

MARTIN SCHÄFER

Treaty Overriding

Jus Internationale et Europaeum

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von

Thilo Marauhn und Christian Walter

158



Martin Schäfer

Treaty Overriding

Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit
abkommensüberschreibender Bundesgesetze

Mohr Siebeck

Martin Schäfer, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bonn; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht; 2019 Promotion; derzeit Rechtsreferendar am LG Bonn.

ISBN 978-3-16-158995-9 / eISBN 978-3-16-158996-6

DOI 10.1628/978-3-16-158996-6

ISSN 1861-1893 / eISSN 2568-8464 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von März 2019.

Danken möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Heiko Sauer nicht nur für die Betreuung der Arbeit, sondern insbesondere auch für die abwechslungsreiche Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Ich habe dort um ein Vielfaches mehr gelernt, als sich in einer Dissertation wiederfinden könnte. Herrn Prof. Dr. Christian Hillgruber danke ich für das überaus zügige Verfassen des Zweitgutachtens.

Die Konrad-Redeker-Stiftung hat die Veröffentlichung der Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert. Den Herren Professoren Dr. Peter-Andreas Brand und Dr. Wolfgang Roth möchte ich stellvertretend für die Stiftung herzlich danken.

Zudem haben die Kolleginnen und Kollegen des Lehrstuhl durch steten Zuspruch, ein offenes Ohr und nicht zuletzt durch so manch willkommene Albernheit zum erfolgreichen Abschluss der Arbeit beigetragen. Dank dafür gebührt Dr. Nicolas Grundhewer, Richard Luther, Antonia Schlicht und Constanze Schwindt-Lademann sowie den studentischen Hilfskräften des Lehrstuhls, die den Weg zwischen Bibliothek und Büro unzählige Male für mich auf sich genommen haben.

Darüber hinaus bin ich all denjenigen zu Dank verpflichtet, die mich während meiner juristischen Ausbildung auf die ein oder andere Weise unterstützt haben. Namentlich nennen möchte ich vor allen Chiara Schmitz sowie Davide Annarumma, Hannah Bergmann, Henning Dieckow, Dr. Nils Eling, Santiago Escobar, Fabian Flick, Florence Gypens, LL.M., Aurora Hamm, Lorcan Hyde, Nico Jarmuth, Yannic Kiewitt, Frederike Kipper, Birte Klasmeier, LL.M., Michael Kömpel, Tereza Kureckova, LL.M., Mike Linde, Franz Lentner, Alexander Lohmann, Maria Radikov, Alfonso Salgado Cabrera, Joshua Schlupkothen, Clemens Scholl, LL.M., Marc Stevermür, Lucas Tomiak, Kristof Verbeke, Alexander Wenzel und Lisa Zahrobsky.

Schließlich möchte ich meinen Eltern dafür Danke sagen, dass sie mir ein allzeit sorgenfreies Leben ermöglicht haben. Ohne ihre bedingungslose Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------|
| Vorwort | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XIII |
| | |
| Einleitung: Anlass und Gang der Untersuchung | 1 |
| A. Anlass und Anliegen der Untersuchung | 1 |
| B. Gang der Darstellung | 5 |
| | |
| Erstes Kapitel: Der Treaty Override als Untersuchungsgegenstand | 7 |
| A. Treaty Override als vorsätzlicher Völkerrechtsbruch | 7 |
| I. Völkerrechtliche Perspektive | 8 |
| II. Verfassungsrechtliche Perspektive | 9 |
| B. Beispiele für mögliche Abkommensüberschreibungen | 12 |
| I. Mögliche Überschreibung der EMRK | 13 |
| II. Überschreibung von Doppelbesteuerungsabkommen | 16 |
| 1. Die Funktionsweise von Doppelbesteuerungsabkommen | 17 |
| a) Völkerrechtliche Grundlagen der Doppelbesteuerung | 18 |
| b) Methoden zur Vermeidung von Doppelbesteuerung | 19 |
| aa) Anrechnungsmethode | 20 |
| bb) Freistellungsmethode | 21 |
| c) Klauseln zur Prävention von Keinmalbesteuerung | 23 |
| 2. § 50d Abs. 8 EStG als Überschreibung des DBA-Türkei 1985 | 25 |
| a) Die Völkerrechtswidrigkeit des § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG | 27 |
| b) Vorsätzlicher Vertragsbruch | 32 |
| c) § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG als jüngere Norm | 33 |
| 3. § 50d Abs. 9 EStG als Überschreibung des DBA-Irland 1962 | 33 |
| a) Die Völkerrechtswidrigkeit des § 50d Abs. 9 EStG | 35 |
| b) Vorsätzlicher Vertragsbruch | 35 |
| c) § 50d Abs. 9 EStG als jüngere Norm | 36 |
| 4. § 20 Abs. 2 Satz 1 AStG | 36 |
| III. Zwischenergebnis | 38 |
| C. Ergebnisse des ersten Kapitels | 38 |

