

§ 32 Offener Verfassungsstaat

Robert Stendel

1964 hielt *Klaus Vogel* seine programmatische Hamburger Antrittsvorlesung „*Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*“¹. In ihr begründete er in Abgrenzung zu Fichtes „*geschlossenem Handelsstaat*“² das wirkmächtige Bild des offenen Verfassungsstaats des Grundgesetzes.³ Dieser „*offene*“ Staat ist in den Worten *Vogels* ein „*sich in jene Gemeinschaft der Staaten rechtlich einordnende[r] und sich insoweit auch unterordnende[r] Herrschaftsverband*“⁴.

Das 50. Jubiläum des Instituts⁵, dessen Gründung auf *Klaus Vogel* zurückgeht, bietet nun nicht nur einen historischen, sondern auch einen aktuellen Anlass, auf dieses Leitthema *Vogels* einzugehen. Denn das Bild des „*offenen Verfassungsstaats*“ hat inzwischen sichtbare Risse bekommen. Auch wenn sich der Begriff beim BVerfG ebenso wie in der Staatsrechtslehre durchgesetzt hat,⁶ ist spätestens seit dem Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015⁷, in dem das Gericht einen sog. *treaty override*⁸ für verfassungsgemäß erachtet hat, klar, dass die Freundlichkeit gegenüber dem Völkerrecht allenfalls begrenzt ist.⁹

¹ *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

² Vgl. hierzu *J.G. Fichte*, Der geschlossene Handelsstaat, 1800.

³ Vgl. *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 33, 42 f.

⁴ Vgl. *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 35.

⁵ Zunächst unter dem Namen „*Institut für deutsches und internationales Steuerrecht*“.

⁶ Vgl. hierzu auch die Beobachtung von *Vogel* selbst in seiner Abschiedsvorlesung: *K. Vogel*, JZ 1997, 163 m.w.N.

⁷ BVerfG, DStR 2016, 359 = NJW 2016, 1295 = DVBl 2016, 503.

⁸ Der Begriff stammt aus den USA und beschreibt das Phänomen, dass entgegen einer bestehenden völkervertraglichen Verpflichtung innerstaatlich ein Gesetz erlassen wird, das dem Vertrag widerspricht; vgl. zum Begriff *D. Gosch*, IStR 2008, 413 f.

⁹ Die Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit hatte das BVerfG allerdings bereits in der *Görgülü* Entscheidung aufgezeigt, als es betont hatte, dass GG „*aber nicht auf die in dem*

Klaus Vogel selbst hatte in seiner Abschiedsvorlesung auf das Problem des *treaty override* hingewiesen und auf der Basis seiner in der Antrittsvorlesung entfalteten Vorstellung des „*offenen Verfassungsstaats*“ für verfassungswidrig erachtet.¹⁰ Dieser Auffassung¹¹ folgt lediglich das Sondervotum der Richterin König zu dem vorgenannten Beschluss, die Mehrheit bleibt bei einer am *Triepel'schen* Dualismus verhaftenden Sichtweise stehen, die den Widerspruch zwischen innerstaatlichem Recht und Völkerrecht als misslich,¹² aber hinnehmbar ansieht.¹³ Im Folgenden soll jedoch in gebotener Kürze aufgezeigt werden, dass die Lösung der Mehrheit in sich nicht schlüssig ist.

Wenn das BVerfG aus dem GG bzw. aus dessen Völkerrechtsfreundlichkeit den Rechtssatz herleitet, nach Möglichkeit Völkerrechtsverstöße zu vermeiden und selbst den Gesetzgeber hieran binden will,¹⁴ hätte es konsequent fragen müssen, ob der Bundestag dieser Bemühenspflicht Genüge getan hat.¹⁵ Dass der Bundestag nach allgemeiner Ansicht einen völkerrechtlichen Vertrag selbst nicht kündigen kann, spielt insoweit – anders als es das BVerfG meint¹⁶ – keine Rolle. Denn im ersten Schritt wäre ihm jedenfalls eine – wenn auch rechtlich nicht bindende – Aufforderung an die Bundesregierung möglich und zumutbar gewesen, den Vertrag neu auszu-

letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“ verzichtet habe (BVerfGE 111, 307 (319)).

¹⁰ K. Vogel, JZ 1997, 163; vgl. auch die Besprechung der *Görgülü*-Entscheidung: K. Vogel, IStR 2005, 29 (30).

¹¹ Vgl. stellvertretend A. Rust/ E. Reimer, IStR 2006, 843 (847-849).

¹² So weist das BVerfG ausdrücklich darauf hin, dass ein Verstoß gegen das Völkerrecht „*nicht unbeachtlich*“ (BVerfG, DStR 2016, 359 (366 Rn. 63)) sei.

¹³ Es entspricht der auf H. Triepel zurückzuführenden dualistischen Lehre, dass Völkerrecht und innerstaatliches Recht als zwei voneinander unabhängige Rechtsordnungen einander widersprechen können, ohne dass dieser Konflikt aufgelöst werden müsste; vgl. grundlegend H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 111 ff.; A. Peters spricht deshalb auch von „*Triepelianism Continued*“, A. Peters, *New German Constitutional Court Decision on „Treaty Override“: Triepelianism Continued*, abrufbar unter: <http://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triepelianism-continued-2/>.

