



## Saar Expert Papers

*Thomas Giegerich*

Völkerrechtsfreundlichkeit "light"  
– Viel Schatten und wenig Licht im  
BVerfG-Beschluss zum Treaty Override



Programm für  
lebenslanges  
Lernen

02 / 2016

## **Zum Autor**

Univ.-Prof. Dr. iur. Thomas Giegerich, LL.M. (Univ. of Virginia), ist Direktor des Europa-Instituts (<http://europainstitut.de>) und Inhaber des Lehrstuhls für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht sowie des Jean-Monnet-Lehrstuhls für Europarecht und Europäische Integration an der Universität des Saarlandes.

## **Vorwort**

Diese Veröffentlichung ist Teil einer elektronischen Zeitschriftenserie (Saar Expert Papers), welche von Jean-Monnet-Saar, einem Lehrstuhlprojekt von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. am Europa-Institut der Universität des Saarlandes herausgegeben wird. Die weiteren Titel der Serie können unter <http://jean-monnet-saar.eu/> abgerufen werden.

In den Veröffentlichungen geäußerte Feststellungen und Meinungen sind ausschließlich jene der angegebenen Autoren.

## **Herausgeber**

Lehrstuhl Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich

Universität des Saarlandes

Postfach 15 11 50

66041 Saarbrücken

Germany

**ISSN** 2199-0069 (Saar Expert Papers)

## **Zitierempfehlung**

*Giegerich, Thomas*, Völkerrechtsfreundlichkeit "light" – Viel Schatten und wenig Licht im BVerfG-Beschluss zum Treaty Override, Saar Expert Paper, 02/2016, online verfügbar unter: [http://jean-monnet-saar.eu/?page\\_id=70](http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=70).

## A. Einleitung

Den Inhalt des BVerfG-Beschlusses vom 15.12.2015, der am 12.2.2016 veröffentlicht wurde (nachfolgend DBA-Beschluss),<sup>1</sup> gibt die Pressemitteilung Nr. 9/2016 des BVerfG vom 12.2.2016 folgendermaßen wieder: „Überschreibung eines Doppelbesteuerungsabkommens durch innerstaatliches Gesetz („Treaty Override“) ist verfassungsrechtlich zulässig“.<sup>2</sup> Dieser Beschluss demontiert nicht nur die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG, sondern bedeutet zugleich einen herben Rückschlag für die Völkerrechtsordnung selbst.

## B. Zu Sachverhalt und Verfahren

### I. DBA-Türkei 1985 und nachfolgende Änderung des EStG

Es ging um das Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit der Türkei von 1985, dem der deutsche Gesetzgeber 1989 gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zugestimmt hatte. Dieses sah vor, dass in der Türkei erzielte Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in Deutschland nicht für die Bemessung der Einkommensteuer (ESt) herangezogen werden durften. Durch das Steueränderungsgesetz 2003 wurde dann die in Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Ausnahme derartiger Einkünfte von der deutschen ESt von einer weiteren, im DBA-Türkei nicht vorgesehenen Bedingung abhängig gemacht: Der Steuerpflichtige musste jetzt nachweisen, dass der besteuerte Staat entweder auf sein Besteuerungsrecht verzichtet hatte oder die in diesem Staat festgesetzte Steuer tatsächlich entrichtet worden war (neuer § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG). Diese Bedingung sollte für alle DBA gelten und die Steuerehrlichkeit gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner des DBA fördern. An ihr waren die Kläger des Ausgangsverfahrens gescheitert, die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in der Türkei erzielt hatten und dafür in Deutschland Einkommensteuer zahlen sollten, weil sie den geforderten Nachweis nicht erbracht hatten.

Die Gesetzesänderung ging auf einen Entwurf der Bundesregierung zurück, in deren Begründung unter Berufung auf ein BFH-Urteil knapp behauptet wurde, der Gesetzgeber sei „nicht daran gehindert, die Steuerbefreiung aufgrund DBA von einem solchen Nachweis abhängig zu machen.“<sup>3</sup> In dem dafür in Anspruch genommenen BFH-Urteil heißt es nur, der nationale Gesetzgeber sei nicht gehindert, „das Zustimmungsgesetz [zu einem DBA] durch

---

<sup>1</sup> 2 BvL 1/12, abrufbar unter [http://www.bverfg.de/e/ls20151215\\_2bvl000112.html](http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bvl000112.html) (zuletzt abgefragt am 22.02.16).

<sup>2</sup> Abrufbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-009.html> (zuletzt abgefragt am 22.02.16).

<sup>3</sup> BRDrucks 630/03, S. 66.

ein hiervon abweichendes Gesetz zu ändern oder aufzuheben, vorausgesetzt, der vom Gesetzgeber gewollte Vorrang vor dem Abkommen kommt in dem ändernden Gesetz deutlich zum Ausdruck.“<sup>4</sup>

## **II. Vorlage des BFH nach Art. 100 Abs. 1 GG auf „nachvollziehbarer“ Völkerrechtsgrundlage**

Einer der wenige Lichtblicke des BVerfG-Beschlusses liegt darin, dass er auf einen Vorlagebeschluss des BFH nach Art. 100 Abs. 1 GG zurückgeht, in dem der BFH seine bisherige ständige Rechtsprechung zur unproblematischen Zulässigkeit des Treaty Override aufgab und einen solchen nunmehr für verfassungswidrig hielt.<sup>5</sup> Deshalb wollte der BFH der Revision der Kläger des Ausgangsverfahrens gegen das klageabweisende Urteil des Finanzgerichts stattgeben.<sup>6</sup> Aber welchen Schaden hat es damit unabsichtlich der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zugefügt, die es doch gerade fördern wollte: Denn das BVerfG hat die frühere BFH-Rechtsprechung als grundgesetzlich geboten qualifiziert und damit dauerhaft festgeschrieben.

Besonders unglücklich ist, dass es das BVerfG dahinstehen ließ, ob der neue § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG überhaupt mit dem DBA unvereinbar war.<sup>7</sup> Damit blieb die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage, ob ein Treaty Override verfassungswidrig sei, letztlich offen. Folglich war die Demontage der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG möglicherweise auch noch ganz unnötig. Der BFH hatte in seinem Vorlagebeschluss die Unvereinbarkeit der Gesetzesvorschrift mit dem DBA zwar „schlüssig“ dargelegt und auch „nachvollziehbar“ begründet, warum Mechanismen, mit deren Hilfe er in seiner früheren Rechtsprechung der verfassungsrechtlichen Treaty-Override-Problematik ausgewichen war, hier nicht greifen sollten.<sup>8</sup> Demgegenüber hatte die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme im konkreten Normenkontrollverfahren u.a. vorgetragen, § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG „verstoße schon deshalb nicht gegen Völkervertragsrecht, weil er lediglich einen allgemeinen, ungeschriebenen Missbrauchsvorbehalt, unter dem alle Doppelbesteuerungsabkommen stünden, konkretisiere.“<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 20.3.2002 (I R 38/00), IStR 2002, 597.

<sup>5</sup> Ein weiterer Lichtblick ergibt sich (jedenfalls für Optimisten) daraus, dass jedenfalls eine Minderheit der Senate des BVerfG in ihren Stellungnahmen den neuen Ansatz des BFH befürwortete (vgl. Fn. 1, Rn. 19).

<sup>6</sup> Beschluss vom 10.1.2012 (I R 66/09), JZ 2012, 903 m. abl. Anm. *Thiemann*. Ablehnend auch *Frau/Trinks*, DÖV 2013, 228 ff.; *Krumm*, AöR 138 (2013), 363 ff.; *Kees*, Der Staat 54 (2015), 63 ff. Zustimmung dagegen *Rauschnig*, FS für E. Klein, 2013, S. 287 ff.

<sup>7</sup> Fn. 1, Rn. 82.

<sup>8</sup> Vgl. Fn. 1, Rn. 26.

<sup>9</sup> Vgl. die Wiedergabe im DBA-Beschluss (Fn. 1), Rn. 18.

Es entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dass die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts vom Inhalt der vorgelegten Norm maßgeblich sein soll, wenn diese vertretbar bzw. nachvollziehbar ist.<sup>10</sup> Hier ging es jedoch um die Beantwortung einer völkerrechtlichen Vorfrage betr. die korrekte Interpretation des DBA. Nur wenn die Interpretationsauffassung des BFH zutraf, wurde die von ihm eigentlich vorgelegte Frage der Verfassungswidrigkeit von § 50d Abs. 8 Satz 1 EStG entscheidungserheblich. Da es sich um ein bilaterales Abkommen Deutschlands mit der Türkei handelte, war ein Konsens dieser beiden Staaten über dessen Auslegung maßgeblich, denn ihnen gemeinsam stand die Vertragsherrschaft zu.<sup>11</sup> Wenn die Bundesregierung als Vertreterin der einen Vertragspartei daher eine vom BFH abweichende Interpretationsauffassung vortrug, die zudem den Interessen der Türkei entgegenkam, ergaben sich erhebliche Zweifel an deren Haltbarkeit. Diese Zweifel hätten sich leicht klären lassen, wenn die Interpretationsauffassung der Türkei ins Verfahren eingebracht worden wäre. Das BVerfG hätte die Bundesregierung nach § 27 BVerfGG dazu um Auskunft ersuchen können.