| | |
|---|----|
| Zweites Kapitel: Die Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge | 41 |
| A. Zum Begriff der „Bindung“ | 42 |
| I. Bindung des Gesetzgebers als Vorrang der Verfassung | 42 |
| 1. Folgt aus Bindung zwingend ein Stufenbau? | 43 |
| a) Der Stufenbau der Rechtsordnung nach der rechtlichen Bedingtheit | 43 |
| b) Aus dem Stufenbau folgt eine Bindung | 45 |
| c) Aus der Bindung folgt kein Stufenbau | 46 |
| 2. Folgt aus der Bindung zwingend eine Kollisionslösung? | 47 |
| a) Nichtigkeitsdogma und „Fehlerkalkül“ | 48 |
| b) Folgerungen | 50 |
| II. Zwischenergebnis | 52 |
| B. Artikel 20 Abs. 3 GG i. V.m. der Völkerrechtsfreundlichkeit als Bindungsanordnung | 52 |
| I. Ursprung und normativer Gehalt der Völkerrechtsfreundlichkeit | 53 |
| 1. Herleitung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit | 54 |
| 2. Normativer Gehalt und Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit | 56 |
| a) Völkerrechtsfreundlichkeit als normative Leitentscheidung | 57 |
| b) Grenzen des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit | 60 |
| II. Keine Bindungsanordnung aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit | 65 |
| III. Zwischenergebnis | 65 |
| C. Artikel 25 GG i. V.m. dem Grundsatz pacta sunt servanda als Bindungsanordnung | 66 |
| I. Mittelbare Rangaufwertung durch den Grundsatz pacta sunt servanda? | 66 |
| 1. Vorrang des Grundsatzes pacta sunt servanda vor den Gesetzen | 66 |
| 2. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG als lex specialis | 69 |
| a) Unterschiedlicher Rang von allgemeinem und Vertragsvölkerrecht | 69 |
| b) Zweifel am Gesetzesrang völkerrechtlicher Verträge | 70 |
| II. Kein normativer Gehalt von pacta sunt servanda | 72 |
| 1. Pacta sunt servanda als Rechtserzeugungsnorm | 73 |
| 2. Pacta sunt servanda als Beschreibung der Rechtsquelle „Vertrag“ | 73 |
| III. Keine Rangaufwertung selbst bei unterstellter Normqualität | 76 |
| IV. Zwischenergebnis | 77 |
| D. Ergebnisse des zweiten Kapitels | 77 |

| | |
|---|-----|
| Drittes Kapitel: Die Kollisionslösung nach der lex posterior Regel | 79 |
| A. Dualismus, Monismus und Rezeptionsakt | 81 |
| I. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht | 81 |
| 1. Dualistische Theorie | 83 |
| a) Strenger Dualismus Triepel'scher Prägung | 84 |
| b) Gemäßigter Dualismus | 88 |
| 2. Monistische Konstruktionen | 91 |
| a) Monismus mit Völkerrechtsprimat | 92 |
| aa) Soziologischer Monismus | 92 |
| bb) Normlogischer Monismus der Wiener Schule | 94 |
| b) Monismus mit Staatsrechtsprimat | 97 |
| 3. Überlegenheit des Dualismus | 99 |
| II. Mögliche Rezeptionsmodelle | 105 |
| 1. Transformationslehre | 106 |
| 2. Vollzugslehre | 107 |
| 3. Adoptions- bzw. Inkorporationstheorie | 108 |
| a) Adoption als bloße Zustandsbeschreibung | 108 |
| b) Adoption als allumfassender Rechtsanwendungsbefehl | 109 |
| 4. Überlegenheit der Vollzugslehre | 110 |
| a) Keine Festlegung durch das Völkerrecht oder das Grundgesetz | 110 |
| b) Die Unzulänglichkeiten der Adoptionstheorie | 112 |
| aa) Der Verzicht auf einen Rezeptionsakt ist rechtstheoretisch unhaltbar | 112 |
| bb) Die Adoptionstheorie als Variante der Vollzugstheorie | 113 |
| c) Vorzüge der Vollzugs- gegenüber der Transformationstheorie | 114 |
| aa) Zeitliche Inkongruenz bei Transformation von Verträgen | 114 |
| bb) Inhaltliche Inkongruenz bei nachträglich erklärten Vorbehalten | 120 |
| cc) Inkongruenz bei Transformation des Völkergewohnheitsrechts | 121 |
| dd) Theoretische Einwände gegen die Vollzugstheorie | 123 |
| ee) Verkündungspraxis entspricht eher der Vollzugslehre | 126 |
| d) Position des Bundesverfassungsgerichts | 128 |
| III. Zwischenergebnis zugunsten der Vollzugslehre | 129 |
| B. Der Rang des Völkervertragsrechts in der deutschen Rechtsordnung | 130 |
| I. Kriterien zur Bestimmung des Rangs | 131 |

