

ANDREAS FUNKE

Umsetzungsrecht

Jus Publicum

200

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 200



Andreas Funke

Umsetzungsrecht

Zum Verhältnis von internationaler
Sekundärrechtsetzung und deutscher
Gesetzgebungsgewalt

Mohr Siebeck

Andreas Funke, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft in Bonn und Köln; 2004 Promotion; 2010 Habilitation; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht in Köln; Lehrstuhlvertretungen in Bochum und Freiburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151281-0
ISBN 978-3-16-150536-2
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2010 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsleistung angenommen. Für die Veröffentlichung wurde sie aktualisiert und geringfügig überarbeitet. Erstgutachter war Prof. Dr. Bernhard Kempen, Zweitgutachter Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M. Die Arbeit ist am Kölner Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht entstanden, das unter der Leitung von Herrn Kempen steht. Ihm gebührt mein herzlicher Dank dafür, daß er mein Habilitationsprojekt stets wohlwollend, ermunternd und mit wichtigen Anregungen begleitet hat, sowie für vielfältige sonstige Förderung und Unterstützung. Seine völkerrechtlichen Seminare haben über die Jahre insbesondere meine Auffassung vom Völkerrecht nachhaltig geprägt. Beiden Gutachtern gilt Dank für eine überaus zügige Erstellung der Gutachten.

Dank gebührt des weiteren der Akademie der Wissenschaften und der Künste Nordrhein-Westfalen (Düsseldorf), die mir durch ein überaus großzügiges Forschungsstipendium, das wiederum aus Mitteln der Mercator-Stiftung (Essen) stammt, manches erleichtert hat.

Meine Frau, Rechtsanwältin Dr. Andrea Menz, LL.M., war meine wichtigste Diskussionspartnerin. Dies bedeutete auch, daß sie meine permanente Berichterstattung über den Fortgang der Arbeit ertragen mußte, sei es in verzweifelter Stimmung über Rückschläge, sei es begeistert über – zuweilen vermeintliche – Fortschritte. Mit ihrer praktischen Erfahrung konnte sie mir zudem viele weiterführende Hinweise geben. Nicht zuletzt hat sie die Arbeit gründlich Korrektur gelesen.

Daß es ein Leben neben der Wissenschaft gibt, muß eigentlich nicht besonders hervorgehoben werden. Daß es eine Wissenschaft neben der Habilitationsschrift gibt, sehr wohl: Deshalb möchte ich an dieser Stelle Dr. Jörn Lüdemann (Bonn), Péter Solyom (Budapest/Debrecen) und Dr. Steffen Augsberg (Köln) erwähnen, die mir auf ganz unterschiedliche Weise wissenschaftliche Horizonte offengehalten haben, die mit Umsetzungsrecht nur wenig zu tun hatten.

Dank gilt auch Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach (Salzburg), für geduldige Diskussionsbereitschaft und dafür, daß sie mir mit ihrer Grazer Gastfreundschaft den Zugang zur österreichischen Literatur öffnete. Es war immer wieder erfrischend zu sehen, wie nüchtern die „Nachbarwissenschaft“ an die Probleme herangeht, die in dieser Untersuchung aus deutscher Sicht behandelt werden.

Für die mühsame Literaturbeschaffung möchte ich mich schließlich bei meinen beiden studentischen Hilfskräften bedanken, zunächst Andreas Papp und dann Elisabeth Rossa. Frau Rossa hat darüber hinaus die Schlußfassung lektoriert und mit ihrem scharfen Auge noch einmal viele Fehler entdecken können.

Andreas Funke

Köln, im September 2010

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1

1. Teil

Grundlagen

Kapitel 1: Problem und Begriff der Umsetzung	11
Kapitel 2: Die Dogmatik umsetzender Rechtsakte	61

2. Teil

Umsetzungsverhältnisse

Kapitel 3: Rechtsgeschichtliche Ouvertüre – Besatzungsrechtliches Umsetzungsrecht	101
Kapitel 4: Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Union im deutschen Recht	117
Kapitel 5: Die Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen	246
Kapitel 6: Die Umsetzung von Maßnahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union	292
Kapitel 7: Die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union im deutschen Recht	315

3. Teil

Übergreifende Problemstellungen und Analysen

Kapitel 8: Kollisionen der Umsetzungsverpflichtung mit anderen völkerrechtlichen Bindungen, insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention	431
Kapitel 9: Der umsetzende Staat und der Wandel des Völkerrechts	347
Kapitel 10: Umsetzungsverhältnisse in der Funktionenordnung des Grundgesetzes	357
Abschließende Bemerkungen zur Untersuchung: Ertrag	405
Zusammenfassung	407
Literaturverzeichnis	423
Stichwortregister	463

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1

1. Teil

Grundlagen

Kapitel 1: Problem und Begriff der Umsetzung	11
A. Begriffliche Eingrenzung	11
I. Die Vorstellung einer „Umsetzung“ von Völkerrecht	12
II. Umsetzung und „Umsetzungsbindung“	13
III. Die Funktion des Umsetzungsbegriffs	14
B. Formen der Verwirklichung des Völkerrechts im Landesrecht	14
I. Inkorporation und Transformation	15
II. Gewährleistung	16
III. Implementation	18
IV. Rezeption	19
C. Das umzusetzende Recht: Völkerrechtliches Sekundärrecht	20
I. Die Sekundärrechtsetzung durch internationale Organisationen ..	20
1. Die rechtsetzende Tätigkeit internationaler Organisationen im Allgemeinen	21
2. Formeller Charakter umzusetzenden Rechts: Sekundärrecht ...	22
a) Einseitigkeit, Verbindlichkeit, eigene Willensbildung	23
b) Substantielle Eigenständigkeit	25
c) Rechtserzeugung	27

d) Rechtsetzung, nicht nur Gesetzgebung	28
e) Begrenzte Reichweite einer Erklärung als Vertrag	30
f) Grund- und menschenrechtliche Bindung von Mitwirkungsakten der Regierungsvertreter?	34
3. Inhaltliche Besonderheit umzusetzenden Rechts: auf innerstaatliche Rechtsetzung gerichtet	35
II. Sonstiges Sekundärrecht	38
1. Besatzungsrechtliches Sekundärrecht	39
2. Rechtsakte im Rahmen einer Treuhandverwaltung und anderer Fälle internationaler Verwaltung	41
3. Maßnahmen des Post-conflict Peacebuilding	42
D. Die verfassungsrechtliche Seite: Deutsche Gesetzgebungsgewalt und internationale Sekundärrechtsetzung	43
I. Zum Begriff der Gesetzgebungsgewalt	43
II. Das Fehlen einer ausdrücklichen Ermächtigung im Grundgesetz ..	44
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Beitritt zu internationalen Organisationen	48
IV. Verordnunggebung: von der Gesetzgebungsgewalt abgeleitete Hoheitsgewalt	51
V. Internationales Sekundärrecht und Art. 59 Abs. 2 GG	56
VI. Konsequenzen für das umzusetzende Recht	57
E. Der Begriff der Umsetzung: Umsetzungsrecht als komplementäre Erscheinung internationaler sekundärer Rechtsetzung	57
 Kapitel 2: Die Dogmatik umsetzender Rechtsakte	61
A. Fragen: Konturen einer Umsetzungsdogmatik	61
B. Dogmatik	63
I. Allgemeine Lehren?	63
II. Dogmatik der Konnexion, nicht der Kollision	63
III. Dogmatik, nicht Regelungs- oder Steuerungstheorie	64
IV. Dogmatik, nicht Verfassungs- oder Rechtsvergleichung	66
V. Dogmatik des nationalen Rechts, nicht Doktrin eines internationalen Verfassungsrechts	68

C. Völkerrechtliche und völkerrechts- theoretische Grundlagen	70
I. Die Einheit und die Differenz von Völkerrecht und Landesrecht: drei Ebenen	71
1. Erste Ebene: ein erkenntnistheoretischer, schwacher Monismus .	72
2. Zweite Ebene: positiv-rechtliche Ausdifferenzierung der Rechtsordnungen	74
a) Kein Rechtsgeltungszusammenhang zwischen Völkerrecht und Landesrecht	74
b) Verschiedenheit der Staatsbegriffe	78
c) Verschiedenheit der Organzurechnung	79
d) Ent-Territorialisierung des Staates und Sektoralisierung der Verfassung?	80
e) Zwischenergebnis	81
3. Dritte Ebene: einzelne Normen – monistisch oder dualistisch ..	81
4. Ergebnis	82
II. Der völkerrechtliche Rahmen der Umsetzung und sein Verhältnis zum innerstaatlichen Recht	82
1. Das Umsetzungsverhältnis als völkerrechtliche Rechts- beziehung und die Ordnungsaufgabe des Außenver- fassungsrechts	83
2. Adressat der Umsetzungsverpflichtung: Staat, nicht Staatsorgane	83
3. Nichterfüllung der Umsetzungsverpflichtung und Staatenverantwortlichkeit	84
4. Die rechtliche Geltung und Anwendbarkeit der Umsetzungs- verpflichtung bzw. des umzusetzenden Rechts	84
a) Die Geltung und Anwendbarkeit von staatlichen Rechtsnormen	85
b) Die Geltung und Anwendbarkeit von Rechtsnormen inter- nationaler Organisationen	88
(1) Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts im Allgemeinen	88
(2) Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts und Grundgesetz	90
(3) Innerstaatliche Geltung von Sekundärrecht im Besonderen	93
(4) Vorschlag: Deutung des innerstaatlich geltenden, nicht anwendbaren Völkerrechts als staatliches Innenrecht	94
(5) Zur Konstruktion des Unionsrechts	96
c) Konsequenzen für die Umsetzungsverpflichtung und das umzusetzende Recht	98

2. Teil

Umsetzungsverhältnisse

Kapitel 3: Rechtsgeschichtliche Overtüre – Besatzungsrechtliches Umsetzungsrecht	101
A. Verfassungsrecht als Umsetzungsrecht?	101
B. Das von den Besatzungsmächten gesetzte Recht	103
C. Das „mittelbare“ bzw. „verdeckte“ Besatzungsrecht	105
I. Mittelbares Besatzungsrecht aufgrund Ermächtigung	106
II. Mittelbares Besatzungsrecht kraft Weisung	107
III. Völkerrechtliche Einordnung der Weisungen	109
D. Lehren für das Umsetzungsproblem	111
E. Übergang	115
Kapitel 4: Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Union im deutschen Recht	117
A. Die Richtlinie als umzusetzendes Recht	117
I. Unionsrecht als Völkerrecht? Bedenken gegen einen völkerrechtlichen Systematisierungsrahmen	118
II. Die Richtlinie	120
III. Die Umsetzungsverpflichtung	122
1. Rechtsgrund	122
a) Unionsrechtlicher Rechtsgrund	122
b) Deutscher Rechtsgrund	124
2. Inhalt	125
a) Zielerreichung	126
b) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien: Umschlagen der Umsetzungspflicht in Verhaltenspflichten	129
c) Auslegung und Anwendung nationalen Rechts	130
(1) Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung als allgemeines (nicht richtlinienspezifisches) unionsrechtliches Erfordernis ...	130
(2) Richtlinienumsetzung durch Rechtsprechung?	133
d) Ergebnis	137
3. Geltung der Richtlinie im innerstaatlichen Bereich	137

