

# Art. 25 GG und die Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts

Rainer Hofmann\*

## A. Einleitung

Mit der zunehmenden internationalen Verflechtung persönlicher und wirtschaftlicher Lebensverhältnisse steigt auch die Zahl der Fälle an, in denen der nationale Richter aufgrund seines Kollisionsrechts verpflichtet ist, ausländisches Recht anzuwenden. Hiermit ist seit jeher das Problem verbunden, ob und wie der an sich gebotenen Anwendung des ausländischen Rechts dann Grenzen zu setzen sind, wenn dieses mit grundlegenden Inhalten des Rechts des Forumstaats unvereinbar ist; dies ist der in wohl allen Rechtsordnungen vorgesehene Eingriffsbereich des nationalen *ordre public*-Vorbehalts, für die Bundesrepublik Deutschland nunmehr für den Bereich des internationalen Privatrechts in Art. 6 EGBGB in neuer Formulierung einfachgesetzlich geregelt<sup>1</sup>. Unter den in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Voraussetzungen ist der deutsche Richter zufolge dieser Vorschrift verpflichtet, dem aufgrund der allgemeinen kollisionsrechtlichen Bestimmungen an sich anwendbaren ausländischen Recht die Anwendung zu versagen.

\* Dr. iur., Docteur d'Université en Droit (Montpellier I), wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: a.F. = alte Fassung; Az = Aktenzeichen; BerDGV = Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EPIL = Encyclopedia of Public International Law; GG = Grundgesetz; n.F. = neue Fassung; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; Rdnr. = Randnummer; RIW/AWD = Recht der internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters.

<sup>1</sup> Art. 6 EGBGB lautet: »(1) Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. (2) Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.«

Wegen der fortschreitenden Herausbildung völkerrechtlicher Normen, auf welche die Qualifizierung »allgemeine Regeln des Völkerrechts« im Sinne des Art.25 GG zutrifft, wird auch die Zahl ausländischer Hoheitsakte, Gesetze wie Einzelmaßnahmen, zunehmen, die in diesem Sinne völkerrechtswidrig erscheinen. Damit stellt sich für den deutschen Richter häufiger die Frage, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Vorschrift des deutschen Rechts er solchen völkerrechtswidrigen ausländischen Hoheitsakten, die er zufolge deutschen Kollisionsrechts an sich anwenden und beachten muß, diese Verschaffung von Wirksamkeit versagen kann, ja möglicherweise sogar versagen muß. In diesem Zusammenhang gewinnt eine in jüngerer Zeit fortentwickelte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.25 GG an Bedeutung, deren mögliche Auswirkungen insbesondere auf das deutsche internationale Privatrecht aufgezeigt werden sollen. Danach ist die Frage zu behandeln, wie sich der deutsche Richter im Hinblick auf zur Anwendung berufenem ausländischem Recht zu verhalten hat, das zwar nicht allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG verletzt, aber doch als völkerrechtswidrig anzusehen ist, weil es etwa gegen regionales Völkergewohnheitsrecht oder Völkervertragsrecht verstößt.

### *B. Unanwendbarkeit völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts?*

Im deutschen Schrifttum werden zur Frage, ob und gegebenenfalls zufolge welcher Vorschrift der deutsche Richter, der aufgrund deutscher kollisionsrechtlicher Vorschriften zur Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts an sich verpflichtet ist, befugt und möglicherweise sogar gehalten sein könnte, diesem Gebot nicht zu folgen<sup>2</sup>, vor allem zwei Auffassungen vertreten: Die Vertreter des internationalen Privatrechts scheinen überwiegend einer »völkerrechtlichen Anreicherung«<sup>3</sup> des nun in Art.6 EGBGB niedergelegten deutschen *ordre public*-Vorbehalts zuzuneigen.

<sup>2</sup> Von dieser Problematik strikt zu trennen ist die Frage, ob das Völkerrecht den nationalen Privatrechtsordnungen kollisionsrechtliche Regeln eines bestimmten Inhalts vorschreibt; vgl. hierzu etwa Ch. von Bar, Internationales Privatrecht, Bd.I (1987), Rdnr.131ff. (138f.); M. Ferid, Internationales Privatrecht (3. Aufl. 1986), S.64ff.; G. Kegel, Internationales Privatrecht (6. Aufl. 1987), S.5ff.; P.H. Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (2. Aufl. 1976), S.73ff. und W. Wengler, Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.VI/1 (Internationales Privatrecht) (12. Aufl. 1981), S.13ff.

<sup>3</sup> Der Begriff scheint zurückzugehen auf R. Wiethölter, Zur Frage des internationalen *ordre public*, BerDGV Bd.7 (1967), S.133ff. (176).

gen<sup>4</sup>, während andere Stimmen, vor allem aus der völkerrechtlichen Lehre, die Heranziehung des Art. 25 GG befürworten<sup>5</sup>. Hier nun gewinnt die schon erwähnte neuere Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Inhalt von Art. 25 GG an Gewicht.

---

<sup>4</sup> Im deutschen internationalprivatrechtlichen Schrifttum finden sich, mit der herausragenden Ausnahme von Wengler (Anm. 2), S. 287 ff., keine grundsätzlichen Darstellungen zur Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts. Unterschieden wird in der Regel zwischen der Problematik des von einem völkerrechtlich nicht legitimierten Normgeber gesetzten – und daher völkerrechtswidrigen – ausländischen Rechts und der meist gesondert untersuchten Frage der Beachtlichkeit völkerrechtswidriger Enteignungen. Für die erste Fallgruppe, bisweilen auch als »völkerrechtliche Vorfragen« bezeichnet, vgl. von Bar (Anm. 2), Rdnr. 155 ff., die praktische Bedeutung vor allem im Hinblick auf die Setzung von Recht in völkerrechtswidrig annektierten Gebieten oder in Überschreitung besatzungsrechtlicher Befugnisse hat, gelangt die ganz herrschende Meinung zum Ergebnis, daß jedenfalls das effektiv geltende Privatrecht zu berücksichtigen sei, da andernfalls den Interessen der betroffenen Privatpersonen zuwider gehandelt würde, vgl. etwa von Bar, *ibid.*, Rdnr. 155 ff.; Ferid (Anm. 2), S. 160; Kegel (Anm. 2), S. 14 f. und Neuhäus (Anm. 2), S. 339. Dieser Auffassung liegt überwiegend der Gedanke zugrunde, daß die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit gebiete, die Rechtssphäre des nationalen Gesetzgebers zu achten und seine Hoheitsakte auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn sie völkerrechtswidrig sind; vgl. hierzu schon H. Stoll, Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts, BerDGV Bd. 4 (1961), S. 131 ff. (137, 144). Nur in Ausnahmefällen soll diese Anwendung zufolge des deutschen *ordre public*-Vorbehalts unterbleiben. Auffällig ist aber, daß Art. 25 GG, sofern überhaupt behandelt, damit abgetan wird, es habe sich noch kein *ordre public international*, der offenbar mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG gleichgesetzt wird, herausgebildet, vgl. nur Neuhäus, *ibid.*, S. 73. Als Ausnahmen erscheinen zwei neuere Abhandlungen, die beide letztlich aber der Lösung einer »völkerrechtlichen Anreicherung« des *ordre public*-Vorbehalts zuneigen, vgl. D. Schütz, Der internationale ordre public (1984), S. 38 ff. und F. Pentzlin, Der universelle ordre public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts (1985), S. 48 ff., 118 ff.