| | |
|---|-----|
| 1. Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit | 131 |
| 2. Stufenbau nach der derogatorischen Kraft | 131 |
| 3. Unschärfe bei der Rangbestimmung völkerrechtlicher Verträge | 134 |
| 4. Zwischenergebnis | 137 |
| II. Völkervertragsrecht im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung | 137 |
| 1. Keine Festlegung durch das Völkerrecht | 137 |
| 2. Völkervertragsrecht im Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit | 138 |
| 3. Völkervertragsrecht im Stufenbau nach der derogatorischen Kraft | 142 |
| a) § 2 Abs. 1 AO als spezielle Derogationsregel | 142 |
| b) Rechtserzeugungsregeln als Hinweis auf die derogatorische Kraft | 145 |
| 4. Ergebnis: Ranglosigkeit des Völkervertragsrechts in der deutschen Rechtsordnung | 146 |
| C. Die Anwendung der lex posterior Regel bei fehlender Rangaussage . | 148 |
| I. Lex posterior derogat legi priori: kein logisches Prinzip | 148 |
| II. Rangleichheit als Tatbestandsvoraussetzung | 150 |
| III. Kollidierende Normen stammen von demselben Normgeber . . . | 151 |
| 1. Bundestag als Schöpfer des völkerrechtlichen Vertrages . . . | 152 |
| 2. Bundestag als Schöpfer des Vertragsgesetzes | 155 |
| IV. Kollidierende Normen haben unterschiedlichen Inhalt | 155 |
| 1. Kollision mit dem Zustimmungsgehalt des Vertragsgesetzes . | 155 |
| 2. Kollision mit dem Rechtsanwendungsbefehl | 157 |
| D. Ergebnisse des dritten Kapitels | 162 |
| | |
| Viertes Kapitel: Teilweise Überschreitung völkerrechtlicher Verträge als Verfassungsverstoß | 165 |
| A. Treaty Override als Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung | 165 |
| I. En bloc-Zustimmung als Besonderheit beim Gesetzgebungsverfahren | 165 |
| II. Treaty Override als Umgehung des en bloc-Gebots | 169 |
| III. Verfassungsrechtlicher Gehalt von § 82 Abs. 2 GO-BT | 171 |
| 1. „Zustimmung“ als sprachlich und rechtlich unteilbarer Akt . | 173 |
| 2. § 82 Abs. 2 GO-BT als Ausdruck des Prinzips der Gewaltenteilung | 176 |
| a) En bloc-Gebot verhindert einen Gewaltenteilungsmonismus | 176 |
| b) En bloc-Gebot als Ausdruck einer völkerrechtsfreundlichen Kompetenzverteilung | 185 |

| | |
|--|---------|
| IV. Zwischenergebnis | 186 |
| B. Überschreibungsverbot als Widerspruch zum Demokratieprinzip . . | 187 |
| I. Bindung des Gesetzgebers und „Herrschaft auf Zeit“ | 188 |
| 1. Keine Kündigungsmöglichkeit für die Legislative | 189 |
| a) Zustimmung zur Kündigung | 190 |
| aa) Kündigung ohne Parlamentsbeteiligung | 190 |
| bb) Kündigung ist zustimmungsbedürftig | 191 |
| cc) Entscheidung gegen die Zustimmungsbedürftigkeit . . | 192 |
| b) Keine verbindliche Initiierung der Kündigung durch den Bundestag | 195 |
| c) Zwischenergebnis: Keine Beteiligung des Bundestages bei Kündigung | 198 |
| 2. Allgemeine Kontrollmöglichkeiten sichern Bewegungsfreiheit des Bundestages | 198 |
| II. Auflösung des Widerspruchs durch Aufhebung des Vertragsgesetzes | 201 |
| C. Ergebnisse des vierten Kapitels | 204 |
| Zusammenfassung | 205 |
| Literaturverzeichnis | 209 |
| Sachregister | 225 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|--|
| a. A. | anderer Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| a. F. | alte Fassung |
| AO | Abgabenordnung |
| AStG | Außensteuergesetz |
| Aufl. | Auflage |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFHE | Entscheidung des BFH in der amtlichen Entscheidungssammlung |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Entscheidung des BGH in Strafsachen in der amtlichen Entscheidungssammlung |
| bspw. | beispielsweise |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidung des BVerfG in der amtlichen Entscheidungssammlung |
| DBA | Doppelbesteuerungsabkommen |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe |
| Diss. | Dissertation |
| ebda. | ebenda |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| Fn. | Fußnote |
| GG | Grundgesetz |
| GO-BReg | Geschäftsordnung der Bundesregierung |
| GO-BT | Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| ICJ Reports | Amtliche Sammlung der Urteile, Gutachten und Beschlüsse des Internationalen Gerichtshofs |
| IGH | Internationaler Gerichtshof |
| n. F. | neue Folge |
| OECD-MA | Musterentwurf der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite |

| | |
|-------|--|
| u. a. | und andere |
| UN | Vereinte Nationen |
| Verf. | Verfasser |
| vgl. | vergleiche |
| WVK | Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge |
| z. B. | zum Beispiel |

