

Professor Dr. Stefan Talmon, LL.M. M.A., Bonn*

Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht

Offene Staatlichkeit und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das heißt die Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Völkerrecht, sind Ausdruck der hohen Wertschätzung, die das Völkerrecht in Deutschland genießt. Völkerrecht erscheint als „gutes Recht“, an dessen Wesen das deutsche Recht anscheinend nur genesen kann. Dennoch besteht das Risiko verfassungswidriger Einbrüche des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung. Der Beitrag untersucht die völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht.

I. Das Völkerrecht in der deutschen Rechtsordnung

Wenn in der deutschen Staatsrechtslehre an das Völkerrecht gedacht wird, so geht es zumeist um die „offene Staatlichkeit“ oder die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes, das heißt um die Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Völkerrecht.¹ Das „Völkerrecht“ oder auch die „Vereinten Nationen“ sind in Deutschland durchweg positiv besetzte Begriffe. Völkerrecht ist gutes (oder zumindest gut gemeintes) Recht. Die Frage nach den Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht wird deshalb bislang kaum gestellt. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass das Völkerrecht mit den Grundwertentscheidungen, Prinzipien und Normen unseres Rechts übereinstimmt. Das Risiko verfassungswidriger Einbrüche des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung wird entweder von vorneherein ausgeschlossen oder als rein theoretisch abgetan.² Die zunehmende Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und die Ausweitung der Sachbereiche, die heute durch das Völkerrecht geregelt werden, führt jedoch zu einer Zunahme völkerrechtlicher Regeln, die auch innerstaatlich von Bedeutung sind und deren Anwendung durchaus mit unserer Verfassungsordnung kollidieren können.

Haupteinfallstor für das Völkerrecht ins deutsche Recht ist Art. 25 GG. Dort heißt es:

„Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

Art. 25 Satz 1 GG erteilt einen generellen Rechtsanwendungsbefehl. Die Vorschrift bewirkt nach Aussage des

BVerfG, dass „die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ohne ein Transformationsgesetz, also unmittelbar, Eingang in die deutsche Rechtsordnung finden und dem deutschen innerstaatlichen Recht [...] im Range vorgehen.“³ Das Grundgesetz ist insoweit wirklich völkerrechtsfreundlicher als zum Beispiel das englische Recht, in dem die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zwar ebenfalls Bestandteil des Common Law sind, aber unter dem Vorbehalt einfacher Parlamentsgesetze stehen,⁴ was den Gedanken der „sovereignty of Parliament“ widerspiegelt. Die perpetuierlich-dynamische Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung unabhängig von ihrem materiellen Gehalt, außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens und unter Ausschluss des demokratisch legitimierten Gesetzgebers,⁵ ein Vorgang, der auch als „Akt der blinden Unterwerfung“⁶ bezeichnet wurde, ist nicht ohne Risiko.⁷

Zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ gehören das Völkergewohnheitsrecht, einschließlich des völkerrechtlichen *jus cogens*, sowie die anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1c des IGH-Statuts.⁸ Gerade die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht erfordert jedoch nicht, dass alle Staaten einer Regel ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben. Deutschland muss eine völkergewohnheitsrechtliche Regel also nicht notwendigerweise anerkannt haben, damit sie innerstaatlich zur Anwendung kommen kann.⁹ Das *BVerfG* hat ausgeführt, dass eine Regel „allgemein“ im Sinne des Art. 25 GG sei, „wenn sie von der weitaus größeren Zahl der Staaten – nicht notwendigerweise auch von der Bundesrepublik Deutschland – anerkannt“ wird.¹⁰ Hier lauert Konfliktpotential, da Völkergewohnheitsrecht in jüngster Zeit von internationalen und internationalisierten Gerichten und Organen regelrecht „gefunden“ oder soll man sagen „erfunden“ wurde, ohne dass der erforderliche Nachweis einer sich in der Staatenpraxis manifestierenden Rechtsüberzeugung der Staaten geführt wurde.¹¹ Zu denken ist hier nur an die Feststellung des Sondergerichts für Libanon vom Februar 2011, dass „Terrorismus“ heute ein völkergewohnheitsrechtlich etablierter Straftatbestand sei¹² – und dies, obwohl sich die Staaten im Rah-

³ *BVerfGE* 6, 309, 363.

⁴ Siehe *Jennings/Watts* (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9. Aufl. 1992, S. 57.

⁵ Vgl. *BVerfGE* 6, 309, 363: „Der Gesetzgeber hat also die Verfügungsmacht über den Rechtsbestand auch dort, wo eine [völkerrechtliche] vertragliche Bindung besteht, sofern sie nicht allgemeine Völkerrechtssätze zum Gegenstand hat“ (Hervorhebung durch Verf.). Vgl. auch *BVerfGE* 23, 288, 316 f.

⁶ *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 4; übernommen z. B. von *Dreier DVBl* 1999, 667, 674 f.

⁷ *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 63. Siehe auch *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 293; *Geiger AöR* 103 (1978), 382, 384 f.

⁸ Siehe z. B. *BVerfGE* 15, 25, 34 f.; 23, 288, 317; 94, 315, 328; 95, 96, 129; 96, 68, 86; 112, 1, 25, 27 f. Contra *Silagi EuGRZ* 1980, 632, 645 f., der unter den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nur das *jus cogens* verstehen will.

⁹ Anders noch die Rechtslage unter Art. 4 WRV; siehe *Steinberger*, in: *HStR* (Fn. 2), § 173 Rn. 33.

¹⁰ *BVerfGE* 16, 27, 33; 15, 25, 34. Siehe auch *Geck*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 2, 1976, S. 125, 128.

¹¹ Vgl. *BVerfGE* 95, 96, 129.

¹² *Special Tribunal for Lebanon*, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Char-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Direktor am Institut für Völkerrecht. Der Beitrag beruht auf der am 23. 5. 2012 gehaltenen Antrittsvorlesung des Verfassers.

¹ *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 42. Siehe auch *Häberle*, in: *Festschrift für Schelsky*, 1978, S. 141 ff.; *Tomuschat*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 1992, § 172; *Hobe*, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998; *Fassbender*, *Der offene Bundesstaat*, 2007; *Röben*, *Außenverfassungsrecht*, 2007; *Schorckopf*, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit*, 2007; *Sommermann*, in: *v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, 2008, § 14; *Giegerich* (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010.

² Vgl. *Steinberger*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 1992, § 173 Rn. 61; *Schorckopf* (Fn. 1), S. 166.

men der Vereinten Nationen seit mehr als 20 Jahren noch nicht einmal auf eine Definition des „Terrorismus“ haben einigen können.¹³

Wenn das Völkergewohnheitsrecht in Deutschland also unmittelbar gilt, wenn es sogar den Gesetzen vorgeht, so stellt sich zum Beispiel die Frage, ob somalische Piraten von deutschen Gerichten nach völkergewohnheitsrechtlichen Strafvorschriften verurteilt; ob sich Scientology vor deutschen Behörden auf die völkergewohnheitsrechtliche Religionsfreiheit berufen; und ob deutsche Staatsbürger auf der Grundlage einer entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Vorschrift an das Ausland ausgeliefert werden könnten. Oder gibt es hier Grenzen für die Anwendung des Völkergewohnheitsrechts im deutschen Recht? Im Folgenden sollen zwei mögliche Grenzen aufgezeigt werden: Zum einen die dem Völkergewohnheitsrecht selbst innewohnenden Grenzen, sogenannte „immanente Grenzen“; zum anderen die sich aus dem Grundgesetz ergebenden Grenzen, sogenannte „verfassungsrechtliche Grenzen“. Diese Grenzen kommen auch dann zur Anwendung, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass das Völkergewohnheitsrecht Bestandteil des Europarechts ist¹⁴ und als solches über Art. 23 GG Eingang ins deutsche Recht findet, da sich die Grenzen des Art. 23 GG insoweit nicht wesentlich von denen des Art. 25 GG unterscheiden.¹⁵

II. Immanente Anwendungsgrenzen

Immanente Grenzen der Anwendung des Völkergewohnheitsrechts können sich sowohl aus dem Inhalt der einzelnen völkergewohnheitsrechtlichen Norm („tatbestandliche Grenzen“) als auch aus dem Völkerrecht als solchem („völkerrechtliche Grenzen“) ergeben.

1. Tatbestandliche Grenzen

Die Normen des Völkergewohnheitsrechts sind innerstaatlich nur nach Maßgabe ihres Tatbestandes anzuwenden. Die Mehrzahl dieser Normen richtet sich an die Staaten und ihre Organe und begründet ausschließlich Rechte und Pflichten im Verhältnis der Staaten zueinander. Nur ausnahmsweise begründet das Völkergewohnheitsrecht unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen. Art. 25 GG verschafft den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zwar unmittelbare Geltung, verändert aber nicht deren Inhalt. Insbesondere bewirkt die Vorschrift keinen Adressatenwechsel der Norm.¹⁶ Die Regel, wonach das Vermögen von Ausländern nur im öffentlichen Interesse und nur gegen Entschädigung enteignet oder nationalisiert werden darf, begründet ein Recht des Heimatstaats des Ausländers, das im Wege des diplomatischen Schutzes auszuüben ist, und nicht ein Individualrecht des Ausländers selbst. Diese Regel begründete deshalb auch

ging v. 16. 2. 2011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, paras. 83–113. Siehe auch *Ambos* Leiden Journal of International Law 24 (2011), 655, 665 ff.

¹³ Siehe z. B. den Sitzungsbericht des Sechsten Ausschusses der VN-Generalversammlung v. 3. 10. 2011 zum Thema „Maßnahmen zur Ausschaltung des internationalen Terrorismus“, UN Doc. A/C.6/66/SR.1, 24. 10. 2011, S. 5 (§ 38).

¹⁴ Siehe z. B. *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 3. 6. 2008 – Rs. C-308/06 (Intertanko und Andere), Rn. 51 = Slg. 2008 I-4057.

¹⁵ Siehe *BVerfGE* 111, 307, 319, wonach auch die – sehr weitgehende – Integrationsermächtigung in Art. 23 GG verfassungsrechtlichen Grenzen unterliegt.

¹⁶ *BVerfGE* 41, 126, 160. Siehe auch *Zuleeg*, in: Alternativkommentar zum GG, 2. Aufl. 1989, Art. 24 Abs. 3/Art. 25, Rn. 12. Anders jedoch *Doehring* (Fn. 6), S. 157 ff.