Diesen Weg hat das Gericht hier wohl deshalb nicht eingeschlagen, weil es die Auslegung völkerrechtlicher Verträge als Fragen des einfachen Gesetzesrechts gewöhnlich den Fachgerichten überlässt.<sup>12</sup> Allerdings gibt das BVerfG seine Zurückhaltung dann auf und prüft strikt, wenn die fehlerhafte Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags durch ein Gericht die Gefahr einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begründet.<sup>13</sup> Mittelbar ist genau diese Gefahr hier eingetreten: Aufgrund einer möglicherweise fehlerhaften Vertragsauslegung durch den BFH hat das BVerfG dem deutschen Gesetzgeber einen skandalösen verfassungsrechtlichen Blankoscheck zum zukünftigen Bruch jedenfalls der meisten völkerrechtlichen Verträge nach seinem freien und keiner Begründung bedürftigen Belieben erteilt. Es hätte besser daran getan, den Gesetzgeber über die verfassungsrechtlichen Grenzen eines Treaty Override zumindest im Unklaren zu lassen, wenn es ihm diesen schon nicht ausdrücklich verbieten wollte. Ein Weg dazu wäre gewesen, die korrekte Interpretation des DBA aufzuklären und dann ggf. die Vorlage mangels Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage zurückzuweisen.

---

<sup>10</sup> E. Klein, in: Benda/E. Klein/O. Klein, Verfassungsprozessrecht, S. 340 ff.

<sup>11</sup> Vgl. die in Art. 31 Abs. 3 Buchst. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV) vom 23.5.1969 (BGBl. 1985 II S. 926) wiedergegebene völkergewohnheitsrechtliche Interpretationsregel.

<sup>12</sup> Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (328). Dies beruht auf dem Grundstein (3) des Konkordats-Urteils (s.u. C. I. 2.).

<sup>13</sup> Ebd.

## **C. Zum Hintergrund: Bundesverfassungsgerichtliche Oszillation zwischen Reichskonkordat und Bodenreform**

Der Zweite Senat des BVerfG musste die Frage beantworten, ob das GG die Verabschiedung eines Bundesgesetzes verbietet, das mit einem in Kraft befindlichen völkerrechtlichen Vertrag des Bundes unvereinbar ist, dem der Bundesgesetzgeber nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in Form eines Bundesgesetzes zugestimmt hatte (sog. Überschreibung eines Abkommens/Treaty Override). Zwei frühere Senatsentscheidungen lieferten gegensätzliche Anhaltspunkte für die richtige Antwort: das Urteil zum Reichskonkordat von 1957<sup>14</sup> und der Alteigentümer-Beschluss zur Bodenreform in der ehemaligen Sowjetischen Besatzungszone von 2004.<sup>15</sup>

### **I. Das Konkordats-Urteil von 1957: Grundlegung des „äußeren“ Staatsrechts in der GG-Ära**

#### **1. Inhalt und Historie des Konkordats-Urteils**

Im grundlegenden Konkordats-Urteil des BVerfG heißt es, das GG gehe in seiner Völkerrechtsfreundlichkeit nicht so weit, die Einhaltung bestehender völkerrechtlicher Verträge durch eine Bindung des Gesetzgebers an das ihnen entsprechende Recht zu sichern. Das GG überlasse die Erfüllung der bestehenden völkerrechtlichen Vertragspflichten vielmehr der Verantwortung des zuständigen Gesetzgebers. Anders als die allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 GG, die dem deutschen innerstaatlichen Recht – nicht dem Verfassungsrecht – im Range vorgingen, genossen besondere vertragliche Vereinbarungen diese Vorrangstellung nicht. Der Gesetzgeber habe also die Verfügungsmacht über den Rechtsbestand auch dort, wo eine vertragliche Bindung bestehe, sofern sie nicht allgemeine Völkerrechtssätze zum Gegenstand habe.<sup>16</sup>

Um diese Urteils Passage richtig einordnen zu können, muss man folgenden Hintergrund berücksichtigen: Das Reichskonkordat war von der Reichsregierung Hitler unter der Geltung des sog. Ermächtigungsgesetzes<sup>17</sup> geschlossen und nach seiner Ratifikation veröffentlicht

---

<sup>14</sup> BVerfGE 6, 309.

<sup>15</sup> BVerfGE 112, 1.

<sup>16</sup> BVerfGE 6, 309 (362 f.).

<sup>17</sup> Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24.3.1933 (RGBl. I S. 141).

worden.<sup>18</sup> Ein Zustimmungsgesetz des Reichstags hierzu gab es nicht. Nur die Reichsregierung hatte ein Gesetz zur Durchführung des Reichskonkordats erlassen<sup>19</sup>, das den Reichsinnenminister zum Erlass der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ermächtigte, die jedoch nie ergingen. Das Reichskonkordat galt als völkerrechtlicher Vertrag für die mit dem Deutschen Reich personenidentische Bundesrepublik Deutschland fort, doch lag nach dem Inkrafttreten des GG die Zuständigkeit für seine Erfüllung ausschließlich bei den Ländern. Zu entscheiden hatte das BVerfG 1957, ob der niedersächsische Landtag beim Erlass des Schulgesetzes 1954 dem Bund gegenüber grundgesetzlich verpflichtet war, das Reichskonkordat zu beachten. Diese Frage wurde verneint.

Die damalige Fallkonstellation unterschied sich also ganz grundlegend von derjenigen, über die das BVerfG im DBA-Fall zu befinden hatte: Der Gesetzgeber, der die möglicherweise völkervertragswidrige *lex posterior* erließ, hatte dem früheren völkerrechtlichen Vertrag nicht zugestimmt. Diese Zustimmung stammte vielmehr von einem Alleinherrscher, der die tatsächliche Macht ausübte, nachdem er die bisherige Verfassungsordnung revolutionär zur Diktatur umgestaltet hatte. Deshalb musste das BVerfG eingehender begründen, warum das Reichskonkordat überhaupt rechtswirksam abgeschlossen worden war.<sup>20</sup> Außerdem war damals, anders als heute, ein Föderalismusproblem im Spiel – ob nämlich die Länder im Bereich ihrer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen völkerrechtliche Verträge des Bundes einhalten müssen. Trotz dieser sehr besonderen Fallkonstellation baut die BVerfG-Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen GG und Völkerrecht bis heute maßgeblich auf dem Konkordats-Urteil auf, und es wird auch im DBA-Beschluss mehrfach zitiert.

## 2. Die Grundsteine des BVerfG zum „äußeren“ Staatsrecht

Folgende Grundsteine dieser Rechtsprechung zum „äußeren“ Staatsrecht des GG wurden damals gelegt: (1) Dass sich das Verhältnis zwischen Völkerrecht und deutschem Recht weiterhin nach dualistischen Vorstellungen im Sinne *Triepels* bestimmt;<sup>21</sup> (2) dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht keinen Verfassungsrang, sondern nur einen Zwischenrang zwischen GG und einfachen Bundesgesetzen einnehmen; (3) dass die völkerrechtlichen Verträge des Bundes im deutschen Recht den Rang des Vertragsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG teilen und daher von späteren

---

<sup>18</sup> RGBl. 1933 II S. 679.

<sup>19</sup> RGBl. 1933 I S. 625.

<sup>20</sup> BVerfGE 6, 309 (330 ff.).

<sup>21</sup> *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht.

Bundesgesetzen überschrieben werden können.<sup>22</sup> Mit diesen drei Grundsteinen hat das BVerfG die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG frühzeitig minimiert.

Die drei Grundsteine des Konkordats-Urteils ergeben sich aber keineswegs zwingend aus dem GG: Entgegen (1) kann Art. 25 GG ohne weiteres auch im Sinne des Monismus verstanden werden.<sup>23</sup> Entgegen (2) ist es durchaus möglich, den allgemeinen Regeln des Völkerrechts im deutschen Recht keinen bloßen Zwischenrang, sondern echten Verfassungsrang einzuräumen.<sup>24</sup> Entgegen (3) kann man die beiden Funktionen des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG folgendermaßen definieren: Erstens will die Vorschrift sicherstellen, dass der Gesetzgeber in den Abschluss der wichtigsten völkerrechtlichen Verträge – hochpolitische Verträge und Gesetzgebungsverträge – eingebunden wird, um deren demokratische Legitimation zu erhöhen. Damit soll aber zweitens auch die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Verträge durch den deutschen Staat sichergestellt werden. Denn dass die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes erfolgen muss,<sup>25</sup> hat den Zweck, die innerstaatliche Pflicht zur Befolgung der Verträge für alle Staatsorgane und – je nach Vertragsinhalt auch für Private – außer Zweifel zu stellen. Sie soll deren innerstaatliche Verbindlichkeit gerade aufwerten und nicht etwa dadurch abwerten, dass sie den Gesetzgeber von der Bindung freistellt. Denn dieser bleibt ja nach Art. 20 Abs. 3 GG an die verfassungsmäßige Ordnung einschließlich Art. 25 GG gebunden und damit auch an den Grundsatz „pacta sunt servanda“.