B. Die Beteiligten des Umsetzungsverhältnisses	141
I. Die Union als Berechtigte	141
II. Der Mitgliedstaat sowie dessen Organe als Verpflichtete	141
1. Problemaufriß	142
2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofs	143
3. Rechtsnatur der Umsetzungsverpflichtung	144
4. Personeller Anwendungsbereich der Umsetzungs- verpflichtung	146
5. Sonderfall: Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	149
6. Verzahnung von Europäischer Union und Mitgliedstaat, aber keine unmittelbare Rechtsbeziehung	150
a) Vorherrschaft des Bundes kraft Art. 32 GG?	150
b) Bundes- und Landesblindheit des EU-Rechts	153
c) Ergebnis	156
C. Veränderungen im Umsetzungsverhältnis	156
I. Die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung	157
1. Erledigung oder Erlöschen der Umsetzungsverpflichtung?	157
2. Identifizierung von Umsetzungsakten: Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Umsetzungsverpflichtung	157
II. Auswirkungen des Wegfalls der Richtlinie auf den Umsetzungsakt	160
1. Ausgangspunkt und überwiegende Auffassung: Unabhängigkeit des Umsetzungsaktes	160
2. Subjektiver Ansatz: Wille und Motivation des Gesetzgebers ...	161
3. Objektiver Ansatz: Zusammenhang von Richtlinie und Umsetzungsakt	163
4. Ergebnis	164
D. Die Bindung des Umsetzungsaktes an die Verfassung	164
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Umsetzungsaktes	165
II. Grundrechtsbindung des Umsetzungsaktes	168
1. Das Problem	168
2. Einordnung und Verständnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	171
a) Von „Solange I“ über „Maastricht“ bis „Bananenmarkt“: supranationale Rechtsakte als Prüfungsgegenstand?	171
b) Das Schwanken zwischen (verfassungs-)prozessualer und materiell-rechtlicher Aussage	173

c) Einordnung in anerkannte prozessuale Figuren?	177
d) Das Bundesverfassungsgericht als quasi-notstandsrechtlicher Hüter der Verfassung?	179
e) Ergebnis: Vorzugswürdigkeit der materiell-rechtlichen Betrachtung	180
3. Selbständige Würdigung	180
a) Ausgangspunkt: Bindung nach Art. 1 Abs. 3 GG (sowie Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG)	181
b) Der Vorrang des Unionsrechts als Rechtsgrund für Modifikationen der Grundrechtsbindung?	183
c) Freistellung von der verfassungsrechtlichen Bindung kraft Art. 23 Abs. 1 GG?	186
(1) Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG	187
(2) Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG: Öffnung, aber nicht Vorrang	187
(3) Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG: Reichweite verfassungsändernder Zustimmungsgesetze	191
(4) Modifikation kraft des Zustimmungsgesetzes?	194
(5) Ergebnis	196
d) Würdigung weiterer Argumente für einen Ausschluß der Grundrechtsbindung	196
4. Bedeutung und Rolle der Unionsgrundrechte	197
a) Bindung an die Unionsgrundrechte als Kompensation für die Unausweichlichkeit der Umsetzungsverpflichtung?	197
(1) Unvermeidliche Defizite und Divergenzen	199
(2) Einheit der europäischen Grundrechtsordnung?	201
b) Bindung des deutschen Umsetzungsaktes an Unionsgrundrechte	202
(1) Überblick und Diskussionsstand	202
(2) Kritik: Bindung des Umsetzungsaktes an Unionsgrundrechte ist funktionslos	204
(3) Dogmatische Grundlage der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs?	206
(4) Ergebnis	207
c) Das Verhältnis der Bindung an Unionsgrundrechte zur Bindung an die nationalen Grundrechte	208
(1) Unionsrechtlich zwingend vorgegebenes Umsetzungsrecht	208
(2) Nationale Regelung auf der Grundlage einer Öffnungsklausel .	209
(3) Vergleich der Rechtsprechung von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht	210
5. Zwischenstand: Relativierung der Grundrechtsbindung und Verfassungsänderung statt Derogation der Verfassung	212
6. Konsequenzen der entgegenstehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	217
a) Methodische Einordnung: Herausnahme des Umsetzungsaktes aus der Verfassungsbindung als verfassungspolitische Entscheidung	217

b) Bewertung: Erosion der normativen Kraft der Verfassung	219
c) Unterscheidung von Gestaltungsspielraum und gebundenem Bereich	221
III. Bindung des Umsetzungsaktes an sonstiges materielles Verfassungsrecht	224
1. Ein Beispiel: Kommunalwahlrecht	224
2. Kein Problem einer Umsetzungsdogmatik: Bestimmtheit von Rechtsverordnungsermächtigungen	225
3. Gleichbehandlung von Grundrechten und sonstigem materiellen Verfassungsrecht	226
E. Rechtsschutz gegen Umsetzungsakte	228
I. Rechtsschutz vor den Fachgerichten	229
1. Ausgangspunkt: Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV	230
2. Verstoß der Richtlinie gegen Unionsrecht	231
3. Insbesondere: Verstoß der Richtlinie gegen Unionsgrundrechte	232
4. Verhältnis von Vorabentscheidungsverfahren und konkreter Normenkontrolle	233
II. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht	234
1. Unterbleiben einer Vorlage nach Art. 267 AEUV	234
2. Möglichkeit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV	235
III. Verstärkung des unionsrechtlichen Vorlageverfahrens durch Art. 19 Abs. 4 GG	238
IV. Verfassungsprozessuale Sonderfragen	240
1. Geschäftsverteilung	240
2. Teilnichtigkeit und Reichweite der Umsetzungsbindung	241
V. Abschließende Bewertung	243
 Kapitel 5: Die Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen	 246
A. Die Resolutionen des UN-Sicherheitsrates als umzusetzendes Recht	 247
I. Formelle Eigenschaften	248
II. Inhaltliche Eigenschaften	249
1. Drei Fallgruppen	250

a) Staatenembargo	250
b) Sogenannte Gesetzgebung	250
c) Individualsanktionen	251
2. Dogmatische Einordnung: Umzusetzendes Recht?	252
a) Prinzipielle Zuordnung	252
b) Problemfall: Individualsanktionen	255
c) Eine alternative Konstruktion: Ermessen der Mitgliedstaaten als dogmatisches Unterscheidungskriterium?	257
3. Rechtmäßigkeit der Resolutionen	258
a) Fallgruppe „Staatenembargo“	259
b) Fallgruppe „Gesetzgebung“	260
c) Fallgruppe „Individualsanktionen“	261
d) Zusammenfassung	262
B. Die Beteiligten des Umsetzungsverhältnisses	262
I. Vermittelte Umsetzung: Tätigwerden der Europäischen Union ..	263
1. Ablauf	263
2. Keine Verpflichtung der Europäischen Union bzw. Gemeinschaft	265
3. Auswirkungen auf die Bundesrepublik	266
II. Selbständige Umsetzung: Tätigwerden der Bundesrepublik	267
1. Rechtsgrundlagen	267
2. Unionsrechtliche Zulässigkeit	268
C. Dogmatische Präzisierungen	270
I. Geltung der Beschlüsse im innerstaatlichen Bereich bzw. innerhalb der Europäischen Union	270
II. Veränderungen im Umsetzungsverhältnis	272
III. Auslegung des Umsetzungsrechts	272
D. Die Bindung des unionsrechtlichen Umsetzungsaktes an das unionsrechtliche Primärrecht	273
I. Kompetenz	273
II. Grundrechte	275
III. Rechtsschutz	280
E. Die Bindung des deutschen Umsetzungsaktes an die deutsche Verfassung	281

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit	282
II. Grundrechte	282
1. Derogation der Grundrechtsbindung?	282
2. Die besondere Problematik der Listung bei Individualsanktionen: Art. 19 Abs. 4 GG	286
III. Sonstiges materielles Verfassungsrecht	288
F. Abschließende Bewertung	290
 Kapitel 6: Die Umsetzung von Maßnahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union	292
A. Die Handlungsinstrumente der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik	293
I. Die rechtstechnische Einordnung der GASP-Instrumente im Allgemeinen: ein Problemfeld	294
II. Rechtliche Eigenständigkeit der Beschlüsse nach Art. 28 und 29 EUV	296
B. Der Beschluß zur Festlegung einer Aktion: gegenwärtig kein umzusetzendes Recht	300
C. Die Umsetzung von Beschlüssen zur Festlegung eines Standpunktes	301
I. Der Beschluß zur Festlegung eines Standpunktes als umzusetzendes Recht	302
1. Formeller Charakter	302
2. Inhaltlicher Charakter	306
II. Umsetzung in Deutschland	308
1. Unionsrechtliche Zulässigkeit	308
2. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Umsetzungsverpflichtung	309
3. Grundrechte	310
III. Umsetzung durch die Europäische Union selbst	312
D. Vorschriften des Rates über den Datenschutz nach Art. 39 EUV	312
E. Abschließende Bemerkungen	313

Kapitel 7: Die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union im deutschen Recht	315
A. Der Rahmenbeschluß als umzusetzendes Recht	316
I. Die Merkmale umzusetzenden Rechts	316
II. Die Umsetzungsverpflichtung	318
III. Weitere dogmatische Präzisierungen	319
B. Die Verfassungsbindung des Umsetzungsaktes, insbesondere die Bindung an die Grundrechte	320
I. Die rechtliche Einordnung der ehemaligen dritten Säule und ihrer Maßnahmen	322
II. Verfassungsrechtliche Ebene: Lösung des Problems auf der Grundlage der Solange- bzw. Emissionshandel-Rechtsprechung ..	324
C. Ausblick	326

3. Teil

Übergreifende Problemstellungen und Analysen

Kapitel 8: Kollisionen der Umsetzungsverpflichtung mit anderen völkerrechtlichen Bindungen, insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention	331
A. Normenkollisionen im Völkerrecht	332
I. Kollisionen im Völkerrecht im Allgemeinen	332
II. Sonderstatus von Menschenrechtsverträgen?	333
III. Der Anknüpfungspunkt bei der Kollision von Umsetzungsverpflichtung und menschenrechtlicher Verpflichtung	334
B. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Art. 25 UN-Charta	335
C. Die Europäische Menschenrechtskonvention	336
I. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die unionsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten	336

II. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 25 UN-Charta	342
D. Fazit	345
 Kapitel 9: Der umsetzende Staat und der Wandel des Völkerrechts	347
A. Ein intradogmatischer Vergleich: Drei Typen von Umsetzungsverhältnissen	347
I. Das intergouvernementale Umsetzungsverhältnis	347
II. Das supranationale Umsetzungsverhältnis	348
III. Das besatzungsrechtliche Umsetzungsverhältnis	349
B. Umsetzungsverhältnisse: eine völkerrechtliche Analyse	349
I. Äußere und innere Souveränität des Staates	350
II. Die Ratio der völkerrechtlichen Verpflichtung, innerstaatlich gesetzgebend tätig zu werden	351
III. Der Wandel des Völkerrechts: Vom Koordinations- zum Kooperationsrecht und von diesem zum Koordinationsrecht neuer Qualität	353
 Kapitel 10: Umsetzungsverhältnisse in der Funktionenordnung des Grundgesetzes	357
A. Stufenbautheoretische Analyse	358
I. Die Stufenbaulehre	358
II. Bedingtheit des Umsetzungsrechts durch das umzusetzende Recht?	359
III. Die derogatorische Kraft des Umsetzungsaktes	363
IV. Identität der Kategorien „Umsetzung“ und „Rechtsanwendung“?	363
V. Ergebnis	364
B. Umsetzungsrecht in der öffentlich-rechtlichen Handlungsformenlehre	365
I. Umsetzung als handlungsformentheoretisches Attribut	365
II. Umsetzungsrecht: Eine hybride Rechtserscheinung?	369
1. Hybride Rechtsakte im Recht	369
2. Die Vollzugsleistung des Gesetzes: eine Herausforderung für den Gesetzesbegriff	370