Einleitung

Anlass und Gang der Untersuchung

A. Anlass und Anliegen der Untersuchung

Mit Beschluss vom 15. Dezember 2015 entschied das Bundesverfassungsgericht erstmalig über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von sogenannten „Treaty Overrides“¹ (zu Deutsch etwa: Abkommensüberschreibung).² Zumindest für die Praxis beantwortete der Zweite Senat damit die Frage, ob der Deutsche Bundestag von Verfassungs wegen bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit daran gehindert ist, gegen die durch völkerrechtlichen Vertrag übernommenen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zu verstoßen. Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zur Einbeziehung völkervertragsrechtlicher Normen in die deutsche Rechtsordnung kam der Senat zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber durch das Grundgesetz nicht daran gehindert sei, völkervertragswidrige Gesetze zu erlassen: Völkerrechtliche Verträge seien in der deutschen Rechtsordnung mit dem Rang einfacher Bundesgesetze ausgestattet und könnten dementsprechend von anderen, späteren Gesetzen nach der *lex posterior* Regel verdrängt werden.³ Dies ergebe sich nicht zuletzt auch aus dem Demokratieprinzip. Da der Bundestag die Kündigung eines Vertrages nicht aus eigener Kompetenz herbeiführen könne, sei der Treaty Override die einzige Möglichkeit, um seine gesetzgeberische Bewegungsfreiheit zu sichern.⁴ Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes könne nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber an Akte eines früheren Gesetzgebers gebunden sei.⁵

¹ Im Folgenden werden die Begriffe „Treaty Override“, „Treaty Overriding“, „abkommensüberschreibende Gesetzgebung“ und „Abkommensüberschreibung“ synonym verwendet und meinen dasselbe. Siehe dazu auch Kapitel 1 Abschnitt A. Kritik an dem „verharmlosenden“ Anglizismus übt *W. Leisner*, Abkommensbruch durch Außensteuerrecht? – Bilanz der Diskussion um die Novelle des Außensteuergesetzes von 1992, RIW 1993, 1013 (1015 f.); auch *R. Ismer*, in: K. Vogel/M. Lehner (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 6. Aufl. 2015, Artikel 23 A und B OECD-MA Rn. 12 hält den Begriff „Treaty Override“ für beschönigend.

² BVerfGE 141, 1 ff. – Treaty Override.

³ BVerfGE 141, 1 (21) – Treaty Override.

⁴ BVerfGE 141, 1 (23) – Treaty Override.

⁵ BVerfGE 141, 1 (30) – Treaty Override.

Dagegen hatte der Bundesfinanzhof diese Frage in seinem Vorlagebeschluss⁶ mit Hinweis auf einige Stimmen in der Literatur⁷ und die Görgülü⁸ und Alteigentümer-Entscheidung⁹ des Bundesverfassungsgerichts noch anders beantwortet und war von der Verfassungswidrigkeit eines einen Vertrag überschreibenden Gesetzes ausgegangen. Zugrunde legte der BFH frühere Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, wonach „der Gesetzgeber von Verfassungen wegen gehalten [sei], Völkervertragsrecht zu beachten, wenn nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen vorliegen, von denen das BVerfG die Zulässigkeit der Abweichung vom Völkervertragsrecht abhängig macht.“¹⁰ Zudem habe das BVerfG dem Grundgesetz die Verpflichtung aller Staatsorgane entnommen, „die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen.“¹¹ Die prinzipielle Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sei also vorrangig.¹² Gründe, warum der durch den in Rede stehenden § 50d Abs. 8 EStG begangene Völkerrechtsverstoß unter Umständen gerechtfertigt sein könnte, sah der BFH nicht.¹³

Das Bundesverfassungsgericht setzt mit seiner Antwort auf die Vorlage des BFH einen Kontrapunkt zu einer Reihe von Entscheidungen¹⁴, die die besondere Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes hervorhoben. So betonte das Gericht etwa, die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sei „Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet.“¹⁵ Und im Lissabon-Urteil heißt es, dass das Grundgesetz Souveränität als „völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit“¹⁶ auffasse. Von dieser Vorstellung scheint sich das Gericht zu entfernen und formuliert im Beschluss zum Treaty Override, dass das Grundgesetz „nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“¹⁷

⁶ BFHE 236, 304 ff. – Treaty Override (Vorlagebeschluss).

⁷ Der BFH verweist u. a. auf *K. Vogel*, Keine Bindung an völkervertragswidrige Gesetze im offenen Verfassungsstaat, in: A. Blankenagel/I. Pernice/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt – Liber Amicorum für Peter Häberle*, 2004, S. 481 ff.

⁸ BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.

⁹ BVerfGE 112, 1 ff. – Alteigentümer-Beschluss.

¹⁰ BFHE 236, 304 (309) – Treaty Override (Vorlagebeschluss).

¹¹ BFHE 236, 304 (309) – Treaty Override (Vorlagebeschluss).

¹² BFHE 236, 304 (309) – Treaty Override (Vorlagebeschluss).

¹³ BFHE 236, 304 (311 ff.) – Treaty Override (Vorlagebeschluss).

¹⁴ BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü; 112, 1 ff. – Alteigentümer-Beschluss; 128, 326 ff. – Sicherungsverwahrung II.

¹⁵ BVerfGE 128, 326 (369) – Sicherungsverwahrung II.

¹⁶ BVerfGE 123, 267 (346) – Lissabon.

¹⁷ BVerfGE 141, 1 (28) – Treaty Override.

verzichte. Es fehlt dabei allerdings die noch im Görgülü-Beschluss gemachte Einschränkung, dass es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit widerspreche, wenn der Gesetzgeber *ausnahmsweise* Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein *Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung* abzuwenden ist.¹⁸ Das Einhalten völkervertraglicher Bindungen hängt danach nur noch von politischer Opportunität und entsprechenden Mehrheiten ab. Der durch einen Treaty Override bewirkte offene Völkerrechtsbruch erscheint als zwar unerwünschtes, aber bereitwillig hingenommenes Nebenprodukt demokratischer Selbstbestimmung, hinter der auch das Rechtsstaatsprinzip zurückzustehen hat.