Im Jahre 1971 bot sich dem Zweiten Senat des BVerfG die Gelegenheit, den Grundstein (3) völkerrechtsfreundlich zu revidieren. Eine Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, die Nichtbeachtung eines völkerrechtlichen Vertrages durch den BFH verletze zugleich die allgemeine Völkerrechtsregel „pacta sunt servanda“ und folglich Art. 25 GG. Dies lehnte der Senat jedoch mit dem Argument ab, zwar sei der Grundsatz „pacta sunt servanda“ eine allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 GG. Ungeachtet der Frage, ob ein Einzelner sich auf diesen Grundsatz überhaupt berufen könne,<sup>26</sup> verwandele er jedoch die einzelnen

---

<sup>22</sup> Sie können sogar von späteren Landesgesetzen überschrieben werden, wenn die Gesetzgebungszuständigkeit vom Bund auf die Länder übergegangen ist, wie im Konkordatsfall.

<sup>23</sup> Deziert anders zu Unrecht BVerfGE 111, 307 (318).

<sup>24</sup> Aus der Entstehungsgeschichte gibt es einen Hinweis darauf, dass der Parlamentarische Rat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts sogar Überverfassungsrang einräumen wollte (vgl. *R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht*, 6. A. 2013, S. 159).

<sup>25</sup> Die Vorgängervorschrift in Art. 45 Abs. 3 WRV hatte dies noch nicht ausdrücklich vorgeschrieben, wurde aber so interpretiert (*Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 45 Anm. 8*).

<sup>26</sup> Diese Frage hätte im Hinblick auf Art. 25 Satz 2, 2. Satzteil GG leicht bejaht werden können. Dieser Bestimmung gegenüber hat sich das BVerfG indessen zurückhaltend gezeigt (BVerfGE 46, 342 [362 f.]; Beschluss vom 13.8.2013 [2 BvR 2660/06 u.a.], Rn. 40 ff).



Normen völkerrechtlicher Verträge nicht ihrerseits in allgemeine Regeln des Völkerrechts mit Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht.<sup>27</sup>

Dies ist einerseits eine konsequente Fortschreibung des bundesverfassungsgerichtlichen Minimierungsansatzes. Andererseits steht das Argument in einem merkwürdigen Gegensatz zur ständigen (völkerrechtsfreundlichen) Rechtsprechung des BVerfG, nach der die Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts, obwohl diese in Deutschland im Rang unterhalb des GG gelten, zugleich Art. 25 GG verletzt und deshalb in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren gerügt werden kann.<sup>28</sup> Wenn aber ein Bruch allgemeiner Regeln des Völkerrechts zugleich Art. 25 GG verletzt, dann kann man ebenso gut den Bruch eines völkerrechtlichen Vertrags zugleich als Verletzung der allgemeinen Regeln „pacta sunt servanda“ und damit des Art. 25 GG einstufen. Jedenfalls nutzte das BVerfG 1971 die Gelegenheit nicht, den Status völkerrechtlicher Verträge in der deutschen Rechtsordnung aufzuwerten.

## **II. Der Alteigentümer-Beschluss von 2004: Ein Mentalitätswandel?**

### **1. Ausbau und Überhöhung der Völkerrechtsfreundlichkeit ...**

Im Alteigentümer-Beschluss von 2004 führte das BVerfG aus, dass die sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG ergebende Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren, drei Dimensionen besitze: Erstens seien die deutschen Staatsorgane verpflichtet, die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen. Zweitens habe der Gesetzgeber für die deutsche Rechtsordnung zu gewährleisten, dass durch deutsche Staatsorgane begangene Völkerrechtsverstöße korrigiert werden könnten. Drittens könnten die deutschen Staatsorgane auch verpflichtet sein, das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen.<sup>29</sup> Der Alteigentümer-Beschluss konzentrierte sich dann auf die vorliegend nicht einschlägige dritte Dimension der Völkerrechtsfreundlichkeit.

Für den DBA-Fall sind indessen deren erste beide Dimensionen relevant. Wenn „die deutschen Staatsorgane“ verpflichtet werden, bindende Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen, dann trifft diese Pflicht anscheinend auch den Bundesgesetzgeber. Sogar ausdrücklich an den Gesetzgeber adressiert ist die zweite Dimension: Wenn dieser Korrekturen für begangene Völkerrechtsverstöße vorzusehen hat,

---

<sup>27</sup> BVerfGE 31, 145 (178).

<sup>28</sup> BVerfGE 46, 342 (363); 66, 39 (64); 112, 1 (21 f.).

<sup>29</sup> BVerfGE 112, 1 (26).

muss er doch erst recht verpflichtet sein, solche seinerseits zu unterlassen. Der Eindruck einer bundesverfassungsgerichtlichen Hinwendung zu größerer Völkerrechtsfreundlichkeit wurde noch verstärkt durch den Satz, mit dem der Beschluss die vorzitierte Passage einleitete: „Die deutschen Staatsorgane sind gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das Völkerrecht gebunden, das als Völkervertragsrecht nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG und mit seinen allgemeinen Regeln insbesondere als Völkergewohnheitsrecht nach Art. 25 Satz 1 GG innerstaatlich Geltung beansprucht.“<sup>30</sup>

Die Völkerrechtsfreundlichkeit wurde aber nicht nur zum Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips erklärt, sondern vom BVerfG im nächsten Absatz geradezu überhöht: „Das Grundgesetz ordnet den von ihm verfassten Staat in eine freiheits- und friedenswahrende Völkerrechtsordnung ein, weil es einen Gleichklang der eigenen freiheitlichen Friedensordnung mit einem Völkerrecht sucht, das nicht nur die Koexistenz der Staaten betrifft, sondern Grundlage der Legitimität jeder staatlichen Ordnung sein will ... Die Verfassung hebt bestimmte Einrichtungen und Rechtsquellen der internationalen Zusammenarbeit und des Völkerrechts hervor (Art. 23 Abs. 1, Art. 24, Art. 25, Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG). Insoweit erleichtert das Grundgesetz die Entstehung von Völkerrecht unter Beteiligung des Bundes und sichert dem entstandenen Völkerrecht Effektivität. Das Grundgesetz stellt die Staatsorgane mittelbar in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts ...“<sup>31</sup>

## 2. ... aber nur „kontrollierte Bindung“ der deutschen Staatsorgane an einige Völkerrechtsregeln

Zweifel an der optimistischen Einschätzung des Alteigentümer-Beschlusses als Beleg für einen bundesverfassungsgerichtlichen Mentalitätswandel begründete aber bereits der ausdrückliche Vorbehalt, die deutschen Staatsorgane hätten Völkerrechtsverletzungen nur „nach Möglichkeit“ zu unterlassen. Denn wenn der entsprechende politische Wille besteht, ist es immer möglich, Völkerrechtsbrüche zu vermeiden. Sollte der Vorbehalt eine Art Notausgang für politisch gewollte Völkerrechtsverletzungen öffnen?

Diese Zweifel wurden verstärkt durch eine weitere Passage, die der im vorstehenden Absatz wörtlich wiedergegebenen unmittelbar folgt. Danach besteht eine verfassungsunmittelbare Pflicht zur Durchsetzung des Völkerrechts „nicht unbesehen für jede beliebige Bestimmung des Völkerrechts ...“, sondern nur, soweit es dem in den Art. 23 bis 26 GG sowie in Art. 1

---

<sup>30</sup> BVerfGE 112, 1 (24 f.).

<sup>31</sup> BVerfGE 112, 1 (25). Zitiert wurde dafür u.a. der Görgülü-Beschluss (BVerfGE 111, 307).

Abs. 2, Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegten Konzept des Grundgesetzes entspricht. Das Grundgesetz will die Öffnung der innerstaatlichen Rechtsordnung für das Völkerrecht und die internationale Zusammenarbeit in den Formen einer kontrollierten Bindung; es ordnet nicht die Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung und den unbedingten Geltungsvorrang von Völkerrecht vor dem Verfassungsrecht an, sondern will den Respekt vor friedens- und freiheitswahrenden internationalen Organisationen und dem Völkerrecht erhöhen, ohne die letzte Verantwortung für die Achtung der Würde des Menschen und die Beachtung der Grundrechte durch die deutsche öffentliche Gewalt aus der Hand zu geben ...<sup>32</sup>

Eine bloß „kontrollierte Bindung“ der deutschen Staatsorgane, und selbst diese nicht an „jede beliebige Bestimmung des Völkerrechts“ ließ das Glas der grundgesetzlichen Völkerrechtsfreundlichkeit nur halb voll zurück. Diese Einschränkungen erschienen aber angesichts der vom BVerfG gegebenen Begründung als wenig dramatisch, denn sie sollten ja nur die Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung und den unbedingten Geltungsvorrang von Völkerrecht vor dem Verfassungsrecht ausschließen sowie verhindern, dass eine „letzte Verantwortung“ aus der Hand gegeben würde. Eine Letztverantwortung aber wofür? Nach der Satzkonstruktion („durch“) geht es um die Letztverantwortung des GG dafür, dass die deutsche öffentliche Gewalt die Würde des Menschen achtet und die Grundrechte beachtet. Damit konnten Völkerrechtsfreunde gut leben.