3. Doppelte Rechtsordnungszugehörigkeit von Umsetzungsrecht?	373
a) Grundsatz: keine doppelte Rechtsordnungszugehörigkeit	373
b) Funktionale Doppelzuordnung?	374
c) Formale versus materiale Rechtsordnungszugehörigkeit?	375
C. Der Gestaltwandel der gesetzgebenden Gewalt	376
I. Die Gesetzgebung im Zugriff der Umsetzungsverpflichtung: Einbußen an demokratischer Legitimation?	377
1. Die Natur des Problems: Verfassungstheorie, nicht Verfassungsrecht	377
2. Ausgangspunkt: normative Zuschreibung von Verantwortung für das Umsetzungsgesetz	378
3. Formale oder sachliche demokratische Legitimation?	380
a) Formal oder sachlich: zwei Aspekte	381
(1) Beschränkung der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit ...	381
(2) Sinnentleerung der Repräsentationsbeziehung zwischen Volksvertretung und Staatsvolk	383
b) Unzureichende Kompensationen	384
c) Ergebnis	386
4. Defizite parlamentarischer Entscheidungskultur	386
5. Minimum an Verfassungsnormativität als verfassungs- rechtliche Grenze einer Einräumung von Umsetzungsverpflichtungen	387
II. Das Ungenügen des Zugriffsparadigmas: zwei weitere Gründe ...	388
1. Das Objekt der parlamentarischen Entscheidung: Umsetzung als gelebte Vergemeinschaftung	388
2. Vorverlagerung der parlamentarischen Einflußnahme	390
III. Von der klassischen zur binnenorientierten auswärtigen Gewalt	391
1. Die auswärtige Gewalt	391
2. Die Doppelfunktionalität des Umsetzungsgesetzes: Umsetzung als Regierungskontrolle	393
3. Die drei Glieder der binnenorientierten auswärtigen Gewalt ..	394
a) Die Integrationsgewalt	395
b) Die organisationswärtige Gewalt	397
c) Die Umsetzungsgewalt	400
4. Das Ineinandergreifen der drei auswärtigen Teilgewalten	401
IV. Ergebnis	403

Abschließende Bemerkungen zur Untersuchung: Ertrag	405
Zusammenfassung	407
Literaturverzeichnis	423
Stichwortregister	463

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
ABIEG/ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AHK-ABL.	Amtsblatt der Hohen Alliierten Kommission in Deutschland
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
Az.	Aktenzeichen
B-VG	(Österreichisches) Bundes-Verfassungsgesetz
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Ordnungsblatt
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Richtern des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichts
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Doc.	Dokument
DR	Decisions and Reports/European Commission of Human Rights
DV	Die Verwaltung
EAGV	Vertrag über die europäische Atomgemeinschaft
ECHR	European Court of Human Rights – Reports of Judgments and Decisions

EG	Europäische Gemeinschaft/Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union/Vertrag über die Europäische Union
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Goltdammers Archiv für Strafrecht
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GLJ	German Law Journal
GO	Geschäftsordnung
GO BT	Geschäftsordnung des Bundestages
GRCh	Grundrechtecharta der Europäischen Union
GS	Gesammelte Schriften/Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
H. d. V.	Hervorhebung des Verfassers
H. i. O.	Hervorhebung im Original
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HLKO	Haager Landkriegsordnung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICL Online Journal	Vienna Online Journal on International Constitutional Law
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
I.Con	International Journal of Constitutional Law
ICTR	International Criminal Tribunal for Ruanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization

IntZThR	Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts
IOLR	International Organizations Law Review
IPBPR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte
IPWSKR	Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
JA	Juristische Arbeitsblätter
JIntCrJ	Journal of International Criminal Justice
JIR	Jahrbuch für internationales (und ausländisches öffentliches) Recht
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JRP	Journal für Rechtspolitik
KJ	Kritische Justiz
KWG	Kreditwesengesetz
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz
LJIL	Leiden Journal of International Law
m.a.W.	mit anderen Worten
Ms.	Manuskript
n.F.	neue Fassung
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYLSR	New York Law School Review
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Übereinkommen über die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RdA	Recht der Arbeit
RdC	Recueil des Cours
Res.	Resolution
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIAA	Report of International Arbitral Awards
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
ROW	Recht in Ost und West
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SächVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SkAufG	Streitkräfteaufenthaltsgesetz
Slg.	Sammlung der Entscheidungen (VfGH Österreich oder EuGH)
Spstr.	Spiegelstrich
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
TKG	Telekommunikationsgesetz

UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNYB	(Max Planck) Yearbook of United Nations Law
Urt.	Urteil
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VGH (VGHE)	Verwaltungsgerichtshof (amtliche Sammlung der Entscheidungen)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WEU	Western European Union
WMO	Weltorganisation für Meteorologie
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organisation
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WZB-Mitteilungen	Mitteilungen des Wissenschaftszentrums Berlin
ZöR	(Österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZP	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	Zollverwaltungsgesetz

Einleitung

I.

Diese Arbeit widmet sich der Umsetzung des Völkerrechts – einschließlich des Europarechts – durch deutsches Recht. Unter „Umsetzung“ wird dabei ein ganz bestimmter Vorgang verstanden: innerstaatliche Rechtsetzung, die der Erfüllung internationaler sekundärrechtlicher Verpflichtungen dient. So entstehen abstrakt-generelle Rechtsakte der deutschen Rechtsordnung, die einen spezifischen Bezug zum Völkerrecht haben und die man als „Umsetzungsrecht“ bezeichnen kann. Das zweifellos bedeutendste Umsetzungsrecht bilden Gesetze, mit denen Richtlinien des europäischen Unionsrechts umgesetzt werden. Durch die Verpflichtung zur Umsetzung entsteht eine „Mehrfachbindung“¹ des nationalen Rechts, das dann immer *auch* internationalrechtlich determiniert ist. Dies wird gerade beim Richtlinien-Umsetzungsrecht deutlich, das eine der markantesten Besonderheiten aufweist. Nach der breit akzeptierten Judikatur des Bundesverfassungsgerichts sind Gesetze, die Richtlinien umsetzen, nicht an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden.² Solche eigentümlichen Verschlingungen der internationalen mit der nationalen Rechtsordnung stellen die Rechtswissenschaft vor vollkommen neue Herausforderungen. Nach der wohl stärksten These, die in diesem Zusammenhang vertreten wird, ist Umsetzungsrecht „eine besondere Art“ von Recht,³ Umsetzung demgemäß ein „eigener Typ von Rechtssetzung und Rechtsanwendung“⁴. Ob diese These zutrifft und was sie juristisch bedeutet, dies ist im Grunde genommen das Thema dieser Arbeit.

Umsetzungsrecht ist in gewisser Hinsicht ein Parallelphänomen. So wie das Völkerrecht eine immer feiner strukturierte Ordnung von Rechtsbeziehungen ausbildet, so wie insbesondere das Recht der internationalen Organisationen

¹ S. S. *Boysen*, u.a., in: dies., *Netzwerke*, S. 289 (299); in einem etwas anderen Sinne bei S. *Graf Kielmannsegg*, ebd., S. 83 (99 f.).

² BVerfGE 118, 79 – Emissionshandel I.

³ R. *Wahl*, in: Schuppert/Pernice/Halter, *Europawissenschaft*, S. 147 (165) (bezogen auf die Umsetzung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien). Eine „neue Kategorie von Recht“ in Anbetracht einer besonderen Qualität von Umsetzungsrecht macht W. *Holz*, NVwZ 2007, S. 1153 (1152), aus: „grundrechtsimmunes“ Gesetzesrecht. H. *Gersdorf*, DVBl. 1994, S. 674 (674), spricht von „Konkretisierungsrecht“.

⁴ R. *Wahl*, in: Trute u.a., *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, S. 869 (888) (für Richtlinien).

– den vornehmlichen Schöpfern *umzusetzenden* Rechts – als eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts die mittlerweile beachtliche organisatorische Verflechtung der internationalen Gemeinschaft bezeugt,⁵ so lassen sich auf innerstaatlicher Ebene ganz erhebliche Veränderungen ausmachen, die durch jenen völkerrechtlichen Wandel angestoßen wurden. Einen Aspekt solcher Spiegelungen greift die Arbeit auf, indem sie die Rechtsetzung internationaler Organisationen, die sogenannte Sekundärrechtsetzung, und deren innerstaatlichen Folgewirkungen untersucht.

II.

Die praktische Relevanz, die der Zuschreibung der Eigenschaft „Umsetzungsrecht“ gerade im Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz zukommt, wird in einer jüngeren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Umsetzung von Richtlinien anschaulich auf den Punkt gebracht. Das Gericht mußte sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Emissionshandelssystems auseinandersetzen. Die zentralen Ausführungen der Entscheidung verdienen ein ausführliches Zitat:

„Daß die Klägerin nach § 2 Abs. 1 TEHG mit ihrer Anlage dem Emissionshandelssystem und den damit verbundenen Pflichten unterworfen wird, beruht daher auf zwingenden europarechtlichen Vorgaben. Soweit die Klägerin sich gegenüber dieser Grundentscheidung auf ihre Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beruft, hat das Verwaltungsgericht daher zutreffend darauf hingewiesen, *daß eine Prüfung anhand deutschen Verfassungsrechts „jedenfalls derzeit“ ausscheidet.* [...] Die Rüge einer Verletzung nationaler Grundrechte setzt daher den substantiierten Vortrag voraus, daß der Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken ist [...]. Das daraus folgende *Verbot, die europarechtlich determinierte Grundentscheidung für den Umstieg auf das Emissionshandelssystem am Maßstab deutscher Grundrechte zu messen,* bedeutet allerdings nicht, daß diese Konzeptentscheidung keinerlei Kontrolle durch deutsche Gerichte unterliegt. Das deutsche Gericht muß prüfen, ob die EG-Norm, die das anzuwendende deutsche Recht zwingend vorgibt, mit höherrangigem europäischem Recht vereinbar ist [...].“⁶

Hier wird deutlich, welche einschneidenden Konsequenzen es für den Grundrechtsschutz haben kann, wenn ein Gesetz den Charakter von Umset-

⁵ Vgl. R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 106; C. Seiler, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, S. 186; W. Meng, Das Recht der Internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts.

