

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1973

Übersicht

(for an English Version of this Survey see below)

I. Völkerrecht und Landesrecht (1—13)

1. Völkerrechtliches Vertragsrecht: a) Wirkung des Zustimmungsgesetzes; b) Verfassungskontrolle des Zustimmungsgesetzes — 2. Anwendbarkeit des Völkerrechts auf die Beziehungen zwischen deutschen Ländern — 3. Europäisches Gemeinschaftsrecht.

II. Staat und Regierung (14—16)

1. Immunität — 2. Völkerrechtliche Haftung.

III. Jurisdiktion: Überprüfung fremder Hoheitsakte (17)

IV. Diplomatischer Schutz (18)

V. Fremdenrecht (19—28)

1. Zugang und Aufenthalt — 2. Asylrecht — 3. Fremdenpaß — 4. Inländerbehandlung — 5. Rechte der Ausländer im Inland.

VI. Flüchtlinge (29—31)

VII. Völkerrechtliche Verträge (32—40)

1. Auslegung — 2. Rückgriff auf nationales Recht zwecks Auslegung — 3. Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner — 4. *Ius cogens* — 5. *Clausula rebus sic stantibus* — 6. Zusammenwirken der Verträge mit dem nationalen Recht.

VIII. Besatzungsrecht (41)

IX. Rechtslage Deutschlands (42—48)

1. Fortbestand des Deutschen Reichs — 2. Deutsche Demokratische Republik — 3. Berlin — 4. Deutsche Ostgebiete.

Survey

I. The Relationship between International Law and Municipal Law (1—13)

1. Law of international treaties: a) Effects of legislation incorporating international treaties in municipal law; b) Judicial review of such legislation — 2. Application of international law to relations among the German "Länder" — 3. European community law.

II. State and Government (14—16)

1. Immunity — 2. International responsibility.

*III. Jurisdiction: Review of Acts of Foreign States (17)**IV. Diplomatic Protection (18)**V. Legal Status of Aliens (19—28)*

1. Entry and law of residence — 2. Law of asylum — 3. Passports — 4. Equal treatment — 5. Individual rights of aliens.

*VI. Refugees (29—31)**VII. International Treaties (32—40)*

1. Interpretation — 2. Reference to municipal law for the purpose of interpretation — 3. Applicability with respect to partners of the treaty — 4. *Ius cogens* — 5. *Clausula rebus sic stantibus* — 6. Interdependence between treaty law and municipal law.

*VIII. Occupation Law (41)**IX. Legal Status of Germany (42—48)*

1. Legal continuity of the German "Reich" — 2. German Democratic Republic — 3. Berlin — 4. German eastern territories.

*Vorbemerkung *)*

Der folgende Bericht über Stellungnahmen von Gerichten der Bundesrepublik Deutschland zu völkerrechtlichen Fragen schließt sich an den für

*) Abkürzungen: ABl. = Amtsblatt; ArchVR = Archiv des Völkerrechts; AS = Amtliche Sammlung; AuslG = Ausländergesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. III, 2600-1; AWD = Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; BayObLGSt = Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen; BayVbl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BDH = Bundesdisziplinarhof; BEG = Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung, in der Fassung vom 29. 6. 1956, BGBl. I, 562; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BSozG = Bundessozialgericht; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; DVbl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EG = Europäische Gemeinschaften; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGH Rspr. = Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GewA = Gewerbe-archiv; GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; IPRspr. = Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts; JZ = Juristenzeitung; LG = Landgericht; LSchA = Abkommen über deutsche Auslandsschulden (Londoner Schuldenabkommen) vom 27. 2. 1953, BGBl. 1955 II, 333, 3 A 25; MDR = Monatschrift für Deutsches Recht; MRK = Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, BGBl. 1952 II, 686, 2 A 20; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OLG = Oberlandesgericht; Rdn. = Randnummer; ROW = Recht in Ost und West; Rspr. = Rechtsprechung; RzW = Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht; StAZ = Das Standesamt; VerwRspr. = Verwaltungsrechtsprechung; VGH = Verwaltungsgerichtshof; Warn. = Warneer, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; ZgesStw = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft; ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik.

das Jahr 1972¹⁾ an. Die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen ist wie bisher nur insoweit einbezogen, als sie zugleich allgemeines Völkerrecht oder wichtige Kollektivverträge oder allgemein bedeutsame Fragen der westeuropäischen Kollektivverträge (MRK, EG-Verträge)²⁾ betrifft. Der Bericht erfaßt auch wichtige Rechtsprechung zum nationalen Recht, soweit es sich um völkerrechtsrelevante Fragen (Staatsangehörigkeit, Überprüfung fremden Rechts an Hand des Grundgesetzes, Verfassungskontrolle der Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen usw.) handelt.

Da der Bericht systematisch gegliedert ist, läßt es sich nicht vermeiden, daß ein und derselbe Fall an verschiedenen Stellen auftritt, die durch Querverweisungen (eckig eingeklammerte laufende Ziffern der anderen Stellen) verbunden werden. So ist die gesamte Völkerrechtsproblematik eines Falles rasch zu überblicken.

I. Völkerrecht und Landesrecht

1. Völkerrechtliches Vertragsrecht

a) Wirkung des Zustimmungsgesetzes

1. Das BSozG (29. 3. 1973, RzW 1973, 319 [27]) nimmt in Übereinstimmung mit der in der Bundesrepublik herrschenden Lehre fälschlich (vgl. Bleckmann, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge [1970], S. 61 ff.) an, ein Vertrag werde durch das Zustimmungsgesetz nur insoweit in deutsches Recht transformiert, als durch diese Abmachung nicht bloß Verpflichtungen der Staaten zueinander, sondern auch Rechte und Pflichten der einzelnen Staatsbürger erzeugt werden, der Vertrag also unmittelbar anwendbar (*self-executing*) ist.

b) Verfassungskontrolle des Zustimmungsgesetzes

2. In Art. 23 Abs. 3 des Staatsvertrags verzichtete Österreich »unbeschadet der Gültigkeit bereits getroffener Regelungen« im eigenen Namen und im Namen der österreichischen Staatsangehörigen auf alle am 8. 5. 1945 noch offenen Forderungen gegen Deutschland und deutsche Staatsangehö-

¹⁾ Albert Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1972, ZaöRV Bd. 33 (1973), S. 757 ff. Vgl. auch Hugo J. Hahn, Deutsche Rechtsprechung 1945—1950, ZaöRV Bd. 14 (1951), S. 252 ff.; Fritz Münch, — 1951—1957 (Teil A) ZaöRV Bd. 20 (1959), S. 186 ff., (Teil B) ZaöRV Bd. 21 (1961), S. 511 ff., (Teil C) ZaöRV Bd. 22 (1962), S. 729 ff.; Christian Tomuschat, —1958—1965 (Teil A) ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 48 ff., (Teil B) *ibid.*, S. 646 ff.; Albert Bleckmann, — 1966—1968, ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 271 ff.; — 1969—1970, ZaöRV Bd. 32 (1972), S. 71 ff.; — 1971, ZaöRV, Bd. 32 (1972), S. 583 ff.

²⁾ Vgl. hierzu die ständige Berichterstattung des Verfassers in den Cahiers de droit européen.

rige, die in der Zeit zwischen dem 13. 3. 1938 und Kriegsende begründet worden waren. Art. 22 h des deutsch-österreichischen Vermögensvertrages vom 15. 6. 1957 (BGBl. 1958 II, 129) erklärte u. a. eine Forderung in diesem Sinne für geregelt, wenn der Schuldner auf eine Zahlungsaufforderung des Gläubigers keine zivilrechtlichen Einwendungen erhoben hat. In einem vom BGH am 1. 3. 1973 entschiedenen Fall (MDR 1973, 567) meinte der Kläger, weder nach deutschem Recht noch nach internationalen Rechtspflogenheiten könne der Fall, daß ein Schuldner auf ein Mahnschreiben seines Gläubigers nicht antworte, als eine »getroffene Regelung« im Sinne des Staatsvertrages betrachtet werden. Daher habe die Ratifizierung des Vermögensvertrages ein Wiederaufleben der bereits untergegangenen Forderung bewirkt. Die beklagte Bundesrepublik habe somit durch den Abschluß des Vermögensvertrags in verfassungswidriger Weise in die Eigentumsrechte des Klägers eingegriffen.

Nach Ansicht des BGH bezweckten die Alliierten mit dem Österreich auferlegten Forderungsverzicht nicht eine Begünstigung der deutschen Schuldner. Diese seien vielmehr ohne eigenes Zutun in den Genuß des Verzichts gekommen. Das spreche dagegen, daß die Rechtsposition, die der Kläger auf Grund des Art. 23 Abs. 3 des Staatsvertrags erlangte, von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG umfaßt werde. Außerdem habe Art. 23 Abs. 3 keine endgültige und bestimmte Regelung enthalten. Diese auf einen englisch-amerikanischen Vorschlag zurückgehende Vorschrift entspringe der anglo-amerikanischen Übung, weitgefaßte Rechtsnormen zu schaffen und es ihrer praktischen Handhabung zu überlassen, den Anwendungsbereich den gegebenen Durchführungsmöglichkeiten gemäß abzugrenzen (BGHZ 19, 258, 265). Die Alliierten hätten somit Österreich einen gewissen Spielraum zu Verhandlungen mit der Bundesrepublik über die Auslegung der Unbeschadetklausel gelassen. Daher habe der Kläger sich nicht darauf verlassen können, daß der österreichische Forderungsverzicht Bestand haben werde.

Der Wesenskern der Eigentumsgarantie werde nicht dadurch angetastet, daß die Bundesrepublik in der Frage des Forderungsverzichts einen Kompromiß zu Lasten der deutschen Schuldner einging, um eine großzügige Freigabe der deutschen Vermögen im Rahmen der Österreich durch den Staatsvertrag auferlegten Bindungen zu erreichen. Dem Gesetzgeber habe eine weitreichende Gestaltungsfreiheit zu Lasten der deutschen Eigentümer zugestanden. Diese habe er in Anspruch nehmen müssen, um im Hinblick auf die österreichische Haltung bei den Vertragsverhandlungen und dem durch den Staatsvertrag begrenzten Verhandlungsspielraum eine vertretbare Lösung für die deutschen Staatsangehörigen in ihrer Gesamtheit zu erzielen.

3. In seinem Urteil vom 19. 6. 1973 (Warn. 1973 Nr. 158, S. 424 ff., 429 [34]) überprüfte der BGH die Übereinstimmung des im Art. 5 Abs. 2 LSchA enthaltenen Klagestops mit Art. 14 GG. Das LSchA regle einen Teilbereich aus dem Komplex der Abwicklung der Kriegsfolgen. Das BVerfG und der BGH hätten wiederholt ausgesprochen, daß auf diesem Gebiet dem Gesetzgeber die Hände durch Art. 14 GG nicht gebunden seien (BVerfGE 15, 126, 143 f.; 19, 150, 163; 23, 153, 166; 29, 248, 360; BGHZ 36, 245; 52, 371; BGH Warn. 1973 Nr. 66). Die Frage, ob die zur Zwangsarbeit herangezogenen KZ-Häftlinge eine Entschädigung von den betreffenden Rüstungsbetrieben verlangen könnten, stelle einen Unterfall des Reparationsproblems dar, das insgesamt nur nach den Grundsätzen der Behebung eines Staatsbankrotts bereinigt werden könne. Die gegen Privatunternehmen gerichteten Reparationsforderungen hiervon auszunehmen, sei nicht sachgerecht. Krieg und Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes führten nicht nur zu einem Staatsbankrott, sondern bewirkten gleichzeitig eine so weitgehende Verminderung des Wirtschaftspotentials und eine so tiefgreifende Störung des gesamten Wirtschaftslebens, daß auch im privatwirtschaftlichen Bereich eine grundlegende Neuordnung notwendig wurde, hinter der jedenfalls in gewissem Umfang die Erfüllung aller Verbindlichkeiten zurückzutreten hatte. Hinzu komme, daß die Frage der privatrechtlichen Reparationsforderungen aufs engste verflochten sei mit dem völkerrechtlichen Reparationsproblem.

Das Ausscheiden des Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab bedeute freilich nicht, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Kriegsfolgen von allen verfassungsrechtlichen Bindungen frei wäre (BVerfGE 15, 126, 140 ff.; 23, 153, 166; 19, 150, 163). Allerdings gehe auf diesem Gebiet seine Gestaltungsfreiheit besonders weit (BVerfGE 13, 29, 42 f.; 15, 167, 201; 23, 152, 168). Jedenfalls überschreite die Rückstellung der Reparationsforderungen die der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit gezogenen verfassungsrechtlichen Schranken nicht. Insbesondere verstoße sie nicht gegen das aus Art. 3 GG herzuleitende Willkürverbot.

