

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 251

# Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag

Die gerichtliche Kontrolle  
völkerrechtlicher Akte der Regierung nach deutschem,  
amerikanischem und englischem Verfassungsrecht

Von

Franz-Christoph Zeitler



Duncker & Humblot · Berlin

**FRANZ-CHRISTOPH ZEITLER**

**Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 251**

# Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag

Die gerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Akte der Regierung nach  
deutschem, amerikanischem und englischem Verfassungsrecht

Von

Dr. Franz-Christoph Zeitler



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 03201 2**

**Cui dono lepidum novum libellum?  
Parentibus fratrique.**

**(vgl. Catull, carm. 1, 1)**



## Vorwort

Die Abstimmung von verfassungsrechtlichem Gebot und völkerrechtlicher Vereinbarung als dem rechtlichen Destillat einer Außenpolitik wird auch in Zukunft Stoff für juristische Auseinandersetzungen bieten — man denke nur an die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses zur DDR im Gefolge des Grundvertrags; eine juristisch-methodische Durchdringung des Themenkomplexes verfassungsrechtlicher Kontrolle erscheint um so mehr geboten als der Politiker nur zu gern in die Robe des Juristen schlüpft und tagespolitische Interessen mit der Autorität des Rechts zu verzierern sucht.

Die folgende Untersuchung ist die überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die im SS 1973 der Juristischen Fakultät der Universität München vorlag und von ihr mit dem Fakultätspreis für 1973 ausgezeichnet wurde. Bei der Überarbeitung konnte ich noch die Erfahrungen verwerten, die ich als Mitarbeiter meines verehrten Lehrers, Herrn Prof. Dr. *Dieter Blumenwitz*, bei der Durchführung des Verfassungsstreits um den Grundvertrag gewonnen hatte. Für all seine Hinweise und Anregungen, die er mir jederzeit bereitwillig gab, möchte ich ihm sehr herzlich danken. Herrn Prof. Dr. *Peter Lerche* und Herrn Prof. Dr. *Hans-Ulrich Gallwas* bin ich für manch einen hilfreichen Fingerzeig zu Dank verbunden.

Um das Manuskript und die Druckfahnen haben sich Frau *Klein* und Frau *Aumann*, Frl. stud. jur. *Christine A. Schmid*, die Herren stud. jur. *Eckehard Schmidt* und *S. Jackermeier* mit dankenswertem Einsatz bemüht. Das Cusanuswerk hat mir ein halbjähriges Graduiertenstipendium, die Stiftung Maximilianeum in München einen Druckkostenzuschuß gewährt; ich danke ihnen ebenso wie Herrn Ministerialrat a. D. Dr. *J. Broermann* für die Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Augsburg, im Mai 1974

*Franz-Christoph Zeitler*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	<b>23</b>
-------------------------	-----------

## *Erster Teil*

### **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

<b>§ 1 Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Verträgen</b> .....	<b>27</b>
I. Vereinbarungen des regulären völkerrechtlichen Verkehrs ....	28
1. Vorkonstitutionelle Verträge .....	28
2. Nachkonstitutionelle Vereinbarungen .....	30
a) Klärung des Begriffs des politischen Vertrags .....	30
b) Inhaltliche Fragen .....	31
aa) Abkommen mit der Schweiz und Portugal über das deutsche Auslandsvermögen .....	31
bb) Der deutsch-niederländische Ausgleichsvertrag ....	32
cc) Das deutsch-schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen .....	36
dd) Der Komplex der Ostverträge .....	36
II. Vereinbarungen, die einer politischen Ausnahmesituation entsprangen .....	39
1. Petersberger Abkommen .....	39
2. Wehrbeitragsstreit .....	40
3. Das Saarabkommen .....	41
a) Historische Entwicklung .....	41
b) Rechtliche Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht .....	42
4. Weiterentwicklung der Grundsätze des Saarurteils in der Rechtsprechung zum Überleitungsvertrag .....	44
a) Frühere Entscheidungen, vor allem zur Devisenbewirtschaftung, zum Interzonenhandel, zur Höfeordnung ....	44
b) Zwei jüngere Entscheidungen zum Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden .....	47
III. Folgerungen: Die relative Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts .....	48
1. Tendenz zur Bejahung der Verfassungsmäßigkeit .....	48

2. Gegenteilige Beispiele .....	49
3. Politisch-psychologische Funktion der Rechtsprechung ....	49
4. Sondercharakter mancher Entscheidungen .....	50