<sup>5</sup> Vgl. etwa F. Münch, Das Sumatra-Tabak-Urteil des Hanseatischen OLG Bremen, Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 9 (1960), S. 84 ff. und F. A. Mann, Völkerrechtswidrige Enteignungen vor nationalen Gerichten, NJW Bd. 14 (1961), S. 705 ff. In der wohl bedeutendsten Darstellung der Problematik aus völkerrechtlicher Sicht gelangt G. Jaenicke, Zur Frage des internationalen ordre public, BerDGV Bd. 7 (1967), S. 77 ff. zum Ergebnis, daß bei der damaligen Struktur der Völkerrechtsordnung eine Verpflichtung der Staaten und ihrer rechtsanwendenden Organe zur Nichtanerkennung völkerrechtswidriger ausländischer Hoheitsakte nur für diejenigen Fälle bestehe, in denen die verletzte Völkerrechtsnorm zum *ius cogens* oder zumindest zu denjenigen Völkerrechtsnormen gehört, die zum »völkerrechtlichen *ordre public*« zählen; daneben bestehe aber das Recht eines jeden Staates, aufgrund seines nationalen Rechts solchen völkerrechtswidrigen Hoheitsakten die Anerkennung zu verweigern; zur Problematik siehe auch I. Seidl-Hohenveldern, Internationales Enteignungsrecht, in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel (1977), S. 265 ff. (274 f.).

## I. Unanwendbarkeit völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts zufolge von Art.25 GG

### 1. Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.25 GG

Ausgangspunkt der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.25 GG ist die bereits im Beschluß vom 14. Mai 1968<sup>6</sup> enthaltene, seither zur ständigen Rechtsprechung<sup>7</sup> gewordene Feststellung, daß es wegen Art.25 GG zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, daß bei der Gestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung durch den Normgeber und bei der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des nationalen Rechts durch die Verwaltung und Gerichte den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Rechnung getragen wird. In einer am 31. März 1987 ergangenen Entscheidung hat nun der Zweite Senat die sich hieraus ergebenden Folgen für die Praxis deutscher Behörden und Gerichte dahin zusammengefaßt, daß diese

»kraft Art.25 GG grundsätzlich daran gehindert sind, innerstaatliches Recht in einer Weise auszulegen und anzuwenden, welche die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verletzt. Sie sind verpflichtet, alles zu unterlassen, was einer unter Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts vorgenommenen Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit verschafft, und gehindert, an einer gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstoßenden Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger bestimmend mitzuwirken«<sup>8</sup>.

Von naturgemäß entscheidender Bedeutung ist die Bestimmung derjenigen Regeln des Völkerrechts, die als »allgemeine Regeln des Völkerrechts« im Sinne des Art.25 GG anzusehen sind. In der verfassungsrechtlichen Literatur finden sich häufig nur beispielhafte Aufzählungen, denen mehr oder weniger deutlich die Auffassung zugrundeliegt, nicht alle Völkerrechtsnormen könnten allgemeine Regeln des Völkerrechts sein, sondern nur solche, die sich durch ihren Regelungsgehalt als für die inter-

<sup>6</sup> BVerfGE 23, 288 (300).

<sup>7</sup> Vgl. etwa BVerfGE 31, 145 (177) und aus neuerer Zeit den Beschluß des Vorprüfungsausschusses des Zweiten Senats zum Az.2 BvR 336/85 (Pakelli) vom 11.10.1985, abgedruckt in ZaöRV Bd.46 (1986), S.286 ff. mit Anm. von J. A. Frowein.

<sup>8</sup> BVerfGE 75, 1 (19). Diese Formulierung ist vorbereitet worden durch den Beschluß vom 9.3.1983, BVerfGE 63, 332 (338), wo festgestellt wurde, daß der völkerrechtliche Mindeststandard über Art.25 GG einen Bestandteil des in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich geltenden Rechts bildet.

ationale Staatenordnung besonders wichtig erwiesen<sup>9</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hatte diesen Kreis von Völkerrechtsregeln zunächst noch nicht sehr präzise als das »universell geltende Völkerrecht, ergänzt durch anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze«<sup>10</sup> beschrieben; weitere Voraussetzung sei ferner, daß sie von der überwiegenden Mehrheit der Staaten – nicht notwendigerweise auch von der Bundesrepublik Deutschland – anerkannt werden<sup>11</sup>.

Diesen recht umfassenden Ansatz hat das Gericht in jüngerer Zeit weiter verfolgt und möglicherweise schon abgeschlossen. Während sich im genannten Beschluß vom 31. März 1987 keine grundsätzlichen Ausführungen dazu finden, welche Normen des Völkerrechts als allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG anzusehen sind, sondern eher beiläufig auf den »völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard« auf dem Gebiet der strafprozessualen Menschenrechte hingewiesen wird, der gemäß Art. 25 GG von den deutschen Gerichten zu beachten sei<sup>12</sup>, enthält ein Beschluß der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Mai 1987 folgende Ausführungen, welche die frühere Rechtsprechung des Senats zusammenfassen<sup>13</sup>:

»Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG gehören neben denjenigen Normen, denen die Qualität von völkerrechtlichem *ius cogens* zukommt, das Völkergewohnheitsrecht sowie die anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze i. S. des Art. 38 I lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs ("general principles of law recognized by civilized nations") (BVerfGE 15,

---

<sup>9</sup> Zu Art. 25 GG siehe etwa K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 39) (1963); W. K. Geck, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II (1976), S. 125 ff.; R. Geiger, Zur Lehre vom Völkergewohnheitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 103 (1978), S. 382 ff.; R. Hofmann, Zur Bedeutung von Art. 25 GG für die Praxis deutscher Behörden und Gerichte, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler (1987), S. 1885 ff.; H. Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis deutscher Gerichte (1957); G. Papadimitriou, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht (1972); O. Rojahn, Art. 25 GG, in: I. von Münch (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 2 (2. Aufl. 1983), S. 135 ff.; W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht (1967) und M. Silagi, Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bezugsgegenstand in Art. 25 GG und Art. 26 EMRK [Europäische Menschenrechtskonvention], Europäische Grundrechte Zeitschrift, Bd. 7 (1980), S. 632 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 23, 288 (317); vgl. auch BVerfGE 31, 145 (177).