Die Entscheidungen von BFH und BVerfG geben also Anlass, sich abermals mit der seit der Frühzeit des Grundgesetzes diskutierten Frage¹⁹ auseinanderzusetzen, ob das Grundgesetz dem Gesetzgeber tatsächlich erlaubt, beim Erlass von Gesetzen gegen die völkervertraglichen Verpflichtungen Deutschlands zu verstoßen. Das Ziel der Arbeit besteht darin, die oben genannten Entscheidungen in ihren Ergebnissen und ihrer Argumentation kritisch zu betrachten und dabei grundlegende Fragen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht²⁰, die auch nach Jahrzehnten der wissenschaftlichen Auseinandersetzung noch nicht abschließend geklärt sind²¹, zu beantworten. Denn wer sich mit der Frage befasst, welche Bindungswirkungen das Grundgesetz einem völkerrechtlichen Vertrag für den Gesetzgeber beimisst, kann die Frage nicht umgehen, wie und warum der Vertrag überhaupt Wirkung in der deutschen Rechtsordnung entfaltet. Gilt der Vertrag schon aus sich heraus, weil es sich bei Völkerrecht und Landesrecht nur um zwei Teile einer einheitlichen Rechtsordnung handelt? Oder sind es stattdessen zwei unterschiedliche Rechtsordnungen, sodass Normen der einen Ordnung in der anderen nur dann wirken können, wenn sie durch die jeweils andere Rechtsordnung rezipiert werden? Wie ginge in einem solchen Fall die Rezeption vonstatten und welche Rechtsnatur hätte der Rezeptionsakt? Die Beantwortung dieser Fragen ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung eines abkommensüberschreibenden Gesetzes wichtig. Ihre Bedeutung reicht aber über die Lösung dieses spezifischen Problems „Treaty Override“ hinaus.

¹⁸ BVerfGE 111, 307 (319) – Görgülü [Hervorhebung durch Verf.].

¹⁹ S. Schröcker, Das vertragswidrige Gesetz, DVBl. 1958, 369; W. Pfgorsch, Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1959, S. 4f. wirft die Frage als einer der Ersten zumindest am Rande auf.

²⁰ In Anlehnung an H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, meint Landesrecht – sofern nicht anders kenntlich gemacht – nicht das Recht eines Bundeslandes der Bundesrepublik Deutschland, sondern das nationale Recht eines Staates in Abgrenzung zum Völkerrecht.

²¹ Dass die aufgeworfenen Fragen noch nicht abschließend beantwortet sind, zeigen auch die unterschiedlichen Bewertungen des Beschlusses durch das rechtswissenschaftliche Schrifttum.

Und sie ist meist schwieriger, als es zunächst scheint. Namentlich die Bestimmung des Rangs des völkerrechtlichen Vertrages innerhalb des deutschen Rechts und die eventuelle Anwendung der Regel „lex posterior derogat legi priori“, auf die das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung maßgeblich abstellt²², bereiten größere Schwierigkeiten, als es der Beschluss erkennen lässt. Hier soll daher auch der theoretische Unterbau des Gesetzesrangs völkerrechtlicher Verträge untersucht werden, anstatt sich auf die gefestigte Rechtsprechung zu berufen und nach etwaig notwendigen Ausnahmen von der als Mantra vorgetragenen Regel²³ zu suchen.

Zudem stellt sich die Frage, ob sich nicht schon aus dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine Bindungsanordnung ergibt, die über den Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG bei unbefangener Lesart hinausgeht, sodass es auf den Rang des Vertrages und die Anwendbarkeit der lex posterior Regel gar nicht mehr ankäme. Oder bewirkt gar Art. 25 Satz 2 GG in Verbindung mit dem völkerrechtlichen Prinzip „pacta sunt servanda“²⁴ eine Rangaufwertung des völkerrechtlichen Vertrages, sodass ein abkommensüberschreibendes Gesetz aufgrund des Verstoßes gegen höher-rangiges Recht verfassungswidrig wäre?

Diese Arbeit möchte für diese Fragen auf der Grundlage eines vorher dargelegten theoretischen Unterbaus Antworten anbieten, die sich konsequent auf jede Art von Abkommen und jede Art von Gesetz übertragen lassen. Denn eine Schwäche der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt – wie sich zeigen wird – weniger im Ergebnis. Das Gericht scheint aber die Frage nach der Zulässigkeit von Treaty Overrides auch abhängig davon zu beantworten, welche Materien ein Vertrag zum Gegenstand hat.²⁵ So möchte das Verfassungsgericht den vom BFH angeführten Passagen aus der Görgülü-Entscheidung und dem

²² BVerfGE 141, 1 (20 ff.) – Treaty Override.