### *Zweiter Teil*

#### **Die Frage nach der Justiziabilität** 51

§ 2 <i>Die grundsätzliche Ablehnung einer gerichtlichen Kontrolle völkerrechtlicher Akte in England</i> .....	51
I. Verfahrensmäßige und materiellrechtliche Möglichkeiten einer gerichtlichen Kontrolle völkerrechtlicher Akte der Regierung (Überblick) .....	51
1. Verknüpfung eines Aktes mit einem Gesetz — Normenkontrolle des „enabling act“? .....	52
2. Unmittelbare Kontrolle von Regierungsakten? .....	54
a) Verfahren .....	54
b) Acts of state .....	56
II. Gründe für das Fehlen einer judicial review .....	59
1. Funktionelle Gründe .....	59
a) Fehlen einer geschriebenen Verfassung .....	59
b) Fehlen eines föderalistischen Staatsaufbaus .....	60
2. Historisch-konstitutionelle Gründe .....	62
a) Die Parlamentsouveränität .....	62
b) Weitere traditionelle Gründe .....	64
aa) Parlament als Gerichtshof .....	64
bb) Gericht als königliche Justizgewährung .....	65
III. Möglichkeiten und Ansätze für eine judicial review in England	65
1. Die formelle Normenkontrolle .....	66
a) Urteile des Privy Council und von Commonwealth-Gerichten .....	66
b) Die Reaktion der h. M. in Großbritannien — Würdigung der Bedeutung dieser Urteile .....	69
2. Materielle Normenkontrolle — die Suche nach dem Prüfungsmaßstab .....	71
a) Common Law, Naturrecht, Völkerrecht? .....	71
b) Sonstige Ansätze .....	74
aa) Die Europäische Menschenrechtskonvention .....	74
bb) Die englisch-schottische Unionsverfassung .....	75
cc) Das Verhältnis zu Nord-Irland .....	76
dd) Ein erster Fall einer materiellen Normenkontrolle	78

3. Ansätze zur Kontrolle sonstiger völkerrechtlicher Akte — die Royal Prerogative .....	78
a) Umfang und Grenzen der Prärogative im einzelnen ....	78
b) Nachprüfbarkeit individualrechtsbezogener Akte .....	81
IV. Rechtspolitische Würdigung — die historischen Bedingtheiten der britischen Auffassung .....	83
§ 3 Amerikanisches Verfassungsrecht: Die fallweise Ablehnung einer gerichtlichen Kontrolle in den USA .....	85
I. Der verfassungsrechtliche Hintergrund .....	85
1. Gang der Untersuchung .....	85
2. Das richterliche Prüfungsrecht in den USA (Überblick) ....	86
a) Historische Entwicklung der judicial review .....	86
b) Verfahrensrechtlicher Kontext .....	87
3. Treaties und executive agreements als Prüfungsgegenstand .....	88
II. Fallmaterial .....	89
1. Kontrolle völkerrechtlicher Akte (I): Verträge .....	89
a) Vornahme einer gerichtlichen Prüfung .....	89
aa) Völkerrecht als Maßstab .....	89
bb) Verfassung als Maßstab .....	91
cc) Formelle Kontrolle .....	93
dd) Zwischenergebnis .....	94
b) Fälle eingeschränkter gerichtlicher Prüfung — der Grenzbereich der Justiziabilität .....	95
c) „Political questions“ — der Verzicht auf gerichtliche Entscheidung .....	97
2. Kontrolle völkerrechtlicher Akte (II): bes. Fallgruppen, insbes. einseitige Akte .....	98
a) Die Anerkennung und ihre Rechtsfolgen .....	98
b) Gebietserwerb .....	100
c) Immunitätsfragen .....	102
III. Systeminterne Würdigung der political question doctrine — Systematisierungs- und Begründungsversuche in der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur .....	103
1. Der prozedurale Kontext — Die „avoidance“-Techniken ..	103
2. Verfassungssystematische Begründungen .....	104
a) Die Theorie des verfassungsrechtlichen Kompetenzmangels der Gerichte? .....	104
b) Die Gewaltenteilung als Grundlage der political question doctrine? .....	106
3. Pragmatische, fall(gruppen)spezifische Begründungen ....	108

a) Mangel an rechtlichen Entscheidungskriterien (lack of manageable standards) .....	108
b) Mangelnde Information des Gerichts (lack of information) .....	109
c) Rücksichtnahme auf die politische Situation .....	111
d) Wahrung der Einheitlichkeit staatlicher Äußerungen ..	112
e) Tradition .....	114
f) Logische Fehlschlüsse .....	114
g) Die richterliche Verantwortung .....	114
4. Trend zum judicial activism: Zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	116
IV. Systemexterne Würdigung — rechtspolitische Zweckmäßigkeit der political question doctrine aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts? .....	117
§ 4 Die Justiziabilität von Akten der auswärtigen Gewalt im deutschen Verfassungsrecht. Die Theorie des „Regierungsakts“ .....	120
I. Problemstellung .....	120
II. Die Theorie des justizfreien Regierungsakts in ihrer geschichtlichen Entwicklung .....	121
III. Die Kontrolle von Regierungsakten unter dem Grundgesetz ..	123
1. Vorbemerkungen .....	123
a) Übersicht .....	123
b) Qualifizierung des Zustimmungsgesetzes .....	125
2. Die Kontrolle von Vertragsgesetzen gem. Art. 59 II GG ..	126
3. Sonstige Abkommen und einseitige Akte .....	129
a) Die Vermengung des Problems mit der Frage der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 19 IV GG in der Literatur .....	129
b) Die Normen der Verfassung als alleiniger Ansatzpunkt	133
c) Die Ermessenslehre .....	136
4. Einwendungen gegen die Justiziabilität .....	136
a) Der hochpolitische Charakter? .....	136
b) Das Demokratieprinzip? .....	137
c) „No multifarious statements“? .....	138
d) Mangelnde Reversibilität der Akte? .....	138
e) Praktische Nichtjustiziabilität aus verfahrensrechtlichen Gründen? .....	139
f) Sonderstellung der auswärtigen Gewalt? .....	140
g) Die Verfassungsentscheidung für die internationale Zusammenarbeit .....	142
h) Einschränkungen in der Verfassungspraxis .....	143
IV. Ergebnis .....	144