⁶ BVerwGE 124, 47 (56 f.) (H. d. V.).

zungsrecht hat. Die juristische Bearbeitung eines Rechtsfalles spreizt sich auf. Sie führt zum einen in das nationale Recht, zum anderen in das internationale Recht – im konkreten Fall das Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht. Es „parzelliert sich nicht nur die Gesetzgebung der vielen Ebenen, sondern auch der Grundrechtsschutz“.⁷ Die Verfassungs- bzw. Rechtmäßigkeit eines Gesetzes hängt nicht bzw. nicht allein von seiner Grundrechtskonformität ab, sondern von seiner inhaltlichen Übereinstimmung mit dem umgesetzten Unionsrechtsakt sowie von dessen Unionsrechtskonformität. Dies gilt für die gesamte deutsche Rechtsordnung. Denn angesichts des hohen Integrationsgrades können viele deutsche Rechtsakte zugleich Umsetzungsakte sein, so daß bei *jeder* rechtlichen Überprüfung eines deutschen Rechtsaktes *erstens* prinzipiell die Frage nach dem Umsetzungscharakter gestellt werden muß. Ist die Frage zu bejahen, so folgt die rechtliche Überprüfung kategorial anderen Regeln. Wenn die zugrundeliegende rechtliche Regelung unionsrechtskonform ist, dann ist ein daraus womöglich resultierender deutscher Grundrechtseingriff in jedem Falle zulässig. Auf nichts anderes kommt es an. Besonderheiten gelten nur in dem praktisch unwahrscheinlichen und eine weitere, *zweitens* vorzunehmende Überprüfung erfordernden Fall, daß der „Solange II-Vorbehalt“ greift, daß also die generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards im Unionsrecht nicht mehr gewährleistet ist.⁸ Ansonsten gilt: Eine Grundrechtsverletzung ist in jedem Falle ausgeschlossen, soweit die Umsetzungsverpflichtung reicht. Die deutschen Grundrechte spielen im Rahmen dieser Verpflichtung keine Rolle mehr, hingegen sind die unionsrechtliche Kompetenzordnung und die Unionsgrundrechte zu würdigen. Hieran wird eine weitere wichtige rechtspraktische Konsequenz, die das Vorliegen von Umsetzungsrecht hat, deutlich. Da viele deutsche Gesetzeswerke jedenfalls teilweise unionsrechtlich determiniert sind, kommt es *drittens* ganz wesentlich darauf an, den genauen Umfang dieser Determination zu bestimmen. Die oben genannte starke These, Umsetzungsrecht sei ein Recht eigener Art, hat deshalb in einem ersten Durchgang einiges für sich.

Die Umsetzung eines internationalen Rechtsaktes durch einen nationalen sorgt also für eine Verknüpfung der beiden Rechtsakte, die, wie gezeigt, jedenfalls bei der Richtlinie von ganz besonderer Art ist und die nicht ohne Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz ist. Es kommt zu einer eigentümlichen Verschlingung der Maßstabebenen – insbesondere der grundrechtlichen –, die für einen nationalen Rechtsakt bestehen. Diese Verschlingung äußert sich für die Grundrechtsträger darin, daß sie, um gegen eine hoheitliche Maßnahme den jeweils stehenden grundrechtlichen Trumpf (Ronald Dworkin) ausspielen zu

⁷ U. Di Fabio, in: Löwer, Bonner Gespräche zum Energierecht, Bd. 1, S. 9 (15).

⁸ BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II – in der Fassung von BVerfGE 89, 155 (175) – Maas-tricht.

können, nicht mehr wie bislang auf Farbe und Zahl der gegnerischen Karte schauen müssen, sondern auch auf deren Rückseite.

Aber auch die Erkennbarkeit des Umsetzungsrechts als Umsetzungsrecht ist ein Problem. Wenn im Folgenden von Umsetzungsrecht oder umsetzenden Rechtsakten die Rede ist, so ist dies oft ein vereinfachender Terminus für Rechtsnormen, die kraft einer spezifischen juristischen Zuschreibung als „umsetzend“ qualifiziert werden. Für das Verständnis der Bedeutung des Phänomens ist es außerordentlich wichtig zu sehen, daß diese Zuschreibung nicht immer an einer expliziten Kennzeichnung der Rechtsnorm ansetzen kann. Wie sich noch im Einzelnen zeigen wird, ist die „Selbstdeutung“ des Umsetzungsrechts ohnehin letztlich irrelevant. Auch ist es möglich und praktisch oft anzutreffen, daß neue Umsetzungsverpflichtungen aus verschiedenen Gründen schon erfüllt sind, wenn sie in Kraft treten. Das bedeutet: Deutsche Rechtsnormen können irgendwann nach ihrem Inkrafttreten ihren Charakter entscheidend ändern, wobei diese Änderung allein auf Änderungen in einer anderen Rechtsordnung zurückzuführen ist.

Es ist sogar vorstellbar, daß ein- und derselbe deutsche Rechtsakt durch mehrere Umsetzungsverpflichtungen, die sich überlagern, determiniert ist. Solche Konstellationen lassen sich derzeit nicht nachweisen; sie werden aber mit Sicherheit auftreten, wenn die Bundesrepublik weiterhin die Integration in internationale Organisationen sucht.

III.

Die Einbindung des deutschen Staates in die internationale Staatengemeinschaft ist mit Formeln wie der vom offenen Verfassungsstaat (Stephan Hobe), vom relativen Verfassungsstaat (Thomas Giegerich), vom kooperativen Verfassungsstaat (Peter Häberle) oder von der offenen Staatlichkeit des Grundgesetzes (Klaus Vogel) treffend benannt.⁹ Ihre wissenschaftliche Durchdringung ist aber längst nicht abgeschlossen. Die skeptische Einschätzung Voßkuhles, daß der zunehmenden Internationalisierung des Rechts eine „Ausdünnung des erkenntnisleitenden dogmatischen Geflechts“ gegenübersteht, verdient Zustimmung.¹⁰

⁹ S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz; T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 1195; P. Häberle, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 407 (408); K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, S. 42. Weiter: B. Fassbender, Der offene Bundesstaat; C. Seiler, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung; U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten.

¹⁰ A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 1 Rn. 14. Bestandsaufnahmen bei M. Ruffert, Die Globalisierung als Herausforderung an das öffent-

Diese Arbeit zielt darauf, Grundzüge einer Dogmatik des Umsetzungsrechts zu entwickeln. Zwei juristische Probleme stehen im Mittelpunkt dieser Dogmatik. Dabei handelt es sich zum einen um den bereits erwähnten Grundrechtsschutz gegenüber dem Umsetzungsrecht. Zum anderen muß diese Dogmatik würdigen, welche Auswirkungen es auf die nationale Gesetzgebungsgewalt hat, wenn Gesetze die Funktion der Umsetzung übernehmen. Da Umsetzungsverpflichtungen regelmäßig durch Gesetz erfüllt werden, ist diese Studie somit als Aktualisierung der Rolle des Gesetzes im Zeitalter gelebter offener Staatlichkeit zu lesen.

Insgesamt strebt die Untersuchung ganz bewußt nach einer thematischen Engführung. Das Verhältnis von völkerrechtlichem Sekundärrecht und nationalem Recht interessiert nicht in seiner ganzen Bandbreite, sondern unter dem spezifischen Gesichtspunkt der Umsetzung. Diese Engführung soll es ermöglichen, den Gegenstand mit der nötigen Tiefenschärfe zu betrachten. Die Beschreibung des Zusammenwirkens von Völkerrecht und nationalem Recht soll sich nicht darin erschöpfen, bloße „legal interaction“¹¹ herauszuarbeiten. Dieser thematischen Beschränkung steht eine gewisse inhaltliche Erweiterung der Perspektive gegenüber: Es sollen verschiedene „Umsetzungsverhältnisse“ untersucht werden. Unter diesen Begriff lassen sich all diejenigen Relationen fassen, die durch die Umsetzung bestimmter völkerrechtlicher Verpflichtungen – etwa von Richtlinien, von Beschlüssen des UN-Sicherheitsrates oder von Beschlüssen im Rahmen der GASP der Europäischen Union – zwischen dem umsetzenden nationalen Recht und dem Völkerrecht entstehen. Im Durchgang durch die einzelnen Umsetzungsverhältnisse ist insbesondere immer wieder zu fragen, ob der Umsetzungscharakter eines Rechtsaktes die Bindung dieses Rechtsaktes an seine eigentliche Rechtsordnung verändert. Gibt es also wirklich, wie in der Literatur behauptet wird, „das Prinzip, wonach Umsetzungsakte an den Maßstäben einer eigenständigen höheren Ebene [...] zu messen sind, auf der die Rechtsinhalte festgelegt werden“¹²? Gerade die Beschränkung auf diese eine Kernfrage – unter Einbeziehung der unerläßlichen Randfragen – soll es ermöglichen, einen rechtsdogmatischen Mehrwert zu erzielen.

Im Übrigen versteht sich die Untersuchung, auch wenn vordergründig über weite Strecken technisch-juristische Kategorien verhandelt werden, als ein Beitrag zur Untersuchung von Charakter und Sinn politischer Herrschaftsformen im 21. Jahrhundert. Sie weiß sich damit dem klassischen Gegenstand des öffentlichen Rechts verpflichtet. Dieser Gegenstand hat sich im Laufe des 20. Jahrhun-

liche Recht; R. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, S. 94 ff.

¹¹ S. N. Lavranos, Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law.

¹² J. A. Kämmerer, EuR-Beiheft 1/2008, S. 65 (74); tendenziell auch A. Peters, AVR 48 (2010), S. 1 (48 ff.): Prinzip der Grundrechtstoleranz.

derts verändert. Damit geht, wie im Vorstehenden angedeutet wurde, eine tiefgreifende Veränderung der Disziplin einher. Aber das Kernproblem, nämlich wie die rechtliche Konstitution politischer Herrschaft juristisch erfaßt werden kann, bleibt bestehen. Rechtswissenschaftliche Formen sind kein Selbstzweck.

IV.

Nicht näher untersucht wird im Folgenden die empirische Dimension der Umsetzung internationaler Verpflichtungen, d.h. die Frage, wie groß der Anteil des Umsetzungsrechts etwa in der deutschen Rechtsordnung tatsächlich ist. Erstaunlicherweise haben die hierfür zuständigen Wissenschaften bislang wenig Einigkeit erzielt. Einigermaßen verlässliche Zahlen existieren ohnehin nur für das Unionsrecht. Das bekannte Diktum von Jaques Delors, wonach Ende der 90er Jahre 80% der Wirtschaftsgesetzgebung und vielleicht auch der steuerlichen und sozialen Gesetzgebung gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs sein würden, wurde lange Zeit nicht in Frage gestellt. Erst in jüngerer Zeit haben sich überhaupt empirische Untersuchungen des Themas angenommen. Dabei hat sich herausgestellt, daß der Anteil europäischer Impulse deutlich geringer ist, wobei je nach Sachbereich und Legislaturperiode unterschiedliche Anteile bestehen.¹³ Ähnliche empirische Unsicherheiten bestehen im Hinblick auf die Umsetzungsfreudigkeit der Bundesrepublik, auch hier schwanken die Angaben.¹⁴

Ebensowenig wird auf die insbesondere für das Unionsrecht wichtige Frage eingegangen, wie Umsetzungsrecht rechtstechnisch und rechtssystematisch auf möglichst optimale Weise in das bestehende nationale Regelungsgefüge eingepaßt werden kann.¹⁵ Auch dieses Terrain ist weitgehend unbearbeitet. Es erfordert Untersuchungen, die an konkreten Sachbereichen (Ausländerrecht, Dienst-

¹³ S. insbesondere *A. E. Töller*, ZParl 39 (2008), S. 3 ff.; *T. König/L. Mäder*, PVS 49 (2008), S. 438 ff.; *D. Plebwe*, WZB-Mitteilungen 2007, S. 7 ff. Des weiteren (älter) *A. E. Töller*, Europapolitik im Bundestag, S. 45 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 83 ff.; *K. v. Beyme*, Der Gesetzgeber, S. 185 f. Die methodischen Probleme sind freilich beträchtlich und es ist fraglich, ob ein rein empirisches Vorgehen ausreicht. Die Unterscheidung nach Legislaturperioden ist im Übrigen ambivalent: Denn dabei wird nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Menge des determinierten Rechts mit jeder Legislaturperiode wächst. Per schlichter Datenbankabfrage des geltenden Rechts ermittelt *T. Hoppe*, EuZW 2009, S. 168 ff., tatsächlich einen 80%-Anteil des Unionsrechts. Auch das BVerfG läßt die Empirie dahinstehen: BVerfGE 123, 267 (406) – Lissabon.

