

Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1969-1970

Übersicht

(for an English Version of this Survey see p. 72)

I. Einleitung

II. Quellen des Völkerrechts (1—2)

III. Völkerrecht und Landesrecht (3—31)

1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts — 2. Vertragliches Völkerrecht: a) Innerstaatliche Geltung: Wirkung des Zustimmungsgesetzes; b) Innerstaatliche Anwendbarkeit; c) Rang — 3. Europäisches Gemeinschaftsrecht — 4. Befugnisse des nationalen Richters.

IV. Staat und Regierung (32—38)

1. Immunität — 2. Gesandtschaftsrecht — 3. Gleichheit der Staaten — 4. Völkerrechtliche Haftung.

V. Staatsgebiet (39—40)

VI. Jurisdiktion (41—50)

1. Gebietshoheit — 2. *Acts of State*: a) Überprüfung fremden Rechts und fremder Hoheitsakte; b) Deutsche Akte der auswärtigen Gewalt.

VII. Staatsangehörigkeit (51—56)

VIII. Diplomatischer Schutz (57—58)

IX. Fremdenrecht (59—65)

1. Aufenthalts- und Niederlassungsrecht — 2. Politische Betätigung der Ausländer — 3. Rechte der Ausländer.

X. Flüchtlinge (66—68)

XI. Auslieferung (69—72)

1. Zulässigkeit — 2. Spezialitätsgrundsatz — 3. Rücklieferung — 4. Weiterlieferung.

XII. Völkerrechtliche Verträge (73—96)

1. Auslegung — 2. Rückgriff auf nationales Recht zwecks Auslegung — 3. Zusammenwirken des Vertragsrechts mit dem nationalen Recht bei der innerstaatlichen Anwendung: a) Lückenfüllung; b) Sonstige Fälle — 4. Anwendungsbereich der Verträge — 5. Einwirkung des Krieges auf Verträge.

XIII. Kriegsrecht (97—103)

1. Besatzungsrecht — 2. Sonstiges Kriegsrecht.

XIV. Rechtslage Deutschlands (104—109)

1. Deutsche Demokratische Republik — 2. Deutsche Ostgebiete — 3. Berlin — 4. Saarland.

Survey

*I. Introduction**II. Sources of International Law (1—2)**III. The Relationship between International Law and Municipal Law (3—31)*

1. General rules of international law — 2. Law of international treaties: a) National implementation: Effect of parliamentary acceptance; b) National applicability; c) Rank — 3. Law of the European Communities — 4. Competences of national judges.

IV. State and Government (32—38)

1. Immunity — 2. Law of diplomatic intercourse — 3. Equality of States — 4. International responsibility.

*V. National Territory (39—40)**VI. Jurisdiction (41—50)*

1. Territorial jurisdiction — 2. Acts of State: a) Review of foreign public law and acts of foreign States; b) German acts of the foreign ministry.

*VII. Nationality (51—56)**VIII. Diplomatic Protection (57—58)**IX. Legal Status of Aliens (59—65)*

1. Law of residence and establishment — 2. Political activities of aliens — 3. Individual rights of aliens.

*X. Refugees (66—68)**XI. Extradition (69—72)*

1. Admissibility — 2. Principle of speciality — 3. Redelivery — 4. Reextradition.

XII. International Treaties (73—96)

1. Interpretation — 2. Reference to municipal law for the interpretation — 3. Interdependence between treaty law and municipal law concerning the internal applicability: a) Loop-holes in treaties; b) Other cases — 4. Field of application of international treaties — 5. Influence of war on international treaties.

XIII. Law of War (97—103)

1. Occupation law — 2. Other areas of the law of war.

XIV. Legal Status of Germany (104—109)

1. German Democratic Republic — 2. Eastern German territories — 3. Berlin — 4. "Saarland"

*I. Einleitung *)*

Der folgende Bericht über die Rechtsprechung der Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland zum Völkerrecht in den Jahren 1969—1970

*) Abkürzungen: A = Verträge der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. vom Auswärtigen Amt, Serie A: Multilaterale Verträge, mit Bandzahl vor und Nr. des Vertrags hinter dem A; ABl. = Amtsblatt; AG = Amtsgericht; AHK = Alliierte Hohe Kommission; AS = Amtliche Sammlung; AWD = Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; BAnz. = Bundesanzeiger; BayVBl. = Bayerische Verwaltungsblätter; BayVerfGH = Bayerischer Verfassungsgerichtshof; BayVGH = Bayerischer Verwaltungsgerichtshof; BB = Der Betriebs-Berater; BEG = Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung, in der Fassung vom 29. 6. 1956, BGBl. I, 562; BFG = Bundesfinanzgericht; BFH = Bundesfinanzhof; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, RGBl. I, 604; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH = Bundesgerichtshof; BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BRD = Bundesrepublik Deutschland; BSozG = Bundessozialgericht; BStBl. = Bundessteuerblatt; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; BZBl. = Bundeszollblatt; DAG = Deutsches Auslieferungsgesetz vom 23. 2. 1929, RGBl. I, 239; DBA = Doppelbesteuerungsabkommen; DDR = Deutsche Demokratische Republik; DJZ = Deutsche Juristenzeitung; DOV = Die Öffentliche Verwaltung; DStR = Deutsches Steuerrecht; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; E = Entscheidungen (des BVerfG, des BVerwG, des BFH, des BAG, des BSozG oder des OVG Berlin); EFG = Entscheidungen der Finanzgerichte; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; ESVGH = Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; EWGV = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957, BGBl. II, 766, 12 A 134; FamRZ = Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; FG = Finanzgericht; FGG = Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898, RGBl. 1898, 189; FinV = Finanzvertrag; GATT = Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. 10. 1947, BGBl. Anlagenbd. 1 (1951), 4, 1 A 11; GewA = Gewerbearchiv; GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; GMBL = Gemeinsames Ministerialblatt; GRUR Int. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil; GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 3. 1957, BGBl. I, 1081; HFR = Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung; HLKO = Haager Landkriegsordnung vom 18. 10. 1907, RGBl. 1910, 107, 28 A 348; IPR = Internationales Privatrecht; IRO = International Refugee Organization; IWF-Abkommen = Abkommen über den Internationalen Währungsfonds vom 27. 12. 1945, BGBl. 1952 II, 637 f., 2 A 16; JBl. = Juristische Blätter; JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristenzeitung; KG = Kammergericht (Berlin); LG = Landgericht; LSchA = Abkommen über deutsche Auslandsschulden (Londoner Schuldenabkommen) vom 27. 2. 1953, BGBl. 1955 II, 333, 3 A 25; MDR = Monatsschrift 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; OECD = Organisation for Economic Cooperation and Development; OLG = Oberlandesgericht; OLGZ = Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen; ORG = Oberstes Rückerstattungsgericht (Berlin); OVG = Oberverwaltungsgericht; RabelsZ = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RG = Reichsgericht; RGBl. = Reichsgesetzblatt; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; ROW = Recht in Ost und