§ 5 (Exkurs) Zwei immer wiederkehrende Argumentationsweisen . . . .	145
A. Einschränkung der Justiziabilität aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung? . . . . .	145
I. Ausgangspunkt . . . . .	145
II. Inhalt des Gewaltenteilungsprinzips . . . . .	146
1. Die Substanztheorie der h. L. und ihre Schwierigkeiten ..	147
2. Die funktionsgerechte Auffassung i. S. einer reinen Kon- trolltheorie . . . . .	149
III. Die weitgehende Irrelevanz der Argumentation aus der Ge- waltenteilung für die Kontrolle der auswärtigen Gewalt . . . .	152
B. Das Verhältnis von Recht und Politik . . . . .	153
I. Fragestellung . . . . .	153
II. Lösungswege . . . . .	154
1. Positivistische Theorien (Kelsen, M. Weber) . . . . .	154
2. Positivistische Theorien (Forsthoff) . . . . .	155
III. Der Abgrenzungsversuch Roelleckes . . . . .	156
1. Skizze seiner Gedanken . . . . .	156
2. Kritik . . . . .	157
a) Methodische Kritik der Immanenzkonstruktion . . . . .	157
aa) Hypostasierung des Vorverständnisses . . . . .	157
bb) Überspielen der positiven Rechtsordnug . . . . .	158
b) Sachliche Kritik . . . . .	160
aa) Sicherung von Befehlen als Funktion der Recht- sprechung? . . . . .	160
bb) Gestaltungsfunktion der Rechtsprechung . . . . .	160
IV. Ansatz der h. L.; die Frage nach einschlägigen Rechtsnormen	162
V. Würdigung der h. L. . . . .	163
1. Der Vorgang der richterlichen Entscheidungsfindung . . . . .	164
2. Das politische Element einer richterlichen Entscheidung ..	166
3. Verfassungsrechtsprechung als Teil der allg. Gerichtsbar- keit . . . . .	168
VI. Die Grenzen der (Verfassungs-)rechtsprechung bei der Zweck- mäßigkeitentscheidung . . . . .	170
1. Feststellung und Bedeutung der Grenzziehung . . . . .	170
2. Rechtstatsächliche Indizien für ein Überschreiten der Grenze durch den Richter . . . . .	175
3. Der „judicial self-restraint“ im System des GG . . . . .	176
VII. Ergebnis . . . . .	178

*Dritter Teil***Einzelfragen gerichtlicher Prüfung und deren Wirkungen**

§ 6	<i>Der Wirkungsraum verfassungsgerichtlicher Entscheidungen mit völkerrechtlicher Relevanz</i> .....	180
	1. Ausgangspunkt: Trennung von völkerrechtlicher und staatsrechtlicher Ebene .....	181
	2. Beschränkter Wirkungsraum bei der Entscheidung völkerrechtlicher Fragen? .....	181
	3. Der umfassende Wirkungsraum bei der Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen: die Bindung des Gesamtverhaltens der Regierung .....	183
	4. Ergebnis .....	185
§ 7	<i>Entscheidungsgrundlagen und Erkenntnisquellen des Gerichts, unter Berücksichtigung insbesondere der Rolle der Exekutive</i> .....	186
	I. Die Bindung der Gerichte an formelle Exekutiväußerungen im englischen Recht .....	186
	1. Überblick über die Doktrin des conclusive certificate und ihren tatsächlichen Anwendungsbereich .....	186
	2. Der rechtliche Anwendungsbereich der Doktrin .....	187
	a) Nur questions of fact? .....	187
	b) Der Anwendungsbereich im einzelnen .....	189
	aa) Klarstellung des Vorliegens eines act of state in Prozessen inter alios et in alia re .....	189
	bb) Klarstellung tatsächlicher Zweifel im Bereich der Prärogative .....	190
	cc) Klarstellung rechtlicher Zweifel im Zusammenhang mit der Tatsachenauskunft .....	191
	dd) Rechtliche Feststellungen im Gegensatz zur Gerichtsauffassung .....	193
	3. Das rechtliche Fundament der Doktrin .....	194
	4. Ergebnis .....	195
	II. Entscheidungsgrundlagen und Erkenntnisquellen des Bundesverfassungsgerichts .....	195
	1. Die schwankende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage des Verhandlungsspielraums in der auswärtigen Politik .....	195
	2. Der rechtspolitische Vorschlag von Dichgans: Die Bindung des Gerichts an die Tatsachendarstellung des Gesetzgebers .....	197
	3. Die Mängel dieses Vorschlags .....	198
	4. Die selbständige „Qualifikation“ völkerrechtlicher Akte durch die Gerichte .....	201