²³ Siehe R. Bernhardt, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 1. Aufl. 1992, § 174 Rn. 29; R. Frau, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag, 2015, S. 23; R. Geiger, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2018, S. 162; B. Kempen, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 59 Rn. 92; P. Kunig, Völkerrecht und staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, S. 108 Rn. 119; R. Haendel, Treaty Overriding im Internationalen Steuerrecht als Verfassungsproblem, 2017, S. 114; R. Pfeffer, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2009, S. 170; S. Pieper, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 59 Rn. 41; H. Steinberger, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 1. Aufl. 1992, § 173 Rn. 53. Aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe statt aller nur BVerfGE 141, 1 (19) – Treaty Override und mit Fokus speziell auf die EMRK BVerfGE 111, 307 (317) – Görgülü.

²⁴ Zu Deutsch: Verträge müssen erfüllt werden.

²⁵ BVerfGE 141, 1 (32) – Treaty Override.

Alteigentümer-Beschluss nur für grund- und menschenrechtliche Fragestellungen eine Bedeutung beimessen, die auf andere Verträge nicht einfach zu übertragen sei. Die hier entwickelte Konzeption soll eine unterschiedliche Beurteilung von völkerrechtlichen Verträgen *ratione materiae* dagegen nicht notwendig machen.

B. Gang der Darstellung

Im ersten Kapitel der Arbeit wird zunächst der Gegenstand der Untersuchung näher präzisiert und erläutert, wodurch sich der Treaty Override von einem gewöhnlichen Bruch völkerrechtlicher Verträge unterscheidet. Als Beispiele aus dem deutschen Recht werden Überschreibungen von Doppelbesteuerungsabkommen dienen. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Frage eingegangen werden, ob in dem vom Verfassungsgericht entschiedenen Verfahren Völkervertragsrecht überhaupt gebrochen wurde.²⁶

An die Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes schließt sich in Kapitel zwei die Beantwortung der Frage an, ob der Deutsche Bundestag von Verfassungs wegen bei der Gesetzgebung an das für die Bundesrepublik verbindliche Völkervertragsrecht gebunden ist – ob also ein Abweichungsverbot mit der Folge besteht, dass völkervertragswidrige Gesetze verfassungswidrig sind. In diesem Zusammenhang kommt dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und der Frage, worin genau deren normativer Gehalt besteht, herausgehobene Bedeutung zu. Ein Abweichungsverbot könnte sich zudem aus Art. 25 Satz 2 GG ergeben, der in Verbindung mit dem Prinzip *pacta sunt servanda* zu einer Rangaufwertung völkerrechtlicher Abkommen führen könnte. In der Folge verstieße das überschreibende Gesetz gegen höherrangiges Recht und wäre verfassungswidrig.

Nachdem eine Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge abgelehnt wurde, setzt sich das dritte Kapitel mit der Frage auseinander, ob der Normenkonflikt zwischen Abkommen und Gesetz tatsächlich nach der *lex posterior* Regel aufgelöst werden kann. An Ausführungen dazu, auf welche Weise das Vertragsvölkerrecht in die deutsche Rechtsordnung einbezogen wird, schließen sich Überlegungen zum Rang völkerrechtlicher Verträge innerhalb der deutschen Rechtsordnung an. Der letzte Abschnitt des Kapitels untersucht dann die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolge der *lex posterior* Regel näher.

Im vierten und letzten Kapitel wird die Frage behandelt, ob die Überschreibung einzelner Vertragsnormen und die Anwendung der *lex posterior* Regel mit

²⁶ Dazu Kapitel 1 Abschnitt A.

dem geltenden Verfassungsrecht vereinbar ist. Dabei wird der Organkompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt besondere Bedeutung zukommen. Schließlich wird untersucht, ob ein Verbot von Abkommensüberschreibungen tatsächlich mit dem Demokratieprinzip unvereinbar ist oder ob auch andere Mechanismen die Bewegungsfreiheit des Bundestages in ausreichendem Maße sicherstellen.

Erstes Kapitel

Der Treaty Override als Untersuchungsgegenstand

A. Treaty Override als vorsätzlicher Völkerrechtsbruch

Als Ausgangspunkt für die Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes „Treaty Override“ kann eine vom Steuerausschuss der OECD entwickelte Definition aus dem Jahr 1989 dienen, die Treaty Overriding als „enactment of domestic legislation intended by the legislator to have effects in clear contradiction to international treaty obligations“¹ bezeichnet. Die neuere Definition der OECD aus dem Jahr 2014 verzichtet dagegen auf ein subjektives Element und beschreibt Treaty Overriding als Situation, „where the domestic legislation of a State overrules provisions of either a single treaty or all treaties hitherto having had effect in that State“². Beide Ansätze machen aber deutlich, dass es sich bei der überschreibenden Maßnahme um Gesetzgebung handelt. Verwaltungsentscheidungen, Gerichtsurteile oder Rechtsverordnungen, die im Widerspruch zu völkervertraglichen Pflichten stehen, fallen daher aus der Betrachtung heraus. Diesbezüglich ist aufgrund der Bindung von Rechtsprechung und Exekutive an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG – im Vergleich zur Verfassungsbindung des Gesetzgebers – auch der verfassungsrechtliche Rahmen ein anderer.