über Art. 25 GG innerstaatlich kein unmittelbares Recht des Ausländers auf Entschädigungszahlung.¹⁷ Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ besagt auch als geltendes Bundesrecht nur, dass die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet ist, ihre vertraglich eingegangenen Verpflichtungen einzuhalten. Selbst wenn man aus Art. 25 Satz 2 GG folgern wollte, dass auch die Bewohner des Bundesgebiets Rechte aus diesem Grundsatz herleiten können, so könnten sich diese – dem Tatbestand dieser völkerrechtlichen Norm entsprechend – nur darauf erstrecken, die Bundesrepublik Deutschland zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen anzuhalten.¹⁸

Nicht jede Norm des Völkergewohnheitsrechts ist innerstaatlich unmittelbar anwendbar. Voraussetzung für die innerstaatliche Anwendung ist nicht, dass die Norm Rechte oder Pflichten für den Einzelnen begründet. Auch Vorschriften, die Rechte und Pflichten der Staaten begründen, können innerstaatliche Anwendung finden, indem sie die zuständigen Staatsorgane auch bundesrechtlich binden, diese Rechte und Pflichten zu erfüllen.¹⁹ Unmittelbar anwendbar sind aber nur solche Normen, die inhaltlich hinreichend bestimmt sind, so dass zu ihrer Durchführung keine weiteren innerstaatlichen Rechtsakte notwendig sind. Kurzum, die Norm muss vollzugsfähig oder „self-executing“ sein.²⁰ Allgemeine Regeln des Völkerrechts, die den Staaten lediglich eine Handlungsmöglichkeit eröffnen, das heißt sie zu einem Tun ermächtigen, ohne sie dazu zu verpflichten, sind in der Regel nicht anwendungsreif, bevor im staatsrechtlich vorgesehenen Verfahren von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wurde.²¹ So hat jeder Staat das völkergewohnheitsrechtliche Recht zur Bekämpfung der Seeräuberi auf Hoher See. Daraus ergibt sich aber auch über Art. 25 Satz 2 GG bundesrechtlich kein Rechtsanspruch deutscher Reeder oder Schiffseigentümer gegen die Bundesrepublik Deutschland auf ein Tätigwerden der Bundesmarine gegen Seeräuber.²²

2. Völkerrechtliche Grenzen

Immanente Grenzen ergeben sich auch aus dem Völkerrecht selbst. Soweit das Völkerrecht der Geltung bzw. Anwendung des Völkergewohnheitsrechts Grenzen setzt, begrenzt dies auch dessen innerstaatliche Anwendung. Das *BVerfG* hat festgestellt, dass eine allgemeine Regel des Völkerrechts nur „mit ihrer jeweiligen völkerrechtlichen Tragweite“ Bestandteil des Bundesrechts wird.²³ Daraus folgt, dass sich Art. 25 GG nur auf „die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen“ bezieht.²⁴ Dies bedeutet sowohl eine sachliche als auch eine zeitliche Anwendungsgrenze. Nur solche allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden Bestandteil des Bundesrechts, an die Deutschland völkerrechtlich

¹⁷ Vgl. *Engel*, Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal deutscher Normen, 1989, S. 213.

¹⁸ *BFHE* 73, 399, 411 f.

¹⁹ Vgl. *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 172; *Engel* (Fn. 17), S. 214 f. Vgl. auch *Koenig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum GG, Bd. 2, 2010, Art. 25 Rn. 44 ff., der richtigerweise zwischen innerstaatlicher Geltung, unmittelbarer Anwendung und Einräumung subjektiver Rechte unterscheidet.

²⁰ *Schweitzer*, Staatsrecht III, 10. Aufl. 2010, Rn. 436.

²¹ *Mosler*, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, S. 43. Siehe auch *Tomuschat*, in: *HStR* (Fn. 1), § 172 Rn. 2 und 8.

²² Vgl. Rechte und Pflichten der Deutschen Marine bei der Bekämpfung der Piraterie, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/9286, 23. 5. 2008, S. 3, 4.

²³ *BVerfGE* 46, 342, 403. Siehe auch *BVerfGE* 18, 441, 448; 23, 288, 316 f. Siehe ferner *Koenig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 19), Art. 25 Rn. 31; *Steinberger*, in: *HStR* (Fn. 2), § 173 Rn. 34 m. w. N.

²⁴ *BVerfGE* 112, 1, 24.

gebunden ist, und nur so lange, wie dies der Fall ist. Abzustellen ist hier auf eine Parallelität von äußerer Geltung und innerer Anwendung, das heißt auf eine Kongruenz von Außen- und Innenverhältnis.²⁵ Die Geltung des Völkergewohnheitsrechts lässt sich für Deutschland mindestens auf fünf- oder sechs verschiedene Weise einschränken:

a) Vertraglicher Ausschluss des Völkergewohnheitsrechts

Erstens ist hier an einen vertraglichen Ausschluss des Völkergewohnheitsrechts zu denken. Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht stehen als Rechtsquellen gleichrangig nebeneinander. Völkergewohnheitsrecht ist mit Ausnahme der höherrangigen Normen des *jus cogens* nachgiebiges Recht und kann durch Vertragsrecht zwischen den Vertragsparteien jederzeit abbedungen werden.²⁶ Als Beispiel sind hier die zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählenden Immunitätsregelungen zu nennen. Diese können vertraglich eingeschränkt werden, wie dies unter anderem in den Begleitverträgen zum NATO-Truppenstatut geschehen ist.²⁷ Dass den allgemeinen Regeln des Völkerrechts innerstaatlich ein höherer Rang zukommt als einem durch Bundesgesetz transformierten Vertrag, ändert hieran nichts,²⁸ da es bereits auf völkerrechtlicher Ebene keine durch Art. 25 GG zu inkorporierende entgegenstehende allgemeine Regel des Völkerrechts mehr gibt. Soweit Deutschland somit eine Regel des Völkergewohnheitsrechts vertraglich abbedungen hat, kann diese nicht Bestandteil des Bundesrechtes werden. Andernfalls wäre die Bundesrepublik innerstaatlich an eine Regelung gebunden, die völkerrechtlich für sie nicht gilt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die völkervertragliche Regel durch Bundesgesetz in das deutsche Recht transformiert wurde oder ob diese innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist. Abzustellen ist allein auf die völkerrechtliche Rechtslage.²⁹

b) Beharrliche Rechtsverwahrung gegen neues Völkergewohnheitsrecht

Die Geltung von Völkergewohnheitsrecht lässt sich für die Bundesrepublik Deutschland zweitens dadurch einschränken, dass diese sich einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklung verweigert.³⁰ Zwar kann ein einzelner Staat die Entstehung von neuem oder die Änderung von bestehendem Völkergewohnheitsrecht nicht verhindern, doch kann er als sogenannter „persistent objector“ durch seine stetige und unzweideutige Ablehnung der Regel von Anfang an verhindern, dass er selbst durch diese Regel gebunden wird.³¹ Selbst wenn man also davon ausginge, dass das Transitrecht der Binnenstaaten, das heißt die Freiheit des

Transits durch das Hoheitsgebiet der Transitstaaten mit allen Verkehrsmitteln, heute völkergewohnheitsrechtlich verankert wäre, käme dieses Recht innerstaatlich über Art. 25 GG nicht unmittelbar zur Anwendung, da die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an klar gemacht hat, dass ein solches Recht, bei Fehlen einer vertraglichen Spezialvereinbarung zwischen ihr und dem Binnenstaat, nur nach Maßgabe der deutschen Gesetze besteht.³²

Die innerstaatliche Anwendung einer für die Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich geltenden völkergewohnheitsrechtlichen Regel ist auch dann ausgeschlossen, wenn ein fremder Staat erfolgreich Rechtsverwahrung eingelegt hat. Soweit die betreffende Regel Verpflichtungen inter partes begründet, ist die Bundesrepublik Deutschland nach dem Gegenseitigkeitsprinzip völkerrechtlich nicht dazu verpflichtet, dem „persistent objector“ gegenüber die Verpflichtungen zu erfüllen.³³ Ein Staat, der sich zum Beispiel von Anfang an gegen die Unverletzlichkeit des diplomatischen Kuriergepäcks im Durchgangsverkehr ausgesprochen hat und diese in seiner diplomatischen Praxis nicht respektiert,³⁴ kann sich vor deutschen Behörden und Gerichten nicht auf diese über Art. 25 GG grundsätzlich rezipierte Regel des Völkergewohnheitsrechts berufen. Die Eingriffsermächtigungen des einfachen Bundes- oder Landesrechts werden in diesem Fall nicht durch die höherrangigen Normen des inkorporierten völkergewohnheitsrechtlich geltenden Diplomatenrechts derogiert.

c) Derogation durch Schaffung von partikularem Völkergewohnheitsrecht

Drittens lässt sich die Geltung von allgemeinem Völkergewohnheitsrecht mit Ausnahme von *jus cogens* durch die Schaffung von regionalem oder lokalem Völkergewohnheitsrecht einschränken, das die Bundesrepublik Deutschland bindet. Dieses kann auf der Grundlage der Grundsätze *lex specialis* und *lex posterior* allgemeines Gewohnheitsrecht derogieren. Soweit sich die Bundesrepublik Deutschland aktiv an der Herausbildung eines solchen partikularen Völkergewohnheitsrechts beteiligt hat, gilt für sie das allgemeine Völkergewohnheitsrecht im Verhältnis zu den anderen Staaten der Regional- oder Lokalgruppe nicht und kommt insoweit auch innerstaatlich nicht zur Anwendung. Zu denken wäre hier etwa an die Garantien der EMRK als europäisches Völkergewohnheitsrecht.³⁵ Die Frage des Ausschlusses der Anwendung von allgemeinem Völkergewohnheitsrecht durch die Herausbildung von regionalem oder lokalem Völkergewohnheitsrecht ist jedoch von der Frage zu unterscheiden, auf welche Weise das partikuläre Völkergewohnheitsrecht seinerseits Bestandteil des Bundesrechtes wird. Auch auf letzteres ist Art. 25 GG anwendbar.³⁶ Die Formulierung „all-

²⁵ Ähnlich stellt sich die Rechtslage beim völkerrechtlichen Vertrag dar, der innerstaatlich immer nur im Umfang seiner völkerrechtlichen Geltung transformiert und/oder vollzogen wird.