schließt sich an meinen Bericht für die Jahre 1966—1968 ¹⁾ an. Die Berichterstattung folgt dem bisherigen Konzept. Die Rechtsprechung zu einzelnen Verträgen wird nicht einbezogen, es sei denn, sie behandle zugleich allgemeines Völkerrecht oder besonders wichtige Kollektivverträge. Über die Rechtsprechung zu den westeuropäischen Kollektivverträgen (Europäische Menschenrechtskonvention und Verträge über die Europäischen Gemeinschaften) wird berichtet, soweit es sich um Fragen allgemeinerer Bedeutung handelt ²⁾.

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.

II. Quellen des Völkerrechts

In der Berichtsperiode haben zwei Entscheidungen untersucht, ob bestimmte Vertragsvorschriften Ausdruck völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts darstellen ³⁾:

1. Nach Ansicht des OLG Frankfurt (20. 6. 1969, NJW 1969, 1917 [36]) enthält Art. 25 WÜD, nach dem der Empfangsstaat der ausländischen Mis-

West; Rspr. = Rechtsprechung; RzW = Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht; St = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; StAngRegG = Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22. 2. 1955, BGBl. I, 65; StAZ = Das Ständesamt; StPO = Strafprozeßordnung in der Fassung vom 17. 9. 1965, BGBl. I, 1374; ÜblV = Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) vom 26. 5. 1952 in der Fassung des Protokolls vom 23. 10. 1954, BGBl. 1955 II, 405, 7 A 66; VBl./VOBl. = Verordnungsblatt; VerwGO = Verwaltungsgerichtsordnung; VerwRspr. = Verwaltungsrechtsprechung; VG = Verwaltungsgericht; VO = Verordnung; Warn. = Warneier, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; WM = Wertpapier-Mitteilungen; WRV = Weimarer Reichsverfassung; WÜD = Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. 4. 1961, BGBl. 1964 II, 958, 22 A 259; Z = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; ZPO = Zivilprozeßordnung vom 12. 9. 1950, BGBl., 533.

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

²⁾ Vgl. die laufende ausführliche Berichterstattung des Verfassers in den Cahiers de droit européen.

³⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 58; Bd. 31 (1971), S. 277.

sion jede Erleichterung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gewährt, eine allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts.

2. Gewohnheitsrecht kann nicht nur in einem multilateralen Vertrag, sondern auch in der sachlich übereinstimmenden Regelung einer bestimmten Frage in mehreren bilateralen Verträgen zum Ausdruck gelangen:

Nach den meisten Auslieferungsverträgen darf der Staat, an den ein Straftäter ausgeliefert worden ist, diesen nur mit Zustimmung des Staates, der ihn ausgeliefert hatte, an einen dritten Staat weiterliefern. In den älteren Auslieferungsverträgen des Deutschen Reichs wurde diese Zustimmung davon abhängig gemacht, daß hinsichtlich der Tat, wegen der ein Drittstaat um Auslieferung ersucht, die Auslieferung im Verhältnis zwischen dem ausliefernden Staat und dem Staat, der den Täter weiterliefern will, nach dem zwischen diesen beiden Staaten geltenden Vertrag zulässig wäre. In neueren Auslieferungsverträgen der BRD und insbesondere im Auslieferungsvertrag mit der Republik Österreich vom 22. 8. 1958 (BGBl. 1958 II, 1342, 2319) werden die Voraussetzungen der Zustimmung zur Weiterlieferung nicht mehr geregelt. Nach Ansicht des BGH (16. 10. 1970, St 23, 348 = NJW 1971, 335 [72, 77]) läßt diese unterschiedliche Behandlung der Zustimmung in älteren und neueren Verträgen darauf schließen, daß die an den neueren Verträgen beteiligten Staaten die in den älteren Verträgen enthaltene Regelung jedenfalls heute nicht mehr als einen allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz des Auslieferungsverkehrs ansehen, möge man vielleicht auch früher anderer Auffassung gewesen sein. Aus diesem Grunde ließen sich aus den früheren Verträgen keine Schlüsse für die Auslegung der neueren Verträge ziehen. Die in den früheren Verträgen vereinbarte Regelung sei auch keineswegs so selbstverständlich, daß man sie ungeachtet der auffallenden Abweichung in allen neueren Verträgen als eine allgemeine völkerrechtliche Regel auffassen könne. Im folgenden zeigt der BGH, daß aus dem Zweck des Zustimmungserfordernisses eine andere Lösung fließt.