Zudem lässt sich diesen Beschreibungen entnehmen, dass Verstöße gegen Völkergewohnheitsrecht oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b) und c) IGH-Statut nicht als Treaty Override verstanden werden, was sich bereits aus dem Begriff „Treaty“³ schließen lässt. Schließlich muss die überschreibende spätere Norm einer nationalen Rechtsordnung entspringen. Der Abschluss von zwei sich widersprechenden völkerrechtlichen Abkommen durch denselben Staat ist somit ebenfalls nicht Gegenstand dieser Untersuchung.⁴

¹ *OECD Committee on Fiscal Affairs*, 1989 Model Tax Convention on Income and Capital, Volume II, R (8)-4.

² *OECD Committee on Fiscal Affairs*, 2014 Model Tax Convention on Income and Capital, Volume II, R (8)-2.

³ Zu Deutsch: Staatsvertrag, Vertrag, Abkommen.

⁴ Siehe dazu *G. Binder*, *The Dialectic of Duplicity: Treaty Conflict and Political Contradiction*, *Buffalo Law Review* 34 (1985), 329 ff.; *International Law Commission*, *Report of the*

In Bezug darauf, dass die vertragswidrige innerstaatliche Norm jünger als der Vertrag sein muss, um unter den Begriff des Treaty Override zu fallen, ist auch vertreten worden, dass es nicht mehr sachgerecht sei, an diesem zeitlichen Element festzuhalten, weil es für die verfassungsrechtliche Bewertung unerheblich sei, ob der Vertrag oder die überschreibende Norm das spätere Gesetz sei.⁵ Bei konsequenter Anwendung der *lex posterior* Regel sollte sich die Situation, dass ein Vertrag einem innerstaatlichen Gesetz widerspricht aber in der Weise lösen lassen, dass das nationale, widersprechende Gesetz auf einen nachfolgenden völkerrechtlichen Vertrag nicht anwendbar ist. Insbesondere ist in dieser Situation nicht entscheidend, ob die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dazu führt, die *lex posterior* Regel nicht anzuwenden. Die Kollisionslösung nach der *lex posterior* Regel ist in diesem Fall die völkerrechtsfreundlichere Lösung.

Was das subjektive Element betrifft – nämlich die Frage, ob das nationale Gesetz bewusst gegen ein Abkommen verstoßen muss –, hat sich der Ansatz der OECD offenbar geändert. Die neuere Definition geht nicht mehr davon aus, dass die Überschreibung vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein muss. Unabhängig vom Wissen des Gesetzgebers reicht es danach aus, dass das neue Gesetz das Abkommen überschreibt. Es bleibt also die Frage, ob auch der unbewusste, versehentliche Bruch von Vertragspflichten unter den Begriff des Treaty Overriding, wie er hier verstanden wird, fällt. So nimmt es der Steuerausschuss der OECD neuerdings offenbar an.⁶

I. Völkerrechtliche Perspektive

Dabei ist es für die völkerrechtliche Beurteilung tatsächlich bedeutungslos, ob es sich um einen vorsätzlichen oder unwissentlichen Verstoß gegen den Vertrag handelt. Ein Völkerrechtsverstoß ist ein Völkerrechtsverstoß unabhängig davon, ob der handelnde Staat um die Völkerrechtswidrigkeit seines Handelns weiß oder nicht. Aus der völkerrechtlichen Perspektive des OECD-Steuerausschusses, bei dem es sich um ein Organ der internationalen Organisation „Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung“ handelt, ist es daher

Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc A/CN.4/L.682 (13. April 2006), S. 118 ff.; *M. Zuleeg*, Vertragskonkurrenz im Völkerrecht Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten, German Yearbook of International Law 20 (1977), 246 (268 f.).

⁵ *R. Haendel*, Treaty Overriding im Internationalen Steuerrecht als Verfassungsproblem, 2017, S. 68 f.

⁶ *OECD Committee on Fiscal Affairs*, 2014 Model Tax Convention on Income and Capital, Volume II, R (8)-2.

nur verständlich, dass er sich gegen jede Art von Verstoß gegen ein Doppelbesteuerungsabkommen ausspricht.⁷ Und auch die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen gibt in ihren Artikeln zur Staatenverantwortlichkeit⁸, denen überwiegend der Status von Völkergewohnheitsrecht zugeschrieben wird⁹, keinen Anhaltspunkt dahingehend, dass es bei der Beurteilung eines Handelns als völkerrechtswidrig oder -konform darauf ankäme, dass der Staat um die Völkerrechtswidrigkeit seines Handelns weiß. In Artikel 12 heißt es schlicht, dass eine völkerrechtliche Pflicht dann verletzt ist, wenn das Verhalten des Staates nicht mit dem übereinstimmt, was die Pflicht – unabhängig von ihrem Ursprung und ihrer Natur – verlangt. Aus der Perspektive des Völkerrechts macht es also keinen Unterschied, ob die Abkommensüberschreibung wissentlich oder versehentlich erfolgt. Dass der Steuerausschuss neuerdings bei der Definition auf ein subjektives Element verzichtet, ist daher überzeugend, weil es der völkerrechtlichen Lage entspricht.