Trotz der verbliebenen Zweifel zeigte der Alteigentümer-Beschluss erhebliches Potential zur völkerrechtsfreundlicheren Reformation der drei Grundsteine des Konkordats-Urteils. Dieses Potential ergab sich insbesondere aus seiner Zusammenschau mit dem mehrfach zitierten und nur zwölf Tage älteren Görgülü-Beschluss zur Position der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung im deutschen Recht. Dieser war freilich seinerseits nicht uneingeschränkt völkerrechtsfreundlich, denn er unterstrich ausdrücklich die Grundsteine (1) und (2) des Konkordats-Urteils.<sup>33</sup> Grundstein (3) wurde hingegen nur in wesentlich modifizierter Form bestätigt: „Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist.“<sup>34</sup> Daraus konnte man entnehmen, dass ein Treaty Override künftig nur noch zum Schutz der nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Verfassungswerte

---

<sup>32</sup> BVerfGE 112, 1 (25 f.). Auch dafür wurde der Görgülü-Beschluss (BVerfGE 111, 307) zitiert.

<sup>33</sup> BVerfGE 111, 307 (318).

<sup>34</sup> Ebd., S. 319.

zulässig sein sollte, und so wurde die betreffende Passage auch in der Literatur vielfach verstanden.<sup>35</sup> Der DBA-Beschluss hat jetzt leider klargestellt, dass der Görgülü-Beschluss damit fehlinterpretiert wurde.<sup>36</sup>

## **D. Die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des DBA-Beschlusses enttäuscht Völkerrechtsfreunde**

### **I. Bestätigung der drei Grundsteine des Konkordats-Urteils**

Der DBA-Beschluss enttäuscht jetzt alle Erwartungen (oder vielleicht auch nur Hoffnungen) der Völkerrechtsfreunde, indem er Grundstein (3) des Konkordats-Urteils nicht nur in aller Schärfe bestätigt, sondern ihn auch noch durch Einbeziehung in das Demokratieprinzip zum änderungsfesten Verfassungsgrundsatz zu verewigen scheint. Wie schon in der Rechtsprechung des BVerfG zur europäischen Integration<sup>37</sup> wird das Demokratieprinzip nunmehr auch in seiner Rechtsprechung zum Völkerrecht als großer Gegenspieler der internationalen Offenheit aufgebaut. Das nationalstaatliche Demokratieverständnis des BVerfG legitimiert, ja erzwingt ggf. den Bruch des Europarechts und des Völkerrechts. Ein solches Demokratieverständnis sollte im völkerrechtsfreundlichen GG keinen Platz haben.

Der DBA-Beschluss unterstreicht zunächst die Grundsteine (1) und (2) des Konkordats-Urteils,<sup>38</sup> bevor er die bisherige Rechtsprechung zu Grundstein (3) bestätigt.<sup>39</sup> Er fügt ganz zutreffend hinzu, dass das GG – anders als manche andere Verfassungen (und, wie man ergänzen könnte, die EU-Verfassung in Art. 216 Abs. 2 AEUV) – einen generellen Vorrang völkerrechtlicher Verträge vor dem einfachen Gesetzesrecht nicht (ausdrücklich) vorsehe.<sup>40</sup>

### **II. Die Geringschätzung des Völkerrechtsgrundsatzes „pacta sunt servanda“**

Das BVerfG bestätigt weiterhin seinen Beschluss von 1971, wonach sich aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ i.V.m. Art. 25 GG keine Schranke für einen Treaty Override ergebe:<sup>41</sup> Dieser Grundsatz mache insbesondere nicht alle Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge zu allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.v. Art. 25 GG mit Vorrang vor den Gesetzen.

---

<sup>35</sup> Vgl. die Nachweise im DBA-Beschluss (Fn. 1), Rn. 59.

<sup>36</sup> Fn. 1, Rn. 59. S. noch unten D. V. 2.

<sup>37</sup> Vgl. insbesondere BVerfGE 123, 267 (340 ff.).

<sup>38</sup> Fn. 1, Rn. 34 ff.

<sup>39</sup> Fn. 1, Rn. 43 ff.

<sup>40</sup> Fn. 1, Rn. 42.

<sup>41</sup> Fn. 1, Rn. 47.

Der DBA-Beschluss übergeht indessen einen wesentlichen Unterschied des vorliegenden Falls zu demjenigen von 1971 mit Stillschweigen. Damals ging es nur darum, dass das BVerfG die Interpretation einer GATT-Bestimmung durch den BFH wie die Interpretation einer einfachgesetzlichen Bestimmung nur auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts und nicht etwa strikt überprüfen wollte. Im vorliegenden Fall geht es um sehr viel mehr, nämlich darum, ob der Gesetzgeber seine in Gesetzesform gefasste Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag, die das Versprechen beinhaltet, diesen nach Treu und Glauben zu erfüllen, später nach freiem Belieben aufgeben kann. Nicht nur der deutsche Staat als Völkerrechtssubjekt, sondern auch seine Organe einschließlich des Gesetzgebers sind nämlich an den Vertrag gebunden. Denn die völkerrechtlich geschuldete getreuliche Vertragserfüllung<sup>42</sup> ist „in einem durch den Grundsatz der Gewaltenteilung beherrschten demokratischen Rechtsstaat nur möglich ..., wenn alle Träger hoheitlicher Gewalt [an den Vertrag] gebunden werden ...“<sup>43</sup>

Die Frage lautet hier also: Darf der Gesetzgeber seine eigene Bindung an den Vertrag vorsätzlich annullieren und damit die Bundesrepublik Deutschland automatisch vertragsbrüchig machen? Eine solche Aktion stellt die Vertragsbindung Deutschlands grundsätzlich in Frage. Sie verletzt nicht nur eine konkrete Vertragsbestimmung, sondern negiert den Grundsatz *pacta sunt servanda* als solchen und damit die Unverbrüchlichkeit der Völkerrechtsordnung insgesamt. Deshalb verstößt jedenfalls eine solche Aktion gegen Art. 25 GG, selbst wenn für vertragswidrige fachgerichtliche Entscheidungen etwas anderes gelten sollte.<sup>44</sup>

### **III. Auspielung des Demokratieprinzips gegen den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit**

Der DBA-Beschluss lehnt demgegenüber eine Bindung des Gesetzgebers an früher erlassene Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen unter Berufung auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) sowie den Grundsatz der parlamentarischen Diskontinuität ab.<sup>45</sup> Demokratie sei Herrschaft auf Zeit. Deshalb könne ein früherer den späteren Gesetzgeber nicht binden, sondern dieser dürfe – innerhalb der vom

---

<sup>42</sup> Vgl. Art. 26 WÜRV.

<sup>43</sup> BVerfGE 111, 307 (323). Die zitierte Passage betrifft unmittelbar die EMRK, ist aber ohne weiteres auf andere völkerrechtliche Verträge verallgemeinerungsfähig.

<sup>44</sup> In letzterer Hinsicht ist die Entscheidung von 1971 übrigens durch die bereits erwähnte spätere Rechtsprechung der Sache nach überholt, nach der das BVerfG (ohne Rückgriff auf Art. 25 GG) die fachgerichtliche Auslegung völkerrechtlicher Verträge strikt nachprüft, um Völkerrechtsverletzungen und die daran knüpfende internationale Verantwortlichkeit des deutschen Staates zu verhindern (s.o. B. II.).

<sup>45</sup> Fn. 1, Rn. 52 ff.

GG vorgegebenen Grenzen – gesetzgeberische Entscheidungen der Vergangenheit ändern. Dies gelte auch für frühere Zustimmungsgesetze nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG. Denn solche Zustimmungsgesetze sollten innerstaatlich anwendbaren völkerrechtlichen Verträgen ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau vermitteln, nicht dieses absenken; sie sollten die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers schützen.<sup>46</sup>

## 1. Gesetzgeberisches Erfüllungsversprechen verlangt völkerrechtsfreundliche Interpretation des Demokratieprinzips

Gewiss sollen Zustimmungsgesetze die demokratische Legitimation völkerrechtlicher Verträge erhöhen.<sup>47</sup> Sie sollen darüber hinaus aber insbesondere auch die effektive Erfüllung der Vertragspflichten durch Deutschland sichern. Die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers soll zwar geschützt werden, aber in dem Sinne, dass er zuvor sein Einverständnis zu Verträgen erklären muss, deren Umsetzung gesetzgeberische Maßnahmen erfordert. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG will verhindern, dass Deutschland sich ohne Zustimmung des Gesetzgebers völkervertraglich zu bestimmten Gesetzgebungsakten verpflichtet. Der Gesetzgeber soll vor der Zwangslage bewahrt werden, entweder ein ohne seine Beteiligung vorformuliertes Gesetz erlassen zu müssen oder Völkerrecht zu verletzen. Der Zweck des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG wird aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn man ihm – wie der DBA-Beschluss – entnimmt, der Gesetzgeber solle befugt bleiben, seine im Vertragsgesetz gegebene Zustimmung, die ein Vertragserfüllungsversprechen enthält, später nach Belieben annullieren können.