²⁶ Siehe z. B. *BVerfGE* 18, 441, 448 f.; *BVerfG* NJW 2001, 1848, 1849; *BVerwG* NJW 1989, 678, 679; *BSozGE* 22, 49, 53; *BFHE* 70, 287, 289. Siehe auch *Engel* (Fn. 17), S. 183 f.; *Frowein*, in: Festschrift für Menzel, 1975, S. 125, 135.

²⁷ Siehe *BAGE* 48, 81, 86.

²⁸ Zum Problem vgl. *Bleckmann* (Fn. 7), S. 294 f.; *Silagi* EuGRZ 1980, 632, 642, die davon ausgehen, dass „das völkerrechtliche Rangverhältnis zwischen den Rechtsnormen auch innerstaatlich aufrecht erhalten“ werden soll.

²⁹ Ebenso *Engel* (Fn. 17), S. 183 Fn. 43; *Frowein*, in: Festschrift für Menzel, 1975, S. 125, 135 f.

³⁰ Siehe z. B. *Steinberger*, in: HStR (Fn. 2), Rn. 35; *Silagi* EuGRZ 1980, 632, 641; *Engel* (Fn. 17), S. 177–182; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 145; *Kunig*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 131; *Hillgruber*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum GG, 12. Aufl. 2011, Art. 25 Rn. 8.

³¹ Siehe *BVerfGE* 46, 342, 389. Siehe auch *IGH*, Urteil v. 18. 12. 1951 – Fisheries Case = ICJ Rep. 1951, 116, 131.

³² Siehe die von der Bundesrepublik Deutschland am 14. 10. 1994 bei Hinterlegung der Beitrittsurkunde zum Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen abgegebene Erklärung, BGBl. 1995 II, S. 602, 603.

³³ *Engel* (Fn. 17), S. 182.

³⁴ Vgl. Art. 40 Abs. 3 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen v. 18. 4. 1961, BGBl. 1964 II, S. 959 und Art. 28 Abs. 1 Draft articles on the status of the diplomatic courier and the diplomatic bag not accompanied by diplomatic courier, ILC Yearbook 1989 II/2, S. 42 f.

³⁵ Siehe *Pernice*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 25 Rn. 21. Dagegen *Rojahn*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 25 Rn. 16, der „regionales (europäisches) Völkergewohnheitsrecht“ im Menschenrechtsbereich nicht von Art. 25 Satz 1 GG erfasst sieht.

³⁶ Siehe *Bleckmann* (Fn. 7), S. 291; *Streinz*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 25 Rn. 24; *Koenig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*

gemeine Regeln“ bezieht sich hier nicht auf den territorialen Geltungsbereich einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm, sondern grenzt die allgemeinen Regeln des Völkerrechts von den in Art. 59 Abs. 2 GG behandelten besonderen Regeln des Völkervertragsrechts ab.

d) Suspendierung von Völkergewohnheitsrecht als Gegenmaßnahme

Verletzt ein anderer Staat der Bundesrepublik Deutschland gegenüber das Völkerrecht, so kann diese ihrerseits mit gewissen Ausnahmen die Erfüllung der diesem Staat geschuldeten Verpflichtungen durch einseitige Erklärung zeitweilig aussetzen, um den Staat dadurch wieder zu rechtstreuem Verhalten zu veranlassen.³⁷ Die Suspendierung von Regeln des Völkergewohnheitsrechts, mit Ausnahme des *ius cogens*, als Gegenmaßnahme gegen einen Völkerrechtsverstoß führt aber dazu, dass diese in den bilateralen Beziehungen mit diesem Staat zeitweilig keine Geltung mehr haben und auch innerstaatlich diesem Staat gegenüber nicht mehr anwendbar sind.³⁸ Verletzt ein anderer Staat zum Beispiel die völkergewohnheitsrechtlich gewährleistete Immunität der Bundesrepublik Deutschland, indem er Klagen und Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Bundesrepublik in seinem Staatsgebiet zulässt,³⁹ so kann die Bundesregierung im Gegenzug die Immunitätsgewährung an diesen Staat aussetzen. Eine Berufung des fremden Staates auf die über Art. 25 GG grundsätzlich inkorporierten Immunitätsregeln scheidet in diesem Fall aus, da diese für den Staat in seinem Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich suspendiert sind.⁴⁰

e) Unanwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht bei VN-Sanktionen

Eine völkergewohnheitsrechtliche Norm ist fünftens innerstaatlich zumindest gegenüber einzelnen Staaten dann nicht anwendbar, wenn die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines bindenden Beschlusses des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen verpflichtet ist, gegenüber diesen Staaten gewisse Sanktionsmaßnahmen zu ergreifen, die mit der Norm kollidieren. So wird der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ regelmäßig außer Kraft gesetzt, wenn der Sicherheitsrat die Staaten auffordert, trotz entgegenstehender Luftverkehrsabkommen die Landrechte für Flugzeuge aus dem mit Sanktionen belegten Staat auszusetzen. In diesem Fall geht der Beschluss des Sicherheitsrats nach Art. 103 VN-Charta der völkergewohnheitsrechtlichen Norm vor und führt zu deren vorübergehender Unanwendbarkeit im Verhältnis zum sanktionierten Staat.⁴¹ Der Gleichklang von völkerrechtlicher

und innerstaatlicher Rechtslage bedeutet, dass die völkergewohnheitsrechtliche Norm für den mit den Sanktionen belegten Staat (zumindest vorübergehend) nicht Bestandteil des Bundesrechts ist.⁴²

III. Verfassungsrechtliche Anwendungsgrenzen

Grenzen der Anwendung des Völkergewohnheitsrechts im deutschen Recht ergeben sich aber vor allem aus dem Verfassungsrecht.⁴³ Nach Art. 25 Satz 2 GG gehen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „den Gesetzen vor“. In der Literatur wurde diesen Regeln zum Teil „Verfassungsrang“⁴⁴ oder sogar „Überverfassungsrang“⁴⁵ beigemessen, doch wird dies von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre zu Recht abgelehnt.⁴⁶ Art. 25 Satz 2 GG erhebt die allgemeinen Regeln des Völkerrechts über die einfachen Gesetze, doch bleibt der Vorrang der Verfassung unangetastet. Wie das *BVerfG* ausgeführt hat, will das Grundgesetz „keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsgewalt“,⁴⁷ wozu auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu zählen sind. Völkerrechtsfreundlichkeit bedeutet also nicht Selbstaufgabe der Verfassungsordnung. Eine Gleichstellung des sich ständig weiterentwickelnden Völkergewohnheitsrechts mit der Verfassung würde nicht nur zu einer Durchbrechung des Art. 79 Abs. 1 GG über die Anforderungen an die Verfassungsänderung führen, sondern liefe auch auf eine mögliche völkerrechtliche Abschwächung des Grundrechtsschutzes hinaus.⁴⁸ Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht wird am besten mit einem „Zwischenrang“ zwischen dem Grundgesetz und den einfachen Gesetzen umschrieben, was deren Überprüfung anhand des Grundgesetzes erlaubt.

Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, die unter anderem in Art. 25 GG zum Ausdruck kommt,⁴⁹ gebietet zwar auch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes im Lichte der allgemeinen Regeln des Völkerrechts.⁵⁰ Dies bedeutet aber nicht, dass ein von der Verfas-

(Fn. 19), Art. 25 Rn. 7 und 28; Hofmann, in: *Umbach/Clemens*, GG, Bd. I, 2002, Art. 25 Rn. 15. Contra Kunig, in: *Graf Vitzthum* (Fn. 30), S. 131; Geck (Fn. 10), S. 128; Schorkopf (Fn. 1), S. 173, die den Begriff „allgemein“ auf das allgemeine Völkergewohnheitsrecht beziehen.

37 Siehe Art. 49, 50 der Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, 2001, UN Doc. A/RES/56/83, 28. 1. 2002, Annex.

38 Ebenso Engel (Fn. 17), S. 182f. Anders aber Tomuschat *ZaöRV* 33 (1973), 179, 195f.

39 Siehe *IGH*, Urteil v. 3. 2. 2012 – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening).

40 Vgl. Frowein, in: Festschrift für Menzel, 1975, S. 125, 136f.

41 Art. 103 VN-Charta spricht zwar nur von „Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften“, doch geht die h. M. davon aus, dass die Vorschrift auch einen Vorrang von Sicherheitsratsresolutionen vor dem Völkergewohnheitsrecht (mit Ausnahme des *ius cogens*) begründet; siehe z. B. Bernhardt, in: *Sinna* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 103 Rn. 9, 21.

42 Die Frage hat nur noch insoweit praktische Bedeutung, als Sanktionsbeschlüsse des VN-Sicherheitsrats nicht durch EU-Rechtsakte umgesetzt werden, da das EU-Recht auch den ins Bundesrecht inkorporierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts vorgeht. Die Frage stellt sich jedoch in gleicher Weise auf EU-Ebene, da die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des EU-Rechts sind.

43 Vgl. *BFHE* 157, 39, 42.

44 Siehe *Doehring* (Fn. 6), S. 183 ff.; ders. *VVDStRL* 32 (1974), 21 ff. Kritisch hierzu die Diskussionsbeiträge von *Kewenig*, *Zuleeg* und *Tomuschat* *VVDStRL* 32 (1974), 108, 110, 121. Ähnlich wie *Doehring* äußerten sich *Vogel* (Fn. 1), S. 40; *Bleckmann* (Fn. 7), S. 302; *Steinberger*, in: *HStR* (Fn. 2), § 173 Rn. 61; *Kraus*, in: Festschrift für Rudolf Laun, 1953, S. 223, 227.

45 Siehe z. B. *Pernice*, in: *Dreier* (Fn. 35), Art. 25 Rn. 25, der auch den verfassungsändernden Gesetzgeber über Art. 25 an das völkerrechtliche *ius cogens* binden will; vorsichtig zustimmend auch *Streinz*, in: *Sachs* (Fn. 36), Art. 25 Rn. 90. Siehe auch *Partsch* *BDGVR* 6 (1964), 34 ff., 61 ff.

46 *Herdegen*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Bd. IV, 37. Lfg. (2000), Art. 25 Rn. 7, 42; *Tomuschat*, in: *HStR* (Fn. 1), § 172 Rn. 11; *Bleckmann* (Fn. 7), S. 294, 299; *Kunig*, in: *Graf Vitzthum* (Fn. 30), S. 134 f.; *Rojahn*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. 35), Art. 25 Rn. 55 (der jedoch den Normen des *ius cogens* Verfassungsrang einräumen will, ebd., Rn. 57); *Hillgruber*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein* (Fn. 30), Art. 25 Rn. 10; *Zuleeg*, in: *AK-GG* (Fn. 16), Art. 24 Abs. 3/Art. 25 Rn. 23; *Papadimitriou*, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1972, S. 85 ff.

