sind die

²³⁰ Vgl. Art.27, 46 WKRV; Art.27, 46 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen vom 21.3.1986 (BGBl.1990 II, 1415). Die dort vorgesehene Ausnahme für offensichtliche Verletzungen innerstaatlicher Rechtsvorschriften von grundlegender Bedeutung wird in aller Regel am Mangel an Offenkundigkeit scheitern, da die Zuständigkeitsnormen typischerweise erhebliche Grauzonen aufweisen. Im EG-Recht kann sich ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht auf seine interne Zuständigkeitsordnung berufen, um Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zu rechtfertigen (P. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf [Anm.27], Art.169 RN 70; zuletzt bestätigt im Urteil vom 12.12.1996 [Rs.C-297/95], Tätigkeitsbericht Nr.35/96, 25 f.).

²³¹ L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, Federal Clause, Colonial Clause, EPIL II (1995), 359ff. Vgl. z.B. Art.41 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (UNTS vol.189, 150; BGBl.1953 II, 560); Art.28 AMRK.

übrigen Vertragsparteien häufig nicht bereit, Bundesstaaten unter ihnen einen solchen minderen Verpflichtungsgrad vertraglich zuzubilligen, zumal deren innerstaatliche Zuständigkeitsabgrenzung nicht von außen objektiv festgelegt werden kann²³². Stattdessen können Bundesstaaten versuchen, durch einen entsprechend formulierten Vorbehalt sicherzustellen, daß sie international nicht zu mehr verpflichtet sind, als sie intern durchzusetzen vermögen. Die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines derartigen Vorbehalts ist indessen zweifelhaft. Unproblematisch ist dagegen eine bloße Erklärung, in der Bundesstaaten den anderen Vertragsparteien gegenüber lediglich dokumentieren, wie die Vertragserfüllung bei ihnen intern organisiert ist, ohne daran zu rütteln, daß sie ungeachtet ihrer verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung völkerrechtlich auch für Vertragsverstöße ihrer autonomen Untergliederungen verantwortlich sind²³³. Zuverlässig können Bundesstaaten Konflikte zwischen völkerrechtlicher Verpflichtung und innerstaatlicher Erfüllbarkeit daher nur mit verfassungsrechtlichen Mitteln vermeiden, denn aus der Sicht des Völkerrechts stehen sie Einheitsstaaten gleich. In bezug auf die horizontale Gewaltenteilung kommt eine Konfliktvermeidung ohnehin nur mit verfassungsrechtlichen Mitteln in Betracht. Völkerrechtlich ließe sie sich nur dadurch gewährleisten, daß einer Vertragspartei gestattet wird, ihre Vertragserfüllung von einer weiteren internen Entscheidung etwa des Parlaments abhängig zu machen, wozu sich die anderen Vertragspartner kaum je verstehen dürften²³⁴.

2. Auswärtige Gewalt und Verbandskompetenz in bundesstaatlichen bzw. bundesstaatsähnlichen Verfassungsordnungen

In Bundesstaaten liegt die Befugnis zur Teilnahme am auswärtigen Verkehr meist ausschließlich oder zumindest weitgehend beim Zentralstaat. Dieser hat daher die Möglichkeit, nach außen völkerrechtliche Bindungen in bezug auf Materien einzugehen, die innerstaatlich in die Zuständigkeit der Gliedstaaten fallen. Damit wird es notwendig, die Kompetenzbereiche der Gliedstaaten vor einer schleichenden Aushöhlung durch Akte der aus-

²³² Art.50 IPBPR und Art.28 IPWSKR legen beispielsweise ausdrücklich fest, daß die Vertragsbestimmungen ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates gelten.

²³³ B.R. Opeškin, *Federal States in the International Legal Order*, *Netherlands International Law Review* 43 (1996), 353 (374 ff.).

²³⁴ Als einzige Ausnahme wird Art.11 des NATO-Vertrages angesehen (vgl. R. Wolf-
rum, *HStR VII* [1992], §176 RN 7); ob zu Recht, soll hier dahinstehen.

wärtigen Gewalt des Bundes, insbesondere Vertragsschlüsse, zu sichern. Die Verfassungstexte regeln dieses Problem meist nicht hinreichend. Da das Vertretungsorgan der Gliedstaaten auf Bundesebene regelmäßig in den internen Willensbildungsprozeß des Vertragsabschlußverfahrens eingeschaltet ist, ergibt sich hier die Notwendigkeit zu pragmatischen Lösungen; diese sollen für die Bundesrepublik Deutschland und die USA skizziert werden. Angesichts der hochpolitischen Natur dieser Lösungsansätze verwundert es wenig, daß die Verfassungsgerichte hier wie dort weder an ihrer Entwicklung beteiligt waren noch sie nachträglich aus verfassungsrechtlichen Gründen in Frage gestellt haben. Etwas anderes gilt für die Bundesrepublik Deutschland nur scheinbar hinsichtlich der Rückwirkungen der europäischen Integration auf den föderalen Staatsaufbau. Es wird sich schließlich zeigen, daß in der EG dem Gerichtshof eine wichtigere Rolle bei der Abgrenzung der auswärtigen Gewalt der Gemeinschaft und ihrer Einpassung in das Gefüge der vertikalen Gewaltenteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten zugekommen ist und weiterhin zukommt.

a) Bundesrepublik Deutschland: Verfassungsprozeß um die EG-Fernsehrichtlinie und Neugestaltung der Länderbeteiligung an der Integrationsgewalt

In der Bundesrepublik Deutschland überträgt Art.32 Abs.1 GG die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten²³⁵ dem Bund²³⁶. Nach Art.59 Abs.2 GG muß vor der völkerrechtlichen Ratifikation bestimmter wichtiger Verträge ein Zustimmungsgesetz ergehen, an dem gem. Art.77 GG der Bundesrat als Vertretungsorgan der Länder beteiligt ist. Aus Art.32 Abs.2 GG ergibt sich, daß der Bund vor dem Abschluß eines Vertrages, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt, dieses Land rechtzeitig zu hören hat. Art.32 Abs.3 GG schließlich bestimmt, daß die Länder mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge eingehen können, soweit sie für die Gesetzgebung zuständig sind²³⁷. Unklar und umstritten ist

²³⁵ R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (1996), Art.32 RN 14 ff.

²³⁶ Vgl. entsprechend Art.71 Buchst.j russ. Verf.

²³⁷ Zur Vertragspraxis der Länder vgl. U. Beyerlin/Y. Lejeune, Sammlung der internationalen Vereinbarungen der Länder der Bundesrepublik Deutschland (1994). Konkordate mit dem Heiligen Stuhl sollen nicht unter Art.32 GG fallen (BVerfGE 6, 309 [362]; dagegen etwa M. Zuleeg, in: Kommentar zum GG [Alternativkommentar], Bd.1 [2. Aufl. 1989], Art.32 RN 14). Daher können die Länder im Bereich ihrer ausschließlichen Gesetz-

dabei geblieben, ob auch der Bund über Materien völkerrechtliche Verträge schließen darf, die in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen, und bejahendenfalls, ob solche Verträge des Bundes innerstaatlich im Wege des Bundesgesetzes umgesetzt werden können, obwohl ein entsprechendes Bundesgesetz für sich allein nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht erlassen werden dürfte. Über die praktische Bewältigung dieser Streitfragen haben Bund und Länder unter Vorbehalt ihrer unterschiedlichen Rechtsauffassungen 1957 die sogenannte Lindauer Ab-sprache getroffen. Danach sollen bei Verträgen auf Gebieten der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder (z.B. Kulturabkommen) die Länder möglichst frühzeitig an den Vorbereitungen beteiligt werden. Bevor Verpflichtungen völkerrechtlich bindend übernommen werden, soll das Einverständnis der Länder vorliegen. Die Bitte der Bundesregierung um dieses Einverständnis soll spätestens zu dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Vertrag im Verfahren zum Erlaß des Zustimmungsgesetzes nach Art.59 Abs.2 GG dem Bundesrat zugeleitet wird²³⁸. Nach dieser Absprache wird seither verfahren²³⁹. Das Bundesverfassungsgericht ist mit Streitfragen zu diesem Bereich niemals befaßt worden²⁴⁰.

Demgegenüber wurde ein besonders relevanter und zugleich brisanter Aspekt der allgemeinen Fragestellung vor das Gericht gebracht, nämlich der Schutz der Länder vor einer Aushöhlung ihrer Eigenstaatlichkeit durch die vom Bund betriebene europäische Integration²⁴¹. Der Streit entzündete sich an der vom EG-Rat unter Beteiligung eines Vertreters der Bundesregierung beschlossenen EG-Fernsehrichtlinie²⁴², welche die Länder als Eingriff in ihre verfassungsrechtlich garantierte Kulturhoheit ansahen, die ihnen selbst durch eine Verfassungsänderung nicht entzogen wer-

gebungszuständigkeiten – etwa in bezug auf das Schulwesen – Konkordate ohne Zustimmung der Bundesregierung schließen (Strein z [Anm. 235], RN 16).

²³⁸ Siehe im einzelnen U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt (1986), 115 ff. (Lindauer Ab-sprache *ibid.*, 277f.). Zur Rechtslage in der Schweiz vgl. D. Schindler, in: J.F. Aubert [u. a.] (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung, Art.8 RN 6 ff. Zu Reformbestrebungen vgl. Art.49, 50 des Entwurfs einer nachgeführten Bundesverfassung (Bundesblatt, Bd.I Nr.1 [14.1.1997], 589 [598f.]).

²³⁹ Vgl. z. B. das innerstaatliche Verfahren im Zusammenhang mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (BT Drs.12/42 [24.1.1991], Anl.2 und 3 [S.55]).

²⁴⁰ Vgl. jedoch die Darstellung in BVerfGE 92, 203 (231f.).

²⁴¹ Dazu allgemein M. Hilf/T. Stein/M. Schweitzer, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1993), 8 ff.

²⁴² Richtlinie (89/552/EWG) des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh-tätigkeit vom 3.10.1989 (ABl. Nr.L 298/23, L331/51).

den kann (Art.79 Abs.3 GG). Die Länder wehrten sich nicht gegen die inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie, die sich zumindest weitgehend mit dem im Rahmen des Europarats abgeschlossenen und von den Ländern akzeptierten völkerrechtlichen Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989 deckten²⁴³. Vielmehr sahen sie in der Richtlinie ein Symbol für die allgemeine Gefährdung ihrer verfassungsrechtlichen Position durch die supranationale Rechtssetzung der EG unter Beteiligung des Bundes.

Die Länder stritten der EG eine Rechtssetzungskompetenz im Bereich der Kultur ab. Sie machten außerdem geltend, der Bund habe ihnen auf dem Umweg über Europa Regelungen vorgegeben, die er innerstaatlich in verfassungsmäßiger Weise nicht hätte in Kraft setzen können, weil sie in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fielen. Nachdem das Bundeskabinett beschlossen hatte, der Richtlinie im Rat zuzustimmen, deren Verabschiedung mit qualifizierter Mehrheit die Bundesrepublik letztlich nicht hätte verhindern können, beantragte ein Land beim Bundesverfassungsgericht, der Bundesregierung im Wege der einstweiligen Anordnung (§32 BVerfGG) aufzugeben, diesen Kabinettsbeschluß einstweilen nicht zu vollziehen. Der Antrag wurde aufgrund der im Verfahren nach §32 BVerfGG üblichen Folgenabwägung²⁴⁴ zurückgewiesen, wobei das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit betonte, den integrationspolitischen Handlungsspielraum der Bundesregierung zu wahren²⁴⁵: Ergehe die einstweilige Anordnung, so führe dies nach Auffassung der Bundesregierung, der insoweit ein Einschätzungsspielraum zustehe, dazu, daß sie jede politische Möglichkeit verliere, den Inhalt der Richtlinie entsprechend der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zu gestalten. Ein Eingriff des Bundesverfassungsgerichts könne daher gerade zur Entstehung von grundgesetzwidrigem europäischen Sekundärrecht beitragen. Der sich daraus ergebende Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht sei ein so schwerwiegender Nachteil, daß die begehrte einstweilige Anordnung unterbleiben müsse. Ergehe die einstweilige Anordnung nicht, könne die Bundesregierung ihren integrationspolitischen Handlungsspielraum in den Beratungen im Rat situationgerecht im Interesse einer möglichst weitgehenden Schonung der Zu-

²⁴³ BGBl.1994 II, 638. Gegenüberstellung der Einzelregelungen von Richtlinie und Übereinkommen bei H. Höfling/B. Möwes/M. Pechstein (Hrsg.), *Europäisches Medienrecht* (1991), 58 ff.

²⁴⁴ J. Berkemann, in: D.C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), *BVerfGG* (1992), §32 RN 173 ff.

²⁴⁵ BVerfGE 80, 74.

ständigkeiten der Länder nutzen. Diese Möglichkeit beruhte darauf, daß nach dem Vortrag der Bundesregierung die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zwar rechtlich nicht erforderlich war, um ein Zustandekommen der Richtlinie zu gewährleisten, an deren möglichst einhelliger Verabschiedung aber ein politisches Interesse bestand.

Noch vor der endgültigen Beschlußfassung über die Richtlinie am 3. Oktober 1989 machte das Land einen Bund-Länder-Streit nach Art.93 Abs.1 Nr.3 GG, §§68ff. BVerfGG als Hauptsacheverfahren anhängig. Der Streit dreht sich um das bereits seit langem diskutierte Problem, wie die Länder davor bewahrt werden konnten, durch Abfluß von Kompetenzen auf die europäische Ebene ihre grundgesetzlich gewährleistete Eigenstaatlichkeit zu verlieren, ohne andererseits die ebenfalls vom Grundgesetz vorgesehene weitere deutsche Mitwirkung an der europäischen Integration übermäßig zu erschweren oder gar unmöglich zu machen²⁴⁶. Diese eminent verfassungspolitische Frage, welche die föderale Machtbalance im deutschen Bundesstaat im Kern berührte und eine wesentliche Weichenstellung für die Zukunft des Staatswesens bedeutete, hatte eine Dimension, welche die Problemlösungskapazität eines Verfassungsgerichts wohl überstieg. Schon aus diesem Grund nimmt es nicht wunder, daß das bundesverfassungsgerichtliche Verfahren zu keinem schnellen Abschluß gebracht wurde. Ein entscheidender Grund dafür lag in den alsbald einsetzenden Bestrebungen, die europäische Integration durch Gründung einer Europäischen Union zu vertiefen, welche mit der deutschen Wiedervereinigung, wie sie sich im Spätjahr 1989 abzuzeichnen begann, einhergingen. Im Zuge dieser Entwicklung erreichten die deutschen Länder, daß Ende 1992 ein neuer Art.23 in das Grundgesetz aufgenommen²⁴⁷ und alsbald durch ein Ausführungsgesetz²⁴⁸ ergänzt wurde. Durch Einbeziehung des Bundesrates in die innerstaatliche Willensbildung verbesserten sich die Mitwirkungsbefugnisse der Länder in der Eu-

²⁴⁶ Frühere Lösungsansätze finden sich in Art.2 des Gesetzes zu den Verträgen vom 25.3.1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 27.7.1957 (BGBl.II, 753) und vor allem in Art.2 des Gesetzes vom 19.12.1986 zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.2.1986 (BGBl.II, 1102), der durch eine politische Abrede aus dem Jahre 1979 vorgezeichnet worden war (abgedruckt bei Fastenrath [Anm.238], 283 ff).

²⁴⁷ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992 (BGBl.I, 2086).

²⁴⁸ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993 (BGBl.I, 313). Vgl. auch die Vereinbarung vom 29.10.1993 zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Länder über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausführung von §9 des vorstehenden Gesetzes (Bundesanzeiger, 45.Jg., Nr.226 vom 2.12.1993, 10425).

ropapolitik wesentlich. Um die Nutzung seiner Teilhabekompetenzen zu effektivieren, hat der Bundesrat gemäß Art.52 Abs.3a GG für Angelegenheiten der Europäischen Union eine Europakammer gebildet, die für das Gesamtorgan beschließen kann²⁴⁹.

Die Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgte mit Urteil vom 22. März 1995²⁵⁰ erst etwa sechs Jahre nach Verfahrensbeginn und mehr als zwei Jahre, nachdem das Grundgesetz im Sinne der Vorstellungen der Länder geändert und dem anhängigen Bund-Länder-Streit der größte Teil seiner politischen Brisanz genommen worden war. Allerdings ist anzunehmen, daß das schwebende Verfahren die Verhandlungsposition der Länder in bezug auf den neuen Art.23 GG gestärkt hat. Das Bundesverfassungsgericht mußte nach altem Recht (Art.24 Abs.1 GG) entscheiden; seine verfassungsdogmatischen Erwägungen dürften freilich auch unter der Ägide des Art.23 GG relevant bleiben. Das Gericht destillierte aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens eine Funktion des Bundes als Sachwalter der verfassungsmäßigen Rechte der Länder gegenüber der EG heraus. In prozeduraler Hinsicht sei der Bund bei der Vorbereitung von Sekundärrechtsakten der EG, welche die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder beträfen, zur engen Zusammenarbeit mit den Ländern über den Bundesrat und zur Rücksichtnahme auf deren Rechtsauffassungen und Interessen verpflichtet. Seien Bundesregierung und Bundesrat sich darüber einig, daß eine Gemeinschaftskompetenz nicht bestehe, so habe die Bundesregierung diesen Rechtsstandpunkt auf Gemeinschaftsebene konsequent zu vertreten. Nur ausnahmsweise dürfe die Bundesregierung aus zwingenden außen- und integrationspolitischen Gründen bei den Verhandlungen innerhalb der EG den gemeinsamen Rechtsstandpunkt zum Nachteil der Länder revidieren. Sie habe dann rechtzeitig die Verständigung mit dem Bundesrat zu suchen. Davon abgesehen müsse die Bundesregierung sich mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln für ein kompetenzgemäßes Verhalten der EG-Organen einsetzen. Äußerstenfalls werde sie, wo das Gemeinschaftsrecht eine Mehrheitsentscheidung zwar an sich zulasse, einer solchen jedoch das Verfassungsprinzip der Bundesstaatlichkeit (Art.79 Abs.3 GG) entgegenstehe, das aus der Gemeinschaftstreue folgende Gebot wechselseitiger

²⁴⁹ Vgl. näher §§ 45a-k der Geschäftsordnung des Bundesrates (Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Nr.37).

²⁵⁰ BVerfGE 92, 203. Dazu H. Bethge, Deutsche Bundesstaatlichkeit und Europäische Union, FS K.H. Friauf (1996), 55 (64f.).

Rücksichtnahme zur Geltung zu bringen haben²⁵¹. Komme dennoch gegen die Stimme der Bundesrepublik Deutschland ein Rechtsakt zustande, der nach ihrer Auffassung kompetenzwidrig sei und die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder verkürze, müsse die Bundesregierung sich mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln (z. B. durch Anrufung des Europäischen Gerichtshofs) für seine Aufhebung oder Änderung einsetzen.

Sind Bestehen oder Reichweite der EG-Kompetenz zwischen Bundesregierung und Bundesrat streitig, so hat die Bundesregierung nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsauffassung des Bundesrats, daß der geplante Sekundärrechtsakt kompetenzwidrig sei, ernstlich zu erwägen. Falls ein einheitlicher Rechtsstandpunkt nicht gefunden werden könne, dürfe die Bundesregierung von der Rechtsmeinung des Bundesrates abweichen, wenn sie sich für ihre Rechtsauffassung auf eine gefestigte Vertragsauslegung des Europäischen Gerichtshofs berufen könne. Ihre Gründe müsse sie möglichst vor ihrer endgültigen Entscheidung mit dem Bundesrat erörtern.

Anhand dieser Maßstäbe stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß die Bundesregierung in einer bestimmten Verhandlungsphase die Rechte der Länder dadurch verletzt habe, daß sie nicht rechtzeitig eine Verständigung mit dem Bundesrat über das weitere Vorgehen gesucht habe. In diesem Zusammenhang bezeichnete der Senat die gemeinschaftsrechtliche Rechtsansicht der Bundesregierung, eine bestimmte Regelung in der EG-Fernsehrichtlinie sei unverbindlich und greife daher nicht in Länderkompetenzen ein, als jedenfalls zweifelhaft. Daraus leitete er die Konsequenz ab, die Bundesregierung habe den zuvor festgelegten gemeinsamen Standpunkt des Bundes und der Länder, der EG fehle die Kompetenz zu der fraglichen Regelung, nicht konsequent genug vertreten.

Zunächst wird deutlich, daß das Bundesverfassungsgericht die Rechtsansicht der Bundesregierung zu Fragen des EG-Rechts, das unmittelbar in den deutschen Verfassungsraum einwirkt, erheblich strenger prüft als deren völkerrechtliche Rechtspositionen. Dies entspricht der wesentlich geringeren Einflußmöglichkeit der Bundesregierung auf die verbindliche Bestimmung des Inhalts von Gemeinschaftsrechtsnormen. Hierzu ist allein der Europäische Gerichtshof berufen, auf dessen Verfahren die mitgliedstaatlichen Regierungen, soweit der betreffende Staat nicht selbst Prozeßpartei ist, nur als Äußerungsberechtigte Einfluß nehmen können. Sodann fällt auf, daß das Bundesverfassungsgericht einen verfahrensmäßi-

²⁵¹ Unter Hinweis auf BVerfGE 89, 155 (184) (gemeint sein kann nur die Stelle auf S. 202).

gen, nicht einen materiell-verfassungsrechtlichen Lösungsansatz wählt, um den Konflikt zwischen der vertikalen Gewaltenteilung und der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes zu bereinigen. Man erinnert sich daran, daß der parallele Konflikt in bezug auf völkerrechtliche Verträge im Lindauer Abkommen von den Kontrahenden selbst ebenfalls überwiegend durch Verfahrensregelungen entschärft worden ist.

- b) USA: *Missouri v. Holland*, die *Bricker Amendment*-Kontroverse, das "*Burma Law*" des Staates Massachusetts und die Mitgliedschaft in NAFTA und WTO

Das entsprechende bundesstaatliche Zuständigkeitsproblem wurde bereits 1920 vor den U.S. Supreme Court gebracht, nachdem die USA mit Kanada einen Vertrag zum Schutz von Zugvögeln geschlossen und ein Ausführungsgesetz dazu erlassen hatten. Der Staat Missouri wandte dagegen ein, nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung könnten nur die Gliedstaaten, nicht dagegen der Bund ein Vogelschutzgesetz erlassen; folglich dürfe der Bund darüber auch keinen völkerrechtlichen Vertrag schließen und diesen dann im Gesetzeswege ausführen. Demgegenüber betonte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung *Missouri v. Holland*²⁵², daß es zwar Grenzen für die dem Präsidenten und Senat gemeinsam übertragene Vertragsgewalt gebe, diese sich aber nicht an der innerstaatlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen orientierten. Im vorliegenden Fall bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Vertragsschluß und demzufolge auch nicht gegen das Bundesgesetz, weil dieses notwendig und angemessen sei²⁵³, um die dem Bund zustehende Vertragskompetenz auszuüben.

Als nach dem Ende des zweiten Weltkriegs die Zahl der völkerrechtlichen Verträge zunahm, in denen – wie etwa in Menschenrechtsabkommen – tiefgreifende Vorgaben für die Rechtsordnungen in den Einzelstaaten schlummerten, besannen sich einige auf die Chancen, andere auf die Gefahren, die aus der alten Entscheidung im Fall *Missouri v. Holland* erwachsen mochten: Sollte der Bund die Möglichkeit haben, ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden internen Gesetzgebungskompetenz auf dem Umweg über völkerrechtliche Verträge und ihre legislative Umsetzung – oder gar allein durch den Abschluß unmittelbar anwendbarer Verträge²⁵⁴

²⁵² 252 U.S. 416 (1920).

²⁵³ Vgl. Art. I, Sec. 8, letzter Satz ("Sweeping Clause") der US-Verfassung.

²⁵⁴ Diese haben nach Art. VI Sec. 2 der US-Verfassung Vorrang vor einzelstaatlichem Recht.

– in die einzelstaatlichen Rechtsordnungen einzugreifen? Auf dieser Fragestellung baute die sogenannte *Bricker-Amendment*-Kontroverse auf. Senator Bricker hatte letztlich vergeblich versucht, die Bundesverfassung um einen Zusatz zu ergänzen, der erstens eine mit der Verfassung unvereinbare Vertragsbestimmung ausdrücklich für nichtig erklären und zweitens festlegen sollte, daß ein Vertrag Wirkungen als internes Recht nur im Wege eines auch unabhängig von dem Vertrag zulässigen Gesetzes erlangen würde²⁵⁵. Entsprechende Vorstöße endeten erst, nachdem 1957 in einer weiteren Entscheidung des U.S. Supreme Court betont worden war, daß der Bund auch bei Ausübung der Vertragsgewalt den Beschränkungen der Verfassung unterworfen sei, ohne daß diese näher präzisiert worden wären²⁵⁶.

Seither ist die rechtlich letztlich ungelöste Problematik politisch entschärft worden: Verträge bedürfen nach Art. II Sec. 2 Clause 2 der US-Verfassung der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit des Senats, der aus den gewählten Vertretern der Gliedstaatsbevölkerung besteht. Eine solche Mehrheit ist bei völkerrechtlichen Verträgen, welche Änderungen der internen Rechtsordnung insbesondere auf einzelstaatlicher Ebene intendieren, wie etwa Menschenrechtsabkommen, nur um den Preis weitreichender Vorbehalte zu erlangen. Diese bringen routinemäßig zum Ausdruck, daß die USA durch Abschluß des betreffenden Vertrages keine Verpflichtung übernehmen, ihre Verfassung oder ihr einfaches Recht zu ändern, und daß die Vertragsbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sein sollen²⁵⁷. Der Präsident ist verfassungsrechtlich verpflichtet, diese Vorbehalte durch Beifügung zur US-Ratifikationserklärung in den Völkerrechtsraum zu transponieren. Auf diese Weise versuchen die USA, ihr System der vertikalen Gewaltenteilung gegen äußere Einwirkungen abzuschotten und kümmern sich wenig um die *international rule of law*, die der Zulässigkeit von Vorbehalten Schranken setzt. Die Judikative hat diesen politisch brisanten Bereich bisher gemieden. Gerichtsentscheidungen über die Frage der Wirksamkeit der US-Vorbehalte sind auch in Zukunft nicht sehr wahrscheinlich.

Anders als in der Bundesrepublik Deutschland²⁵⁸ hat sich in den USA, wo die Gliedstaaten über erheblich weiterreichende Gesetzgebungsbefug-

²⁵⁵ Vgl. G. Gunther, *Constitutional Law* (12. Aufl. 1991), 206f.

²⁵⁶ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 16 (1957) (relative Mehrheit – Black, J.).

²⁵⁷ Nachweise o. Anm. 127.

²⁵⁸ Hierzulande mußte allerdings mehrfach über "kommunale Außenpolitik" entschieden werden: BVerfGE 8, 122; BVerwGE 87, 228 und 237. W. Löwer, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 2 (3. Aufl. 1995), Art. 28 RN 38.

nisse verfügen, auch die Frage praktisch gestellt, ob und inwieweit die in der alleinigen Zuständigkeit des Bundes stehende Außenpolitik verfassungsrechtlich vor Störungen durch einzelstaatliche Gesetze²⁵⁹ geschützt ist. Der U.S. Supreme Court hat hier zumeist zugunsten der Einzelstaaten entschieden²⁶⁰. Ein noch nicht judiziertes neues Beispiel für die auftretenden Konflikte bildet das sogenannte *Burma Law* des Staates Massachusetts, welches einzelstaatliche Stellen zum Boykott von Firmen verpflichtet, die mit diesem wegen seiner Menschenrechtsverletzungen mißliebigen Staat Geschäftsbeziehungen unterhalten²⁶¹.