<sup>11</sup> So schon BVerfGE 15, 25 (34).

<sup>12</sup> BVerfGE 75, 1 (19).

<sup>13</sup> Beschluß zum Az. 2 BvR 1170/83, abgedruckt in NJW Bd. 41 (1988), S. 1462 ff. (1463).

25 (34); BVerfGE 16, 27 (33); BVerfGE 23, 288 (317)). Das Bestehen von Völkergewohnheitsrecht setzt eine von zahlreichen, alle weltweit bestehenden Rechtskulturen repräsentierenden Staaten befolgte Praxis voraus, die allgemein in der Überzeugung geübt wird, hierzu von Völkerrechts wegen verpflichtet zu sein (BVerfGE 46, 342 (367) m.w.N.; BVerfGE 66, 39 (65)); aus dem Schrifttum vgl. statt aller Bernhardt, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7 (1984), S.61 ff. m.w.N.). Bei der Ermittlung von Normen des Völkergewohnheitsrechts ist in erster Linie auf das völkerrechtlich verbindliche Verhalten derjenigen Staatsorgane abzustellen, die kraft Völkerrechts oder kraft innerstaatlichen Rechts dazu berufen sind, den Staat im völkerrechtlichen Verkehr zu repräsentieren. Daneben kann sich eine solche Praxis aber auch in den Akten anderer Staatsorgane, wie des Gesetzgebers oder der Gerichte, bekunden, zumindest soweit ihr Verhalten unmittelbar völkerrechtlich erheblich ist, etwa zur Erfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung, oder zur Ausfüllung eines völkerrechtlichen Gestaltungsspielraums dienen kann (BVerfGE 46, 342 (367)). Im hier beachtlichen Bereich völkerrechtlicher Mindeststandards auf dem Gebiete der strafprozessualen Menschenrechte sind, neben dem auf dem Wege der Rechtsvergleichung ermittelten gemeinsamen Mindeststandard an nationaler Grundrechtsgewährleistung, insbesondere die einschlägigen Verbürgungen in den völkerrechtlichen Menschenrechtsinstrumenten heranzuziehen«.

In Ergänzung dieser Ausführungen ist darauf hinzuweisen, daß einer Norm des Völkerrechts, unabhängig davon, ob sie auf Völkervertrags- oder Völkergewohnheitsrecht beruht, dann die Qualität von völkerrechtlichem *ius cogens* zukommt, wenn sie von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als eine Norm angenommen und anerkannt wird, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann<sup>14</sup>.

## 2. Würdigung der Rechtsprechung zu Art.25 GG

Diese inhaltliche Bestimmung des Begriffs »allgemeine Regel des Völkerrechts« im Sinne des Art.25 GG durch den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts stellt sich als ein folgerichtiges Fortschreiten auf dem von Anfang an eingeschlagenen Weg dar: Entscheidend ist nicht eine besondere inhaltliche Qualität der fraglichen Völkerrechtsnorm, sondern ihre

<sup>14</sup> Vgl. Art.53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl.1985 II [Bundesgesetzblatt], S.926; aus dem Schrifttum siehe statt aller J.A. Frowein, *Ius Cogens*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *EPIL Instalment 7* (1984), S.327 ff.

»Allgemeinverbindlichkeit«, ihre allgemeine, weltweite Geltung. Diese Anforderung kann grundsätzlich von jeder Norm des universellen, nie jedoch des nur regionalen Völkergewohnheitsrechts erfüllt werden; auch Völkervertragsrecht genießt nur dann die Vorrangstellung des Art. 25 GG, wenn die vertragliche Regelung nur eine schriftliche Niederlegung einer ohnehin aufgrund universellen Völkergewohnheitsrechts bestehenden Verpflichtung ist oder die Vertragsnorm von allen Völkerrechtssubjekten als bindend angesehen wird.

In diesem Zusammenhang kann nicht näher auf die schwierigen Fragen eingegangen werden, die sich aus der stark gestiegenen Zahl der zur Bildung des Völkergewohnheitsrechts befugten Völkerrechtssubjekte ergeben<sup>15</sup>. Immerhin sei angemerkt, daß das Bundesverfassungsgericht offenbar der Ansicht zuneigt, die nicht verlangt, zur Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Norm müßten alle Staaten ihre entsprechende Rechtsüberzeugung kundgetan haben; als ausreichend wird vielmehr anerkannt eine von zahlreichen, alle weltweit bestehenden Rechtskulturen repräsentierenden Staaten befolgte Praxis, die in der Überzeugung geleistet wird, hierzu von Völkerrechts wegen verpflichtet zu sein<sup>16</sup>.

Die angesichts des koordinationsrechtlichen Grundcharakters der Völkerrechtsordnung fast notwendige Unsicherheit bei der Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Regel schon als universelles Völkerrecht und damit als allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG anzusehen ist, verlangt wegen der aus einer solchen Einstufung für die Rechtsordnung des Grundgesetzes fließenden ganz erheblichen Folgen, daß ein Organ zur Entscheidung über diese besondere Rechtsqualität für den Geltungsbereich des Grundgesetzes allein und ausschließlich zuständig ist. Dies ist gemäß Art. 100 Abs. 2 GG das Bundesverfassungsgericht. Aus Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Vorschrift hat das Gericht abgeleitet, daß eine Vorlage nach dieser Bestimmung bereits dann geboten ist, wenn das erkennende Gericht bei der Prüfung der Frage, ob und mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, auf ernst zu nehmende Zweifel stößt und nicht etwa nur dann, wenn dieses Gericht selbst solche Zweifel hegt; diese bestünden dann, wenn das erkennende Gericht von der Meinung eines Verfassungsorgans oder von den Entscheidungen hoher, deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft abweiche. Das Un-

---

<sup>15</sup> Siehe hierzu statt aller R. Bernhardt, Customary International Law, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 7 (1984), S. 61 ff.

<sup>16</sup> Vgl. schon BVerfGE 46, 342 (367) und BVerfGE 66, 39 (65).

terlassen einer solchen Vorlage und der damit möglicherweise verbundene Verstoß gegen die Vorlagepflicht kann vom Betroffenen mittels einer auf eine Rüge der Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter aus Art.101 Abs.1 Satz 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden<sup>17</sup>.