47 *BVerfGE* 111, 307, 318 f.; 112, 1, 25. Siehe auch *BVerfGE* 6, 309, 363; 18, 441, 451; 47, 365, 378; *BFHE* 79, 57, 65 f.

48 Siehe Hofmann, in: *Umbach/Clemens* (Fn. 36), Art. 25 Rn. 23.

49 *BVerfGE* 111, 307, 329; 6, 309, 362.

50 *Bleckmann* (Fn. 7), S. 298.

sung verbürgtes Recht nicht weiter reichen kann als eine entsprechende allgemeine Regel des Völkerrechts.⁵¹ Das rezipierte Völkerrecht determiniert nicht das ranghöhere Verfassungsrecht. Kollisionen und Konflikte sind nicht grundsätzlich auszuschließen. Soweit eine harmonisierende Auslegung aufgrund der Wortlautgrenze oder der Wertentscheidungen der Verfassung nicht möglich ist, sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht anzuwenden.⁵²

1. Die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung als Grenze

Als mögliche verfassungsrechtliche Grenze für die Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts kommt zunächst einmal die Kompetenzordnung des Grundgesetzes in Betracht.

a) Die Beziehungen zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern

Bereits in einer seiner ersten Entscheidungen hat das *BVerfG* entschieden, dass sowohl die Beziehungen zwischen dem Bund und den Ländern als auch die Beziehungen zwischen den Ländern ausschließlich durch das Bundesverfassungsrecht bestimmt werden und dass Art. 25 GG keinen Ansatz bietet, „die verfassungsrechtliche Regelung der Beziehung zwischen den Ländern, die sich aus ihrer gliedstaatlichen Stellung im Bundesstaat ergeben, zu modifizieren oder zu ergänzen.“⁵³ Insbesondere lassen sich über Art. 25 GG, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts dem Bundesrecht zuweist, keine Kompetenzen des Bundes begründen.⁵⁴ Auch wenn das Völkergewohnheitsrecht dem Völkerrechtssubjekt Bundesrepublik Deutschland souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse in der Ausschließlichen Wirtschaftszone zuweist, führt dies nicht zu einer Durchbrechung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Insbesondere erwachsen dem Bund dadurch keine über Art. 70 ff. GG hinausgehenden Kompetenzen.⁵⁵

b) Zuständigkeitsregelungen des GG

In jüngster Zeit wurde vor allem im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr diskutiert, ob völkergewohnheitsrechtliche Regeln als Kompetenzgrundlage für hoheitliches Handeln deutscher Staatsorgane dienen können. Nach Art. 87a Abs. 2 GG dürfen deutsche Streitkräfte sowohl im Inland als auch im Ausland außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt. Hauptrechtsgrundlage für den Streitkräfteeinsatz ist danach bislang Art. 24 Abs. 2 GG. Das *BVerfG* hat festgestellt, dass „der Auslandseinsatz der Streitkräfte [...] außer im Verteidigungsfall nur in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit erlaubt“ ist,⁵⁶ das heißt im Rahmen der Vereinten Nationen, der NATO oder der EU. Dabei ist der konkrete Einsatz von der konstitutiven Zustimmung des deutschen Bundestages abhängig.⁵⁷ Eine generelle Ermächti-

gung zum militärischen und polizeilichen Einsatz der Bundeswehr im Ausland lässt sich auch nicht auf Art. 32 Abs. 1 GG stützen, wonach „[d]ie Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten [...] Sache des Bundes“ ist,⁵⁸ da es sich dabei nicht um einen allgemeinen außenpolitischen Kompetenztitel handelt.

Für unilaterale Einsätze der Bundeswehr mit polizeiähnlichem, humanitärem oder einem anderen nichtverteidigungsmäßigen Charakter fehlt es daher im Grundgesetz an einer Ermächtigungsgrundlage.⁵⁹ Zu denken ist hier an Einsätze wie die Operation „Pegasus“ Anfang des Jahres 2011, als die Bundesluftwaffe deutsche und ausländische Staatsbürger aus der libyschen Wüste ausgeflogen hat.⁶⁰ Zu denken ist weiter an den unilateralen Einsatz der Bundesmarine zur Bekämpfung der Seeräuberei,⁶¹ sowie den Einsatz der Bundeswehr zur Gefahrenabwehr auf Hoher See.⁶²

Alle diese Einsätze sind völkergewohnheitsrechtlich zulässig. Das Völkerrecht reicht hier weit über das deutsche Verfassungsrecht hinaus. Kurz gesagt: Deutschland kann völkerrechtlich mehr, als es verfassungsrechtlich darf. Die Rettung eigener Staatsbürger aus Konfliktgebieten auch unter Einsatz von Waffengewalt ist heute als völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme des Gewaltverbotes weitgehend anerkannt.⁶³ Jeder Staat hat völkergewohnheitsrechtlich das Recht zur Bekämpfung der Seeräuberei.⁶⁴ Dieses Recht darf von Kriegsschiffen und anderen im Staatsdienst stehenden Schiffen ausgeübt werden. Von letzteren jedoch nur dann, wenn sie deutlich als im Staatsdienst stehend gekennzeichnet, als solche erkennbar und „hierzu befugt“ sind.⁶⁵ Das Völ-

⁵¹ Vgl. *BVerfGE* 90, 286, 381 f.; 100, 266, 269; 104, 151, 208; 108, 34, 43; 121, 135, 153 f.; 123, 267, 360.

⁵² So aber z. B. *Deppenbeuer*, in: *Maunz-Dürig*, GG Kommentar, Bd. VI, 53. Lfg. (2008), Art. 87a Rn. 171; *Wiefelspütz* NZWehrR 2005, 146, 161.

⁵³ Zum grundgesetzlichen Trennungsgesetz zwischen Verteidigungs- und Polizeimaßnahmen, siehe *Fischer-Lescano/Tohidipur* NJW 2009, 1243, 1246. Siehe dagegen aber *Wiefelspütz* UBWW 2011, 81, 84 ff.

⁵⁴ Siehe Evakuierungseinsatz „Pegasus“ der Bundeswehr in Libyen, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6564, 11.7.2011 sowie Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte in Libyen, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5359, 4.4.2011. Siehe auch *Bauchmüller*, Nachspiel für Pegasus. Grüne klagen wegen deutschen Einsatzes in Libyen, Süddeutsche Zeitung, 13.8.2011, S. 5.

⁵⁵ Die Bekämpfung der Seeräuberei ist nicht „Verteidigung“ i.S. von Art. 87a Abs. 1 GG. Ebenso *Fischer-Lescano/Tohidipur* NJW 2009, 1243, 1245; *Wagner* Humboldt Forum Recht 3/2010, 1, 15.

⁵⁶ Der Einsatz der Streitkräfte bei Naturkatastrophen nach Art. 35 Abs. 2 und 3 GG ist auf das Inland und das deutsche Küstenmeer beschränkt. Zudem dürfen die Streitkräfte bei solchen Einsätzen nur solche Waffen verwenden, die das Recht des betreffenden Landes für dessen Polizeikräfte vorsieht; siehe *BVerfGE* 115, 118, 146 f.

⁵⁷ Siehe z. B. *Dau* NZWehrR 1998, 91 Fn. 16. Siehe auch die Erklärung des russischen NATO-Botschafters zu Rechtmäßigkeit von Evakuierungsoperationen in Libyen, Brief military operation in Libya may not be against intl law – Russian envoy to NATO, Russia & CIS Military Newswire, 3.3.2011.

⁵⁸ Vgl. Rechte und Pflichten der Deutschen Marine bei der Bekämpfung der Piraterie, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/9286, 23.5.2008, S. 2.

⁵⁹ Vgl. Art. 107 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (SRÜ) von 1982, BGBl. 1994 II, S. 1798, der insoweit Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt. Die deutsche Übersetzung von Art. 107 SRÜ ist irreführend, da der Eindruck entsteht, dass sich das Erfordernis der innerstaatlichen Befugnis zur Pirateriebekämpfung auch auf Kriegsschiffe bezieht. Dem ist jedoch nicht so, wie der verbindliche englische Wortlaut zeigt, der zwischen Kriegsschiffen einerseits und anderen im Staatsdienst stehenden Schiffen, die dazu befugt sind, andererseits unterscheidet. Dies ergibt sich aus der Stellung des Kommas im englischen Text vor dem Wort „or“, das den Satz in zwei Teile unterteilt („A seizure on account of piracy may be carried out only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect“). Dies verkennen z. B. *Fischer-Lescano/Tohidipur* NJW 2009, 1243, 1245; *Wagner* Humboldt Forum Recht 3/2010, 1, 15.

⁵¹ Anders aber *BayObLGZ* 1964, 127, 130 ff. Umgekehrt gehen die Gerichte davon aus, dass es keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts gibt, die weiterreichen als die Grundrechte; siehe z. B. *BVerfGE* 6, 290, 300; *BFHE* 77, 267, 270.

⁵² Siehe *Mosler* (Fn. 21), S. 45.

⁵³ *BVerfGE* 1, 14, 51 f.; 34, 216, 231. Zustimmend *Steinberger*, in: *HStR* (Fn. 2), § 173 Rn. 64.

⁵⁴ Anders *Rudolf* (Fn. 19), S. 263, der in Art. 25 GG eine Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes sieht.

⁵⁵ Siehe *Proelß*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Handbuch des Seerechts*, 2006, S. 258 f.