In den USA ist das System der vertikalen Gewaltenteilung tiefgreifenden Einwirkungen einer Art, wie sie sich für Deutschland aus der europäischen Integration ergeben, bisher nicht ausgesetzt gewesen. Auch die Einbindung der USA in das North American Free Trade Agreement (NAFTA) und die aus den Verhandlungen der GATT-Uruguay-Runde hervorgegangene World Trade Organization (WTO) hat keine der deutschen EG-Mitgliedschaft vergleichbare Konsequenzen für die Gliedstaaten gehabt. Beide Staatenverbindungen sind auf der Ebene internationaler Organisationen verblieben und haben keine supranationale Struktur, wie sie der EG zukommt, die zur Setzung unmittelbar anwendbaren und vorrangigen Rechts ermächtigt ist. Gleichwohl drohen NAFTA- und WTO-Abkommen als völkerrechtliche Verträge der USA nach der *Supremacy Clause* in Art. VI Sec. 2 der Bundesverfassung einzelstaatliches Recht zu verdrängen. Deshalb konnten die Mitgliedschaften der USA im NAFTA

²⁵⁹ Z.B. erbrechtliche Vorschriften mit ausländerdiskriminierendem Inhalt; Steuergesetze, die den Außenhandel belasten; früher: Anti-Apartheid-Gesetze (dazu T. Franck/M. Glennon, *Foreign Relations and National Security Law* [2. Aufl. 1993], 807ff.; R.B. Bilder, *The Role of States and Cities in Foreign Relations*, in: Henkin/Glennon/Rogers [Anm.19], 115ff.; H.G. Maier, *Preemption of State Law: A Recommended Analysis*, *ibid.*, 126ff.).

²⁶⁰ Vgl. näher L. Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution* (2. Aufl. 1996), 162ff.; Restatement (Anm. 136), §1 Reporters' Note 5; L. Brilmayer, *Federalism, State Authority, and the Preemptive Power of International Law*, *Supreme Court Review* 1994, 295 (304ff.). *Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Board of California*, 62 U.S.L.W. 4552 (1994). Anders etwa *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968).

²⁶¹ Act Regulating State Contracts with Companies Doing Business with or in Burma (Myanmar) vom 25.6.1996, Annotated Laws of Massachusetts, Advance Pamphlet No.6 (1996 Session Laws), 371; dazu D. Schmahmann/J. Finch, *The Unconstitutionality of State and Local Enactments in the U.S. Restricting Business Ties with Burma (Myanmar)*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 30 (1997), 175ff. Durch Executive Order 13047 hat der US-Präsident aufgrund gesetzlicher Ermächtigung am 20.5.1997 bundesweit neue Investitionen in Burma verboten (Weekly Compilation of Presidential Documents 1997, 749).

und in der WTO nur gegen erheblichen Widerstand durchgesetzt werden. Dabei spielte auch die verfassungsrechtliche Frage eine Rolle, ob diese Verträge wegen ihrer Auswirkungen auf die Gliedstaaten intern als *treaties* im Sinne von Art.II, Sec.2 der US-Verfassung der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit des Senats als Gliedstaatenkammer bedurften oder ob sie – wie bei Handelsverträgen im Hinblick auf die Foreign Commerce Power des Kongresses nach Art.I, Sec.8 Clause 3 der US-Verfassung üblich – als *congressional-executive agreements* mit Zustimmung einer einfachen Mehrheit beider Häuser des Kongresses abgeschlossen werden konnten²⁶².

Letztlich schlug man zwar den Weg der *congressional-executive agreements* ein, sicherte jedoch die gliedstaatlichen Rechtsordnungen bundesgesetzlich vor automatischen Überlagerungen durch vorrangiges Völkervertragsrecht. Beispielsweise führt Sec.102 (b) des *Uruguay Round Agreements Act* vom 8. Dezember 1994²⁶³ ein Konsultationsverfahren zwischen Bund und Gliedstaaten ein, um deren Rechtsordnungen mit dem nordamerikanischen Freihandelsabkommen bzw. den Abkommen der Uruguay-Runde in Einklang zu bringen. Auch wird die Einbeziehung der betroffenen Gliedstaaten in alle diejenigen Streitbeilegungsverfahren sichergestellt, welche die Vereinbarkeit von gliedstaatlichen Gesetzen mit den Abkommen der Uruguay-Runde zum Gegenstand haben. Schließlich findet sich eine eingehende Regelung der gerichtlichen Kontrolle einzelstaatlicher Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit den vertraglichen Verpflichtungen der USA: Die Nichtigerklärung einer einzelstaatlichen Norm wegen Verstoßes gegen ein Abkommen der Uruguay-Runde darf danach nur in einem besonderen, vom Bund speziell zu diesem Zweck eingeleiteten Gerichtsverfahren erfolgen. Dabei trägt der Bund die volle Darlegungslast für den Verstoß, ohne daß einschlägigen Berichten eines Panels oder des *Appellate Body* nach dem *Dispute Settlement Understanding*, die einen solchen Verstoß festgestellt haben, besonderes Gewicht beigemessen werden darf. Soweit ersichtlich, ist es zu einem derartigen Gerichtsverfahren noch nicht gekommen.

²⁶² G. Slyz, *International Law in National Courts*, in: T.M. Franck/G.H. Fox (Hrsg.), *International Decisions in National Courts* (1996), 71 (77f.).

²⁶³ 108 Stat. 4809. Ähnlich bereits Sec.102 (b) des *North American Free Trade Agreement Implementation Act* vom 8.12.1993 (107 Stat. 2057) und Sec.102 (b) des *United States-Canada Free-Trade Agreement Implementation Act* vom 28.9.1988 (102 Stat. 1851). Allein die letztgenannte Bestimmung ordnet ausdrücklich an, daß die Vorschriften des Abkommens Vorrang vor unvereinbarem einzelstaatlichem Recht haben sollen.

c) Europäische Gemeinschaft: Teilung der Vertragsschlußkompetenzen zwischen EG und Mitgliedstaaten

Während die Gliedstaaten des US-amerikanischen und des deutschen Bundesstaates sich mit ihrer Mediatisierung durch den Zentralstaat weitgehend abgefunden haben, gilt dies für die EG-Mitgliedstaaten im Verhältnis zur Gemeinschaft keineswegs. Vielmehr sind diese eifersüchtig darauf bedacht, ihre Souveränität im Sinne der Völkerrechtsunmittelbarkeit weitestmöglich zu bewahren. Daher haben sie ein gewichtiges Interesse, die völkerrechtlichen Maßnahmen der EG – insbesondere den Abschluß von Abkommen mit Drittstaaten – auf das Notwendigste zu beschränken.

Anders als im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der USA ist im EG-Verfassungsrecht aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eindeutig geklärt, daß die EG völkerrechtliche Verträge über Materien, die in der Gesetzgebungszuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind, nicht abschließen kann: Die Kompetenzen der EG zur internen Rechtssetzung und zur Eingehung völkervertraglicher Verpflichtungen sind koextensiv: Soweit der EG-Vertrag der Gemeinschaft die Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge nicht ausdrücklich zuweist, kann sich diese Befugnis nach der ständigen und allgemein gebilligten Rechtsprechung des EuGH²⁶⁴ implizit aus der Zuweisung einer entsprechenden internen Rechtssetzungskompetenz ergeben (Parallelismus der Innen- und Außenkompetenzen). Ist die interne EG-Zuständigkeit eine konkurrierende, besteht nach außen ebenfalls nur eine konkurrierende Vertragsabschlußbefugnis. Sofern und soweit die EG durch Ausübung ihrer internen Rechtssetzungskompetenz die Mitgliedstaaten von eigenständigen Regelungen der betreffenden Materie ausgeschlossen hat, wird auch ihre Vertragsschlußkompetenz zur ausschließlichen²⁶⁵. Grauzonen gibt es dank der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht. Dieser hat bereits mehrfach präventiv im Gutachtenverfahren des Art.228 Abs.6 EGV die Grenzen der Vertragsschließungskompetenz der Gemeinschaft im einzelnen – und in letzter Zeit mit einschränkender Tendenz – definiert²⁶⁶. Da

²⁶⁴ Grundlegend das Gutachten 1/76, Slg.1977, 741 Abschn.3.

²⁶⁵ EuGH, Gutachten 2/92, RN 31 ff., Common Market Law Reports 2, 325, 358 f. (1996).

²⁶⁶ Gutachten 2/91, 19.3.93 (zur ILO-Konvention Nr.170); Gutachten 2/92, Common Market Law Reports 2, 325 (1996) (zur OECD); Gutachten 1/94, Slg.1994, I-5267 (zur WTO/GATS/TRIPS); Gutachten 2/94, EuGRZ 1996, 197 ff. (zur EMRK). P. Gilsdorf, Die Außenkompetenzen der EG im Wandel, EuR 1996, 145 ff.; R. Geiger, Vertragsschlußkompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten, JZ 1995, 973 ff.

jeder einzelne Mitgliedstaat ein solches Gutachten beantragen kann, erweist sich das Verfahren als ausgezeichnetes Mittel, Eingriffen des über Vertragsschlüsse regelmäßig mit qualifizierter Mehrheit entscheidenden Rates²⁶⁷ in die vertikale Gewaltenteilung der EG-Verfassung vorzubeugen.

Soweit ein geplantes völkerrechtliches Abkommen – wie etwa das WTO-Abkommen – sowohl Materien einschließt, die in die Zuständigkeit der EG fallen, wie solche, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehören, bleibt nur der Abschluß eines gemischten Vertrages, an dem auf der einen Seite sowohl die EG als auch sämtliche Mitgliedstaaten beteiligt sind, die gemeinsam den gesamten Vertragsbereich kompetenziell abdecken²⁶⁸. Inwieweit in solchen Fällen die Vertragsdurchführung intern der EG, inwieweit den Mitgliedstaaten zukommt, entscheidet ebenfalls der Europäische Gerichtshof. Demnach spielt die europäische Verfassungsgerichtsbarkeit eine erheblich größere Rolle bei der Wahrung der vertikalen Gewaltenteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten als die nationalen Verfassungsgerichte jedenfalls in Deutschland und den USA. Freilich bleibt zu erinnern, daß außerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Vertrags im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union der Europäische Gerichtshof nach Art.L EUV keine Gerichtsbarkeit ausüben kann. Da entsprechende, die Mitgliedstaaten bindende außen- oder sicherheitspolitische Beschlüsse indes nur einstimmig ergehen können bzw. Mehrheitsbeschlüsse durch einen vorher zu fassenden einstimmigen Beschluß autorisiert werden müssen, ist auch ohne Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof gewährleistet, daß der Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten nicht tangiert wird. Gegebenenfalls kann im jeweiligen nationalen Verfassungsrechtsweg dafür gesorgt werden, daß die Regierung keinen GASP-Beschlüssen zustimmt, die EG-verfassungswidrig sind.

Ungeachtet dieser grundsätzlich strikten und weitgehend gerichtlich durchsetzbaren Verteilung der auswärtigen Gewalt auf die EG und ihre Mitgliedstaaten gibt es in bezug auf die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten in einer internationalen Organisation eine Grauzone, wenn sowohl die EG wie sämtliche Mitgliedstaaten dieser Organisation angehören, weil deren Aufgabenbereich zugleich vergemeinschaftete als auch solche Materien umfaßt, die in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit verblieben sind. Sieht die Rechtsordnung dieser internationalen Organisation vor, daß bei einer derartigen "Doppelmitgliedschaft" die Mitglied-

²⁶⁷ Art.228 Abs.1, Unterabs.2, Abs.2 Satz 2 EGV.

²⁶⁸ Geiger (Anm. 110), Art.228 RN 29 ff.

schaftsrechte nur alternativ durch die EG oder ihre Mitgliedstaaten ausgeübt werden können, wie dies etwa für die Food and Agriculture Organization der Vereinten Nationen (FAO) gilt, muß die Vertretungsfrage EG-intern gelöst werden. Da der EG-Vertrag hierfür über die allgemeine Gemeinschaftstreuepflicht in Art.5 hinaus keine Regelung bereitstellt, bleibt letztlich nur der Weg einer interinstitutionellen Vereinbarung zwischen Rat und Kommission, die insoweit ein funktionales Äquivalent der Lindauer Absprache darstellt. Während Rechtsnatur, Wirksamkeit und Justitiabilität der letzteren nach wie vor ungeklärt sind, hat der Europäische Gerichtshof die Einhaltung der EG-internen interinstitutionellen Absprache in bezug auf die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte in der FAO vom 19. Dezember 1991 bereits durchgesetzt²⁶⁹.

3. Auswärtige Gewalt und Organkompetenz auf der zentralstaatlichen Ebene: Sicherung des institutionellen Gleichgewichts zwischen Legislative und Exekutive

- a) Von der Domäne der monarchischen Exekutive zur Partizipation der demokratischen Legislative

Traditionell ist die auswärtige Gewalt Domäne der Exekutive gewesen. Selbst heute noch wird die Außenvertretung in aller Regel durch Regierungsstellen wahrgenommen. Diese können den Staat völkerrechtlich auch in bezug auf Materien wirksam binden, die intern einer Regelung durch Gesetz vorbehalten sind. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann das System der horizontalen Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive dadurch in eine Schiefelage geraten, das institutionelle Gleichgewicht zwischen beiden Gewalten in Richtung auf die Exekutive verschoben werden. Aus völkerrechtlicher Perspektive besteht die Gefahr, daß von der Exekutive für den Staat wirksam übernommene Verpflichtungen intern nicht erfüllt werden können, weil dazu Gesetzgebungsakte erforderlich wären, welche die Legislative nicht erlassen will. In parlamentarischen Systemen wie in der Bundesrepublik Deutschland, in denen die Regierung vom ständigen Vertrauen einer parlamentarischen Mehrheit abhängt, realisieren sich diese Konfliktmöglichkeiten weniger leicht als in Präsidialsystemen wie in den USA, wo eine deutliche Frontstellung zwischen Exekutive und Legislative erkennbar ist. Dennoch macht es auch im parlamentarischen System einen Unterschied, ob das Parlament eine Re-

²⁶⁹ EuGH, Slg.1996, I-1469 (Rs.C-25/94). Vgl. B. Rudolf, AJIL 91 (1997), 349ff.

gierung nur im Hinblick auf ihre Außenpolitik stürzen²⁷⁰, ob sie im Einzelfall inhaltlichen Einfluß auf die Außenpolitik nehmen oder diese sogar gleichberechtigt mitgestalten kann: Diese Frage rührt an ein Kernelement der Verfassung – die Machtbalance zwischen Volksvertretung und mitunter quasi-monarchischer Exekutivspitze.

Der Verfassungstext ist in dieser Hinsicht – wie schon bei der Parallelproblematik im Bereich der vertikalen Gewaltenteilung in Bundesstaaten – häufig nicht völlig eindeutig. Immerhin ist die Volksvertretung regelmäßig in einigen Bereichen der auswärtigen Gewalt in den internen Willensbildungsprozeß ausdrücklich eingeschaltet, z. B. in bezug auf den Abschluß völkerrechtlicher Verträge, was diesen die Qualität von staatlichem Gesetzesrecht verleiht²⁷¹. Ob und inwieweit derartige Beteiligungsregelungen analogiefähig sind, ist umstritten. Im parlamentarischen System der Bundesrepublik Deutschland wurde das Bundesverfassungsgericht auf Antrag der parlamentarischen Opposition in Organstreitverfahren nach Art.93 Abs.1 Nr.1 GG, §§63ff. BVerfGG mehrfach mit dem Problem einer Analogiefähigkeit des Art.59 Abs.2 GG befaßt. Für den Sonderfall des auswärtigen Einsatzes von Militär, wo die Frage einer parlamentarischen Beteiligung besonders umstritten und politisch seit Jahren unlösbar war²⁷², hat das Gericht durch eine kreative und von allen maßgeblichen politischen Kräften akzeptierte Lösung den Weg freigemacht für die politisch überfällige deutsche Kooperation bei Friedensmissionen der Vereinten Nationen. Für den weiteren Sonderfall der parlamentarischen Teil-

²⁷⁰ BVerfGE 1, 372 (394); 68, 1 (89). In der Praxis erweist sich diese scheinbar weitreichende parlamentarische Kontrollmöglichkeit wegen der dadurch heraufbeschworenen Verfassungskrise als nicht sonderlich effektiv.

²⁷¹ So nach Maßgabe von Art.59 Abs.2 GG in Deutschland. Ebenso in Litauen nach Maßgabe der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 17.10.1995 (Rulings and Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Bd. 5 [1996], 3 ff.). In den USA haben völkerrechtliche Verträge den Status von Bundesgesetzen (Art.VI, Sec.2 der Bundesverfassung), obwohl nach Art.II, Sec.2, Clause 2 der Bundesverfassung nur der Senat am Vertragsschlußverfahren beteiligt ist (Restatement [Anm.136], §§111, 115; ausführlich Treaties [Anm. 151]). In Großbritannien fällt der Abschluß völkerrechtlicher Verträge in die *royal prerogative*, freilich werden diese nur aufgrund eines Parlamentsgesetzes innerstaatlich anwendbar (Jennings/Watts [Anm.113], 58ff.; Lord Templeman, Treaty-Making and the British Parliament, in: Riesenfeld/Abbott [Anm.129], 153 [154 ff., 159 ff.]).

²⁷² Hier ging es vordergründig darum, ob ein nicht Selbstverteidigungszwecken dienender Auslandseinsatz der Bundeswehr nur nach vorheriger Verfassungsänderung zulässig sei. Eine solche hätte nach Art.79 Abs.2 GG u. a. einer Zweidrittelmehrheit im Bundestag bedurft und wäre politisch nur gegen Festschreibung eines parlamentarischen Mitwirkungsrechts an den Einsatzentscheidungen zu erreichen gewesen. Dieses Mitentscheidungsrecht des Bundestages stand im Hintergrund der Auseinandersetzung.

habe an der Integrationsgewalt finden sich grundlegende Aussagen im *Maastricht-Urteil*²⁷³.

In den USA hat der U.S. Supreme Court die umstrittene Problematik, wie weit der Präsident kraft seiner Kommandogewalt über die Streitkräfte nach Art. II Abs. 2 der Bundesverfassung ermächtigt ist, selbständig Entscheidungen über deren Auslandseinsatz zu treffen, obgleich nur der Kongreß die Befugnis zur Kriegserklärung hat (Art. I Abs. 8 der Bundesverfassung), selbst während des Vietnam-Krieges stets gemieden. Demgegenüber hat er über die Verteilung der Vertragsgewalt zwischen Präsident und Senat/Kongreß judiziert. Die präsidentielle Prerogative im Bereich der Außenpolitik, die im Verfassungstext an keiner Stelle erwähnt wird, geht auf seine Rechtsprechung zurück²⁷⁴.

Der EG-Vertrag enthält in Art. 228 eine sehr detaillierte Regelung über den Abschluß völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft mit Drittstaaten und internationalen Organisationen, insbesondere die Einbeziehung des Europäischen Parlaments in den Willensbildungsprozeß. Der Europäische Gerichtshof hat dazu bisher keine Leitentscheidung getroffen. Er hat jedoch die primäre Zuständigkeit des Rates im Vertragsabschlußverfahren (Art. 228 Abs. 2 EGV) betont und demgegenüber die eigenständige Kompetenz der Kommission zum Abschluß von Verwaltungsabkommen eng begrenzt²⁷⁵. Wegen der Besetzung des Rates mit nationalen Ministern hat er damit zugleich der Sache nach eine umfassende mitgliedstaatliche Kontrolle über die Vertragsschlüsse der EG anerkannt.

b) Bundesrepublik Deutschland:

Kampf um die Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt

aa) Die auswärtige Gewalt zwischen Legislative und Exekutive

Als bald nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 entstand innerhalb der Staatsrechtslehre Streit um die Frage, inwieweit die auswärtige Gewalt der exekutiven, inwieweit der legislativen Staatsfunktion zuzuordnen sei. Nach der aus monarchischen Zeiten tradierten, aber nach wie vor herrschenden Ansicht kommt die auswärtige Gewalt ihrem Wesen nach der Regierung zu; wo das Grundgesetz eine Beteiligung der gesetzgebenden Körperschaften vorsieht, wie etwa beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge (Art. 59 Abs. 2 GG), sollen diese Ausnahmen von

²⁷³ Siehe näher unten b).

²⁷⁴ Siehe näher unten c).

²⁷⁵ Slg. 1994, I-3641 (Rs. C-327/91).

der Regel eng auszulegen und nicht analogiefähig sein²⁷⁶. Die Gegenposition entnimmt der parlamentarisch-demokratischen Grundtendenz des Grundgesetzes, daß die auswärtige Gewalt als kombinierte Gewalt der Regierung und dem Parlament gesamthänderisch übertragen sei²⁷⁷. Dies soll vor allem auch im Hinblick darauf gelten, daß durch strukturelle Veränderungen im Völkerrecht und durch die Vertiefung der europäischen Integration außenpolitische Entscheidungen zunehmend Auswirkungen auf den innenpolitischen Prozeß und insbesondere die Rechtsstellung der Einzelpersonen erlangen²⁷⁸.

(1) Frühe Weichenstellungen in der Rechtsprechung
der fünfziger Jahre

Angesichts der politischen Situation des besiegten, besetzten und im kalten Krieg durch die Grenze zwischen West und Ost zerrissenen Deutschland mußten in der neuorganisierten Bundesrepublik frühzeitig höchst umstrittene Grundentscheidungen außenpolitischer Art getroffen werden: Das Spannungsverhältnis zwischen einer Regierungspolitik der Westbindung und Wiederbewaffnung und einer Oppositionspolitik, die darin eine Gefährdung für den Frieden und das Verfassungsziel der deutschen Wiedervereinigung sah, gab dem neueingerichteten Bundesverfassungsgericht alsbald Gelegenheit, zur Verteilung der auswärtigen Gewalt Stellung zu nehmen. Im Organstreit zwischen der SPD-Bundestagsfraktion und der Bundesregierung um das Deutsch-Französische Wirtschaftsabkommen, für das die Bundesregierung keine gesetzesförmliche Zustimmung nach Art.59 Abs.2 GG eingeholt hatte, stellte das Bundesverfassungsgericht ohne nähere Begründung fest, daß die Führung der Außenpolitik eine Regierungsfunktion sei, an der der Bundestag nur teilhaben könne, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich vorsehe. Eine solche Ausnahmebefugnis der Legislative in der Domäne der Exekutive habe Art.59 Abs.2 GG in ganz bestimmten Grenzen begründet. Nur in den beiden dort geregelten Sonderfällen, also bei politischen Verträgen²⁷⁹ und

²⁷⁶ W.G. Grewe, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), 129 ff.; ders. (Anm. 10), RN 41 ff.

²⁷⁷ E. Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), 179 ff.; E. Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), 9 ff. (37 f., 70).

²⁷⁸ Wolfrum (Anm. 34), 41 ff.

²⁷⁹ Diese Kategorie beschränkte das Bundesverfassungsgericht auf solche Verträge, die wesentlich und unmittelbar die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Un-

solchen, die Gegenstände der Bundesgesetzgebung betreffen²⁸⁰, die im vorliegenden Fall nicht einschlägig seien, könne die Legislative in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive eingreifen. Darüber hinaus bleibe der Bundestag auf seine allgemeinen verfassungsmäßigen Kontrollmöglichkeiten beschränkt: Er könne dem Bundeskanzler nach Art.67 GG das Mißtrauen aussprechen und dadurch die Regierung stürzen, aber nicht selbst die (Außen-)Politik führen²⁸¹.

(2) *Mittelstreckenwaffen-Entscheidung*

Erst nach mehr als dreißig Jahren sah sich das Bundesverfassungsgericht im bereits anderweitig erörterten Fall zur Stationierung amerikanischer Mittelstreckenraketen in der Bundesrepublik Deutschland²⁸² erneut der nämlichen Fragestellung gegenüber. Die Zustimmungserklärung der Bundesregierung zu dieser Stationierung war von einer Oppositionsfraktion im Bundestag im Organstreitverfahren u. a. mit dem Argument angegriffen worden, nach Art.59 Abs.2 GG habe diese Erklärung wegen ihrer hochpolitischen Natur und wesentlichen Bedeutung der Zustimmung des Bundestages in Form eines Bundesgesetzes bedurft. Dem folgte das Bundesverfassungsgericht mehrheitlich nicht²⁸³. Vielmehr betrachtete es die Erklärung als einseitige völkerrechtlich bindende Willenserklärung, auf die das Zustimmungserfordernis des Art.59 Abs.2 Satz 1 GG weder unmittelbar noch analog anwendbar sei.

Das Gericht sah sich nunmehr jedoch veranlaßt, seine bereits 1952 apodiktisch zum Ausdruck gebrachte Auffassung ausführlich zu begründen, vielleicht weil sie 1984 nicht mehr so selbstverständlich erschien: Zwar räume unter anderem Art.59 Abs.2 Satz 1 GG dem Bundestag begrenzte Mitwirkungsrechte an der Willensbildung in außenpolitischen Angelegenheiten ein. Diese seien von solchem Gewicht, daß sie nicht als Ausnahmen

abhängigkeit, seine Stellung oder sein Gewicht unter den Staaten oder die Ordnung der Staatengemeinschaft betreffen und selbst Regelungen dieser Art enthalten oder bezwecken (BVerfGE 1, 372 [382]; 90, 286 [359]).

²⁸⁰ Darunter verstand das Bundesverfassungsgericht Verträge, zu deren Vollziehung aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Bundesgesetz erforderlich ist, weil der Bund Verpflichtungen übernehme, die allein durch Erlaß eines Bundesgesetzes erfüllt werden könnten (BVerfGE 1, 372 [388 f.]). Auch diese Rechtsprechung wirkt bis heute fort.

²⁸¹ BVerfGE 1, 372 (394); vgl. auch BVerfGE 2, 347 (379).

²⁸² BVerfGE 68, 1; s. bereits o. B.II.

²⁸³ BVerfGE 68, 1 (80 ff.); siehe jedoch die abweichende Meinung des Richters Mahrenholz (*ibid.*, 111 ff.).

angesprochen werden könnten²⁸⁴. Vielmehr brächten sie die im Laufe der Zeit gewachsene Tendenz zur verstärkten Parlamentarisierung der Willensbildung im auswärtigen Bereich zum Ausdruck. Dennoch bilde die strikte Begrenzung der gesetzgeberischen Mitwirkungsbefugnisse ein Element der Gewaltenteilung, wie sie das Grundgesetz ausgestaltet habe (Art.20 Abs.2 Satz 2 GG). Die organisatorische und funktionale Unterscheidung und Trennung der Gewalten diene der Verteilung von politischer Macht und Verantwortung sowie der Kontrolle der Machträger. Sie zielen auch darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen würden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügten, und sie wolle auf eine Mäßigung der Staatsgewalt insgesamt hinwirken. Die Konzentration politischer Macht, die darin läge, dem Bundestag in auswärtigen Angelegenheiten über die ihm grundgesetzlich übertragenen hinaus zentrale Entscheidungsbefugnisse exekutivischer Natur zuzuordnen, liefe dem verfassungsrechtlich normierten Gefüge der Verteilung von Macht, Verantwortung und Kontrolle zuwider. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß nicht die Bundesregierung, sondern nur der Bundestag unmittelbar vom Volk gewählt sei. Das grundgesetzliche System der Gewaltenteilung dürfe nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden²⁸⁵, denn das Grundgesetz habe eine rechtsstaatliche – vor allem also gewaltenteilende – Demokratie errichtet. Im übrigen besäßen unter dem Grundgesetz auch die Organe der vollziehenden Gewalt demokratische Legitimation.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts würde eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art.59 Abs.2 Satz 1 GG auf nichtvertragliche Akte der Bundesregierung gegenüber fremden Völkerrechtssubjekten, auch insoweit diese Akte politische Beziehungen regeln, angesichts der überragenden Bedeutung, die der Außenpolitik für den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zukomme, einen Einbruch in zentrale Gestaltungsbereiche der Exekutive bedeuten. Sie würde in weitem Umfang politische Macht zu Lasten der Exekutive auf den Bundestag in einem Handlungsbereich verlagern, der funktional betrachtet nicht Gesetzgebung darstelle. Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruhe auf der Annahme, daß institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Re-

²⁸⁴ Anders noch BVerfGE 1, 372 (394).

²⁸⁵ So bereits BVerfGE 49, 89 (124 ff.) in einem rein innerstaatlichen Verfassungskonflikt.

gierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfüge, auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren und so die staatliche Aufgabe, die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen, bestmöglich zu erfüllen.

Ein Erfordernis parlamentarischer Zustimmung ergab sich für die Senatsmehrheit auch nicht daraus, daß einseitige Akte der Exekutive möglicherweise eine völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen könnten, die schwer oder überhaupt nicht lösbar sei. Denn die gewaltenteilige Demokratie des Grundgesetzes verlange gerade nicht, daß an allen Entscheidungen von weittragender oder existentieller Bedeutung das Parlament zu beteiligen sei. Mißbillige der Bundestag derartige Entscheidungen, verblieben ihm seine parlamentarischen Kontrollbefugnisse – von seiner Budgethoheit bis hin zum Sturz der Regierung mithilfe eines konstruktiven Mißtrauensvotums (Art.67 GG).