4. Am 22. 5. 1973 beantragte die Bayerische Staatsregierung beim BVerfG, eine einstweilige Anordnung dahin zu erlassen, die Gegenzeichnung, Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes zu dem Vertrag vom 21. 12. 1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik und den vorgesehenen Notenaustausch gemäß Art. 10 des Vertrages auszusetzen, bis über den Antrag der Bayerischen Staatsregierung auf Feststellung, daß das angeführte Vertragsgesetz mit dem GG nicht vereinbar

und deshalb nichtig ist, entschieden ist (siehe hierzu das *Grundlagenvertrag-Urteil*, unten Nr. 42). Das BVerfG hat mit Beschluß vom 4. 6. 1973 (E 35, 193 = DÖV 1973, 601 = JZ 1973, 417 = NJW 1973, 1270) diesen Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

Vier der acht Richter des Senats waren der Auffassung, da der Vertrag der Ratifizierung bedürfe, brauche das Recht des Bundespräsidenten, das Zustimmungsgesetz auszufertigen und zu verkünden, nicht beschränkt zu werden. Da das Urteil zur Hauptsache am 31. 7. 1973 ergehen werde, seien die Nachteile abzuwägen, die eintreten, wenn der Senat das Inkrafttreten durch Erlaß einer einstweiligen Anordnung bis zu diesem Zeitpunkt hinauschiebt und in der Hauptsache entscheiden würde, der Vertrag sei mit dem GG vereinbar, und die Nachteile, die eintreten, wenn der Senat die einstweilige Anordnung nicht erläßt, der Vertrag in Kraft tritt und nachträglich in der Entscheidung zur Hauptsache festgestellt würde, daß der Vertrag mit dem GG nicht vereinbar ist. Von der einstweiligen Anordnung sei insbesondere, wenn es sich um Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen von großer politischer Bedeutung handle, nur unter Anlegung eines strengen Maßstabs Gebrauch zu machen. Bei einem derart bedeutungsvollen Vertrag dürfe das Gericht sich nicht damit begnügen, bei der Abwägung des Für und Wider schon die abstrakte Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit des Vertragsgesetzes entscheidend zu berücksichtigen. Es müsse schon bei der Abwägung wenigstens summarisch geprüft werden, ob die bis jetzt erkennbaren Gründe gegen die Verfassungsmäßigkeit wenigstens mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, daß das Vertragsgesetz ganz oder zum Teil für verfassungswidrig erklärt wird. Nach der bisherigen Rspr. des BVerfG sei dies wenig wahrscheinlich. Sollte das BVerfG zu dem Ergebnis gelangen, der Vertrag sei nur in einer bestimmten Auslegung mit dem GG vereinbar, so würde das zwischenstaatliche Inkrafttreten des Vertrages sie in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigen. Mit der Ablehnung der einstweiligen Anordnung werde also ein verhältnismäßig geringer Nachteil entstehen. Der Erlaß der einstweiligen Anordnung würde dagegen erheblich größere Nachteile nach sich ziehen. Der Vertrag stelle einen wichtigen Schritt innerhalb der von der Bundesregierung eingeleiteten, auf Entspannung gerichteten Ostpolitik dar, die mit dem Abschluß der Verträge von Moskau und Warschau begonnen worden sei. Er könne deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Seine Behandlung im Ratifizierungsverfahren habe Rückwirkungen auf andere außenpolitische Schritte der Bundesregierung. Hinsichtlich des Abschlusses und der Ratifizierung eines Vertrages von so elementarer politischer Bedeutung hätten die zu politischem Handeln berufenen Organe der Bundesrepublik ihre Verantwortung wahrzunehmen; diese dürfe

das Gericht, das die politischen Implikationen aus eigener Sachkenntnis nicht zu überschauen vermöge, nicht schmälern.

Vier Richter waren dagegen der Auffassung, es sei schon ein schwerer Nachteil, wenn ein Vertrag dieser Art in Kraft trete, bevor im Rechtsstaat das in der Verfassung zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Vertragsgesetzes zuständige und angerufene Verfassungsorgan zur Sache entschieden habe. Oberste Verfassungsorgane hätten von Verfassungen wegen aufeinander Rücksicht zu nehmen. Diese rechtlich gebotene Rücksicht könne durch keinerlei politische Erwägungen überwunden werden. Die Frage, ob das Zustimmungsgesetz mit dem GG übereinstimme, sei noch völlig offen. Noch offener sei, ob der Vertrag nicht verfassungskonform auszulegen sei. Der damit verbundene Nachteil liege in der völkerrechtlichen Folge, die mit der vorausgegangenen Ratifikation notwendigerweise verbunden sei: Dem Vertragspartner gegenüber könne der Ausspruch des Gerichts, der innerstaatlich für alle Organe der Bundesrepublik verbindlich sei, nicht mehr entgegengehalten werden; ihm komme der mit der Ratifikation verbundene Vertrauensschutz zustatten. Auch die Nachteile einer einstweiligen Anordnung seien nicht gering. Die Bundesregierung trage in Wahrnehmung ihrer Verantwortung mit Nachdruck vor, auch durch die zeitlich begrenzte Verzögerung des Ratifikationsverfahrens bis zum 31. 7. 1973 würde ihre Handlungsfähigkeit in den internationalen Verhandlungen der nächsten Monate aufs empfindlichste beeinträchtigt. Das Gericht dürfe sich aber seiner Verantwortung nicht entziehen, diesen Vertrag gewissenhaft zu prüfen. Es sei gewiß ein Nachteil, wenn die Einschätzung der Bundesregierung über die im Felde der auswärtigen Beziehungen zu befürchtenden Komplikationen richtig sein sollten. Es gebe jedoch in diesen Zusammenhängen keine Automatik. Insbesondere könne bei der Beurteilung der möglichen oder wahrscheinlichen Reaktionen der an den Verhandlungen Beteiligten nicht von deren Böswilligkeit ausgegangen werden; es gelte auch hier, daß von einem sachlich motivierten, fairen Verhalten, das die Grundlage auch des internationalen wechselseitigen Vertrauens bildet, auszugehen sei. Es bedürfe dann gewiß zusätzlicher Anstrengungen, allen Beteiligten die nach dem deutschen Verfassungsrecht entstandene Lage verständlich zu machen, sie zur Berücksichtigung dieser Lage und Anpassung ihres Verhaltens an diese Lage zu gewinnen und die mit der relativ kurzfristigen Verzögerung verbundenen Schwierigkeiten möglichst gering zu halten. Somit überwögen eindeutig die Gründe für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

Alle Richter hielten aber derzeit den Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht für »dringend geboten«. Nach dem augenblicklichen Stand des Ratifikationsverfahrens müsse nämlich nicht damit gerechnet werden, daß der Notenaustausch vor dem 1. 8. 1973 erfolge.

5. Am 13. 6. 1973 stellte die Bayerische Landesregierung einen zweiten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, der durch das Urteil vom 18. 6. 1973 (E 35, 257 = DÖV 1973, 603 = DVBl. 1973, 532 = NJW 1973, 1272) ebenfalls als unbegründet zurückgewiesen wurde. Die Richter kamen nunmehr zu dem einhelligen Ergebnis, die Nachteile einer einstweiligen Anordnung überwögen gegenüber den Nachteilen des Nichterlasses. Erginge eine einstweilige Anordnung, käme das Gericht aber in der Hauptverhandlung zu dem Ergebnis, der Vertrag sei verfassungswidrig, entstünde zwischen dem Verfassungsrecht und dem Völkerrecht zwar ein Widerspruch, der sich nur noch durch Verfassungsänderung beheben lasse, da die Vertragsänderung nicht in der alleinigen Macht der Bundesregierung stünde. Auf der anderen Seite ließen sich die politischen Komplikationen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung generell nicht mit Wahrscheinlichkeit kalkulieren. Sicher sei aber, daß wenn die Ratifikation nicht am 20. 6. 1973 stattfinde, der Weltsicherheitsrat am 21. 6. 1973 über den Eintritt beider Staaten in die UN entscheide, ohne daß der Grundlagenvertrag abgeschlossen sei. Das sei aber von elementarer Bedeutung für die Rechtsposition der Bundesregierung, daß zwischen beiden deutschen Staaten ein näheres und besonderes Verhältnis zueinander bestehe. Im übrigen müsse die Bundesregierung, wenn das BVerfG wegen des *political self-restraint* keine einstweilige Anordnung erlasse, die Grenze der Grundsätze selbst bestimmen, nach denen die Bundesregierung ein beim BVerfG anhängiges Verfahren nicht überspielen dürfe.

6. Am 19. 6. 1973 (BVerfGE 35, 280) lehnte das BVerfG mit Bezug auf die Gründe des Urteils vom 18. 6. 1973 den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Ratifikation des Grundlagenvertrages ab, den ein Individuum, das gegen den Grundlagenvertrag Verfassungsbeschwerde erhoben hatte, gestellt hatte.

7. Im Urteil über den Grundlagenvertrag vom 31. 7. 1973 selbst (E 36, 1 ff., 13 ff. = BayVBl. 1973, 490 = DÖV 1973, 606 = DVBl. 1973, 685 = JZ 1973, 588 = MDR 1973, 826 = ROW 1973, 226 [32, 42]) führte das BVerfG aus:

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens sei das Vertragsgesetz vom 6. 6. 1973 und der in ihm in Bezug genommene Vertrag samt Zusatzprotokoll. Die in Art. 1 des Vertragsgesetzes nicht in Bezug genommenen Teile des Vertragswerks schieden als Gegenstand der Normenkontrolle aus. Sie seien für die Gesamtwürdigung des Vertrags von Bedeutung und könnten — neben anderem — als Material zur Auslegung des Vertrags herangezogen werden. Maßstab im Normenkontrollverfahren sei das GG. Auf dieser Grundlage gebe es kein Spannungsverhältnis zwischen politischer

Wirklichkeit und Verfassungsordnung, das behoben werden könnte durch die Überlegung, die geltende Verfassungsordnung könne durch einen Vertrag geändert werden. Der Vertrag schaffe weder materielles Verfassungsrecht noch könne er zur Auslegung des GG herangezogen werden. Es sei vielmehr umgekehrt: Ein Vertrag, der mit dem geltenden Verfassungsrecht in Widerspruch steht, könne verfassungsrechtlich nur durch eine entsprechende Verfassungsänderung mit dem GG in Einklang gebracht werden. Unter mehreren möglichen Auslegungen des Vertrags sei die Auslegung zu wählen, nach der der Vertrag vor dem GG bestand habe (BVerfGE 4, 168). Zu den gerade in der Verbindung mit der verfassungsrechtlichen Prüfung von Verträgen bedeutsamen Auslegungsgrundsätzen gehöre außerdem, daß bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen, die sich auf Beziehungen der Bundesrepublik mit anderen Staaten beziehen, deren schrankensetzender, also Spielraum für die politische Gestaltung lassender Charakter nicht außer Betracht bleiben dürfe. In dieser Begrenzung setze das GG jeder politischen Macht, auch im Bereich der auswärtigen Politik, rechtliche Schranken; das sei das Wesen einer rechtsstaatlichen Ordnung, wie sie das GG geschaffen habe. Der Grundsatz des *judicial self-restraint*, den sich das BVerfG auferlege, bedeute nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner Kompetenz, sondern den Verzicht »Politik zu treiben«, d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er ziele also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum für politische Gestaltung offen zu halten. Deshalb sei es wichtig, daß die Entscheidung im Normenkontrollverfahren vor dem Inkrafttreten des Vertrages ergehe. Dem müßten alle Verfassungsorgane Rechnung tragen. Das bedeute einerseits, daß das BVerfG die verfassungsrechtliche Prüfung so rasch wie möglich zu Ende führe. Es bedeute andererseits, daß die übrigen Organe die Prüfungszuständigkeit des BVerfG in ihre Überlegungen zum zeitlichen Ablauf des Verfahrens, das zur Vertragsratifikation führt, einbeziehen und alles unterlassen, was dem BVerfG eine rechtzeitige und wirksame Ausübung seiner Kompetenz erschweren oder unmöglich machen könnte. Mit der Entscheidung des GG für eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit sei es unvereinbar, daß die Exekutive ein beim BVerfG anhängiges Verfahren überspiele. Ergebe sich ausnahmsweise einmal, wie in diesem Fall, eine Lage, in der das Inkrafttreten eines Vertrages vor Abschluß des verfassungsgerichtlichen Verfahrens nach Auffassung der Exekutive unabweisbar geboten erscheint, so hätten die dafür verantwortlichen Verfassungsorgane für die sich möglicherweise daraus ergebenden Folgen einzustehen.