⁵⁶ *BVerfGE* 123, 267, 360.

kergewohnheitsrecht erlaubt auch den Einsatz zur Gefahrenabwehr auf Hoher See, wie die Bombardierung des Öltankers *Torrey Canyon* durch die Royal Air Force im Jahr 1967 zeigt, durch die eine Umweltkatastrophe für die englische Küste abgewendet werden sollte.⁶⁶

Die Frage, die sich somit stellt, ist, ob sich diese völkerrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen über Art. 25 GG in das deutsche Recht inkorporieren lassen und damit eine innerstaatliche Rechtsgrundlage begründen können; oder mit anderen Worten, ob in Art. 25 GG die von Art. 87a Abs. 2 GG geforderte „ausdrückliche Zulassung“ zum Einsatz der Streitkräfte zu finden ist. In der Literatur wird dies von prominenten Stimmen zum Teil bejaht.⁶⁷ Die Inkorporation einer völkergewohnheitsrechtlichen Ermächtigung deutscher Streitkräfte zur Pirateriebekämpfung über Art. 25 GG hätte danach den Vorteil, dass sie entgegenstehendes einfaches Bundesrecht wie § 6 Satz 1 BPolG verdrängt, wonach „auf See außerhalb des deutschen Küstenmeers“ die Bundespolizei „die Maßnahmen zu treffen hat, zu denen die Bundesrepublik Deutschland nach dem Völkerrecht befugt ist“. Diese Bestimmung lässt zwar „die Zuständigkeit anderer Behörden oder der Streitkräfte“ unberührt, doch begründet § 6 Satz 1 BPolG eine solche Zuständigkeit nicht, sondern setzt diese, auf anderer Rechtsgrundlage beruhend, voraus. An einer solchen Zuständigkeitszuweisung für die Pirateriebekämpfung an die Bundesmarine fehlt es jedoch sowohl im Grundgesetz als auch im einfachen Bundesrecht.⁶⁸ Ganz im Gegenteil; die Pirateriebekämpfung wird in § 1 Abs. 3 Seeraufgabengesetz i.V. mit § 1 Abs. 2a der Zuständigkeitsbezeichnungs-Verordnung See ausdrücklich den Beamten der Bundespolizei zugewiesen.⁶⁹ Die Bundespolizei soll nach § 6 Satz 2 BPolG nur dann nicht für die Maßnahmen jenseits des Küstenmeers zuständig sein, wenn diese „ausschließlich“ Kriegsschiffen vorbehalten sind. Die Bekämpfung der Seeräuberei obliegt aber sowohl Kriegsschiffen also auch anderen im Staatsdienst stehenden Schiffen, einschließlich Polizeischiffen.⁷⁰ Rechtlich zuständig für die Bekämpfung der Seeräuberei ist damit die Bundespolizei, auch wenn ihr dazu die tatsächlichen Mittel fehlen.

Eine über Art. 25 GG inkorporierte völkergewohnheitsrechtliche Ermächtigung deutscher Streitkräfte zu nichtverteidigungsmäßigen Einsätzen ist als Kompetenzgrundlage nicht ausreichend.⁷¹ Die Exekutive kann sich nicht unter

Berufung auf das Völkergewohnheitsrecht von der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung lösen.⁷² Eine allgemeine Regel des Völkerrechts kann eine fehlende verfassungsrechtliche Kompetenz nicht ersetzen. Das Völkerrecht eröffnet dem Staat lediglich Handlungsmöglichkeiten. Ob, wie und durch welche Staatsorgane er diese ausübt, bestimmt das nationale Verfassungsrecht.⁷³ Nach Art. 79 Abs. 1 GG kann das Grundgesetz nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Im Wege des Art. 25 GG als Bundesrecht unterhalb der Verfassung inkorporiertes Völkerrecht ist hierzu nicht in der Lage.⁷⁴ Die Kompetenzordnung des Grundgesetzes steht hier also einer Anwendung allgemeiner Regeln des Völkerrechts zur Kompetenzbegründung entgegen.

2. Rechtsstaatsprinzip

Grenzen für die Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts können sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben.⁷⁵ Hier ist insbesondere an den Vorbehalt des Gesetzes und das Bestimmtheitsgebot zu denken.

a) Vorbehalt des Gesetzes

Eingriffe des Staates in die Rechte und Freiheiten des Einzelnen und die Auferlegung von Pflichten für den Einzelnen unterliegen dem Vorbehalt des Gesetzes, das heißt sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Grundrechtswesentliche Entscheidungen muss der demokratisch legitimierte parlamentarische Gesetzgeber selbst treffen. Dies gilt nicht nur für die Ausübung deutscher Staatsgewalt im Inneren, sondern richtigerweise auch, wenn diese, wie bei der Bekämpfung der Seeräuberei, auf Hoher See oder in den Küstenmeeren anderer Staaten, das heißt außerhalb des Bundesgebiets, ausgeübt wird.⁷⁶ So stellte das *VG Köln* zwar fest, dass die Geltung von Grundrechten bei der Pirateriebekämpfung nicht von vornherein ausgeschlossen sei,⁷⁷ machte dann aber eine Ausnahme für Situationen „auf Hoher See fernab vom deutschen Hoheitsgebiet“, wo die Einhaltung grundrechtlicher Vorgaben „schlechthin unmöglich“ sei.⁷⁸ Das Gericht stellte die Grundrechte damit unter einen generellen Praktikabilitätsvorbehalt. Art. 1 Abs. 3 GG macht bei der

S. 4. Siehe auch *Schiedermair* AöR 135 (2010), 185, 215 Fn. 173; *Schmahl* AöR 136 (2011), 44, 83.

⁷² Vgl. *BVerfGE* 111, 307, 323.

⁷³ Vgl. *Mosler* (Fn. 21), S. 43; *Tomuschat*, in: HStR (Fn. 1), § 172 Rn. 2 und 78; *Bothe*, Völkerrecht und Verfassungsrecht, FAZ, 30. 6. 2008, S. 9. Siehe auch Rechte und Pflichten der Deutschen Marine bei der Bekämpfung der Piraterie, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/9286, 23. 5. 2008, S. 4 („Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen [Kriegsschiffe] [...] von dieser völkerrechtlichen Befugnis Gebrauch machen dürfen, richtet sich nach dem Recht des jeweiligen Staates“).

⁷⁴ *Wagner* Humboldt Forum Heft 3/2010, 1, 17; *Rojahn*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. 35), Art. 25 Rn. 28.

⁷⁵ Siehe *BVerfGE* 111, 307, 318; bestätigt in *BVerfG* NVwZ-RR 2007, 266, 268. Siehe auch *Steinberger*, in: HStR (Fn. 2), § 173 Rn. 58.

⁷⁶ Vgl. *Lorenz*, Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte, 2005, S. 191; *Werner*, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, 2006, S. 117 ff. (aber mit Einschränkungen für Fälle militärischer Besatzung, ebd., S. 133 ff.); *Yousif*, Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, 2007, S. 100 ff., 188; *Wiefelspütz* ZWehrR 2009, 133, 145 ff.; *Huhn*, Amtshaftung im bewaffneten Auslandseinsatz, 2010, S. 71 ff., alle m. w. N. Anders z. B. *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 87a Rn. 21; *Wagner*, Grund- und Menschenrechte in Auslandseinsätzen von Streitkräften, 2009, S. 81 ff.

⁷⁷ *VG Köln* JZ 2012, 366, 368. Das Gericht schränkt die Grundrechtsbindung „unter Berücksichtigung von Art. 25 GG“ ein und stützt sich dabei auf eine falsch verstandene Völkerrechtsfreundlichkeit des GG. Siehe dazu auch die kritische Anm. von *Globke* JZ 2012, 370, 371.

⁷⁸ *VG Köln* JZ 2012, 366, 368.

⁶⁶ Siehe *Hafner*, in: *Graf Vitzthum* (Fn. 55), S. 410 f.; *Rothwell/Stephens*, *The International Law of the Sea*, 2010, S. 364.

⁶⁷ Siehe z. B. *Frowein*, Völkerrecht zu Seeräubern: „Deutschlands Marine darf schon jetzt Piraten verfolgen“, Spiegel Online, 26. 11. 2008, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,592618,00.html>; *Wolftrum*, Keine Einsätze an Land, Das Parlament Nr. 52/2008, 22. 12. 2008, S. 2; *Kokott*, in: *Zypries* (Hrsg.), *Verfassung der Zukunft. Ein Lesebuch zum 60. Geburtstag des Grundgesetzes*, 2009, S. 96, 106 f.; *Wiefelspütz* NZWehrR 2009, 133, 142. Ebenso das Papier der Arbeitsgruppe Sicherheits- und Verteidigungspolitik der SPD-Fraktion im Bundestag zum Einsatz der Deutschen Marine zur Bekämpfung gegen Piraterie, FAZ Dokumentation, 26. 6. 2008, <http://www.faz.net/> sowie *Stebr*, Pirateriebekämpfung vor Somalia – Rechtsgrundlagen, <http://www.marineforum.info/>.

⁶⁸ Ebenso *Wagner* Humboldt Forum Recht 3/2010, 1, 15.

⁶⁹ Seeraufgabengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 7. 2002 (BGBl. I S. 2876); zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 22. 12. 2011 (BGBl. I S. 3069) und Zuständigkeitsbezeichnungs-Verordnung See v. 4. 3. 1994 (BGBl. I S. 442); zuletzt geändert durch Art. 121 des Gesetzes v. 21. 6. 2005 (BGBl. I S. 1818). Siehe auch die Aussage des Bundesverteidigungsministeriums: „Die durch Deutschland im Rahmen des See-rechtsübereinkommens wahrzunehmende Bekämpfung der Piraterie auf hoher See liegt in der Zuständigkeit der Bundespolizei“ (Deutsche Kriegsschiffe gegen Piraten?, FAZ, 5. 6. 2008, S. 1).

⁷⁰ Siehe Art. 107 SRÜ.