¹⁴ BVerfG, DStR 2016, 359 (367, Rn. 70) mit Verweis auf BVerfGE 112, 1 (26).

¹⁵ Ähnlich M. Lehner, IStR 2016, 217 (218 f.), der Ausführungen des BVerfG zu den konkreten Bemühenspflichten der Staatsorgane für „*wünschenswert*“ gehalten hätte; vgl. auch M. Lehner, in: Vogel/Lehner, *DBA*, 6. Aufl. 2015, Grundlagen, Rn. 202.

¹⁶ BVerfG, DStR 2016, 359 (370, Rn. 89).

handeln, eine gemeinsame Auslegungserklärung abzugeben oder den Vertrag abzuändern. Weigert sich die Bundesregierung, mag der Bundestag, weil ihm nicht mehr möglich ist, das dem Völkervertragsrecht widersprechende Gesetz erlassen. Andernfalls ist das Gesetz wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit nichtig.¹⁷ Das BVerfG zieht diesen Schluss indes nicht. Es lässt vielmehr die Gebote, die es aus der Völkerrechtsfreundlichkeit selbst zieht und als Verpflichtungen charakterisiert,¹⁸ zu bloßer Rhetorik verkümmern. Die hier vorgeschlagene Lesart, die dem Gesetzgeber eine Bemühungspflicht zur Vermeidung von Völkerrechtsverstößen auferlegt, nimmt dagegen den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ernst und verhilft den Geboten, die das BVerfG ihm entnimmt, zur Wirksamkeit.

Dem steht nun weder das Demokratieprinzip entgegen noch unterläuft es die grundgesetzlich vorgefundene Unterscheidung der Bindungswirkung zwischen Völkervertragsrecht und den allgemeinen Regeln des Völkerrechts.¹⁹ Vielmehr schafft dieser Vorschlag einen Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz zwischen den einzelnen Verfassungsrechtsgütern.²⁰ So kann der Bundestag ohne weitere Gründe letztlich ein dem Völkervertragsrecht widersprechendes Gesetz erlassen, ohne dass das Zustimmungsgesetz systemwidrig denselben Rang wie die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 S. 1 GG) erhält. Gleichzeitig ist damit auch dem Demokratieprinzip Rechnung getragen, indem der Bundestag keine Bindungen für spätere Gesetzgeber erzeugen kann. Der Bundestag muss aber gewisse Kautelen beachten, gewisse Bemühungen zeigen, die aber dessen Recht,

¹⁷ Ähnlich S. Vöneky, HStR, 3. Aufl., Bd. XI (2013), § 236 Rn. 33; a.A. M. Lehner, IStR 2016, 217 (219), der annimmt, ein solches Gesetz verstoße zwar gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 S. 1 GG, sei aber nicht nichtig.

¹⁸ Das BVerfG spricht explizit von einer Verpflichtung: „Erstens sind die deutschen Staatsorgane **verpflichtet**, [...] Verletzungen [bindender Völkerrechtsnormen] nach Möglichkeit zu unterlassen.“, BVerfG, DStR 2016, 359 (367, Rn. 70) (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁹ Dies sind die beiden Hauptbegründungsstränge des BVerfG, um die Verfassungsmäßigkeit des *treaty override* zu begründen, vgl. BVerfG, DStR 2016, 359 (364, Rn. 53 und 363, Rn. 41 ff.).

²⁰ Insoweit ähnelt der Vorschlag dem Ansatz, den A. Rust und E. Reimer (IStR 2005, 843 (848)) vorgeschlagen haben und den auch das Sondervotum der Richterin D. König verfolgt (DStR 2016, 372 (374)). Allerdings wird vorliegend zwischen dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit und dem Demokratieprinzip und nicht zwischen dem Rechtsstaatsprinzip in völkerrechtsfreundlicher Lesart (hierzu A. Rust/E. Reimer, IStR 2005, 843 (847)) und dem Demokratieprinzip abgewogen.

neues Recht gleich welchen Inhalts zu erlassen, unberührt lassen. Diese Kautelen sind wiederum nur ein Ausdruck der Abwägung zwischen Völkerrechtsfreundlichkeit und Demokratieprinzip.

Letztlich geht diese Lösung zwar nicht so weit, wie es *Klaus Vogel* gefordert hatte, als er den „*Wortbruch*“ des Verfassungsstaats für unzulässig erachtet hat.²¹ Aber sie trägt der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, wie sie in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelt worden ist, Rechnung. Das BVerfG tut dies bezeichnenderweise nicht; es öffnet die Tür für den Gesetzgeber nach eigener Willkür das Völkervertragsrecht zu brechen. Eine Vorstellung, die dem Grundgesetz und seiner von *Klaus Vogel* entfaltenen *offenen Verfassungsstaatlichkeit* fremd ist.

²¹ *K. Vogel*, JZ 1997, 161 (167).