Die Entscheidung ist insbesondere deswegen interessant, weil sie — wohl im Rahmen der für Gewohnheitsrecht neben der Praxis erforderlichen Rechtsüberzeugung — die Bildung von Gewohnheitsrecht einer Prüfung an Hand der Natur der Sache (Zweck des Rechtsinstituts) unterzieht. Die verwendete Terminologie legt allerdings nahe, daß der BGH nicht die Existenz von Gewohnheitsrecht, sondern das Eingreifen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes untersucht, dessen Bestand gerade umgekehrt weniger die Praxis als die Rationalität voraussetzt.

III. Völkerrecht und Landesrecht

1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

3. In seinem Beschluß vom 3.12.1969 (E 27, 253 = DÖV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799 [12, 20, 49, 94, 99]) untersucht das BVerfG, ob Personen, deren Häuser durch die alliierte Besatzungsmacht beschlagnahmt wurden, auf Grund dieser Beschlagnahme Entschädigungsansprüche gegen die BRD erworben haben. Dabei geht es (S. 273 f.) auch auf die von Erler-Kruse (Rechtsgutachten des Instituts für Völkerrecht an der Universität Göttingen, hrsg. vom Bund der Besatzungsverdrängten und Besatzungsgeschädigten der US-Zone, Seeheim a. d. Bergstraße, S. 15 ff.) und von Laun (Gutachten über die Berechtigung von Vergütungsansprüchen der Besatzungsgeschädigten, hrsg. vom Bund der Landesverbände der Besatzungsverdrängten und Besatzungsgeschädigten der US-Zone, Heidelberg-Rohrbach, S. 16) vertretene These ein, bei Schädigungen im internationalen Bereich, die auf Grund einer allgemeinen Regel des Völkerrechts, hier der Vorschriften der HLKO, und damit gemäß Art. 25 GG auch auf Grund innerstaatlichen Rechts grundsätzlich geduldet werden müßten, sei ein Ersatzanspruch aus den genannten völkerrechtlichen Vorschriften in Verbindung mit Art. 14 Abs. 3 GG herzuleiten. Diese Ansicht treffe nicht zu. Art. 25 GG verschaffe den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Geltung in der BRD mit Vorrang vor den deutschen Gesetzen und gebe den Bewohnern des Bundesgebiets das Recht, sich auf diese innerstaatliche Geltung der Regeln zu berufen. Diese Vorschrift verändere aber nicht den Inhalt der Völkerrechtsregel und der daraus herzuleitenden Ansprüche, insbesondere nicht deren Adressaten (vgl. BVerfGE 18, 441, 448)⁴⁾. Soweit die völkerrechtlichen Vorschriften Ansprüche auf Ersatz der im Zusammenhang mit der Unterbringung des Besatzungsheeres entstandenen Schäden begründeten, richteten sich diese aber allein gegen die besetzende Macht.

Gegen die hier bestätigte Auffassung des BVerfG, Art. 25 Satz 2 GG ändere nicht Inhalt und Adressaten der Völkerrechtsregel, müssen vor allem angesichts der Tatsache, daß auch in der Berichtsperiode wieder mehrere Entscheidungen aus dieser Formel auch für das Vertragsrecht weitgehende Folgerungen ziehen (siehe unten Nr. 4, 8, 9, 12), erneut⁵⁾ Bedenken angemeldet werden. Der Stand der Forschung rechtfertigt eine solche Verallgemeinerung nämlich nicht. Das allgemeine Völkerrecht begründet nur sel-

⁴⁾ Vgl. auch ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 63 f.

⁵⁾ Vgl. die vorangehende Anm.

ten individuelle Rechte und Pflichten; diese Rechte und Pflichten entstehen überdies nur auf der Völkerrechtsebene, Rechte und Pflichten auf der Landesebene entstehen erst durch die Transformation und/oder den Vollzugsbefehl. Dabei ist nicht einzusehen, warum landesrechtliche Rechte und Pflichten nur und immer entstehen sollen, wenn auf der Völkerrechtsebene individuelle Rechte und Pflichten bestehen. Tatsächlich werden auch von der deutschen Rechtsprechung zahlreiche Völkerrechtssätze unmittelbar angewendet, die auf der Völkerrechtsebene individuelle Rechte und Pflichten nicht begründen. Nähme man die Formel des BVerfG beim Wort, würde das allgemeine Völkerrecht weitgehend innerstaatlich unanwendbar. Es muß also mit Triepel weiter davon ausgegangen werden, daß die Transformation Inhalt und Adressaten der Völkerrechtsnorm ändert. Richtig ist auf der anderen Seite, daß Art. 25 Satz 2 GG entgegen seinem Wortlaut nicht das gesamte allgemeine Völkerrecht, sondern nur die Völkerrechtssätze innerstaatlich anwendbar macht, die nach ihrem Inhalt zur innerstaatlichen Anwendung geeignet sind. Nur diese Völkerrechtssätze können also Rechte und Pflichten der Individuen auf der Landesrechtsebene begründen. Auf der anderen Seite ist die Formel des Art. 25 Satz 2 GG zu eng, weil Völkerrecht auch außerhalb der Frage nach individuellen Rechten und Pflichten von innerstaatlichen Behörden und Gerichten angewendet werden muß. Trotzdem ist dem BVerfG im Ergebnis im vorliegenden Fall zuzustimmen: Völkerrechtssätze, die auf der Völkerrechtsebene Zahlungsansprüche zwischen Staaten begründen, werden in der Regel auf der Landesrechtsebene keine Zahlungsansprüche der Individuen gegen den Staat begründen, insbesondere dann nicht, wenn wie hier überdies der Verpflichtete (Alliierte — BRD) ausgewechselt werden soll.