2. Anwendbarkeit des Völkerrechts auf die Beziehungen zwischen deutschen Ländern

8. Zur Anwendbarkeit des Völkerrechts auf die Beziehungen zwischen den deutschen Ländern nimmt das Urteil des BVerfG vom 30. 1. 1973 (zweiter *Coburg*-Fall: E 34, 216 ff., 231 ff. = BayVBl. 1973, 181 = DOV 1973, 161 = DVBl. 1973, 304 = JZ 1973, 362 [38]) Stellung:

Das innere Verhältnis des Bundesstaats, d. h. sowohl die staatsrechtlichen Beziehungen zwischen Bund und Ländern als auch die staatsrechtlichen Beziehungen zwischen den Gliedern des Bundesstaats, würde nach dem Recht des GG ausschließlich durch das geltende Bundesverfassungsrecht bestimmt. Insoweit sei kein Raum für die Anwendung von Völkerrecht. Für das Verhältnis Bund-Länder im Bundesstaat habe dies das BVerfG schon in seinem Urteil vom 23. 10. 1951 (E 1, 51) entschieden. Dasselbe gelte auch für die dort offen gebliebene Frage, ob »ein das Verhältnis von Staaten zueinander regelnder Völkerrechtssatz innerhalb des Bundesstaats ... im Verhältnis von Land zu Land und im Bereich ihrer rechtlichen Gleichordnung angewendet werden« könne. Art. 25 GG bestimme zwar allgemein etwas über das Verhältnis von Völkerrecht zu innerstaatlichem Recht, biete aber keinen Ansatz, die verfassungsrechtliche Regelung der Beteiligten zwischen den Ländern, die sich aus ihrer gliedstaatlichen Stellung im Bundesstaat ergeben, zu modifizieren oder zu ergänzen. Schon der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich habe in seiner Entscheidung vom 29. 6. 1925 (Lammers/Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich Bd. 1, S. 198) in einem ähnlichen Fall erkannt, »das deutsche Staatsrecht wird in Fragen, wie der hier vorliegenden, maßgebend allein beherrscht von der Tatsache der Verbindung der deutschen Bundesstaaten (Länder) zum Deutschen Reich und der für diese Verbindung gesetzten Normierung, der Reichsverfassung«, und dann hinzufügt, »wenn aber letztere, wie im Streitfalle, keinerlei Anhaltspunkte gibt, wie die entstandenen Streitfragen zu lösen sind, so wird der Schluß nicht von der Hand zu weisen sein, daß diejenige Rücksichtnahme auf die Interessen des Gegenkontrahenten eines Staatsvertrages, die im Völkerrecht jedem Staat zugemutet wird, auch im Verbands des Deutschen Reichs nicht als unbillig und einer rechtlichen Grundlage entbehrend angesehen werden kann«. Das BVerfG fährt fort, heute sei das Verhältnis der Länder im Bundesstaat zueinander lückenlos durch das Bundesverfassungsrecht geregelt, teils durch ausdrückliche Regelungen im GG, teils durch den vom BVerfG entwickelten Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens; dieser Grundsatz verpflichte im Kern jedes Land, bei der Inanspruchnahme seiner Rechte die gebotene Rücksicht auf die Interessen der anderen Länder und des Bundes zu nehmen und nicht auf Durchsetzung rechtlich eingeräumter Positionen zu dringen,

die Interessen eines anderen Landes schwerwiegend beeinträchtigen. In diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz wurzele systematisch der Satz von der *clausula rebus sic stantibus*, der auf staatsvertragliche Beziehungen zwischen den Gliedern der Bundesrepublik einwirke.

9. Im Urteil zum Grundlagenvertrag [42] hat das BVerfG unter Bezugnahme auf das vorangehende Urteil und das hierin zitierte Urteil des Staatsgerichtshofs ausgeführt, die Beziehungen der Länder untereinander würden durch das Völkerrecht geregelt, soweit eine Regelung in der Bundesverfassung fehle. Mit dem vorangehenden Urteil stimmt diese Entscheidung nur überein, wenn man der Regelung der Bundesverfassung auch den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens zurechnet. Dann greift nach den Aussagen beider Urteile das Völkerrecht nur deshalb nicht mehr ein, weil es in der Bundesrepublik nunmehr ganz durch den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verdrängt wird. Bei einem Wegfall oder bei einer Beschränkung dieses Grundsatzes würde dagegen das Völkerrecht wieder anwendbar.

3. Europäisches Gemeinschaftsrecht

10. Das BVerfG überprüfte in seinem Beschluß vom 28. 2. 1973 (E 34, 348 = AWD 1973, 549) die Verfassungsmäßigkeit der §§ 1 und 3 des Gesetzes über die Erhebung der Abschöpfungen nach Maßgabe der Verordnungen der EWG über die schrittweise Errichtung gemeinsamer Marktorganisationen für die landwirtschaftlichen Erzeugnisse (Abschöpfungserhebungsgesetz) in der Fassung vom 25. 7. 1962 (BGBl. I, 453), soweit sie in Verbindung mit der Verordnung Nr. 19 (Getreide) des Rats der EWG vom 4. 4. 1962 (ABl. EG, S. 933/62) die Erhebung von Abschöpfungen auf Getreide regeln, sowie die §§ 5 und 6 Abs. 1 und 2 des Gesetzes zur Durchführung der Verordnung Nr. 19 des Rats der EWG in der Fassung vom 26. 7. 1962 (BGBl. I, 455). Diese Bestimmungen sahen vor, daß die deutsche Einfuhr- und Vorratsstelle die Abschöpfungssätze den Verordnungen der EWG entsprechend aus der Differenz zwischen den jeweils von der Kommission der EWG festzusetzenden Frei-Grenze-Preisen im ausführenden Staat und dem durch eine Verordnung der Bundesregierung festgelegten Schwellenpreis zu berechnen habe. Das BVerfG führte aus, bei der Errechnung des Abschöpfungssatzes handele es sich um eine rein mathematische Operation, deren einzelne Faktoren durch das Europarecht in Verbindung mit den deutschen Durchführungsgesetzen im Detail festgelegt seien. Unter diesen Umständen könne man nicht davon ausgehen, daß die Feststellung dieser Beträge durch die Einfuhr- und Vorratsstelle Rechtsetzung sei. Die jeweilige Entscheidung der Kommission über den Frei-Grenze-Preis werde durch

die Einfuhr- und Vorratsstelle nicht in »deutsches Recht« transformiert, diese Entscheidung sei nämlich selbst schon für die deutschen Behörden und Bürger verbindlich. Die Voraussetzungen der Abgabepflicht seien auch hinreichend bestimmt. Der deutsche Gesetzgeber dürfe zur näheren Bestimmung des Abgabebetragbestands auf Normen und Begriffe des Rechts der Europäischen Gemeinschaften verweisen (BVerfGE 29, 210).

Die verfassungsrechtliche Überprüfung des deutschen Durchführungsgesetzes betraf also einen Sachverhalt — Bestimmung der für die Berechnung der Abschöpfung zuständigen deutschen Stelle —, den das durchgeführte Europarecht ganz dem Ermessen des deutschen Gesetzgebers überließ. Eine indirekte Kontrolle des europäischen Rechts am deutschen Verfassungsrecht, die vorläge, wenn das Gesetz insoweit an der Verfassung gemessen würde, als es vom Europarecht zwingend vorgesehene Normen übernimmt, nahm das BVerfG deshalb in diesem Fall nicht vor.

11. Nach § 2 Abs. 1 des deutschen Abschöpfungserhebungsgesetzes vom 25. 7. 1962 (BGBl. I, 453) finden für die Abschöpfungen die für Zölle und Zollverfahren geltenden Vorschriften Anwendung. Der BGH (Urteil vom 6. 6. 1973, AWD 1973, 475) ist der Auffassung, daß diese Bestimmung weder gegen Europarecht noch gegen deutsches Verfassungsrecht verstößt.

Zwar sei durch die Ratifizierung des EWG-Vertrages eine eigenständige Rechtsordnung der EWG entstanden, die in die innerstaatliche Rechtsordnung hineinwirke und von den deutschen Gerichten anzuwenden sei; die von den Gemeinschaftsorganen im Rahmen ihrer vertragsmäßigen Kompetenzen erlassenen Rechtsvorschriften bildeten eine eigene Rechtsordnung, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließe (BVerfGE 22, 294, 296; EuGH Rspr. VIII, 97, 110; X, 1251, 1270). Der EWG-Vertrag habe jedoch dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht die Befugnis zum Erlaß von Sanktionen strafrechtlicher Natur gegeben. Folglich könne die Tatsache, daß die die Abschöpfung regelnden europäischen Verordnungen keine strafrechtlichen Sanktionen vorsähen, nicht dahin ausgelegt werden, das Europarecht verbiete die Einführung solcher Sanktionen.

Der Abschöpfungsbetrag werde von der Einfuhr- und Vorratsstelle als Differenz zwischen dem von der Kommission festgelegten cif-Preis und dem vom deutschen Verordnungsgeber bestimmten Schwellenpreis berechnet. Hierbei handle es sich um eine rein rechnerische Operation, die durch das Europarecht und das deutsche Recht völlig bestimmt sei. Die cif-Entscheidungen der Kommission entfalteten mittels der sogenannten Durchgriffswirkung kraft Gemeinschaftshoheit unmittelbare Wirkung gegenüber denen, die sie angehen, sie seien also unmittelbar auch gegenüber den Marktbürgern vollziehbar.

12. Nach dem Urteil des BSozG vom 29. 3. 1973 (RzW 1973, 319) gilt das Gemeinschaftsrecht nicht für jeden Mitgliedstaat besonders, sondern einheitlich und gleichzeitig für und in der Gemeinschaft. Die Gemeinschaftsrechtsquellen stellen eine von dem innerstaatlichen Recht gesonderte, andersartige Rechtsmasse dar. Soweit Normen des Gemeinschaftsrechts Rechte und Pflichten des einzelnen Bürgers begründeten, bedürfe es zu ihrer unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit keiner irgendwie gearteten nationalen Legislativakte.

13. Der VGH Kassel (NJW 1973, 439) zieht zur Auslegung des § 12 Abs. 3 des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. 7. 1969 (BGBl. I, 927) die durch diese Bestimmung vollzogene EWG-Richtlinie 64/221/CEE vom 25. 2. 1964 (ABl. EG 4. 4. 1964, 850) heran, obwohl solche Richtlinien seiner Auffassung nach innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar sind.

II. Staat und Regierung

1. Immunität

14. Nach dem Beschluß des BayObLG vom 29. 11. 1973 (BayObLGSt 1973, 191 = BayVbl. 1974, 108 = NJW 1974, 430) sind Personen, die nach dem Wiener Übereinkommen vom 24. 4. 1963 über konsularische Beziehungen (BGBl. 1969 II, 1585) konsularische Vorrechte und Befreiungen genießen, hinsichtlich eines mit Strafe oder mit Geldbuße bedrohten Verstoßes gegen Verkehrsvorschriften nur dann nicht der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen, wenn der Gebrauch eines Kraftfahrzeugs in engem sachlichen Zusammenhang mit der wirksamen Wahrnehmung konsularischer Aufgaben steht.

2. Völkerrechtliche Haftung

15. Nach OLG Zweibrücken (12. 10. 1973, RzW 1974, 12) war die Tschechoslowakei bis zur Gründung der slowakischen Republik im März 1939 ein auf dem Gebiet der Innenpolitik selbständiger souveräner Staat, so daß das von diesem Staat zugefügte Unrecht nicht auf deutsches Staatsunrecht zurückgeführt werden konnte. Die Entscheidung desselben Gerichts vom 3. 10. 1973 (RzW 1974, 13) hält daran fest, daß jedenfalls bis Februar 1941 Rumänien in seiner Judenpolitik ein souveräner und in seinen Entscheidungen freier Staat war.

16. Nach dem Urteil des BGH vom 8. 11. 1973 (RzW 1974, 74) wird, wenn Deutschland einem verbündeten unabhängigen Staat besetzte Gebiete zur eigenen Verwaltung überließ, nicht schon dadurch eine entschädigungsrechtliche Haftung für die von diesem Staat dort begangenen Unrechtstaten begründet.

