

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 1083**

# **Vertragswandel und demokratische Legitimation**

**Auswirkungen moderner völkerrechtlicher  
Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht**

**Von**

**Martin Baumbach**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARTIN BAUMBACH

Vertragswandel und  
demokratische Legitimation

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1083

# Vertragswandel und demokratische Legitimation

Auswirkungen moderner völkerrechtlicher  
Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht

Von

Martin Baumbach



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main  
hat diese Arbeit im Jahre 2007  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-12613-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt im Sommersemester 2007 als Dissertation vor. Das „Tornado“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2007 konnte noch eingearbeitet werden; im Übrigen ist die Arbeit auf dem Stand vom März 2007.

Sie entstand in meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meines Doktorvaters Professor Dr. Dr. Günter Frankenberg. Professor Dr. Michael Bothe hat nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern auch die Idee zu dem Thema der Arbeit gegeben. Beiden bin ich für die Förderung und Betreuung sehr zu Dank verpflichtet.

Ebenfalls danken für wertvolle fachliche Ratschläge möchte ich Dr. Andreas Fischer-Lescano und Henok Tsehaye.

Einer guten Tradition folgend, widme ich die Arbeit meinen Eltern, die durch ihre Unterstützung die Entstehung der Arbeit ermöglicht haben.

Frankfurt, September 2007

*Martin Baumbach*



# Inhalt

## *Teil 1*

<b>Einleitung</b>	11
A. Die problematischen Konstellationen	13
I. Direkter Anwendungsbereich von Art. 59 II GG	13
II. Erweiternde Auslegung von Art. 59 II GG	14
B. Die bisher vertretenen Lösungen	18
I. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts	18
1. Gewinnung der Kompetenzverteilung aus dem Gewaltenteilungsprinzip	18
2. Verhältnis zum Demokratieprinzip	20
3. Kontrollfunktion des Parlaments	23
II. Die „traditionelle“ Gegenauffassung	23
1. Zum ideellen Gewaltenteilungsschema	24
a) Kritik an der Methodik	24
b) Kritik an den einzelnen Argumenten	25
2. Zur Bedeutung des Demokratieprinzips	30
C. Die Defizite der Diskussion	32
I. Faktische Überforderung von Art. 59 II GG	32
II. Zur Verknüpfung Gewaltenteilung – Demokratieprinzip	39
D. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen	40

## *Teil 2*

<b>Vertragswandel ohne förmliche Vertragsänderung</b>	42
A. Kategorisierung der Konflikte	42
B. Einzelne Phänomene I: Verbandskompetenzkonflikt	47
I. Klassische und neue Phänomene	47
1. Beschlüsse internationaler Organisationen	48
2. Dynamische Vertragsregime	49
II. Einordnungen in der Literatur	50
III. Bewertung	51
IV. Ergebnis	52
C. Einzelne Phänomene II: Organkompetenzkonflikt	54



I.	Einseitige Akte.....	54
II.	Authentische Vertragsinterpretation vs. Vertragsänderung durch spätere Praxis vs. nichtrechtliche Verträge .....	54
1.	Die drei Handlungsformen in den Leitentscheidungen des Zweiten Senats .....	56
a)	Auslandseinsätze-Entscheidung: die Argumentation der die Entscheidung tragenden Richter.....	56
b)	Auslandseinsätze-Entscheidung: die Argumentation der dissentierenden Richter .....	64
c)	Die Argumentation in der Entscheidung zum Neuen Strategischen Konzept .....	65
d)	Das Tornado-Urteil vom 3. Juli 2007.....	67
e)	Rezeption der Entscheidungen in der Literatur und Zusammenfassung.....	68
2.	Zur Abgrenzung der drei Handlungsformen .....	70
a)	Authentische Vertragsinterpretation vs. konkludente Vertragsänderung .....	71
b)	Rechtliche vs. nichtrechtliche Vertragsänderung .....	80
aa)	Grundsätzliche kategoriale Unterscheidbarkeit .....	82
bb)	Das Konzept der „Legalization“ .....	87
cc)	Unvollkommene Verbindlichkeiten – partiell nichtrechtliche Verträge? .....	91
c)	Zusammenfassung .....	93
3.	Einordnung der in den Leitentscheidungen in Streit stehenden Dokumente .....	93
a)	Das Neue Strategische Konzept der Nato von 1991 und in zeitlichem Zusammenhang damit stehende Erklärungen .....	93
b)	Das Neue Strategische Konzept der Nato von 1999.....	94
c)	Die Petersberg-Erklärung der WEU von 1991.....	101
D.	Zusammenfassung und Ausblick auf die folgenden Teile .....	102