Das Zustimmungsgesetz ist gerade kein Gesetz wie jedes andere, weil es mit einer gemeinsam von der Legislative und der Exekutive bewusst herbeigeführten völkerrechtlichen Bindung nach außen einhergeht. In einer offenen und völkerrechtsfreundlichen Verfassungsordnung,<sup>48</sup> mit der das Deutsche Volk ausweislich der Präambel des Grundgesetzes „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt“ dienen will, müssen auch grundlegende Verfassungsprinzipien i.S.v. Art. 79 Abs. 3 GG nach Möglichkeit so interpretiert werden, dass sie der europäischen Einigung und der Eingliederung Deutschlands in die weitere internationale (Rechts-) Gemeinschaft nicht im Wege stehen.<sup>49</sup> Dies ist in aller Regel und auch im vorliegenden Fall möglich. Man kann Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG im Gesamtsystem einer offenen und völkerrechtsfreundlichen

---

<sup>46</sup> Fn. 1, Rn. 53.

<sup>47</sup> Dies gilt entgegen der Formulierung im DBA-Beschluss auch für Verträge, die – wie regelmäßig die hochpolitischen Verträge i.S.v. Art. 59 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. GG – innerstaatlich nicht anwendbar sind.

<sup>48</sup> Der DBA-Beschluss bestätigt, dass der ungeschriebene Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit Verfassungsrang hat (Fn. 1, Rn. 65).

<sup>49</sup> Vgl. für die europäische Integration *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung, S. 1346 ff.

Verfassung selbstverständlich so interpretieren, dass sie dem Gesetzgeber keinen Freibrief erteilen, ein durch Vermittlung des Bundespräsidenten und der Bundesregierung<sup>50</sup> dem völkerrechtlichen Vertragspartner gegenüber abgegebenes auch eigenes Versprechen später schlicht zu übergehen. Eine solche Interpretation ist auch geboten, wenn man den Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ernst nimmt.

## 2. Irreführende Parenthese zum Rechtsstaatsprinzip

Aber der DBA-Beschluss begnügt sich nicht damit, das Demokratieprinzip gegen die Völkerrechtsfreundlichkeit auszuspielen, sondern er missbraucht dafür auch ausgerechnet das Rechtsstaatsprinzip: Nach Art. 20 Abs. 3 GG sei der Gesetzgeber nur an die verfassungsmäßige Ordnung, nicht jedoch an einfachrechtliche Regelungen gebunden. „Würde der Gesetzgeber seine Normsetzungsbefugnis in dem Umfang verlieren, in dem er in der Form eines Bundesgesetzes völkerrechtliche Vereinbarungen gebilligt hat, führte dies im Ergebnis zu einer Art. 20 Abs. 3 GG widersprechenden Bindung ...“<sup>51</sup> Das stimmt deswegen nicht, weil die verfassungsmäßige Ordnung eine völkerrechtsfreundliche ist, so dass die Bindung des Gesetzgebers an frühere Zustimmungsgesetze gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG durchaus mit Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar werden kann, wenn man bereit ist, diesen im Lichte der Völkerrechtsfreundlichkeit zu interpretieren. Art. 25 GG, der den Völkerrechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ rezipiert, legt eine solche Interpretation sogar nahe.<sup>52</sup>

## 3. Das unglückliche Erbe des Pershing-Urteils: Die auswärtige Gewalt ist weiterhin Domäne der Exekutive

Der DBA-Beschluss führt ein weiteres, aber letztlich nicht überzeugendes Argument dafür an, dass das Demokratieprinzip dem Gesetzgeber das Recht zum freien Treaty Override garantiere: Da dieser nämlich nicht für die Kündigung völkerrechtlicher Verträge zuständig sei, bliebe er anderenfalls dauerhaft und unentrinnbar an sein früheres Zustimmungsgesetz gebunden.<sup>53</sup> Dafür beruft sich der Beschluss auf das Pershing-Urteil von 1984.<sup>54</sup> Damals hatte das BVerfG ausgeführt, dass einseitige völkerrechtliche Willenserklärungen wie z.B. die Kündigung eines Vertrags keiner vorherigen Zustimmung in der Form eines Bundesgesetzes bedürften. Auf diese sei Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG weder direkt noch analog

---

<sup>50</sup> Art. 59 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 58 GG.

<sup>51</sup> Fn. 1, Rn. 54.

<sup>52</sup> S. zum Rechtsstaatsprinzip noch unten VI.

<sup>53</sup> Fn. 1, Rn. 53.

<sup>54</sup> BVerfGE 68, 1 (83, 85 f.).

anwendbar. Über die Befugnis hinaus, die Exekutive in Gesetzesform verfassungsrechtlich zum Abschluss bestimmter Arten von völkerrechtlichen Verträgen zu ermächtigen oder nicht zu ermächtigen, verleihe diese Verfassungsbestimmung den gesetzgebenden Körperschaften keine Initiativ-, Gestaltungs- oder Kontrollbefugnis im Bereich der auswärtigen Beziehungen. Die strikte Begrenzung der dem Gesetzgeber im Rahmen des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG eingeräumten Befugnisse sei ein Element der grundgesetzlichen Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG). Dem Bundestag dürften in auswärtigen Angelegenheiten über die im GG zugewiesenen Befugnisse hinaus keine zentralen Entscheidungsbefugnisse exekutivischer Natur zugeordnet werden.

Das BVerfG hatte sich im Pershing-Urteil dagegen verwahrt, aus dem Demokratieprinzip fälschlich einen Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts abzuleiten, der mit der grundgesetzlichen Gewaltenteilung unvereinbar wäre.<sup>55</sup> Aber selbst wenn man einen allumfassenden Parlamentsvorbehalt ablehnt und darüber hinaus die Exekutive für allein befugt hält, auch solche völkerrechtliche Verträge zu kündigen, deren Abschluss der Gesetzgeber zugestimmt hat, so folgt daraus zwar, dass der Gesetzgeber nicht seinerseits für die Vertragskündigung zuständig ist. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass er mit dem Erlass eines Zustimmungsgesetzes ohne ein Recht zum Treaty Override dauerhaft auf sein Gesetzgebungsrecht verzichten müsste.

Denn erstens geht die Gesetzesinitiative typischerweise – so auch im DBA-Fall – ohnehin von der Bundesregierung aus, so dass die nach außen handlungsbefugte Instanz unschwer für eine Paralleltaktung der Rechtslage im Völkerrecht und deutschen Gesetzesrecht sorgen kann (und muss). Sollte die Gesetzesinitiative aus der Mitte des Bundestages kommen, hat zweitens die Bundestagsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem des GG einen politischen Einfluss auf die Bundesregierung, der in aller Regel groß genug ist, um diese zur Vertragskündigung oder zur Aushandlung einer Interpretationsvereinbarung bzw. eines Änderungsvertrags im Sinne des geplanten Gesetzes zu veranlassen.<sup>56</sup> Drittens ist der Gesetzgeber, sollte die politische Einflussnahme ausnahmsweise nichts fruchten, notfalls befugt, die Bundesregierung sogar gesetzlich zu einem derartigen Vorgehen zu verpflichten, wenn er nur auf diese Weise sein Gesetzgebungsrecht auf völkerrechtskonforme Weise wiedergewinnen kann. Eine solche Maßnahme mag im deutschen Gewaltenteilungssystem ungewöhnlich sein, hält sich aber im Rahmen einer vertretbaren Interpretation des GG und bietet die Möglichkeit, dessen tragende Grundsätze zu wahren, ohne dass eine Völkerrechtsverletzung in Kauf genommen werden muss. Die im DBA-Beschluss geäußerte Auffassung, es gebe kein völkerrechtskonformes milderes Mittel zur Wahrung des

---

<sup>55</sup> BVerfGE 68, 1 (87).

<sup>56</sup> Darauf weist die Richterin König in ihrer abweichenden Meinung hin (Rn. 11). Vgl. auch BVerfGE 68, 1 (89).



Demokratieprinzip als die freie Zulassung des gesetzgeberischen Treaty Override,<sup>57</sup> trifft deshalb nicht zu.

#### 4. Steht der Treaty Override sogar unter dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG?

Der DBA-Beschluss fährt mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip schweres Geschütz auf, um die Freiheit des Gesetzgebers zum Bruch völkerrechtlicher Verträge zu begründen. Er macht diese Freiheit damit anscheinend zum Bestandteil zweier verfassungsänderungsfester Strukturmerkmale des GG (Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 GG). Wäre der verfassungsändernde Gesetzgeber also gehindert, eine ausdrückliche Regel in das Grundgesetz einzuführen, wie sie sich in zahlreichen anderen Verfassungen findet: Dass völkerrechtliche Verträge Vorrang vor den Gesetzen haben sollen?<sup>58</sup> Würde er damit die Grundsätze des Art. 20 GG in unzulässiger Weise „berühren“? Oder würde das BVerfG eine solche GG-Änderung als noch zulässige „systemimmanente Modifikation elementarer Verfassungsprinzipien“ im Sinne seines Abhör-Urteils einstufen?<sup>59</sup>

#### 5. Gegenmodell: Völkerrechtsbindung als Bestandteil des Demokratiekonzepts von Carlo Schmid

Eine ganz andere Vorstellung von Demokratie als der DBA-Beschluss hatte Carlo Schmid vor dem Parlamentarischen Rat zum Ausdruck gebracht: „Zur Demokratie gehört weiter die Anerkennung des Satzes, daß *Recht vor Macht* geht, und ich glaube und möchte behaupten, daß ein Staat sich heute nur dann als volldemokratisch bezeichnen kann, wenn er diesem Prinzip im Verhältnis zu anderen Staaten Ausdruck gibt. Ich brauche hier nicht an die großartigen Gedanken Immanuel Kants zu erinnern, ... daß der Staat selber den Menschen nur dann ins Recht einzubetten vermöge, wenn er selber im Verhältnis zu anderen Staaten in das Recht eingebettet sei.“<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Fn. 1, Rn. 89 f.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. Art. 10 der tschechischen, Art. 55 der französischen, Art. 94 der niederländischen und Art. 91 Abs. 2 der polnischen Verfassung.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 30, 1 Leitsatz 5.