¹⁴ Im Juni 2008 waren von über 1.600 Binnenmarkt Richtlinien nur neun noch nicht umgesetzt, d.h. es bestand ein Defizit von 0,5% („heute im Bundestag“ vom 18.6.2008, http://www.bundestag.de/presse/hib/2008_06/2008_179/04.html [letzter Abruf: 7.9.2010]). *S. Hölscheidt*, DÖV 2009, S. 341 (343): Im April 2008 waren noch 65 Richtlinien umzusetzen, bei 7 Richtlinien war die Umsetzungsfrist verstrichen.

¹⁵ Dazu insbesondere *K. Petersen*, EG-Richtlinienumsetzung und Übergangsgerechtigkeit.

leistungen etc.) ansetzen. Eine übergreifende Konzeptionalisierung dürfte am ehesten im Kontext einer Gesetzgebungslehre angesiedelt sein. Beides kann in dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Es können selbstverständlich nicht alle möglicherweise bestehenden Umsetzungsverhältnisse in den Blick genommen werden. Für die Bildung dogmatischer Lehren ist es ausreichend, besonders bedeutsame Verhältnisse auszuwählen. Dabei wurden vorliegend mehrere Kriterien zugrundegelegt und kombiniert: eine möglichst dichte positiv-rechtliche Ausgestaltung, eine fortgeschrittene dogmatische Durchdringung und eine gewisse politische Relevanz. Der militärische Bereich wird von vorneherein weitgehend ausgeblendet. Es ist zweifelhaft, ob sich das komplizierte Ineinandergreifen von internationalem und deutschem Recht, das bei Auslandseinsätzen von Streitkräften zu beobachten ist,¹⁶ überhaupt mit den Kategorien der hier anvisierten Umsetzungsdogmatik fassen läßt. Das wichtigste Hindernis hierfür ist, daß internationale Entscheidungen über den Einsatz von Streitkräften, sei es im Rahmen der NATO, der WEU oder der GASP, regelmäßig keinen „Beistandsautomatismus“ auslösen. Es hängt immer noch von der innerstaatlichen Willensbildung ab, ob im konkreten Fall Beistandsverpflichtungen übernommen werden.¹⁷ Damit entfällt ein ganz wesentliches Merkmal der Problematik, die hier unter dem Begriff der Umsetzung behandelt wird. Auch im Übrigen würden die Besonderheiten dieses Bereichs den Rahmen einer Untersuchung wie der vorliegenden sprengen.

V.

Zum Vorgehen: Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Die ersten beiden Kapitel erarbeiten die Grundlagen. Im ersten Kapitel wird der völker- und verfassungsrechtliche Ursprung der Problematik erläutert, die den Gegenstand dieser Untersuchung bildet. Dabei wird auch gezeigt, was genau unter „Umsetzung“ verstanden wird. Das zweite Kapitel ordnet die anvisierte Dogmatik des Umsetzungsrechts wissenschaftssystematisch ein und erarbeitet ein völkerrechtstheoretisches Fundament. Im zweiten Teil, der die Kapitel drei bis sieben umfaßt, werden einzelne Umsetzungsverhältnisse aus der Beziehung der deutschen zur internationalen Rechtsordnung untersucht. Der dritte Teil dient der vergleichenden und übergreifenden Analyse. Abschließend wird der wesentliche Ertrag der Arbeit kurz festgehalten.

¹⁶ R. Schmidt-Radefeld, *Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration*, S. 179 ff.; S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, S. 207 ff.; S. Graf Kielmannsegg, in: Boysen u.a., *Netzwerke*, S. 83 ff.

¹⁷ Zu Art. 42 ff. EUV: BVerfGE 123, 267 (423) – Lissabon.

Die Reihenfolge der Darstellung der einzelnen Umsetzungsverhältnisse ergibt sich im Prinzip aus der Natur der Sache. Die Ausprägung der Bindung von Umsetzungsakten an das umzusetzende Recht, mit anderen Worten: die Dichte des Umsetzungsverhältnisses, ist nicht überall gleich. Nationale Rechtsakte, die Richtlinien umsetzen, sind ohne Zweifel am stärksten inhaltlich determiniert und am engsten mit dem umzusetzenden Rechtsakt verbunden. Deshalb sollte die Untersuchung der Umsetzung von Richtlinien eigentlich an erster Stelle stehen. Um aber der Geschichte zu ihrem Recht zu verhelfen, ist das sogenannte mittelbare Besatzungsrecht, eine frühe Form des Umsetzungsrechts, vorzuziehen.

Am 1. Dezember 2009 trat der Vertrag von Lissabon in Kraft. Die Untersuchung wurde ursprünglich auf der Grundlage des bis dahin geltenden Rechts verfaßt, aber selbstverständlich an die neue Rechtslage angepaßt. Substantielle Änderungen machte das neue Recht nicht erforderlich. Die für diese Untersuchung wichtigste Konsequenz des neuen Vertrages ist, daß das Rechtsetzungsinstrument des Rahmenbeschlusses (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 lit. b EUV a.F.) entfällt, während der Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeweitet wird. Da der Rahmenbeschluß gerade für eine Dogmatik des Umsetzungsrechts eine sehr interessante Erscheinung ist, war er auf alle Fälle in die Untersuchung einzubeziehen. Eine weitere wichtige Neuerung des Lissaboner Vertrages ist die Auflösung der bisherigen Säulenstruktur. Die Europäische Gemeinschaft gibt es nicht mehr. Das frühere Gemeinschaftsrecht, die erste Säule, ist im Unionsrecht aufgegangen. Besonderheiten weist nach wie vor das Recht der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik auf, die nicht im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, sondern im EU-Vertrag geregelt ist. Die Klassifikation „Unionsrecht“ ist also nicht in jedem Falle hinreichend trennscharf. Hinzu kommt, daß sich die bisherige Rechtssprechung und Literatur entweder auf das Gemeinschaftsrecht oder auf das Unionsrecht beziehen. In welchem Umfang die jeweiligen Aussagen auf das neue Recht übertragen werden können, bedarf im Einzelfall sorgfältiger Überprüfung. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, werden im Folgenden je nach Kontext noch die alten Bezeichnungen „Europäische Gemeinschaft“ oder „Gemeinschaftsrecht“ verwendet.

1. Teil

Grundlagen

Kapitel 1

Problem und Begriff der Umsetzung

Umgesetzt wird internationales Recht. Dieser Satz ist nicht selbstverständlich. Wenn das Völkerrecht, und dies ist sein klassischer Gehalt, die Staaten zu einem Tätigwerden im Verkehr der Staaten untereinander berechtigt oder verpflichtet, ist eine innerstaatliche Verbindlichkeit der entsprechenden Norm eigentlich nicht erforderlich. Die innerstaatliche Relevanz solcher völkerrechtlichen Normen ergibt sich in der Bundesrepublik entweder aus dem Vertragsgesetz, Art. 59 Abs. 2 GG, oder aus der durch Art. 25 GG angeordneten innerstaatlichen Geltung des Völkergewohnheitsrechts. Wenn aber nach diesen Verfassungsartikeln bestimmte Völkerrechtsnormen ohnehin innerstaatlich zu beachten sind, welchen Zweck erfüllt dann überhaupt noch eine Umsetzung?

In diesem Kapitel wird erläutert, worin das juristische Problem besteht, das in dieser Untersuchung mit dem Begriff der Umsetzung erfaßt werden soll. Hierzu ist – nach einigen begrifflichen Vorüberlegungen (Abschnitt A) – zunächst ein grobes Raster der anerkannten Formen aufzustellen, in denen sich das Völkerrecht im innerstaatlichen Recht verwirklicht (unter B). Dabei soll zugleich gezeigt werden, daß dieses Raster ein Phänomen gerade nicht erfaßt, nämlich dasjenige, das sich als Umsetzung des Völkerrechts in einem spezifischen Sinne bezeichnen läßt. Anschließend ist zu zeigen, daß umzusetzendes Recht im Wesentlichen eine Erscheinung der jüngeren völkerrechtlichen Entwicklung ist (unter C). Diese Erscheinung ist in das deutsche (Außen-)Verfassungsrecht einzuordnen (unter D). Auf dieser Grundlage ergibt sich der Begriff der Umsetzung (unter E).

A. Begriffliche Eingrenzung

Der Begriff der Umsetzung ist in der deutschen Rechtsordnung und in der deutschen Rechtssprache allgegenwärtig. Von der beamtenrechtlichen Umsetzung soll hier gar nicht weiter die Rede sein. Es gibt viele Kontexte, in denen, so kann man zunächst verallgemeinernd sagen, Realisierungen bestimmter Vorgaben als Umsetzung deklariert und erfaßt werden. Dabei wird der Begriff der Umsetzung keineswegs immer in einem internationalen Kontext verwendet. Beispielsweise gibt es Gesetze zur Umsetzung von Entscheidungen des Bundes-

verfassungsgerichts.¹ Als Umsetzung kann auch die nationale Gesetzgebung begriffen werden, der Verhandlungen zwischen Regierung und Privaten vorhergehen und die die Verhandlungsergebnisse in die Form des Parlamentsgesetzes gießt.² Auch wenn es Parallelen zwischen dieser Art von Umsetzung und der hier interessierenden geben mag, bleibt sie im Folgenden außer Betracht. Die Besonderheiten, die der internationale Bezug sowie die hoheitliche Ausprägung des umzusetzenden Regelwerks mit sich bringen, fehlen diesen Erscheinungen.

I. Die Vorstellung einer „Umsetzung“ von Völkerrecht

Im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Regeln von einer innerstaatlichen Umsetzung zu sprechen, mag aus ganz verschiedenen Gründen nicht sofort einleuchten. Jedenfalls beim Völkergewohnheitsrecht, das sich langsam entwickelt und dem der oft technische, auf Gestaltung und Machbarkeit angelegte Charakter völkerrechtlicher Verträge fehlt, paßt die Vorstellung einer innerstaatlichen Umsetzung nicht recht. Auch betrifft die Rechtsmasse des Völkergewohnheitsrechts vor allem klassische Materien des Völkerrechts, die sich auf den zwischenstaatlichen Bereich beschränken. So verwundert es auch gar nicht, daß sich in der Praxis keine problematischen Konstellationen nachweisen lassen, die eine „Umsetzung“ von Völkergewohnheitsrecht betreffen würden. Beim völkerrechtlichen Vertrag ist es hingegen durchaus vorstellbar, die innerstaatliche Seite der mit dem Abschluß des Vertrages verbundenen Rechtsetzungsprozeduren als Umsetzung zu begreifen. In der Tat findet der Begriff der Umsetzung in diesem Zusammenhang immer wieder, womöglich sogar zunehmend, Verwendung.

Dies geschieht oft beiläufig,³ ist aber gelegentlich auch Ergebnis wissenschaftlicher Reflexion. Vertritt man einen weiten Begriff von Umsetzung, so läßt sich „jedes Vorgehen, mit dem ein internationaler Akt im innerstaatlichen Bereich verwirklicht wird“⁴ darunter fassen. Es werden dann völkerrechtliche Verträge ebenso umgesetzt wie Entscheidungen eines internationalen Streitlichtungsorgans. Es können der Gesetzgeber oder die innerstaatlichen Gerichte umsetzend tätig werden.⁵ Umsetzung ist somit jedes Vorgehen, mit dem

¹ Bsp.: Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24.1.2005, BGBl. I, 1841.