⁷¹ Vgl. Rechte und Pflichten der Deutschen Marine bei der Bekämpfung der Piraterie, Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/9286, 23. 5. 2008,

Grundrechtsbindung der vollziehenden Gewalt aber keinen Unterschied danach, wo diese ausgeübt wird. Die Grundrechtsbindung ist nicht eine Frage des „Wo“, sondern des „Ob“ staatlicher Hoheitsausübung.⁷⁹ Auch gibt es keine Regel, wonach der Grundrechtsschutz mit zunehmender Entfernung vom Bundesgebiet abnimmt. Die Bundesregierung selbst hat erklärt, dass deutsche Stellen, soweit sie hoheitliche Maßnahmen zur Pirateriebekämpfung ergreifen, „die einschlägigen deutschen Verfahrensvorschriften“ zu beachten haben, einschließlich der in Art. 104 GG enthaltenen Rechtsgarantien.⁸⁰ Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte und des Gesetzesvorbehalts kommt unter anderem auch in § 106 des Seemannsgesetzes zum Ausdruck, der die Kapitäne deutscher Handelsschiffe zur Ausübung der Bordgewalt auf den Weltmeeren ermächtigt und dafür die Grundrechte der Art. 2 und 13 GG ausdrücklich einschränkt.⁸¹ Vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des *EGMR*, der die Garantien der EMRK unter anderem auch auf den Streitkräfteeinsatz im Ausland und auf Hoher See ausgedehnt hat, erscheint es wenig wahrscheinlich, dass das *BVerfG* in der Frage der extraterritorialen Geltung der Grundrechte hinter Straßburg zurückstehen würde.⁸²

Einschränkungen der Grundrechte durch deutsche Staatsorgane im Ausland (oder auch im Inland) können danach nicht unmittelbar auf allgemeine Regeln des Völkerrechts gestützt werden. Die Übernahme von völkergewohnheitsrechtlichen Regeln in das innerstaatliche Recht durch Art. 25 GG befreit nicht vom rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes für die Auferlegung von Pflichten für den Einzelnen.⁸³ Auch kann Art. 25 Satz 2 GG selbst Belastungen des Einzelnen nicht gleichsam gesetzesgleich legitimieren. Der Einwand, dass Art. 25 Satz 2 GG, der ausdrücklich auch die unmittelbare Verpflichtung des Einzelnen anordnet, auf gleicher Ebene wie die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte stehe und zu diesen *lex specialis* darstelle, überzeugt nicht.⁸⁴ Eine solche Blankett-Legitimierung für alle auch zukünftigen vom Völkergewohnheitsrecht gedeckten Grundrechtseingriffe wäre nicht nur mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern auch und vor allem mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar. Aus dem Vorbehalt des Gesetzes lassen sich mehrere konkrete Grenzen für die Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts ableiten.

aa) Ausschluss völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestände

Zunächst ist hier an den Ausschluss völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestände zu denken. Das Völkergewohnheitsrecht hat über die Jahre zahlreiche Straftatbestände her-

vorgebracht, darunter die Seeräuberei, die Verletzung des sicheren Geleits, den Angriff auf Diplomaten, die Aggression sowie den Völkermord, die über Art. 25 Satz 1 GG Bestandteil des Bundesrechts geworden sind.⁸⁵ Es stellt sich somit die Frage, ob deutsche Gerichte Rückgriff auf diese völkergewohnheitsrechtlichen Straftatbestände nehmen können.⁸⁶ Nicht alle Ausprägungen der Seeräuberei werden zum Beispiel von den strafrechtlichen Bestimmungen in § 316c StGB über den Angriff auf den Luft- und Seeverkehr erfasst.⁸⁷ Im Fall *Re Piracy jure gentium* entschied der Rechtsausschuss des britischen Kronrates, dass das völkergewohnheitsrechtliche Verbrechen der Piraterie kraft atomatischer Inkorporation auch im Common Law ein Verbrechen sei und verurteilte den Angeklagten auf der Grundlage des völkerrechtlichen Piraterieverbots.⁸⁸

Im deutschen Recht scheidet eine Bestrafung allein aufgrund der Verwirklichung eines völkergewohnheitsrechtlich normierten, durch Art. 25 Satz 1 GG innerstaatlich zur Anwendung gebrachten Tatbestandes nicht nur am regelmäßig fehlenden völkerrechtlich determinierten Strafrahmen, sondern vor allem an Art. 103 Abs. 2 GG, wonach eine „Tat [...] nur bestraft werden [kann], wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“⁸⁹ Dabei handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.⁹⁰ Im Interesse der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleistet Art. 103 Abs. 2 GG, dass im Bereich des Strafrechts, auf dessen Grundlage der Staat in die Persönlichkeit des Einzelnen auf das Schwerwiegendste eingreifen darf, nur der parlamentarische Gesetzgeber die strafwürdigen Rechtsgutverletzungen und Rechtsfolgen bestimmt. Dies führt zu einem „strengen Parlamentsvorbehalt“,⁹¹ der nicht über Art. 25 GG ausgehebelt werden kann.⁹²

Nach Art. 103 Abs. 2 GG müssen der Straftatbestand, zu dem sämtliche materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit zählen, einschließlich des räumlichen Anwendungsbereichs des Strafrechts, und die Strafanforderung durch Parlamentsgesetz bestimmt sein. Eine Ausdehnung des deutschen Strafrechts auf Auslandssachverhalte auf der Grundlage des völkergewohnheitsrechtlichen Weltrechtsprinzips für schwerwiegende Straftaten wie Folter, Seeräuberei oder Völkermord scheidet demnach ebenfalls aus. Lücken im deutschen Strafanwendungsrecht, insbesondere bei der Bekämpfung der Piraterie, lassen sich somit nicht unter Rück-

⁷⁹ Vgl. Zimmermann ZRP 2012, 116, 117; Globke JZ 2012, 370, 371 f.

⁸⁰ Denkschrift zum Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10. 12. 1981, BT-Drs. 12/7829, S. 229, 247.

⁸¹ Seemannsgesetz (SeemG) in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnr. 9513–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 324 der Verordnung vom 31. 10. 2006, BGBl. I S. 2407.

⁸² Siehe *EGMR* (Große Kammer), Urteil v. 29. 10. 2010 – Beschwerde Nr. 3394/03 (Medvedev gegen Frankreich), §§ 62–67 = NJOZ 2011, 231, 232 f.; Urteil v. 7. 7. 2011 – Beschwerde Nr. 55 721/07 (Al-Skeini gegen Vereinigtes Königreich), §§ 136–150 = NJW 2012, 283, 286 ff.

⁸³ Steinberger, in: HStR (Fn. 2), § 173 Rn. 68; Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Fn. 35), Art. 25 Rn. 28, 45, 51; Herdegen, in: Maunz/Düring (Fn. 46), Art. 25 Rn. 48; Kunig, in: Graf Vitzthum (Fn. 30), S. 143; Streinz, in: Sachs (Fn. 36), Art. 25 Rn. 6; Zimmermann ZRP 2012, 116, 118; Globke JZ 2012, 370, 371 Fn. 17.

⁸⁴ So aber Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 30), Art. 25 Rn. 19. Für eine konstitutive Wirkung des Art. 25 Satz 2 GG auch Pernice, in: Dreier (Fn. 35), Art. 25 Rn. 30; Koenig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 19), Art. 25 Rn. 61.

⁸⁵ Siehe aber Rudolf (Fn. 19), S. 259, der davon ausgeht, dass Art. 25 GG keine Straftatbestände transformiert.

⁸⁶ So spricht z. B. *BVerfG* NJW 2001, 1848, 1850 davon, dass die Strafbarkeit einer Tat „in erster Linie auf Grund des Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen“ ist (Hervorhebung durch Verf.).

⁸⁷ Die folgenden Straftatbestände kommen bei Piraterie ebenfalls in Betracht: Tötungsdelikte, Körperverletzung, Nötigung, Raub und räuberische Erpressung, Freiheitsberaubung, erpresserischer Menschenraub, Geiselnahme sowie gefährlicher Eingriff in den Schiffsverkehr. Nicht alle diese Deliktstatbestände sind jedoch auf Auslandstaten anwendbar, so dass es hier zu einer Strafbarkeitslücke kommen kann. Vgl. Schaller, in: Mair (Hrsg.), Piraterie und maritime Sicherheit, SWP-Studie, 2010, S. 91, 94.

⁸⁸ *Re Piracy jure gentium* [1934] AC 586. Heutzutage können auch im englischen Recht neue Straftatbestände nur noch durch Parlamentsgesetz geschaffen und nicht mehr über das Völkergewohnheitsrecht ins Common Law eingeführt werden; siehe *House of Lords*, Regina v. Jones [2007] 1 AC 136, 160ff, 179f. Siehe auch Berman, in: Capps/Evans/Konstadinidis (Hrsg.), Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives, 2003, S. 3, 11.

⁸⁹ Hervorhebung durch Verf.

⁹⁰ *BVerfGE* 95, 96, 130; 78, 374, 382.

⁹¹ *BVerfGE* 95, 96, 131.

⁹² Vgl. Tomuschat, in: HStR (Fn. 1), § 172 Rn. 16. Vgl. auch Kunig, in: Graf Vitzthum (Fn. 30), S. 133; Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Fn. 35), Art. 25 Rn. 29, 45.

griff auf das Völkergewohnheitsrecht schließen.⁹³ Art. 103 Abs. 2 GG steht einer Internationalisierung des deutschen Strafrechts durch die Hintertür des Art. 25 GG entgegen.

Daran ändern auch Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) nichts, die beide eine Bestrafung auch nach internationalem Recht und den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulassen. Hier zeigt sich nur das gegenüber dem Grundgesetz geringere Schutzniveau des Völkerrechts. Ein von der Bundesrepublik Deutschland bei Ratifikation im Jahr 1952 angebrachter Vorbehalt zu Art. 7 Abs. 2 EMRK, wonach sie „die Bestimmungen des Artikels 7 Abs. 2 der Konvention nur in den Grenzen des Artikels 103 Abs. 2 des Grundgesetzes [...] anwenden wird“,⁹⁴ wurde im Jahr 2001 zurückgenommen.⁹⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass nun auch in Deutschland eine Bestrafung nach völkergewohnheitsrechtlichen Straftatbeständen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglich sein soll. Beide Bestimmungen erlauben zwar eine solche Bestrafung, schreiben sie aber nicht vor.⁹⁶ Es bleibt den Vertragsstaaten der beiden Abkommen vorbehalten, innerstaatlich ein höheres Schutzniveau zu garantieren.

Art. 103 Abs. 2 GG verlangt aber nicht, dass der Gesetzgeber Tatbestand und Rechtsfolge vollständig regeln muss. Die Verwendung unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Generalklauseln ist zulässig.⁹⁷ Völkergewohnheitsrecht kann zur Konkretisierung von Tatbestand und Rechtsfolge herangezogen werden, insbesondere in Fällen, in denen das deutsche Strafrecht völkerrechtliche Straftatbestände innerstaatlich umsetzt.⁹⁸ So wurde zum Beispiel vor Erlass des Völkerstrafgesetzbuches der völkergewohnheitsrechtliche Völkermordtatbestand zur Auslegung des Straftatbestandes des Völkermordes im Strafgesetzbuch herangezogen.⁹⁹ Die Auslegung des deutschen Strafrechts im Lichte des Völkergewohnheitsrechts darf aber nicht zu einer Verschärfung oder Erweiterung des Straftatbestandes oder der Rechtsfolgen führen, wohl aber, in Anwendung des *Bona-m-partem*-Grundsatzes, zu einer Einschränkung des Straftatbestandes und zu einer Strafmilderung.