<sup>60</sup> 2. Sitzung des Plenums, 8.9.1948, zit. nach: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, S. 40.

#### IV. Verharmlosung der im Treaty Override liegenden Völkerrechtsverletzung

Ein Treaty Override verstößt entgegen dem Eindruck, den der DBA-Beschluss erweckt, gegen das Völkerrecht.<sup>61</sup> Zwar schließt das Völkerrecht mangels dinglicher Durchgriffswirkung die innerstaatliche Wirksamkeit völkerrechtswidriger Rechtsakte nicht aus. Darin liegt seine Schwäche, und deshalb ist es in besonderer Weise auf Durchsetzungshilfe seitens der Staatsorgane – einschließlich des Gesetzgebers – angewiesen.

Das Völkerrecht verbietet aber selbstverständlich nicht nur den Erlass, sondern auch die Aufrechterhaltung völkerrechtswidriger Rechts- und Gesetzgebungsakte und verpflichtet den betreffenden Staat dementsprechend dazu, den vor Begehung des Völkerrechtsbruchs herrschenden Zustand wiederherzustellen.<sup>62</sup> Das Völkerrecht verlangt m.a.W., die gesetzliche Überschreitung eines völkerrechtlichen Vertrags umgehend mit ihren sämtlichen Folgen restlos zu beseitigen, insbesondere also das Gesetz wieder aufzuheben.

Die Vorstellung, dass das Völkerrecht lediglich vertragsrechtliche und deliktsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten der Vertragspartner auf ein Treaty Override regle und dem Verletzerstaat deren Rechtfertigung unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht verwehre, ist unzutreffend. Vielmehr untersagt es durch den Grundsatz „pacta sunt servanda“ den Treaty Override als solchen und regelt die Folgen eines Verstoßes gegen dieses Verbot nur zusätzlich.

Verharmlosend spricht der DBA-Beschluss davon, der mit völkerrechtswidrigen Rechtsakten verbundene Verstoß sei „nicht unbeachtlich“.<sup>63</sup> Nein: Die vorsätzliche Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags durch das Parlament eines völkerrechtsfreundlichen Rechtsstaats ist ein sehr gravierender Vorgang, weil damit die Unverbrüchlichkeit der Völkerrechtsordnung von einem ihrer bisher treuesten Anhänger in Frage gestellt wird. „[B]ei jedem bewusst herbeigeführten Vertragsbruch [steht] die Verlässlichkeit Deutschlands als Partner im internationalen Rechtsverkehr auf dem Spiel.“<sup>64</sup> Man könnte es auch anders formulieren: „Verträgen halte Treu! Was du bist, bist du nur durch Verträge.“<sup>65</sup> Gerade Deutschland sollte nicht vergessen, dass seine Position in Europa und in der Weltgemeinschaft seit dem Westfälischen Frieden von 1648 bis zum Zwei-plus-Vier-Vertrag von 1990 stärker auf Verträgen beruht, als dies für die meisten anderen Staaten gilt.

---

<sup>61</sup> Fn. 1, Rn. 60 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 35 der ILC-Artikel über die Staatenverantwortlichkeit in der Anlage zur UN-Generalversammlungsresolution

<sup>63</sup> Fn. 1, Rn. 63.

<sup>64</sup> So zutreffend die Abweichende Meinung, Rn. 23.

<sup>65</sup> So Fasolts Mahnung an Wotan (Der Ring des Nibelungen: Das Rheingold, 2. Szene, in: *Wagner, Die Musikdramen*, S. 539 f.).

## V. Reduktion des Verfassungsgrundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf eine Auslegungshilfe

### 1. Die „Auslegungshilfe“ wird durch das BVerfG selbst sogleich missachtet

Besonders enttäuschend ist es, dass das BVerfG auch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht ausreichen lässt, um die Verfassungswidrigkeit völkerrechtswidriger Gesetze zu begründen.<sup>66</sup> Dieser Grundsatz ergebe sich zwar aus einer Zusammenschau derjenigen GG-Vorschriften, die eine „Verfassungsentscheidung für eine auf die Achtung und Stärkung des Völkerrechts aufbauende zwischenstaatliche Zusammenarbeit“ enthielten.<sup>67</sup> Auch sollten diese Vorschriften die gesamte öffentliche Gewalt dazu verpflichten, „einem Auseinanderfallen von völkerrechtlicher und innerstaatlicher Rechtslage entgegenzuwirken und im Außenverhältnis eine mit einer Verletzung des Völkerrechts verbundene Haftung Deutschlands zu vermeiden ...“<sup>68</sup> Schließlich stelle „das Grundgesetz die Staatsorgane in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts ... und [mindert] dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts ...“<sup>69</sup>

Dennoch soll der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit „keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Verträge“ beinhalten, sondern vor allem als Auslegungshilfe für Verfassungsrecht und einfaches Recht dienen.<sup>70</sup> Der DBA-Beschluss selbst nimmt dann jedoch die Hilfe des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit gerade nicht in Anspruch, um die grundgesetzlichen Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats völkerrechtsverträglich zu interpretieren. Stattdessen führt es diese in einen vermeidbaren Konflikt mit dem Grundsatz „pacta sunt servanda“.

### 2. Dürfen wir uns neuerdings „souverän“ über das Völkerrecht hinwegsetzen?

Als erstes Argument für seine Reduktion des Völkerrechtsfreundlichkeitsgrundsatzes stellt der Senat in einem einzigen Satz fest, das GG verzichte nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität.<sup>71</sup> Das GG verwendet den schillernden Begriff der Souveränität<sup>72</sup> indessen nicht, weil die Bundesrepublik Deutschland 1949 noch gar nicht

---

<sup>66</sup> Fn. 1, Rn. 64 ff.

<sup>67</sup> Fn. 1, Rn. 65.

<sup>68</sup> Ebd.

<sup>69</sup> Fn. 1, Rn. 66.

<sup>70</sup> Fn. 1, Rn. 67.

<sup>71</sup> Fn. 1, Rn. 67.

<sup>72</sup> Vgl. *Giegerich*, FS für Schmidt-Jortzig, S. 603 ff.

souverän war, sondern ihre Souveränität mit der Aufhebung des Besatzungsstatuts 1955<sup>73</sup> zunächst zum großen Teil und vollständig erst am 15.3.1991 mit dem Inkrafttreten des sogenannten Zwei-plus-Vier-Vertrags wiedererlangte.<sup>74</sup> Ziel der Väter und Mütter des GG war es allerdings, die Souveränität Deutschlands wiederzuerlangen, aber nicht, um sie dann wie einen „Rocher de bronze“ zu stabilisieren, sondern um sie in freier Selbstbestimmung in ein geeintes Europa einzubringen.<sup>75</sup>

Verstörend ist aber weniger der ahistorische Rocher-de-bronze-Ansatz des BVerfG als der Umstand, dass jeder Hinweis auf den Görgülü-Beschluss und das Lissabon-Urteil fehlt, in denen das Souveränitäts-Argument zuvor – im Kontext der EMRK und der EU – vom gleichen Senat benutzt worden war.<sup>76</sup> Der DBA-Beschluss will offensichtlich die verfassungsrechtlichen Fesseln abstreifen, die der Souveränität in Bezug auf Völkervertragsrecht dort jeweils mit folgender Formulierung angelegt worden waren: „Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist.“<sup>77</sup>

In Zukunft behält das GG dem deutschen Staat mit anderen Worten offenbar die Souveränität vor, nach Belieben Völkervertragsrecht zu missachten. Das ist ein trauriger Rückschritt zu den Souveränitätsvorstellungen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die das GG überwinden wollte, weil sie Deutschland zweimal im Laufe einer Generation in den Untergang geführt hatten. Noch 2009 hatte das BVerfG im Lissabon-Urteil ausgeführt: „Das Grundgesetz löst sich von einer selbstgenügsamen und selbtherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit und kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als ‚völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit‘ auffasst ...“<sup>78</sup>

Der neue Souveränitätsbegriff des BVerfG ist im Übrigen nicht nur dem GG, sondern auch dem Völkerrecht fremd. Denn Souveränität im völkerrechtlichen Sinne bedeutet zwar, dass jeder Staat frei über die Eingehung völkervertraglicher Verpflichtungen entscheiden kann. Wenn er jedoch in Ausübung seiner souveränen Rechte kontrahiert hat, kann er seine Vertragspflichten nicht unter Berufung auf seine Souveränität negieren, sondern nur

---

<sup>73</sup> Proklamation betreffend die Aufhebung des Besatzungsstatuts und die Auflösung der Alliierten Hohen Kommission vom 5.5.1955 (v. Münch [Hrsg.], Dokumente des geteilten Deutschland, Bd. 1, S. 249).