In der Folge hat der Zweite Senat dann die Auffassung entwickelt, daß ihm insofern eine über den gewöhnlichen Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle von Gerichtsentscheidungen in Verfahren der Verfassungsbeschwerde hinausgehende Prüfungskompetenz zusteht. Nachdem er in seinem Beschluß vom 13. Dezember 1977<sup>18</sup> eher noch beiläufig ausgeführt hatte, das Vorlageverfahren nach Art.100 Abs.2 GG diene auch dazu, der Gefahr von Verletzungen allgemeiner Regeln des Völkerrechts durch Gerichte der Bundesrepublik Deutschland vorzubeugen, stellte er dann im Beschluß vom 23. Juni 1981<sup>19</sup> ausdrücklich fest, das Bundesverfassungsgericht habe im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit in besonderem Maße darauf zu achten, daß Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begründen könnten, nach Möglichkeit verhindert oder beseitigt werden, was im Einzelfall eine umfassende Nachprüfung gebieten könne<sup>20</sup>.

### *3. Auswirkungen der Rechtsprechung zu Art.25 GG auf die Praxis deutscher Gerichte*

In den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen findet sich zugleich auch ein wichtiger verfassungsrechtlicher Grund für die Vorschrift des Art.25 GG: Verhindert werden soll nach Möglichkeit die Begehung einer völkerrechtswidrigen Handlung mit der Folge der Begründung der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland. Die grundlegende völkerrechtliche Verpflichtung, keine völkerrechtswidrigen Handlungen zu begehen, ist durch Art.25 GG – jedenfalls hinsichtlich allgemeiner Regeln des Völkerrechts im Sinne eben dieser Bestimmung – zu einer die Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland auch verfassungsrechtlich bindenden Verpflichtung geworden.

<sup>17</sup> So schon BVerfGE 23, 288 (316f.).

<sup>18</sup> BVerfGE 46, 342 (360).

<sup>19</sup> BVerfGE 58, 1 (34).

<sup>20</sup> Vgl. auch BVerfGE 59, 63 (89) und BVerfGE 64, 1 (14f.).

Diese Folgerung ist verhältnismäßig unproblematisch in den Fällen, in denen Handlungen deutscher Hoheitsträger erstmals den Tatbestand eines völkerrechtlichen Delikts erfüllen würden<sup>21</sup>; in vielen dieser Fälle läge zugleich ein Verstoß gegen ein deutsches Grundrecht und damit gegen deutsches Verfassungsrecht vor<sup>22</sup>.

Schwieriger ist die Rechtslage in den Fällen, in denen deutsche Hoheitsträger, insbesondere Gerichte, vor der Frage stehen, ob sie in ihren Entscheidungen unter Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG vorgenommene Handlungen nichtdeutscher Hoheitsträger als verbindlich beachten müssen, wenn dies aufgrund deutschen Kollisionsrechts oder im Rahmen der Rechtshilfe an sich geboten ist. Der Verstoß des ausländischen Rechts gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG kann dabei zum einen darin liegen, daß die ausländische staatliche Gewalt völkerrechtlich nicht zur Setzung der fraglichen Normen befugt ist, diese im betroffenen Gebiet aber tatsächlich allgemein angewendet werden<sup>23</sup>; zum anderen sind gemeint die Konstellationen, in denen das berufene ausländische Recht inhaltlich gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts verstößt und daher völkerrechtswidrig erscheint<sup>24</sup>. In allen diesen Fällen kommt es entscheidend darauf an, wel-

---

<sup>21</sup> Zu denken wäre etwa an Verstöße gegen den menschenrechtlichen Mindeststandard in einem Verfahren vor deutschen Strafgerichten, die Verabschiedung von auf rassistischer Diskriminierung beruhender oder auf sie zielender Gesetze oder die diskriminierende und völlig entschädigungslose Enteignung ausländischen Eigentums in der Bundesrepublik Deutschland.

<sup>22</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen, wonach »Gesetze sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will«, BVerfGE 74, 358 (370). Dort findet sich ferner die Feststellung, daß bei der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen sind.

<sup>23</sup> Ein Beispiel aus jüngerer Zeit ist die Eingliederung Ost-Jerusalems in das israelische Staatsgebiet; für einen Überblick über die rechtliche Problematik vgl. jüngst J. A. Frowein / S. Oeter, Ost-Jerusalem und das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen, Die Nicht-Anerkennung der Eingliederungsmaßnahmen und die Frage nach der Methodik der Vertragsauslegung, ZaöRV Bd. 48 (1988), S. 18 ff. (22 ff.) mit umfassenden Nachweisen aus Rechtsprechung und Staatenpraxis.

<sup>24</sup> Von praktisch größter Bedeutung sind diskriminierende und entschädigungslose Enteignungen ausländischen Eigentums, vgl. hierzu statt aller R. Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht (1985) und ders., Expropriation and Nationalization, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 8 (1985), S. 214 ff.

che Bedeutung man dem Begriff »Wirksamkeit verschaffen« in der eingangs wiedergegebenen Formel des Bundesverfassungsgerichts beimißt.

Einmal könnte man diesen Begriff dahin verstehen, daß einer so definierten völkerrechtswidrigen Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger immer und schon dann in verfassungswidriger Weise Wirksamkeit verschafft würde, wenn eine solche ausländische völkerrechtswidrige Norm von den Staatsorganen der Bundesrepublik Deutschland als für sie verbindlich beachtet wird; dann wäre jede Anwendung oder auch nur Berücksichtigung einer solchen Norm durch ein deutsches Gericht wegen Art.25 GG zu unterlassen<sup>25</sup>. Ein solches Verständnis hätte für die Praxis ganz weitreichende und häufig »ungerecht« erscheinende Folgen: So ist z.B. unstrittig eine allgemeine Regel des Völkerrechts, daß auf Gewalt beruhende territoriale Veränderungen grundsätzlich völkerrechtswidrig sind<sup>26</sup>; dementsprechend erkennt die Bundesrepublik Deutschland etwa die Annexion der baltischen Staaten durch die Sowjetunion<sup>27</sup> oder die Eingliederung Ost-Jeruselems in den israelischen Staat<sup>28</sup> nicht als völkerrechtsgemäß an. Wiese man nun aber dem Ausdruck »Wirksamkeit verschaffen« den gerade dargelegten Inhalt zu, hätte dies z.B. für sowjetische Staatsangehörige estnischer Nationalität, auf deren Rechtsverhältnisse in einem Verfahren vor einem deutschen Gericht nach deutschem internationales Privatrecht Heimatrecht anzuwenden ist, die Folge, daß etwa das Familienrecht des im Jahre 1940 von der Sowjetunion annektierten Freistaats Estland anzuwenden wäre<sup>29</sup>; mit der gleichen Begründung dürfte dann auf Bewohner Ost-Jeruselems z.B. nicht das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen angewendet werden<sup>30</sup>.