Ein förmliches Gesetz kann auch auf eine Regel des Völkergewohnheitsrechts verweisen. So setzen zum Beispiel mehrere Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuches voraus, dass eine Handlung „unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts“ begangen wurde.¹⁰⁰ Es gelten hier neben Art. 103 Abs. 2 GG die allgemeinen, sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Erfordernisse an Verweisungen. Das *BVerfG* hat bestätigt, dass eine Verweisung auf *fremdes Recht*, selbst dynamischer Art, grundsätzlich möglich ist.¹⁰¹ Die Verweisung muss aber regelungstechnisch klar sein, und die völkergewohnheitsrechtliche Regel muss die Voraussetzungen der Strafbarkeit hinreichend deutlich be-

stimmen.¹⁰² Problematisch ist eine dynamische Verweisung auf Normen des Völkergewohnheitsrechts in der jeweils geltenden Fassung, wenn es um Freiheitsbeschränkungen und andere schwerwiegende Grundrechtseingriffe geht.¹⁰³

bb) Keine Auslieferung deutscher Staatsbürger aufgrund völkergewohnheitsrechtlicher Regeln

Eine weitere Grenze für die Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts findet sich in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG. Danach darf kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden. Für den *Internationalen Strafgerichtshof (IStGH)* ist eine solche gesetzliche Grundlage im § 2 IStGH-Gesetz geschaffen worden.¹⁰⁴ „Internationaler Gerichtshof“ im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ist aber nicht auf den *Internationalen Strafgerichtshof* beschränkt und setzt nicht notwendigerweise voraus, dass der Gerichtshof durch Vertrag errichtet wurde, dessen Partei die Bundesrepublik Deutschland ist.¹⁰⁵ So wurden die Ad-hoc-Straftribunale für das Ehemalige Jugoslawien und Rwanda durch Beschluss des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen geschaffen. Einer sich eventuell entwickelnden völkergewohnheitsrechtlichen Auslieferungspflicht an internationale Gerichtshöfe wäre in Deutschland innerstaatlich die Anwendung zu versagen, sofern im konkreten Einzelfall keine gesetzliche Grundlage bestünde.

Auch eine Auslieferung deutscher Staatsbürger an das Ausland aufgrund allgemeiner Regeln des Völkerrechts scheidet aus. In der Literatur wird der Grundsatz „aut dedere aut judicare“ zumindest für schwerste Völkerrechtsverbrechen teilweise bereits als Völkergewohnheitsrecht angesehen.¹⁰⁶ Eine solche Verpflichtung zur Strafverfolgung oder Auslieferung käme in Deutschland jedoch nicht zur Anwendung, da Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt, dass kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden darf. Eine solche völkergewohnheitsrechtlich begründete Auslieferungspflicht bedürfte in Deutschland der Umsetzung durch Verfassungsänderung.

cc) Keine sonstigen Grundrechtseinschränkungen auf der Grundlage der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

Der Gesetzesvorbehalt steht auch der Vornahme sonstiger völkergewohnheitsrechtlich zulässiger Grundrechtseinschränkungen durch die deutsche Staatsgewalt entgegen, soweit diese nicht durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind. Zum Beispiel dürfen die Kriegsschiffe aller Staaten zum Zwecke der Bekämpfung der Seeräuberei auf Hoher See Schiffe anhalten, diese betreten, Dokumente überprüfen, verdächtige Personen festnehmen und Vermögenswerte beschlagnahmen.¹⁰⁷ Selbst die Tötung von Personen,

⁹³ Kolb/Neumann/Salomon ZaöRV 71 (2011), 191, 211 ff. Siehe auch Werle/Jeffberger, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Vor § 3 Rn. 96; Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 434.

⁹⁴ BGBl. 1954 II, S. 14. Ein entsprechender Vorbehalt zum fast gleichlautenden Art. 15 Abs. 2 IPBPR wurde nicht angebracht.

⁹⁵ Zur Rücknahme des Vorbehalts zur EMRK siehe BGBl. 2003 II, S. 1575, 1580.

⁹⁶ Siehe Innerstaatliche Umsetzung von Menschenrechtsstandards, Antwort der Bundesregierung, BR-Drs. 14/3892, 14. 7. 2000, S. 2 f.

⁹⁷ Siehe z. B. *BVerfGE* 66, 337, 355; 92, 1, 12.

⁹⁸ Vgl. z. B. *Schmabl*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofman/Hopfauf* (Hrsg.), GG Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 31; *Mosler* (Fn. 21), S. 11 ff.

⁹⁹ Siehe *BVerfG* NJW 2001, 1848, 1850.

¹⁰⁰ Siehe §§ 7 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 9, 8 Abs. 1 Nr. 6 Völkerstrafgesetzbuch v. 26. 7. 2002, BGBl. 2002 I, S. 2254.

¹⁰¹ *BVerfGE* 47, 285, 311 ff.; 67, 348, 363; 92, 191, 197 f.

¹⁰² Vgl. *BVerfGE* 75, 329, 342; *BGHSt* 37, 266, 272; 42, 219, 221 f.

¹⁰³ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 65; *Silagi* EuGRZ 1980, 632, 638.

¹⁰⁴ Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGHG) v. 21. 6. 2002, BGBl. 2002 I, S. 2144.

¹⁰⁵ *Kokott*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 16 Rn. 50. Anders aber *Kämmerer*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Lfg. 118 (2005), Art. 16 Rn. 96 ff.

¹⁰⁶ Siehe z. B. *Enache-Brown/Fried* McGill Law Journal 43 (1998), 613, 631 f. Siehe auch den Schriftsatz Belgiens im Fall Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) vor dem IGH, Bd. I, 1. 7. 2010, §§ 4.65, 4.89, 5.08 und 5.23.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 105 SRÜ, der insoweit völkergewohnheitsrecht widerspiegelt. Das *VG Köln* JZ 2012, 366, 367 ging in seinem Urteil fälschlicherweise davon aus, dass die Festnahme von Piraten „ihre Rechtsgrundlage in

die sich der Festnahme widersetzen oder die Herausgabe gekidnappter Personen verweigern, ist erlaubt. Solche Grundrechtseingriffe der Bundesmarine lassen sich verfassungsrechtlich jedoch nicht im Wege des unmittelbaren Rückgriffs auf diese Normen des Völkergewohnheitsrechts rechtfertigen.¹⁰⁸ Es ist vielmehr ein Parlamentsgesetz erforderlich, das dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG genügt.

Aus diesem Grund scheidet auch ein Rückgriff auf das Zustimmungsgesetz zum Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen aus, das dem Völkergewohnheitsrecht entsprechende Ermächtigungen zur Bekämpfung der Seeräubererei enthält.¹⁰⁹ In diesem Gesetz wird zwar dem Beitritt zum Abkommen zugestimmt; von einer Ermächtigung zu etwaigen Grundrechtseinschränkungen ist aber nicht die Rede.¹¹⁰ Auch der konstitutive Parlamentsbeschluss erfüllt die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts nicht. Ein formelles Gesetz ist mehr als ein bloßer Parlamentsbeschluss und involviert weitere Staatsorgane, wie den Bundesrat und den Bundespräsidenten. Auch dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG wird in Parlamentsbeschlüssen nicht Genüge getan.¹¹¹

b) Bestimmtheitsgebot

Neben dem Gesetzesvorbehalt setzt vor allem das Bestimmtheitsgebot der Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts Grenzen,¹¹² da diese häufig nicht dem rechtsstaatlichen Erfordernis hinreichender Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit genügen.¹¹³ Schon aus diesem Grund scheidet ein Rückgriff auf völkerrechtliche Straftatbestände aus, da diese in der Regel keine Aussage über das Strafmaß treffen. Die spezifische Unrechtsfolge „Bestrafung“ als solche ist nicht hinreichend bestimmt und bedarf der Ausgestaltung durch den nationalen Gesetzgeber.¹¹⁴ Auch die rechtsbegründende und verpflichtende Wirkung des Art. 25 Satz 2 GG ist auf eine ausreichende inhaltliche Schärfe der jeweiligen Völkerrechtsregel angewiesen. An dieser mangelt es der in Art. 105 SRÜ kodifizierten Regel des Völkergewohnheitsrechts für die Festnahme von Piraten.¹¹⁵ Fehlt diese, ist es Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, die durch Art. 25 Satz 2 GG erzeugte subjektive Rechts- und Pflichtenstellung durch Gesetz den Erfordernissen ihrer inhaltlichen Anwendbarkeit durch Gerichte und Exekutive anzupassen.¹¹⁶

Art. 105 S. 1 SRÜ“ findet, ohne näher auszuführen, wie eine völkervertragliche Vorschrift eine verfassungsrechtliche Eingriffsermächtigung darstellen kann.

108 Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 3, 2010, Art. 87a Rn. 95. Siehe auch Eser, Dürfen Soldaten überhaupt töten?, FAZ, 28.12.2001, S. 29, der ebenfalls eine „Zuflucht zum Gewohnheitsrecht“ zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ablehnt.

109 So aber Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 108), Art. 87a Rn. 103; Fastenrath, Ran an den Feind, FAZ, 19.6.2008, S. 6. Wie hier Zimmermann ZRP 2012, 116, 119.

110 Siehe Gesetz zu dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.12.1982 (Vertragsgesetz Seerechtsübereinkommen) v. 2.9.1994, BGBl. 1994 II, S. 1798. Siehe dagegen § 70 BPolG, der ausdrücklich eine Einschränkung von Grundrechten bei Tätigwerden der Bundespolizei auch im Ausland vorsieht.

111 Zimmermann ZRP 2012, 116, 119. Siehe auch Weingärtner DVBl. 2012, 344. Vgl. auch den Parlamentsbeschluss zur Operation Atalanta zur Bekämpfung der Piraterie vor der Küste Somalias, BT-Drs. 16/11337, 10.12.2008.

112 Vgl. zum Bestimmtheitsgebot BVerfGE 17, 306, 313f.; 47, 109, 121; 64, 389, 393f.; 69, 1, 35, 42; 80, 103, 107f.; 110, 33, 53f.

113 Vgl. Hofmann, in: Umbach/Clemens (Fn. 36), Art. 25 Rn. 22; Steinberger, in: HStR (Fn. 2), § 173 Rn. 58; Silagi EuGRZ 1980, 632, 638. Vgl. auch Kunig, in: Graf Vitzthum (Fn. 30), S. 143.

114 Vgl. Kunig, in: Graf Vitzthum (Fn. 30), S. 133; Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Fn. 35), Art. 25 Rn. 29, 45.