(3) *Bundeswehreinsatz*-Entscheidungen: Hauptsacheverfahren

Im Jahre 1994 mußte das Bundesverfassungsgericht erneut über ein Begehren von Bundestagsfraktionen befinden, dem Bundestag die Teilhabe an Entscheidungen der Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt zu eröffnen, und zwar diesmal in bezug auf den bewaffneten Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland²⁸⁶. Zwar war die Verteilung der *war power* nach dem Grundgesetz in der wissenschaftlichen Diskussion schon seit Jahrzehnten umstritten gewesen; aus außen- und deutschlandpolitischen Gründen, aber auch wegen einer von allen maßgeblichen politischen Kräften geteilten restriktiven Lesart der entsprechenden Verfassungsbestimmungen, hatte die Bundesrepublik Deutschland sich jedoch vor 1992 an solchen Einsätzen nie beteiligt²⁸⁷, so daß über die Frage erst in der jüngsten Zeit ein konkreter Verfassungsrechtsstreit ausbrechen konnte. Bei diesem ging es erstens um die Teilnahme von Bundeswehrsoldaten an von der NATO und WEU im Auftrag des UN-Sicherheitsrats durchgeführten Aktionen zur Überwachung eines UN-Embargos gegen Restjugoslawien (Serbien und Montenegro) und zur Durchsetzung des Flugverbots im Luftraum über Bosnien-Herzegowina, zweitens um die Beteiligung deutscher Soldaten an der vom UN-Sicherheitsrat aufgestellten Streitmacht zur Sicherung der internationalen Hilfsmaßnahmen für die Bevölkerung

²⁸⁶ BVerfGE 90, 286.

²⁸⁷ Vgl. BVerfGE 90, 286 (380).

von Somalia (UNOSOM II). Die Antragsteller vertraten die Ansicht, ein solcher Auslandseinsatz zu anderen als Verteidigungszwecken bedürfe einer vorherigen Grundgesetzänderung, zumindest aber einer gesetzlichen Ermächtigung nach Art.59 Abs.2 und Art.24 Abs.1 GG. Diesmal hatten die Anträge teilweise Erfolg.

Das Bundesverfassungsgericht stufte sowohl die UNO wie die NATO als Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art.24 Abs.2 GG ein und entnahm dieser Vorschrift die verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Verwendung deutscher Soldaten im Rahmen dieser Systeme. Habe der Gesetzgeber – wie hier – der Einordnung Deutschlands in ein kollektives Sicherheitssystem durch ein Gesetz nach Art.24 Abs.2 in Verbindung mit Art.59 Abs.2 Satz 1 GG zugestimmt, so ergreife diese Zustimmung auch die Beteiligung deutscher Soldaten an militärischen Aktionen des Systems unter dessen Kommando.

Über der Frage, ob die betreffenden Militäreinsätze in bezug auf den jugoslawischen Bürgerkrieg sich noch im Rahmen der vom Gesetzgeber gebilligten Sicherheitssysteme hielten oder diesen überschritten und deshalb einer weiteren gesetzgeberischen Zustimmung nach Art.59 Abs.2 Satz 1 GG bedürft hätten, kam es im Senat zu einem Gleichstand von vier zu vier Stimmen²⁸⁸. Kraft §15 Abs.3 Satz 3 BVerfGG konnte deshalb in dieser Hinsicht ein Verstoß der Bundesregierung gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden. Einigkeit herrschte im Senat indessen über die in der *Mittelstreckenwaffen*-Entscheidung zehn Jahre vorher zuletzt bestätigten Grundsätze der horizontalen Gewaltenteilung in auswärtigen Angelegenheiten²⁸⁹: Die Außenpolitik sei grundsätzlich eine Funktion der Regierung, an der in den Grenzen des Art.59 Abs.2 Satz 1 GG in einigen Fällen die Gesetzgebungsorgane teilhaben dürften. Diese Teilhabe in Form einer vorherigen Zustimmung zu bestimmten völkerrechtlichen Verträgen solle das Parlament davor schützen, daß sein Kontrollrecht dadurch unterlaufen werde, daß ein Vertrag eine völkerrechtliche Bindungswirkung erzeuge, die durch eine spätere parlamentarische Mißbilligung nicht mehr beseitigt werden könne. Das Mitwirkungsrecht des Parlaments werde jedoch durch Art.59 Abs.2 Satz 1 GG auch begrenzt; Akte der auswärtigen Gewalt, die vom Tatbestand dieser Bestimmung nicht erfaßt

²⁸⁸ BVerfGE 90, 286 (357 ff.); die Begründungen beider Richtergruppen werden ausführlich wiedergegeben. Demgegenüber hielt der Senat mit 7 zu 1 Stimme den UNOSOM II-Einsatz für mit Art.59 Abs.2 Satz 1 GG vereinbar.

²⁸⁹ BVerfGE 90, 286 (357 ff.).

würden, seien ungeachtet ihrer Bedeutung und Bindungswirkung grundsätzlich dem Kompetenzbereich der Regierung zugeordnet.

Zwar erkannte das Bundesverfassungsgericht somit auch diesmal keinen Parlamentsvorbehalt für wesentliche außenpolitische Maßnahmen an, grenzte von diesen jedoch Entscheidungen über konkrete Außeneinsätze der Streitkräfte als besondere Kategorie ab und machte deren Verfassungsmäßigkeit von der jeweiligen konstitutiven Zustimmung des Bundestages abhängig²⁹⁰: Anders als die auswärtige Gewalt ordne das Grundgesetz die Militärhoheit nicht der Exekutive zu, sondern gebe dem Parlament einen rechtserheblichen Einfluß auf die Verwendung der Streitkräfte. Aus einer Gesamtschau der entsprechenden Vorschriften des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 ergebe sich ein Parlamentsvorbehalt als ein der Wehrverfassung zugrundeliegendes Prinzip. Die parlamentarische Zustimmung sei – außer bei Gefahr im Verzug – vor jedem konkreten Streitkräfteeinsatz einzuholen. Form und Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkung habe der Gesetzgeber unter Berücksichtigung des von der Verfassung gewollten Eigenbereichs exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit näher auszugestalten.

Dieser vom Senat einstimmig entwickelte Parlamentsvorbehalt für Militäreinsätze, der die Entscheidungskompetenz der Bundesregierung und dem Bundestag gemeinsam zuweist, stellt eine kreative Verfassungsfortbildung dar²⁹¹. Die vorgeschriebenen konstitutiven, aber gleichwohl nicht Gesetzesförmlichen Bundestagsbeschlüsse bilden eine völlig neue Kategorie von Rechtsakten, deren Zweck anscheinend darin liegt, das formalisierte und daher zeitaufwendige Gesetzgebungsverfahren zu vermeiden. Damit wird zugleich der an der Gesetzgebung nach Art.77 GG stets beteiligte Bundesrat von der Mitwirkung ausgeschlossen. Dies entbehrt nach den Hinweisen des Senats auf die deutsche Verfassungstradition nicht der Pikanterie, da sowohl nach Art.11 der Reichsverfassung von 1871 als auch nach Art.45 Abs.2, 74 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 die Ländervertretung im Regelfall an den Entscheidungen über Krieg oder Frie-

²⁹⁰ BVerfGE 90, 286 (381 ff.). Ebenso auch Art.86 Buchst.l slowak. Verf.; Art.84 Ziff.11 bulg. Verf. und die Entscheidung des bulgarischen Verfassungsgerichts vom 29.11.1995 (zit. nach K. Schrameyer, Die Entscheidungen des bulgarischen Verfassungsgerichts im Jahre 1995, Osteuropa-Recht 42 [1996], 370 [397]). Nach §19 Abs.2 Buchst., Abs.4 ungar. Verf. bedarf der Auslandseinsatz der Streitkräfte eines Parlamentsbeschlusses mit Zweidrittelmehrheit.

²⁹¹ G. Nolte, Bundeswehreinätze in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994), 652 (673 ff.).

den beteiligt war²⁹². Der Sache nach übernimmt die Hauptsacheentscheidung den im vorausgegangenen Urteil über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die UNOSOM II-Teilnahme vorgezeichneten Kompromiß zwischen der Rechtsbehauptung der antragstellenden Oppositionsfraktion, der Militäreinsatz müsse durch eine Verfassungsänderung oder zumindest durch ein förmliches Gesetz autorisiert werden, und der Ansicht der Bundesregierung, die hierfür eine ausschließliche Entscheidungskompetenz in Anspruch nahm²⁹³. Ungeachtet ihrer Kreativität ist die Lösung des Bundesverfassungsgerichts von den Streitparteien dankbar aufgenommen worden und wird seither praktiziert; sie hat allen Beteiligten einen politisch tragbaren Ausweg aus einer Sackgasse gewiesen, in die sie sich hineinmanövriert hatten.

(4) *Bundeswehreinsatz*-Entscheidungen:
Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

Für die Position eines Verfassungsgerichts in Streitfällen über Maßnahmen der auswärtigen Gewalt aufschlußreich sind die beiden der vorstehenden Hauptsacheentscheidung vorausgegangenen, unterschiedliche Ansätze verfolgenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die Anträge der Oppositionsfraktion auf einstweiligen Rechtsschutz²⁹⁴. Im ersten die Beteiligung deutscher Soldaten an der Durchsetzung des Flugverbots über Bosnien-Herzegowina im Rahmen eines luftgestützten Fernaufklärerverbandes (AWACS) betreffenden Verfahren wurden die beantragten einstweiligen Anordnungen mit fünf gegen drei Stimmen abgelehnt²⁹⁵. Ausgehend von dem bereits in früheren Entscheidungen artikulierten Grundsatz, daß bei der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, wenn es um eine Maßnahme mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Wirkungen geht, trat der Senat in die übliche Folgenabwägung ein, die hier freilich rein politisch ausgerichtet war. Abgewogen wurden die nachteiligen Folgen eines einstweiligen Verbots der deutschen Teilnahme am AWACS-Einsatz, wenn sich im Hauptsacheverfahren die Verfassungsmäßigkeit der Einsatzentscheidung herausstellen sollte, gegen

²⁹² Bereits nach Art.VIII §2 des Instrumentum Pacis Osnabrugense von 1648 (A. Buschmann [Hrsg.], Kaiser und Reich [1984], 289 [339]) war der Kaiser bei Entscheidungen über Krieg und Frieden von der Zustimmung der Reichsstände abhängig.

²⁹³ BVerfGE 89, 38 (44 ff.).

²⁹⁴ Ausführliche Analyse bei Schoch/Wahl (Anm. 98), 267 ff.

²⁹⁵ BVerfGE 88, 173.

die nachteiligen Folgen einer einstweiligen Zulassung dieser Beteiligung, wenn sich später deren Verfassungswidrigkeit ergeben würde. Als Folge eines letztlich verfassungsrechtlich nicht gebotenen Rückzugs der deutschen Soldaten aus der laufenden Operation eines integrierten multinationalen Verbandes sah das Bundesverfassungsgericht einen nicht wiedergutmachenden Vertrauensverlust bei den Bündnispartnern und allen europäischen Nachbarn voraus. Weniger schwer wögen die Nachteile einer vorläufigen weiteren Beteiligung deutscher Soldaten auf unsicherer Verfassungsgrundlage: Eine militärische Gefährdungslage sei wenig wahrscheinlich; eine Präjudizierung künftiger Entscheidungen von Verfassungsorganen trete nicht ein; ein völkerrechtlich erheblicher Vertrauensatbestand werde nicht geschaffen, zumal wenn die Bundesregierung den beteiligten auswärtigen Staaten notifiziere, daß die vorliegende Verfassungsgerichtsentscheidung nur vorläufigen Charakter habe.

Die verwendeten Abwägungsgesichtspunkte sind politischer Natur; rechtliche Maßstäbe standen nicht zur Verfügung, so daß die Grundsätze der *political question doctrine* diesem Ansatz eigentlich entgegenstehen mußten. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch erhebliche Kritik erfahren. Seine Entscheidung beruhte auf der letztlich von allen Verfahrensbeteiligten geteilten Vorstellung, daß ein einstweiliger Schutz der möglicherweise verfassungsrechtlich verankerten Mitwirkungsrechte des nicht an der Einsatzentscheidung beteiligten Bundestages nur in Form eines vorläufigen materiellen Einsatzverbots denkbar sei. Auf dieser Grundlage konnte der Senat nicht umhin, außen- und militärpolitische Lagen zu bewerten sowie letztlich eine eigene, wenngleich vorläufige politische Sachentscheidung über den Militäreinsatz zu treffen und dafür auch die – politische? – (Mit-)Verantwortung zu übernehmen.

Einen völlig anderen, nunmehr verfahrensbezogenen und stärker rechtlichen Ansatz wählte der Senat in dem zweieinhalb Monate später einstimmig ergangenen Urteil über eine einstweilige Anordnung gegen den UNOSOM II-Einsatz deutscher Soldaten, obwohl auch hier die Streitparteien davon ausgegangen waren, daß einstweiliger Rechtsschutz nur in Form der Anordnung eines vorläufigen Rückzugs der deutschen Soldaten aus Somalia vorstellbar sei²⁹⁶. Diesmal unterstrich der Senat, daß Gegenstand des Organstreits im Hauptsacheverfahren nicht die Zulässigkeit des Streitkräfteeinsatzes als solcher sei, sondern lediglich die diesbezügliche Entscheidungszuständigkeit. Dadurch werde auch der Rahmen für die ge-

²⁹⁶ BVerfGE 89, 38.

richtliche Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren abgesteckt. Im Vorfeld eines solchen Organstreits zwischen Parlament und Regierung über bestehende Entscheidungskompetenzen sei es grundsätzlich nicht Aufgabe des zu aktivem politisch gestaltenden Handelns nicht berufenen Gerichts, anstelle dieser Organe eine einstweilige Sachentscheidung aufgrund einer Folgenabwägung zu treffen, für die es hinreichender rechtlicher Kriterien ermangele²⁹⁷. Vielmehr müsse die vorläufige Maßnahme des Bundesverfassungsgerichts im Zwischenbereich der einander widerstreitenden Kompetenzansprüche verbleiben. Im Ergebnis ordnete der Senat daher an, daß bis zur Entscheidung in der Hauptsache die Beteiligung der Bundeswehr an UNOSOM II nur aufrechterhalten und fortgeführt werden dürfe, wenn der Deutsche Bundestag dies durch einfachen Beschluß bestimme. Die damit neugeschaffene Figur des konstitutiven Bundestagsbeschlusses wurde dann als *ratio decidendi* in die Hauptsacheentscheidung übernommen.

Im *UNOSOM II*-Urteil beließ das Gericht folglich bis zur Hauptsacheentscheidung die politische Verantwortung für den Militäreinsatz bei Bundesregierung und Bundestag, statt sie selbst zu übernehmen. Dazu war der Senat insbesondere deshalb nicht bereit, weil – anders als im *AWACS*-Fall – den deutschen Soldaten in Somalia nicht unerhebliche Gefahren an Leib und Leben drohten. Ob ein weiterer Unterschied zwischen beiden Fällen eine Rolle gespielt hat, läßt sich dem Urteil nicht entnehmen: Im *UNOSOM II*-Verfahren stand von vornherein fest, daß der Bundestag den Einsatz mit der Regierungsmehrheit unterstützen würde, weil er dies bereits im Vorfeld bekundet hatte. Im *AWACS*-Verfahren wäre die Zustimmung der Bundestagsmehrheit keineswegs gesichert gewesen, weil dort auch die zur Regierungsmehrheit gehörende FDP-Bundestagsfraktion eine vorherige Verfassungsänderung für erforderlich hielt. In beiden Fällen hat das Bundesverfassungsgericht also letztlich eine Lösung gewählt, die der Entscheidung der Bundesregierung als hauptsächlicher Gestalterin der auswärtigen Beziehungen zur Verwirklichung verhalf.

*bb) Beteiligung des Bundestages an der Integrationsgewalt:
Die Maastricht-Entscheidung*

Während die Länder frühzeitig die Notwendigkeit erkannten, am Willensbildungsprozeß in Angelegenheiten der europäischen Integration be-

²⁹⁷ Mit dieser auf die *political question doctrine* rekurrierenden Argumentation distanzierte sich der Senat geradezu von seinem erst zweieinhalb Monate alten *AWACS*-Urteil.

teilt zu werden²⁹⁸, begnügte sich der Bundestag in diesem Bereich lange mit der Kontrollfunktion, wie er sie in auswärtigen Angelegenheiten allgemein ausübte. Dies erschien um so erstaunlicher, als der Rat der Europäischen Gemeinschaften unter Beteiligung von Mitgliedern der Bundesregierung in großem Ausmaß ohne Einschaltung des Bundestages Recht setzte, das mit dem Anspruch auf unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang vor deutschen Parlamentsgesetzen in die Bundesrepublik Deutschland einströmte. Erst als im Zusammenhang mit dem Vertrag über die Europäische Union der neue Art.23 in das Grundgesetz eingefügt wurde, welcher vor allem die Mitwirkungsbefugnisse der Länder über den Bundesrat stärkte, achtete man eher beiläufig auch auf eine gewisse Verbesserung der Beteiligungsrechte des Bundestages in Abs.3. Nähere Regelungen enthält ein Ausführungsgesetz²⁹⁹. Nach Art.45 GG hat der Bundestag einen Ausschuß für die Angelegenheiten der Europäischen Union bestellt, der ermächtigt werden kann, die Rechte des Bundestages gemäß Art.23 GG gegenüber der Bundesregierung wahrzunehmen³⁰⁰.

In der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des deutschen Zustimmungsgesetzes zum Vertrag über die Europäische Union hat das Bundesverfassungsgericht³⁰¹ unterstrichen, daß das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art.20 Abs.1 und 2 i.V.m. Art.79 Abs.3 GG) auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf von den Regierungen gebildete europäische Organe Grenzen setze. Diese Grenzen könnten vom Bundesverfassungsgericht auch aufgrund der Verfassungsbeschwerde einer wahlberechtigten Person, die die Verletzung ihres aktiven Wahlrechts aus Art.38 GG geltend mache, festgestellt werden. Dem Deutschen Bundestag müßten Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben. Selbst wenn sich die Übertragung von Hoheitsrechten innerhalb dieser Grenzen halte, müsse eine vom deutschen Volk ausgehende Legitimation und Einflußnahme auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaften gesichert sein. Soweit diese Hoheitsrechte selbständig wahrnahmen, seien es

²⁹⁸ Siehe oben 2.a.

²⁹⁹ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993 (BGBl.I, 311). Zur wesentlich weitergehenden Beteiligung des österreichischen Nationalrats an Vorhaben im Rahmen der EU vgl. Art.23e und f der Bundesverfassung (Öhlinger [Anm.29], 91 ff.; C. Grabenwarter, Änderungen der österreichischen Bundesverfassung aus Anlaß des Beitritts zur Europäischen Union, ZaöRV 55 [1995], 166 [177 ff.]).

³⁰⁰ Vgl. dazu §93a der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (Sartorius I [Anm. 249], Nr.35).

³⁰¹ BVerfGE 89, 155.

in erster Linie die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren hätten; die demokratische Legitimation durch das direkt gewählte Europäische Parlament trete nur unterstützend hinzu. Dieser primäre Legitimationszusammenhang mache es erforderlich, daß das Gesetz zur Übertragung von Hoheitsrechten das Integrationsprogramm hinreichend bestimmbar festlege. Darüber hinaus müsse der Bundestag auf die Ausführung dieses Integrationsprogramms Einfluß nehmen können. Dies sah das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf Art.23 Abs.3 GG und das Ausführungsgesetz sowie auf die allgemeine parlamentarische Verantwortlichkeit der Bundesregierung (Art.63, 67 GG) als gewährleistet an. Die wechselbezüglichen Kompetenzen der Bundesregierung und des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union seien im Einklang mit dem Grundsatz der Organtreue wahrzunehmen.

In diesem Zusammenhang wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, daß Bundestag und Bundesrat in Entschlüssen, die mit der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zum EU-Vertrag durch sie im Zusammenhang stehen, die Bundesregierung aufgefordert haben, bei deren Mitwirkung an Beschlüssen zum Übergang in die dritte Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion (Art.109j Abs.3, 4 EUV) das Votum von Bundestag bzw. Bundesrat zu respektieren³⁰², und daß die Bundesregierung dies zugesichert hat. Diese durch politische Verhandlungen erfolgte "Selbstbeschaffung von Mitwirkungsrechten"³⁰³ durch die gesetzgebenden Körperschaften, die in Form schlichter Beschlüsse auszuüben sein werden, trägt in nicht unerheblicher Weise die bundesverfassungsgerichtliche Feststellung mit, das Zustimmungsgesetz zum EU-Vertrag genüge den Erfordernissen parlamentarischer Verantwortbarkeit, wie sie sich aus dem Demokratieprinzip ergeben³⁰⁴.

Diesen verfassungsrechtlich wegen der tiefreichenden Wirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechts- und Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten heiklen Bereich unterwirft das Bundesverfassungsgericht einer besonders eingehenden Kontrolle. Der Ermessensspielraum der Exekutive ist hier durch verfassungsrechtlich erforderliche Beteiligungsrechte des Bundestages und des Bundesrates, aber auch durch

³⁰² Da diese Beschlüsse auf EG-Ebene mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden, kann sich die Bundesrepublik freilich nicht unbedingt durchsetzen.

³⁰³ So Kluth (Anm. 27), 215.

³⁰⁴ BVerfGE 89, 155 (200ff.).

schärfere Kontrollmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts stärker beschränkt als in den sonstigen Bereichen der auswärtigen Gewalt³⁰⁵.

c) USA: Präsidentsielle Prerogative im außenpolitischen Prozeß
kraft Richterspruchs

In den USA ist die Teilhabe von Präsident und Kongreß an der auswärtigen Gewalt weniger als in Deutschland durch den Verfassungstext vorgeregelt³⁰⁶. Daher ist der Staatspraxis ein größeres Gewicht zugekommen; in ihr hat sich der Präsident die Vorhand sichern können. Während es im Hinblick auf die monarchische Tradition Deutschlands naheliegen mag, die Exekutive als den eigentlichen Träger der auswärtigen Gewalt anzusehen, ist dieser Ansatz für die revolutionär-republikanische Tradition der USA weit weniger deutlich vorgezeichnet. Wenn die dortige Entwicklung einen ähnlichen Verlauf genommen hat, ist dies in erster Linie den Eigengesetzlichkeiten der Außenpolitik, frühen Weichenstellungen in der Anfangsphase der USA, nicht zuletzt aber auch der aktiven Einflußnahme des U.S. Supreme Court zuzuschreiben. Dabei sind einige verfassungsrechtliche Fragen ohne richterliche Beteiligung durch jahrzehntelange Praxis geklärt³⁰⁷, andere durch Richterspruch entschieden³⁰⁸, etliche aber bis heute offen geblieben.

aa) *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*:
Präsident als "sole organ of the nation in its external relations"

In seiner Leitentscheidung im Fall *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*³⁰⁹ arbeitete der U.S. Supreme Court 1936, ohne daß der

³⁰⁵ Vgl. dazu auch BVerfGE 90, 286 (362) (Aussage der die Entscheidung wegen Stimmgleichheit insoweit tragenden vier Richter [§ 15 Abs. 3 Satz 3 BVerfGG]).

³⁰⁶ Henkin (Anm. 50), 17ff. Ein Grund mag in den isolationistischen Vorstellungen führender Verfassungsväter liegen, die den neuen Staat aus dem Gezänk der europäischen Monarchien heraushalten wollten (vgl. etwa Präsident Washingtons Abschiedsrede vom 17.9.1796 [H. Schambeck/H. Widder/M. Bergmann (Hrsg.), Dokumente zur Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika (1993), 225 (238f.)]).

³⁰⁷ Z.B. die grundsätzliche Zulässigkeit von *congressional-executive agreements* anstelle von *treaties* (Henkin [Anm. 50], 60ff.; Restatement [Anm. 136], § 303 comment e).

³⁰⁸ Der U.S. Supreme Court hat eine systematische, ununterbrochene präsidentielle Praxis, die lange mit Kenntnis des Kongresses verfolgt wurde, als Grundlage für die Vermutung genommen, daß der Kongreß mit dieser Praxis einverstanden gewesen sei (s.u. cc): Die Praxis präjudiziert also auch den Richterspruch (vgl. auch BVerfGE 62, 1 [38f.]), ohne ihn freilich völlig zu determinieren (vgl. o. b aa [3]).

³⁰⁹ 299 U.S. 304 (1936). Vgl. dazu Gunther (Anm. 255), 208f., 353ff.

Fall dazu unbedingt Anlaß gegeben hätte³¹⁰, die besondere Position der auswärtigen Gewalt im System der vertikalen und horizontalen Gewaltenteilung heraus und berief sich zur Begründung im wesentlichen auf die Andersartigkeit dieser Gewalt. Obwohl es im Text der US-Verfassung keine Entsprechung für die Generalklausel des Art.32 Abs.1 GG gibt, wurde die auswärtige Gewalt insgesamt dem Bund zugeordnet – entgegen dem Grundsatz, daß dieser nur über diejenigen begrenzten Befugnisse verfügt, die ihm durch die Verfassung übertragen werden, während alle übrigen Befugnisse bei den Einzelstaaten oder beim Volk verbleiben (Amendment X). Auch in das normale Schema der horizontalen Gewaltenteilung paßte der U.S. Supreme Court die auswärtige Gewalt nicht ein, sondern erklärte zu ihrem Träger allein den Präsidenten, der in den USA aus einer quasi-unmittelbaren Volkswahl hervorgeht und daher – anders als die deutsche Bundesregierung – im gleichen Maße demokratisch legitimiert ist wie der Kongreß. Abgesehen von verfassungstextlich vorgesehenen Beteiligungsrechten anderer Bundesorgane besitze er die umfassende und ausschließliche Macht im Bereich der internationalen Beziehungen. Der Präsident benötige dort einen breiten, von gesetzlichen Beschränkungen möglichst freizuhaltenden Ermessensspielraum. Er habe bessere Informationsquellen über die tatsächlichen Verhältnisse als der Kongreß und könne die Geheimhaltung vertraulicher Informationen eher gewährleisten als jener.

Auf der Grundlage der *Curtiss-Wright*-Entscheidung erkannte der U.S. Supreme Court ein Jahr später – erneut ohne textliche Grundlage in der Verfassung – die Befugnis des Präsidenten an, in bestimmten Zusammenhängen ohne Beteiligung des Senats, dessen Zustimmung der Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen (*treaties*) unterliegt (Art. II Abs. 2 der US-Verfassung), und ohne Einschaltung des Kongresses mit einem auswärtigen Staat ein *executive agreement* abzuschließen, das im Verfassungsraum der USA den gleichen Status hat wie ein *treaty*³¹¹. Versuche, die innerstaatlichen Wirkungen derartiger *sole executive agreements* von einem Kongreßgesetz abhängig zu machen, sind gescheitert; lediglich zur

³¹⁰ Franck (Anm. 19), 14 f.

³¹¹ *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1947); bestätigt in *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942). Es ging um ein *executive agreement*, das in engem Zusammenhang mit der Anerkennung der sowjetischen Regierung durch den US-Präsidenten stand. In *U.S. v. Pink* heißt es: "Recognition and the Litvinov Assignment were interdependent. We would usurp the executive function if we held that that decision was not final and conclusive in the courts." Zu solchen vom Präsidenten allein geschlossenen *sole executive agreements* vgl. Restatement (Anm. 136), § 303 comments g-j.

Mitteilung einer jeden solchen Vereinbarung an den Kongreß ist der Präsident gesetzlich verpflichtet³¹².