² Dazu *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung; *T. Anderl*, Gesetzgebung und kooperatives Handeln.

³ So wohl in BVerfG, Beschl. v. 19.9.2006, 2 BvR 2115/01 u.a., JZ 2007, 887 (888) (unter B II 2 c).

⁴ *R. Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 22.

⁵ *R. Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 172 f.

einer internationalen Norm im innerstaatlichen oder unionsinternen Bereich Geltung verschafft wird.⁶

Diesem Sprachgebrauch steht ein spezifisch unionsrechtlicher gegenüber, wonach „Umsetzung“ die mitgliedstaatliche Rechtsetzung zur Erfüllung einer Richtlinienverpflichtung ist.⁷ Aus pragmatischer Sicht spricht gegen einen weiten Begriff der Umsetzung, daß er sich für die Umsetzung von EU-Richtlinien etabliert hat. Freilich ist dies noch kein zwingendes Argument; erst recht dann nicht, wenn, wie in dieser Untersuchung beabsichtigt, der Anwendungsbereich des Begriffes der Umsetzung durchaus über die Richtlinienumsetzung hinaus erweitert werden soll. Im Folgenden soll diese Begriffsbildung in mehreren Schritten entwickelt werden.

II. Umsetzung und „Umsetzungsbindung“

Für die Begriffsbildung ist es zunächst wichtig zu entscheiden, ob der Begriff der Umsetzung bereits eine Bindungswirkung einschließt, d.h. ob er eine – wenn auch nur schwache – Verpflichtung zum Tätigwerden zum Inhalt hat. Vom gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch wird man diesem Verständnis wohl zuneigen. Von Umsetzung dort zu sprechen, wo rein aus freier Entscheidung und ohne irgendwelche Bindungen gehandelt wird, erscheint eher befremdlich. In der Alltagssemantik soll die Rede von „Umsetzung“ gerade die Botschaft transportieren, daß eine Bindung, eine Verpflichtung zum Tätigwerden besteht. Aber für das wissenschaftliche Verständnis entscheidet die Zweckmäßigkeit. Insoweit ist aber nicht feststellbar, daß der Begriff der Umsetzung in Rechtsbeziehungen Verwendung findet, die *nicht* durch irgendeine Art von Verpflichtung, sei sie noch so schwach oder vermittelt, gekennzeichnet sind. Bloße zufällige Parallelgesetzgebung, die ohne eine Verpflichtung zur Rechtsetzung erfolgt, läßt sich kaum als Umsetzung beschreiben. Dann macht es aber auch wenig Sinn, wie es im Schrifttum gelegentlich geschieht, von *umsetzungsgebundenen* Akten zu sprechen.⁸ Dieser Ausdruck ist ein Pleonasmus, wenn man das Bestehen der Bindung bereits in den Begriff der Umsetzung einbezieht.

⁶ H. Keller, Rezeption des Völkerrechts, S. 42 (letztlich v.a. für den Begriff der Rezeption, der für gerichtliche Bezugnahmen auf internationales Recht Verwendung finden soll).

⁷ S. nur H.-W. Rengeling, DVBl. 1995, S. 945 (947 m.w.N.).

⁸ J. Masing, NJW 2006, S. 264 ff.; ders., in: Wahl, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, S. 507 ff.

III. Die Funktion des Umsetzungsbegriffs

Wenn in dieser Untersuchung der Begriff der Umsetzung in den Mittelpunkt gerückt wird, dann ist dies nicht als Verabsolutierung gerade dieses Begriffs zu verstehen. Es geht um das Phänomen und dessen möglichst präzise Erfassung, nicht um den Namen. Die terminologischen Fragen sind zweitrangig; irgendein Begriff muß gefunden werden.⁹ Rechtsfolgen sollen daraus, dies sei klargestellt, nicht abgeleitet werden. Ziel ist allein dogmatische Klarheit. Um einen „Schlüsselbegriff“ handelt es sich allerdings nicht. Solche Begriffe sollen, so die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, ein „gemeinsames Aufmerksamkeits- und Arbeitsfeld“ näher bezeichnen und dem „Denken den Weg [weisen]“, ohne schon eine „eindeutige Antwort“ zu geben.¹⁰ Gemeint sind also Leitbilder; Beispiele sind Begriffe wie Interesse, Verwaltungsaufgabe und Verantwortung.¹¹ Der Umsetzungsbegriff dient in dieser Untersuchung in der Tat dazu, Erscheinungen aus verschiedenen Rechtsbereichen zu vergleichen und zusammenzufassen, erfüllt also eine verklammernde Funktion. Auch soll er die wissenschaftliche Aufmerksamkeit lenken: Sie ist auf das deutsche Außenverfassungsrecht zu richten, dessen Gestalt sich aufgrund von Veränderungen des Völkerrechts nachhaltig verändert hat. Aber dennoch ist er weniger als ein Schlüsselbegriff. Ihm fehlen eine wegweisende und übergreifende „Schlüsselstellung“ und vielleicht auch der semantische Überschuss eines dehnbaren, variablen und interdisziplinär besetzbaren Begriffs. Zugleich ist der Umsetzungsbegriff aber auch mehr als ein solcher Schlüsselbegriff, weil er als dogmatischer Begriff zu entwickeln ist und damit ganz spezifische ordnende Funktionen erfüllen muß.

B. Formen der Verwirklichung des Völkerrechts im Landesrecht

Der Begriff der Umsetzung ist von anderen Formen der Verwirklichung des Völkerrechts im Landesrecht zu unterscheiden. Er sollte deshalb nicht für jede beliebige innerstaatliche, auf das Völkerrecht bezogene Maßnahme verwendet werden (was im außenverfassungsrechtlichen Schrifttum gelegentlich zu beob-

⁹ Das Wort „umsetzen“ scheint derzeit ohnehin in alle sprachlichen Bereiche vorzudringen (dies war der FAZ eine Glosse wert, siehe *B. Kohler*, FAZ vom 5.10.2007, S. 4), weshalb man seine Eignung für die juristische Dogmatik mit guten Gründen bezweifeln kann. Benötigt werden spezifische, signifikante Begriffe – allein, ein besserer Begriff mit gleicher Aufnahmekapazität und Anschlußfähigkeit scheint mir nicht vorhanden zu sein.

¹⁰ Dazu *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 1 Rn. 40.

¹¹ *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 3/62.

achten ist). Gesicherte dogmatische Begriffsbildungen und Differenzierungen – zum Beispiel Inkorporation, Adoption, Transformation, Vollzug – werden damit ohne Not aufgegeben, und die mit diesen Begriffen fest umrissenen Streitpunkte werden überdeckt.

I. Inkorporation und Transformation

Es stellt sich die Frage, ob insbesondere die *Inkorporation* oder *Transformation* eines völkerrechtlichen Vertrages als Unterfälle von Umsetzung begriffen und erfaßt werden sollen.¹² Unter Transformation wird die Umgießung einer völkerrechtlichen Norm in nationales Recht verstanden, während der Begriff der Inkorporation diejenigen innerstaatlichen Maßnahmen erfassen soll, die sich darauf beschränken, die innerstaatliche Anwendung anzuordnen. Diese Wirkung der Inkorporation wird auch von der Vollzugslehre erzielt.¹³ Der entscheidende Unterschied zwischen der Umsetzung auf der einen Seite und der Inkorporation bzw. Transformation auf der anderen Seite ist, daß diese beiden Verwirklichungsformen nicht zwingend mit der eben behandelten Vorstellung verbunden sind, daß eine Bindung an eine bestimmte völkerrechtliche Norm besteht. Von Umsetzung soll hier nur gesprochen werden, wenn eine völkerrechtliche Norm zum Tätigwerden verpflichtet.

Eine allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung zur innerstaatlichen „Umsetzung“ von Verträgen muß nämlich verneint werden.¹⁴ Das Völkerrecht ignoriert, wie Art. 27 WVK zeigt, die innerstaatliche Rechtslage. Es gibt also keine allgemeinen völkerrechtlichen Vorgaben darüber, ob und wie die Parteien einen Vertrag in ihr mitgliedstaatliches Recht inkorporieren oder transformieren; freilich können sie entsprechende Verpflichtungen vorsehen.¹⁵ Die Parteien dürfen den Vertrag nicht verletzen, nur darauf kommt es für das Völkerrecht an. Wie sie dies sicherstellen, ist ihre Angelegenheit.

Inkorporation und Transformation bezeichnen also den technischen, neutralen Begriff des Verbindlichmachens einer völkerrechtlichen Norm im innerstaatlichen Recht, unabhängig von der Frage, ob dazu eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht. Die Inkorporations- bzw. Transformationsmaßnahmen schaffen nur die Voraussetzungen dafür, daß die BRD ihre Außenrechtsver-

¹² Zum Begriff der Transformation s. etwa *W. Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 5; *K. Partsch*, BDGV 6 (1964), S. 13 (18 f.).

¹³ Zur Vollzugslehre *K. Partsch*, BDGV 6 (1964), S. 13 (19 ff.).

¹⁴ *A. Cassese*, International Law, 12.2, S. 218; *H. Keller*, Rezeption des Völkerrechts, S. 7; *K. Partsch*, BDGV 6 (1964), S. 13 (40); BVerfGE 73, 339 (375) – Solange II.

¹⁵ Ein praktisch sehr wichtiges Beispiel für den Fall, daß im Vertrag keine Regelung über die innerstaatliche Wirkung getroffen wurde, ist das WTO-Übereinkommen (s. *R. Uerpmann-Witzack*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 177 (186)).

pflichtung erfüllen kann. Um die Erfüllung einer völkerrechtlichen Verbindlichkeit handelt es sich dabei regelmäßig nicht.

Im Übrigen läßt sich das Zustimmungsgesetz nicht nur aus völkerrechtlichen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht als Erfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung begreifen. Das Zustimmungsgesetz muß, wenn es nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderlich ist, vor der Abgabe der völkerrechtlichen Erklärung, die den Vertrag erst völkerrechtlich verbindlich macht, ergehen.¹⁶ Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes besteht also die völkerrechtliche Verpflichtung noch gar nicht. Das Zustimmungsgesetz ergeht zudem – mehr oder weniger – in freier parlamentarischer Entscheidung.¹⁷ Auch aus der Perspektive des Grundgesetzes läßt sich also die innerstaatliche „Umsetzung“ eines Vertrages nicht als Erfüllung einer Verpflichtung verstehen, sondern nur als Sicherstellung der Erfüllung einer potentiell bestehenden internationalen Verpflichtung. Wenn in diesem Zusammenhang gleichwohl, gerade im politischen Kontext, von „Umsetzung“ die Rede ist, so ist dieser Sprachgebrauch durchaus problematisch. Gerade in Anbetracht der oben erwähnten „obligatorischen“ Assoziationen, die der Umsetzungsbegriff auslöst, ist auf die besondere normative Funktion des Zustimmungsgesetzes hinzuweisen.