III. Jurisdiktion: Überprüfung fremder Hoheitsakte

17. Die durch chilenischen Hoheitsakt enteignete Minengesellschaft SMETSA beantragte vor dem LG Hamburg die Herausgabe von aus der Mine der Gesellschaft gefördertem, von der chilenischen Nachfolgegesellschaft an einen deutschen Betrieb zwecks Raffinierung gelieferten Kupfers. Nach dem Urteil des LG vom 22. 1. 1973 (AWD 1973, 163) ist eine im Ausland erfolgte Enteignung grundsätzlich als formal wirksam anzuerkennen. Denn nach dem international anerkannten Territorialitätsprinzip ergriffen Enteignungsmaßnahmen uneingeschränkt das Vermögen, das im Zeitpunkt der Enteignung der Gebietshoheit des enteignenden Staats unterliegt. Das bedeute, daß im Zuge von Nationalisierungs- oder Sozialisierungsmaßnahmen erfolgte Enteignungen so lange eine eigene, innere Angelegenheit des fremden Staates bleiben, wie sie nicht außerhalb ihrer Grenze liegendes Vermögen erfassen (vgl. Reichert, Die Enteignung von Forderungen, WM 1961, S. 1 ff., ferner Beemelmans, Die gespaltene Gesellschaft [1963], S.44 ff.; BGH 8. 3. 1963, BGHZ 39, 220 ff., 227 f.; BGH 21. 1. 1965, NJW 1965, 561; OLG Stuttgart, 9. 2. 1970, IPRspr. 1970 Nr. 88, 98; LG Hannover 1. 11. 1965, IPRspr. 1964 - 1965, Nr. 188). Es gebe im modernen Völkerrecht keine allgemein anerkannten Grundsätze, daß der inländische Richter kraft Völkerrechts verpflichtet sei, völkerrechtswidrige ausländische Hoheitsakte von vornherein als nichtig zu behandeln, oder daß die Anerkennung ausländischer völkerrechtswidriger Akte oder andererseits die Anerkennung eines von einem früheren Eigentümer geltend gemachten Herausgabeanspruchs selbst wieder das Völkerrecht verletze (vgl. OLG Bremen, 21. 8. 1959, ArchVR 9 [1961/62], 351 ff.; Soergel/Kegel, BGB, Kommentar VII [10. Aufl. 1970], Rdn. 529). Selbst dann, wenn eine Enteignung unter diskriminierenden Umständen erfolgte oder ersatzlos ausgesprochen würde, bleibe sie wirksam, wenn ein Vermögensbestandteil, der sich im Zeitpunkt der Enteignung im Enteignungsstaat befand, später ins Ausland gelangt sei. Gleichwohl wäre einer Enteignung die Anerkennung in der Bundesrepublik zu versagen, wenn die Anerkennung des ausländischen Rechtsakts gegen Grundprinzipien der deutschen öffentlichen Ordnung verstoße. Nun gebe es einen völkerrechtlichen Grundsatz, der insbesondere durch die UN-Resolution Nr. 1803 (XVII) vom 14. 12. 1962 bekräftigt sei

(Official Records Suppl. Nr. 37 A [5217] 15), daß jede Enteignung bzw. Verstaatlichung eine angemessene Entschädigung vorsehen müsse. Eine solche Völkerrechtswidrigkeit würde über Art. 25 GG im Rahmen des Art. 30 EGBGB (*ordre public*-Vorbehalt) beachtlich sein. Im vorliegenden Fall handle es sich um eine völkerrechtswidrige Enteignung, da sie ohne angemessene Entschädigung erfolgt und diskriminierend nur gegen Ausländer gerichtet sei. Außerdem sei der Grundsatz der Vertragstreue verletzt worden, da die auf Grund chilenischer Einwirkung errichtete Gesellschaft darauf hätte bauen können, daß sie nicht wenige Jahre später von der chilenischen Regierung kurzfristig enteignet werden würde. Schließlich sei der Antragstellerin der Rechtsweg und damit die Anhörung gegen die Festsetzung der mit der Enteignung in unmittelbarer Verbindung stehenden Gewinnabschöpfungsabgabe durch den Staatspräsidenten verweigert worden. Damit werde aber gegen einen grundlegenden Grundsatz des deutschen Rechts verstoßen, der – auch wenn in diesem Fall kein deutscher Staatsangehöriger betroffen sei – so schwer wiege, daß ein Verstoß gegen die deutsche Sittenordnung zu bejahen sei. Auf jeden Fall erscheine aber die Zusammenballung verletzender Akte so schwerwiegend, daß sie für die deutsche Anschauung von Recht und Sitte untragbar sei. Dies alles führe jedoch nicht die Anwendung des Art. 30 EGBGB herbei. Denn jede Vorbehaltsklausel sei ein Störungsfaktor im internationalen Rechtsleben. Nur wenn die deutsche Rechtsordnung von dem Sittenverstoß erheblich berührt werde, also eine enge Beziehung des Geschehens mit deutschen Interessen geschaffen werde, sei Art. 30 anwendbar. Dies wird im vorliegenden Fall verneint, da das Kupfer von dem deutschen Betrieb nur zu bearbeiten sei. Auch der Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag zwischen der Bundesrepublik und den Vereinigten Staaten vom 29. 10. 1954 (BGBl. 1956 II, 487) begründe eine solche Inlandsbeziehung nicht. Er gewähre keinen Inlandsschutz für Enteignungsvorgänge, die sich in dritten Staaten vollziehen.

IV. Diplomatischer Schutz

18. Das OLG Köln führt in seiner Entscheidung vom 29. 8. 1973 (RzW 1973, 479 [37]) aus, nach den Grundsätzen des Völkerrechts könne ein Staat im allgemeinen zwar nur für solche Personen handeln und Ansprüche im zwischenstaatlichen Bereich geltend machen, die im Zeitpunkt der Schädigung seine Staatsangehörigkeit besessen haben und auch im Zeitpunkt der Anspruchserhebung noch seine Staatsbürger sind (vgl. BGH RzW 1963, 327). Das schließe aber nicht eine andere Regelung in einem Verträge aus.

V. Fremdenrecht

1. Zugang und Aufenthalt

19. Im Beschluß vom 18. 7. 1973 (E 35, 382 = DÖV 1974, 58 = JZ 1974, 259 Anm. Rittstieg = NJW 1974, 227, 1043 Anm. J. Schwabe = StAZ 1974, 42) überprüfte das BVerfG zum ersten Mal die Verfassungsmäßigkeit wesentlicher Vorschriften des AuslG. Ein Syrer und ein Jordanier, die seit 1961 bzw. 1965 in der Bundesrepublik Medizin studierten und kurz vor dem Staatsexamen standen, wurden aus der Bundesrepublik ausgewiesen, weil sie an den von ihnen besuchten Universitäten den Verbänden der dortigen Gruppen der verbotenen GUPS angehörten. Die Ausländerbehörden hatten die sofortige Vollziehung der Ausweisungen angeordnet. Hiergegen richteten sich die Verfassungsbeschwerden.

Nach der Entscheidung des BVerfG steht das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) auch Ausländern zu. Die Beschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit auf Deutsche und auf das Bundesgebiet (Art. 1 GG) schließe nicht aus, auf den Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik auch Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden. Der daraus folgende Schutz sei jedoch nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehöre jede Rechtsnorm, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehe (BVerfGE 6, 32; 10, 21, 54). Der Gesetzgeber sei danach grundsätzlich zu Regelungen über den Aufenthalt und die Ausweisung von Ausländern befugt. Bei solchen Regelungen habe der Gesetzgeber aber das Rechtsstaatsprinzip zu beachten (BVerfGE 17, 306 ff., 313; 19, 342). Dieses Prinzip verlange zunächst, daß den Einzelnen belastende hoheitliche Eingriffe eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage haben müssen und daß hierbei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemessen berücksichtigt wird. Die Ausweisung wegen »erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland« (§ 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG) sei in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden, weil sich die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs aus dem Zusammenhang mit der Aufzählung der in § 10 Abs. 1 Nr. 1–10 AuslG näher umschriebenen Ausweisungsgründe ausreichend ermitteln lasse. Da bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Nummern des § 10 Abs. 1 AuslG die Ausweisung nicht zwingend vorgeschrieben sei, sondern im Ermessen der Ausländerbehörde stehe, lassen die hier von den Behörden angewandten Rechtsvorschriften genügend Raum dafür, bei der Anwendung im Einzelfall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Nach diesem Grundsatz sind Eingriffe in die Freiheitssphäre nur dann und insoweit zulässig, als sie zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich seien; die gewählten Mittel müßten in einem vernünftigen Verhält-

nis zum angestrebten Erfolg stehen. Demgemäß sei bei der Anwendung der Tatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG das durch die betreffende Einzelvorschrift jeweils geschützte öffentliche Interesse abzuwägen gegen die privaten Belange des betroffenen Ausländers, d. h. etwa gegen die Folgen der Ausweisung für seine wirtschaftliche, berufliche, persönliche Existenz, insbesondere für die Ehe mit einer Frau, die ihm nicht ins Ausland folgen will oder kann, sowie für andere soziale Bindungen. Ob die Ausweisungsverfügungen als solche diesem Verfassungsgrundsatz entsprächen, sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Die Anordnung des sofortigen Vollzugs verstoße aber gegen die Garantie des Rechtsschutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG), die in vollem Umfang auch Ausländern zustehe. Der hierin verbürgte umfassende und effektive gerichtliche Schutz werde illusorisch, wenn die Verwaltungsbehörden irreparable Maßnahmen durchführen, bevor die Gerichte deren Rechtmäßigkeit geprüft haben. Die in der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung für den Regelfall vorgeschriebene aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage sei eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie. Andererseits gewährleiste Art. 19 Abs. 4 GG die aufschiebende Wirkung im Verwaltungsprozeß nicht schlechthin (BVerfGE 11, 233; 35, 274). Überwiegende öffentliche Interessen könnten es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des öffentlichen Wohls in die Wege zu leiten. Dies müsse jedoch die Ausnahme bleiben. Für die sofortige Vollziehung der Ausweisung sei daher ein besonderes Interesse erforderlich, das über jenes Interesse hinausgehe, das die Ausweisung selbst rechtfertige. Dabei sei der Rechtsschutzanspruch des Bürgers umso stärker und dürfe umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die auferlegte Belastung sei und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirkten. Diese Grundsätze habe die Verwaltung im vorliegenden Fall verkannt. Dabei sei besonders zu berücksichtigen, daß der sofortige Vollzug einer Ausweisungsverfügung den Ausländer in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtige, besonders ihn daran hindere, im Hauptsacheverfahren seine prozessualen Rechte in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht persönlich wahrzunehmen. Im Falle des Jordaniers, der mit einer deutschen Frau verheiratet war, sei der Schutz der Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) bei der Abwägung zu berücksichtigen. Der VGH sei davon ausgegangen, der Ehefrau könne ohne Rücksicht auf ihre sonstigen Bindungen zugemutet werden, ihrem Mann ins Ausland zu folgen, und zwar schon vor einer endgültigen Entscheidung über seinen Aufenthalt in der Bundesrepublik. Dies entspreche nicht der heutigen Auffassung von der Bedeutung der Verfassungsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG, die in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 GG (Gleichheit von Mann und

Frau) den Schutz der Ehe als einer Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner gewährleistet und gerade schon bei der sofortigen Vollziehung zu berücksichtigen sei (BVerfGE 19, 397). Die Abschiebung des ausländischen Ehepartners zwingt den deutschen Ehegatten, entweder sein Heimatland aufzugeben, um an der Ehe festhalten zu können, oder die Trennung der ehelichen Gemeinschaft anzunehmen, um in der Heimat zu bleiben. Dieser Zwang könne die Ehe gefährden.

20. Bei der Ausweisung eines Ausländers, der mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet ist, war nach der bisherigen Auffassung des BVerwG und der Untergerichte (vgl. ZaöRV 31 [1971] Nr. 72, S. 314; 32 [1972] Nr. 60, S. 128 f.; 32 [1972] Nr. 28, S. 606; 33 [1973] Nr. 14, 768 f.) der in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte Schutz von Ehe und Familie mit den öffentlichen Interessen, welche die Ausweisung begründen sollen, nur dann abzuwägen, wenn der Ehefrau aus erheblichen Gründen nicht zugemutet werden konnte, ihrem Mann in dessen Heimatland zu folgen. Die Zumutbarkeit wurde dabei in fast allen Fällen selbst dann bejaht, wenn die deutsche Ehefrau im Ausland mit ganz erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen hatte (so noch OVG Rheinland-Pfalz, 13. 2. 1973, AS 13 Nr. 32, S. 154). Das Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1973 (E 42, 133 = DVBl. 1974, 83 = FamRZ 1974, 13 = JZ 1973, 732 = MDR 1974, 68 = VerwRspr. 25, 338) hat diese Auffassung nunmehr aufgegeben. Das GG sehe in der Ehe eine gleichberechtigte Partnerschaft. Ebensowenig wie der deutsche Mann seiner ausländischen Ehefrau, brauche die deutsche Ehefrau ihrem ausländischen Mann zu folgen. Auf die Zumutbarkeit komme es nicht an. Art. 6 Abs. 1 GG begründe das Recht des deutschen Ehepartners auf eine in Übereinstimmung mit dem ausländischen Partner in Deutschland geführten Ehe. Allerdings müsse nach wie vor dieses Interesse mit den im AusG geschützten öffentlichen Interessen abgewogen werden. Ein echtes Recht auf Aufenthalt begründe deshalb Art. 6 Abs. 1 GG nicht.

21. Das Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1973 (E 42, 141 = MDR 1974, 71 = NJW 1973, 2077 = VerwRspr. 25, 337; vgl. ZaöRV 32 [1972] Nr. 60, S. 128 ff.) erkannte an, daß auch der deutsche Ehegatte gegen die Ausweisung eines Ausländers vor den Verwaltungsgerichten klagen dürfe. Die Ausweisung erlaube der Klägerin eine Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit ihrem Mann nur, wenn sie ihm ins Ausland folge. Das schränke ihre Rechte ein. Im Verständnis des GG sei die Ehe eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner (BVerfGE 3, 242; 10, 59). Beide Ehegatten hätten unter gebotener Rücksicht aufeinander und mit gleichgewichtigem Willen auch über die Wahl des gemeinsamen Lebensmittelpunktes zu befinden. Sie könnten in einer national gemischten Ehe ebenso die Heimat der Frau wie die des Mannes dazu bestimmen. Hindere der Staat durch Ausweisung

den einen Ehegatten, an der so getroffenen Bestimmung festzuhalten, so treffe der darin liegende Eingriff beide Ehegatten und eröffne jeden von ihnen den Rechtsweg.

