ROBERT FRAU

# Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag

Mohr Siebeck

Robert Frau

# Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag

Robert Frau

# Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag

Mohr Siebeck

*Robert Frau*, geboren 1979, seit 2011 Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht, Europarecht und ausländisches Verfassungsrecht der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder.

ISBN 978-3-16-153620-5 / eISBN 978-3-16-163063-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

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

*Meinen Eltern*

# Vorwort

Ist es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich gestattet, von innerstaatlich ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen einseitig abzuweichen? In einem Gespräch mit einem steuerrechtlichen Kollegen des Verfassers im Sommer 2012 stand diese Frage im Mittelpunkt. Anlass des Gesprächs war ein konkreter Normenkontrollantrag des Bundesfinanzhofs an das Bundesverfassungsgericht, der das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Völkerrecht betraf. Gemeinsam haben wir versucht, das Problem zu umreißen und verfassungs-, völker- und steuerrechtlich zu analysieren. Dabei hat sich gezeigt, dass die Vorlagefrage weit mehr Fragen aufwarf, als zunächst gedacht. Bei der Ausgangsfrage ist es nicht geblieben.

Die gemeinsame Abhandlung in *Die Öffentliche Verwaltung* 2013 konnte platzbedingt nicht abschließend sein. Daher unternimmt die vorliegende Analyse den Versuch, das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht, völkerrechtlichen Verträgen und der Bindung des Gesetzgebers an solche völkerrechtlichen Verträge möglichst umfassend zu untersuchen. Im Zentrum steht der erwähnte Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs an das Bundesverfassungsgericht aus dem Januar 2012; darüber hinaus widmet sich die Untersuchung selbstverständlich auch grundsätzlicheren Fragen, für die der Vorlagebeschluss nur den Anlass bietet.

Die Untersuchung weist anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach, dass die Ansicht des Bundesfinanzhofs nicht haltbar ist. Relevanz hat die Vorlage des Bundesfinanzhofs an das Bundesverfassungsgericht auf drei Ebenen: Erstens auf der Ebene der unmittelbaren Streitentscheidung, zweitens auf steuerrechtlicher Ebene für vergleichbare „treaty-overrides“ sowie schließlich auf der dahinterliegenden verfassungsrechtlichen Ebene für die Folgen eines völkerrechtswidrigen Vertragsgesetzes i. S. d. Art. 59 Abs. 2 des Grundgesetzes. Es lohnt daher, die sich stellenden verfassungsrechtlichen Fragestellungen einer genaueren Untersuchung zu unterziehen.

Die Ausführungen zu den Rechtsbindungen des Gesetzgebers hat der Verfasser auf der 53. Assistententagung Öffentliches Recht „Rechtssetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie“ in Bern gekürzt vorgetragen. Hier sind diese Ausführungen nunmehr erweitert enthalten.

Während selbstverständlich alle möglichen Fehler im Buch zu Lasten des Verfassers gehen, habe ich bei der Arbeit von zahlreichen Gesprächspartnern profitiert. Vor allem bei dem „Impulsgeber", dem bereits angesprochenen steuerrechtlichen Kollegen *Matthias Trinks* (Mannheim, ehem. Frankfurt/Oder), möchte ich mich sehr für die produktive Zusammenarbeit bedanken. Frau Dr. *Theresa Unger*, Herrn *Timo Costa* und Herrn Rechtsanwalt *Ramon Toossi* (alle Berlin) danke ich herzlich für ihre offenen Ohren und die zahlreichen Diskussionen. Dass die beiden Nichtjuristen bereit waren, sich immer wieder von Art. 25 und 59 GG sowie den Stichworten „Dualismus" und „Normenhierarchie" quälen zu lassen, hat mir geholfen, die Argumentation zu schärfen. Ebenso bedanke ich mich bei den RWlern für die fruchtbringende Diskussion auf unserer Arbeitskreissitzung in Freiburg 2012 und Herrn Ass. iur. *Manuel Brunner* (Hannover) für das Feedback. Frau *Jana Wenzel* und den beiden studentischen Hilfskräften am Lehrstuhl, Herrn cand. iur. *Sebastian Forst* und Herrn cand. iur. *Simon Gauseweg* danke ich für ihre wertvolle Hilfe bei der Fertigstellung des Buches. Meinem Chef, Herrn Professor Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg*, danke ich für den wissenschaftlichen Freiraum an seinem Lehrstuhl, in dessen Rahmen diese Abhandlung erst entstehen konnte. Dem Verlag Mohr Siebeck, vor allem Frau *Dominika Zgolik* und Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig,* danke ich für die herausragende Betreuung.

Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern.

*Robert Frau*
Frankfurt (Oder), im Januar 2015

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... VII

Inhaltsverzeichnis ..... IX

Abkürzungsverzeichnis ..... XV

## Erster Teil: Grundlagen und Rechtsrahmen

Kapitel 1: Einleitung ..... 1

*A. Problemstellung* ..... 1

*B. Gang der Untersuchung* ..... 3

Kapitel 2: Forderungen des Völkerrechts ..... 5

*A. Völkerrechtliche Rechtsquellen* ..... 5

*B. Völkerrechtliche Verträge* ..... 5

I. Vertragsschlussverfahren ..... 6
1. Zusammengesetztes Verfahren ..... 6
2. Vereinfachtes Verfahren ..... 6
II. Vertragsschlusskompetenzen ..... 6
III. Völkerrechtliches Frustrationsverbot ..... 7
1. Umfang des Frustrationsverbotes ..... 8
2. Die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zur Auslieferung an Indien ..... 9

*C. Völkerrechtliche Rechtsfolgen und Forderungen* ..... 10

I. Verpflichtung zur Erfüllung ..... 10
1. „Law-making-treaties“ und „contract-treaties“ ..... 11
2. Mögliche unmittelbare Wirkung völkerrechtlicher Verträge ..... 12
II. Sanktionsmechanismen bei Nichterfüllung ..... 14

1. Beendigung und Suspendierung völkerrechtlicher Verträge.....14
2. Staatenverantwortlichkeit für die Verletzung von Völkerrecht .....15
III. Ausblick: Forderungen des Verfassungsrechts.....15

Kapitel 3: Deutsches Recht und Völkerrecht .....17

*A. Klassische Konzeptionen* .....17

*B. Übernahme völkerrechtlicher Verträge in die deutsche Rechtsordnung* .....18

I. Zustimmungsbedürftige Verträge .....19
1. Übernahmefunktion des Vertragsgesetzes .....20
2. Rangordnungsfunktion des Vertragsgesetzes.....20
a. Gleichlauf von Vertragsgesetz und völkerrechtlichem Vertrag .....20
b. Beschränkte Spezialität von Art. 59 Abs. 2 GG .....21
c. Ergebnis zur Rangordnungsfunktion des Vertragsgesetzes.....23
II. Nicht zustimmungsbedürftige Verträge .....23

*C. Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*.....23

I. Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung.....24
II. Pflicht zur Befolgung des Völkerrechts durch deutsche Staatsorgane...25

Kapitel 4: Rechtsbindungen der Legislative.....27

*A. Vorüberlegungen* .....27

I. Stufenbau der Rechtsordnung .....27
II. Souveränität des modernen Staates und die Kompetenz des Gesetzgebers .....28

*B. Verfassungsbindung des Gesetzgebers* .....29

I. Verfassungsbindung des einfachen Gesetzgebers.....29
1. Grundrechte .....30
2. Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen.....30
a. Staatsziel Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen .....31
b. Staatsziel Frieden.....32
3. Übriges Verfassungsrecht.....34
4. Abdingbarkeit.....34
II. Verfassungsbindung des verfassungsändernden Gesetzgebers.....34
1. Materielle Vorgaben.....35