Als sechzehn Jahre später während des Korea-Krieges ein Streik die amerikanische Rüstungsproduktion lahmzulegen drohte und der Präsident vorsorglich aus eigener Machtvollkommenheit die betroffenen Betriebe beschlagnahmte (*Steel Seizure Case*), war die Mehrheit des U.S. Supreme Court, ungeachtet der möglichen Rückwirkungen auf die Außenpolitik, nicht bereit, ihm für derartige interne Notmaßnahmen eine entsprechende Machtfülle zuzubilligen³¹³. In auswärtigen Angelegenheiten wirkt die *Curtiss-Wright*-Doktrin einer präsidentiellen Hegemonie jedoch bis heute fort³¹⁴, wenn auch in letzter Zeit im Hinblick auf gewisse Exzesse der Reagan-Zeit (Iran-Contra-Affäre) eine Stärkung der Rolle des Kongresses zum Zwecke effektiverer Ausbalancierung gefordert wird³¹⁵. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben diese Forderungen allerdings noch keinen Niederschlag gefunden.

bb) Goldwater v. Carter: Treaty Termination Power

In neuerer Zeit hat der U.S. Supreme Court grundlegende Aussagen zur Abgrenzung der Kompetenzen von Präsident und Kongreß in auswärtigen Angelegenheiten vermieden, beispielsweise im Hinblick auf die Befugnis zur Beendigung völkerrechtlicher Verträge (*treaty termination power*)³¹⁶: Die USA hatten jahrzehntelang die Regierung in Taipeh als einzige legitime Regierung Chinas anerkannt und dementsprechend mit Taiwan einen Verteidigungsvertrag geschlossen. 1978 änderte der Präsident diese Politik, erkannte die Regierung in Beijing als einzige Regierung Chinas an und kündigte dementsprechend den Verteidigungsvertrag mit Taiwan. Einzelne Senatoren erhoben daraufhin Klage gegen den Präsi-

³¹² Gunther (Anm. 255), 362; Henkin (Anm. 50), 57f. In Nr.9 seiner Zustimmungsresolution vom 9.5.1997 zum Conventional Forces in Europe Flank Document hat der Senat versucht, den Präsidenten zu verpflichten, beim Abschluß eines Memorandum of Understanding zur Frage der Staatennachfolge in den ABM-Vertrag die Form eines *treaty* statt eines *executive agreement* zu wählen (ILM 36 [1997], 980). Der Präsident hat sich aus verfassungsrechtlichen Gründen dagegen verwahrt, sich jedoch politisch bereiterklärt, den Vorstellungen des Senats zu folgen (Botschaft an den Senat vom 14.5.1997 [U.S. Information and Texts (21 May 1997), 20f.]).

³¹³ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

³¹⁴ Zustimmung zitiert z.B. in *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S.Ct. 2549, 2567 (1993).

³¹⁵ Henkin (Anm. 50), 37ff.

³¹⁶ Dazu im einzelnen Glennon, in: Riesenfeld/Abbott (Anm. 129), 236 ff.

ten, um ihn an einer Beendigung des Verteidigungsvertrages zu hindern. Sie trugen vor, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag nach Art.II Sec.2 der US-Verfassung mit Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit des Senats geschlossen worden sei, unterliege seine Kündigung einem entsprechenden Zustimmungserfordernis. Das Bundesberufungsgericht hatte die Klage als unbegründet abgewiesen, weil es den Präsidenten für befugt hielt, allein den Vertrag zu beenden³¹⁷. Diese Sachentscheidung hob der U.S. Supreme Court auf und verwies an die Eingangsinstanz zurück mit der Anordnung, die Klage abzuweisen, ohne daß für dieses Ergebnis eine mehrheitsfähige Begründung hätte gefunden werden können³¹⁸. Vier Richter meinten, der Streit betreffe eine nichtjustitiable politische Frage, deren Lösung von der Exekutive und Legislative gemeinsam erreicht werden müsse, zumal es hier um auswärtige Angelegenheiten und konkreter eine vertragliche Verpflichtung zum Einsatz von Waffengewalt gehe. Beide hätten hinreichende Mittel zur Verfügung, um ihre gegenläufigen Interessen im bilateralen Verhältnis zu wahren und benötigten dazu nicht die Hilfe der Judikative³¹⁹. Der fünfte das Ergebnis tragende Richter (Justice Powell) lehnte einen Rückgriff auf die *political question doctrine* ausdrücklich ab. Seiner Ansicht nach genügt es dafür nicht, daß der Fall die auswärtigen Beziehungen berührt, solange es nur um die interne Verteilung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen zwischen Präsident und Kongreß geht. Wenn diese beiden Verfassungsorgane in einen für sie unauflösbaren Kompetenzkonflikt gerieten, der die Bundesgewalt zu lähmen drohte, wäre es die Pflicht des Obersten Gerichtshofs, den Streit durch Rechtsspruch zu schlichten. Dieser Punkt war freilich nach Ansicht des Richters nicht erreicht³²⁰, weil sich der Senat als Organ nicht gegen die Inanspruchnahme eines Vertragskündigungsrechts durch den Präsi-

³¹⁷ 617 F.2d 697 (D.C. Cir. 1979). Ebenso für das deutsche Verfassungsrecht beiläufig BVerfGE 68, 1 (83f.); anders Wolfrum (Anm. 34), 50, teilweise anders auch J. Kokott, Art.59 Abs.2 GG und einseitige völkerrechtliche Akte, in: FS K. Doehring (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 98) (1989), 503 (511ff.). Demgegenüber weisen z.B. Art.138 litau. Verf und Art.65 georg. Verf. die *treaty termination power* dem Parlament in bezug auf solche Verträge zu, deren Abschluß seiner Zustimmung unterliegt. Das moldawische Parlament ist nach Art.66 Buchst.g der Verfassung sogar an jedem Vertragsschluß und jeder Vertragskündigung beteiligt.

³¹⁸ *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

³¹⁹ In seiner abweichenden Meinung wies Richter Brennan zu Recht darauf hin, daß die Frage, welches Organ von Verfassungen wegen zu welchen Maßnahmen ermächtigt sei, niemals "politisch" sein könne.

³²⁰ In der Bundesrepublik Deutschland war er im Streit um den Auslandseinsatz der Bundeswehr durchaus erreicht.

dentem gewendet habe. Einzelne Kongreßmitglieder sollten nicht die Möglichkeit erhalten, eine richterliche Entscheidung über Verfassungsfragen herbeizuführen, bevor der politische Prozeß die Gelegenheit erhalten habe, sie zu lösen. Deshalb sei die vorliegende Klage mangels Spruchreife der Sache abzuweisen.

cc) *Dames & Moore v. Regan: Sole Executive Agreements*

Im Zusammenhang mit der Teheraner Geisellaffäre erhielt der U.S. Supreme Court wiederum Gelegenheit, zur Verteilung der auswärtigen Gewalt zwischen Präsident und Kongreß Stellung zu nehmen. Die Krise war durch Abschluß eines *sole executive agreement* zwischen den USA und dem Iran beigelegt worden (Algiers Accords³²¹). Aus diesem Abkommen erwuchs unter anderem eine Verpflichtung der USA, in den USA belegene iranische Vermögenswerte, die eingefroren worden waren, an den Iran herauszugeben. Daraus entstand ein Rechtsstreit nicht zwischen Präsident und Kongreß, sondern zwischen den USA und einer Privatfirma, die zwischenzeitlich zur Sicherung zivilrechtlicher Zahlungsansprüche einen Arrest in Guthaben iranischer Banken erwirkt hatte, der vom Präsidenten in Ausführung des Abkommens für nichtig erklärt worden war³²². Die Klage der Firma blieb erfolglos.

Der U.S. Supreme Court kontrastierte – insoweit einstimmig – zu Anfang den weitreichenden Ansatz in der Entscheidung *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.* mit dem Hinweis von Richter Jackson im *Steel Seizure Case*, daß die Verfassungsväter dem Präsidenten gerade keine unbegrenzte Exekutivmacht einräumen wollten, wie sie der englische König besaß, von dem man sich gerade deshalb für unabhängig erklärt hatte. Vor diesem Hintergrund unterstrich der Oberste Gerichtshof im vorliegenden Fall die Notwendigkeit, anders als in *Curtiss-Wright* seine Entscheidung auf den engstmöglichen Grund zu stützen. Für den vorliegenden Zusammenhang sind nur diejenigen Begründungserwägungen interessant, welche die Kompetenzverteilung zwischen Präsident und Kongreß betreffen. Im Verfahren war die Befugnis des Präsidenten streitig gewesen, den Streit mit dem Iran statt durch förmliches *treaty* unter Beteiligung des Senats im Wege des *sole executive agreement* beizulegen. Der Gerichtshof wies darauf hin, daß es eine jahrzehntelange diesbezügliche präsidentielle Praxis gebe, die der Kongreß hingenommen habe, was unter den gegebenen Um-

³²¹ ILM 20 (1981), 223 ff.

³²² *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).

ständen nur als stillschweigende Billigung verstanden werden könne. Zusammenfassend betonte der U.S. Supreme Court, daß seine Entscheidung gegen den privaten Kläger nicht auf der Anerkennung einer umfassenden präsidentiellen Befugnis zum vergleichsweisen Verzicht auf private Forderungen gegenüber ausländischen Staaten beruhe. Vielmehr sei im vorliegenden Fall der Verzicht ein notwendiges Element in der Beilegung einer großen außenpolitischen Streitigkeit mit einem anderen Staat gewesen und überdies vom Kongreß stillschweigend gebilligt worden.

dd) Entscheidungen zum Auslandseinsatz der Streitkräfte

Diese neuerlich betonte Zurückhaltung des U.S. Supreme Court bei der Abgrenzung der Kompetenzen des Präsidenten und des Kongresses in bezug auf auswärtige Angelegenheiten erreicht einen noch höheren Grad in Fällen, die den Auslandseinsatz von Streitkräften betreffen. Obwohl seit Jahrzehnten umstritten ist, wie das dem Kongreß vorbehaltene Recht, einen Krieg zu erklären, mit der Position des Präsidenten als Oberbefehlshaber der Streitkräfte in eine Konkordanz zu bringen ist, hat der Oberste Gerichtshof keinen einzigen der einschlägigen Fälle zur Entscheidung angenommen. Diese judizielle Enthaltensamkeit betraf gerade auch den Vietnam-Krieg³²³. Seit im Jahre 1973 die sogenannte War Powers Resolution, die den Auslandseinsatz von Streitkräften durch den Präsidenten beschränken will, vom Kongreß über ein präsidentielles Veto hinweg verabschiedet wurde, herrscht zwischen Legislative und Exekutive Streit über deren Verfassungsmäßigkeit³²⁴. Dennoch ist es bei sämtlichen Streitkräfteeinsätzen seit dieser Zeit gelungen, den schon im Hinblick auf die Budgethoheit des Kongresses (Art. I, Sec. 9 Clause 7 der US-Verfassung)³²⁵ politisch unerläßlichen Konsens zwischen den beiden Gewalten herzustellen. Deshalb hat sich ein höchstrichterlicher Machtspruch als letztlich nicht erforderlich erwiesen.

Es gibt indessen einschlägige untergerichtliche Entscheidungen: Als die USA im Vorfeld des zweiten Golfkrieges in großem Umfang Kampftruppen nach Saudi-Arabien verlegten, versuchten einige Kongreßabgeordnete, dem Präsidenten durch einstweilige Anordnung eine Kriegsteilnahme ohne ausdrückliche Ermächtigung des Kongresses zu verbieten zu

³²³ Vgl. Franck (Anm. 19), 10 m.w.N.

³²⁴ Gunther (Anm. 255), 362 ff.

³²⁵ L. Fisher, How Tightly Can Congress Draw the Purse Strings?, in: Henkin/Glennon/Rogers (Anm. 19), 47 ff.

lassen. Dieser Versuch scheiterte in der ersten Instanz beim Bundesdistriktgericht; Rechtsmittel wurden nicht eingelegt³²⁶. Entgegen dem Vortrag des Präsidenten lehnte es das Distriktgericht allerdings ab, die Streitfrage als politische für nicht justitiabel zu erklären³²⁷. Allein der Umstand, daß der Fall die auswärtigen Angelegenheiten oder die Verteidigungspolitik betreffe, genüge dafür keinesfalls. Auch die Klagebefugnis der Kongreßabgeordneten wurde anerkannt. Sie scheiterten jedoch daran, daß es in doppelter Hinsicht an einer Spruchreife fehlte. In Anlehnung an das zustimmende Votum von Richter Powell in *Goldwater v. Carter* verlangte das Distriktgericht hierfür, daß entweder der Kongreß insgesamt oder jedenfalls seine Mehrheit um die einstweilige Anordnung nachsucht³²⁸; nur dann bestehe Anlaß, die von Verfassungen wegen dem Kongreß vorbehaltene Befugnis zur Kriegserklärung zu schützen. Es könne nicht angehen, daß ein Gericht durch einstweilige Anordnung auf Antrag einer Minderheit von Kongreßmitgliedern das Gesamtorgan dazu zwingt, im einen oder anderen Sinne zum amerikanischen Truppenaufbau definitiv Stellung zu nehmen und bis dahin die Fortsetzung der Truppenverlegungen zu untersagen. Außerdem sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch keineswegs klar, daß der Präsident wirklich zum Krieg schreiten werde. In diesem Zusammenhang wies das Gericht auf die Notwendigkeit hin, besondere Zurückhaltung zu wahren, wenn es um auswärtige oder militärische Angelegenheiten gehe.

³²⁶ *Dellums v. Bush*, 752 F.Supp.1141 (DDC 1990).

³²⁷ Anders ein anderer Richter desselben Gerichts wenige Tage zuvor im Fall *Ange v. Bush* (752 F.Supp.509 [DDC 1990]), dem freilich die Individualklage eines einzelnen Soldaten zugrundelag.

³²⁸ Demgegenüber kann in Deutschland auch eine als Fraktion organisierte parlamentarische Minderheit – nicht aber ein einzelner Abgeordneter – im Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (Art.93 Abs.1 Nr.1 GG, §§63 f. BVerfGG) als Organteil im Wege der Prozeßstandschaft die verfassungsmäßigen Beteiligungsrechte des Bundestages geltend machen (BVerfGE 90, 286 [342 ff.]): Im parlamentarischen System des Grundgesetzes erscheint ein verfassungsgerichtlicher Schutz der Opposition gegen von Regierung und Regierungsmehrheit gemeinsam getragene Eingriffe in Parlamentsrechte eher notwendig als im Präsidialsystem der USA.

II. Durchsetzung materiell-verfassungsrechtlicher Bindungen der politischen Organe im auswärtigen Bereich

1. Konkordanzbildung zwischen nationaler Verfassungsstaatlichkeit bzw. supranationaler Konstitutionalität und international rule of law als Aufgabe

Die besonderen Verhältnisse der Außenpolitik führen bei der Organzuständigkeit regelmäßig zu einem Übergewicht der Exekutive, weil sie nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für schnelle und richtige außenpolitische Entscheidungen verfügt³²⁹, während die Innenpolitik vom Gesetzgeber dominiert, wenngleich nicht monopolisiert wird³³⁰. Doch nicht nur die Kompetenzzuweisung, sondern auch die Bestimmung der materiell-verfassungsrechtlichen Bindungen der nationalen außenpolitischen Entscheidungsträger fordert Rücksichtnahme auf die spezifischen Bedingungen, unter denen außenpolitische Entscheidungen im Völkerrechtsraum praktisch umgesetzt werden, der jenseits der alleinigen Bestimmungsmacht des einzelnen Staates und der einzelnen supranationalen Organisation liegt. Hier geht es vor allem darum, Konflikte zwischen völkerrechtlichen Bindungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben in erster Linie zu vermeiden und notfalls unter bestmöglicher Wahrung sowohl der *international rule of law* als auch der nationalen Verfassungsstaatlichkeit bzw. der ihr entsprechenden supranationalen Konstitutionalität aufzulösen. Als konfliktträchtig erweisen sich dabei weniger die spezifisch an die Träger der auswärtigen Gewalt adressierten Verfassungsvorgaben (unten 2.) als vielmehr die eigentlich für die Innenpolitik vorgesehenen Bindungen, deren Erstreckung auf die Außenpolitik zwar unumgänglich ist³³¹, mitunter aber zu Verwerfungen führen kann. Praktische Anschauungsfälle zum Umgang mit diesem Konfliktpotential bietet vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

2. Spezifische Verfassungsvorgaben für die deutsche Außenpolitik im Grundgesetz

Als erste deutsche Verfassung enthält das Grundgesetz einige wenige, spezifisch an die auswärtige Gewalt adressierte inhaltliche Vorgaben, die

³²⁹ BVerfGE 68,1 (87).

³³⁰ "Wesentliche" Entscheidungen sind grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten (F. Ossenbühl, HStR III, §62 RN 41 ff.). Freilich gibt es auch für binnenbezogene Maßnahmen keinen allumfassenden Parlamentsvorbehalt (BVerfGE 49, 89 [124 ff.]).

³³¹ Tomuschat (Anm. 3), 43 ff.

als Reaktion auf die deutsche Weltkriegs- und Nazivergangenheit zu erklären sind³³²: Seine Präambel bringt den Wunsch des deutschen Volkes als Verfassungsgeber zum Ausdruck, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. Art.23 GG transformiert die allgemeine Zielvorgabe der europäischen Einigung in eine konkrete Verpflichtung, bei der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken. In Art.1 Abs.2 GG bekennt sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt, was teilweise als Verpflichtung der Bundesorgane auf eine aktive internationale Menschenrechtspolitik verstanden wird³³³. Art.24 Abs.3 GG legt den Bund darauf fest, zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische internationale Gerichtsbarkeit beizutreten. Nach Art.25 GG sind auch Maßnahmen der auswärtigen Gewalt den allgemeinen Regeln des Völkerrechts unterworfen. Art.26 Abs.1 GG schließlich erklärt Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, für verfassungswidrig und beauftragt den Gesetzgeber, sie unter Strafe zu stellen.

Art.25 GG hat vor allem dadurch eine gewisse Bedeutung gewonnen, daß das Bundesverfassungsgericht im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Rüge von Verstößen gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts zuläßt³³⁴. Maßnahmen der auswärtigen Gewalt, die im Sinne des *dédoublement fonctionnel* das Völkerrecht im Vertragswege fortentwickeln, zieht Art.25 GG allerdings nur insoweit Schranken, als allgemeine Regeln des Völkerrechts sich zum *ius cogens* verdichtet haben, was nur selten der Fall ist³³⁵. Die übrigen sehr generell gefaßten verfassungsrechtlichen Verpflichtungen auf eine Friedenspolitik, die die europäische Einigung sowie den universellen Menschenrechtsschutz fördert, haben die Rechtsprechungspraxis kaum beschäftigt. Trotz des verbliebenen großen außenpolitischen Spielraums ist freilich nicht grundsätzlich auszuschließen, daß das Bundesverfassungsgericht in Extremfällen auf diese allgemeinen materiel-

³³² C. Tomuschat, Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle, DÖV 1973, 801 (804). Gewisse Parallelen finden sich in Art.10, 11 der italienischen Verfassung.

³³³ Vgl. z.B. P. Kunig, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd.1 (4. Aufl. 1992), Art.1 RN 45f.

³³⁴ Giegerich (Anm. 43), 107ff.

³³⁵ BVerfGE 18, 441 (448f.); 75, 1 (20f.); Hailbronner (Anm. 55), 17.

len Standards zurückgreifen würde³³⁶. Praktisch relevant ist dagegen in verschiedenen Konstellationen die Frage geworden, welche Wirkungen die nach Art.20 Abs.3 GG mit umfassender Bindungswirkung ausgestatteten, in erster Linie jedoch an die Innenpolitik adressierten verfassungsrechtlichen Vorgaben für Maßnahmen der auswärtigen Gewalt haben. Insbesondere trifft dies auf die Grundrechte und grundrechtsgleichen Gewährleistungen zu, die nach Art.1 Abs.3 GG alle Staatsgewalt als unmittelbar geltendes Recht binden und nach Art.93 Abs.1 Nr.4a GG mithilfe der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden können.

3. Vorrang der Verfassung nach innen, Vorrang des Völkerrechts nach außen

Auch die völkerrechtsfreundlichste Verfassung wird innerhalb der staatlichen Rechtsordnung ihrerseits Vorrang vor unmittelbar anwendbaren Normen des Völkerrechts beanspruchen, selbst wenn sie allen oder zumindest einigen Rechtssätzen des Völkerrechts einen Übergesetzesrang zubilligt³³⁷. Dies gilt auch für das Grundgesetz³³⁸ und die US-Verfassung³³⁹. Sollte also ein Verfassungsgericht auf einen Widerspruch zwischen einer völkerrechtlichen – zumeist in einem Vertrag enthaltenen – und einer verfassungsrechtlichen Norm stoßen, wird es sich in aller Regel gezwungen sehen, die Kollision zugunsten des Verfassungsrechts und zulasten des Völkerrechts aufzulösen. In einer solchen Lage geraten die Anforderungen der nationalen Verfassungsstaatlichkeit bzw. der ihr entsprechenden supranationalen Konstitutionalität und der *international rule of law* in einen unüberwindlichen Gegensatz: Nach innen setzt sich die Verfassungsnorm gegenüber dem Völkerrechtssatz durch; nach außen hin bleiben der Staat bzw. die supranationale Organisation an den völker-

³³⁶ Das Bundesverfassungsgericht prüft etwa im Rahmen einer zulässigen Verfassungsbeschwerde auch, ob der angegriffene Hoheitsakt gegen Art.26 Abs.1 GG verstößt (vgl. BVerfGE 77, 179 [233f.]).

³³⁷ Vgl. Art.54 frz. Verf.; Art.123 estn. Verf.; Art.85 Abs.3 bulg. Verf.; Art.9 Abs.2 ukrain. Verf.; Sec. 231(4), 232 der südafrikanischen Verfassung von 1996 (ILM 36 [1997], 744 [758]). Nach Art.91 Abs.3 niederl. Verf. bedarf ein Vertrag, der Bestimmungen enthält, die von der Verfassung abweichen oder eine solche Abweichung erforderlich machen, als Verfassungsdurchbrechung der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit beider Kammern der Generalstaaten.

³³⁸ Zur Frage, ob die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art.25 GG) Überverfassungsrang haben, verneinend z.B. Steinberger (Anm. 116), RN 57ff. Zum Sonderproblem der spezifischen Vereinbarung einer Verfassungsänderung in einem völkerrechtlichen Vertrag vgl. BVerfGE 82, 316 und 84, 90 (118ff.) zum Einigungsvertrag.

³³⁹ Vgl. z.B. Restatement (Anm. 136), § 115 (3).

rechtlichen Vertrag gebunden, können ihn aber nicht einhalten, da alle ihre Organe kraft ihrer Verfassungsbindung an einer Anwendung der völkervertraglichen Regeln gehindert sind. Damit laden die betreffenden Völkerrechtssubjekte nicht nur völkerrechtliche Verantwortlichkeit auf sich, weil sie der internationalen Gemeinschaft gegenüber grundsätzlich nicht auf ihr Verfassungsrecht verweisen können, um eine Vertragsverletzung zu rechtfertigen³⁴⁰. Über diese Beeinträchtigung der *international rule of law* hinaus nimmt auch die Rechtsstaatlichkeit des Staates bzw. die Rechtsgemeinschaftlichkeit der supranationalen Organisation Schaden, wenn die Unverbrüchlichkeit der Verfassung nach innen mit einer Völkerrechtsverletzung nach außen erkauft werden muß.

Die Zahl der Auswege aus einer solchen Konfliktlage ist begrenzt: In Betracht kommt entweder die Änderung des völkerrechtlichen Vertrages, um ihn an die verfassungsrechtlichen Vorgaben anzupassen – dazu bedarf es freilich des Einverständnisses der anderen Vertragsparteien; oder die Kündigung des Vertrages, falls sie zulässig ist³⁴¹; oder eine Verfassungsänderung, um die Einhaltung des Vertrages zu ermöglichen. Wegen des besonderen Bestandsschutzes der Verfassung, der sich in konstitutionellen Systemen in ihrer erschwerten Abänderbarkeit³⁴² und teilweise in der Unabänderlichkeit bestimmter Grundstrukturen³⁴³ manifestiert, ist dieser Ausweg praktisch ebenfalls nicht leicht gangbar.

4. Verfahrensmäßige Konfliktbewältigung

a) Präventive Kontrolle völkerrechtlicher Verträge als primäre Konfliktvermeidungsstrategie

Angesichts der Schwierigkeit, einen einmal entstandenen Konflikt zu bereinigen, entspricht es einem Grundinteresse der *international rule of law* wie der internen Verfassungsstaatlichkeit bzw. Konstitutionalität, dem Auseinanderfallen von völkervertraglichen Pflichten und verfassungsrechtlichen Erfüllungsmöglichkeiten tunlichst vorzubeugen. Teilweise schließen Verfassungen die gerichtliche Kontrolle der Verfassungs-

³⁴⁰ Vgl. Art.27, 46 WKRV.

³⁴¹ Vgl. Art.56 Abs.1 WKRV.

³⁴² Beispiele: Art.79 Abs.2 GG; Art.V der US-Verfassung; Art.N EUV; Art.155 bulg. Verf.; Art.148 litau. Verf.; Art.147 rumän. Verf.; Art.169 slowen. Verf.

³⁴³ Beispiele: Art.79 Abs.3 GG; Art.89 Abs.5 frz. Verf.; Art.139 italien. Verf.; Art.148 rumän. Verf.; Art.9 Abs.2 tschech. Verf.

mäßigkeit von bereits ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen aus³⁴⁴. Damit wird das Dilemma allerdings nicht gelöst, sondern nur verdeckt; im praktischen Ergebnis führt dieser Ausweg zu einem Vorrang des betreffenden völkerrechtlichen Vertrages vor der Verfassung: Die *international rule of law* wird auf Kosten der Verfassungsstaatlichkeit bzw. Konstitutionalität aufrechterhalten.

aa) Gutachtenverfahren

Verfassungsstaatlich unerlässlich erscheint es jedenfalls, eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Verträgen vor dem Eintritt der völkerrechtlichen Bindung zumindest zu ermöglichen, etwa in Form eines Gutachtenverfahrens vor dem Verfassungsgericht. Beispielsweise können nach Art.228 Abs.6 EGV der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat ein Gutachten des Europäischen Gerichtshofs über die Vereinbarkeit eines Abkommens mit dem EG-Vertrag einholen, das die EG zu schließen beabsichtigt. Stellt der Gerichtshof eine Unvereinbarkeit fest, darf die EG das betreffende Abkommen nur abschließen, wenn der EG-Vertrag zuvor im regulären Verfahren nach Art.N EUV geändert worden ist³⁴⁵. Art.228 Abs.6 EGV will Verwicklungen vermeiden, die entstehen könnten, wenn die EG sich an ein Abkommen völkerrechtlich bindet, ohne daß dessen Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag und folglich dessen gemeinschaftsinterne Durchführbarkeit feststeht; er hat ausschließlich präventive Funktion im objektiven Interesse und dient nicht dem Schutz der Interessen und Rechte des Mitgliedstaates oder Gemeinschaftsorgans, das den Gutachtenantrag gestellt hat. Daher tritt Erledigung eines noch anhängigen Gutachtenantrags ein, sobald das betreffende EG-Abkommen für die Gemeinschaft völkerrechtlich verbindlich geworden ist, weil der Zweck des

³⁴⁴ So etwa Art.120 niederl. Verf.; Art.95 luxemb. Verf. i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 12.7.1996 (Amtsblatt des Großherzogtums Luxemburg Nr.45 [12.7.1996], S.1318); Art.149 Abs.1 Ziff.4 bulg. Verf. (dazu Entscheidung des bulgarischen Verfassungsgerichts vom 5.10.1995 [DV 93/1995, 6ff.], hier zitiert nach K. Schrammeyer, Die Entscheidungen des bulgarischen Verfassungsgerichts im Jahre 1995, Osteuropa-Recht 42 [1996], 370 [392]). Gegenbeispiele: Art.89, 140a österr. Bundesverf. (freilich ist in Österreich noch kein Staatsvertrag verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterzogen worden [Öhlinger (Anm. 29), 88]); Art.151 Abs.1 ukrain. Verf.; anscheinend auch Art.4 Abs.1 Ziff.5 des estnischen Gesetzes vom 5.5.1993 über das Verfahren der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die Rechtslage in Kroatien ist in dieser Hinsicht noch unklar (S. Rodin, The Constitutional Court of the Republic of Croatia and International Law, ZaöRV 55 [1995], 783 [790ff.]).

³⁴⁵ Beispiel: negatives Gutachten zum geplanten EMRK-Beitritt der EG (EuGRZ 1996, 197ff.), der nun ohne Änderung des EG-Vertrags nicht erfolgen kann.