Diese Beispiele zeigen deutlich, daß ein solch unbedingtes Verständnis des Ausdrucks »Wirksamkeit verschaffen« häufig nicht den eindeutigen Interessen der betroffenen Privatpersonen gerecht würde, was zumindest bei personenbezogenen Rechtsnormen als beachtlicher Gesichtspunkt – neben den Interessen und Rechten der beteiligten Staaten an einer möglichst intakten und von allen Völkerrechtssubjekten befolgten Völkerrechts-

<sup>25</sup> So jedenfalls für völkerrechtswidrige Enteignungen Mann (Anm.5), S.707.

<sup>26</sup> Vgl. nur W. Meng, Stimson-Doctrine, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 4 (1982), S.230 ff.

<sup>27</sup> Siehe W. Meng, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1980, ZaöRV Bd.42 (1982), S.508 ff. (514).

<sup>28</sup> *Ibid.*, S.519.

<sup>29</sup> Zu dieser Problematik siehe die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung bei von Bar (Anm.2), Rdnr.161 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu ausführlich Frowein/Oeter (Anm.23), S.27 ff.

ordnung – zu berücksichtigen ist<sup>31</sup>. Ein solches Verständnis ginge wohl auch über das eigentliche Anliegen des Art. 25 GG als einer Norm des deutschen Verfassungsrechts in dem ihm vom Bundesverfassungsgericht gegebenen Inhalt hinaus<sup>32</sup>. Stellt man aber die Verhinderung der Begehung einer völkerrechtswidrigen Handlung wegen der daraus folgenden völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in den Vordergrund, so wäre der Ausdruck »Wirksamkeit verschaffen« dahin zu verstehen, daß die deutschen Hoheitsträger im Hinblick auf völkerrechtswidriges ausländisches Recht nur alle solchen Handlungen zu unterlassen haben, welche – gleichsam wegen Mittäter- oder Gehilfenschaft zu einem von einem anderen Staat begangenen oder ihm zurechenbaren völkerrechtlichen Delikt oder Verbrechen – ihrerseits eine völkerrechtswidrige Handlung darstellen, weil sie die völkerrechtswidrige Handlung des ausländischen Staates in ihrer Wirkung perpetuieren oder jedenfalls ganz erheblich stärken, indem sie diese nicht als völkerrechtswidrig bezeichnen, sondern sie explizit als völkerrechtsgemäß anerkennen<sup>33</sup>. Diese Auslegung eröffnet

<sup>31</sup> Dieser Gedanke findet sich etwa auch im Namibia-Gutachten des Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1971, wo es heißt (ICJ Reports 1971, S.56 para.125): "In general, the non-recognition of South Africa's administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international co-operation. In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory"; siehe aus dem Schrifttum etwa J. A. Frowein, Non-Recognition, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 10 (1987), S.314ff.; Kegel (Anm.2), S.14f.; J. Verhoeven, Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Bd.192 (1985 III), S.48ff. (159ff.) und Wengler (Anm.2), S.288, alle mit weiteren Nachweisen.

<sup>32</sup> Hinzuweisen ist insofern auf die Formulierung des Zweiten Senats im genannten Beschluß vom 31.3.1987 (vgl. Anm.9), wo es heißt, daß sie (= die deutschen Behörden und Gerichte) kraft Art. 25 GG gehindert sind, »an einer gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstößenden Handlung nicht-deutscher Hoheitsträger bestimmend mitzuwirken« (Hervorhebung vom Verf.); diese Formulierung findet sich auch in den Beschlüssen der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 21.5.1987 (2 BvR 1170/83), NJW 1988, S.1462 (1463) und vom 30.9.1987 (2 BvR 510/85). Im vorliegenden Beispiel wäre – eine kraft Art. 25 GG untersagte – bestimmende Mitwirkung lediglich die Mitwirkung an der Annexion, nicht indes die Berücksichtigung der aus dieser Annexion fließenden familienrechtlichen und sonstigen privatrechtlichen Folgen.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Diskussion um Art. 27 des Teils 1 und Art. 14 des Teils 2 des Entwurfs der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit, abgedruckt etwa in ZaöRV Bd.45 (1985), S.357ff., insbesondere E. Klein, Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt, in: I. von Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für

den deutschen Staatsorganen die Möglichkeit, letztlich unter Nutzbarmachung der mit der Lehre vom *de facto*-Regime im Völkerrecht<sup>34</sup> verbundenen Gedanken, einerseits völkerrechtswidrigen ausländischen Hoheitsakten die Anerkennung als völkerrechtsgemäß zu versagen; andererseits ist es ihnen gestattet, die für einen ordnungsgemäß funktionierenden internationalen Rechtsverkehr, vor allem auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts, bisweilen notwendige Berücksichtigung tatsächlicher (Macht-)Verhältnisse bei der Anwendung auch völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen, was häufig dem eindeutigen Interesse der beteiligten Privatpersonen entspricht. Die Verfassung räumt – nach diesem Verständnis – den deutschen Hoheitsträgern die Möglichkeit ein, völkerrechtswidriges ausländisches Recht angesichts der faktischen Verhältnisse und eines eindeutigen Parteiinteresses in Einzelfällen gleichwohl zur Anwendung zu bringen, da in einem solchen Vorgehen – im Unterschied zur ausdrücklichen Anerkennung solchen Rechts als völkerrechtsgemäß – keine völkerrechtswidrige Handlung der Hoheitsträger der Bundesrepublik Deutschland zu sehen ist. In den obigen Beispielfällen führt dies zum Ergebnis, daß befaßte deutsche Gerichte, im Hinblick auf die bekannte Haltung der Bundesregierung als des zur ständigen Ausübung der auswärtigen Gewalt berufenen Verfassungsorgans zur Annexion der baltischen Staaten bzw. der Eingliederung Ost-Jerusalem ohne Verletzung von Art.25 GG jetzt in Estland geltendes Familienrecht<sup>35</sup> bzw. das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen auf israelische Bewohner Ost-Jerusalem<sup>36</sup> anwenden können.

Im Ergebnis wesentlich einfacher zu beurteilen sind die Fälle, in denen es um die Anwendung ausländischen Rechts geht, das eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG verletzt, etwa weil es einen Verstoß gegen den völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard auf dem Gebiet der Menschenrechte darstellt oder unter Verstoß gegen diesen Standard angewendet wird bzw. wurde. Sehr viele Problemfälle dürften die Rechtshilfe in Strafsachen betreffen, wo diese Frage in bezug auf die Ein-

---

H. J. Schlochauer (1981), S.425 ff. und B. Simma, Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission, Archiv des Völkerrechts, Bd.24 (1986), S.357 ff. (379 ff.).