2. Abdingbarkeit ..... 36

*C. Bindung des Gesetzgebers an Europäisches Unionsrecht* ..... 37

I. Bindung des einfachen Gesetzgebers an primäres und sekundäres Unionsrecht ..... 37
II. Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an Unionsrecht ..... 38
III. Bindung an völkerrechtliche Verträge der EU ..... 39

*D. Bindung des Gesetzgebers an Recht im Übergesetzesrang* ..... 40

*E. Bindung des Gesetzgebers an einfaches Recht* ..... 43

I. Grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers vom einfachen Recht ..... 43
II. Bindung an Grundsatzgesetze ..... 44
III. Bindung an das Maßstäbegesetz ..... 45
IV. Bindung an Urteile des Bundesverfassungsgerichts ..... 47
V. Bindung an Systeme, Teilverfassungen u. ä. ..... 48
VI. Zwischenergebnis zur Bindung des Gesetzgebers an einfache Gesetze ..... 49

Zweiter Teil: Völkerrechtliche Verträge im Verfassungsrecht

Kapitel 5: Bindung der Legislative an Völkervertragsrecht ..... 51

*A. Ausgangspunkt: Die Reichskonkordat-Entscheidung* ..... 51

*B. Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* ..... 54

I. Unschuldsvermutung-Entscheidung ..... 54
II. Görgülü-Entscheidung ..... 55
III. Alteigentümer/Bodenreform III-Entscheidung ..... 56
IV. Sicherungsverwahrung II-Entscheidung ..... 57

*C. Folgen der Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention* ..... 58

I. Befolgungspflicht für deutsche Behörden ..... 58
II. Umsetzungspflicht für den Gesetzgeber und Änderungsmöglichkeit ..... 59

*D. Bindung an weitere völkerrechtliche Verträge in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* ..... 61

I. Entscheidung zum Wiener Konsularrechtsübereinkommen ..... 61

1. Urteil des Bundesverfassungsgerichts ..... 61
a. Völkervertraglich geprägtes Grundrecht auf ein faires Verfahren ..... 62
b. Berücksichtigungspflicht der IGH-Rechtsprechung durch deutsche Fachgerichte ..... 62
2. Einordnung des Urteils ..... 63
II. Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz ..... 64
1. Urteil des Bundesverfassungsgerichts ..... 64
2. Einordnung des Urteils ..... 65
III. Ergebnis ..... 66

*E. Verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers an völkerrechtliche Verträge* ..... 67

I. Bindung über Art. 25 Satz 1 GG i. V. m. dem Grundsatz von pacta sunt servanda ..... 67
1. Unmittelbare Bindung über Art. 25 GG ..... 67
2. Mittelbare Bindung über Art. 25 GG und den Grundsatz pacta sunt servanda ..... 67
3. Pflicht zu Berücksichtigung von Völkerrecht i. V. m. Art. 25 GG und dem Grundsatz von pacta sunt servanda ..... 69
4. Mittelbare Bindung über Art. 25 GG und das völkerrechtliche Verbot widersprüchlichen Verhaltens ..... 70
II. Bindung über die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ..... 70

Kapitel 6: Bindung der Legislative an Doppelbesteuerungsabkommen ..... 73

*A. Zum Inhalt von Doppelbesteuerungsabkommen* ..... 74

*B. Ansichten zur Verfassungsmäßigkeit von treaty-overrides* ..... 76

I. Herrschende Meinung und bisherige Rechtsprechung ..... 76
II. Neue Herangehensweise des Bundesfinanzhofs ..... 78

*C. Anwendbarkeit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Europäischen Menschenrechtskonvention auf Doppelbesteuerungsabkommen* ..... 81

I. Görgülü-Konstellation ..... 81
II. Inhalt des umzusetzenden völkerrechtlichen Vertrages ..... 83
III. Subjektives Recht des Einzelnen ..... 85
IV. Bindung an das Doppelbesteuerungsabkommen über Art. 25 GG i. V. m. dem Grundsatz von pacta sunt servanda ..... 86