22. In seiner Entscheidung vom 3. 5. 1973 (E 42, 148 = DVBl. 1974, 91 [33]) hat das BVerwG die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis für eine spanische Großmutter aufgehoben, die in der Bundesrepublik ihre Enkel versorgen sollte, weil deren Eltern arbeiteten. Das Gericht führte u. a. aus, das für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Verwaltung gewährte Ermessen sei zwar sehr weit, könne aber im Einzelfall aus vorrangigem Völkerrecht oder Verfassungsrecht Einschränkungen erfahren. Es hat die Frage dahingestellt bleiben lassen, ob Art. 6 Abs. 1 GG, der auch Ausländern zur Seite stehe, den Staat auch in der Form zur Förderung der Familie verpflichte, daß er seine Hilfe dazu nicht versage, pflegebedürftigen Kleinkindern mangels einer anderen vertrauenswürdigen Person eine Versorgung durch die Großmutter zukommen zu lassen. Im konkreten Fall verlange aber das Sozialstaatsprinzip die Gewährung der Aufenthaltserlaubnis.

23. Angesichts der Tatsache, daß die Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG dem ausländischen Ehegatten einer Deutschen nach der bisherigen Rspr. kein Aufenthaltsrecht gewährte, versuchte die Rspr., dieses Aufenthaltsrecht über den Gleichheitssatz daraus abzuleiten, daß das Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. 7. 1969 (BGBl. I, 927) den Ehegatten eines Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates der EWG ein Aufenthaltsrecht einräumt, dem Ehegatten einer Deutschen dieses Recht also *a fortiori* zustehen müsse (ZaöRV 32 [1972] Nr. 61, S. 129). Nunmehr hat auch das OVG Rheinland-Pfalz (AS 13 Nr. 20, S. 92) dieses Argument mit der Begründung abgelehnt, der Unterschied zwischen beiden Fällen liege darin, daß nur im ersten Fall völkerrechtliche Abmachungen vorliegen, die auf Gegenseitigkeit beruhen und dadurch auch deutsche Staatsangehörige mit ihren Angehörigen bezüglich eines Aufenthalts in anderen EWG-Ländern begünstigen.

24. Nach dem Beschluß des OVG Münster vom 11. 1. 1973 (VerwRspr. 24 Nr. 196, S. 847 = GewA 1973, 107) verbietet Art. 103 Abs. 3 GG (*ne bis in idem*) den deutschen Ausländerbehörden nicht, einen Ausländer in ein Land abzuschieben, in dem ihm für eine bereits in der Bundesrepublik abgeurteilte Tat eine erneute Bestrafung durch ein Gericht des fremden Staates droht.

2. Asylrecht

25. Nach § 28 AuslG ist das Asylrecht ausgeschlossen, wenn der Antragsteller in einem anderen Land anderweitig Schutz vor Verfolgung gefunden

hat. Der BayVGh (27. 2. 1973, BayVbl. 1973, 439) ist der Auffassung, daß diese Voraussetzung nicht schon dann erfüllt ist, wenn der Antragsteller eine unmittelbare oder mittelbare Abschiebung in den Verfolgerstaat nicht zu fürchten braucht. Der Verfolgungsschutz erschöpfe sich nicht in einer Auslieferungssperre. Es müsse vielmehr eine Gleichwertigkeit der Stellung des gemäß § 28 AuslG asylbegehrenden Ausländers mit dem in einem anderen Land anerkannten Asylanten gegeben sein. Dabei drücke das Wort »anderweitig« aus, daß der Schutz vor Verfolgung in anderer Form, aber mit demselben Inhalt wie bei der Anerkennung als Flüchtling nach der Genfer Konvention, gewährleistet sein müsse. Eine andere Auslegung ließe die Regelung als verfassungswidrig erscheinen. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG bestimme, daß politisch verfolgte Asylrecht genießen. Dabei könne es dahingestellt sein, welchen Umfang man dem Asylrecht des Art. 16 einräume. Denn es sei für die vorstehende Frage unerheblich, ob man ihn wie die Entscheidung des BVerwG vom 17. 1. 1957 (E 4, 235) auf die im internationalen Rechtsverkehr entwickelten und in der Genfer Konvention niedergelegten Rechtsüberzeugungen beschränke oder mit *Kimminich* (JZ 1958, 739) weiter ausdehne. Dieses im GG garantierte Asylrecht schließe in jedem Fall neben dem Ausweisungsverbot des Art. 33 Genfer Konvention auch die sonstigen Vergünstigungen der Genfer Konvention ein. Wolle man andere Voraussetzungen und einen anderen Inhalt des »Schutzfindens« im Sinne des § 28 AuslG gelten lassen, so käme dies einer Verweigerung des im Art. 16 GG verbürgten Asylrechts gleich. Der Asylberechtigte würde nämlich nicht die ihm durch das GG verbürgte Besserstellung gegenüber sonstigen Ausländern erfahren.

3. Fremdenpaß

26. Die Erteilung eines Fremdenpasses steht nach § 3 AuslG im Ermessen der Verwaltung. Zu der notwendigen Interessenabwägung führt das BVerwG (Urteil vom 3. 5. 1973, E 42, 143 = DVbl. 1974, 86 = MDR 1974, 71 = VerwRspr. 25, 333; vgl. auch die Entscheidung des Vorderrichters, VGh Baden-Württemberg, 7. 8. 1972, DÖV 1973, 416, in der besser als im Urteil des BVerwG zum Ausdruck kommt, daß die Erteilung eines Fremdenpasses in die Personalhoheit und in die inneren Angelegenheiten des Staates eingreift, dem der betreffende Antragsteller angehört) aus, die Interessen der Bundesrepublik müßten grundsätzlich zur Ablehnung des Fremdenpasses führen, wenn damit ein Eingriff in die Personalhoheit eines fremden Staates verbunden sei, die dieser Staat nachdrücklich geltend mache, und die Bundesrepublik zu diesem Staat in einem besonderen Verhältnis stehe. Im vorliegenden Fall verlangte Griechenland die Rückkehr seines in der Bundesrepublik wohnenden Staatsangehörigen, damit dieser

seiner Wehrpflicht genüge. Das BVerwG meint, der Erteilung eines Fremdenpasses an den Angehörigen eines NATO-Staates, der dadurch seiner Wehrpflicht im Heimatland entzogen wird, stünden in jedem Fall erhebliche Belange der Bundesrepublik entgegen. Nach Art. 3 des NATO-Vertrages seien die Vertragsstaaten verpflichtet, einzeln und gemeinsam durch ständige und wirksame Selbsthilfe und gegenseitige Unterstützung die eigene und die gemeinsame Widerstandskraft gegen bewaffnete Angriffe zu erhalten und fortzuentwickeln. Die Interessen der Bundesrepublik an der Fortdauer guter Beziehungen zu den Bündnispartnern und damit an der Erhaltung und Förderung der Kraft des Bündnisses seien bedeutend. Sie müßten in aller Regel den Ausschlag zuungunsten des Bewerbers um einen Fremdenpaß geben. Der Kläger war aber mit einer Deutschen verheiratet und – weil er sich seiner Wehrpflicht entzogen hatte – zum doppelten, d. h. zu einem vierjährigen Wehrdienst verpflichtet. Nach Ansicht des BVerwG führte dies zu einer überaus ernstesten Bedrohung des Fortbestands seiner Ehe. Bei dieser Sachlage sei es nicht rechtsfehlerhaft, der staatlichen Schutzpflicht für Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) einen rechtlich zwingenden Vorrang vor den genannten staatlichen Belangen zuzuerkennen.

4. Inländerbehandlung

27. Der Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag der Bundesrepublik Deutschland mit den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. 10. 1954 (BGBl. 1956 II, 487) enthält im Art. IV das Gebot, Angehörige der USA in der Bundesrepublik Deutschland wie Inländer zu behandeln. Deutsche haben aber auf Grund des Art. 13 § 1, 3 Abs. 1 und 2 des Allgemeinen Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich über die soziale Sicherheit vom 10. 7. 1950 (BGBl. 1951 II, 177) das Recht, bei der Bewertung der nach deutschem Recht für das Altersruhegeld erforderlichen Wartezeit von 180 Monaten die in Frankreich verbrachte Versicherungszeit der in Deutschland verbrachten Versicherungszeit hinzuzurechnen. Auf dieses den Deutschen vertraglich gewährte Recht könne sich nach dem Vertrag mit den USA auch ein Amerikaner berufen, weil der Inhalt des deutsch-französischen Vertrages durch das Zustimmungsgesetz insoweit in innerdeutsches Recht transformiert worden sei, als durch diese Abmachung nicht bloß Verpflichtungen der Staaten zueinander, sondern auch Rechte und Pflichten der einzelnen Staatsbürger erzeugt worden seien (so BSozG 29. 3. 1973, RzW 1973, 319 [1]).

Dieselbe Wirkung hätten dagegen nicht die entsprechenden Vorrechte, die den Angehörigen der Mitgliedstaaten durch die EWG-Verordnung Nr. 3 vom 25. 9. 1958 (ABl. EG 1958, 561) eingeräumt worden sind. Die Inländerklausel im Vertrag mit den USA erstreckte sich nicht notwendig auf diese

Rechtspositionen, weil das Gemeinschaftsrecht nicht mit dem staatlichen Recht des einzelnen Mitgliedstaates zu einer Einheit verschmilzt. Die Gemeinschaftsrechtsquellen gälten nicht für jeden Mitgliedstaat besonders, sondern einheitlich und gleichzeitig für und in der Gemeinschaft. Sie stellten eine von dem innerstaatlichen Recht gesonderte, andersartige Rechtsmasse dar.

Aus dem Begriff der Inländerbehandlung folge schließlich, daß der Aufenthalt im Inland für den Genuß der in Betracht kommenden Berechtigung weniger ausschlaggebend sei als die Anwendung der im Inland geltenden Vorschriften. Deshalb sei davon auszugehen, daß amerikanische Staatsangehörige bei Auslandsaufenthalt Leistungen unter den gleichen Voraussetzungen und im selben Umfang wie ein Inländer, der sich im Ausland befindet, zu erhalten haben (BGH RzW 1963, 320, 322).

5. Rechte der Ausländer im Inland

28. Nach dem Urteil des OVG Münster vom 29. 9. 1972 (OVGE 28 Nr. 30, S. 120 ff., 126) gibt es keine allgemeine Regel des Völkerrechts mit für den Einzelnen rechtserzeugender Wirkung im Sinne von Art. 25 GG, durch die ein Staat gezwungen sein könne, Vergünstigungen, die er einem Staatsangehörigen gewährt, auf Nichtstaatsangehörige auszudehnen (vgl. BVerwG 23. 11. 1957, DÖV 1958, 425). Das Vertriebenenrecht stelle eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß ein Staat im allgemeinen nur für seine Staatsangehörigen zu sorgen hat.

VI. Flüchtlinge

29. Bei den von der IRO anerkannten Flüchtlingen (Kap. 1 Art. 1 A Ziff. 1 Abs. 1 der Genfer Konvention) genügt nach Ansicht des OLG Zweibrücken (2. 5. 1973, RzW 1973, 312) als Nachweis ihrer Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich die Vorlage von Dokumenten, die in zweifelsfreier Weise ihre früher erfolgte Anerkennung als Flüchtling bestätigen (BGH RzW 1962, 371). Auch wenn jemand aus wirtschaftlichen und familiären Gründen Ungarn verließ, wegen der drohenden Verfolgung sich aber des Schutzes des ungarischen Staates nicht mehr bedienen will, schlosse dies die Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Genfer Konvention nicht aus (BGH RzW 1964, 392 Nr. 44 und 1968, 571 Nr. 34).

30. Das Namensänderungsgesetz vom 5. 1. 1938 (BGBl. III Nr. 401-1) gilt nach seinem § 1 für deutsche Staatsangehörige und solche Staatenlose, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes haben. Nach dem Urteil des BVerwG vom 29. 9. 1972 (DÖV 1973, 418) werden entgegen diesem Wortlaut nach dem Sinn des Gesetzes

auch die durch Art. 116 Abs. 1 GG den Deutschen angegliederten Personen sowie Personen erfaßt, die zwar formell noch eine fremde Staatsangehörigkeit besitzen, wegen ihrer Rechtsstellung im Inland den Staatenlosen aber insofern gleichstehen, als sie die Behörden eines anderen Staates nicht mehr in Anspruch nehmen können und das Tätigwerden einer deutschen Behörde die Hoheitsrechte eines fremden Staates nicht mehr berührt.