4. Im Berichtszeitraum haben sich mehrere Finanzgerichte mit der Frage befaßt, ob das in Art. III GATT enthaltene Diskriminierungsverbot den in Art. 25 GG festgelegten übergesetzlichen Rang besitzt (FG Hamburg, 29. 10. 1969, EFG 1970, 145; 1. 12. 1969, EFG 1970, 196 = AWD 1970, 278; FG München, 10. 12. 1968, EFG 1970, 144 [9, 27]). Alle Entscheidungen sind sich darüber einig, daß diese Bestimmung kein Völkergewohnheitsrecht und kein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck bringt. Nach der richtigen Ansicht des FG Hamburg läßt sich Völkervertragsrecht auch über den Satz *pacta sunt servanda* nicht zu allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG machen. Denn dieser Satz wolle nur für den Bereich des Völkerrechts gelten und keine Umsetzungsnorm enthalten. Nicht der Vertragsinhalt sei eine allgemeine Regel des Völkerrechts, sondern nur der Satz »Verträge müssen gehalten werden«. Auch auf die Verletzung dieses Satzes durch ein dem Vertrag widersprechendes Gesetz könne der Einzelne

sich nicht über Art. 25 GG berufen. Der Inhalt dieses Satzes richte sich nämlich nicht an den Einzelnen, sondern an die Staaten als Völkerrechtssubjekte. Entgegen dem irreführenden Wortlaut des Art. 25 Satz 2 GG erhielten aber nur Völkerrechtssätze, die ihrem Inhalt nach individuelle Rechte und Pflichten erzeugen, recht- und pflichtenbegründenden Charakter für Individuen haben wollen und können, sich ihrem Inhalt nach auch an Privatpersonen richten können, im innerstaatlichen Rechtskreis diese Wirkung. Die Völkerrechtsverträge selbst könnten nur dann eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG darstellen, wenn es sich um umfassende multilaterale Verträge oder völkerrechtliche »Vereinbarungen« handle, wie z. B. die Pariser Seerechtsdeklaration von 1856. Es sei zwar nicht erforderlich, daß an dem Vertrag ausnahmslos alle Staaten beteiligt seien. Aber das GATT habe nicht die notwendige »Breitenwirkung«, weil ihm bis auf die CSSR keine Staaten des Ostblocks beigetreten seien. Der Nichtbeitritt zweier Weltmächte wie der UdSSR und der Volksrepublik China lasse es ausgeschlossen erscheinen, das GATT als allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG anzusehen.

Wenn auch heute für den internationalen Wirtschaftsverkehr ein gewohnheitsrechtlicher Mindeststandard bestehen dürfte, enthält die konkrete Ausformulierung der Inländergleichbehandlung in Art. III GATT wohl kaum Völkergewohnheitsrecht. Für diese Frage ist die Anzahl der am Vertrag beteiligten Staaten zwar relevant, aber nicht unbedingt entscheidend. Die Nichtbeteiligung der Ostblockstaaten einschließlich der UdSSR und der — übrigens im Zeitpunkt der Entscheidung von den meisten Staaten nicht anerkannten und deshalb bei der Bildung von Gewohnheitsrecht bisher wohl kaum zu berücksichtigenden — Volksrepublik China am GATT dürfte der Bildung von Völkergewohnheitsrecht zumindest dann nicht entgegenstehen, wenn man die Möglichkeit regionalen Völkergewohnheitsrechts (hier: des Westens und der Dritten Welt) einräumt. Diese Erwägungen bezieht das FG aber nicht eigentlich auf das Gewohnheitsrecht, sondern auf die Frage, ob Verträge als solche, d. h. nicht nur als Ausdruck von Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG darstellen. Wenn überhaupt, wird man dies nur bei gewissen fundamentalen Verträgen annehmen können. Auch hierbei wäre es einerseits nicht erforderlich, daß alle Staaten der Welt beteiligt wären, andererseits reichte dies — wie etwa beim Weltpostvertrag — sicher nicht immer aus.

2. Vertragliches Völkerrecht

Auch im Berichtszeitraum finden sich wieder zahlreiche Entscheidungen zu den drei Aspekten der Stellung der Völkerrechtsverträge im innerstaatlichen Raum: zur innerstaatlichen Geltung, zur innerstaatlichen Anwendbarkeit und zum Rang in der Hierarchie der innerstaatlichen Rechtsquellen⁶⁾.

a) Innerstaatliche Geltung: Wirkung des Zustimmungsgesetzes

5. Soweit die Entscheidungen zur innerstaatlichen Geltung überhaupt Stellung beziehen, führen sie diese weiterhin — ohne Erörterung der neueren Vollzugstheorie⁷⁾ — auf eine Transformation durch das Zustimmungsgesetz zurück⁸⁾. Manche Urteile sprechen etwas farblos von einer »Übertragung in die innerstaatliche Rechtsordnung«⁹⁾ oder davon, daß der Vertrag durch das Zustimmungsgesetz zu innerstaatlichem Recht geworden sei¹⁰⁾.

6. Nach BVerwG 12. 6. 1970 (E 35, 262 [8, 95, 102]) ist Art. 5 Abs. 2 LSchA durch das Zustimmungsgesetz in Bundesrecht transformiert worden und daher revisibel.