5. Eine wichtige Informationsmethode des Gerichts: Die Beziehung von Regierungsakten .....	204
a) Der lack of information als Begründung der political question doctrine .....	204
b) Überblick über die Rechtslage nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz .....	205
c) Die Heranziehung von Geheimakten .....	205
aa) Die Verweigerung der Einsichtnahme durch die h. L. 206	
bb) Das Recht auf Einsichtnahme und Verwertung solcher Akten durch das Bundesverfassungsgericht	207
cc) Amerikanisches und englisches Prozeßrecht .....	211
dd) Ergebnisse .....	212
III. Zusammenfassung .....	214
§ 8 Die verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge ....	215
I. Einleitung .....	215
1. Begriff der verfassungskonformen Auslegung .....	215
2. Die verfassungskonforme Auslegung in der Vertragsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts .....	216
II. Die Mehrdeutigkeit von Verträgen als Voraussetzung für eine verfassungskonforme Auslegung .....	218
1. Die Problematik bei mehrsprachigen Verträgen .....	218
2. Die verfassungskonforme Auslegung bei fernliegenden verfassungswidrigen Auslegungsmöglichkeiten .....	220
III. Die Begründung der verfassungskonformen Auslegung .....	222
1. Die These von der Vermutung für die Rechtmäßigkeit gesetzgeberischen Verhaltens .....	222
2. Das Argument der Einheit der Rechtsordnung, der Normenhierarchie .....	225
3. Die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung: Das richterliche Prüfungsrecht .....	227
4. Die Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung: Funktionellrechtliche Erwägungen .....	228
5. Funktionellrechtliche Begründungen in den USA .....	229
6. Anfechtungen der verfassungskonformen Auslegung von Verträgen .....	230
IV. Die nationale Verfassung als völkerrechtliche Auslegungsregel? .....	232
1. Unmittelbare Einwirkung der Verfassung auf die völkerrechtliche Ebene? .....	232
2. Mittelbare Auswirkungen der nationalen Verfassungen auf die völkerrechtliche Vertragsauslegung .....	235



V. Völkerrechtliche Auswirkungen einer vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung ..	236
1. Die Voraussetzung: die Bindung der Bundesregierung an eine verfassungskonforme Auslegung .....	236
a) Bindung an die tragenden Gründe der Entscheidung gemäß § 31 I BVerfGG? .....	237
b) Lösung des Problems durch Aufnahme der verfassungskonformen Auslegung in den Urteilstenor? .....	238
c) Bindungswirkung gemäß § 31 II BVerfGG auf Grund der Äquivalenz von Teilnichtigklärung und verfassungskonformer Auslegung .....	239
2. Völkerrechtliche und staatsrechtliche Konsequenzen einer verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht — Fallkonstellationen .....	241
a) Ausschluß einer vom Vertragspartner nicht intendierten verfassungswidrigen Auslegung .....	241
b) Ausschluß einer vom Vertragspartner intendierten verfassungswidrigen Auslegung .....	242
aa) Authentische Interpretation durch die Vertragspartner .....	242
bb) Erklärung eines Interpretationsvorbehalts .....	243
cc) Interpretationserklärung der deutschen Seite .....	244
dd) Abstandnahme von der Ratifikation .....	246
VI. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung .....	247
1. Methodische Grundlagen .....	247
2. Sinn und Zweck eines Vertrags als Grenze der verfassungskonformen Auslegung .....	249
a) Der Vorrang des Gesetzgebers bei der Verfassungskonkretisierung .....	249
b) Ermittlung des Gesetzes- bzw. Vertragssinnes — Maßgeblichkeit der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze .....	252
3. Der Wortlaut als weitere Grenze? .....	255
4. Methodische Konsequenzen aus der Grenzziehungsfunktion von Sinn und Zweck: Die Teilnichtigkeit .....	256
5. Weitere methodische Konsequenzen .....	257
6. Keine Grenze der verfassungskonformen Vertragsauslegung bei einer „naheliegenden“ verfassungswidrigen Auslegung .....	259
VII. Ergebnis .....	260
§ 9 Die Annäherungstheorie .....	262
I. Einleitung .....	262
1. Problemstellung: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit .....	262
2. Rechtsvergleichende Hinweise .....	264