31. Nach der Entscheidung des BayVGH vom 31. 10. 1972 (E 26 Nr. 5, S. 17 = BayVBl. 1973, 435) hat der im Ausland nach der Genfer Konvention anerkannte Flüchtling in der Bundesrepublik und im Land Berlin Anspruch auf einen Reiseausweis nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Genfer Konvention, wenn er sich hier »rechtmäßig« im Sinne dieser Bestimmung aufhält. Dazu bedürfe es des behördlichen Einverständnisses mit seiner ständigen Niederlassung.

VII. Völkerrechtliche Verträge

1. Auslegung

32. Das BVerfG hat im Urteil vom 31. 7. 1973 (E 36, 1 ff. = BayVBl. 1973, 490 = DÖV 1973, 606 = DVBl. 1973, 685 = JZ 1973, 588 = MDR 1973, 826 = ROW 1973, 226 [7, 42]) den Grundlagenvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 21. 12. 1972 verfassungskonform ausgelegt. Am Schluß des Urteils (E 36, 35 f.) rechtfertigt das Gericht diese Auslegung durch den Grunddissens, den der Vertrag in der Präambel mit den Worten »unbeschadet der unterschiedlichen Auffassungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zu grundsätzlichen Fragen, darunter zur nationalen Frage« offen lege. Es entspreche in diesem Fall den besonderen Regeln über die Auslegung von Verträgen, wenn das Urteil aus diesem Dissens für die Auslegung des Vertrages alle Konsequenzen ziehe, die die Bundesrepublik als Vertragspartei nach dem Recht des GG für sich in Anspruch nehmen müsse.

Die DDR habe vor Inkrafttreten des Vertrages volle Kenntnis von dem beim BVerfG anhängigen Verfahren, von den Kompetenzen des BVerfG, von der Bindung der Bundesregierung und aller Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden des Bundes und der Länder an die Entscheidungen des BVerfG gehabt. Sie habe die rechtlichen Darlegungen der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren, die in der Substanz mit der durch dieses Urteil verbindlich gewordenen Rechtsauffassung nicht in Widerspruch stünden, gekannt und sei von der Bundesregierung ohne Widerspruch immer wieder darauf hingewiesen worden, daß sie den Vertrag nur so abschließen könne, wie er mit dem GG vereinbar sei. Diese Umstände seien geeignet, auch in der völkerrechtlichen Auseinandersetzung, insbesondere auch gegenüber dem

Vertragspartner dem Vertrag die Auslegung zu geben, die nach dem GG erforderlich sei. Das stehe im Einklang mit einem Satz des allgemeinen Völkerrechts, der in der Staatenpraxis Bedeutung habe, wenn es darum gehe, ob ausnahmsweise ein Vertragsteil sich dem anderen gegenüber darauf berufen kann, dieser hätte erkennen können und müssen, daß dem Vertrag in einer bestimmten Auslegung das innerstaatliche Verfassungsrecht entgegenstehe.

33. Art. 2 Abs. 2 des Niederlassungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien vom 23. 4. 1970 (BGBl. 1972 II, 1041) gestattet Spanien nach Maßgabe des in der Bundesrepublik gültigen Rechts den Aufenthalt im Bundesgebiet zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Dasselbe gilt für deren Familienangehörige. Das BVerwG hatte die Frage zu entscheiden, ob unter die Familienangehörigen auch eine Großmutter fällt (E 42, 148 = DVBl. 1974, 91, Urteil vom 3. 5. 1973 [22]). Das Gericht führte aus, dieser Begriff sei weder im Vertrag noch im Protokoll zu dem Vertrag bestimmt worden. Sein Inhalt sei nicht schon nach dem allgemeinen Wortsinn eindeutig und habe auch aus der Entstehungsgeschichte des Vertrages nach Auskünften des Bundesinnenministeriums und des Auswärtigen Amtes keine einvernehmliche Klärung zwischen den Vertragsstaaten erfahren. Bei dieser Sachlage müsse Art. 2 Abs. 2 hinsichtlich des Begriffs der Familienangehörigen eng ausgelegt werden. Nach den für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge allgemein entwickelten Grundsätzen sei in Fällen, in denen eine Vertragsbestimmung unklar ist, diejenige Auslegung zu wählen, die, ohne den Vertragszweck in Frage zu stellen, die Vertragspartei, um deren Verpflichtungen es gehe, nicht über das gewollte Maß hinaus binde (BVerfGE 4, 157, 168). Das bedeute, daß als Familienangehörige nur Ehegatten und minderjährige Kinder zu verstehen sind.

34. Aus dem Zusammenhang, Sinn und Zweck des LSchA sowie aus dessen Zusammenhang mit anderen Verträgen löste der BGH (19. 6. 1973, Warn. 1973 I Nr. 158, S. 424 = MDR 1973, 1015 [3, 36]) eine Reihe von strittigen Auslegungsfragen. Nach der Auffassung des Gerichts fällt die Forderung eines Türken, der vor Kriegseintritt der Türkei als KZ-Häftling einem Rüstungsbetrieb zum Arbeitseinsatz zugeführt wurde und 1952 die amerikanische Staatsangehörigkeit erwarb, gegen den Rüstungsbetrieb unter den Klagestop des Art. 5 Abs. 2 LSchA.

Zunächst komme es auf die Staatsangehörigkeit des Klägers im Augenblick der Entstehung der geltend gemachten Forderung an. Art. 5 unterscheide nach dem Verhalten der Gläubigerstaaten während des zweiten Weltkrieges. Abs. 2 befasse sich mit den Forderungen von Staaten, die sich mit Deutschland im Kriegszustand befanden, und deren Staatsangehörigen; Abs. 3 behandle die Forderungen von Staaten, die sich nicht mit Deutsch-

land im Kriegszustand befanden, und von Angehörigen dieser Staaten; Abs. 4 regelt die Forderungen von Staaten, deren Gebiet vor dem 1. 9. 1939 in das Reich eingegliedert wurde oder die während des zweiten Weltkrieges mit dem Reich verbündet waren, und von Angehörigen dieser Staaten. Die auf dieses Verhalten abgestimmte unterschiedliche Regelung verleihe ihre innere Berechtigung, wenn sie von einem späteren Wechsel der Staatsangehörigkeit beeinflusst würde. Denn der Kreis der zurückgestellten Forderungen der Neutralen sei umfassender als der der Kriegführenden. Noch deutlicher trete dieser Sachverhalt in Erscheinung, wenn man berücksichtige, daß Art. 5 Abs. 4 LSchA den als Sanktion gedachten Verzicht der Verbündeten des Deutschen Reichs auf ihre Forderungen gegen das Deutsche Reich in den Nebenfriedensverträgen mit Italien, Ungarn, Bulgarien und Rumänien wie auch im österreichischen Staatsvertrag auch auf die Länder erstreckte, die an diesen Verträgen nicht beteiligt seien. Daß hier jedenfalls ein nach der Verzichtsleistung, sei es auch noch vor dem Inkrafttreten des LSchA, vollzogener Staatsangehörigkeitswechsel – etwa von Rumänien nach den USA – keine Verbesserung der Rechtslage des Gläubigers bewirken könne, liege auf der Hand.

Art. 5 Abs. 2 LSchA umfasse auch Forderungen, die vor der Kriegserklärung der Türkei an das Deutsche Reich entstanden seien. Legte man diese Bestimmung dahin aus, daß sie solche Forderungen ausschließe, entstünde im System des Art. 5 eine Lücke. Denn Abs. 3 erfasse nur Forderungen der Staaten, die während des ganzen Krieges neutral geblieben seien. Die hier ins Auge gefaßten Forderungen wären dann durch das LSchA nicht geregelt, was gegen das Ziel des Vertrages verstoße, den gesamten Komplex der Kriegsforderungen zurückzustellen.

2. Rückgriff auf nationales Recht zwecks Auslegung

35. Nach Art. V Nr. 1 Abs. 5 Buchst. b BEG-Schlußgesetz vom 22. 3. 1966 (BGBl. I, 187) wird durch den Nationalsozialismus Verfolgten eine Beihilfe nicht gewährt, wenn der Antragsteller zu einem Personenkreis gehört, zu dessen Gunsten Verträge oder Abkommen über globale Wiedergutmachungsleistungen der Bundesrepublik geschlossen worden sind. Nach Art. I des deutsch-französischen Vertrages vom 15. 7. 1960 (BGBl. 1961 II, 1029) »zahlt die Bundesrepublik Deutschland an die Französische Republik 400 Millionen Deutsche Mark zugunsten der von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffenen französischen Staatsangehörigen, die durch derartige Verfolgungsmaßnahmen Freiheitsschäden oder Gesundheits-

schäden erlitten haben . . . Die Verteilung des Betrages bleibt dem Ermessen der Regierung der Französischen Republik überlassen«. Das OLG Köln (29. 8. 1973, RzW 1973, 479) ist der Ansicht, aus dieser Bestimmung lasse sich nicht unmittelbar entnehmen, ob ein Verfolger, der die französische Staatsangehörigkeit nach seiner Schädigung durch nationalsozialistische Maßnahmen erworben hat, durch dieses Abkommen begünstigt wird. Insofern müsse auf Art. 2 Abs. 2 der französischen Ausführungsverordnung Nr. 61-971 vom 29. 8. 1961 zurückgegriffen werden, der diese Personen mit einbeziehe. Diese Einbeziehung sei »für den deutschen Vertragspartner verbindlich und zu beachten«.

3. Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner³⁾

36. Nach dem Urteil des BGH vom 19. 6. 1973 (Warn. 1973 I, S. 424 ff., 428 [34]) können auch türkische Staatsangehörige ihre Forderungen gegen das Deutsche Reich gemäß Art. 5 Abs. 2 LSchA nicht mehr einklagen, obwohl die Türkei nicht Vertragspartner des LSchA ist. Der BGH beruft sich insoweit auf seine ständige Rspr. (BGHZ 16, 207, 259). Allein diese Auffassung entspreche der aus dem LSchA folgenden völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik, im Interesse einer reibungslosen und gesicherten Abwicklung und Durchführung des Abkommens und zur Verhinderung einer Diskriminierung der Vertragsstaaten die Anerkennung und Bedienung von Reparationsforderungen auch solcher Staaten, die nicht Mitglied des LSchA geworden sind und damit nicht schon ihrerseits den in diesem Abkommen vereinbarten Beschränkungen unterliegen, bis zur vorgesehenen endgültigen Regelung abzulehnen (zur Völkerrechtskonformität dieser Pflicht und zu den Problemen ihrer innerstaatlichen Durchführung vgl. B l e c k m a n n , ZaöRV 32 [1972] Nr. 8, S. 80 ff.)

4. Ius cogens

37. Nach den Grundsätzen des Völkerrechts kann ein Staat im allgemeinen nur für solche Personen handeln, die im Zeitpunkt der Schädigung seine Staatsangehörigkeit hatten und auch im Zeitpunkt der Anspruchserhebung noch seine Staatsbürger sind. Das OLG Köln (29. 8. 1973, RzW 1973, 479 [18]) ist allerdings der Auffassung, daß zwei Staaten durch Vertrag eine andere Regelung treffen könnten. Es bestünden daher keine Bedenken gegen die Gültigkeit eines zwischenstaatlichen Vertrags, durch den vereinbart wird, daß ein Staat dem anderen Staat eine globale Entschädigung auch für

³⁾ Vgl. B l e c k m a n n , Probleme der Anwendung multilateraler Verträge, Gegenseitigkeit und Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner (1974).

solche Personen leistet, die erst nach der Schädigung Staatsangehörige des Empfängerstaates geworden sind. Einer solchen Vereinbarung zwischen zwei souveränen Staaten stünden die Regeln des Völkerrechts nicht entgegen, die weit weniger als innerstaatliches Recht zwingend und unumstritten seien.

5. *Clausula rebus sic stantibus*

38. Im Urteil vom 30. 1. 1973 (E 34, 216 ff., 230, 232 f. = BayVBl. 1973, 181 = DÖV 1973, 161 = DVBl. 1973, 304 = JZ 1973, 362[8]) führte das BVerfG aus, die *clausula rebus sic stantibus* spiele in den verschiedensten Rechtsbereichen, insbesondere im Völkerrecht, im Kirchenrecht, im nationalen bürgerlichen Recht, im deutschen Verwaltungsrecht, im deutschen Verfassungsrecht, teils positiviert, teils innerhalb von geschriebenem Recht Generalklauseln, teils als ungeschriebener Rechtssatz, nicht immer unter der hier verwendeten Formel und in sehr verschiedener Abgrenzung des Inhalts der Regel, im Kern aber stets als Ausnahme vom allgemeinen Rechtssatz *pacta sunt servanda* eine Rolle. Im vorliegenden Fall untersucht das BVerfG die Klausel nur insoweit, als sie auf Vertragsbeziehungen zwischen deutschen Ländern anzuwenden ist. Insoweit folge der Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* nicht aus dem Völkerrecht, sondern aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens. Der ungeschriebene Verfassungssatz von der *clausula rebus sic stantibus* schränke die Regel des Staatsvertragsrechts *pacta sunt servanda* ein. Nur wenn sich die Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hätten, mittlerweile grundlegend verändert hätten und angesichts dieser Veränderung das Festhalten am Vertrag oder an einer Einzelvereinbarung des Vertrags für den Verpflichteten unzumutbar geworden sei, sei Raum für seine Anwendung. Dabei bedürfe es für die Bewertung »unzumutbar« auch der Berücksichtigung der Interessen des aus dem Vertrag Berechtigten; sie könnten infolge der grundsätzlichen Veränderung der Verhältnisse an Gewicht verloren, in anderen Fällen aber auch an Bedeutung gewonnen haben. Die *clausula* entbinde nicht ohne weiteres von der unzumutbar gewordenen Verpflichtung und gar von der Bindung an den Vertrag im ganzen. Sie gehe zunächst auf die Anpassung des Vertrags an die veränderten Verhältnisse, unter Umständen also auf Milderung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung und, wenn die inhaltliche Modifizierung einer vertraglich übernommenen Leistung nicht möglich erscheine, auf einen Ausgleich in Geld, soweit dies zur Aufrechterhaltung des Gleichgewichts der im Vertrag vereinbarten Leistungen und Gegenleistungen nötig sei.