Verfahrens nicht mehr erreichbar ist. In einem solchen Fall kann der jeweilige Antragsteller jedoch Nichtigkeitsklage nach Art.173 EGV gegen den Beschluß des Rates, das Abkommen zu schließen, erheben und im Rahmen dieses Verfahrens beim Gerichtshof den Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach Art.186 EGV beantragen, um die Ratifikation des Abkommens durch die EG vorläufig unterbinden³⁴⁶. Auch auf diese Weise läßt sich der Eintritt eines Konflikts zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und EG-verfassungsrechtlichen Erfüllungsmöglichkeiten noch vermeiden. Art.228 Abs.6 EGV vergleichbare Verfassungsvorschriften finden sich zwar nicht in der Bundesrepublik Deutschland³⁴⁷ und den USA³⁴⁸, des öfteren jedoch sowohl in westeuropäischen, als auch gerade in mittel- und osteuropäischen Verfassungen³⁴⁹. Teilweise ist ein solches präventives Gutachtenverfahren sogar obligatorisch³⁵⁰.

Präventive Gutachtenverfahren geben dem Verfassungsgericht indessen zwangsläufig einen erheblichen Einfluß auf die außenpolitische Willensbildung³⁵¹. Dem versucht etwa Art.107 Abs.3 der litauischen Verfassung entgegenzuwirken, wonach ungeachtet eines verfassungsgerichtlichen Gutachtens die Letztentscheidung über die Verfassungsmäßigkeit interna-

³⁴⁶ EuGH, Gutachten 3/94, Slg.1995, I-4577.

³⁴⁷ Das früher in §97 BVerfGG vorgesehene Gutachtenverfahren des Plenums des BVerfG wurde 1956 wieder abgeschafft, nachdem es im Zusammenhang mit einem Gutachtensuchen des Bundespräsidenten zu den sog. Westverträgen in die politische Kontroverse geraten war (M. Reissenberger, *Wer bewacht die Wächter?*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 15-16/97 [4.4.1997], 11 [14 ff.]). Für die Wiedereinführung eines auf die Beurteilung von Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen beschränkten Gutachtenverfahrens M. Hilf, *Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Verträgen?*, FS U. Everling Bd.1 (1995), 463 ff.

³⁴⁸ *Chicago Southern Airlines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S.103, 113 (1948); Henkin (Anm. 50), 79f. Nach Art.III, Sec.2 der Bundesverfassung entscheiden die Bundesgerichte nur über konkrete und aktuelle Streitfälle.

³⁴⁹ Z.B. Art.54 frz. Verf. (Zoller [Anm. 133], 259ff.); Art.95 span. Verf.; Art.105 Abs.3 Ziff.3, 106 Abs.5 lit. Verf. (vgl. dazu das Gutachten des litauischen Verfassungsgerichts vom 24.1.1995 über die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Vorschriften der bereits gezeichneten, aber noch nicht ratifizierten EMRK [Rulings and Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Bd.4 (1995), 80 ff.], mit Besprechung von V. Vadapalas, *ZaöRV* 55 [1995], 1077 ff.); Art.125 Abs.2 Buchst.d, Abs.6 russ. Verf.; Art.160 Abs.2 slowen. Verf., Art.70 slowen. VerfGG; Art.151 Abs.1 ukrain. Verf.; §§1 Buchst.a, 21 Abs.1, 36 des ungarischen Gesetzes Nr.XXXII/1989 über das Verfassungsgericht (abgedruckt in G. Brunner/L. Sólyom, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn* [1995], 616 ff.).

³⁵⁰ Art.5 Ziff.2, 56 des armenischen Gesetzes über das Verfassungsgericht vom 6.12.1995.

³⁵¹ Im Hinblick darauf erlegt sich der frz. Conseil constitutionnel im Verfahren des Art.54 frz. Verf. große Zurückhaltung auf (Zoller [Anm. 133], 279f.).

tionaler Abkommen beim Seimas liegt, von dessen Zustimmung nach Art.67 Ziff.16 lit. Verf. die Ratifikation des betreffenden Vertrages abhängt. Der Seimas hat somit die Möglichkeit, die Vertragsgewalt im Einzelfall von Verfassungsvorgaben, wie sie vom Verfassungsgericht herausgearbeitet wurden, freizustellen³⁵², was wiederum die Verfassungsbindung des Seimas in Zweifel zieht. Demgegenüber sind gutachtliche Stellungnahmen des armenischen Verfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit geplanter völkerrechtlicher Verträge ebenso verbindlich wie diejenigen des Europäischen Gerichtshofs. Nachdem das armenische Verfassungsgericht durch Beschluß vom 30. August 1996 festgestellt hatte, daß Art.4 Abs.2 des am 21. Dezember 1995 unterzeichneten Investitionsschutzabkommens zwischen Armenien und der Bundesrepublik Deutschland mit Art.28 der armenischen Verfassung unvereinbar ist, mußten sich die beiden Verhandlungspartner über eine Neufassung einigen, die das Gericht kürzlich für verfassungsmäßig erklärt hat³⁵³. Nach Art.160 Abs.2 Satz 2 slowen. Verf. binden auch Gutachten des slowenischen Verfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit in Aussicht genommener völkerrechtlicher Verträge die Nationalversammlung. Im Gutachten vom 5. Juni 1997 (Rm-1/97) stellte das slowenische Verfassungsgericht die Unvereinbarkeit mehrerer Bestimmungen des geplanten Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten und Slowenien mit Art.68 Abs.2 slowen. Verf. fest, der den Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer ausschloß. Erst nach einer Verfassungsänderung konnte die Nationalversammlung daher dem Europa-Abkommen am 18. Juli 1997 zustimmen.

³⁵² Anders Art.160 Abs.2 Satz 2 slowen. Verf.

³⁵³ Hier wiedergegeben nach einer von G. Muradian zur Verfügung gestellten und von T. Beknazar ins Deutsche übersetzten russischen Übersetzung der Entscheidung vom 30.8.1996. Die Unvereinbarkeitserklärung beruhte darauf, daß Art.28 der armenischen Verfassung bei Enteignungen eine vorherige Entschädigung vorsieht, während die ursprüngliche Fassung des Investitionsschutzabkommens die Festlegung und Auszahlung einer Entschädigung noch im Zeitpunkt der Enteignung erlaubte. Auf die Frage, ob das Abkommen in seiner ursprünglichen Fassung möglicherweise nur einen Mindestschutz für deutsche Investoren in Armenien gewährleisten wollte, ohne dessen Verstärkung durch armenisches Verfassungsrecht auszuschließen, ging das Gericht nicht ein. Den Hinweis auf die jüngste nunmehr positive Verfassungsgerichtsentscheidung verdanke ich G. Muradian.

*bb) Anpassung der Zulässigkeitsvoraussetzungen
bei streitigen Verfahren*

Die Konfliktvermeidungsstrategie des Bundesverfassungsgerichts besteht darin, daß es die Zulässigkeitsvoraussetzungen sowohl für eine abstrakte Normenkontrolle als auch für eine Verfassungsbeschwerde gegen Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen nach Art.59 Abs.2 GG entsprechend modifiziert, um ihre rechtzeitige Kontrolle zu ermöglichen. Abweichend von der üblichen Regel, daß ein Gesetz erst mit seiner Verkündung zum Gegenstand eines abstrakten Normenkontroll- oder eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens gemacht werden kann, ist eine präventive Kontrolle von nach Art.78 GG zustande gekommenen Vertragsgesetzen schon vor ihrer Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt zulässig³⁵⁴. Kraft ihrer dem Bundesverfassungsgericht geschuldeten Verfassungsorgantreue dürfen Bundespräsident und Bundesregierung ein schwebendes Verfahren dieser Art grundsätzlich nicht durch Herbeiführung der völkerrechtlichen Bindung überspielen³⁵⁵. Das Bundesverfassungsgericht sieht sich seinerseits verpflichtet, seine verfassungsrechtliche Prüfung soweit wie möglich zu beschleunigen³⁵⁶. Kommt es zu dem Ergebnis, daß der Vertrag verfassungswidrig ist, so darf er in der vorliegenden Form nicht abgeschlossen werden. Es liegt dann im Ermessen der Bundesregierung, ob sie Nachverhandlungen anstrebt, die verfassungsrechtlichen Einwände soweit möglich durch Einlegung eines Vorbehalts entkräftet oder ein Verfassungsänderungsverfahren einleitet.

Notfalls kann das Bundesverfassungsgericht die Hinterlegung der Ratifikationsurkunde bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch eine einstweilige Anordnung nach §32 BVerfGG untersagen³⁵⁷. Ob im Sinne

³⁵⁴ BVerfGE 1, 396 (410ff.); 36, 1 (15) (abstraktes Normenkontrollverfahren); 24, 33 (53f.) (Verfassungsbeschwerde). Vgl. auch *Crotty v. An Taoiseach*, [1987] Irish Reports 713, 770ff. und J. T. Lang, *The Irish Court Case which Delayed the Single European Act*, *Common Market Law Review* 24 (1987), 709ff.

³⁵⁵ Klein, in: Benda/Klein (Anm. 98), RN 661. Vgl. BVerfGE 89, 155 (164f.). Dagegen nahm die Exekutive 1973 im Falle des Grundlagenvertrags mit der DDR aus angeblich zwingenden außenpolitischen Gründen (Sicherung des gleichzeitigen UNO-Beitritts beider deutscher Staaten) die Ratifikation vor, ehe das beim Bundesverfassungsgericht anhängige Normenkontrollverfahren über das Zustimmungsgesetz abgeschlossen war (BVerfGE 35, 257 [261f.]; 36, 1 [15]).

³⁵⁶ BVerfGE 36, 1 (15).

³⁵⁷ BVerfGE 1, 281 (283). Gerade für diesen Fall wird überwiegend angenommen, daß das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens sogar ohne Antrag von Amts wegen eine einstweilige Anordnung erlassen kann, um sich vor

des § 32 Abs.1 BVerfGG die vorläufige Regelung eines Zustandes durch einstweilige Anordnung aus einem wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, ergibt sich aus einer Abwägung, in die die Erfolgsaussicht des Hauptsacheantrags grundsätzlich nicht einbezogen wird³⁵⁸: Das Bundesverfassungsgericht wägt die Nachteile, die eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die angegriffene Maßnahme aber später für verfassungswidrig erklärt würde, gegen diejenigen ab, die entstünden, wenn die Maßnahme nicht in Kraft träte, sich im Hauptsacheverfahren aber als verfassungsgemäß erwiese³⁵⁹. Geht es darum, die Hinterlegung einer Ratifikationsurkunde einstweilen zu untersagen, so steht der erhebliche Nachteil, völkerrechtlich an einen Vertrag gebunden zu sein, der in der späteren Hauptsacheentscheidung für verfassungswidrig befunden wird, den oft nicht völlig klar zu definierenden außenpolitischen Komplikationen gegenüber, die durch eine Verzögerung der Ratifikation eintreten können³⁶⁰.

Tatsächlich hat es eine einstweilige Anordnung dieser Art bisher nicht gegeben, weil das Bundesverfassungsgericht in Fällen, in denen eine Maßnahme mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Auswirkungen betroffen ist, ihren Erlaß von besonders strengen Voraussetzungen abhängig macht³⁶¹. Der Grund für diese Zurückhaltung liegt darin, daß das Bundesverfassungsgericht mit einer solchen einstweiligen Anordnung den Organen der auswärtigen Gewalt unmittelbar in den Arm fallen würde, ohne daß die verfassungsrechtliche Notwendigkeit dieser Intervention feststünde oder auch nur ausreichend geprüft werden könnte. Meist wird ein Konflikt zwischen Exekutive und Judikative bereits dadurch vermieden, daß die Exekutive ihrerseits den Ausgang des zu beschleunigenden Hauptsacheverfahrens freiwillig abwartet, bevor sie den *fait accompli* herbeiführt³⁶².

einer Überspielung durch andere Verfassungsorgane zu schützen (Klein, in: Benda/Klein [Anm. 98], RN 1118).

³⁵⁸ Eine Ausnahme gilt, wenn der Hauptsacheantrag von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Dann wird der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ohne Eintritt in die Abwägung abgelehnt (BVerfGE 89, 38 [43f.]).

³⁵⁹ BVerfGE 89, 38 (44) – st. Rspr.

³⁶⁰ BVerfGE 35, 257 (262f.).

³⁶¹ BVerfGE 33, 195 (197); 83, 162 (171f.); 88, 173 (179); 89, 38 (43).

³⁶² So etwa in bezug auf den Maastrichter Vertrag (BVerfGE 89, 155 [164f.]).

b) Vermeidung der nachträglichen Kontrolle
mit prozessualen Mitteln

Das Bundesverfassungsgericht hat häufig mit prozessualen Mitteln Aussagen zur Bindung der auswärtigen Gewalt an materiell-grundgesetzliche Vorgaben vermieden³⁶³. Seine Abneigung insbesondere gegen Angriffe von Einzelpersonen auf außenpolitische Entscheidungen grundsätzlicher Art wird aus seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden immer wieder deutlich. So hat das Gericht Verfassungsbeschwerden gegen Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen mehrfach für unzulässig erklärt, weil diese Verträge nur die politischen Beziehungen zwischen dem jeweiligen Vertragspartner und der Bundesrepublik Deutschland regelten, ohne unmittelbar grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Beschwerdeführer zu schmälern³⁶⁴.

Als unzulässig angesehen wurden auch Verfassungsbeschwerden gegen einen Akt der deutschen auswärtigen Gewalt – im konkreten Fall die Zustimmung der Bundesregierung zur Stationierung US-amerikanischer Mittelstreckenraketen –, der erst durch einen nachfolgenden eigenständigen Entschluß von Organen eines fremden souveränen Staates, die deutscher Hoheitsgewalt nicht unterlagen – hier: Einsatz nuklearer Raketen durch die Sowjetunion als Reaktion auf die Stationierung – Gefahren für Leib und Leben der Beschwerdeführer begründen konnte. Das Bundesverfassungsgericht stufte die deutsche Zustimmung lediglich als eine der Vorbedingungen, als wesentliche Ursache der Gefahrenlage dagegen die souveräne Entscheidung des ausländischen Staates in seinem Hoheitsbereich ein, der die Bundesrepublik Deutschland aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen nicht steuern könnte. Grundrechtseingriffe, vor denen deutsche Organe mangels Handlungsmacht nicht schützen könnten, seien der Bundesrepublik Deutschland nicht zurechenbar. Durch Konstruierung einer grundrechtlichen Mitverantwortung für die von einem fremden Staat auf ein rechtmäßiges politisches Verhalten der Bundesrepublik Deutschland hin angedrohten Verletzungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter dürfe diese nicht von Verfassungen wegen gezwungen werden, sich der Politik fremder Staaten zu fügen³⁶⁵.

³⁶³ Eine ähnliche Tendenz ist in der Praxis der US-Gerichte zu beobachten (Henkin [Anm.50], 102 ff.) Vgl. auch die mehrheitlich getroffene Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte, Beschwerden gegen den Restitutionsausschluß in bezug auf Enteignungen in der Sowjetischen Besatzungszone durch den Einigungsvertrag *ratione personae, temporis* und *materiae* für unzulässig zu erklären (EuGRZ 1996, 386 [390 ff.]).

³⁶⁴ BVerfGE 40, 140 (156 ff.); 43, 203 (208 ff.); BVerfG (Kammer), EuGRZ 1992, 306 f.

³⁶⁵ BVerfGE 66, 39 (62 ff.). Vgl. auch BVerfGE 92, 26 (47).

Stets als unzulässig verworfen hat das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden, die von ihm ein Eingreifen in noch nicht abgeschlossene internationale Verhandlungen verlangt hätten. Die praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung liegt vor allem darin, daß sie automatisch auch einstweilige Anordnungen ausschließt, setzen diese doch stets voraus, daß der Hauptsacheantrag nicht von vornherein unzulässig ist. Beispielsweise gibt es keine Verfassungsbeschwerdemöglichkeit gegen die Mitwirkung der Bundesregierung am Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages, der noch gesetzlicher Zustimmung bedarf (Art.59 Abs.2 GG)³⁶⁶, oder gegen die Mitwirkung eines Vertreters der Bundesregierung im Rat der Europäischen Gemeinschaften an der Entstehung einer EG-Richtlinie, die noch in nationales Recht umgesetzt werden muß³⁶⁷. Diese dogmatisch überzeugend begründbare Abstinenz des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Kontrolle des noch nicht auf Einzelpersonen einwirkenden Vorprodukts beläßt der Exekutive ein Höchstmaß an Verhandlungsspielraum auf internationaler Ebene, präjudiziert freilich zugleich die Kontrolle des individualbelastenden Endprodukts: Dessen Nichtigerklärung ist oft nur um den Preis eines Verstoßes gegen die *international rule of law* möglich.

5. Nachträgliche materielle Konfliktbewältigung:

Berücksichtigung außenpolitischer Zwänge durch die Verfassungsgerichte

- a) Normenkontrolle über Zustimmungsgesetze zu bereits in Kraft getretenen völkerrechtlichen Verträgen

Ungeachtet der Möglichkeit einer präventiven Kontrolle kann die Verfassungsmäßigkeit von völkerrechtlichen Verträgen sowohl in der EG wie in der Bundesrepublik Deutschland und einigen anderen westlichen Staaten³⁶⁸ auch noch nach dem Eintritt ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit geprüft werden: In der Bundesrepublik Deutschland unterliegt das Zustimmungsgesetz nach Art.59 Abs.2 GG unbefristet zumindest der in-

³⁶⁶ Innerstaatliche Rechtswirkungen zulasten von Einzelpersonen können sich erst aus dem Zustimmungsgesetz ergeben, das den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl erteilt und gegen das der Verfassungsbeschwerdeweg offensteht (BVerfGE 77, 170 [209f.]).

³⁶⁷ Erst der Umsetzungsakt des deutschen Gesetzgebers, gegen den ggf. Verfassungsbeschwerde eingelegt werden kann (BVerfG [Kammer], EuGRZ 1989, 339 [340] und BayVBl.1992, 588), vermag Einzelpersonen zu belasten.

³⁶⁸ Vgl. für die USA als Anhaltspunkt 28 USCA §1257. Vgl. auch Henkin (Anm. 260), 185ff. Zu Frankreich (Art.61 frz. Verf.) vgl. Zoller (Anm. 133), 267f.

zidenten Normenkontrolle in Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Ausführungsakte³⁶⁹ sowie einer prinzipialen Normenkontrolle im Verfahren des Art.100 Abs.1 GG³⁷⁰. Von der EG abgeschlossene Abkommen sind Bestandteile des Gemeinschaftsrechts; rangmäßig stehen sie zwischen dem Primär- und dem Sekundärrecht³⁷¹. Nach Maßgabe der Art.173, 177 und 183 EGV kann der Europäische Gerichtshof aufgerufen werden, auch die Übereinstimmung völkerrechtlich verbindlich gewordener Abkommen mit dem EG-Vertrag als Gemeinschaftsverfassung zu prüfen³⁷². In mehreren Staaten Mittel- und Osteuropas bestehen ebenfalls entsprechende verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten³⁷³. Es verwundert allerdings nicht, daß diese nachträgliche Kontrolle, welche die nationale Verfassungsstaatlichkeit bzw. supranationale Konstitutionalität gegen die *international rule of law* zu kehren droht, von den Gerichten sehr zurückhaltend gehandhabt wird.

b) Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge:
Internationalisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben?

Vor allem in zwei Fällen hat das Bundesverfassungsgericht gemeint, eine Kollision zwischen dem Grundgesetz und den Regelungen eines völkerrechtlichen Vertrages dadurch vermeiden zu können, daß es das deutsche Zustimmungsgesetz und damit der Sache nach den diesem Gesetz materiellen Inhalt gebende Vertrag verfassungskonform auslegte. Es handelt sich um die Entscheidungen zum Saarvertrag mit Frankreich und zum Grundlagenvertrag mit der DDR³⁷⁴. Zwar ist die verfassungskon-

³⁶⁹ Vgl. §95 Abs.3 Satz 2 BVerfGG.

³⁷⁰ BVerfGE 72, 200 (238); BVerfG, NZA 1997, 263 f.

³⁷¹ Dies ergibt sich aus Art.228 Abs.5 bis 7 EGV (vgl. Geiger [Anm 110.], Art.228 RN 16ff.).

³⁷² Geiger, *ibid.*, Art.228 RN 28. Beispiel: EuGH, Urteil vom 3.12.1996 (Rs. C-268/94). S.dazu J. Charpentier, Le contrôle par la Cour de Justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* Nr.409 (Juni 1997), 413 ff. Dieser sieht im Interesse der *international rule of law* das präventive Verfahren des Art.228 Abs.6 EGV als weitgehend ausschließlich an (ähnlich wie in Bulgarien, vgl. folgende Anmerkung).

³⁷³ Art.49, 87 Abs.1 Buchst.a tschech. Verf.; Art. 188 Ziff. 1 poln. Verf. (Anm. 427). Zu Rußland vgl. T. Beknazar, Das neue Recht der völkerrechtlichen Verträge in Rußland, *ZaöRV* 56 (1996), 406 (424). Zu Ungarn vgl. die Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 21.1.1997 (s.u.g). Zu Bulgarien vgl. dagegen o. 4.a.

³⁷⁴ BVerfGE 4, 157 (168); 36, 1 (2f., 14, 36). In BVerfGE 89, 155, wird demgegenüber keine verfassungskonforme Interpretation des Vertrages über die Europäische Union vorgenommen, sondern deutlich gemacht, welche – als fernliegend anzusehende – europa-

forme Auslegung im allgemeinen ein angemessenes Mittel, um einerseits den Vorrang der Verfassung als Kernelement der Verfassungsstaatlichkeit zu wahren, andererseits den Willen des Gesetzgebers so weit wie möglich zur Geltung zu bringen. Ein entsprechender Kompromiß zwischen der Wahrung der Verfassungsstaatlichkeit und der Rücksichtnahme auf die Organe der auswärtigen Gewalt läßt sich freilich nicht ohne weiteres finden, weil der Inhalt des deutschen Zustimmungsgesetzes durch den Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages festgelegt wird und dessen Bestimmung nicht in der Interpretationsmacht deutscher Organe allein liegt. Insbesondere bindet eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts über den Vertragsinhalt die anderen Vertragsparteien nicht³⁷⁵. Der Sache nach stellt die verfassungskonforme Auslegung eines Vertragsgesetzes – die vielleicht durch die früher herrschende Transformationslehre begünstigt worden ist – den zweifelhaften Versuch dar, Vorgaben des Grundgesetzes durch einseitige Uminterpretation des Vertrages auch international zur Geltung zu bringen³⁷⁶.

Theoretisch hat jeder völkerrechtliche Vertrag nur einen einzigen für alle Vertragsparteien gleichermaßen verbindlichen Inhalt, der sich aus einer korrekten Anwendung der völkerrechtlichen Regeln über die Vertragsauslegung ergibt³⁷⁷. Dies trifft selbst dann zu, wenn die Regelungen des Vertrages offen formuliert sind, ebenso wie auch im innerstaatlichen Recht der Inhalt offener Gesetzesbestimmungen als durch Interpretation eindeutig bestimmbar gilt. Da indessen kaum je eine internationale Instanz den Vertragsinhalt für die Vertragsparteien verbindlich feststellen kann³⁷⁸, haben diese erheblichen Spielraum, innerhalb gewisser äußerster

rechtliche Interpretationen des Vertrages verfassungsrechtlich zu seiner Unanwendbarkeit in Deutschland führen müßten (anders zu Unrecht Schwarz [Anm.55], 232 f.).

³⁷⁵ Tomuschat (Anm. 332), 804. Eine andere Frage ist es, ob ein Staat sich entsprechend der modifizierten Relevanztheorie, wie sie Art.46 WKRV zugrundeliegt, den Vertragspartnern gegenüber auf ein Urteil seines nationalen Verfassungsgerichts berufen kann, um die teilweise Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen (so BVerfGE 36, 1 [36] – wo freilich das Urteil im Zeitpunkt des Austausches der Ratifikationsurkunden noch nicht vorlag, so daß die dort festgeschriebene Verfassungskonforme Auslegung zum relevanten Zeitpunkt nicht offenkundig war, zumal die Bundesregierung zuvor eine andere Interpretationsauffassung vertreten hatte).

³⁷⁶ Rechtfertigung für die verfassungskonforme Auslegung von Vertragsgesetzen dagegen bei F.C. Zeitler, *Judicial Review und Judicial Restraint gegenüber der auswärtigen Gewalt*, JÖR n.F.25 (1976), 621 (638 ff.).

³⁷⁷ Vgl. dazu Art.31–33 WKRV, die Völkergewohnheitsrecht widerspiegeln.

³⁷⁸ Bindungswirkung für die Vertragsparteien haben indessen die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Auslegung des EG-Vertrages (J. Streil, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil [Anm.27], 259 ff.) und des Europäischen

Grenzen ihre eigenen Vorstellungen vom Vertragsinhalt im Wege der Rechtsbehauptung international geltend zu machen. Nimmt das Bundesverfassungsgericht nun eine verfassungskonforme Vertragsauslegung innerhalb dieser Grenzen vor, ergibt sich für die Bundesregierung aus § 31 BVerfGG die Pflicht, diese Auslegung nach außen als Rechtsbehauptung zu vertreten³⁷⁹. Ob die Bundesrepublik Deutschland sich damit durchsetzen kann, hängt von der Reaktion der anderen Vertragsparteien ab, nach deren ebenfalls vertretbarer Auffassung der Vertrag möglicherweise einen anderen Inhalt hat und die deutsche Interpretationsvariante deshalb völkerrechtswidrig ist. Drohen die anderen Vertragsparteien deshalb etwa mit empfindlichen Gegenmaßnahmen, bleibt der Bundesregierung kein anderer Ausweg als eine umgehende Kündigung oder ein Angebot zur Aufnahme von Verhandlungen über die Abänderung des Vertrages entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Irgendeine Flexibilität, im Verhandlungswege etwa einen Kompromiß über den Vertragsinhalt zu finden oder sich einem (schieds-)gerichtlichen Verfahren zwecks verbindlicher Vertragsauslegung zu unterwerfen, verbleibt der Bundesregierung dagegen nicht. In eine derartige Lage darf das Bundesverfassungsgericht die Bundesregierung nicht bringen.

Praktisch ist es bislang glücklicherweise nicht so weit gekommen. Im *Saarvertrags-Urteil* stellen die Ausführungen zur verfassungskonformen Interpretation letztlich nur ein *obiter dictum* ohne Ergebnisrelevanz dar. In der *Grundlagenvertrags-Entscheidung* zählen sie zwar zu den tragenden Gründen. Der Grundlagenvertrag mit der DDR schrieb jedoch in seiner Präambel einen zwischen beiden Vertragsparteien fortbestehenden Grunddissens über die nationale Frage fest und beließ der Bundesrepublik Deutschland daher völkerrechtlichen Spielraum, der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht Folge zu leisten, ohne daß mit ernsthaften Gegenreaktionen der DDR gerechnet werden mußte. Für den Regelfall erweist sich die verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge indessen als kaum geeignetes Mittel materiellrechtlicher Konfliktbewältigung. Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang – und auf der Grundlage der Vollzugstheorie – auch klargestellt, daß der jeweilige völkerrechtliche Vertrag integraler Bestandteil des deutschen Zustimmungsgesetzes ist und daher

Gerichtshofs für Menschenrechte über die Auslegung der EMRK (Polakiewicz [Anm. 110], 279 ff.).

³⁷⁹ Vgl. auch M. Schröder, Zur verfassungskonformen Auslegung völkerrechtlicher Verträge, JR 1974, 182 (184).

die Interpretation dieses Gesetzes der Sache nach eine Vertragsinterpretation bildet³⁸⁰, die – wie man hinzufügen muß – den völkerrechtlichen Regeln über die Auslegung von Verträgen zu folgen hat³⁸¹.

- c) Milderung des materiellen Prüfungsmaßstabs: Berücksichtigung außenpolitischer Zwänge bei der Verfassungsinterpretation

aa) Völkerrechtskonforme Auslegung völkerrechtsfreundlicher Verfassungen

Im Vergleich zur verfassungskonformen Auslegung völkerrechtlicher Verträge erweist sich die vertragskonforme, d.h. völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung als vielversprechenderer Lösungsansatz³⁸². Eine vertragskonforme Verfassungsinterpretation hat das Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zur EMRK praktiziert, deren Garantien in ihrer Ausprägung durch die Rechtsprechung der Konventionsorgane bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes herangezogen werden, um ein Zurückbleiben der Bundesrepublik Deutschland hinter den Mindeststandards der Konvention zu vermeiden³⁸³. Die verfassungsrechtliche Bindung verstärkt sich unter völkerrechtlichem Einfluß. Diese Rechtsprechung dient nicht dazu, echte Konflikte zwischen dem Grundgesetz und der EMRK im Sinne eines verfassungsrechtlichen Verbots konventionsgemäßen Verhaltens zu vermeiden, sondern den Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts der Sache nach um die Konventionsrechte zu erweitern, damit konventionswidrige Akte deutscher Organe kassiert werden können, bevor eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland eintritt.