II. Die Grundvoraussetzungen der Theorie .....	267
1. Die „an sich Verfassungswidrigkeit“ (Bedenklichkeit) der Regelung .....	267
a) Berücksichtigung dieses Kriteriums in der Rechtspre- chung des Bundesverfassungsgerichts .....	267
b) Denkbare konstruktive Lösungen .....	268
aa) Suspension der Verfassung im Wege der Auslegung? .....	268
bb) Einbeziehung der Sonderfälle in die normale Inter- pretation? .....	271
cc) Vollstreckungsrechtliche Lösung? .....	271
dd) Spezieller verfassungsrechtlicher Rechtfertigungs- topos — keine Trennung des Ausspruchs der Verfas- sungswidrigkeit von dem der Nichtigkeit .....	272
c) Der „stille Verfassungswandel“ (Abgrenzung) .....	274
d) Vergleichsfälle aus dem staatlichen Recht ohne völker- rechtlichen Bezug .....	277
e) Ergebnisse .....	280
2. Die Annäherungsabwägung — das Vorliegen einer Aus- nahmesituation .....	281
a) Die Güterabwägung als Methode zur Feststellung der Annäherung .....	281
b) Besonderheiten der Annäherungsabwägung .....	283
aa) Konkrete Effekts- und Verzichtsabwägung .....	283
bb) Die Existenz von Spezialnormen als Anhaltspunkt für eine Differenzierung? .....	284
c) Die Ausnahmesituation als funktionellrechtliche Rech- fertigung der Annäherungstheorie .....	285
aa) Umgehung des Art. 79 I GG? .....	285
bb) Die Ausnahmesituation in der Rechtsprechung zu völkerrechtlichen und innerstaatlichen Akten .....	287
cc) Rigidität oder Flexibilität der Verfassung? .....	290
III. Spezielle Erfordernisse .....	291
1. Transitorischer Charakter der Regelung .....	292
2. Die Erheblichkeit der Annäherung .....	293
3. Der Zusammenhang zwischen der Vorläufigkeit und der Erheblichkeit der Annäherung .....	295
4. Weitere Erfordernisse: Kein Antasten unverzichtbarer Grundsätze? .....	296
5. Unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Einbuße an Verfassungsmäßigkeit und der Annäherung .....	297
IV. Ergebnis .....	298

§ 10 <i>Die rechtlichen Konsequenzen einer negativen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Überblick)</i> .....	301
I. Problemstellung .....	301
1. Hinkende Verträge .....	301
2. Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit .....	302
II. Anpassung des staatlichen Rechts an die völkerrechtliche Lage	303
1. Veränderung des Verfassungsrechts .....	303
a) Art. 79 I S. 1 GG .....	304
b) Art. 79 I S. 2 GG .....	304
2. Sonderfälle — Heilung des Verfassungsverstoßes durch Änderungen einfachen Gesetzesrechts .....	306
a) Enteignungsfälle: Nachholen der Entschädigungsregelung .....	306
b) Verfassungsverstoß als „Fernwirkung“ des Vertrags ....	308
c) Voraussetzung: Gesetzgebungskompetenz des Bundes ..	309
III. Anpassung der völkerrechtlichen Situation an die Verfassungsrecht- rechtslage .....	309
1. Vor der Ratifikation: Vorbehalt .....	309
2. Nach der Ratifikation .....	311
IV. Der unüberbrückbare Konflikt: Inkaufnahme der völkerrecht- lichen Deliktsfolgen .....	312
V. Ergebnis .....	315
<b>Literaturverzeichnis</b>	317
<b>Autorenverzeichnis</b>	331
<b>Stichwortverzeichnis</b>	337

## Abkürzungsverzeichnis

A. D.	= Appellate Division (of the Supreme Court of South Africa)
AdG	= Archiv der Gegenwart
A & E	= Admiralty and Ecclesiastical Cases, 1865 - 1875 (England)
AJIL	= American Journal of International Law
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVR	= Archiv des Völkerrechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Austr. L. J.	= Australian Law Journal
AWD	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AC	= Appeal Cases (England)
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
All E. R.	= All England Law Reports (seit 1936)
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	= Betriebsberater
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJMin	= Bundesjustizministerium
BK	= Bonner Kommentar
BReg	= Bundesregierung
BSozG	= Bundessozialgericht
BT	= Bundestag
Bulletin	= Bulletin der BReg., hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bonn
BV	= Bayerische Verfassung von 1946 / Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1848/74
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
B - VG	= Bundes-Verfassungsgesetz (österreich.)
BYIL	= British Yearbook of International Law
Cassaz. pen. su.	= Corte di Cassazione penale, sezione unite (ital.)
Ch.	= Chancery Division, 1845 - 1890 (England)
Ch. J.	= Chief Justice
CJS	= Corpus Juris Secundum
Cl. & F	= Clark & Finally, Entscheidungen des House of Lords, 1831 - 1846
CLJ	= Cambridge Law Journal
CLR	= Commonwealth Law Reports
Cmd	= Command Papers (England)
Col L R	= Columbia Law Review (USA)
Co Rep	= Coke's Reports (1572 - 1616) (England)
Cornell L Q	= Cornell Law Quarterly
DA	= Deutschland-Archiv
DB	= Der Betrieb
DC	= Déclaration de conformité à la constitution