6. Zusammenwirken der Verträge mit dem nationalen Recht

39. In einem vorhergehenden Bericht (ZaöRV 32 [1972] Nr. 40, S. 612 ff.) wurde erörtert, ob das Beschleunigungsgebot des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK bei unverhältnismäßig langen Verfahren ein Verfahrenshindernis im Sinne des deutschen Strafrechts begründe. In seinem Urteil vom 9. 5. 1973 (Der öffentliche Dienst 1973, 204) hat sich das BVerwG erneut mit dem Beschleunigungsgebot der MRK befaßt. Diese Bestimmung gelte nach h. L. nicht für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, weil in ihr nur von »zivilrechtlichen Ansprüchen« und »strafrechtlicher Anklage« die Rede sei (BVerwG, MDR 1957, 667; BDH 4, 20). Überdies müsse es sich um eklatante, schlechthin unerträgliche Verfahrensverzögerungen handeln, damit eine auch nur entsprechende Anwendung des in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes gerechtfertigt sei. Denn die Bestimmungen der MRK setzten Maßstäbe, die dem Schutz der Menschenwürde dienen, und diese werde nur bei wirklich gewichtigen Eingriffen oder Unterlassungen angetastet (*sic!*). Überdies erübrige sich der Rückgriff auf die MRK dann, wenn bereits die eigenstaatlichen Gesetze hinreichenden Schutz gewährleisteten (*sic!*).

40. Nach einem Beschluß des OLG Stuttgart vom 20. 11. 1973 (JZ 1974, 268) verpflichtet Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK nicht nur die Bundesrepublik Deutschland als Staat, sondern verleiht dem Angeklagten unmittelbar einen Anspruch (BGHZ 45, 46; OLG Karlsruhe, JZ 1972, 1907, Vogler, ZgesStw 1970, 743). Einigkeit bestehe auch darüber, daß Verfahrensverzögerungen diesen Anspruch verletzen könnten (OLG Karlsruhe a.a.O.; LG Frankfurt, JZ 1971, 234). Dabei gelte das Beschleunigungsgebot auch für das Ermittlungsverfahren. Umstritten seien jedoch, da die MRK dazu schweige, die rechtlichen Folgen einer solchen Verletzung, insbesondere, ob sie ein Verfahrenshindernis begründen könnten (vgl. außer den schon Genannten noch LG Krefeld, JZ 1971, 733). Diese Frage läßt das OLG Stuttgart offen, weil schon der deutschrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Erlaß eines Haftbefehls nach überlangem Verfahren ausschliesse.

VIII. Besatzungsrecht

41. Nach zwei Urteilen des BVerwG vom 3. 10. 1972 (E 41, 1, 13) kann aufrechterhaltenes Besatzungsrecht zwar nicht am GG gemessen werden, doch müssen die Grundsätze des GG zur Auslegung dieses Rechts herangezogen werden.

IX. Rechtslage Deutschlands

1. Fortbestand des Deutschen Reichs

42. Nach dem Urteil des BVerfG vom 31. 7. 1973 zum Grundlagenvertrag mit der DDR vom 21. 12. 1972 (E 36, 1 ff., 15 ff. = BayVBl. 1973, 490 = DÖV 1973, 606 = DVBl. 1973, 685 = JZ 1973, 588 = MDR 1973, 826 = ROW 1973, 226 [7, 32]) geht das GG (Präambel, Art. 16, 23, 116, 146) – und nicht nur eine These der Völkerrechts- und Staatsrechtslehre – davon aus, daß das Deutsche Reich den Zusammenbruch von 1945 überdauert hat und weder mit der Kapitulation noch durch die Ausübung fremder Staatsgewalt in Deutschland durch die alliierten Okkupationsmächte noch später untergegangen ist. Das Deutsche Reich existiere fort (BVerfGE 2, 277; 3, 319 f.; 5, 126; 6, 336, 363), besitze nach wie vor Rechtsfähigkeit, sei allerdings als Gesamtstaat mangels Organisation selbst nicht handlungsfähig. Mit der Errichtung der Bundesrepublik Deutschland sei nicht ein neuer westdeutscher Staat gegründet, sondern ein Teil Deutschlands neu organisiert worden. Die Bundesrepublik sei also nicht Rechtsnachfolger des Deutschen Reichs, sondern als Staat identisch mit dem Staat »Deutsches Reich« – in Bezug auf seine räumliche Ausdehnung allerdings »teilidentisch«, so daß insoweit die Identität keine Ausschließlichkeit beanspruche. Die Bundesrepublik umfasse also, was ihr Staatsvolk und ihr Staatsgebiet anlange, nicht das ganze Deutschland, unbeschadet dessen, daß sie ein einheitliches Staatsvolk des Völkerrechtssubjekts »Deutschland« (Deutsches Reich) sei, zu dem die eigene Bevölkerung als untrennbarer Teil gehöre, und ein einheitliches Staatsgebiet »Deutschland« (Deutsches Reich), zu dem ihr eigenes Staatsgebiet als ebenfalls nicht abtrennbarer Teil gehöre. Sie beschränke staatsrechtlich ihre Hoheitsgewalt auf den »Geltungsbereich des Grundgesetzes« (BVerfGE 3, 319 f.; 6, 338, 363), fühle sich aber verantwortlich für das ganze Deutschland. Derzeit bestehe die Bundesrepublik Deutschland aus den in Art. 23 GG genannten Ländern, einschließlich Berlins. Die DDR gehöre zu Deutschland und könne im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland angesehen werden (BVerfGE 11, 158). Deshalb sei z. B. der Interzonenhandel nicht Außenhandel (BVerfGE 18, 354).

Die Präambel des GG enthalte ein verfassungsrechtliches Wiedervereinigungsgebot. Kein Verfassungsorgan dürfe die Wiederherstellung der staatlichen Einheit als politisches Ziel aufgeben, alle Verfassungsorgane seien verpflichtet, in ihrer Politik auf die Erreichung dieses Zieles hinzuwirken. Die Organe der Bundesrepublik hätten insoweit aber einen breiten Raum politischen Ermessens. Die Grenze dieses Ermessens sei erreicht, wenn die Bundesrepublik auf einen Rechtstitel verzichte, mittels dessen sie in Rich-

tung auf Verwirklichung der Wiedervereinigung und Selbstbestimmung wirken könne, oder einen mit dem GG unvereinbaren Rechtstitel schaffe oder sich an der Schaffung eines solchen Rechtstitels beteilige, der ihr bei ihrem Streben nach diesem Ziel entgegengehalten werden könne. Die klare Rechtsposition der Bundesrepublik sei, man müsse von der im GG vorausgesetzten Existenz Gesamtdeutschlands mit dem deutschen (Gesamt-)Staatsvolk und einer (gesamt-)deutschen Staatsgewalt ausgehen. Die »Nation« dürfe als Klammer für Gesamtdeutschland nur herangezogen werden, wenn darunter das deutsche Staatsvolk und nicht nur noch der Begriff einer im Bewußtsein der Bevölkerung vorhandenen Sprach- und Kultureinheit verstanden werde. Ebenso dürfe man nicht allein auf die Viermächte-Verantwortung als Klammer für Gesamtdeutschland zurückgreifen.

Mit diesen Prinzipien stimme der Grundlagenvertrag überein, wenn man ihn verfassungskonform auslege.

Die DDR sei unabhängig von einer Anerkennung durch die Bundesrepublik Deutschland ein Staat und als solcher Völkerrechtssubjekt. Eine solche Anerkennung habe die Bundesrepublik nicht nur nie förmlich ausgesprochen, sondern im Gegenteil wiederholt ausdrücklich abgelehnt. Würdige man das Verhalten der Bundesrepublik gegenüber der DDR im Zuge der Entspannungspolitik, insbesondere das Abschließen des Vertrages, als faktische Anerkennung, so könne sie nur als eine faktische Anerkennung besonderer Art verstanden werden.

Das Besondere dieses Vertrages sei, daß er zwar ein bilateralen Vertrag zwischen zwei Staaten sei, für den die Regeln des Völkerrechts gelten und der die Geltungskraft wie jeder andere völkerrechtliche Vertrag besitzt, aber zwischen zwei Staaten, die Teile eines noch immer existierenden, wenn auch handlungsunfähigen, weil noch nicht neuorganisierten umfassenden Staates Gesamtdeutschland mit einem einheitlichen Staatsvolk sind. Daraus ergebe sich die besondere rechtliche Nähe, in der beide Staaten zueinander stehen, die im Austausch von ständigen Vertretern statt Botschaftern, in der Besonderheit des Ratifikationsverfahrens, in der Tatsache, daß der Handel zwischen beiden Staaten nicht als Außenhandel angesehen wird, und in der Gesamttendenz des Vertrages zum Ausdruck gelange, zu einer möglichst engen Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien mit dem Ziel einer Verbesserung der menschlichen Beziehungen über die gemeinsame Grenze hinweg zu gelangen. Insofern lasse sich das Besondere dieses Vertrages auch durch die Formel verdeutlichen, daß er »*inter se*-Beziehungen« regle. Er regle aber nicht ausschließlich solche Beziehungen und falle deshalb nicht aus der Ordnung des allgemeinen Völkerrechts heraus, gehöre also nicht einer spezifischen, erst durch ihn geschaffenen, gegenständlich beschränkten Sonderrechtsordnung an. Diese Deutung verbiete sich durch die Regelungen

in Art. 2 und 3 des Vertrages, die als für das Verhältnis zwischen den Partnern verbindlich ausdrücklich die Charta der Vereinten Nationen nennen. Der Vertrag habe also einen Doppelcharakter; er sei seiner Art nach ein völkerrechtlicher Vertrag, seinem spezifischen Inhalt nach ein Vertrag, der vor allem *inter se*-Beziehungen regele. *Inter se*-Beziehungen in einem völkerrechtlichen Vertrag zu regeln, könne vor allem dann nötig sein, wenn eine staatliche Ordnung, wie hier wegen der Desorganisation des Gesamtstaats, fehle. Selbst im Bundesstaat bemessen sich, falls eine Regelung in der Bundesverfassung fehle, die Beziehungen zwischen den Gliedstaaten nach den Regeln des Völkerrechts.

Die Bestimmungen des Grundlagenvertrags über die Grenze zwischen der Bundesrepublik und der DDR seien dahin auszulegen, daß eine staatsrechtliche Grenze ähnlich den Grenzen gemeint sei, die zwischen Ländern der Bundesrepublik verlaufen.

Art. 16 GG gehe davon aus, daß die »deutsche Staatsangehörigkeit«, die auch in Art. 116 Abs. 1 GG in Bezug genommen sei, zugleich die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik sei. Deutscher Staatsangehöriger im Sinne des GG sei also nicht nur der Bürger der Bundesrepublik Deutschland. Für die Bundesrepublik verliere ein Deutscher diese deutsche Staatsangehörigkeit nicht dadurch, daß sie ein anderer Staat aberkenne. Eine solche Aberkenning dürfe die Bundesrepublik nicht rechtlich anerkennen. Der Status des Deutschen im Sinne des GG dürfe durch keine Maßnahme, die der Bundesrepublik zuzuordnen ist, gemindert werden. Das folge aus der mit dem Status des Staatsangehörigen verbundenen Schutzpflicht des Heimatstaates. Die Deutschen hätten Anspruch auf den Schutz ihrer Grundrechte durch deutsche Gerichte. Der Grundlagenvertrag müsse entsprechend ausgelegt werden. Dann sei der Vertrag auch nicht unvereinbar mit der nach dem GG der Bundesregierung aufgegebenen Pflicht, allen Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG Schutz und Fürsorge angedeihen zu lassen. Sie sei nach wie vor befugt, innerhalb des Geltungsbereichs des GG durch alle ihre diplomatischen Vertretungen und in allen internationalen Gremien, deren Mitglied sie ist, ihre Stimme zu erheben, um Einfluß geltend zu machen und einzutreten für die Interessen der deutschen Nation, zum Schutz der Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG und Hilfe zu leisten auch jedem Einzelnen, der sich an eine Dienststelle der Bundesrepublik wendet mit der Bitte um wirksame Unterstützung in der Verteidigung seiner Rechte, insbesondere seiner Grundrechte.