<sup>34</sup> Vgl. hierzu statt aller J. A. Frowein, Das *de facto*-Regime im Völkerrecht (1968) und ders., *De facto-Régime*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 10 (1987), S.73 ff.

<sup>35</sup> So etwa von Bar (Anm.2), Rdnr.161 und Kegel (Anm.2), S.14f.

<sup>36</sup> So im Ergebnis auch Frowein/Oeter (Anm.23), S.27 ff.

tragung ausländischer Strafurteile in das Bundeszentralregister nun in den §§ 54, 44 BZRG einfachgesetzlich geregelt ist<sup>37</sup>.

Für den Bereich des internationalen Privatrechts könnten vor allem auf rassistischer Diskriminierung beruhende oder auf solche zielende ehe- und familienrechtliche Bestimmungen<sup>38</sup> von praktischer Bedeutung sein; solchem ausländischen Recht darf wegen Art. 25 GG im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht Wirksamkeit verschafft werden, es darf nicht angewendet werden<sup>39</sup>; dies kann vor allem dann von Bedeutung sein, wenn die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts aus Art. 6 EGBGB wegen fehlenden Inlandsbezuges ausgeschlossen ist. Angesichts der gerade im Familienrecht so unterschiedlichen Vorstellungen ist bei der Annahme einer im Rang einer allgemeinen Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG stehenden Norm aber größte Zurückhaltung geboten. Die Anerkennung von Kinderehen, ein vollständiges Scheidungsverbot, die familien- oder erbrechtliche Diskriminierung nichtehelicher Kinder, Frauen benachteiligende scheidungs- und erbrechtliche Vorschriften mögen deutschem und häufig auch europäischem Rechtsverständnis nicht entsprechen, dieses sogar verletzen; allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG haben sich insofern bisher jedoch kaum herausgebildet: vielmehr liegt hier noch immer der traditionelle Anwendungsbereich des deutschen *ordre public*-Vorbehalts, also des Art. 6 EGBGB<sup>40</sup>.

Der andere »klassische« Problemfall in diesem Bereich ist die vorgeblich völkerrechtswidrige, weil diskriminierende und entschädigungslose Enteignung ausländischen Eigentums durch den Belegenheitsstaat. Falls eine solche Enteignung – so die wohl herrschende Auffassung<sup>41</sup> – eine Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG

<sup>37</sup> Vgl. Hofmann (Anm. 9), S. 1894 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>38</sup> Vgl. statt aller K. J. Partsch, Racial and Religious Discrimination, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL Instalment 8 (1985), S. 447 ff.

<sup>39</sup> Als Beispiel aus jüngerer Zeit sind die bis vor einigen Jahren in Südafrika geltenden Bestimmungen zu nennen, welche die Eheschließung zwischen Menschen schwarzer und weißer Hautfarbe verhindern sollten.

<sup>40</sup> So auch die ganz überwiegende Meinung im deutschen internationalprivatrechtlichen Schrifttum, vgl. etwa von Bar (Anm. 2), Rdnr. 634 ff.; Ferid (Anm. 2), S. 101 ff. und Kegel (Anm. 2), S. 332 ff. Inwieweit dies angesichts neuerer völkerrechtlicher Entwicklungen etwa auf dem Gebiet der rechtlichen Gleichstellung der Frau oder der rechtlichen Stellung von nichtehelichen Kindern noch zutrifft, kann hier nicht näher erörtert werden, vgl. aber nur F. Volio, Legal Personality, Privacy and the Family, in: L. Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights (1981), S. 185 ff.

<sup>41</sup> Siehe statt aller Dolzer, Expropriation (Anm. 24), S. 214 ff. mit weiteren Nachweisen.

darstellt, dürfte ihr von deutschen Gerichten nicht Wirksamkeit verschafft werden, indem der völkerrechtswidrige Eigentumsübergang durch Abweisung entsprechender Klagen auf Herausgabe in die Bundesrepublik Deutschland gelangten Eigentums der Enteigneten perpetuiert würde, dem ausländischen Hoheitsakt trotz seines Charakters als völkerrechtswidrige Handlung somit Wirkung für das deutsche Recht beigemessen würde. Für den wohl bekanntesten deutschen Fall aus jüngerer Zeit, den *chilenischen Kupfer-Fall*<sup>42</sup>, bedeutet dies, daß das Landgericht Hamburg nunmehr zufolge von Art.25 GG – ohne überhaupt auf Art.30 EGBGB a.F. bzw. Art.6 EGBGB n.F. zugreifen zu dürfen – die angeordneten Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nicht hätte aufheben dürfen.

Zur Klarstellung ist zu unterstreichen, daß diese Verpflichtung des deutschen Richters auf deutschem Verfassungsrecht beruht, nämlich Art.25 GG: Falls das Völkerrecht Konfiskationen ausländischen Eigentums als völkerrechtswidrig einstuft, d.h. als Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG, ist der deutsche Richter kraft deutschen Verfassungsrechts gehalten, dem die Konfiskation im Belegenheitsstaat bewirkenden ausländischen Hoheitsakt für den Geltungsbereich des Grundgesetzes die Wirksamkeit zu versagen, den Eigentumsentzug nicht als rechtmäßig oder beachtlich anzuerkennen. Für den befaßten deutschen Richter stellt sich insofern nicht die Frage, ob das Völkerrecht ein solches Anwendungsverbot als Folge der Geltung des Grundsatzes der Naturalrestitution gebietet oder nur einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt; für den deutschen Richter muß genügen, daß dieses Anwendungsverbot aus Art.25 GG, also deutschem Verfassungsrecht, folgt.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß Art.25 GG die Anwendung ausländischen Rechts, das eine Verletzung allgemeiner Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG darstellt, deutschen Behörden und Gerichten dann untersagt, wenn mit der Anwendung solchen Rechts explizit eine Anerkennung des ausländischen Rechts als nicht-völkerrechtswidrig verbunden ist und die rechtliche Wirkung der gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG verstoßenden Handlung perpetuiert oder jedenfalls ganz erheblich gestärkt würde, in

<sup>42</sup> Vgl. etwa P. Behrens, Rechtsfragen im chilenischen Kupferstreit, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd.37 (1973), S.394ff.; K.M. Meessen, Die Verstaatlichung des Kupferbergbaus in Chile vor deutschen Gerichten, *RIW/AWD* Bd.19 (1973), S.177ff.; I. Seidl-Hohenveldern, Die Verstaatlichung von Kupferbergbaubetrieben in Chile, *RIW/AWD* Bd.20 (1974), S.421ff. und E. Wehser, Völkerrechtswidrige Verstaatlichung der Kupferminen in Chile?, *Juristen Zeitung*, Bd.29 (1974), S.118ff.

der Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts also ihrerseits eine völkerrechtswidrige Handlung zu sehen wäre.