### *Teil 3*

	<b>Gewaltenteilung und Demokratie im Grundgesetz</b>	<b>107</b>
A.	Konstellationen der Heranziehung der Prinzipien.....	108
I.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	108
II.	Die dahinter stehende Konzeption .....	111
III.	Die Inkonsistenzen dieser Konzeption.....	114
B.	Auflösung der Widersprüche .....	118
I.	Demokratieprinzip als Ausgangspunkt.....	118
1.	Das „geschichtsmächtigste“ Gewaltenteilungsmodell Montesquieus und die konkurrierende demokratische Variante .....	118

2. Folgerungen für das Grundgesetz .....	125
II. Aussagen des Demokratieprinzips .....	131
1. Grundsätzliches .....	132
2. Die verschiedenen Formen demokratischer Legitimation .....	133
a) Funktionelle demokratische Legitimation .....	133
aa) Was bedeutet „funktionelle demokratische Legitimation“? ..	133
bb) Handelt es sich um eine Form demokratischer Legitimation?	134
b) Personelle und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation ..	139
III. Zusammenfassung .....	140
IV. Relevanz des Gewaltenteilungsprinzips – Verhältnis der Prinzipien .....	141
C. Zusammenfassung zum Stand der Untersuchung .....	144

*Teil 4*

<b>Demokratische Legitimation im Bereich des Vertragswandels</b> .....	<b>146</b>
A. Erfordernis demokratischer Legitimation .....	148
I. Was ist <i>Staatsgewalt</i> ? .....	149
1. Kein Erfordernis der unmittelbaren Wirksamkeit: Richtlinien, Rahmenbeschlüsse, einseitige Akte .....	149
2. Erfordernis der Rechtserheblichkeit: nichtrechtliche Verträge .....	150
3. Zusammenfassung .....	154
II. Was ist <i>Staatsgewalt</i> ? .....	154
B. Verbandskompetenzkonflikt .....	156
I. Die Europäische Union .....	156
1. Grundsätzliche Möglichkeit originärer europäischer Legitimation .....	157
2. Rechtfertigung bestehender Demokratiedefizite .....	171
II. Sonstige Fälle, insbesondere die „Dritte Säule“ der Europäischen Union	174
III. Zusammenfassung .....	175
C. Organkompetenzkonflikt .....	176
I. Vertragsänderung – das Neue Strategische Konzept von 1999 .....	177
II. Einseitige Akte .....	178
III. Nichtrechtliche Verträge – Petersberg-Erklärung .....	180
D. Conclusio .....	181
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>182</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>194</b>



On nous prépare, en effet, une loi internationale. Mais cette loi est faite ou dé faite par des gouvernements, c'est-à-dire par l'exécutif. Nous sommes donc en régime de dictature internationale.

*Albert Camus*

## *Teil 1*

# **Einleitung**

„Das Grundgesetz hat in Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung der Regierung im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen.“ Nur Art. 59 II GG, der für den Abschluss bestimmter völkerrechtlicher Verträge eine parlamentarische Zustimmung verlangt, „durchbricht das Gewaltenteilungssystem insofern, als hier die Legislative in den Bereich der Exekutive übergreift“. Eine Erweiterung seines Anwendungsbereichs würde daher „einen Einbruch in zentrale Gestaltungsbereiche der Exekutive darstellen“.