Berlin sei ein Land der Bundesrepublik. Die Vertragsbestimmung, wonach die Ausdehnung von Abkommen auf Berlin im jeweiligen Fall vereinbart werden kann, schränke in keiner Weise die grundgesetzliche Pflicht der für die Bundesrepublik handelnden Organe ein, bei jedem Abkommen mit

der DDR, das seinem Inhalt nach auf das Land Berlin und seine Bürger ausgedehnt werden kann, auf der Ausdehnung auf Berlin zu bestehen und nur abzuschließen, wenn der Rechtsstand Berlins und seiner Bürger gegenüber dem für den Geltungsbereich des GG geltenden Rechtsstand nicht verkürzt wird.

Dieses Urteil ist auch in der Bundesrepublik auf heftige Kritik gestoßen (Friesenhahn, ZRP 1973, 88; Kewenig, DÖV 1973, 797; Kimminich, DVBl. 1973, 657; Kriele, Die Zeit Nr. 33 vom 10. 8. 1973; Oppermann, JZ 1973, 594; Scheuner, DÖV 1973, 797; Tomuschat, DÖV 1973, 801). Scheuner nannte die Deutschlandkonstruktion des BVerfG einen unverdaulichen Begriffsbrei. Kewenig hat die Unvereinbarkeiten dieser Konstruktion im einzelnen aufgezeigt. Die ursprünglich vom BVerfG vertretene Staatskerntheorie, nach der sich die mit dem Deutschen Reich identische Bundesrepublik rechtlich, wenn auch nicht tatsächlich, auf das Gebiet und die Bevölkerung der DDR erstreckt, sei wegen der Verpflichtung der Bundesrepublik zur Achtung der territorialen Integrität und der Anerkennung der Beschränkung der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik auf ihr Staatsgebiet im vom BVerfG nur unzureichend berücksichtigten Grundlagenvertrag unhaltbar geworden. Als völkerrechtlich noch mögliche Variation biete sich nunmehr die Schrumpfstaats- (auch rechtliche Beschränkung der mit dem Deutschen Reich identischen Bundesrepublik auf den Geltungsbereich des GG) und die Dachtheorie (Fortbestand des handlungsunfähigen Deutschen Reichs als Dach über die auf seinem Staatsgebiet entstandenen selbständigen Teilordnungen) an. Staatskern-, Schrumpfstaats- und Dachtheorie schlossen sich gegenseitig aus. Das BVerfG habe trotzdem gewisse Elemente der Schrumpfstaats- und der Dachtheorie miteinander verbunden und hieraus überdies Folgerungen gezogen, die sich nur aus der Staatskerntheorie ableiten lassen.

Wenn dieser Analyse auch grundsätzlich zuzustimmen ist, geht sie doch auf die Frage nicht ein, ob eine Rechtskonstruktion nur dann mit dem Völkerrecht vereinbar ist, wenn sie logisch in sich stimmig ist. In der Tat gibt es im Völkerrecht Institutionen, die zum Teil der einen, zum anderen Teil aber einer anderen Konstruktion entsprechen oder sich sogar jedem geschlossenen Konstruktionsversuch entziehen. Das beste Beispiel hierfür sind die Europäischen Gemeinschaften. Widersprüchliche Theorien über einen einheitlichen Sachverhalt sind also insbesondere in bestimmten Übergangslagen erforderlich. Eine solche Übergangslage stellt auch die augenblickliche Rechtslage Deutschlands dar. Hier kann eine solche, die widersprüchliche Rechtslage in einer widersprüchlichen Konstruktion richtig widerspiegelnde Theorie nur kurz angedeutet werden. Dabei ist mit dem BVerfG von der Identitätstheorie im Sinne der Staatskerntheorie auszugehen. Im Rahmen dieser

Theorie sind zunächst die beiden gedachten Extrempunkte festzuhalten: Im anfänglichen Extrem erstreckt sich die Hoheitsgewalt der Bundesrepublik rechtlich und tatsächlich auf das gesamte Gebiet des Deutschen Reichs einschließlich der DDR. Nun setzt von diesem Extremfall her ein Prozeß der Sezession der DDR ein. Im ersten Übergangsstadium ist die DDR nur eine Bürgerkriegspartei, die Hoheitsbefugnisse der Bundesrepublik Deutschland sind zwar nicht rechtlich, aber schon faktisch auf den Geltungsbereich des GG beschränkt. Erstarkt nun die DDR weiter, scheidet sie im Endstadium auch rechtlich aus dem deutschen Staatsverband aus. Kurz vor diesem Zustand aber ist eine Rechtslage denkbar, in der die DDR zwar noch im Staatsverband der mit dem Deutschen Reich identischen Bundesrepublik steht, aber schon einen Staat darstellt, dessen Existenz die Hoheitsgewalt der Bundesrepublik über dieses Gebiet und seine Bevölkerung auch rechtlich beschränkt. Denkbar ist ferner auch, daß nach einer Sezession im Verhältnis beider Staaten zueinander noch staatsrechtliche Überreste bestehen bleiben, wie wir es im Verhältnis der Mutterländer zu ihren unabhängig gewordenen Kolonien erlebt haben (vgl. B l e c k m a n n, Verfassung und Recht in Übersee 1971, S. 237). In diesem Übergangszustand deuten gewisse Erscheinungen wie die rechtliche Beschränkung der Staatsgewalt der Bundesrepublik auf die vollzogene Sezession, andere wie die einheitliche Staatsangehörigkeit und die besonderen Beziehungen auf die Aufrechterhaltung des einheitlichen Staatsverbands hin. Je nach der Sicht kann also die Kernstaats-theorie oder die Schrumpfstaaatstheorie die Lage richtig wiedergeben. Daraus erklärt sich das eigentümliche Schwanken des BVerfG zwischen beiden Theorien. Diese Lage versucht es zu umschreiben, wenn es von der Teilidentität, nämlich davon spricht, daß die Bundesrepublik zwar mit dem Deutschen Reich identisch ist, seine Hoheitsgewalt über das Gebiet und die Bürger der DDR aber auch rechtlich aufgehört hat. Andererseits entspricht dieser Übergangslage, in welcher neben der Bundesrepublik ein zweiter deutscher Staat steht, weitgehend auch die Lage nach der Dachtheorie, auf die sich das BVerfG ebenfalls zu berufen scheint. All diese Theorien schließen sich zwar auf einer abstrakten Ebene aus, können aber im konkreten Fall nebeneinander verwendet werden, um den vollen Rechtsgehalt der Sachlage auszuschöpfen.

2. Deutsche Demokratische Republik

43. Zur Qualität der DDR als Staat und Völkerrechtssubjekt siehe das Urteil des BVerfG zum Grundlagenvertrag [42].

44. Der Beschluß des BayObLG vom 29. 2. 1972 (BayObLGZ 1972, 86) übernimmt die Entscheidung BGHZ 52, 123, nach der »deutsche Angehörige der DDR«, die dort ihren ständigen Wohnsitz haben, mangels einheitlicher

Gerichtsverfassung, einheitlicher Verfahrensordnung und Ausübung einer auf einer einheitlichen Rechtsordnung beruhenden Gerichtsgewalt für Nachlaßsachen nicht mehr »Deutsche« (Inländer) im Sinne der Verfahrensbestimmung des § 73 Abs. 2 FGG, aber auch die DDR für das Erbscheinverfahren nicht mehr als »Inland« im Sinne des § 73 Abs. 2 FGG angesehen werden können.

3. Berlin

45. Berlin ist nach dem Urteil des BVerfG zum Grundlagen-Vertrag, das nach Abschluß des Viermächte-Abkommens erlassen wurde, ein Land der Bundesrepublik Deutschland [42].

46. In seinem Urteil vom 2. 8. 1973 (NJW 1973, 2121) hatte das OLG Schleswig über die Wehrpflicht eines zunächst in Westdeutschland wohnenden Deutschen zu entscheiden, der nach Zustellung des Einberufungsbescheids in Westdeutschland ohne Genehmigung des Kreiswehrrersatzamtes nach Berlin verzogen war. Nach dem Wehrpflichtgesetz vom 28. 9. 1969 (BGBl. I, 1773) erlösche die Wehrpflicht in einem solchen Falle nicht. Mit dem Bedenken, das gegen den Anwendungsbereich des Wehrpflichtgesetzes auf in Berlin ansässige Personen unter Hinweis auf Nr. 4 des Alliierten Genehmigungsschreibens zum GG erhoben wird, wonach der Bund keine Gesetzgebungsbefugnis über Berlin und damit seine Bewohner hat (Finke l n b u r g, NJW 1970, 1257, dagegen D ö r i n g, NJW 1970, 1827), brauchte der Senat sich im vorliegenden Fall nicht auseinanderzusetzen, schon weil wenn der Einberufungsbefehl den Wehrpflichtigen noch in Westdeutschland erreicht, er gleichsam »sein latentes, nur noch vom Zeitablauf abhängiges Wehrdienstverhältnis mit nach Berlin brachte«. Dem Fortbestand der Wehrpflicht auch nach seiner Übersiedlung nach Berlin stehe auch Art. 21 Abs. 2 der Verfassung von Berlin vom 1. 9. 1950 nicht entgegen, wonach »jedermann das Recht (hat), Kriegsdienste zu verweigern, ohne daß ihm Nachteile entstehen dürfen«. Denn Art. 21 Abs. 2 der Verfassung von Berlin werde, auch wenn er gemäß Art. 142 GG wirksam in Kraft trat, nicht kraft dieser Bestimmung des GG in den Rang von Bundesverfassungsrecht erhoben, sondern behalte den Charakter von Landesrecht, das dem Wehrpflichtgesetz als Bundesrecht im Range nachstehe (selbst wenn es in Berlin mangels Übernahme nicht gilt).

47. Wird der Einberufungsbescheid dem Westdeutschen dagegen erst in Berlin zugestellt, ist diese Zustellung nach BVerwG, 27. 6. 1973 (NJW 1973, 2123), nichtig, weil sie gegen den Berlin-Vorbehalt verstieß. Gegenstand des Zustellungsverfahrens sei der schriftliche Einberufungsbescheid, die Verkörperung eines Eingriffsaktes öffentlicher Gewalt des Bundes. Die

unmittelbare Ausübung von Staatsgewalt durch die Bundesbehörde im Wege der Zustellung des Einberufungsbescheids vollziehe sich am Ort der Zustellung. Sie sei deshalb nur dann zulässig, wenn dieser Ort innerhalb der räumlichen Grenzen der Staatsgewalt liegt, die ausgeübt wird. Sei er außerhalb dieser Grenzen gelegen, so sei die Ausübung der Staatsgewalt nur zulässig, soweit die dort herrschende Gewalt dies zulasse. Im Verhältnis des Bundes zum Lande Berlin versage allerdings die räumliche Abgrenzung. Denn in Berlin sei die unmittelbare Ausübung von Staatsgewalt durch Bundesorgane zulässig, soweit die drei Mächte dies für einzelne Bereiche zugelassen haben (BVerfGE 7, 1, 14). Insoweit stehe der Berlin-Vorbehalt der unmittelbaren Ausübung von Staatsgewalt durch Bundesorgane in Berlin nicht entgegen. Die drei Mächte hätten aber die Zustellung von Einberufungsbescheiden durch den Bund in Berlin durch die BK/L (69) 29 vom 8. 8. 1969 ausdrücklich verboten.

4. Deutsche Ostgebiete

48. Nach dem Urteil des BSozG vom 31. 1. 1973 (NJW 1973, 1064 = MDR 1973, 531 = ROW 1973, 175) ist der Begriff »Ausland« im Sinne des § 14 des Verwaltungszustellungsgesetzes vom 3. 7. 1957 (BGBl. I, 379) spezifisch verfahrensrechtlich zu deuten, wobei von dem Grundsatz auszugehen sei, daß Urteilszustellungen Hoheitsakte sind, welche nur im eigenen Staatsgebiet vorgenommen werden dürfen. Unter diesem Blickwinkel betrachtet, hätten auch schon Anfang 1971 die dem polnischen Staat eingegliederten früheren deutschen Ostgebiete nur noch als Ausland angesehen werden können; ein Übergangsbereich zwischen Inland und Ausland sei verfahrensrechtlich nicht vertretbar. Dies entspreche auch der herrschenden Auffassung zum Begriff »Ausland« im zustellungsrechtlichen Sinn. Dabei brauche die kontroverse Frage, ob auch das Gebiet der DDR in diesem Sinn als Ausland anzusehen sei oder noch als Inland gelten könne, nicht erörtert zu werden.

Albert B l e c k m a n n