7. Mit der Wirkung der Transformation auf die Auslegung befaßt sich ein Urteil des BGH vom 25. 6. 1969 (Z 52, 216 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [18, 30, 73, 76, 80]). Das Gericht stellt fest, daß das Abkommen vom 8. 3. 1960 zwischen der BRD und der französischen Republik über den Schutz von Herkunftsangaben, Ursprungsbezeichnungen und anderen geographischen Bezeichnungen (BGBl. 1960 II, 22) durch das Zustimmungsgesetz innerstaatliches Recht geworden ist. Staatsverträge verlieren durch ihre Transformierung in das innerstaatliche Recht aber nicht ihre Eigenschaft als Vertrag zwischen Staaten. Der Doppelcharakter des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG, nämlich als Ermächtigung

⁶⁾ Vgl. hierzu und zum folgenden: A. Bleckmann, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge (1970), sowie ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 65 ff.; Bd. 31 (1971), S. 797 ff.

⁷⁾ Vgl. hierzu K. J. Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 6 (1964); G. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 43) (1965); W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 19) (1967).

⁸⁾ Vgl. unten Nr. 6 ff., ferner BFH 25. 5. 1970, HFR 1970, 475 = AWD 1970, 422 = DStR 1970, 573 = NJW 1971, 339.

⁹⁾ FG Baden-Württemberg 3. 9. 1970, EFG 1971, 126.

¹⁰⁾ FG Berlin 31. 7. 1970, EFG 1971, 58; FG Hamburg 1. 12. 1969, EFG 1970, 196 = AWD 1970, 278.

zum endgültigen Abschluß des Staatsvertrages und als Einverleibung seiner Regeln in das innerstaatliche Recht (BVerfGE 1, 410) bedinge vielmehr in Bezug auf den Staatsvertrag die Anwendung besonderer Auslegungsgrundsätze, die sich nicht völlig mit den bei der Auslegung innerstaatlicher Gesetze zu beachtenden Grundsätzen deckten. Bei der Auslegung internationaler Verträge seien die Grundsätze zu beachten, die das Völkerrecht entwickelt habe (BVerfGE 4, 157, 168; Mosler, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 32/33, S. 13; Martin Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands [3. Aufl.], S. 29; Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1, S. 122 ff.).

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Allerdings übersieht der BGH, daß nach der Transformationstheorie der Inhalt des Vertrages innerstaatlich gesehen keinen Vertragscharakter mehr hat. Will man auch innerstaatlich vom Vertragscharakter ausgehen, muß man entweder dem Monismus oder der neueren Vollzugstheorie folgen. Die Transformationstheorie gelangt zu dem vom BGH vertretenen Ergebnis über die Vermutung, der Gesetzgeber habe den Vertrag mit seinem völkerrechtlichen Inhalt transformieren wollen. Des Rückgriffs auf den Doppelcharakter des Zustimmungsgesetzes bedarf es dann nicht.

8. Das BVerwG hatte sich in seiner Entscheidung vom 12. 6. 1970 (E 35, 262, 265 [6, 95, 102]) mit der Frage zu befassen, ob Art. 5 Abs. 2 LSchA auch die Einklagung der dort umschriebenen Ansprüche durch polnische Staatsangehörige ausschließt, obwohl Polen nicht Vertragspartner ist. Da der Anspruch vor einem Gericht der BRD erhoben werde, könne Art. 5 Abs. 2 LSchA nicht in seiner Eigenschaft als völkerrechtliche Vertragsbestimmung, sondern nur kraft ihrer daneben bestehenden Geltung als transformiertes innerdeutsches Recht maßgebend sein. Als innerstaatliches Gesetz besitze Art. 5 Abs. 2 LSchA jedoch keinen Vertragscharakter mehr. Er habe diesen Charakter durch den Transformationsvorgang verloren. Innerstaatliche Gesetze gälten, weil nicht auf einem Konsensus von Vertragspartnern, sondern auf einseitigem Befehl des Gesetzgebers beruhend, *inter omnes*, d. h. für alle Personen, die sie nach ihrem sachlichen Inhalt erfassen wollen. Ihrem sachlichen Inhalt nach gelte die Gesetzesvorschrift des Art. 5 Abs. 2 aber auch für den polnischen Kläger. Wenn nämlich die BRD auf Grund der Vertragsbestimmung ihren Vertragspartnern gegenüber gehalten sei, aus dem zweiten Weltkrieg herrührende Forderungen auch dann nicht zu erfüllen, wenn es sich um Staatsangehörige solcher Länder handelt, die nicht am LSchA beteiligt seien, könne Art. 5 Abs. 2 in seiner Eigenschaft als transformiertes Gesetz nur zum Inhalt haben, solche Forderungen dürften nicht erfüllt werden. Denn durch ein Zustimmungsgesetz zu einem Völkerrechts-

vertrag könne sich dessen sachlicher Inhalt nicht ändern (BVerfGE 18, 441, 448 betr. Art. 25 GG). Vielmehr könne der in Art. 5 Abs. 2 LSchA enthaltene Gesetzesbefehl nur dahin lauten, daß auch aus dem zweiten Weltkrieg herrührende Ansprüche von Nichtmitgliedstaaten und deren Angehörigen zurückgestellt seien und nicht geprüft werden dürften (BGHZ 18, 22, 30).

Diese Entscheidung zeigt, daß die Probleme des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht noch nicht umfassend gelöst sind.