Eine völkervertragskonforme Interpretation der Verfassung kann jedoch auch zu einer Absenkung verfassungsrechtlicher Standards führen, wenn ein Verfassungsgericht zwecks Vermeidung eines echten Konflikts zwischen einem verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag und der Verfas-

³⁸⁰ BVerfGE 75, 223 (234).

³⁸¹ Hailbronner (Anm. 55), 25f.; Art.5 der Resolution des Institut de Droit International (Anm. 100).

³⁸² Vgl. §7 Abs.1 ungar. Verf., nach der diese mit Rücksicht auf die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts auszulegen ist (dazu die Entscheidung des ungar. Verfassungsgerichts vom 21.1.1997 [s.u. g]).

³⁸³ BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (115); 83, 119 (128). Vgl. entsprechend Art.20 Abs.1 rumän. Verf. In den USA lassen die Pluralitätsmeinung und das zustimmende Votum der Richterin O'Connor in *Thompson v. Oklahoma* einen entsprechenden Ansatz erkennen (487 U.S. 815, 830 mit Anm.34, 851 [1988]). Dagegen der Dissent (*ibid.*, 868 mit Anm.4).

sung die letztere "flexibilisiert". Grundsätzliche Bedenken gegen diesen Ansatz bestehen dennoch nicht, solange nicht erkennbar wird, daß die Organe der auswärtigen Gewalt die Vertragsroute mißbräuchlich gewählt haben, um unliebsame verfassungsrechtliche Bindungen abzustreifen. Ansonsten erlaubt die Völkerrechtsfreundlichkeit einer Verfassung innerhalb gewisser äußerster Grenzen auch Flexibilität bei ihrer Interpretation, um die Bewegungsfähigkeit des Völkerrechtssubjekts auf der internationalen Ebene zu wahren. Allerdings muß ein Verfassungsgericht stets gewärtigen, daß die Modifikation verfassungsrechtlicher Standards in einer auf die Besonderheiten der auswärtigen Gewalt bezogenen Sachentscheidung die Wirkkraft dieser Standards auch für rein interne Fälle beeinträchtigen kann³⁸⁴. Überdies besteht die Gefahr, daß eine verfassungsgerichtliche Sachentscheidung die streitbefangene außenpolitische Maßnahme verfassungsrechtlich legitimiert. Derartige ungewollte Weiterungen lassen sich vermeiden, wenn das Verfassungsgericht seine Entscheidung nach Möglichkeit auf eine prozessuale statt auf eine materiell-verfassungsrechtliche Grundlage stützt oder etwa unter Rückgriff auf die *political question doctrine* eine bestimmte Frage für nicht justitiabel erklärt³⁸⁵. Ein solcher Ansatz deckt sich mit dem verfassungsgesetzlichen Ausschluß der gerichtlichen Kontrolle von bereits ratifizierten Verträgen zwar teilweise, aber nicht völlig, weil das Verfassungsgericht entsprechend der jeweiligen Fallsituation judizieren und gegebenenfalls nur Einzelfragen unbeantwortet lassen kann.

Die Steuerungskraft einer Verfassung kann nicht weiter reichen als die Handlungsmacht der ihr unterworfenen Verfassungsorgane. In der heute zunehmend rechtlich vernetzten Welt interdependenter Staaten schrumpft mit der politischen Autonomie auch die Möglichkeit der Verfassungsgerichte, autonome Verfassungsinterpretationen gegenüber der außenpolitisch eingebundenen auswärtigen Gewalt durchzusetzen³⁸⁶. Um so wichtiger wird es, darauf hinzuwirken, daß die dadurch begründete Verletzlichkeit verfassungsstaatlicher Prinzipien mithilfe ihrer Projektion auf die übernationale Ebene und Durchsetzung gegenüber allen beteiligten Staa-

³⁸⁴ "Great cases, like hard cases, make bad law." (*Northern Securities Co. v. U.S.*, 24 S.Ct. 436, 468 [1904] [Holmes, J., u. a. diss.]). Die Wahrheit dieser Aussage hat sich für das Bundesverfassungsgericht kürzlich erwiesen, als das Institut der Verfassungsbeschwerde geschwächt wurde, um die politisch als unumgänglich empfundene Asylrechtsnovelle zu halten (BVerfGE 94, 166 [Leitsatz 5] und abweichende Meinung *ibid.*, 288 ff.)

³⁸⁵ A.-M. Slaughter Burley, *Are Foreign Affairs Different?*, *Harvard Law Review* 106 (1993), 1980 (1991 ff.).

³⁸⁶ Vgl. Schoch/Wahl (Anm. 98), 288 ff.

ten durch eine internationale (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit allmählich abgebaut wird: Eine Einbuße etwa an nationaler Rechtsstaatlichkeit ist erträglicher, wenn der sie beeinträchtigende internationale oder supranationale Hoheitsakt auf seiner Ebene rechtsstaatlich eingebunden ist.

Die Bundesrepublik Deutschland vermag das außenpolitische Geschehen nicht allein nach ihrem Willen zu steuern, sondern ist hierfür regelmäßig auf die Mitwirkung anderer Staaten oder sonstiger Völkerrechtssubjekte angewiesen, die nicht ohne weiteres bereit sein werden, Vorgaben gerade des Grundgesetzes bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Würden im auswärtigen Verkehr von der Bundesregierung erreichte Verhandlungsergebnisse in gleicher Weise am Maßstab des materiellen Verfassungsrechts gemessen wie autonom getroffene innenpolitische Entscheidungen, wäre die Bundesrepublik Deutschland auf völkerrechtlicher Ebene weithin handlungsunfähig. Es ist kaum anzunehmen, daß eine so stark auf internationale Verständigung und Einbindung des deutschen Staates ausgerichtete Verfassung wie das Grundgesetz durch Verabsolutierung seiner materiellen Standards diese Verständigung und Einbindung konterkarieren will. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach eine Auslegung des Grundgesetzes abgelehnt, die zu einer übermäßigen Beschränkung der deutschen außenpolitischen Handlungsfähigkeit geführt hätte³⁸⁷. Als Gegenbeispiel kann ein neues Urteil des kolumbianischen Verfassungsgerichts³⁸⁸ dienen, in dem Art.6 des Investitionsschutzabkommens mit Großbritannien für verfassungswidrig erklärt wurde, der Enteignungen nur gegen Entschädigung erlaubte. Das Verfassungsgericht entnahm der kolumbianischen Verfassung, daß der Gesetzgeber sich der Möglichkeit entschädigungsloser Enteignungen nicht begeben dürfe. Da eine Bestimmung wie Art.6 das Herzstück jedes Investitionsschutzabkommens bildet, kann Kolumbien ohne Verfassungsänderung solche Abkommen nicht mehr abschließen, so daß ihm die daran geknüpften ausländischen Investitionen entgehen.

Auf der anderen Seite widerspräche es verfassungsstaatlichen Grundsätzen, die auswärtige Gewalt allgemein oder für bestimmte Fallgruppen von grundrechtlichen und anderen materiellrechtlichen Schranken der Verfassung freizustellen. Die Rechtsprechungspraxis des U.S. Supreme Court ist in dieser Hinsicht allerdings teilweise einen anderen Weg gegangen. Während die Bindung der auswärtigen Gewalt der USA an die Grund-

³⁸⁷ BVerfGE 68, 1 (107); 77, 170 (233f.).

³⁸⁸ Vom 14.8.1996 (C-358/96) (wiedergegeben nach einem von M. Hartwig zur Verfügung gestellten Entscheidungsumdruck).

rechte der US-Verfassung grundsätzlich anerkannt ist³⁸⁹, hat der Oberste Gerichtshof im Fall *U.S. v. Verdugo-Urquidez* Vollzugsmaßnahmen von US-Behörden gegenüber Ausländern im Ausland (eine ganze Fallgruppe) von der Bindung an das Amendment IV freigestellt, weil dessen Anwendung “could significantly disrupt the ability of the political branches to respond to foreign situations involving our national interest”³⁹⁰. Diese Entscheidung bezog sich nicht einmal auf einen hochpolitischen Akt der auswärtigen Gewalt, sondern auf eine bloße Durchsuchungsaktion amerikanischer Vollzugsbeamter ohne Durchsuchungsbefehl eines US-Gerichts, die in Mexiko im Einverständnis mit den zuständigen mexikanischen Behörden stattgefunden hatte. Der Schluß, daß jedenfalls solche Maßnahmen der auswärtigen Gewalt der USA, die im Ausland zum Nachteil von Ausländern vorgenommen werden, erst recht von einer materiellen Bindung an zumindest einige Grundrechte freigestellt sind, liegt nahe³⁹¹. Demgegenüber haben sowohl das Bundesverfassungsgericht³⁹² als auch die Straßburger Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention³⁹³ und das Menschenrechtskomitee des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte³⁹⁴ den Grundsatz anerkannt, daß die Staatsorgane an die Grund- bzw. Menschenrechte gebunden sind, auch wenn sie außerhalb des Hoheitsbereichs des eigenen Staates agieren. Es wird jedoch gleich deutlich werden, daß dieser Grundsatz in Deutschland uneingeschränkt nur für Routinemaßnahmen untergeordneter Stellen gilt, während die Verfassungsbindung der Spitzenorgane der auswärtigen Gewalt im hochpolitischen Bereich erheblich flexibler gehandhabt wird, ohne andererseits völlig leerzulaufen.

*bb) Die “Näher-beim-Grundgesetz”-Theorie der Saarvertrags-
Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*

In bezug auf völkerrechtliche Verträge wurde das Bundesverfassungsgericht schon während der Besatzungszeit mit dem Dilemma der Organe der auswärtigen Gewalt zwischen der Skylla der verfassungsstaatlichen

³⁸⁹ Restatement (Anm. 136), Bd. 2 (1987), §§721f.

³⁹⁰ 110 S.Ct. 1056, 1065f. (1992). Dagegen J. Lobel, *The Constitution Abroad*, in: Henkin/Glennon/Rogers (Anm. 19), 167ff.

³⁹¹ Vgl. dazu den Dissent der Richter Brennan und Marshall, *ibid.*, 1075.

³⁹² BVerfGE 6, 290 (295); 57, 9 (23); Kunig (Anm. 333), RN 52ff.

³⁹³ Frowein (Anm. 126), Art.1 RN 4ff.

³⁹⁴ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary* (1993), Art.2 RN 26ff.

Bindung und der Charybdis begrenzter außenpolitischer Durchsetzungsmöglichkeit konfrontiert. Bereits 1955 im abstrakten Normenkontrollverfahren nach Art.93 Abs.1 Nr.2 GG, §§76 ff. BVerfGG über die Verfassungsmäßigkeit des deutschen Zustimmungsgesetzes zum Abkommen mit Frankreich über das Statut der Saar hatten die Antragsteller unter anderem vorgetragen, deutsche Staatsorgane hätten durch Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages nicht die Unterstellung eines Teiles des deutschen Staates unter ein Regime legitimieren dürfen, das weder demokratischen Erfordernissen entspreche noch hinreichenden Grundrechtsschutz gewährleiste. Das Bundesverfassungsgericht entschied jedoch, daß das Zustimmungsgesetz nicht gegen das Grundgesetz verstoße³⁹⁵.

Ausgangspunkt seiner Begründung war die Erwägung, daß bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Vertrages, der die politischen Beziehungen des Bundes regeln will, die politischen Realitäten im Hintergrund dieses Vertrages zu berücksichtigen seien. Im konkreten Fall werde die politische Ausgangslage dadurch gekennzeichnet, daß der andere Vertragspartner einseitig kraft seiner Besatzungsgewalt das Saarland zunehmend von Deutschland entfremdet habe. Zwar sei an sich jede Ausübung staatlicher Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland an das Grundgesetz gebunden (Art.20 Abs.3 GG). Beim Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages mit einer Besatzungsmacht müsse es unter den obwaltenden Umständen jedoch genügen, daß die vereinbarten Regelungen von dem Willen getragen würden und die Tendenz hätten, dem voll verfassungsmäßigen Zustand so weit, wie es politisch erreichbar sei, näher zu kommen und ihm vorzuarbeiten. Sei diese Grundtendenz zur Verfassungsmäßigkeit gewahrt, müsse hinsichtlich der Einzelregelungen den vertragsschließenden Organen der Bundesrepublik Deutschland ein breiter Bereich politischen Ermessens verbleiben, zumal ohnehin nur das gegenüber dem Vertragspartner politisch Erreichbare vertraglich festgeschrieben werden könne. Infolgedessen rückten Verträge, die eine besatzungsrechtliche Ordnung schrittweise abbauten, für ein Verfassungsgericht weithin in den Bereich der Nichtjustitiabilität. Auch in einem solchen Fall sei das Vertragsgesetz jedoch ungültig, wenn durch den Vertrag unverzichtbare Grundprinzipien des Grundgesetzes klar verletzt würden, also etwa die in Art.79 Abs.3 oder Art.19 Abs.2 GG niedergelegten Grundsätze³⁹⁶. Ein-

³⁹⁵ Näher zum Hintergrund dieser Entscheidung F. Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt (1973), 88 ff.

³⁹⁶ Der verfassungsgändernde Gesetzgeber hat 1992 durch Art.23 Abs.1 Satz 3 GG den verfassungsgerichtlichen Prüfungsstandard in bezug auf Gesetze zu Verträgen, die die europäische Integration vertiefen, ausdrücklich auf Art.79 Abs.3 GG zurückgenommen, frei-

schränkungen sonstiger Verfassungsnormen könnten für eine Übergangszeit hingenommen werden, wenn sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer Regelung ständen, die in ihrer gesamten Tendenz darauf gerichtet sei, dem der Verfassung voll entsprechenden Zustand näherzukommen. Insoweit seien die vertragschließenden Organe für das von ihnen Vereinbarte nur politisch verantwortlich. Eine Verfassungswidrigkeit könne in dieser Hinsicht nicht festgestellt werden, wenn der durch den Vertrag geschaffene Zustand "näher beim Grundgesetz" stehe als der vorherige. Ein verfassungsrechtlicher Rigorismus, der die Verbesserung eines Zustandes nicht gestatte, weil die bestmögliche Lösung nicht erreichbar sei, könne vom Grundgesetz nicht gewollt sein³⁹⁷.

*cc) Verallgemeinerung der "Näher-beim-Grundgesetz"-Theorie:
Die Zivilangestellten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*

Die angesichts der Besetzungssituation besonders augenfällige Notwendigkeit, bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von außenpolitischen Entscheidungen die politische Ausgangslage und die beschränkte autonome Gestaltungsmacht der Bundesrepublik Deutschland in Rechnung zu stellen, ist – ohne ausdrücklichen Rückgriff auf die "Näher-beim-Grundgesetz"-Theorie – in der späteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Besetzungskontext hinaus mehrfach als Argumentationstopos verwendet worden³⁹⁸. Heute steht fest, daß im außenpolitischen Bereich der Bundesregierung wie allen anderen insoweit zum politischen Handeln berufenen Staatsorganen ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt ist³⁹⁹. Zur Erhaltung der außenpolitischen Handlungsfähigkeit werden grundgesetzliche Standards insbesondere an völkervertragliche Vereinbarungen nicht mit gleicher Strenge angelegt wie an rein

lich für deren Zustandekommen zugleich verfassungsändernde Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat vorgeschrieben. Außerdem setzt Art.23 Abs.1 Satz 1 GG voraus, daß die Europäische Union ihrerseits materiell-verfassungsrechtlichen Standards (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, sozialer Ausgleich, Föderalismus und Subsidiarität, adäquater Grundrechtsschutz) verpflichtet bleibt; deren Einhaltung unterliegt letztlich auch der Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts. Diese Projektion verfassungsstaatlicher Vorgaben auf die gemeinschaftsrechtliche Ebene soll eine Art Rückversicherung dagegen bilden, daß Verträge zur Vertiefung der Integration die Bandbreite des verfassungsstaatlich Erträglichen überschreiten.

³⁹⁷ BVerfGE 4, 157 (168 ff.); dazu mit weiteren Nachweisen R. Bernhardt, HStR VII (1992), § 174 RN 23 ff.

³⁹⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 6, 290 (296); 72, 66 (78 ff.).

³⁹⁹ BVerfGE 40, 141 (178 f.); 55, 349 (365).

interne, von deutschen Organen autonom bestimmbare Maßnahmen⁴⁰⁰. Daher gilt etwa der allgemeine rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt, dem Regelungen im Bereich der Grundrechtsausübung unterliegen, für Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen insoweit nicht, als er den Gesetzgeber verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen mit hinreichender Bestimmtheit selbst zu treffen, weil die Regelungsdichte des von einem Vertrag erfaßten Sachbereichs von Deutschland nicht einseitig bestimmt werden kann⁴⁰¹.

Die "Näher-beim-Grundgesetz"-Theorie selbst, die der Realpolitik keineswegs einseitig den Vorrang vor den Verfassungswerten einräumt, sondern eine Bemühung der politischen Organe um deren weitestmögliche Verwirklichung einfordert, hat das Bundesverfassungsgericht kürzlich in einem Fall, der nur noch besatzungsrechtliche Restelemente aufwies, ausdrücklich wieder aufgegriffen und zugleich ausgeweitet⁴⁰²: Die Betriebsvertretungen der deutschen Zivilangestellten bei den ausländischen NATO-Streitkräften genießen bei Einstellungsentscheidungen geringere Mitbestimmungsrechte als die entsprechenden Personalvertretungen der Zivilangestellten der deutschen Bundeswehr. Diese Rechtslage ergibt sich aus einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und denjenigen NATO-Staaten, die in Deutschland Truppen stationiert haben⁴⁰³. Das Bundesverfassungsgericht konnte für diese Ungleichbehandlung keinen im Regelungsgegenstand liegenden sachlichen Grund erkennen, so daß an sich ein Widerspruch zum allgemeinen Gleichheitssatz (Art.3 Abs.1 GG) vorlag. Die betreffende Bestimmung wurde dennoch für mit dem Grundgesetz vereinbar gehalten, weil der bestehende

⁴⁰⁰ Auch in bezug auf autonom getroffene interne Maßnahmen wendet das Bundesverfassungsgericht einen großzügigeren Prüfungsmaßstab an, wenn diese sich als Reaktion auf Verhältnisse in anderen Staaten, im zwischenstaatlichen Bereich oder auf den internationalen Märkten darstellen, die nicht der deutschen Hoheitsgewalt unterliegen. Solchenfalls hat der deutsche Gesetzgeber bei der Regelung der Grundrechtsausübung einen größeren Gestaltungsspielraum als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt. Auch dort bleibt er indessen verpflichtet, dem betreffenden Grundrecht die unter den herrschenden und von ihm nicht beeinflussbaren Bedingungen größtmögliche Anwendung zu sichern (BVerfGE 92, 26 [41 f.] – Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit [Art.9 Abs.3 GG] durch die Einführung eines Zweitregisters für deutsche Seeschiffe angesichts der fortschreitenden Ausfluggung der deutschen Handelsflotte).

⁴⁰¹ BVerfGE 77, 170 (231 f.). Im Ansatz ebenso, freilich mit strengeren Standards BVerfGE 89, 155 (187 ff.) in bezug auf das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union.

⁴⁰² BVerfG, Beschluß vom 8.10.1996 (1 BvL 15/91), NZA 1997, 263 f.

⁴⁰³ Abs.6 des Unterzeichnungsprotokolls zu Art.56 Abs.9 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut (BGBl.1973 II, 1022).

Rechtszustand im Hinblick auf Einschränkungen der außenpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten der Bundesrepublik hingenommen werden müsse. Bei der ursprünglichen Aushandlung der Stationierungsverträge sei die noch unter Besatzungshoheit stehende Bundesrepublik in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt gewesen. Später habe sie trotz fortlaufender Bemühungen nur eine weitgehende, nicht jedoch eine völlige Gleichstellung der Zivilangestellten bei den Stationierungsstreitkräften mit den Zivilangestellten der Bundeswehr erreichen können. Die Stationierungsverträge stünden in unlösbarem Zusammenhang mit dem schrittweisen Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung nach dem Zweiten Weltkrieg. Politische Verträge dieser Art seien bereits dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn der durch sie geschaffene Zustand der Verfassung näher stehe als der frühere und wenn ein besseres Verhandlungsergebnis nicht habe erreicht werden können. In diesem zeitgeschichtlichen Zusammenhang gestatte das Grundgesetz eine schrittweise Annäherung an seine Vorgaben, solange deren vollständige Verwirklichung nicht möglich sei. Die *Zivilangestellten*-Entscheidung erweckt den Eindruck, als habe das Bundesverfassungsgericht den Zusammenhang mit der Besatzungssituation überbetont, weil es sich scheute, die "Näher-beim-Grundgesetz"-Theorie über ihren ursprünglichen Kontext hinaus zu verallgemeinern.

Anders als in der Besatzungszeit der fünfziger Jahre ist die uneingeschränkt souveräne Bundesrepublik Deutschland heute allerdings in der Lage, vom Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages, der nicht in jeder Beziehung mit dem Grundgesetz im Einklang steht, abzusehen oder einen solchen Vertrag, wenn sich die Unvereinbarkeit erst nachträglich herausstellt, zu kündigen. Daraus kann jedoch schwerer außenpolitischer Schaden entstehen, so daß es sich oft um eine bloß theoretische Möglichkeit handelt. Da dieser Umstand den anderen Vertragsparteien regelmäßig offenkundig sein wird, könnten mit entsprechenden Drohungen der Bundesregierung noch nicht einmal Konzessionen erkaufte werden. Diese faktisch-politische Beschränkung der Handlungsmacht trägt einen teilweisen Dispens von den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, nicht dagegen erzwingt der allgemeine Gleichheitssatz den außenpolitischen Skandal. Dementsprechend erteilte das Bundesverfassungsgericht Spekulationen über die theoretisch-rechtlichen Optionen der Bundesregierung eine Absage: Die Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in das westliche Bündnis gehöre zu den Eckpfeilern der deutschen Außenpolitik und könne in Anbetracht ihrer grundlegenden Bedeutung in Verhandlungen um Probleme der hier in Rede stehenden Art nicht ernstlich in Frage gestellt werden. Insofern unterliege die Bundesregierung bei derartigen

Verhandlungen außenpolitischer Zwängen, die aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht anders bewertet werden könnten als die Lage, in der sie sich bei den Verhandlungen befand, die unmittelbar dem Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung dienen⁴⁰⁴.

Mit seiner Weigerung, die Westbindung als dem Grundrechtseingriff vorausliegende und ihn bedingende jahrzehntelang gültige außenpolitische Grundsatzentscheidung in Frage zu stellen, liegt das Bundesverfassungsgericht erneut auf der Linie der *political question doctrine* des U.S. Supreme Court. Dieser betrachtet eine Frage unter anderem dann als politisch und damit nicht justiziabel, wenn ihre Entscheidung sich aus vorausliegenden politischen Festlegungen ableitet, die ihrer Art nach klar nichtrichterlichem Ermessen vorbehalten sind; zudem auch dann, wenn ausnahmsweise die Notwendigkeit besteht, einer bereits gefällten politischen Entscheidung unhinterfragt Folge zu leisten⁴⁰⁵. Während der oberste Gerichtshof der USA jedoch in derartigen Fällen die Beantwortung der Frage schlicht verweigert, hat das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Beschluß den Grundrechtsverstoß herausgearbeitet und anschließend in einer Sachentscheidung für gerechtfertigt erklärt. Beide Gerichte stimmen aber darin überein, außenpolitische Leitentscheidungen nicht in Frage zu stellen, insbesondere nicht aus Anlaß von Individualklagen. Gegenüber solchen von demokratisch legitimierten politischen Organen im Allgemeininteresse getroffenen und politisch zu verantwortenden Grundsatzentscheidungen können sich die Individualinteressen von Einzelpersonen, mögen sie auch grundrechtlich abgesichert sein, von unrealistischen Extremfällen vielleicht abgesehen, nicht durchsetzen. Selbst wenn es um fundamentale Menschenrechte geht, kann in derartigen Fällen die Abwägung der zuständigen politischen Organe zugunsten des öffentlichen Interesses ausfallen⁴⁰⁶. Soweit die Individualinteressen wirtschaftlicher Natur sind, kommt im internen Staat-Bürger-Verhältnis eine finanzielle Kompensation in Betracht⁴⁰⁷.

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Mitbestimmungsrechten der Zivilangestellten bei den Stationierungsstreitkräften weist insoweit über die *Saarvertrags*-Entscheidung hinaus, als er eine Einhaltung der Mindeststandards des Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr ausdrücklich verlangt. Vielleicht liegt dies daran, daß derselbe Senat in den *Bodenreform-*

⁴⁰⁴ In weniger eindeutigen Fällen wird der Einschätzung der Bundesregierung hinsichtlich der Stärke der außenpolitischen Zwänge ein erhebliches Gewicht zukommen müssen.

⁴⁰⁵ S. o. A.

⁴⁰⁶ BVerfGE 55, 349 (364 ff.) – dort ging es um Art. 1, 2 Abs. 2, 104 GG.

⁴⁰⁷ BVerfGE 84, 90 (128 ff.) und u. 6. d.

Entscheidungen gerade die Grundelemente des Gleichheitssatzes für nach Art.79 Abs.3 GG unantastbar erklärt und die dortige Ungleichbehandlung nur mit dem Verfassungsgebot der Wiedervereinigung gerechtfertigt hatte⁴⁰⁸. Ein vergleichbares Verfassungsgebot im Hinblick auf die NATO-Einbindung der Bundesrepublik Deutschland zu finden, wäre vielleicht nicht unmöglich, aber so schwierig gewesen, daß das Gericht es offenbar vorzog, dieses Problem mit Schweigen zu übergehen.

d) "Ratschläge" des Bundesverfassungsgerichts zur Begrenzung aus außenpolitischen Gründen zunehmender Beeinträchtigungen grundgesetzlich geschützter Interessen

In einem gewissen Spannungsverhältnis zu dieser vom Bundesverfassungsgericht praktizierten richterlichen Zurückhaltung stehen vereinzelte – wenngleich "unverbindliche" – Ratschläge an die Bundesregierung. Dieser werden mitunter flankierende außenpolitische Maßnahmen nahegelegt, die dem materiell-verfassungsrechtlichen Interesse jedenfalls teilweise im Sinne einer Schadensbegrenzung Rechnung tragen sollen, wiewohl die Verfassung dessen Beeinträchtigung zur Wahrung außenpolitischer Spielräume grundsätzlich hinnimmt. So hat beispielsweise eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts eine Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigerklärung einer Auslieferung durch das zuständige Oberlandesgericht zwar nicht zur Entscheidung angenommen, obwohl bei dem nach Spanien auszuliefernden mutmaßlichen ETA-Terroristen eine HIV-Infektion bestand, die sich in spanischer wohl eher als in deutscher Haft zu verschlimmern drohte. Sie hat jedoch hinzugefügt, entsprechende Risiken könnten es nahelegen, daß die Bundesregierung bei ihrer Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung die Erwartung äußere, die spanische Regierung werde alle ihr zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreifen, um den Beschwerdeführer so unterzubringen, daß er vor einer beschleunigten Verschlimmerung seiner Krankheit geschützt sei⁴⁰⁹. In seiner Entscheidung zum einstweiligen Rechtsschutz gegen den Auslandseinsatz der Bundeswehr im AWACS-Verband hat das Bundesverfassungsgericht

⁴⁰⁸ BVerfGE 84, 90 (127); 94, 12 (34 ff.).