Diese drei Sätze lesen sich „wie aus einem Guss“, gerade so, als handelte es sich um eine fortlaufende Argumentation. Tatsächlich stammen auch alle drei Sätze aus derselben Feder, nämlich aus der des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts. Dennoch ist das Zusammenpassen der Sätze verblüffend, denn sie sind im Abstand von 32 beziehungsweise 17 Jahren verfasst worden: Der erste Satz stammt aus dem Urteil zum Neuen Strategischen Konzept der Nato vom 22. November 2001,<sup>1</sup> der zweite aus dem Urteil zum Petersberg-Abkommen vom 29. Juli 1952,<sup>2</sup> der dritte aus dem Urteil zum Nato-Doppelbeschluss vom 18. Dezember 1984.<sup>3</sup> Zwar hatte der Senat in allen drei Entscheidungen im Kern die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Bundesregierung und Parlament im Bereich der Außenpolitik zu beantworten. Dennoch ist die Identität der Argumentationsstruktur in den drei Entscheidungen überraschend, und zwar deshalb, weil die internationalen Beziehungen selbst sich in dieser Zeit extrem verändert haben.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BVerfGE 104, 151, 207.

<sup>2</sup> BVerfGE 1, 351, 369.

<sup>3</sup> BVerfGE 68, 1, 87.

<sup>4</sup> Allgemein zum Einfluss sozialer Tatsachen auf die Verfassungswirklichkeit *Lepsius*, JZ 2005, 1, 2 ff.; zur früheren Entwicklung der internationalen Beziehungen s. *Menzel*, DÖV 1969, 1, 3 ff.

Die immer weiter zunehmenden Verflechtungen der internationalen Beziehungen, der Trend zu Europäisierung und Internationalisierung und die immer häufigere Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen haben zu einer starken Einbindung der Staaten in ein dichtes Netz von Verträgen geführt. Die Staaten sind dadurch nicht mehr nur die „Herren der Verträge“, sondern zugleich ihre „Knechte“.<sup>5</sup> Mit der (äußeren) Souveränität<sup>6</sup> der Staaten und der scharfen Trennung von Innen- und Außenpolitik sind wesentliche Elemente des klassischen Völkerrechts in Frage gestellt.<sup>7</sup> Zwar stellt der Nationalstaat weiterhin die Basis der internationalen Beziehungen dar, jedoch ist die souveräne Entscheidungsmacht der Staaten stark eingeschränkt.<sup>8</sup> Dies führt dazu, dass die Bedeutung und die Auswirkungen der Außenpolitik für den innerstaatlichen Bereich und damit auch für den Einzelnen stark zugenommen haben, eine Trennung von Außenpolitik und anderen Politikbereichen ist kaum mehr möglich.<sup>9</sup> Vielmehr stellt der Bereich des Auswärtigen jenseits seines traditionellen Kerns eine Querschnittsmaterie im Verhältnis zu anderen Politikbereichen dar: Es lässt sich nicht mehr säuberlich trennen zwischen Außen-, Innen-, Justiz-, Wirtschafts-, Sozial-, Kulturpolitik etc., sondern die diversen, „materiellen“ Politikbereiche werden auf verschiedenen Ebenen geregelt, so dass es beispielsweise eine Innen- und eine Außen-Wirtschafts- oder -Kulturpolitik, aber keine „Innen-Außenpolitik“ gibt.

Mit diesen Entwicklungen einher gehen Veränderungen in den völkerrechtlichen Regelungsmechanismen. Soweit das Grundgesetz ausdrückliche Kompetenzverteilungen vorsieht, knüpfen diese Regelungen aber an die bei seinem Erlass existierenden Handlungsformen und damit an die damaligen Strukturen der internationalen Beziehungen an. Dennoch haben sich hinsichtlich der Kompetenzverteilung die Argumentationen in den letzten Jahrzehnten nicht geändert.<sup>10</sup> Schlagwortartig ausgedrückt, gehen diese dahin, entweder aus Art. 59 II GG den Umkehrschluss zu ziehen, dass alles nicht

---

<sup>5</sup> So das Bild von *Vesting*, VVDStRL 62 (2004), 42, 54.