II. Gewährleistung

Insbesondere im Verhältnis von völkerrechtlichen Verträgen und nationalem Recht gibt es aber weitere nationale Gesetze, die auf den völkerrechtlichen Vertrag *bezogen* sind, *ohne* der Inkorporation oder Transformation zu dienen. Es handelt sich um solche Gesetze, die durch Veränderung der innerstaatlichen Rechtslage sicherstellen sollen, daß die völkervertragliche Verpflichtung erfüllt wird.¹⁸ Völkerrechtliche Verträge enthalten zum Teil oft ausdrückliche Verpflichtungen zum innerstaatlichen Tätigwerden. So verpflichtet Art. V der Völkermord-Konvention die Vertragsstaaten, in Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Verfassungen die notwendigen gesetzgeberischen Maßnahmen zu ergreifen, die die Anwendung der Bestimmungen der Konvention sicherstellen. Oder die Europäische Menschenrechtskonvention sieht in Art. 2 Abs. 1 ausdrücklich

¹⁶ B. *Kempen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 59 Rn. 78.

¹⁷ Mindestens mit der Einschränkung, daß nur eine Ja/Nein-Alternative besteht (dazu etwa G. *Lübbe-Wolff*, in: Brunkhorst, Demokratie in der Weltgesellschaft, S. 127 (132); E. *Klein*, Gesetzgebung ohne Parlament?, S. 9; C. *Tomuschat*, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (27 f.)). Änderungsanträge sind nach Art. 82 Abs. 2 GO BT unzulässig.

¹⁸ Beispiel: Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda vom 4.1.1998, BGBl. I, 843, das den Rechtshilfeverkehr mit dem Ruanda-Tribunal regelt. Zu solchen Gesetzen C. *Engel*, Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal deutscher Normen, S. 200 ff.; V. *Röben*, Außenverfassungsrecht, S. 106; H. *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 85 f.

den Erlaß gesetzlicher Vorschriften zum Schutz des Rechts auf Leben vor, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entnimmt Art. 8 EMRK, daß der Respekt für das Privat- und Familienleben positive Verpflichtungen, d.h. Verpflichtungen zu bestimmten Gestaltungen des Straf(verfahrens-)rechts umfaßt.¹⁹ Dementsprechend werden etwa Normen des Strafprozessrechts erlassen, um den Verpflichtungen aus der EMRK zu genügen.²⁰ In der Staatspraxis ist oft auch ein gewissermaßen zweispuriges Verfahren bei der Zustimmungsgesetzgebung anzutreffen: Das Zustimmungsgesetz zum völkerrechtlichen Vertrag wird von einem Gesetz zur Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung begleitet.²¹ Es gibt sogar völkerrechtliche Verträge, die ausdrücklich den Zweck erfüllen, die Umsetzung (*implementation*) anderer Verträge zu garantieren.²² Ein Beispiel ist das Schengener Durchführungsabkommen vom 19.6.1990, das der Durchführung des Schengener Abkommens vom 14.6.1985 dient. Zu dem Durchführungsabkommen ist ein Zustimmungsgesetz ergangen,²³ das dann natürlich der Transformation bzw. Inkorporation des Vertrages dient.

All diese Gesetze sind für die vorliegende Untersuchung nicht von Interesse. Es handelt sich um innerstaatliche Rechtsakte, die nur einen mittelbaren Bezug zum zugrundeliegenden völkerrechtlichen Vertrag haben. Solche Gesetze unterliegen kaum Besonderheiten bei der innerstaatlichen Anwendung. Allenfalls ist vorstellbar, daß die zugrundeliegende völkerrechtliche Verpflichtung Auswirkungen auf die Auslegung der innerstaatlichen Vorschrift hat. Hervorzuheben ist des weiteren, daß diese Verpflichtungen oft keine spezifischen inhaltlichen Vorgaben für die innerstaatliche Rechtsetzung machen.

Auch wenn solche Gesetze auf einen völkerrechtlichen Vertrag Bezug nehmen und als Umsetzungsgesetz bezeichnet werden, können sie von den Umsetzungsverpflichtungen nach dem hier zugrundegelegten Verständnis unterschieden werden. Ihr Regelungsgegenstand ist ein anderer als der des völkerrechtlichen Vertrages. Die entsprechende nationale Gesetzgebung betrifft die Durchführung des völkerrechtlichen Vertrages, indem sie dessen Anwendung sicherstellen soll. Eine feste Terminologie hat sich in diesem Bereich bislang nicht etabliert. Der Begriff *Gewährleistung* scheint deshalb für diese Handlungsform als der besser passende Begriff.

¹⁹ EGMR, X and Y v. The Netherlands, Urt. v. 26.3.1985, Series A, No. 91, S. 20 (Rn. 80).

²⁰ R. Uerpman, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 57.

²¹ Beispiel: Gesetz zu dem Internationalen Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. April 2005 zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen vom 23.11.2007, BGBl. II, 1586 – Gesetz zur Umsetzung des VN-Übereinkommens vom 13. April 2005 zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen vom 26.11.2007, BGBl. I, 2523 (enthält Änderungen des StGB).

²² Vgl. C. Kojima/V. S. Vereshchetin, Implementation Agreements, in: EPIL online.

²³ BGBl. 1993 II, 1010.

Ähnliche Erscheinungen gibt es im Zusammenhang mit dem Unionsrecht. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zulässig, EU-Verordnungen in Gesetzesform zu wiederholen.²⁴ Doch machen manche EU-Verordnungen Anpassungen im innerstaatlichen Recht erforderlich. Hierzu ergehen Durchführungsverordnungen, die die eben herausgearbeitete Funktion der Gewährleistung erfüllen. Hierbei kann es sogar zur Doppelung der Funktionen kommen. Beispielsweise ist das deutsche REACH-Anpassungsgesetz vom 20.5.2008²⁵ sowohl ein Gesetz zur Durchführung einer EU-(EG-)Verordnung als auch ein Umsetzungsgesetz für zwei Richtlinien.

III. Implementation

Im Zusammenhang mit der innerstaatlichen Verwirklichung des Völkerrechts wird – ganz abgesehen von den eben erwähnten *implementation agreements* im Völkerrecht selbst – oft auch der Begriff der Implementation verwendet. Hierbei lassen sich zwei Bedeutungsvarianten unterscheiden.

Zum einen wird, insbesondere im anglo-amerikanischen Sprachraum, *implementation* in einem Sinn verwendet, der dem von Umsetzung im hier gemeinten Sinne entsprechen dürfte. Dies läßt sich gerade im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien des Unionsrechts beobachten.

Die andere Bedeutungsvariante versteht den Begriff der Implementation mit einer rechtssoziologischen Färbung. Das Zusammenwirken von Völker- und Landesrecht wird dabei in einer Steuerungsperspektive betrachtet. Das innerstaatliche Tätigwerden, das auf die Entstehung einer völkerrechtlichen Norm folgt, erscheint als Rechtsverwirklichung (*compliance*). Diesem Sprachgebrauch liegt die zutreffende Vorstellung zugrunde, daß das Recht sich nicht nur verwirklicht, indem es zwangsweise durchgesetzt wird, sondern auch, indem es befolgt wird.²⁶ Genaugenommen, ist die Befolgung ohnehin die primäre Verwirklichungsform des Rechts, während Normverletzungen und die daran anknüpfenden Sanktionen die Ausnahme darstellen.²⁷ Im Völkerrecht bedeutet Implementation in diesem eher rechtssoziologischen Sinne, daß der innerstaat-

²⁴ Dies wird allgemein (*U. Haltern*, Europarecht, Rn. 662; *W. Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 249 EGV Rn. 58) der Entscheidung des EuGH, Rs. 34/73, *Variola*, Slg. 1973, 981, Rn. 9 ff., entnommen.

²⁵ BGBl. I, 922.

²⁶ *C. Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, S. 264 ff. Grundlegend zum *compliance*-Konzept *A. Chayes/A. Handler Chayes*, *International Organization* 47 (1993), S. 175 ff.

²⁷ *S. L. Henkin*, *How Nations Behave*, S. 46: „The fact is that law observance, not violation, is the common way of nations.“ Aus rechtstheoretischer Sicht dazu *A. Funke*, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, S. 264, 278 f.

liche Rechtsbestand dem Völkerrecht angepaßt wird.²⁸ Vermutlich ist es dieser Mechanismus, an dem auch die unter A I angeführte, weite Begriffsbildung²⁹ interessiert ist.

Der rechtssoziologische Begriff der Implementation meint etwas anderes als Umsetzung im hier zugrundezulegenden Sinne. Er verweist auf die Wirkungen von Recht.³⁰ Implementationsforschung in diesem Sinne, die auch in Bezug auf das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht betrieben wird,³¹ erforscht den Vollzug des Rechts und Vollzugsdefizite. Sie ist weniger am normativen Bild des Rechts als an dessen Realität interessiert. Der entsprechende Begriff der Implementation zielt, mit anderen Worten, nicht auf normative Gebilde, sondern auf Tatsachen. Damit liegt er jenseits des Horizontes dieser Untersuchung. Er umfaßt letztlich die beiden im vorstehenden herausgearbeiteten Verwirklichungsformen (Inkorporation bzw. Transformation und Gewährleistung), aber unter einem spezifischen, im Prinzip außerjuristischen Aspekt und ohne daß er spezifische dogmatische Eingrenzungen ermöglichen würde.

Um diese rechtssoziologischen Konnotationen zu vermeiden, soll der Begriff der Implementation in der Dogmatik umsetzender Rechtsakte keine Verwendung finden.

IV. Rezeption

Als vierte und letzte Form der Verwirklichung des Völkerrechts ist die Rezeption zu erörtern. Ein weiter Begriff der Rezeption betrifft die Verweise des Grundgesetzes auf völkerrechtliche Regelungen.³² Der engere Begriff ist spezifischer und erfaßt die Berücksichtigung des Völkerrechts insbesondere durch innerstaatliche Rechtsprechungsgorgane.³³ Rezipiert werden völkerrechtliche Normen ebenso wie Entscheidungen internationaler Gerichte. Ein in jüngerer Zeit sehr umstrittenes Beispiel ist die Verpflichtung deutscher Behörden und Gerichte, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschen-

²⁸ C. Tietje, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, S. 269 f.

²⁹ S. o., bei Fn. 4.

³⁰ S. etwa H. Treiber, Zur Umsetzung von Rechtsnormen; J. Schwarze/U. Becker/C. Pollack, Die Implementation von Gemeinschaftsrecht, S. 12; C. Brünner, in: Bapuly u.a., Europäisierung durch Recht, S. 88 ff.; R. Mayntz, in: Grimm/Maihofer, Gesetzgebungstheorie, S. 130 ff. s.a. die Nachweise bei A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 1 Rn. 10 Fn. 48.

³¹ S. H. Siedentopf/J. Ziller, Making European Policies Work (mit interessantem Material zur Richtlinienumsetzung); S. Pag, integration 1988, S. 127 ff.

³² Dazu A. Zimmermann, ZaöRV 67 (2007), S. 297 ff.