<sup>74</sup> Art. 7 des Vertrags über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990 (BGBl. II S. 1318).

<sup>75</sup> Vgl. die mit Beifall bedachten entsprechenden Ausführungen von Carlo Schmid im Parlamentarischen Rat (wiedergegeben in: *Giegerich* [Fn. 49], S. 1400 f.).

<sup>76</sup> BVerfGE 111, 307 (319); 123, 267 (400 f.).

<sup>77</sup> BVerfGE 111, 307 (319). Im Lissabon-Urteil wurde zwischen „Völkervertragsrecht“ und „nicht“ in Parenthese auf die damit verbundene „Inkaufnahme entsprechender Konsequenzen im Staatenverkehr“ hingewiesen (BVerfGE 123, 267 [400 f.]).

<sup>78</sup> BVerfGE 123, 267 (346).

innerhalb der völkerrechtlichen Grenzen etwa durch Kündigung beenden.<sup>79</sup> Solange ein Staat völkervertraglich aber gebunden ist, verlangt das Völkerrecht von ihm – wie bereits erläutert – die vollständige getreuliche Erfüllung sämtlicher Vertragspflichten zu jeder Zeit und ausnahmslos.<sup>80</sup> Die Regel „pacta sunt servanda“ bildet die Grundfeste der modernen, vor allem auf multilateralen Gesetzgebungsverträgen beruhenden Völkerrechtsordnung, die allein in der Lage ist, den Weltfrieden und andere elementare Güter der internationalen Gemeinschaft zu gewährleisten. Nicht von ungefähr erklärten die Völker der Vereinten Nationen in der Präambel der UN-Charta 1945 ihre feste Entschlossenheit, „Bedingungen zu schaffen, unter denen ... die Achtung vor den Verpflichtungen aus Verträgen ... gewahrt werden“ kann.

### 3. Entfesselung des Vorbehalts einer nur „kontrollierten Bindung“ im Alteigentümer-Beschluss

Der DBA-Beschluss greift sodann den im Alteigentümer-Beschluss formulierten Vorbehalt einer bloß „kontrollierten Bindung“ an das Völkerrecht auf und streift auch diesem die dort angelegte verfassungsrechtliche Fessel ab. Damals sollte die „kontrollierte Bindung“ noch die Letztverantwortung des GG dafür garantieren, dass die deutsche öffentliche Gewalt die Würde des Menschen achtet und die Grundrechte beachtet.<sup>81</sup> Nunmehr bedeutet „kontrollierte Bindung“, dass der Gesetzgeber nach Belieben darüber entscheiden kann, ob die Bundesrepublik Deutschland ihre völkervertraglichen Pflichten weiterhin erfüllt oder nicht. M.a.W. kontrolliert die gesetzgeberische Willkür fortan die Bindung an das Völkervertragsrecht.

Erstaunlicherweise gibt der DBA-Beschluss als Bestätigung für dieses Ergebnis die oben zitierte Passage aus dem Alteigentümer-Beschluss unkommentiert wieder.<sup>82</sup> Es bleibt unerklärt und ist auch unerklärlich, wie das postulierte freie Verfügungsrecht des späteren Gesetzgebers über völkervertragliche Bindungen damit in Einklang gebracht werden könnte.

Der Senat weist zwar zu Recht darauf hin, dass der Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit aus einer Gesamtschau der einschlägigen GG-Bestimmungen abgeleitet worden sei und deshalb deren differenzierten Regelungen nicht widersprechen dürfe.<sup>83</sup> Wie bereits dargelegt, müssen Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG aber keineswegs so ausgelegt werden, dass Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen

---

<sup>79</sup> Vgl. bereits StIGH, Wimbledon-Fall, Urt. v. 17.8.1923, PCIJ Series A No. 1, S. 25.

<sup>80</sup> S.o. IV.

<sup>81</sup> S.o. C. II. 2.

<sup>82</sup> S.o. C. II. 1, 1. Absatz.

<sup>83</sup> Fn. 1, Rn. 69 ff.

der freien Willkür des späteren Gesetzgebers preisgegeben sind.<sup>84</sup> Diese vom BVerfG vorgenommene systematische Auslegung könnte von ihm vielmehr ohne Verstoß gegen geltende methodische Grundsätze revidiert werden. Auch wenn der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des GG Wirkung entfaltet und den Grundsatz der demokratischen Selbstbestimmung unangetastet lässt,<sup>85</sup> so sind doch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip nicht als Gegensätze zur Völkerrechtsfreundlichkeit zu verstehen, sondern alle drei Prinzipien stellen aufeinander bezogene und in ein kohärentes Gesamtsystem zu bringende Verfassungsgrundsätze dar. Deshalb kann es in der völkerrechtsfreundlichen Ordnung des GG keine demokratische Selbstbestimmung zum Völkerrechtsbruch geben.

## **VI. Auch das Rechtsstaatsprinzip soll dem Bruch völkerrechtlicher Verträge nicht entgegenstehen**

Dem Argument, das Rechtsstaatsprinzip verbiete dem Gesetzgeber den Treaty Override, hält der DBA-Beschluss ganz entsprechend wie dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit die von ihm selbst eingeführte nicht zwingende Systematik der Art. 25 Satz 2, 59 Abs. 2 GG und das ebenfalls von ihm selbst völkerrechtsunfreundlich interpretierte Demokratieprinzip entgegen.<sup>86</sup> Der Senat erweckt im Gegenteil an anderer Stelle des Beschlusses sogar den falschen Eindruck, Art. 20 Abs. 3 GG erzwingt geradezu die gesetzgeberische Freiheit zum Treaty Override.<sup>87</sup>

Das Gegenteil ist richtig. Rechtsstaatlichkeit bedeutet im Kern die effektive Einhegung vor allem der politischen (aber auch der wirtschaftlichen, sozialen, religiösen etc.) Macht durch das Recht. Sie bildet eine gar nicht zu überschätzende zivilisatorische Errungenschaft. Im globalen Zeitalter des 21. Jahrhunderts haben sich die Staaten freiwillig in ein Netz völkerrechtlicher Verträge eingebunden, um ihre internationalen Beziehungen im zivilisatorischen Interesse zu verrechtlichen und gemeinsam definierte Ziele mit vereinten Kräften zu verfolgen. Denn sie wissen alle, dass dies ihrem jeweils eigenen langfristigen Interesse an Stabilität, friedlichem Ausgleich und verlässlicher internationaler Kooperation dient. Die rechtliche Einhegung der politischen Macht der Staaten nach außen und nach innen erwächst heute ganz maßgeblich aus dem Völkerrecht. In einer solchen Lage muss gerade in einer prononciert völkerrechtsfreundlichen Verfassungsordnung das Völkerrecht in

---

<sup>84</sup> S.o. C. III. 1.

<sup>85</sup> Fn. 1, Rn. 72.

<sup>86</sup> Fn. 1, Rn. 77 ff.

<sup>87</sup> S.o. C. III. 2.

den Rechtsbegriff des Rechtsstaatsprinzips einbezogen und nicht – wie es der DBA-Beschluss versucht – aus ihm ausgeklammert werden. Denn die Glaubwürdigkeit eines Rechtsstaats, der sich vorbehält, seine Rechtsbindung nach außen desavouiert, wird beschädigt. Deshalb zählt es Art. 5 Abs. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18.4.1999 zu den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten.<sup>88</sup>

## **VII. Ein menschenrechtlicher Lichtblick im Schatten des DBA-Beschlusses?**

Der DBA-Beschluss deutet an, ohne dies in aller Klarheit auszusprechen, dass Menschenrechtsverträge nicht in gleicher Weise der uneingeschränkten Überschreibungsbefugnis des Gesetzgebers unterliegen. Erstens nämlich wird unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 GG unterstrichen, dass die unveräußerlichen Menschenrechte dem GG voraus lägen und selbst der Disposition des Verfassungsgebers entzogen seien.<sup>89</sup> Zweitens unterscheidet der Senat „zwischen zwingenden, der Disposition des Verfassungsgebers entzogenen Regelungen, insbesondere den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), und sonstigem Völkerrecht ...“<sup>90</sup> Mit dieser Unterscheidung will er erklären, warum seine Aussagen in früheren Entscheidungen, die auf eine Bindung des Gesetzgebers an Völkervertragsrecht hindeuteten, nicht ohne weiteres auf DBA übertragen werden könnten, weil jene sich durchgängig auf grund- und menschenrechtliche Fragestellungen bezogen hätten.

Es besteht nach alledem die Hoffnung, dass das BVerfG einen Treaty Override bei Menschenrechtsverträgen, insbesondere der EMRK, zumindest nicht in Bezug auf alle Vertragsbestimmungen und nicht ohne weiteres zulassen würde. Unklar bleibt, welche sonstigen Völkerrechtsregeln es als „zwingend“ einstufen würde. Möglicherweise soll damit auf das völkerrechtliche jus cogens verwiesen werden.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Zum prinzipiellen (allerdings nicht ausnahmslosen) Vorrang des Völkerrechts in der Schweiz vgl. *T. Tschumi/B. Schindler*, in: B. Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, Bd. 1, 3. A. 2014, Art. 5 Rn. 71 ff.

<sup>89</sup> Fn. 1, Rn. 34.