Nach der nicht näher begründeten, aber wohl richtigen Auslegung des BVerwG begründet Art. 5 Abs. 2 LSchA die Verpflichtung der BRD gegenüber ihren Vertragspartnern, die dort definierten Zahlungen auch an Nichtvertragsstaaten und deren Angehörige einzustellen. Auf der Völkerrechtsebene kann die BRD diese ihre Vertragspflicht Polen gegenüber nicht entgegenhalten, weil der Vertrag eine Polen belastende Duldungspflicht (Vertrag zu Lasten Dritter) nicht begründen kann und will. Ob die BRD die Zahlung der in Art. 5 Abs. 2 LSchA bezeichneten Schulden — soweit solche überhaupt bestehen — aus Gründen des allgemeinen Völkerrechts Polen und seinen Angehörigen gegenüber verweigern kann, soll hier dahingestellt bleiben. Bestünden solche Einwände nicht, verstieße die Nichtzahlung gegen das allgemeine Völkerrecht, und zwar entweder gegen die Regeln des allgemeinen Völkerrechts, welche die Zahlungspflichten begründen, gegen diese völkerrechtlichen Zahlungspflichten selbst oder schließlich gegen Grundsätze des allgemeinen Völkerrechts, welche eventuell die Einhaltung der Zahlungspflichten sanktionieren. Es handelt sich hierbei aber wohl kaum um *ius cogens*, dessen Verletzung die Gültigkeit der Vertragspflicht der BRD selbst in Frage stellen könnte. Die BRD befände sich somit auf der Völkerrechtsebene in einer Pflichtenkollision, die sie mangels völkerrechtlicher Kollisionsregeln nur durch eine politische Entscheidung mit der Folge lösen kann, daß sie entweder gegenüber Polen das allgemeine Völkerrecht oder gegenüber ihren Vertragspartnern das LSchA verletzt.

Die völkerrechtlich einfache Problematik wird sehr kompliziert, wenn man ihre Übertragung in die innerstaatliche Rechtsordnung untersucht. Die Nichtbeteiligung Polens am LSchA könnte methodisch über verschiedene Konstruktionen berücksichtigt werden. Wie gezeigt, berührt die Verletzung des allgemeinen Völkerrechts die Bestandskraft der Vertragspflicht nicht. Angesichts des klaren Zwecks und Wortlauts des Art. 5 Abs. 2 LSchA erscheint es auch nicht möglich, die Nichtbeteiligung Polens über die Beschränkung des Inhalts, d. h. über die Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Vertrages [siehe unten Nr. 95] zu berücksichtigen. Der Zweck und der Wortlaut dieser Bestimmung verbieten es auch, auf das im Vertrag enthaltene oder selbständig neben dem Wort Vertrag stehende Gegenseitigkeits-

prinzip zurückzugreifen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob die innerstaatlichen Prinzipien der Gewaltenteilung und des Rechtsstaats die Kompetenz des Richters nicht ausschließen und ob die Gegenseitigkeit auf dem Rücken der Individuen angewendet werden kann. Das Gegenseitigkeitsprinzip als Mittel des Erfüllungszwangs oder als Einwand gegen die eigene Leistungspflicht kann auch deshalb nicht eingreifen, weil diese Vertragspflicht den Vertragspartnern und nicht Polen gegenüber besteht, Polen nicht begünstigt, sondern belastet wird, und dieser Pflicht der BRD keine entsprechende Pflicht Polens gegenübersteht. Die üblichen Methoden, über die man auch innerstaatlich zum Ausschluß der Anwendung eines Vertrages auf Nichtvertragsstaaten und deren Angehörige gelangt, ganz gleich, ob man dem Monismus oder dem Dualismus folgt, versagen also im vorliegenden Fall.

Es bleiben dann nur noch zwei Möglichkeiten: Entweder man berücksichtigt auch innerstaatlich, daß Rechtsbeziehungen durch den Vertrag nur zwischen den Vertragspartnern entstehen. Dieses Ergebnis erreicht man auch, wenn man den Vertrag in den Rahmen eines entsprechenden allgemeinen Prinzips des Völkerrechts stellt. Oder man zieht die Tatsache heran, daß die Anwendung des Vertrages gegenüber Polen und dessen Angehörigen gegen die Völkerrechtssätze verstößt, welche die Zahlungspflichten begründen oder sanktionieren. Insoweit entstehen nun zwischen dem Monismus und dem Dualismus gewisse Unterschiede. Im rein monistischen System führt das Fehlen völkerrechtlicher und nationaler Kollisionsregeln dazu, daß der Richter aus Gründen der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit die rein politische Entscheidung seines Heimatstaates, welchem der kollidierenden Völkerrechtssätze der Vorrang einzuräumen ist, nicht an sich reißen darf. Es bliebe ihm in einem Rechtsstreit nur die Möglichkeit, die Entscheidung des Außenministeriums anzufordern, wie dies im monistischen System, etwa Frankreichs, ja auch hinsichtlich anderer Fragen, etwa bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, üblich ist. In dualistischen Systemen und insbesondere in Staaten, die der Transformationstheorie folgen, scheinen dagegen die innerstaatlichen Regeln über das Verhältnis des Völkerrechts zum Landesrecht eine auf rechtliche Kriterien gestützte Entscheidung des Richters zu ermöglichen. Transformiert wird hier zwar nicht das Rechtsverhältnis zwischen den Staaten, sondern der Vertragsinhalt selbst. Aber die Nichtbeteiligung dritter Staaten am Vertrag könnte auch dadurch berücksichtigt werden, daß ein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts oder die oben genannten allgemeinen Regeln des Völkerrechts kraft ihres höheren Ranges nach Art. 25 GG die Anwendung des Vertrages innerstaatlich ausschließt. Ähnlich könnte übrigens der Widerspruch zwischen Verträgen