diss. op.	= dissenting opinion
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DöV	= Die öffentliche Verwaltung
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
DZ	= Deutsche Zeitung — Christ und Welt
EFG	= Entscheidungen der Finanzgerichte
Eq.	= Equity Cases, 1865 - 1875 (England)
EuA	= Europa-Archiv
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
EvStL	= Evangelisches Staatslexikon
EWGV	= EWG-Vertrag (25. 3. 1957)
F	= Fraser, Court of Session Cases, 1898 - 1906 (Schottland)
F, F 2nd	= Federal Reporter (Second Series) (USA)
F. Supp.	= Federal Supplement
FAZ	= Frankfurter Allgemeine
F.I.D.E.	= Fédération Internationale pour le Droit Européen
FinV	= Finanz- und Ausgleichsvertrag mit den Niederlanden (8. 4. 1960)
FG	= Finanzgericht
FS	= Festschrift
GemS - OGB	= Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GG	= Grundgesetz
G. I.	= Giurisprudenza Italiana
GO BReg.	= Geschäftsordnung der Bundesregierung
GO BT	= Geschäftsordnung des Bundestags
GrundV, GV	= Grundvertrag (21. 12. 1972)
H. L.	= House of Lords (England)
h. L.	= herrschende Lehre
H L R	= Harvard Law Review (USA)
ICLQ	= International and Comparative Law Quarterly
IGH	= Internationaler Gerichtshof
ILT	= Irish Law Times
I R	= Irish Reports
J	= Justice, Judge
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JB1	= Juristische Blätter (Österreich)
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
J. R.	= Juridical Review
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
K. B.	= King's Bench Division (England)
L Q R	= Law Quarterly Review (England)
L R	= Law Reports (England)
LS	= Leitsatz
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
MLR	= Modern Law Review (England)
Moo	= Moore, Entscheidungen des Privy Council, 1856 - 1862
MV	= Moskauer Vertrag (12. 8. 1970)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NTS	= Nato-Truppenstatut

NW	= North Western Reporter (USA)
N.Y.U.L.R.	= New York University Law Review (USA)
OHIO St. L. J.	= Ohio State Law Journal (USA)
Ore L R	= Oregon Law Review (USA)
ÖVerfGH	= Österreichischer Verfassungsgerichtshof
ÖZfÖR	= Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
P	= Probate Division, seit 1891 (England)
P. C.	= Privy Council (England)
PCIJ	= Permanent Court of International Justice; Series A: Judgements; Series B: Advisory Opinions
P. D.	= Probate etc. Division, 1875 - 1890 (England)
P. L.	= Public Law
Q. B.	= Queen's Bench (England)
R, RNr, Rz	= Randnummer, Randzeichen
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBHG	= Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten
RdC	= Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rec.	= Recueil des décisions (du conseil constitutionnel)
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RV	= Reichsverfassung vom 16. 4. 1871
S. C.	= Supreme Court der USA
S. C. (H. L.)	= Scotch Cases before the House of Lords (England)
Slg (A)	= Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs
SLT	= Scotch Law Times
StIGH	= Ständiger Internationaler Gerichtshof
St. Tr.	= State Trials, 1163 - 1820 (England)
TLR	= Times Law Reports
ÜbV	= Überleitungsvertrag
UPaLR	= University of Pennsylvania Law Review (USA)
US	= United States Reports, seit 1790
Black	= Black (1861 - 1862)
Cr	= Cranch (1801 - 1815)
Dall	= Dallas (1790 - 1800)
How	= Howard (1843 - 1860)
Pet	= Peters (1827 - 1842)
Wall	= Wallace (1861 - 1875)
Wheat	= Wheaton (1816 - 1827)
v. A.	= verfassungskonforme Auslegung
VaLR	= Vanderbilt Law Review (USA)
VerwA	= Verwaltungsarchiv
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
Warn.	= Warneyer (Rechtsprechungssammlung des RG und des BGH)
WdVR	= Wörterbuch des Völkerrechts (hrsg. von Schlochauer)
WKonv	= Wiener Vertragsrechtskonvention (1969)
WLR	= Weekly Law Reports (England)

WRV	= Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919
WSchA	= Wiener Schlußakte (15. 5. 1820)
WV	= Warschauer Vertrag (7. 12. 1970)
Yale L J	= Yale Law Journal
ZaöRV	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStaatsW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

ὁ μὲν γὰρ συνοπτικὸς διαλεκτικὸς, ὁ δὲ μὴ · οὐ.