## II. Unanwendbarkeit völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts zufolge des *ordre public*-Vorbehalts

Da bisher nur einige Völkerrechtsnormen die Kriterien einer »allgemeinen Regel des Völkerrechts« im Sinne des Art. 25 GG erfüllen, bleibt für die Praxis deutscher Gerichte der herkömmliche *ordre public*-Vorbehalt, wie er für den Bereich des internationalen Privatrechts nun in Art. 6 EGBGB niedergelegt ist, die jedenfalls numerisch wichtigste Vorschrift im Hinblick auf die Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts.

Nach offenbar ganz überwiegender Auffassung<sup>43</sup> hat insofern die Reform des deutschen internationalen Privatrechts keine Veränderungen bewirkt. Die bisher auf Art. 30 EGBGB a.F. bezogenen Grundsätze gelten nun fort für den nur »besser« formulierten Art. 6 EGBGB n.F.; dies gilt insbesondere auch für die vom Bundesgerichtshof entwickelte Rechtsprechung, daß nur wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts, die einer Anwendung ausländischen Rechts offensichtlich entgegenstehen, diese an sich gegebene Folge verhindern<sup>44</sup>. Auch die in Art. 6 Satz 2 EGBGB n.F. zu findende Verankerung der gebotenen Berücksichtigung der deutschen Grundrechte im Kollisionsrecht ist seit der *Spanier*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>45</sup> gesicherter Bestandteil des deutschen internationalen Privatrechts. Gerade für den Bereich der Grundrechte erscheint es notwendig, einen allzu häufigen Rückgriff auf den *ordre public*-Vorbehalt zu vermeiden. Auch insoweit gilt es, zum einen unbedingt am Erfordernis eines ausreichend intensiven Inlandsbezuges festzuhalten – hierin liegt einer der grundsätzlichen Unterschiede zur Anwendung des Art. 25 GG – und zum anderen sorgfältig zu prüfen, ob in einem konkreten Einzelfall (also nicht nach Art einer Normenkontrolle) die Anwendung des ausländi-

---

<sup>43</sup> Vgl. nur von Bar (Anm. 1), Rdnr. 631 ff.; Ferid (Anm. 1), S. 101 ff. und Kegel (Anm. 1), S. 329.

<sup>44</sup> Vgl. insbesondere BGHZ 50, 370 (376); 54, 123 (130) und 54, 132 (140) [Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen].

<sup>45</sup> BVerfGE 31, 58; ein Überblick über das hierzu ergangene Schrifttum findet sich bei J. Staudinger/Ch. von Bar, Internationales Eherecht (12. Aufl. 1983), Vorbemerkung 129 zu Art. 13 EGBGB.

schen Rechts im Ergebnis anstößig ist, d. h. wesentlichen Grundsätzen der deutschen Grundrechte-Ordnung offensichtlich entgegensteht<sup>46</sup>.

In diesem Zusammenhang erscheint die zunehmend angeregte Internationalisierung des deutschen *ordre public*-Vorbehalts<sup>47</sup> in der Tat angezeigt: Zur Bestimmung der wesentlichen Grundsätze der deutschen Grundrechte-Ordnung sollten nicht nur die Erkenntnisse der deutschen Rechtsprechung und Lehre zum Wesensgehalt der jeweiligen, im Grundgesetz verbürgten Grundrechte herangezogen werden; nutzbar zu machen sind auch die Erkenntnisse der für die Überwachung der einzelnen Menschenrechtsgarantien in den universellen und regionalen Menschenrechtsinstrumenten zuständigen Überwachungsorgane. Während also eine Verletzung des vom Völkerrecht garantierten menschenrechtlichen Mindeststandards als ein Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG anzusehen ist und dem entsprechenden ausländischen Hoheitsakt zufolge Art. 25 GG im Geltungsbereich des Grundgesetzes keine Wirksamkeit verschafft werden darf, haben die deutschen Gerichte im Hinblick auf ausländische Hoheitsakte, die zwar nicht diesen Mindeststandard verletzen, aber doch als Menschenrechtsverstoß erscheinen, ein gewisses Ermessen bei der Feststellung, ob etwa der Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall im Ergebnis wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung tatsächlich offensichtlich entgegenstehen und ob ausreichender Inlandsbezug vorliegt. Zu betonen ist jedenfalls, daß die Anwendung des ausländischen Rechts nicht allein am jeweiligen Grundrecht in der ihm durch die Rechtsprechung und die Lehre gegebenen Inhalt zu messen ist; auch künftig ist nicht jede ausländische Norm, die gegen ein deutsches Grundrecht verstößt, deshalb schon mit einem wesentlichen Grundsatz der deutschen Rechtsordnung offensichtlich unvereinbar<sup>48</sup>.

Die Beibehaltung der schon bisher geltenden Grundsätze bezieht sich auch auf die Fälle, in denen in einem vor einem deutschen Gericht anhängigen Verfahren eine ausländische Norm anzuwenden oder ein Einzelakt zu berücksichtigen ist, die völkerrechtswidrig sind, weil sie eine völkervertraglich geschützte Position eines dritten Staates oder einer Person verletzen. Abgesehen von den Fällen, in denen eine Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG vorliegt, kann es

<sup>46</sup> Vgl. nur von Bar (Anm. 2), Rdnr. 631 ff.; Ferid (Anm. 2), S. 101 ff.; Kegel (Anm. 2), S. 324 ff. und Wengler (Anm. 2), S. 73 ff.

<sup>47</sup> Vgl. etwa von Bar, *ibid.*, Rdnr. 635.

<sup>48</sup> So sehr deutlich Ferid (Anm. 2), S. 103.

grundsätzlich nicht Aufgabe deutscher Staatsorgane sein, Rechtspositionen Dritter, Staaten wie Privater, schlechthin zu schützen<sup>49</sup>. Auch insoweit ist zunächst wieder festzustellen, ob ausreichend intensiver Inlandsbezug gegeben ist; dann ist zu prüfen, ob der Anwendung der fraglichen Norm in der Tat wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung im Ergebnis offensichtlich entgegenstehen. Letztlich sollte diese Kontrolle erreichen, daß deutsche Gerichte nicht zum Büttel ausschließlich fremder Interessen werden, sie nicht schlechthin gehalten sind, solche Interessen zu schützen und zu wahren. Dies war und ist nicht Rechtsgrund des *ordre public*-Vorbehalts. Will also ein deutsches Gericht die Anwendung an sich berufenen ausländischen Rechts vermeiden, weil es zwar nicht eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG, aber doch eine Norm des Völkerrechts verletzt, der nicht diese besondere Qualität zukommt, muß es dartun, daß im jeweiligen Fall ausreichend intensiver Inlandsbezug besteht und der Anwendung solchen völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts im Ergebnis wesentliche Grundsätze der um völkerrechtliche Inhalte erweiterten deutschen Rechtsordnung offensichtlich entgegenstehen.