<sup>6</sup> Zur Terminologie: Äußere Souveränität bedeutet die Fähigkeit eines Staates, seine Unabhängigkeit (notfalls mit militärischer Gewalt) zu behaupten (*Habermas*, KJ 1995, 291, 296), zielt also auf das Verhältnis zu anderen Staaten, während die innere Souveränität das Gewaltmonopol im eigenen Lande betrifft (ebenda).

<sup>7</sup> *Habermas*, KJ 1995, 291, 299.

<sup>8</sup> *Hitzel-Cassagnes*, KJ 2000, 63, 64.

<sup>9</sup> *Habermas*, KJ 1995, 291, 299.

<sup>10</sup> Und zwar ungeachtet frühzeitiger Forderungen nach einer Berücksichtigung dieser Entwicklungen, s. zum Beispiel *Bernhardt*, DÖV 1977, 457. In wie eingefahrenen Bahnen die Diskussion verläuft, zeigt sich eindrucksvoll an den Diskussionsbeiträgen zu dem Referat von Cremer in dem Band von *Geiger*, Neuere Probleme, S. 33 ff., die sehr kontrovers sind, aber alle um die Frage der Auslegung von Art. 59 II GG kreisen.

unmittelbar von Art. 59 II GG Geregelt in die Kompetenz der Exekutive falle, oder aber für eine analoge Anwendung von Art. 59 II GG auf andere Handlungsformen zu plädieren.<sup>11</sup>

Ausgangsthese dieser Arbeit ist, dass dieses Vorgehen verfehlt ist, da Art. 59 II GG faktisch überfordert ist. „Ersichtlich ist das Vorstellungsbild des Verfassungsgebers von der herkömmlichen Erscheinungsform des bilateralen Vertrages geprägt gewesen“, wie auch ein prominenter Vertreter der herrschenden Auffassung konstatiert.<sup>12</sup> Die widerstreitenden, aber doch vom methodischen Ansatz her gleichen Argumentationen gehen an den fundamentalen tatsächlichen Veränderungen in den internationalen Beziehungen vorbei.

Bevor diese beiden Argumentationsansätze genauer dargestellt werden, soll zuvor ein Überblick darüber gegeben werden, in welchen Konstellationen die Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt bisher diskutiert worden ist.

## A. Die problematischen Konstellationen

Die Fälle, in denen die Kompetenzverteilung in der auswärtigen Gewalt problematisch wurde, haben gemeinsam, dass die Verfassungsmäßigkeit des Handelns eines nationalen Organs, nämlich der Bundesregierung, zweifelhaft war. Es stellte sich jeweils die Frage, ob die Regierung ohne Zustimmung des Bundestags dazu befugt war, und zwar in folgenden Konstellationen:

### I. Direkter Anwendungsbereich von Art. 59 II GG

In den Anfangsjahren der Bundesrepublik ergaben sich vor allem Fragen nach dem Anwendungsbereich von Art. 59 II GG gemäß den Vorstellungen des Verfassungsgebers. Unumstritten war, dass der Wortlaut von Art. 59 II GG insofern zu eng ist, als er nur von Staaten, nicht aber von internationalen Organisationen als Vertragsparteien spricht.<sup>13</sup> Streitig hingegen war, ob der Anwendungsbereich von Art. 59 II GG darüber hinaus auf andere Vertragsparteien auszuweiten ist, namentlich auf Vertreter der Besatzungsmächte, soweit sie nicht ihre Staaten, sondern die Gemeinschaft der Besatzungsmächte repräsentierten.<sup>14</sup> Der innere Grund für die Ablehnung der

---

<sup>11</sup> Neuerer Überblick bei *Cremer*, Verhältnis, S. 11 ff., der seinerseits dieselbe Fragestellung zugrundelegt; *Kadelbach*, Parlamentarische Kontrolle, S. 44 f.

<sup>12</sup> *Tomuschat*, VVDStRL 36 (1978), 7, 29.

<sup>13</sup> BVerfGE 1, 351, 366 f.; *Menzel*, AöR 79 (1953/54), 326, 327.