mit unterschiedlichen Vertragspartnern innerstaatlich durch Anwendung der *lex posterior*-Regel gelöst werden. Dabei stellt sich aber nicht nur die Frage, ob die oben genannten allgemeinen Regeln des Völkerrechts wirklich in dieser Weise nach Art. 25 GG vom Richter angewendet werden können. Das Problem scheint vielmehr tiefer zu liegen. Die Kollisionsregeln des Landesrechts sind zunächst nur für das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht entwickelt worden. Es könnte sein, daß entweder sie oder der Sinn und Zweck der völkerrechtlichen Regeln über die Kollisionsbehandlung die Anwendung der nationalen Kollisionsregeln auf das Verhältnis zwischen verschiedenen Völkerrechtsregeln verbieten. Ähnlich ist es ja auch nicht möglich, den Verträgen indirekt dadurch einen höheren Rang im innerstaatlichen Recht zu sichern, daß man die Verletzung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, welche die Einhaltung der Verträge sanktionieren (*pacta sunt servanda*), über Art. 25 GG in die innerstaatliche Rechtsordnung projiziert und dadurch die für Verträge allgemein geltenden nationalen Kollisionsregeln durchbricht [siehe oben Nr. 4]. Bedenklich erscheint auch, daß die Anwendung der nationalen Kollisionsregeln auf das Verhältnis zwischen verschiedenen Regeln des Völkerrechts zu einer viel zu automatischen Lösung führt, der Richter ferner im Ergebnis doch eine politische Entscheidung trifft.

b) Innerstaatliche Anwendbarkeit

9. Nach den beiden Entscheidungen des FG Hamburg vom 29. 10. 1969 (EFG 1970, 145 [4, 27]) und vom 1. 12. 1969 (EFG 1970, 196 = AWD 1970, 278), die sich mit den innerstaatlichen Wirkungen der in Art. III GATT verankerten Inländergleichheit befassen, hängt die Frage, ob Völkervertragsrecht durch das Zustimmungsgesetz in innerstaatliches Recht transformiert wird, allein davon ab, ob der betreffende Vertrag seinem Inhalt nach Rechte und Pflichten für die einzelnen Staatsbürger erzeugen will. Transformationsfunktion besitze ein Zustimmungsgesetz also nur, wenn der Vertrag einen transformationsfähigen Inhalt hat. Der im Zustimmungsgesetz vom 10. 8. 1951 (BGBl. II, 173) gebrauchte Zusatz »mit Gesetzeskraft« bedeute nicht, daß damit das gesamte GATT Gesetz im materiellen Sinne geworden sei. Er besage vielmehr nur, daß das GATT Gesetz im formellen Sinne sei (*sic*). Aus dem Zustimmungsgesetz könne also nicht der Schluß gezogen werden, daß der einzelne Staatsbürger aus Art. III unmittelbare Rechte herleiten könne. Es komme allein darauf an, ob der Vertrag Rechte und Pflichten für den einzelnen Staatsbürger erzeugen wolle. Das entscheide nicht der Gesetzgeber, sondern Rechtslehre und Rechtsprechung im Einzelfall. Die BRD sei durch das GATT lediglich zu einem bestimmten

handelspolitischen Verhalten, und zwar in Art. III zur Gleichstellung ausländischer Waren mit inländischen, verpflichtet worden. Das GATT als weltweites Handelsabkommen beinhalte entsprechend den großen handels- und wirtschaftspolitischen Unterschieden als Kompromißlösung vielfach weitgehend flexible und elastische Vorschriften, die häufig der weiteren übereinstimmenden Regelung durch die Vertragsstaaten bedürfen. Aus dem allgemeinen Charakter des GATT sei zu folgern, daß mit diesem Völkerrechtsvertrag die Vertragsstaaten zu dem konzipierten handelspolitischen Verhalten verpflichtet sind, daß aber keine Rechtsvorschriften aufgestellt werden sollten, die direkt und unmittelbar in die Rechtssphäre der einzelnen Mitgliedstaaten eingreifen wollten (im Ergebnis ebenso: BFG München 10. 12. 1969, EFG 1970, 144; frühere Entscheidungen: BFH 15. 10. 1959, BStBl. 1959 III, 486; 26. 7. 1961, BStBl. 1961 III, 411; 29. 4. 1969, BZBl. 1969, 1007).

Diese Ausführungen entsprechen weitgehend der in der BRD herrschenden Lehre. Trotzdem ist die Beschränkung der Transformationswirkung auf unmittelbar anwendbare Verträge insbesondere dann unrichtig, wenn man unter der unmittelbaren Anwendbarkeit die Begründung individueller Rechte und Pflichten auf der Landesebene versteht. Es gibt in der Tat zahlreiche innerstaatliche Normen, die zur objektiven Rechtsordnung zählen, obwohl sie nicht Rechte und Pflichten der Einzelnen begründen, und es ist deshalb nicht einzusehen, warum Völkerrechtsverträge nicht auch diesen Normen entsprechende andere innerstaatliche Wirkungen haben können. Auch die alleinige Ausrichtung der Entscheidung über die innerstaatliche Anwendbarkeit auf den hierauf gerichteten Willen der Vertragspartner erscheint unbefriedigend. Einerseits gibt es zahlreiche Völkerrechtsverträge, die von den nationalen Gerichten in ständiger Rspr. angewendet werden, obwohl ihnen sicherlich eine solche Willensrichtung fehlt [siehe unten Nr. 16], andererseits reicht eine solche Willensrichtung nicht aus, wenn die Verträge etwa nicht hinreichend bestimmt sind. Richtig ist, daß der Zusatz, die Verträge wurden »mit Gesetzeskraft« veröffentlicht, nicht die innerstaatliche Anwendung des gesamten Vertrages herbeiführen will, falsch, daß diese Frage vom Gesetzgeber überhaupt nicht entschieden werden kann. Interessant ist der Gesichtspunkt, daß Verträge dann nicht von den nationalen Gerichten angewendet werden dürfen, wenn die gewollte Elastizität des Vertragsvollzugs durch die Verlegung der Sanktion aus einem dieser Elastizität angepaßten Völkerrechtsverfahren in die starrereren Formen der innerstaatlichen, von den Gerichten kontrollierbaren Bindung verloren gehen würde. Auf der anderen Seite kann dies nur eine Vermutung für die Unanwendbarkeit des ganzen Vertrages begründen. Für die unmittelbare An-

wendbarkeit kommt es aber auf die einzelne Vertragsbestimmung an, und die italienische Rspr. zeigt, daß Art. III GATT zumindest partiell für einen innerstaatlichen Vollzug durchaus hinreichend bestimmt ist¹¹⁾.