⁴⁰⁹ BVerfG, EuGRZ 1996, 324 (327). Eine Verweigerung der Auslieferung hätte zu einer schweren Verstimmung im deutsch-spanischen Verhältnis führen und die europäische Zusammenarbeit im Kampf gegen den Terrorismus gefährden können. (Vgl. die Krise in den spanisch-belgischen Beziehungen, nachdem der belgische Staatsrat am 5.2.1996 die Auslieferung zweier mutmaßlicher ETA-Mitglieder blockiert hatte [E. Alvarez López, La suspensión del convenio de aplicación del Acuerdo Schengen: El contencioso hispano-belga, Revista Española de derecho internacional 48 [1996], 418 ff.]).

die Bundesregierung sogar dezidiert aufgefordert, den beteiligten ausländischen Staaten zu notifizieren, daß seine Entscheidung nur vorläufigen Charakter habe, um einer Präjudizierung seiner Hauptsacheentscheidung durch Schaffung eines internationalen Vertrauenstatbestandes vorzubeugen⁴¹⁰. Im Zusammenhang mit der *Maastricht*-Entscheidung hat der deutsche Außenminister auf Anregung des Bundesverfassungsgerichts – die anders als diejenige im vorgenannten *AWACS*-Urteil nicht in den Entscheidungstext selbst aufgenommen wurde – die anderen EG-Mitgliedstaaten darüber informiert, daß Bundestag und Bundesrat intern am Willensbildungsprozeß nach Art.109j Abs.3 und 4 EGV mitwirken⁴¹¹. Über die Notwendigkeit dieser Information mag man geteilter Auffassung sein.

e) Intensivere Bindung und Kontrolle der Integrationsgewalt:
Die *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

In einem auffälligen Gegensatz zur betonten Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der Durchsetzung materieller Verfassungsgrundsätze gegenüber Maßnahmen der auswärtigen Gewalt steht das *Maastricht*-Urteil zu den Grenzen der Integrationsgewalt⁴¹². Darin hat das Gericht auf die Verfassungsbeschwerden einer Reihe von Einzelpersonen hin, deren Zulässigkeit bereits eingehender Begründung bedurfte, die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers für eine weitere Vertiefung der europäischen Integration durch Art.23 GG und das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union, insbesondere im Hinblick auf die Währungsunion, ernsthaft auf den Prüfstand gestellt. Zwar wurden die Verfassungsbeschwerden letztlich für unbegründet erklärt, nicht ohne daß allerdings der deutschen Integrationspolitik verfassungsrechtliche Vorgaben gemacht worden wären. Insbesondere hat das Gericht hervorgehoben, daß eine weitere Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG durch das Demokratieprinzip begrenzt werde und dem Bundestag in jedem Fall Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Ge-

⁴¹⁰ BVerfGE 88, 173 (183).

⁴¹¹ P. Kirchhof, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 111 f.

⁴¹² BVerfGE 89, 155. Vgl. dazu nur H. Steinberger, Anmerkungen zum *Maastricht*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Hommelhoff/P. Kirchhof (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union* (1994), 25 ff.; ders., *Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993*, FS R. Bernhardt (1995), 1313 ff.; A. Weber, *Der Vertrag von Maastricht vor dem Verfassungsgericht*, FS E. Benda (1995), 421 ff. (auch zu vergleichbaren Verfahren in Frankreich, Großbritannien und Spanien).

wicht verbleiben müßten. Außerdem hat es betont, daß Verträge zur Vertiefung der europäischen Integration einem strenger zu verstehenden Bestimmtheitsgrundsatz unterliegen, als er im allgemeinen für völkerrechtliche Verträge gilt. Schließlich hat es seine eigene Kontrollfunktion gegenüber Akten der supranationalen Hoheitsgewalt unterstrichen⁴¹³. Dieser richterliche Eingriff in eine durch die verfassungsgebende Gewalt angelegte und seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes von allen maßgeblichen politischen Kräften der Bundesrepublik Deutschland mit überwältigender Mehrheit getragene außenpolitische Grundsatzentscheidung läßt sich damit zumindest erklären, daß die europäische Integration Deutschland in eine supranationale Gemeinschaft geführt hat, die vielfach in bundesstaatsähnlicher Weise auf die nationalen Verfassungsstrukturen einwirkt und damit die Intensität der üblichen außenpolitischen Bindungen weit hinter sich läßt. Ob diese Erklärung den Eingriff zu rechtfertigen vermag, ist heftig umstritten.

Unterliegt somit die Integrationsgewalt strengerer verfassungsgerichtlicher Kontrolle als die auswärtige Gewalt im allgemeinen, so reicht die Prüfungsdichte dennoch nicht an den bei rein internen Maßnahmen verwendeten Standard heran. Anderenfalls würde die vom Verfassungsgeber gewollte europäische Integration über Gebühr erschwert. Der in diesem Bereich gültige mittelstrenge Prüfungsstandard zeigt sich gerade beim Grundrechtsschutz. Dort erfüllt der Integrationsgesetzgeber nach der *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die grundgesetzlichen Vorgaben bereits dann, wenn er dafür sorgt, daß auf der europäischen Ebene ein generell adäquater Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der supranationalen Hoheitsträger besteht. Von der exakten Einhaltung der Grundrechte des Grundgesetzes in jedem Einzelfall darf er die Europäische Gemeinschaft dagegen freistellen⁴¹⁴. Diese Rechtsprechung hat der verfassungsändernde Gesetzgeber 1992 in Art.23 Abs.1 GG rezipiert, zugleich aber für das Zustandekommen von Gesetzen zu Verträgen, die die europäische Integration vertiefen, anders als früher verfassungsändernde Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat vorgeschrieben.

⁴¹³ Vgl. die Leitsätze 4, 5 und 7.

⁴¹⁴ Vgl. BVerfGE 73, 339 (386f.); bestätigt in BVerfGE 89, 155 (174f.); anders noch BVerfGE 37, 271 (282ff.). Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat diese Teilfreistellung für mit der EMRK vereinbar gehalten (Entscheidung vom 9.2.1990, Application No.13258/87, ZaöRV 50 [1990], 865ff.). In einem kürzlichen *obiter dictum* hat das Bundesverfassungsgericht ohne Not ausdrücklich offen gelassen, "welcher grundrechtliche Maßstab auf abgeleitetes Gemeinschaftsrecht anwendbar ist" (Beschluß vom 22.1.1997 [2 BvR 1915/91], DVBl.1997, 548 [549]), so daß erneut Schatten des Zweifels auf eine bereits geklärt erschienene Rechtslage fallen.

- f) Verfassungswidrigerklärung bindender völkerrechtlicher Verträge nur in Ausnahmefällen bei klar begrenztem außenpolitischen Schaden

Der Europäische Gerichtshof hat bislang nur einmal den nach außen gerichteten Abschlußakt der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf einen bereits verbindlich gewordenen völkerrechtlichen Vertrag für mit dem EG-Vertrag unvereinbar erklärt⁴¹⁵. Dieses Urteil betraf das Abkommen zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika und der Kommission über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze vom 23. September 1991. Nach Auffassung des Gerichtshofs war die Kommission aus eigener Machtvollkommenheit ohne Einbeziehung des Rats nicht zum Abschluß des Abkommens befugt. Ein Konflikt mit den USA konnte letztlich dadurch vermieden werden, daß Rat und Kommission in einem gemeinsamen Beschluß dieses Abkommen rückwirkend zum 23. September 1991 genehmigten⁴¹⁶. In einer weiteren Entscheidung hat der Gerichtshof den nach Art.228 Abs.2 EGV intern erforderlichen Ratsbeschluß über den Abschluß einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der EWG und den USA über das öffentliche Beschaffungswesen für nichtig erklärt, weil dieser Beschluß auf eine unrichtige Kompetenzgrundlage gestützt worden sei, mochte auch an der Gemeinschaftskompetenz kein Zweifel bestehen. Auf Antrag des beklagten Rates und im Einverständnis mit dem klagenden Europäischen Parlament erhielt der Gerichtshof jedoch in analoger Anwendung von Art.174 Abs.2 EGV die gesamten Wirkungen des für nichtig erklärten Rechtsakts aufrecht, um die Ausübung der dadurch begründeten Rechte nicht zu beeinträchtigen⁴¹⁷. Auf diese Weise war sichergestellt, daß die völkerrechtlichen Verpflichtungen der EG gegenüber den USA bis zur Beseitigung des Formfehlers weiterhin erfüllt werden konnten.

In lediglich einem Fall hat das Bundesverfassungsgericht eine einzelne Klausel in einem für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag für verfassungswidrig befunden und das deutsche Zustimmungsgesetz insoweit für nichtig erklärt⁴¹⁸. Es handelte sich um eine Regelung, die dem deutsch-schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen von 1971 entgegen rechtsstaatlichen Grundsätzen Rückwirkung auf den Zeitraum vor dem Erlaß des deutschen Zustimmungsgesetzes bei-

⁴¹⁵ Slg.1994, I-3641 (Rs.C-327/91).

⁴¹⁶ Beschluß vom 10.4.1995 (ABl. Nr.L 95/45).

⁴¹⁷ Slg.1996, I-1195 (1219) (Rs.C-360/93).

⁴¹⁸ BVerfGE 72, 200 (vgl. Bernhardt [Anm.397], § 174 RN 30 [Anm.70]).

legte. Diese Rückwirkung war auf Betreiben der deutschen Seite in den Vertragstext aufgenommen worden und gereichte in erster Linie ihr zum Vorteil⁴¹⁹. Die Rechtsfolge der Nichtigerklärung, daß die innerstaatliche Anwendung in der Bundesrepublik Deutschland im Ausmaß der rechtsstaatswidrigen Rückwirkung von Verfassungen wegen ausgeschlossen war, belastete praktisch allein die Bundesrepublik. Deshalb drohten von vornherein keine außenpolitischen Komplikationen. Verbindliche Vorgaben etwa nach § 35 BVerfGG, in welcher Weise ein durch Verfassungsrichterspruch eingetretener Konflikt zwischen *international rule of law* und Verfassungsstaatlichkeit zu lösen ist, hätte das Bundesverfassungsgericht ohnehin nicht machen dürfen. Denn die Entscheidung, welche Konsequenzen auf völkerrechtlicher Ebene aus der Nichtigerklärung eines Zustimmungsgesetzes zu ziehen sind, gehört in den Eigenbereich der Exekutive⁴²⁰.

g) Feststellungsentscheidung und Nachbesserungsauftrag als
Alternative zur Nichtigerklärung des Zustimmungsgesetzes:
Die Rechtslage in Ungarn

Es fragt sich, ob Verfassungsgerichte die mit der Nichtigerklärung eines Zustimmungsgesetzes zu einem völkerrechtlichen Vertrag regelmäßig verbundenen Konflikte mit der *international rule of law* durch Tenorieierungsvarianten vermeiden können⁴²¹. Dies würde möglicherweise ihre Bereitschaft steigern, die Verfassungsbindung auch der auswärtigen Gewalt entschlossener durchzusetzen als bisher. Das Bundesverfassungsgericht sieht etwa in einer Reihe von Fallkonstellationen davon ab, verfassungswidrige Gesetze für nichtig zu erklären und beschränkt sich stattdessen auf die Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Damit will es besonderen Schwierigkeiten begegnen, die sich in der jeweiligen Fallkonstellation aus einer Nichtigerklärung ergeben würden⁴²². Die Unvereinbarkeitserklärung führt freilich in aller Regel dazu, daß das betreffende Gesetz in der Zukunft nicht mehr angewandt werden kann und der Gesetzgeber eine der Verfassung entsprechende Gesetzeslage herzustellen hat. Angesichts dieser Rechtsfolgen kommt sie im vorliegenden Zusammenhang als Konfliktvermeidungsmechanismus nicht in Betracht. Auch eine Appellentscheidung scheidet in der Regel aus. Auf eine solche

⁴¹⁹ Vgl. BVerfGE 72, 200 (209f.).

⁴²⁰ Hailbronner (Anm. 55), 29. So bereits BVerfGE 6, 309 (327).

⁴²¹ Vgl. dazu auch Franck (Anm. 19), 153 ff.

⁴²² Vgl. im einzelnen Klein, in: Benda/Klein (Anm. 98), RN 1158 ff., 1181 ff.

greift das Bundesverfassungsgericht zurück, wenn es ein Gesetz zwar gegenwärtig noch für verfassungsmäßig hält, jedoch bereits voraussieht, daß es verfassungswidrig werden wird; das Gericht appelliert dann an den Gesetzgeber, dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten. Bei Vertragsgesetzen steht jedoch zumeist keine Entwicklung zur Verfassungswidrigkeit zu erwarten; vielmehr ist ihre Verfassungsmäßigkeit im Entscheidungszeitpunkt zweifelhaft. Zudem kann der Gesetzgeber über ihren Inhalt gerade nicht frei disponieren.

Als Ausweg könnte das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Vertragsgesetzes feststellen, ohne daß dies automatisch seine Unanwendbarkeit zur Folge hätte⁴²³, und den politischen Instanzen aufgeben, die volle Übereinstimmung des Vertrages mit der Verfassung herzustellen. Der exekutive Eigenbereich kann hierbei jedoch nur gewahrt werden, wenn das Gericht die Mittel und Wege zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit nicht vorschreibt. Stellt man zudem in Rechnung, daß der Vertrag nur im Einverständnis mit den anderen Parteien geändert werden kann und der Regierung ein Einschätzungsspielraum darüber verbleiben muß, was im Wege von Nachverhandlungen erreichbar wäre, erweist sich diese Tenorierungsvariante als wenig praktikabel. Sie zieht die Unverbrüchlichkeit der Verfassung in Zweifel, da ein festgestellter Verfassungsverstoß entweder ohne greifbare Folgen bleibt oder letztlich mit der Aufforderung verknüpft wird, diesen Verstoß durch eine Verfassungsänderung nachträglich zu sanktionieren, weil dies der einzig sichere und von dem jeweiligen Staat allein beherrschbare Weg ist, verfassungsmäßige Zustände wiederherzustellen.

In diesem Zusammenhang ist § 46 des ungarischen Verfassungsgerichtsgesetzes von Interesse, der vorsieht, daß das Verfassungsgericht, wenn es einen Widerspruch zwischen dem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag und einer höherrangigen Norm feststellt, die vertragschließende Stelle unter Abwägung der Umstände und unter Fristsetzung zur Auflösung des Widerspruchs auffordert. Die angesprochene Stelle ist dazu verpflichtet, der Aufforderung fristgerecht nachzukommen. In seiner Entscheidung vom 21. Januar 1997⁴²⁴ hat sich das ungarische Verfassungsgericht mit dieser Problematik befaßt: Ergebe sich im Zuge der Kon-

⁴²³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann es in Ausnahmefällen aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten sein, eine für mit dem GG unvereinbar erklärte Vorschrift für eine Übergangszeit bis zur Neuregelung weiter anzuwenden (vgl. BVerfG, EuGRZ 1996, 656 [661]).

⁴²⁴ Az.4/1997.(I.22.) AB 1353/B/1996/7. Für die Übersetzung, die demnächst in der EuGRZ erscheinen wird, danke ich Alf Masing.

trolle des Zustimmungsgesetzes zu einem bereits verbindlich gewordenen völkerrechtlichen Vertrag, daß dieser gegen die Verfassung verstoße, so stelle das Gericht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes fest. Da sich eine solche Feststellung nicht auf die völkerrechtlichen Bindungen Ungarns auswirken könne, folge daraus die Verpflichtung, den Einklang zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und der Verfassung herzustellen. Dies könne durch eine Kündigung oder Änderung des Vertrages oder notfalls eine Verfassungsänderung geschehen. Um die Herstellung verfassungsmäßiger Verhältnisse zu ermöglichen, dürfe das Verfassungsgericht den Zeitpunkt der Aufhebung des Zustimmungsgesetzes für eine angemessene Frist aufschieben⁴²⁵. Zu der eigentlich interessanten Frage, was nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist geschehen soll, hat das ungarische Verfassungsgericht allerdings nicht Stellung genommen. Überhaupt erweisen sich seine Ausführungen als *obiter dictum*, denn eigentlicher Entscheidungsgegenstand war nur die Zuständigkeit des Gerichts zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des bereits in Kraft getretenen Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Ungarn andererseits⁴²⁶. Die Hauptsacheentscheidung, in der es um die Fragen gehen wird, ob durch das Europa-Abkommen Hoheitsrechte auf den Assoziationsrat übertragen werden und ob dafür eine – bisher fehlende – besondere Ermächtigungsgrundlage in der ungarischen Verfassung erforderlich ist⁴²⁷, steht noch aus.

6. *Diplomatischer Schutzanspruch von Einzelpersonen in Deutschland:
Gerichtliche Erzwingung außenpolitischer Schutzmaßnahmen?*

- a) Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz unmittelbar nur gegen Akte des eigenen Hoheitsträgers

Einzelpersonen können sich mit der Verfassungsbeschwerde nur gegen Akte der staatlichen deutschen, den Grundrechten und grundrechtsglei-

⁴²⁵ Vgl. §§ 46 Abs. 2, 43 Abs. 4 ungar. VerfGG (Anm. 347).

⁴²⁶ Vom 16.12.1991 (BGBl. 1993 II, 1473).

⁴²⁷ Von den Verfassungen der mittel- und osteuropäischen Staaten enthält bisher lediglich die neue polnische Verfassung vom 2.4.1997, die in der Volksabstimmung vom 25.5.1997 angenommen worden ist, eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage (Art. 90) (zit. nach T. Diemer-Benedict, Die neue Verfassung der Republik Polen, Osteuropa-Recht 43/2-3 [1997], 223 ff.). In Westeuropa vgl. etwa früher Art. 24 Abs. 1 GG; jetzt Art. 23 GG; Art. 34 belg. Verf.; § 20 dän. Verf.; Art. 28 Abs. 2 griech. Verf.; Art. 29 Abs. 4 irische Verf.; Art. 92 niederl. Verf.; Art. 9 Abs. 2 österr. Verf.; Art. 93 span. Verf.

chen Gewährleistungen des Grundgesetzes unterworfenen öffentlichen Gewalt zur Wehr setzen⁴²⁸. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden insoweit für unzulässig gehalten, als sie sich gegen Hoheitsakte ausländischer Staaten richteten⁴²⁹. Gleiches galt zunächst für Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Akte supranationaler Organisationen⁴³⁰. Im Zusammenhang mit der Vertiefung der europäischen Integration durch den Maastrichter Vertrag von 1992 hat das Gericht dann in bezug auf diesen letzten Aspekt seine Rechtsprechung ausdrücklich geändert und betont, daß auch Hoheitsakte einer supranationalen Organisation angesichts ihrer Durchgriffswirkung die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen. Sie berührten damit die Gewährleistungen des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand hätten⁴³¹. Eine nähere Begründung für diesen Rechtsprechungswandel fehlt; man spürt freilich die Sorge vor Grundrechtsbeeinträchtigungen seitens der EG. Welche konkreten Rechtsfolgen sich aus dem neuen Ansatz ergeben, bleibt offen, insbesondere die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht in Zukunft Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Hoheitsakte der EG zulassen wird. Im Anschluß an seine gerade zitierte Aussage legt das Gericht allerdings dar, daß es seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem Kooperationsverhältnis mit dem Europäischen Gerichtshof ausübe. Damit rückt als Angriffsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde der deutsche Anwendungsakt – etwa der von einer deutschen Behörde auf der Grundlage einer EG-Verordnung erlassene Verwaltungsakt oder der im Zustimmungsgesetz zum jeweiligen Integrationsvertrag liegende deutsche Rechtsanwendungsbefehl – ins Blickfeld. Die direkte Kontrolle der Sekundärrechtsakte bleibt anscheinend weiterhin dem Europäischen Gerichtshof überlassen.

Von dieser Unklarheit in bezug auf EG-Maßnahmen abgesehen steht fest, daß das Bundesverfassungsgericht Grundrechtsschutz gegen Akte

⁴²⁸ Diese an sich selbstverständliche Voraussetzung ist in Art.93 Abs.1 Nr.4a GG, §90 Abs.1 BVerfGG nur implizit enthalten.

⁴²⁹ Vgl. BVerfGE 43, 203 (209); BVerfG (Kammer), EuGRZ 1992, 306 (307 m.w.N.): Vertreibungs- und Konfiskationsmaßnahmen tschechoslowakischer und polnischer Behörden nach 1945. BVerfGE 66, 39 (56f.): Maßnahmen ausländischer Staaten im Zusammenhang mit der Aufstellung von Mittelstreckenraketen in Deutschland.

⁴³⁰ BVerfGE 58, 1 (27 m.w.N.).

⁴³¹ BVerfGE 89, 155 (175).

auswärtiger Hoheitsträger nicht direkt bieten kann. Vielmehr obliegt die Gewährung von Auslandsschutz als völkerrechtlich zulässige Maßnahme⁴³² der auswärtigen Gewalt den politischen Organen, in erster Linie der Bundesregierung. Da diese Organe ihrerseits kraft Art.1 Abs.3 GG an die Grundrechte gebunden und insoweit der Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts unterworfen sind, wird auf indirektem Wege auch in Auslandsfällen verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz möglich. In entsprechenden Verfassungsbeschwerdeverfahren geht es dann nicht mehr um die Frage, inwieweit materielle Vorgaben des Grundgesetzes die Organe der auswärtigen Gewalt dazu verpflichten, bestimmte Maßnahmen – etwa Grundrechtseingriffe – zu unterlassen, sondern um ihre von Verfassungs wegen bestehenden positiven Handlungspflichten. Um erfolgreich zu sein, müssen Verfassungsbeschwerdeführer einen grundrechtlichen Anspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland auf Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber fremden Völkerrechtssubjekten haben. In dieser Fallkonstellation verschärft sich augenscheinlich das Spannungsverhältnis zwischen der Notwendigkeit, außenpolitischen Handlungsspielraum und richterliche Zurückhaltung zu wahren, und andererseits der bundesverfassungsgerichtlichen Aufgabe, die grundgesetzlichen Vorgaben effektiv auch gegenüber den Organen der auswärtigen Gewalt durchzusetzen.

b) Anspruch auf diplomatischen Schutz und Ermessensspielraum bei der Schutzgewährung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich aus den Grundrechten Schutzpflichten für die öffentliche Gewalt: Diese ist grundsätzlich gehalten, eine Grundrechtsträgerin vor Übergriffen Dritter in grundrechtliche Schutzgüter zu bewahren⁴³³, selbst wenn sie von einem ausländischen Staat ausgehen⁴³⁴. Folglich obliegt den Organen der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere der Bundesregierung, von Verfassungs wegen die Pflicht zum Schutz deutscher Staatsangehöri-

⁴³² Zur völkerrechtlichen Seite des diplomatischen Schutzes vgl. W.K. Geck, *Diplomatic Protection*, EPIL I (1992), 1045 ff.

⁴³³ J. Isensee, HStR V (1992), §111 RN 77 ff.

⁴³⁴ E. Klein, *Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht*, DÖV 1977, 704 ff.; ders., *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, 1633; H.H. Klein, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, DVBl.1994, 489 (490). Vgl. auch Isensee (Anm. 433), RN 79, 120 ff.

ger und ihrer Interessen gegenüber fremden Staaten⁴³⁵. Allerdings steht der Bundesregierung darüber, ob und in welcher Weise sie Auslandschutz gewährt, wie allgemein im außenpolitischen Bereich ein besonders weiter Ermessensspielraum zu⁴³⁶. Dieser findet seinen Grund in dem Umstand, daß die Gestaltung der auswärtigen Verhältnisse und Geschehensabläufe nicht allein vom Willen der Bundesrepublik Deutschland, sondern vielfach von Umständen abhängt, die sich ihrer Bestimmung entziehen. Um die Durchsetzung der jeweiligen politischen Ziele der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des völkerrechtlich und verfassungsrechtlich Zulässigen zu ermöglichen, beläßt das Grundgesetz den Organen der auswärtigen Gewalt einen sehr weiten Spielraum in der Einschätzung außenpolitisch erheblicher Sachverhalte und der Zweckmäßigkeit möglichen Verhaltens⁴³⁷. Der Schutzanspruch von Einzelpersonen reduziert sich damit auf einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung, der angesichts der Weite des Ermessensspielraums kaum je durchgreifen wird. Im praktischen Ergebnis genießt daher bei grundsätzlicher Anerkennung des Schutzanspruchs von Einzelpersonen das Allgemeininteresse an hinreichender außenpolitischer Handlungsfähigkeit des Staates in aller Regel Vorrang⁴³⁸. Soweit ersichtlich, gibt es in keinem anderen Verfassungsstaat eine so umfangreiche und ausgefeilte Rechtsprechung zum diplomatischen Schutzanspruch wie in Deutschland.

c) Zulässigkeitsvoraussetzungen für Verfassungsbeschwerden zur Durchsetzung des Schutzanspruchs

Zur gerichtlichen Durchsetzung des diplomatischen Schutzanspruchs sind in erster Linie die Verwaltungsgerichte berufen. Erst nach erfolgloser Ausschöpfung des Verwaltungsrechtsweges kann Verfassungsbeschwerde erhoben werden (§ 90 Abs.2 BVerfGG). Angesichts des weiten Ermessensspielraums sowohl hinsichtlich des Ob als auch des Wie der diplomatischen Schutzausübung ist allerdings noch keiner diesbezüglichen Verfas-

⁴³⁵ Nach Maßgabe von Art.8c EGV haben nunmehr nichtdeutsche Unionsbürger einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Vgl. allgemein T. Stein, Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union, in: G. Ress/T. Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht (1996), 97 ff.

⁴³⁶ Schon bei der Schutzgewährung gegen inländische Gefahren haben die zuständigen Organe einen erheblichen Ermessensspielraum (BVerfGE 77, 170 [214f.]; 89, 276 [286]; EuGRZ 1997, 258 [260]; H. Dreier, in: ders. [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd.I [1996], Vorb. RN 64).

⁴³⁷ BVerfGE 55, 349 (364f.).

⁴³⁸ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 24.1.1989, Buchholz 11 Art.32 GG Nr.1.

sungsbeschwerde Erfolg beschieden gewesen. Häufig scheitern Beschwerdeführer bereits an der Zulässigkeitshürde, weil sie ihre Darlegungslast nicht erfüllen können. Schon in den innerstaatlichen Schutzpflichtfällen muß schlüssig dargetan werden, daß die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder daß offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzureichend sind, um das Schutzziel zu erreichen. Will eine Beschwerdeführerin geltend machen, daß die öffentliche Gewalt ihrer Schutzpflicht allein dadurch genügen kann, daß sie eine ganz bestimmte Maßnahme ergreift, muß sie auch dies und die Art der zu ergreifenden Maßnahme schlüssig darlegen⁴³⁹. Für Verfassungsbeschwerden zur Durchsetzung des diplomatischen Schutzanspruchs ist die Zulässigkeitshürde noch höher, weil dort zu dem allgemeinen Ermessensspielraum in Schutzpflichtfällen noch der besondere außenpolitische Ermessensspielraum hinzutritt, der es der Bundesregierung gestattet, aus vertretbaren außenpolitischen Erwägungen auch völlig untätig zu bleiben⁴⁴⁰.

Als unzulässig hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere Verfassungsbeschwerden gegen Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen mit allgemeinpolitischem Regelungsinhalt angesehen, mit denen Beschwerdeführer die verfassungsgerichtliche Feststellung erstrebten, daß eine bestimmte, für sie günstige sachliche Regelung bei den Vertragsverhandlungen hätte erreicht werden müssen und daß im Abschluß des Vertrages ohne diese Regelung ein Verfassungsverstoß zu sehen sei, der die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages zur Folge habe. Solchen Versuchen hielt das Gericht zunächst entgegen, daß im außenpolitischen Bereich den zuständigen Organen ein breiter Ermessensspielraum zukomme und bei internationalen Vertragsverhandlungen der Kreis der möglichen Verhandlungsergebnisse sich auf das dem Verhandlungspartner gegenüber politisch Erreichbare verenge. Außerdem würden anderenfalls die Interessen

⁴³⁹ BVerfGE 77, 170 (215).

⁴⁴⁰ Vgl. z. B. BVerfG (Kammer), Nichtannahmebeschluß vom 8.9.1993 (2 BvR 2121 u. a.), Juris Dok. Nr.342892 (ZaöRV 55 [1995], 825f.): Es stelle keine Grundrechtsverletzung dar, daß die Bundesregierung keine konkreten Schritte unternommen habe, um den Beschwerdeführern zur Durchsetzung von ihnen behaupteter Rechte gegenüber der Republik Polen zu verhelfen. Angesichts der rechtlichen Umstrittenheit dieser Ansprüche und der politischen Lage im deutsch-polnischen Verhältnis wären deutsche Vorstöße in diese Richtung nach der aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu beanstandenden Einschätzung der Bundesregierung erfolglos und zudem politisch schädlich. Anders E. Klein, Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen (1992), 68 ff.; ders., Anspruch auf diplomatischen Schutz?, in: Ress/Stein (Anm. 435), 125 (134 ff.).

von Einzelpersonen oder Gruppen dem politischen Gesamtinteresse des Staates, das die Bundesregierung zu wahren habe, in unangemessener Weise vorgeordnet, zumal es nicht um eine Beseitigung effektiver Beeinträchtigungen grundrechtlicher Positionen, sondern um die Erzwingung erwünschter Verbesserungen dieser Positionen gehe. Auf der anderen Seite würde das Bundesverfassungsgericht, wenn es solche Feststellungen träfe, sich in einem Bereich bewegen, in dem den Trägern der auswärtigen Gewalt eine nach politischen Zielsetzungen und Wertungen auszuübende Entscheidungsfreiheit verbleiben müsse. Die dort zu treffenden Entscheidungen entzögen sich ihrer Natur nach richterlicher Beurteilung⁴⁴¹. Hier scheint erneut die *political question doctrine* durch.