### C. Ergebnis

Im Ergebnis kann dem vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Weg gefolgt werden. Einerseits stärkt er einen noch nicht allzu großen Kreis weltweit geltender Rechtsregeln, an deren strikter Beachtung in allen Staaten auch die Bundesrepublik Deutschland interessiert sein muß; daher ist ihr auch, nicht zuletzt um die Begründung ihrer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zu vermeiden, durchaus zuzumuten, die notwendigen rechtlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zu treffen, damit Handlungen nicht-deutscher Hoheitsträger, die gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG verstoßen, im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit nicht verschafft wird, entsprechendes ausländisches Recht also entweder gar nicht angewendet oder jedenfalls nicht als völkerrechtsgemäß zugrundegelegt wird. Diese auf Art. 25 GG beruhende Rechtsfolge tritt grundsätzlich ein; anders als für ein Eingreifen der herkömmlichen Schranke des *ordre public*-Vorbehalts ist insbesondere nicht Voraussetzung, daß ein ausreichend intensiver Inlandsbezug besteht und die Anwendung des völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts im jeweiligen Einzelfall im Ergebnis als »anstößig« erscheinen muß. Andererseits bleibt es für

---

<sup>49</sup> Siehe hierzu etwa M. Herdegen, Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Straf Gewalt, ZaöRV Bd. 47 (1987), S. 221 ff. (233) mit weiteren Nachweisen.

einen weiten Bereich auch völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts bei der herkömmlichen Prüfung im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts; hier sind jedoch die ohnehin starken Bestrebungen zu unterstützen, diesen *ordre public*-Vorbehalt inhaltlich von einer ausschließlichen Berücksichtigung deutscher Rechtsvorstellungen zu lösen: gefordert ist ein *ordre public*-Begriff, der in den Rahmen der wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung internationalrechtliche Elemente integriert, vor allem im Bereich der Grund- bzw. Menschenrechte. Zu betonen ist jedoch, daß diese Anreicherung oder Integration aufgrund deutschen Rechts, aufgrund einer Entscheidung der zuständigen deutschen Hoheitsträger erfolgt und nicht einer völkerrechtlichen Verpflichtung entspricht.

Abschließend ist zu bemerken, daß diese Lösung geeignet erscheint, der künftigen Entwicklung im internationalen Recht angemessen Rechnung zu tragen. Es ist durchaus möglich, daß zunehmend Regeln des Völkerrechts die Qualität allgemeiner Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art.25 GG annehmen und ihre Verletzung damit aus dem Anwendungsbereich des »einfachen« *ordre public*-Vorbehalts, wie er etwa in Art.6 EGBGB für das Gebiet des internationalen Privatrechts niedergelegt ist, herauswächst. In diesem Zusammenhang sind die Gerichte an die Vorschrift des Art.100 Abs.2 GG in der ihr durch das Bundesverfassungsgericht gegebenen Auslegung zu erinnern; die Beachtung dieser Bestimmung gewährleistet die notwendige einheitliche Behandlung völkerrechtlicher Grundregeln durch die deutsche Gerichtsbarkeit und wirkt der Begründung völkerrechtlicher Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland entgegen.

#### Summary\*

### Art.25 of the Grundgesetz and the Applicability of Foreign Law which is in Breach of International Law in the Federal Republic of Germany

When a domestic court is required under its national system of conflict of laws to apply foreign law, the judge will usually make the application of such foreign law contingent upon its conformity with the *ordre public* of the forum state. This article deals with the specific problems connected with the application by German courts of foreign law which is considered to be in breach of international law, in

---

\* Summary by the author.

particular with the question as to whether such foreign law is to be held inapplicable by virtue of Art. 25 of the Grundgesetz or by virtue of the general rules of *ordre public* as, for example, laid down in Art. 6 of the Introductory Act to the Civil Code for the area of private international law.

Art. 25 of the Grundgesetz stipulates that the general rules of public international law form an integral part of federal law. Recently, the Federal Constitutional Court ruled that Art. 25 of the Grundgesetz prevents German courts and authorities from interpreting and applying German domestic law in such a way as to violate the general rules of international law. German courts and authorities are held to be under the obligation to abstain from any act which would, in the territory of the Federal Republic of Germany, give effect to acts of foreign states being in breach of general rules of international law. According to this jurisprudence, the notion of general rules of international law encompasses norms of a *jus cogens* character, international customary law of universal validity and the "general principles of law recognized by civilized nations". Under Art. 100 (2) of the Grundgesetz the Federal Constitutional Court is competent to determine – with binding effect for all German courts – whether a norm of international law constitutes a general rule of international law in the sense of Art. 25 of the Grundgesetz. This exclusive competence serves as a means to diminish the risk of acts in breach of international law being attributable to the Federal Republic of Germany which would, as internationally wrongful acts, result in the responsibility of the Federal Republic of Germany under international law.

The present author therefore considers that all German authorities are obliged, under German constitutional law, not to apply any foreign law considered to be in breach of international law if such an application would entail the responsibility of the Federal Republic of Germany under international law because it would contribute to perpetuating the illegal effects of such a foreign law. Resorting to the established distinction between *de jure* sovereignty and *de facto* authority in international law, this approach entitles German authorities to apply such a foreign law if application is in the interest of the individuals concerned (for example, application of family law provisions enacted by a state which is in violation of international rules prohibiting the annexation of part or the whole of the territory of another state, provided the competent German authorities have established beyond any doubt that such an annexation is not recognized as legally valid). On the other hand, German authorities are under an obligation, by virtue of German constitutional law, not to give effect, for example, to foreign family law based upon racial discrimination or to measures of expropriation of property held by aliens, performed in a discriminatory way and without any compensation due under international law; this obligation arises without resorting to the principles of the German *ordre public* which presuppose, *inter alia*, that the case in question must have a reasonably close connection with the German forum.

Since today only some norms of international law qualify as general rules of international law in the sense of Art.25 of the Grundgesetz, courts will have to continue to resort to traditional principles of the *ordre public* in most cases involving the application of foreign law considered to be in breach of international law. This applies in particular in cases where the foreign law in question appears to violate a right of a third party, state or individual, protected by international law, including in particular bilateral treaty law. In such cases, courts will still have to determine whether the case in question has a reasonably close connection with the German forum and whether the application of the foreign law would lead, in the specific case, to results obviously incompatible with the basic values of the German legal order, in particular the human rights provisions of the Grundgesetz.