V. Pflicht zur Befolgung des Völkervertragsrechts durch die deutsche Staatsgewalt....86
1. Allgemeine Ausführungen zur Berücksichtigungspflicht für deutsche Staatsorgane....87
2. Berücksichtigungspflicht der Legislative in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung....88
3. Berücksichtigungspflicht der Legislative aus verfassungsrechtlicher Sicht, insbesondere durch Selbstbindung des Gesetzgebers....89
4. Berücksichtigungspflicht von Exekutive und Judikative....94
VI. Zwischenergebnis zur Bindung an Völkervertragsrecht....95

*D. Unmittelbare Anwendbarkeit von Doppelbesteuerungsabkommen in der deutschen Rechtsordnung*....95

*E. Ergebnis: Bindungen der Legislative an Völkervertragsrecht*....96

Kapitel 7: Exkurs: Völkerrechts- und Verfassungsmäßigkeit von treaty-overrides....99

*A. Völkerrechtsmäßigkeit eines treaty-override*....99
I. Vorliegen eines Völkerrechtsverstoßes....99
II. Rechtfertigung des Verstoßes....100
III. Ergebnis zur Völkerrechtsmäßigkeit....101

*B. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Überprüfung von treaty-overrides*....101

*C. Formelle Verfassungsmäßigkeit eines treaty-overrides*....102

*D. Materielle Verfassungsmäßigkeit eines treaty-overrides*....102
I. Verstoß gegen Art. 25 GG i. V. m. dem pacta sunt servanda-Grundsatz....102
II. Verstoß gegen Grundrechte....103
1. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG....103
2. Allgemeiner Gesetzesbefolgungsanspruch, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG....104
a. Umfang der „verfassungsmäßigen Ordnung“....104
b. Existenz eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruchs....105
3. Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz....106

## Dritter Teil: Ein Vorschlag

Kapitel 8: Ein Vorschlag zur Bindung der Legislative an Völkervertragsrecht ..... 107

*A. Bausteine der Bindung* ..... 107

I. Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention ..... 107
II. Sachbereich mit besonderer verfassungsrechtlicher Bedeutung ..... 108

*B. Bindung des Gesetzgebers an bestimmte völkerrechtliche Verträge* ..... 109

I. Schutz der Grund- und Menschenrechte ..... 109
1. Menschenrechtskonforme Auslegung von Grundrechten und Verfassung ..... 109
2. Berücksichtigung der Entscheidungen internationaler Menschenrechtsorgane ..... 110
II. Staatsziel Frieden ..... 111
1. Eins-zu-eins-Umsetzung der Kampala-Beschlüsse ..... 111
a. Definition des Angriffskrieges und die Erheblichkeitsschwelle ..... 112
b. Aufgabe des Inlandsbezuges ..... 112
c. Tauglicher Täterkreis und andere Erweiterungen der völkerrechtlichen Strafbarkeit im deutschen Recht ..... 114
2. Berücksichtigung der Rechtsprechung internationaler Strafgerichte ..... 115
III. Staatsziel Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ..... 115

*C. Folgen für die verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit von Völkervertragsrecht* ..... 116

*D. Ergebnis* ..... 117

*E. Ausblick: Das Bundesverfassungsgericht und treaty-overrides* ..... 117

Kapitel 9: Zusammenfassung ..... 119

Literaturverzeichnis ..... 121

Sachverzeichnis ..... 131

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a. A. | anderer Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt der EU |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AO | Abgabenordnung |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| Aug. | August |
| AVR | Archiv des Völkerrechts |
| BB | Betriebsberater |
| Bd. | Band |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGBl. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| bzw. | beziehungsweise |
| DBA | Doppelbesteuerungsabkommen |
| DBA-Türkei | Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen |
| DDR | Deutsche Demokratische Republik |
| ders. | Derselbe |
| Dez. | Dezember |
| Doc. | Document |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DStJG | Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DStRE | Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| EFSF | Europäische Finanzstabilisierungsfaszilität |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| EStG | Einkommenssteuergesetz |