Die dargestellte Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht anhand von Verfassungsbeschwerden gegen Zustimmungsgesetze zu Verträgen mit Polen und der Tschechoslowakei entwickelt, welche von Enteignungsmaßnahmen betroffene deutsche Flüchtlinge und Vertriebene eingelegt hatten, weil sie ihre Eigentumsrechte nicht hinreichend geschützt sahen. Vermutlich wird auch die Deutsch-Tschechische Erklärung über die gegenseitigen Beziehungen und deren künftige Entwicklung vom 21. Januar 1997⁴⁴² durch Verfassungsbeschwerden angegriffen werden, allerdings mit ebensowenig Aussicht auf Erfolg.

d) Entschädigungspflicht bei völkervertraglichem Verzicht auf individuelle Rechtspositionen

Noch ungeklärt ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines nicht von einer internen gesetzlichen Entschädigungsregelung aufgefangenen ausdrücklichen völkervertraglichen Verzichts der Bundesrepublik Deutschland gegenüber einem auswärtigen Staat auf etwa noch bestehende Eigentumspositionen oder Entschädigungsansprüche Deutscher. Zu einem solchen Verzicht ist es in der Praxis nicht zuletzt wegen dieser Unklarheit bisher nicht gekommen, auch nicht durch die jüngste Deutsch-Tschechische Erklärung⁴⁴³. Zwar erklärt die Bundesrepublik Deutschland dort in Abschnitt IV, daß sie die Beziehungen zur Tschechischen Republik nicht

⁴⁴¹ BVerfGE 40, 141 (177ff.); 43, 203 (210f.); BVerfG (Kammer), EuGRZ 1992, 306 (307).

⁴⁴² BullBReg. Nr.7 (24.1.1997), 61f.

⁴⁴³ Vgl. BVerfGE 40, 141 (166ff.); 43, 203 (209f.); BVerfG (Kammer), EuGRZ 1992, 306; BVerfG (Kammer), Beschluß vom 8.9.1993 (2 BvR 2121/92 u.a.), Juris Dok. Nr.342892. D. Blumenwitz, Die deutsch-tschechische Erklärung vom 21.1.1997, BayVBl.1997, 161 (164).

mit aus der Vergangenheit herrührenden politischen und rechtlichen Fragen belasten werde. Dies ist wohl dahin zu verstehen, daß die Bundesregierung für von tschechoslowakischen Enteignungsmaßnahmen betroffene Deutsche in dieser Angelegenheit generell keinen diplomatischen Schutz mehr ausüben werde. Wenngleich bewußt in der Form eines politischen Aktes und nicht eines völkerrechtlichen Vertrages gehalten, entfaltet die Erklärung im praktischen Ergebnis keine geringere Bindungswirkung und legt die Bundesregierung daher für die Zukunft auf die Ablehnung entsprechender Schutzersuchen von Vertriebenen fest. Mit einer solchen Festlegung hält sich diese aber im Rahmen ihres Ermessens. Da im selben Abschnitt der Erklärung betont wird, daß jede Seite ihrer Rechtsordnung verpflichtet bleibt und respektiert, daß die andere Seite eine abweichende Rechtsauffassung hat, liegt ein förmlicher Verzicht auf private Eigentumspositionen oder eine förmliche Anerkennung der tschechoslowakischen Enteignungsmaßnahmen nicht vor.

Eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat bereits erkennen lassen, daß der Bund kraft Verfassungsrechts keine Entschädigung für die Unterlassung diplomatischer Vorstöße zum Schutz von Individualinteressen schuldet, die nach der vertretbaren außenpolitischen Einschätzung der Bundesregierung erfolglos bleiben müßten und überdies das politische Klima im Verhältnis zum auswärtigen Staat zu stören geeignet wären⁴⁴⁴. Es spricht viel dafür, daß demgegenüber eine endgültige Disposition über private Ansprüche auf völkerrechtlicher Ebene, etwa im Zuge einer Streitbeilegung mit einem ausländischen Staat über die Nationalisierung der Vermögensgüter von Deutschen durch ein Globalentschädigungsabkommen⁴⁴⁵, zwar von der Eigentumsgarantie in Art.14 GG nicht ausgeschlossen würde, grundsätzlich allerdings mit einer adäquaten innerstaatlichen Entschädigungsregelung verknüpft werden müßte⁴⁴⁶. Entspricht es doch einem jahrhundertealten allgemeinen Grundsatz des deutschen Rechts, daß die Aufopferung privater Rechtspositionen im Allgemeininteresse – etwa dem Interesse an guten Beziehungen zu einem anderen Staat – eine

⁴⁴⁴ BVerfG (Kammer), Nichtannahmebeschluß vom 8.9.1993 (Anm. 443).

⁴⁴⁵ Vgl. allgemein R.B. Lillich, *Lump Sum Agreements*, EPIL 8 (1985), 367 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. BVerfG (Kammer), EuGRZ 1992, 306 ff. Vgl. auch *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 688 ff. (1981) und dazu Henkin (Anm. 260), 297 ff. In beiden Fällen haben sich die Gerichte jedoch nicht endgültig festgelegt. Die vom Bundesverfassungsgericht im *Bodenreform-Urteil* herausgestellte verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Schaffung einer Ausgleichsregelung für die Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besatzungshoheitlicher Grundlage in der DDR ergab sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art.3 Abs.1 GG), weil für andere nicht hinreichend unterscheidbare Enteignungsmaßnahmen eine Wiedergutmachungsregelung getroffen worden war (BVerfGE 84, 90 [128 ff.]).

Pflicht zur Leistung einer angemessenen Entschädigung auslöst⁴⁴⁷, worunter keineswegs voller Schadensersatz zu verstehen ist. Dabei wird eine sachgerechte Verteilung der vom ausländischen Staat erlangten Globalabfindung regelmäßig den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen⁴⁴⁸. In dieser Entschädigungslösung läge ein vertretbarer Kompromiß zwischen der Notwendigkeit, die außenpolitische Handlungsfähigkeit zu wahren, und der Wertentscheidung in Art.14 GG. Eine Entschädigungspflicht tritt indessen dann nicht ein, wenn über private Rechtspositionen disponiert wird, die gar nicht mehr bestehen oder jedenfalls praktisch wertlos sind, weil sie von ihren Inhabern selbst bei diplomatischer Unterstützung durch die Bundesregierung dem auswärtigen Staat gegenüber nach menschlichem Ermessen dauerhaft nicht durchgesetzt werden können⁴⁴⁹.

E. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Dilemma der Verfassungsgerichte, einerseits die Verfassungsbindung der demokratisch besser legitimierten politischen Verfassungsorgane effektiv durchsetzen, andererseits diesen hinreichenden Entscheidungsspielraum belassen zu müssen, verschärft sich in Fällen zur auswärtigen Gewalt, in denen das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Machtpolitik besonders deutlich hervortritt.

2. Die Entscheidungsergebnisse können in solchen Fällen auch bei nichtamerikanischen Gerichten häufig auf Gedankengänge zurückgeführt werden, wie sie der *political question doctrine* im Sinne der Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Baker v. Carr* (1962) zugrundeliegen: das Fehlen rechtlicher Standards; die verfassungsrechtliche Zuweisung der Entscheidung an ein politisches Organ; die Notwendigkeit, daß der Hoheitsträger nach außen mit einer Zunge spricht; die Existenz einer vorausliegenden politischen Grundentscheidung, die von Gerichten nicht in Frage gestellt werden kann. Offenbar formuliert die *political question doctrine* immanente Gesetzmäßigkeiten im Gewaltenteilungssystem des Konstitutionalismus europäisch-atlantischer Prägung.

⁴⁴⁷ Vgl. bereits §§ 74, 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 (H. Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten [3. Aufl. 1996]). Vgl. auch D. Blumenwitz, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, BayVBl.1996, 577 (581f.).

⁴⁴⁸ R. Bernhardt, Verfassungsrecht und internationale Lagen, DÖV 1977, 457 (460f.).

⁴⁴⁹ Vgl. Tomuschat (Anm. 113), 58ff.

3. Die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte im Hinblick auf tatsächliche Annahmen und Prognosen der Organe der auswärtigen Gewalt hängt von der Natur der angegriffenen Maßnahme ab. Je mehr diese im Kernbereich der auswärtigen Gewalt liegt und je weniger sie unmittelbare Grundrechtseingriffe beinhaltet, desto eher kann sich das Verfassungsgericht auf eine bloße Willkürkontrolle beschränken. Je mehr dagegen ein unmittelbarer und schwerwiegender Eingriff in elementare Grundrechte durch einen inländischen Hoheitsträger im Inland auf dem Prüfstand steht, desto strenger muß auch mit Rücksicht auf die Europäische Menschenrechtskonvention die verfassungsgerichtliche Kontrolle ausfallen.

4.a) Bei der rechtlichen Überprüfung von Maßnahmen der auswärtigen Gewalt muß das Verfassungsgericht einen Ausgleich zwischen den Anforderungen der nationalen Verfassungsstaatlichkeit bzw. der ihr entsprechenden supranationalen Konstitutionalität und der *international rule of law* versuchen.

b) In der heute zunehmend vernetzten Welt interdependenter Staaten schrumpft mit der politischen Autonomie auch die Möglichkeit der Verfassungsgerichte, autonome Verfassungsinterpretationen gegenüber der außenpolitisch eingebundenen auswärtigen Gewalt durchzusetzen. Um so wichtiger wird es, darauf hinzuwirken, daß die dadurch begründete Verletzlichkeit verfassungsstaatlicher Prinzipien mithilfe ihrer Projektion auf die übernationale Ebene und effektiven Durchsetzung gegenüber allen beteiligten Staaten und Organisationen durch eine übernationale (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit in einem gewissen Sinne ausgeglichen wird.

5.a) Soweit für bestimmte Bereiche eine obligatorische internationale oder supranationale Gerichtsbarkeit eingerichtet worden ist, haben nationale Verfassungsgerichte kraft Völker- und Verfassungsrechts die Aufgabe, diese in ihrer Effektivität zu unterstützen. Würden nationale Verfassungsgerichte dagegen die Gerichtsbarkeit internationaler oder supranationaler Gerichte usurpieren und für ihren Jurisdiktionsbereich abweichende Entscheidungen über den Inhalt völker- oder europarechtlicher Normen treffen, verstießen sie gegen die *international rule of law* bzw. die supranationale Rechtsgemeinschaftlichkeit und zugleich gegen das nationale Rechtsstaatsprinzip.

b) Solange und soweit keine obligatorische internationale oder supranationale Gerichtsbarkeit besteht, sind gemeinsame Anstrengungen der nationalen Verfassungsgerichte vonnöten, um das Völker- und Europarecht der Beliebigkeit der politischen Organe zu entziehen und die *international rule of law* als Herrschaft des Rechts statt der Macht zu gewährleisten.

Dies trifft etwa zu für die Ausnahmen von der Rechtsprechungsgewalt des Europäischen Gerichtshofs nach Art.L EUV.

6.a) Der völkerrechtliche Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsprozeß, der – anders als die entsprechenden Prozesse auf nationaler und auf EG-Ebene – weitgehend ungeformt ist, wird durch die Praxis der (supra-)nationalen außenpolitischen Entscheidungsträger bestimmt (*dédoublement fonctionnel*). Die Verfassungsgerichte müssen deren politisch-gestalterische Funktion im Völkerrechtsraum zwar achten, tragen aber zugleich eine Mitverantwortung für die Wahrung der *international rule of law*.

b) In Erfüllung dieser gegenläufigen Anforderungen beanstanden die Verfassungsgerichte Völkerrechtsauffassungen der politischen Organe nur, aber auch immer dann, wenn sie offensichtlich unhaltbar sind. Offensichtlich unhaltbar ist eine Völkerrechtsauffassung jedenfalls, wenn sie einer für den jeweiligen Hoheitsträger verbindlichen Entscheidung eines internationalen Gerichts oder Schiedsgerichts widerspricht. Besteht ein Widerspruch zu einer internationalen richterlichen Entscheidung, die, obgleich sie nicht förmlich verbindlich ist, nach Art.38 Abs.1 Buchst.d IGH-Statut ein hochrangiges Hilfsmittel zur Feststellung von Völkerrechtsnormen darstellt, so trifft die politischen Organe eine besondere Argumentationslast.

c) Als indirekte Form der Kontrolle der auswärtigen Gewalt des eigenen Hoheitsträgers folgt die Überprüfung der Völkerrechtmäßigkeit von Hoheitsakten fremder Völkerrechtssubjekte den Maßgaben der These 6.b: Das Verfassungsgericht holt hierzu eine Stellungnahme der eigenen Exekutive ein und schließt sich dieser an, soweit sie hinreichend klar und nicht offensichtlich unhaltbar ist.

d) Unsicherheiten über Existenz oder Inhalt einer entscheidungserheblichen Norm des EG-Rechts können und müssen nationale Verfassungsgerichte nach Maßgabe des Art.177 Abs.3 EGV durch Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs beseitigen.

7. Bei der Durchsetzung der verfassungsmäßigen Zuständigkeitsordnung in Angelegenheiten der auswärtigen Gewalt kann es sich für ein Verfassungsgericht empfehlen, in Zweifelsfällen die konkurrierenden Organe (in föderalen Systemen auch die konkurrierenden Verbände) maßgebend in den Willensbildungsprozeß einzubeziehen, statt die Entscheidungskompetenz strikt einer Stelle allein zuzuweisen (Konfliktentschärfung durch Verfahrenbeteiligung).

8.a) Bei der Durchsetzung materiell-verfassungsrechtlicher Verpflichtungen gegenüber den außenpolitischen Entscheidungsträgern muß ein

Verfassungsgericht Rücksicht darauf nehmen, daß diese im Völkerrechtsraum kaum autonom agieren können.

b) Konflikte zwischen völkerrechtlichen Bindungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben sind in erster Linie zu vermeiden und nur notfalls unter bestmöglicher Wahrung sowohl der *international rule of law* als auch der Verfassungsstaatlichkeit bzw. supranationalen Konstitutionalität aufzulösen. Letzteres ist schwierig, weil die Verfassungswidrigkeit ein Völkerrechtssubjekt regelmäßig nicht von eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen entlastet.

c) Am günstigsten erweist sich eine verfahrensmäßige Konfliktbewältigung durch präventive Kontrolle noch nicht verbindlich gewordener völkerrechtlicher Verträge. Eine nachträgliche materielle Konfliktbewältigung verlangt in der Regel eine völkerrechtsfreundlich-flexible Interpretation der Verfassung, die freilich die Wirkkraft der Verfassung ungewollt über den Bereich der auswärtigen Gewalt hinaus beeinträchtigen kann.

d) Ein Ausweichen auf abgeschwächte Tenorierungen – etwa die bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit anstelle einer Nichtigerklärung – ist nicht empfehlenswert, weil sie regelmäßig die Unverbrüchlichkeit der Verfassung in Zweifel ziehen, ohne den Konflikt zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht lösen zu können.

9. Die Integrationsgewalt unterliegt wegen ihrer besonders tiefgreifenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die nationale Verfassungsstruktur strengerer verfassungsgerichtlicher Kontrolle als die auswärtige Gewalt im allgemeinen. Um die vom Verfassungsgeber gewollte Integration nicht übermäßig zu erschweren, reicht die Prüfungsdichte aber auch dort nicht an den Standard heran, der bei rein internen Maßnahmen geboten ist.

10. Damit im Allgemeininteresse ein möglichst großer außenpolitischer Handlungsspielraum gewahrt bleibt, können Individualklagen gegen außenpolitische Entscheidungen in der Regel keinen Erfolg haben. Ähnliches gilt für Klagen zur Durchsetzung des diplomatischen Schutzanspruchs. Daraus erwachsende individuelle Härten müssen im internen Staat/Organisation-Bürger-Verhältnis nach Möglichkeit finanziell ausgeglichen werden, soweit sie als wirtschaftlicher Verlust faßbar sind.

11. Bei ihrer ohnehin stets schwierigen Gratwanderung zwischen entschlossenem Eingreifen und weiser Zurückhaltung gegenüber den politischen Gewalten sehen sich Verfassungsgerichte vor besonders hohen Anforderungen, wenn sie Maßnahmen der auswärtigen Gewalt kontrollieren. Je mehr im OSZE-Raum möglichst jedes Verfassungsgericht über die Sprachbarriere hinweg möglichst alle anderen Verfassungsgerichte an seinen diesbezüglichen Erfahrungen teilhaben läßt und seinerseits an deren

Erfahrungen teilhat, desto besser werden sie alle in der Lage sein, diese Anforderungen zu erfüllen. Allmählich kann sich auf diese Weise ein Geist grenzüberschreitender gemeinsamer richterlicher Verantwortung entwickeln, der zur Wahrung und zum Ausbau der europäisch-atlantischen Verfassungswerte – Demokratie, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rechtsstaatlichkeit einschließlich der *international rule of law* – in allen OSZE-Staaten beitragen wird.

Summary⁴⁵⁰

Constitutional Court Control of the Foreign Relations Power in the Euro-Atlantic Constitutional State: Comparative Stock-taking and Prospects for the New Democracies of Central and Eastern Europe

The article deals with the control exercised by constitutional courts over the foreign relations power in the Euro-Atlantic constitutional state, including the quasi-federal European Community whose supranational constitutionalism closely resembles the constitutional framework of this type of state. From a comparative perspective, it takes stock of the pertinent jurisprudence primarily of the German Federal Constitutional Court, the U.S. Supreme Court, the Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights. The article also refers to the constitutional law of the new democracies of central and eastern Europe and the jurisprudence of their constitutional courts, which is, however, still scant with regard to cases involving foreign relations power issues. It seems that the practical experiences gathered over a period of at least forty years by the four above-mentioned constitutional courts, established respectively at the national, international or supranational levels, may provide some guidance to other constitutional courts in the OSCE area when they are confronted with cases concerning the foreign relations power. The conclusions of the study can be summarized as follows:

1. The dilemma of constitutional courts, which must on the one hand effectively enforce the constitutional constraints imposed on the political organs, whose democratic legitimation is more firmly grounded than their own, but on the other hand must leave the political organs sufficient scope for discretion, intensifies in cases concerning the foreign relations power, because in these cases the tension between law and power politics becomes particularly evident.

⁴⁵⁰ Summary by the author.

2. Even non-American court decisions in foreign relations power cases are often based on reasoning implicitly, and sometimes perhaps unknowingly, derived from the political question doctrine as it was defined by the U.S. Supreme Court in *Baker v. Carr* (1962): the lack of legal standards; the constitutional commitment of a certain issue to a political branch; the necessity of avoiding multifarious pronouncements by various branches on one question; the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion. The political question doctrine apparently formulates rules inherent in the separation-of-powers system of Euro-Atlantic constitutional states.

3. A constitutional court's standard of scrutiny with regard to factual assumptions and prognoses of foreign policy-makers depends on the nature of the challenged measure. The closer it is to the core area of the foreign relations power and the less it involves direct encroachments on an individual's fundamental rights, the more a constitutional court can limit itself to a mere rationality control concerning the government's statement of facts. This holds true, for instance, in cases involving issues of general defense policy (e.g., the necessity of and consequences arising from the deployment of certain weapons systems), or cases in which a petitioner challenges the government's claim that a certain not wholly satisfactory international agreement constituted the best result obtainable in long and complex international negotiations.

The more, however, a direct and serious encroachment on the fundamental rights of an individual within the territory by domestic authorities is at stake, the stricter the scrutiny by the constitutional court must be, in conformity with the requirements of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Thus, in a case where the government tries to refute the claim of an asylum seeker that he would be subject to inhuman treatment if deported to his home state, the court must go beyond inquiring merely into the rationality of the government's assessment of the situation in that state (cf. the judgment of the European Court of Human Rights of 15 November 1996 in the case of *Chahal v. United Kingdom*, where a violation of Art.3 of the ECHR was at issue).

4.a) When scrutinizing measures attributable to the foreign relations power as to their lawfulness, a constitutional court must attempt to strike a balance between the requirements of national or supranational constitutionalism on the one hand and the requirements of the international rule of law on the other hand.

b) In the modern world of interdependent states whose political autonomy is decreasing because of a growing tendency toward regional integration and globalization, the possibility for constitutional courts to impose an autonomous constitutional interpretation on foreign policy-makers who are integrated in an intricate network of foreign relations also decreases. This renders constitutional principles at the national level vulnerable to foreign policy constraints. If, for instance,

a state enters into an economic union or a defense alliance in a move which is considered politically essential, its membership may have unavoidable adverse effects on the fundamental rights of its citizens. It is therefore becoming increasingly important to complement the trend toward regional integration and globalization by transposing constitutional principles to the transnational (i.e., regional or universal) level and to provide for their effective enforcement by a transnational (i.e., regional or universal) constitutional court against all states and organizations involved. This will to a certain extent counterbalance the impairment of constitutional principles at the national level inevitably caused by regional integration and globalization.

One case in point concerns human rights protection against secondary acts of the European Community. If one accepts as a necessary incident of European integration that Community law supersedes national law, including national constitutional law, the fundamental rights of citizens will be left vulnerable unless adequate human rights standards are made part of the body of primary Community law and enforced by the European Court of Justice against Community institutions. As far as this is the case, the national systems of human rights protection no longer come into play even if in individual cases human rights standards of Community law lag behind the national standards of some member states. Therefore, according to the jurisprudence of the German Constitutional Court and the European Commission of Human Rights, neither the German constitution nor the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms require the national constitutional courts to query the human rights standard of the Court of Justice of the European Communities in each individual case, if, in general, this Court provides an adequate level of protection.

5.a) Where in certain areas international or supranational courts with compulsory jurisdiction have been established, national constitutional courts are, by virtue of international and constitutional law, obliged to enhance the effectiveness of those courts. If national constitutional courts, notwithstanding, usurped the jurisdiction of international or supranational courts, determining on their own the contents of norms of international or European Community law for their national area of jurisdiction, irrespective of divergent binding precedents from those courts, they would violate the international as well as the national rule of law. In its *Maastricht* decision of 1993, the German Federal Constitutional Court unfortunately announced that it would pursue the latter course while at the same time emphasizing its "cooperative relationship" with the European Court of Justice.

b) Where international or supranational courts with compulsory jurisdiction do not yet exist common efforts by national constitutional courts are necessary to prevent political organs from arbitrarily disregarding international law and European Community law, thereby contributing to the establishment of an international rule of law instead of might. This applies, for example, to the areas excepted

from the jurisdiction of the European Court of Justice pursuant to Art.L of the Treaty on European Union.

6.a) The international process of law making and law enforcement, in contrast to the corresponding processes at the national and European Community level, is largely unformed. It is determined by the practice of the foreign policy-makers of states and organizations (*dédoublement fonctionnel*), whose political function as law-makers in the sphere of international law must be respected by the constitutional courts of those states and organizations. At the same time, however, a constitutional court shares responsibility for the maintenance of the international rule of law with the political organs of its state or organization.

b) Constitutional courts can meet these contradictory demands by subjecting the positions taken by the competent political organs of their state or organization as to the existence and contents of a rule of international law to a deferential standard of scrutiny, in the sense that these positions will be upheld unless they are manifestly untenable. A legal standpoint maintained by the political organs of a state or an organization is manifestly untenable if it contradicts a decision by an international court or arbitral tribunal binding for the respective subject of international law. The European Court of Justice will have to face this kind of situation as soon as the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization has definitely found the European Communities' common organization of the banana market in violation of the GATT 1994.

If the legal view of the competent political organ contradicts an international judicial decision which, although not formally binding, nevertheless serves as an important subsidiary means for the determination of international legal rules according to Art.38 (1) (d) of the Statute of the International Court of Justice, the political organs must meet a special burden of proof to overcome the international judicial decision's persuasive authority.

c) When scrutinizing the international lawfulness of acts of foreign subjects of international law, a constitutional court exercises an indirect form of control over the reaction to those acts by the foreign policy-makers of its own state or organization. Therefore, the rule mentioned in §6 (b) applies: the court must request an opinion as to the international lawfulness of the challenged foreign act from its own executive, and defer to it if it is sufficiently precise and not manifestly untenable. This approach takes the concerns into account which underlie the act of state doctrine of the U.S. Supreme Court.

d) If uncertainty as to the existence and contents of a relevant norm of European Community law arises in proceedings before a national constitutional court, this court can and must request a preliminary ruling from the European Court of Justice, pursuant to Art.177 (3) of the EC Treaty.

7. For a constitutional court called upon to enforce the constitutional division of competence in foreign relations matters, it may in case of doubt be advisable to

give all the competing organs (and in federal systems also the competing levels of government) a substantial role in the decision-making process, instead of attributing the decision-making power to one body alone. This approach, taken by the Federal Constitutional Court in the 1994 decision on the participation of German troops in missions conducted under the auspices of the United Nations Security Council and in the 1995 decision on the Television Directive of the European Community, may ease conflicts of competence, in suitable cases, through procedural participation, and thus strengthen the system as a whole.

8.a) When enforcing substantive constitutional obligations against foreign policy-makers, a constitutional court must take into account that the political organs can hardly ever act autonomously in the international sphere.

b) Conflicts between international legal obligations and constitutional constraints are to be avoided in the first place. If that is unfeasible, they must be resolved in a way which maintains both the international rule of law and the relevant national or supranational constitutional norms to the best possible extent. The latter alternative poses difficulties because, in general, unconstitutionality does not relieve a subject of international law of an international legal obligation.

c) The best conceivable conflict management is of a procedural kind, namely the preliminary review of international treaties which have not yet become binding. A prototype can be found in Art.228 (6) of the EC Treaty, enabling the European Court of Justice to render binding opinions as to the compatibility with the EC Treaty of an agreement which the European Community intends to conclude with a third-party state or organization.

Subsequent conflict resolution on substantive terms will usually require a flexible interpretation of the constitution favoring international law. Along these lines, the German Federal Constitutional Court has employed the "closer to the Basic Law" approach according to which a treaty, although not fully compatible with the constitution, will be upheld if the German treaty-makers did their utmost to improve a situation that had been even further removed from the standards of the Basic Law. This softening of constitutional standards can, however, inadvertently impair the effectiveness of the constitution beyond the sphere of foreign relations.

d) A constitutional court should not avoid the conflict by moderating the operative provisions of its judgment, e.g. by handing down a mere declaration that a certain act emanating from the foreign relations power is unconstitutional instead of a determination that it is void. Moderations of this sort will often raise doubts as to the binding character of the constitution in the field of foreign policy without being able to resolve the conflict between international law and constitutional law. It remains to be seen how the Hungarian Constitutional Court uses in practice a statutory basis allowing for such moderations.

9. The integration power constitutes a section of the foreign relations power with a special quality. It comprises all state activities which relate to the integration of the state in supranational communities with quasi-federal structural elements, and in particular the participation of the state in the development of the European Union and the European Communities incorporated in it (primarily the European Community). In view of its particularly grave potential impacts on the national constitutional structure, the integration power is subject to stricter scrutiny by constitutional courts than the foreign relations power in general. The standard of scrutiny does not, however, measure up to the standard used for purely internal measures, because integration, which is favored by the constitution, would otherwise be unduly impeded (see *supra* §4 [b]).

10. Because of the general interest in keeping the foreign policy-makers' scope for maneuver in the international arena as broad as possible, suits filed by individuals against foreign policy decisions as a rule cannot succeed. This also applies to suits intended to enforce an individual's claim to diplomatic protection. If this leads to individual hardship in the form of an economic loss which can be assessed in monetary terms, financial compensation must be sought in the internal relationship between the citizen affected and the state or organization to which the foreign policy decision is attributable.

11. Constitutional courts, which must always strike a difficult balance between resolute intervention and prudent restraint vis-à-vis the political branches, are facing particularly high demands when they review acts emanating from the foreign relations power. Constitutional courts within the OSCE area will be better able to meet these demands, the more they share pertinent experiences with each other, notwithstanding the language barrier. In this way, a spirit of cross-boundary common judicial responsibility can gradually develop which will contribute to the maintenance and consolidation of the Euro-Atlantic constitutional values – democracy, human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, including the international rule of law – in all states belonging to the Organization for Security and Cooperation in Europe.