II. Verfassungsrechtliche Perspektive

Aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts macht es dagegen einen Unterschied, ob der Völkerrechtsbruch wissentlich oder versehentlich begangen wird. Denn das Bundesverfassungsgericht legt Gesetze, die nach Inkrafttreten eines völkerrechtlichen Vertrages erlassen wurden und mit einem solchen in Konflikt stehen, völkerrechtskonform aus.¹⁰ Zu einer Kollisionslösung nach der *lex posterior* Regel¹¹, nach der das ältere Gesetz dem jüngeren zu weichen habe, soll es

⁷ OECD Committee on Fiscal Affairs, 2014 Model Tax Convention on Income and Capital, Volume II, R (8)-10.

⁸ Entwurf der UN-Völkerrechtskommission, Anlage zur Resolution 56/83 der UN-Generallversammlung vom 12. Dezember 2001, A/Res/56/83.

⁹ IGH – Urteil vom 25. September 1997 – ICJ Reports 1997, 7 (S. 39 Rn. 50 f.) – Gabčíkovo-Nagymaros Project (Ungarn gegen Slowakei); IGH – Urteil vom 26. Februar 2007 – ICJ Reports 2007, 43 (S. 202 Rn. 385) – Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnien-Herzegowina gegen Serbien und Montenegro); BVerfGE 112, 1 (27 f.) – Alteigentümer-Beschluss; 118, 124 (136 f.) – Argentinische Staatsanleihen; A. von Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 378; J. R. Crawford, State Responsibility, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 65 (Stand: September 2006); M. Krajewski, Völkerrecht, 2017, § 6 Rn. 14; auch der EGMR nutzt in seinen Urteilen die Arbeiten der Völkerrechtskommission. Etwa in EGMR – Urteil vom 02.05.2007 – verb. Rs. 71412/01 und 78166/01 – Behrami and Behrami ./ Frankreich und Saramati ./ Frankreich, Deutschland, Norwegen – Rn. 121.

¹⁰ BVerfGE 58, 1 (34) – Eurocontrol I; 59, 63 (89) – Eurocontrol II; 64, 1 (20) – National Iranian Oil Company; 74, 358 (370) – Unschuldsumsetzung; 111, 307 (317 f.) – Görgülü; siehe zur Konformauslegung H. Sauer, Juristische Methodenlehre, in: J. Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 33.

¹¹ Dazu noch ausführlich unten Drittes Kapitel Abschnitt C.

nicht kommen. Die Regel solle nur dann angewendet werden, wenn der Gesetzgeber seinen Willen zum Völkerrechtsbruch unmissverständlich deutlich gemacht hat. Im Zweifel gilt, dass der Gesetzgeber bei Erlass des neuen Gesetzes seine völkerrechtlichen Verpflichtungen nur übersehen hat und nicht gegen diese Verpflichtungen verstoßen wollte. Das führt dazu, dass bei mehreren möglichen Lesarten einer Vorschrift diejenige Lesart gewählt werden muss, bei der sich ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht ergibt.¹² Bei genauer Betrachtung liegt also anders als beim Treaty Override kein – auch kein versehentlicher – Verstoß gegen Völkerrecht vor. Der Konflikt wird durch entsprechende Auslegung des nationalen Rechts bereits vermieden und nicht erst gelöst. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung ist also eine Konfliktvermeidungsregel¹³ bzw. eine „Harmonisierungsstrategie“¹⁴. Einen versehentlichen Verstoß gegen Völkerrecht kann es daher in Deutschland bei konsequenter Beachtung des Gebots der völkerrechtskonformen Auslegung kaum geben. Denkbar ist er nur noch für Fälle, in denen eine völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung einer Vorschrift gegen alle methodischen Standards verstieße und schlechterdings nicht mehr vertretbar wäre.¹⁵

¹² A. Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, 309 (312); M. Schweitzer/H.-G. Dederer, Staatsrecht III, 11. Aufl. 2016, § 3 Rn. 243; C. Tomuschat, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 1. Aufl. 1992, § 172 Rn. 27. Siehe dafür, dass diese Vermutung auch im englischen Recht gilt, den Nachweis bei G. Ress, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1982, S. 37; zur Vermutung im US-Amerikanischen Recht siehe die Nachweise bei V. Langbein, „Treaty Overriding“ durch nationales Recht – Ein Beitrag zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, RIW 1988, 875 (876). Die völkerrechtskonforme Auslegung ist dabei keine Neuerung, die sich erst aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergibt. D. Anzilotti, Lehrbuch des Völkerrechts, deutsche Übersetzung der 3. Aufl. 1929, S. 41 wies schon in den 1920er Jahren auf diese Möglichkeit hin.

¹³ M. Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und nationalem Recht, JöR n.F. 57 (2009), 465 (485); O. Rojahn, in: I. von Münch/P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 6. Aufl. 2012, Art. 24 Rn. 3; H. Sauer, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 6 Rn. 39.

¹⁴ G. Ress, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1982, S. 36.

¹⁵ BVerwGE 149, 117 (132); LG Heilbronn – Beschluss vom 2. März 1975 – 3 Qs 680/87 – EuGRZ 1991, 185 (187); A. Kees, Bricht Völkerrecht Landesrecht?, Der Staat 54 (2015), 63 (68); D. Richter, Völkerrechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Die unfreundliche Erlaubnis zum Bruch völkerrechtlicher Verträge, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 159 (163); K.-P. Sommermann, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Abs. 3 Rn. 254.