³³ Darauf zielt v.a. Keller ab, s. Fn. 6.

rechte zu berücksichtigen.³⁴ Sofern Entscheidungen internationaler Gerichte, etwa des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Änderungen von Gesetzen nach sich ziehen, läßt sich dieser Vorgang unter den Begriff der Gewährleistung fassen. Der Vorgang der Rezeption wird hingegen vor allem auf die rechtsprechenden Organe bezogen. Von Umsetzung unterscheidet er sich dann zwangsläufig schon deshalb, weil er punktuelle Referenzen betrifft, nicht aber finale Umgestaltungen des nationalen Rechts. Damit ist ein wesentlicher Unterschied zum Begriff der Umsetzung gegeben, der in erster Linie rechtsetzende Tätigkeiten erfassen soll. Im Prinzip kann die Rezeption sogar unter die Kategorie der Gewährleistung gefaßt werden, da auch die Rezeption dazu dient, einen Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik zu vermeiden. Die Kategorie der Rezeption betrachtet die gleiche Erscheinung, setzt dabei aber einen anderen Schwerpunkt. Die Funktion, mittels einer innerstaatlichen Maßnahme den Eintritt der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zu vermeiden, ist nebensächlich. In den Vordergrund tritt hingegen die Funktion, die der Bezugnahme auf das Völkerrecht innerhalb der staatlichen Rechtsordnung zukommt. Besonders bedeutsam ist diese Funktion sicherlich beim deutschen Grundrechtsschutz, dessen Beeinflussung durch die internationalen Menschenrechtsverpflichtungen der Bundesrepublik in Frage steht.

C. Das umzusetzende Recht: Völkerrechtliches Sekundärrecht

Nach dem Vorstehenden ist klar, daß sich der Vorgang der Umsetzung weder unmittelbar auf völkerrechtliche Verträge, noch auf Völkergewohnheitsrecht bezieht. Es werden Rechtsakte umgesetzt, die *aufgrund* völkerrechtlicher Verträge erlassen wurden oder die ihren Rechtsgrund im Völkergewohnheitsrecht haben. Maßgebliche Akteure sind dabei insbesondere die internationalen Organisationen. Gerade das von ihnen gesetzte Recht, üblicherweise als Sekundärrecht bezeichnet, kommt mithin als *umzusetzendes* Recht in Betracht.

I. Die Sekundärrechtsetzung durch internationale Organisationen

Die Einordnung der Beschlüsse internationaler Organisationen in die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre ist nach wie vor nicht vollkommen geklärt. Nach einem Teil der Literatur ist die Aufzählung der völkerrechtlichen Rechtsquel-

³⁴ BVerfGE 111, 307 (323 ff.) – Görgülü.

len in Art. 38 Abs. 1 des IGH-Statuts unvollständig; insbesondere verbindliche Beschlüsse internationaler Organisationen seien eine weitere Rechtsquelle.³⁵ Die Frage ist für diese Untersuchung nicht unmittelbar von Belang. Gleichwohl ist im Folgenden zunächst zu untersuchen, wie Sekundärrechtsetzung internationaler Organisationen in die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre einzuordnen ist. Denn wenn sich umzusetzendes Recht problemlos unter eine der in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut genannten Rechtsquellen fassen ließe – wobei insbesondere an den Vertrag zu denken ist –, dann würde das Neuartige, das hier als das Problem der Umsetzung zu erfassen versucht wird, von vorneherein gar nicht in den Blick kommen. Nach einer knappen Klassifikation der rechtsetzenden Tätigkeit internationaler Organisationen, die vor allem der Eingrenzung des Themas dient (unter 1), sind der formelle Charakter (unter 2) und der besondere Inhalt des umzusetzenden Rechts internationaler Organisationen (unter 3) darzulegen.

1. Die rechtsetzende Tätigkeit internationaler Organisationen im Allgemeinen

Internationale Organisationen sind auf ganz verschiedene Art und Weise an der internationalen Rechtsetzung beteiligt. Sie bereiten Verträge vor, sie führen mittels verschiedener Verfahren selbst Vertragsschlüsse herbei, sie erlassen Beschlüsse, Empfehlungen, Resolutionen, sie verabschieden Berichte.³⁶ Die Übergänge sind gelegentlich fließend. So kann das Verfahren des *contracting out*, bei

³⁵ M. Ruffert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 17 Rn. 45; H. Kelsen/R. W. Tucker, Principles of International Law, S. 506 f.; K. Skubiszewski, in: FS Guggenheim, S. 508 (520); A. J. P. Tammes, RdC 94 (1958), II, S. 261 (266, 269); A. Bleckmann, Völkerrecht, Rn. 225; G. Dahm, Völkerrecht I, S. 25; M. Benzing, International Organizations or Institutions, Secondary Law, in: EPIL online, Rn. 49; J. D. Aston, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin, S. 219; P. Rösgen, Rechtssetzungsakte der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen, S. 2. Für darüber hinausgehende Flexibilisierung C. Schreuer, Die Behandlung internationaler Organakte durch staatliche Gerichte, S. 39. Für die – sicherlich immer noch überwiegende – Gegenauffassung (abgeleitetes Vertragsrecht) s. etwa C. Seiler, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, S. 187; V. D. Degan, Sources of International Law, S. 277.

³⁶ S. etwa H. Mosler, in: FS Wehberg, S. 273 (284); R. L. Bindschedler, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, S. 361 (362 f.); M. Ruffert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 17 Rn. 151; W. Meng, Das Recht der Internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, S. 71 ff.; I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, Das Recht der internationalen Organisationen, Rn. 1547 ff.; H. G. Schermers/N. M. Blokker, International Institutional Law, § 1323 ff.; N. Weiß, Kompetenzlehre internationaler Organisationen, S. 371 ff.; M. Ruffert/C. Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht, § 3 Rn. 79 ff.

dem ein von einer Organisation initiiertes Vertrag unter der Voraussetzung zustande kommt, daß er von den Mitgliedstaaten nicht abgelehnt wird, kaum noch vom eigenständigen Beschluß der Organisation unterschieden werden. Erst Recht gilt dies für die Möglichkeit des *opting out* bei der Verabschiedung von Beschlüssen. Diese Beschlüsse werden oder *bleiben* für die Staaten verbindlich, wenn der Staat nicht der Bindung widerspricht.³⁷ Hier ist also ein Vertragsschluß von vorneherein nicht beabsichtigt. Von diesen vielen Tätigkeiten interessiert hier nur eine, nämlich der rechtsverbindliche Beschluß der Organisation, der auf einer ihrer vertraglichen Grundlagen beruht – dem Primärrecht – und der an einen oder mehrere Mitgliedstaaten der Organisation gerichtet ist. Dieser Beschluß soll als Sekundärrecht aufgefaßt werden. Damit ist insbesondere die interne Rechtsetzung der Organisation ausgeschieden;³⁸ nur die externe Rechtsetzung der Organisation, und zwar, wie noch zu zeigen ist, ein Teilbereich davon, betrifft das umzusetzende Recht.

Auch die rechtsverbindlichen Beschlüsse weisen eine große Vielfalt auf. Da dieser Abschnitt noch der Problemexposition und nicht schon der Problemlösung dient, soll darin ein Idealtypus der Sekundärrechtsetzung zugrundegelegt werden, der sich an den Beschlüssen des Sicherheitsrates nach Art. 25 der UN-Charta orientiert. Der Nachweis, daß die in den Teilen 3 bis 7 dieser Arbeit untersuchten Rechtsformen diesem Idealtypus entsprechen, daß sie also umzusetzendes Recht sind, kann nur anhand einer Würdigung der konkreten Rechtsgrundlagen geführt werden. Die folgende Darstellung soll diese Würdigung keinesfalls ersetzen.

2. Formeller Charakter umzusetzenden Rechts: Sekundärrecht

Kann die Sekundärrechtsetzung internationaler Organisationen erklärt werden, indem man sie auf einen Vertragsschluß zurückführt, ist ihre Anerkennung als Rechtsquelle sicherlich nicht gerechtfertigt. Im Folgenden ist deshalb zunächst die rechtliche Eigenart dieser Rechtsetzung herauszuarbeiten (unter a bis d). Auf dieser Grundlage ist zu erörtern, woraus die Bindung der Staaten an

³⁷ Typischer Fall: Art. 22 Satzung der WHO vom 22.1.1974 (BGBl. II, 43) (als Verwaltungsabkommen behandelt, dazu unter D III); s. P. Rösgen, *Rechtsetzungsakte der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen*, S. 39 ff.; S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, S. 295 ff.

³⁸ Zur Unterscheidung von interner und externer Rechtsetzung s. K. Schmalenbach, *International Organizations or Institutions, General Aspects*, in: EPIL online, Rn. 67; G. Dahm, *Völkerrecht I*, S. 26; M. Benzing, *International Organizations or Institutions, Secondary Law*, in: EPIL online, Rn. 9 ff.; kritisch J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, S. 122.

den Beschluß einer internationalen Organisation, deren Mitglied sie sind, letztendlich erklärt werden kann (unter e).

a) *Einseitigkeit, Verbindlichkeit, eigene Willensbildung*

Sekundärrecht ist – erstens – verbindlich. Es interessieren hier also nicht unverbindliche Willensäußerungen einer internationalen Organisation und auch nicht die vielfältigen Formen der „weichen“ Verbindlichkeit, die Standards, *guidelines* und ähnlichen Normwerken internationaler Organisationen zukommt. Versteht man unter *soft law* Verhaltensregeln, die rechtlich nicht binden,³⁹ dann muß das hier interessierende Sekundärrecht als *hard law* klassifiziert werden. Denn es ist nicht zu bezweifeln, daß bestimmte Akte der internationalen Organisationen bindend sind und einen verpflichtenden Charakter haben. Der verpflichtende Charakter kann sich aus einer ausdrücklichen Anordnung in den vertraglichen Grundlagen der Organisation ergeben, wie z.B. in Art. 25 UN-Charta, in Art. 22 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 der Satzung des Weltpostvereins (UPU, Union postale universelle)⁴⁰ oder in Art. 9 lit. a des Übereinkommens über die WMO⁴¹. Im übrigen hängt es von der Interpretation des Vertrages ab, ob eine bestimmte Handlungsform der Organisation für die Mitgliedstaaten bindend sein soll oder nicht.⁴²

Sekundärrecht ist – zweitens – Ausdruck eines eigenen Willens der Organisation. Internationale Organisationen bilden einen eigenen Willen, der von dem

³⁹ A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, § 654; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, S. 84; W. Heintschel v. Heinegg, in: Ipsen, *Völkerrecht*, § 19 Rn. 20; D. Thürer, *Soft Law*, in: EPIL IV, S. 454.

⁴⁰ Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins vom 18.6.2002, BGBl. II, 1146, s. dazu J. D. Aston, *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, S. 128 ff.; zur früheren Rechtslage P. Rösgen, *Rechtsetzungsakte der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen*, S. 93 ff.

⁴¹ Neubekanntmachung v. 1.3.1990, BGBl. II, 171 (zur Deutung – kein *opting out* – s. P. Rösgen, *Rechtsetzungsakte der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen*, S. 130 f.; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, S. 162). Es handelt sich um ein Verwaltungsabkommen, s. dazu unter D III, S. 48 ff.

⁴² S. C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, S. 163. Nicht einfach zu begründen ist etwa die Bindungswirkung von Rechtsakten des Rates der ICAO (s. dazu J. D. Aston, *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, S. 132 ff.; P. Rösgen, *Rechtsetzungsakte der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen*, S. 63 ff.; S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, S. 301 ff.; L. Weber, in: Hobe/v. Ruckteschell, *Kölner Kompendium des Luftrechts*, Bd. 1, S. 32 (46 ff.)) oder von Entscheidungen des UNESCO-Welterbekomitees nach Art. 11 des Übereinkommens zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt v. 16.11.1972 (Welterbekonvention, BGBl. 1977 II, 213, dazu D. Zacharias, GLJ 9 (2008), S. 1833 (1856 ff.); S. v. Schorlemer, GYIL 51 (2008), S. 321 (362 ff.); F. Pfeifle, *UNESCO-Weltkulturerbe*, S. 166 ff., 174).