Platon, Pol. 537 c 7

## Einleitung

Ziel der Untersuchung ist es, zu klären, ob und inwieweit völkerrechtliche Akte der Regierung, insbesondere Verträge, bei der Handhabung des Prüfungsmaßstabs der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht eine *Sonderbehandlung* genießen sollen, anders gefragt, ob mit dem richterlichen Prüfungsrecht auch auf dem Gebiet der auswärtigen Gewalt ernst gemacht werden kann, ohne daß der Richter in nicht mehr verantwortbare Entscheidungen getrieben wird. Notwendige Konzessionen des Verfassungsrechts an die Faktizität sollen dabei rechtlich so bewältigt werden, daß die normative Kraft der Verfassung nicht erlahmt.

Hier ist zunächst darauf einzugehen, ob völkerrechtliche Verträge und Akte überhaupt für eine gerichtliche Nachprüfung vor dem Bundesverfassungsgericht in Betracht kommen (Justiziabilität); eine Frage, die in bezug auf Verträge zwar im großen und ganzen ausgestanden zu sein scheint, deren Aufarbeitung aber erst die Basis zur Beantwortung der sich anschließenden Einzelfragen nach *Art und Weise der Rechtskontrolle* legt, die sich vielfach aus der Einordnung dieser Akte an der Nahtstelle zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht ergeben (verfassungskonforme Auslegung von Verträgen, Hinnahme „an sich verfassungswidriger“ Verträge, Umfang der Entscheidungsgrundlagen des Bundesverfassungsgerichts). Bei der Behandlung dieser *methodischen* Probleme liegt — der praktischen Relevanz entsprechend — das Gewicht allein auf dem Recht der völkerrechtlichen Verträge, während die grundsätzliche Frage der Justiziabilität sich eindringlich auch für sonstige völkerrechtliche Akte stellt.

Bei der Bejahung der gerichtlichen Prüfungsbefugnis kommen dann auch die *Auswirkungen* einer solchen Judikatur auf das Verhalten der Regierung und das Verhältnis zum Vertragspartner ins Blickfeld. In einem Exkurs soll zwei Grundlagenproblemen nachgegangen werden, die allgemein die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozeß betreffen, bei der Kontrolle der auswärtigen Gewalt aber mit besonderer Schärfe zu Tage treten: die Gewaltenteilung und das Verhältnis von Recht und Politik.



Unerörtert bleiben materiellrechtliche Probleme der Vertragsrechtsprechung; auch auf eine Behandlung von Rechtswegfragen, der möglichen Verfahrensarten zur Kontrolle völkerrechtlicher Akte wurde verzichtet (einer näheren Untersuchung bedürfte hier insbesondere das Verfahren der einstweiligen Anordnung)<sup>1</sup>; ebenso wurden die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen aktuell gewordenen Probleme der „Evidenz“ eines Verfassungsverstoßes und eines „Prognoseverbots“ für das Bundesverfassungsgericht ausgeklammert, die wohl besser im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiete des (innerstaatlichen) Wirtschaftsrechts erörtert würden.

Der verfassungsvergleichende Ansatz<sup>2</sup> hat vor allem eine Kontrollfunktion, einmal für die *Lösung* verfassungsrechtlicher Probleme, zum anderen auch für die Frage der *Existenz* bestimmter Probleme; so lassen sich verdeckte Fehlerquellen oder diskussionsbedürftige Stellen (Hintergrund und Vorverständnis) in vertrauten Rechtsinstituten eher aus der Distanz einer anderen Rechtsordnung erkennen<sup>3</sup>; die frappierende Feststellung, daß ein Problem in einer vergleichbaren Kulturrechtsordnung als solches nicht erörtert wird, wirft zumindest die Frage auf, ob vielleicht nur ein in alter Tradition mitgeschlepptes Scheinproblem vorliegt<sup>4</sup>.

Dabei wurden vor allem paradigmatisch Großbritannien und die USA behandelt, da sich dort gegenüber früheren Untersuchungen<sup>5</sup> eine gewisse Tendenzwende in der Frage der Kontrolle von Regierungsakten anzubahnen scheint und sich auch die Darstellung der Problematik in diesen Ländern stufenweise mit dem deutschen Recht ergänzt: in Großbritannien, einem Lande ohne formelle Verfassungsgerichtsbarkeit und (neben Neuseeland) einzigem Lande ohne geschriebene Verfassung überhaupt, läuft die Diskussionslinie gewissermaßen „ganz unten“, bei der

---

<sup>1</sup> Krit. dazu neuerdings wieder *Menzel*, JZ 72, 501 ff. (502 f.); früher schon *Mosler*, Auswärtige Gewalt, S. 243 ff. (273 ff.); a. A. das BVerfG seit BVerfGE 1, 281 ff.; 16, 220 ff.; zum Ganzen: *Leipold*, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 28 ff. Zum Anordnungsverfahren über den Grundvertrag vgl. *Friesenhahn*, ZRP 73, S. 188 ff. (mit einem informativen Beispiel aus der Weimarer Staatspraxis, vgl. *Lammers/Simons* I, S. 103 ff.; II, 12 ff.) s. a. unten, § 1, FN 23.