<sup>90</sup> Fn. 1, Rn. 76.

<sup>91</sup> Vgl. Art. 53, 64 WÜRv. *Frowein*, *Jus Cogens*, in: R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*.

## E. Abweichende Meinung der Richterin König

Die Völkerrechtlerin stand im Völkerrechtssenat des BVerfG<sup>92</sup> leider auf verlorenem Posten; der von ihr für notwendig erachtete Mentalitätenwandel hatte nicht stattgefunden. Im Gegenteil scheint die Senatsmehrheit in ein schon überwunden geglaubtes Mentalitätsstadium zurückgefallen zu sein. Die abweichende Meinung der Richterin König bildet einen der wenigen Lichtblicke des DBA-Beschlusses. Darin erklärt sie zu Recht, die Grundsteine aus dem Konkordats-Urteil seien in einer vielfach vertraglich miteinander verflochtenen globalisierten Welt, deren Völkerrechtsordnung ihrerseits den Grundsatz der „rule of law“ enthalte, nicht (mehr) überzeugend.

Als Ausweg schlägt die Richterin König stattdessen vor, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Demokratieprinzip einerseits und dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit andererseits herzustellen. Sie will dabei das Rechtsstaatsprinzip völkerrechtsfreundlich dahingehend verstehen, dass es eine Bindung auch des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge grundsätzlich anordne. Wichtigste Funktion des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit sei es, möglichst einen Gleichlauf zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung herzustellen oder aufrechtzuerhalten und damit Konflikte zu vermeiden.<sup>93</sup>

Die Richterin König identifiziert im vorliegenden Fall einen Konflikt zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip. Während das Demokratieprinzip für die völlige Bindungslosigkeit des späteren Gesetzgebers in Bezug auf frühere Vertragsgesetze spreche, streite das völkerrechtsfreundlich interpretierte Rechtsstaatsprinzip für seine strikte Bindung an diese. Dieser Konflikt sei im Sinne eines schonenden Ausgleichs zwischen beiden Prinzipien aufzulösen, d.h. so, dass beiden Prinzipien eine möglichst weitreichende Wirkung verbleibe. In die Abwägung einzubeziehende Kriterien seien die Bedeutung und Dringlichkeit des mit dem späteren Gesetz verfolgten Regelungsziels, die Möglichkeit eines völkerrechtskonformen Auswegs und die bei einem Völkerrechtsbruch zu erwartenden Rechtsfolgen.<sup>94</sup> Wenn das Gewicht der Kriterien, die für die einseitige Abkehr vom dem konkreten völkerrechtlichen Vertrag sprächen, nicht überwögen, sei der Treaty Override verfassungswidrig.

Im konkreten Fall überwiegen nach Auffassung der Richterin König die Gesichtspunkte, die gegen eine Abkommensüberschreibung sprechen, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil der

---

<sup>92</sup> Der Zweite Senat ist nach § 14 Abs. 2 BVerfGG und Abschn. A. IV. 1. des auf § 14 Abs. 4 BVerfGG beruhenden Plenarbeschlusses vom 24.11.2015 für Verfahren zuständig, in denen es schwerpunktmäßig um die Auslegung und Anwendung von Völkerrecht geht.

<sup>93</sup> Fn. 1, Abweichende Meinung, Rn. 12.

<sup>94</sup> Fn. 1, Abweichende Meinung, Rn. 8.



Bundesrepublik Deutschland eine völkerrechtskonforme Lösung in Gestalt der Kündigung und Neuaushandlung des DBA-Türkei oder der Einigung mit der Türkei über eine nachträgliche Vertragsinterpretation im deutschen Sinne leicht möglich gewesen wäre. Die unnötige Hinwegsetzung über die völkerrechtliche Bindung habe deshalb eine negative Signalwirkung.<sup>95</sup> In der Tat ergeben sich daraus generelle Zweifel an der Völkerrechtstreue Deutschlands.

Obwohl die abweichende Meinung in verdienstvoller Weise eine völkerrechtskonforme Alternativlösung anbietet, bleibt unklar, warum eine Abwägung zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip geboten sein soll. Wenn die Einhaltung völkerrechtlicher Verträge nämlich eine aus dem völkerrechtsfreundlich interpretierten Rechtsstaatsprinzip folgende Verfassungspflicht ist, dann hat der Gesetzgeber sie ohne weiteres ebenso einzuhalten wie alle anderen ungeschriebenen rechtsstaatlichen Verpflichtungen (z.B. das Rückwirkungsverbot, die Unschuldsvermutung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip) und wie Verfassungspflichten generell (Art. 20 Abs. 3 GG). Denn die Demokratie des GG begründet eine von vornherein rechtsstaatlich eingegrenzte Mehrheitsherrschaft.

## **F. Fazit: Die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG – ein Abgesang**

Was ist von der Völkerrechtsfreundlichkeit einer Verfassungsordnung zu halten, in der die jeweilige parlamentarische Mehrheit durch Gesetze völkerrechtliche Verträge nach freiem Belieben vorsätzlich brechen darf, die zuvor mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung geschlossen wurden? Mehr noch – von einer Verfassungsordnung, welche die willkürliche Missachtung der elementaren Völkerrechtsregel „pacta sunt servanda“ durch den Gesetzgeber sogar zum Bestandteil ihrer änderungsfesten Grundprinzipien zu erklären scheint? Eine solche Völkerrechtsfreundlichkeit ist ein Etikettenschwindel.

Die Geschehnisse im DBA-Fall sind vom Regierungsentwurf des Überschreibungsgesetzes über den Bundestagsbeschluss bis leider auch hin zum BVerfG-Beschluss unserem offenen Verfassungsstaat nicht angemessen. Regierung und Gesetzgeber haben sich über die völkervertraglichen Verpflichtungen Deutschlands in einem Fall von relativ untergeordneter Bedeutung ohne Not – es hätte völkerrechtskonforme Alternativen gegeben – und zudem leichtfertig hinweggesetzt. Der Regierungsentwurf nimmt keinerlei völkerrechtliche Folgenabschätzung vor. Zudem bleibt unklar, ob sich die Parlamentsmehrheit ausreichend bewusst war, dass sie den elementaren Völkerrechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“

---

<sup>95</sup> Fn. 1, Abweichende Meinung, Rn. 17 ff.

verletzte. Das BVerfG wiederum hat diese Verantwortungslosigkeit ohne Not – es blieb letztlich offen, ob das vorgelegte Gesetz überhaupt vertragswidrig war – zum Anlass genommen, die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zu demontieren. Das ist ein schwarzer Tag nicht nur für das Völkerrecht in Deutschland, sondern für die Völkerrechtsordnung insgesamt, die so elementar auf Durchsetzungshilfe seitens der Staatsorgane angewiesen ist. Mit der Vertragstreue Deutschlands wird die internationale Rechtssicherheit in Zweifel gezogen und die International Rule of Law mutwillig beschädigt.

Das wird wegen der Wechselwirkungen zwischen der Rechtstreue nach außen und nach innen, der International Rule of Law und der deutschen Rechtsstaatlichkeit, nicht ohne negative Rückwirkungen auf die deutsche Verfassungsordnung bleiben, denn: „Das Problem der Errichtung einer vollkommenen bürgerlichen Verfassung ist von dem Problem eines gesetzmäßigen *äußeren Staatenverhältnisses* abhängig und kann ohne das letztere nicht aufgelöst werden.“<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, S. 29 f. – Siebenter Satz) – Hervorhebung im Original.

# Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard* Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 11. A. 1929
- Benda, Ernst / Klein, Eckart / Klein, Oliver* Verfassungsprozessrecht, 3. A. 2012
- Ehrenzeller, Bernhard u.a. (Hrsg.)* Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, Bd. 1, 3. A. 2014
- Frau, Robert /Trinks, Matthias* Zum Spannungsverhältnis von Völker- und Verfassungsrecht, DÖV 2013, 228 ff.
- Frowein, Jochen A.* Jus Cogens, in: R. Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP online edition)
- Geiger, Rudolf* Grundgesetz und Völkerrecht, 6. A. 2013
- Giegerich, Thomas* Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003
- Giegerich, Thomas* Die Souveränität als Grund- und Grenzbegriff des Staats-, Völker- und Europarechts, in: U. Schliesky u.a. (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, 2011, S. 603 ff.
- Kant, Immanuel* Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: ders., Schriften zur Geschichtsphilosophie (hgg. von Manfred Riedel [Reclam 1985]), S. 21 ff.
- Kees, Alexander* Bricht Völkerrecht Landesrecht?, Der Staat 54 (2015), 63 ff.
- Krumm, Marcel* Legislativer Vertragsbruch im demokratischen Rechtsstaat, AöR 138 (2013), 363 ff.
- Münch, Ingo von (Hrsg.)* Dokumente des geteilten Deutschland, Bd. 1, 2. A. 1976
- Rauschning, Dietrich* Verfassungspflicht zur Befolgung völkerrechtlicher Verträge, in: Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein, S. 287 ff.
- Thiemann, Christian* Anmerkung zum Beschluss vom 10.1.2012 (I R 66/09), JZ 2012, 903 ff.
- Triepel, Heinrich* Völkerrecht und Landesrecht, 1899
- Wagner, Richard* Die Musikdramen, 1971