115 Vgl. Schaller, in: Mair (Fn. 87), S. 95; v. Arnould AVR 47 (2009), 454, 473f.; Fischer-Lescano/Kreck AVR 47 (2009), 481, 499ff.

116 Vgl. Koenig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 19), Art. 25 Rn. 61.

3. Demokratieprinzip

Grenzen für die Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts können sich letztlich auch aus dem Demokratieprinzip ergeben. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entfaltet Wirkung nur „im Rahmen des demokratischen [...] Systems des Grundgesetzes“.¹¹⁷ Nach Ansicht des BVerfG folgt aus dem verfassungsrechtlich verankerten und der Ewigkeitsgarantie unterliegenden Demokratieprinzip, dass gewisse Sachbereiche von den demokratisch legitimierten Vertretern des Volkes selbst geregelt werden müssen. Zu den wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung, dem „Identitätskern der Verfassung“,¹¹⁸ gehören auch kulturelle Fragen, wie die Gestaltung der Familienverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.¹¹⁹ In den meisten dieser Bereiche kann man sich heute noch keine völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen vorstellen, die mit den Vorstellungen des Grundgesetzes kollidieren könnten. Mit der zunehmenden Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und dem Ausbau des internationalen Menschenrechtsschutzes kann dies aber in einigen Jahren bereits ganz anders sein. Zu denken ist hier unter anderem an die Ausgestaltung der Medienordnung,¹²⁰ die Definition von Ehe und Familie, Holocaust-Leugnung als Ausdruck der Meinungsäußerungsfreiheit oder die Frage, was eine Kirche bzw. Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft ist. Keineswegs müssen hier die deutschen Wert- und Moralvorstellungen mit denen der internationalen Gemeinschaft übereinstimmen. So ist die Holocaust-Leugnung selbst in einigen Ländern der Europäischen Union von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt,¹²¹ und Scientology wird in Dokumenten der Vereinten Nationen unter „Religionen und religiöse Gruppen“ geführt,¹²² während die Gruppe in Deutschland als „kommerzielles Unternehmen“ angesehen wurde¹²³ und vom Verfassungsschutz beobachtet wird.¹²⁴ Auch wenn Regeln in den genannten Sachbereichen in den kommenden Jahren einen völkergewohnheitsrechtlichen Status erlangen würden, kämen sie in Deutschland über Art. 25 GG nicht unmittelbar zur Anwendung. Das Demokratieprinzip errichtet hier eine inhaltliche Grenze.

IV. Bewertung

Offene Staatlichkeit und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bedeuten nicht die Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung oder

117 BVerfGE 111, 307, 318; bestätigt in BVerfG NVwZ-RR 2007, 266, 268.

118 Vgl. BVerfG NJW 2011, 2946, 2951.

119 BVerfGE 123, 267, 358, 363.

120 Siehe bereits das Beispiel bei Silagi EuGRZ 1980, 632, 635.

121 Siehe z.B. die Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts Nr. 235/07 v. 17.11.2007, verfügbar in englischer Sprache <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC2352007en.aspx>. Siehe auch Institut suisse de droit comparé, Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité, Avis 06–184, 19.12.2006; und Human Rights Committee, General Comment No. 34, UN Doc. CCPR/C/GC/34, 12.9.2011, S. 12 (§ 49).

122 Siehe z.B. UN Doc. E/CN.4/1996/95, 15.12.1995, S. 7, 9; UN Doc. A/HRC/9/7, 12.9.2008, S. 7. Siehe auch UN Doc. CCPR/C/SR.2171, 21.4.2004, S. 8 (§ 45) und S. 9 (§ 55).

123 BAG NZA 1995, 823, 827ff., 830.

124 Siehe z.B. OVG NRW, Urteil v. 12.2.2008 – 5 A 130/05 (Beobachtung von Scientology durch Verfassungsschutz zulässig).

deren unbedingten Geltungsvorrang. Unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Erfahrung geht ein Großteil der Staatsrechtslehre in Deutschland jedoch noch immer davon aus, dass die Gefahren staatlichen Machtmissbrauchs durch überstaatliche Institutionen und das freiheitsgerichtete Völkerrecht einzuhegen sind. Der Staat soll durch das Völkerrecht vor sich selbst geschützt werden. Ein solch blindes Vertrauen in das Völkerrecht setzt sich aber über die Realitäten hinweg.¹²⁵ Nicht nur der Staat kann eine Gefahr für die Freiheit darstellen, sondern auch der im überstaatlichen Völkerrecht zum Ausdruck kommende kumulierte Staatenwille,¹²⁶ wie die freiheitsverletzenden Sanktionsmaßnahmen des VN-Sicherheitsrats gegen Einzelpersonen jüngst gezeigt haben.¹²⁷ Das Völkerrecht kann immer dann zu einer Bedrohung für die Freiheit werden, wenn die staatlichen Freiheitsverbürgungen über den völkerrechtlichen Mindeststandard hinausgehen. In diesem Fall birgt die uneingeschränkte Inkorporation des Völkerrechts in die innerstaatliche Rechts-

ordnung die Gefahr einer Absenkung des verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsstandards in sich. Dies wird besonders deutlich, wenn versucht wird, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Vademekum zur verfassungsrechtlichen Lückenfüllung heranzuziehen. In diesen Fällen wird die Verfassung zur letzten Brandmauer gegen das internationale „dumbing down“ national gewährleisteter Freiheitsrechte. In Deutschland ist die Überwachung dieser Brandmauer in Art. 100 Abs. 2 GG dem *BVerfG* zugewiesen, das nicht nur darüber entscheidet, ob eine bestimmte Regel eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“ ist, sondern auch, ob eine solche Regel „Bestandteil des Bundesrechtes“ ist.¹²⁸ Grundgesetzwidrige Regeln des allgemeinen Völkerrechts werden nicht zum „Bestandteil des Bundesrechtes“. Das Verfassungsrecht fungiert hier als Filter des Völkerrechts.

¹²⁵ Vgl. Doebring (Fn. 6), S. 122.

¹²⁶ Siehe Schorkopf (Fn. 1), S. 20 f.

¹²⁷ Siehe *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 3. 9. 2008 – verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 (Kadi und Al Barakaat gegen Rat und Kommission der EU) = Slg. 2008 I-6351.

¹²⁸ *BVerfG* NJW 2001, 1848; *BVerfG* NVwZ 2008, 878.

Professor Dr. Herbert Zech, Basel*

Gefährdungshaftung und neue Technologien

Technischer Fortschritt schafft einerseits neuen Nutzen, andererseits neue Risiken. Vorhersagen sind wegen der Neuartigkeit der entstehenden Technologien nicht oder nur ungenau möglich. Während der Nutzen neuer Technologien durch das Patentrecht dem Erfinder zugewiesen wird, gibt es keine generelle Zuweisung der Risiken. Gefährdungshaftungen sind auf einzelne bereits bekannte Technologien und Gefährdungslagen beschränkt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob de lege ferenda eine eigene Gefährdungshaftung für den Einsatz neuartiger Technologien eingeführt werden sollte. Die Ausgestaltung einer solchen Haftung könnte sich aus der Parallele zum Patentrecht ergeben.

I. Gefährdungshaftung als Teil des Technikrechts

Eine wesentliche Eigenschaft von Technik ist ihre Dynamik, also ihre Tendenz, sich stetig in Form von Innovationen weiterzuentwickeln.¹ Innovationen als „kleinste Einheiten des technischen Fortschritts“ erlauben auch eine Einteilung der Aufgaben des Technikrechts: Innovationen *entstehen*, werden *verbreitet* und *angewendet*, wodurch sich auch bestimmte *Technikfolgen* ergeben. An den jeweiligen Phasen lassen sich als rechtliche Aufgaben die Innovationsförderung, der Techniktransfer, die Techniksicherheit und die Verantwortlichkeit für Technikfolgen festmachen.² Dabei

greifen für die jeweiligen Aufgaben das Immaterialgüterrecht, das Vertragsrecht, das Sicherheitsrecht und das Haftungsrecht ein.

Bei der Haftung für Technik spielt vor allem die Gefährdungshaftung eine große Rolle. Sie unterscheidet sich von der Verschuldenshaftung dadurch, dass sie an eine grundsätzlich erlaubte Handlung – die Schaffung einer abstrakten Gefahr – anknüpft, die mittelbar zu einer Rechtsgutsverletzung führt. Dagegen ist bei der Verschuldenshaftung die schadensverursachende Handlung rechtlich missbilligt, sei es durch gesetzliches Verbot oder wegen der zurechenbaren Beeinträchtigung eines Rechtsguts.³ Letzteres kann durch entsprechende Verkehrspflichten auch bei einer mittelbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung der Fall sein, wodurch aber – anders als durch die Anordnung einer Gefährdungshaftung – auch die mittelbar kausale Handlung rechtswidrig wird.⁴ Von der Aufopferungshaftung unterscheidet sich die Gefährdungshaftung dadurch, dass die Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht hingenommen werden muss.⁵ Der Geschädigte kann sich gegen die konkrete Beeinträchtigung wehren, nicht jedoch gegen die mittelbar kausale Gefahrverursachung.

Gefährdung bedeutet, dass eine Sachlage geschaffen wird, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Rechtsbeeinträchtigung oder zu einem bestimmten Schaden

Schutzrecht und *technisches Sicherheitsrecht* bezeichnet; vgl. *ders.*, in: Festgabe für Lukes, 2000, S. 199, 202.

³ Auf den Streit zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht zu § 823 Abs. 1 BGB soll hier nicht weiter eingegangen werden. Dazu eingehend *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, S. 104 ff.

⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 84 I 3a; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 10 f.; *Wilhelmi* (Fn. 3), S. 143 ff., 151. In einem solchen Fall können auch Gefährdungs- und Verschuldenshaftung zusammentreffen.

⁵ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2012, Rn. 1441.

* Der Autor ist Extraordinarius für Privatrecht mit Schwerpunkt Life Sciences-Recht an der Universität Basel. Der Beitrag basiert auf dem an der Universität Bayreuth gehaltenen Habilitationsvortrag des Verfassers.

¹ *Vieweg* JuS 1993, 894, 896; *ders.*, in: Festgabe für Lukes, 2000, S. 199, 209.

² *Vieweg* JuS 1993, 894, 895 f., unterscheidet *technikfördernde* (*technikschützende*) und *technikbegrenzende* Normen, die er auch als *technisches*