<sup>2</sup> Zur Rolle der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel verfassungsrechtlicher Hermeneutik vgl. u. a. *Bayer*, Aufhebung völkerrechtlicher Verträge, S. 216 ff.; *Zweigert*, Rechtsvergleichung, Wörterbuch des Völkerrechts III (1962), S. 79 ff.; *ders.*, RabelsZ Bd. 15 (1949/50), S. 5 ff. (17 f.); *Bernhardt*, ZaöRV (1964) 24, 431 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa unten, § 8 III 3 (Zum Zusammenhang von verfassungskonformer Auslegung und Prüfungsrecht).

<sup>4</sup> Ein Beispiel s. etwa unten, § 9 I, 2 (Annäherungstheorie).

<sup>5</sup> Etwa den Untersuchungen von *Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte und Rumpf, Regierungsakte.

Frage um das richterliche Prüfungsrecht, um die Kontrolle von Acts of State; in den USA, dem Lande mit der ältesten ausgeprägten Verfassungsgerichtsbarkeit geht es um die konsequente oder nur fallweise Durchführung der judicial review auch der auswärtigen Gewalt; in *Deutschland*, wo man auf Grund leidvoller historischer Erfahrungen sich vielleicht am nachhaltigsten über die normative Verbindlichkeit der Verfassung Gedanken machte, steht die methodische Ausgestaltung und Feinabstimmung richterlicher Kontrolle von Verträgen im Vordergrund<sup>6</sup>.

Eine Bemerkung zur *Terminologie*. Der Begriff des völkerrechtlichen Aktes wird in der deutschen Literatur meist in einem engen, von der staatsrechtlichen Kompetenzverteilung („Akte der auswärtigen Gewalt“, „Handlungen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten“, Art. 32, 59, 73 Nr. 1 GG) kommenden Sinne verstanden, beschränkt auf Handlungen, die andere Völkerrechtssubjekte als Adressaten haben<sup>7</sup>, (etwa Aufnahme von Vertragsverhandlungen, Vertragsschluß, Kündigung von Verträgen, Beitritt zu internationalen Organisationen, Anerkennung, Aufnahme und Abbruch diplomatischer Beziehungen, Protest, Notifikation, Klage vor internationaler Instanz, Repressalien, Kriegserklärung).

Ein weiterer Begriff umfaßte auch Akte, die auf deutsche Staatsangehörige im Ausland als Adressaten zielen (Akte kraft Personalhoheit, Bereich des diplomatischen Schutzrechts, auswärtige Verwaltung) oder auf Angehörige fremder Staaten gerichtet sind (Grundfragen des Ausländerrechts wie Einbürgerung, Auslieferung; Gewährung gerichtlicher Immunität; Repressalien und Retorsionsmaßnahmen gegenüber Ausländern).

Beschränkungen der Justiziabilität werden z. T. in der deutschen Literatur wie vor allem im Ausland für alle Akte gefordert oder doch diskutiert, die einen feststellbaren, nicht nur ganz untergeordneten Bezug zur Außenpolitik haben; die foreign relations power des anglo-amerikanischen Staatsrechts, der Sektor der acts of state<sup>8</sup>, der political

---

<sup>6</sup> Soweit für das Verständnis der Problematik nötig, wird auch auf die Rechtslage in anderen Ländern, insbesondere *Frankreich* hingewiesen; eine eingehendere Darstellung der französischen Rechtslage empfahl sich aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht, da seit Inkrafttreten der Verfassung von 1958 noch kaum Rechtsprechung zu dieser Problematik angefallen ist. Zum acte de gouvernement in Frankreich vgl. neuerdings Ress, ZaöRV 32 (1972), S. 420 ff., ausgehend von dem 1904 vom conseil d'état entschiedenen Fall Poujade.

<sup>7</sup> Vgl. — oft zitiert — Mosler, *Auswärtige Gewalt*, S. 243 ff. (253) zit. Max Huber (opinion individuelle, StIGH, Série B, No. 18, p. 33) „La notion juridique des affaires extérieures est liée à celle de la volonté ... des Etats dans leurs rapports mutuels.“ Reichel, *Auswärtige Gewalt*, S. 21 ff. (23) m. w. N.; Weiß, *Auswärtige Gewalt*, S. 55 ff.

<sup>8</sup> *Wade/Phillips*, *Constitutional Law*, S. 265.