10. Nach dem Beschluß des BVerfG vom 9.12.1970 (E 29, 348 ff., 360 ff. [19, 43, 92]) können durch das Zustimmungsgesetz nur solche völkerrechtlichen Vertragsbestimmungen in innerstaatlich anwendbares Recht umgesetzt werden, die alle Eigenschaften besitzen, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben muß, um berechtigen oder verpflichten zu können; die Vertragsbestimmung muß nach Wortlaut, Zweck und Inhalt wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen geeignet sein. Nur unter diesen Voraussetzungen entstünden für den Staatsbürger verbindliche Rechtsnormen. Daher könne eine völkerrechtliche Abrede, die lediglich eine Verbindlichkeit gegenüber dem Vertragspartner begründet, ihrem Wesen nach nicht für die Entscheidung eines Rechtsstreits erheblich sein. Art. 10 Abs. 1 des Finanzvertrages zwischen der BRD und dem Königreich der Niederlande vom 8. 4. 1960 (BGBl. 1963 II, 629) statuiere aber nach Wortlaut, Inhalt und Zweck lediglich eine einseitige Verpflichtung der Niederlande gegenüber der BRD; die Niederlande stünden dafür ein, daß das in der BRD noch vorhandene Vermögen solcher niederländischer Aktiengesellschaften, dessen ganzes ausgegebenes Kapital auf das Königreich der Niederlande übergegangen sei, den vormaligen Aktionären oder ihren Rechtsnachfolgern zurückgegeben wird. Es könne dahingestellt bleiben, ob eine solche Abrede den vormaligen Aktionären unmittelbar durchsetzbare Rechte gegenüber den Niederlanden einräume; jedenfalls sei Art. 10 Abs. 1 FinV nicht darauf angelegt, Pflichten der ehemaligen Aktionäre zu begründen oder diese Rechte zu entziehen. Die Abrede enthalte keinerlei völkerrechtlichen Verzicht der BRD auf Rechte der betroffenen deutschen Aktionäre. Ein solcher Verzicht im Außenverhältnis wäre aber die Voraussetzung dafür, daß das Zustimmungsgesetz im Innenverhältnis — d. h. im Verhältnis Staat-Bürger — enteignende Wirkung haben könne.

Auch diese Entscheidung gibt zu einer Reihe von Bemerkungen Anlaß. In der Auslegung des BVerfG enthält Art. 10 Abs. 1 FinV nur eine Verpflichtung der Niederlande gegenüber der BRD zur Rückgabe von Vermögen an ehemalige deutsche Aktionäre. Innerstaatlich gesehen, könnte aus dieser Bestimmung nur ein Recht der Aktionäre gegenüber den Niederlanden fließen. Dieses öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen deutschen Staatsangehörigen und dem niederländischen Staat untersteht allein der niederländischen, nicht aber der deutschen Gesetzge-

¹¹⁾ Vgl. Bleckmann (a.a.O. oben Anm. 6), S. 25.

bungs- und Gerichtshoheit. Folgt man der Transformationstheorie, kann das Zustimmungsgesetz also mangels internationaler Zuständigkeit der BRD deutsches innerstaatliches Recht nicht begründen, folgt man dem Monismus, ist mangels nationaler Gerichtshoheit die Anwendung dieser Vertragsbestimmung durch deutsche Gerichte ausgeschlossen. Dieser Verpflichtung der Niederlande steht zwar ein Recht der BRD gegenüber. Dieses Recht ist aber auf den Vollzug der Bestimmung im Verhältnis zwischen den Niederlanden und den deutschen Staatsangehörigen gerichtet, so daß der Transformation bzw. der unmittelbaren Anwendbarkeit die niederländische Souveränität entgegensteht. Weder die BRD noch ein deutscher Staatsangehöriger können also vor deutschen Gerichten die Einhaltung dieses Rechts durch die Niederlande erzwingen.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Frage, ob Art. 10 Abs. 1 FinV einen deutschen Enteignungseingriff enthält. Voraussetzung dafür wäre, daß die BRD hierin auf Rechte der betroffenen Aktionäre verzichtet hätte. Das ist aber nach Ansicht des BVerfG nicht der Fall. Die Ausführungen des BVerfG über die Enteignungswirkung in Verbindung mit den allgemeinen Regeln über die innerstaatliche Anwendbarkeit von Verträgen sind wenig klar. Enthielte Art. 10 Abs. 1 FinV einen Verzicht der BRD, müßte entschieden werden, ob Art. 14 GG einerseits nur nach nationalem oder transformiertem Völkerrecht auf der innerstaatlichen Ebene bestehende individuelle Rechte oder auch »Rechtsreflexe« der Individuen auf der Völkerrechtsebene schützt, d. h. auch Interessen als »Vermögen« ansieht, welche nur durch einen Völkerrechtsanspruch des Heimatstaates gegen einen anderen Staat mittelbar geschützt sind, und die Enteignung im Sinne des Art. 14 GG die Anwendbarkeit des den »Eingriff« enthaltenden Vertrages in der BRD (oder in den Niederlanden?) voraussetzt oder auch ein nicht unmittelbar anwendbarer Vertrag als Enteignung angesehen werden kann, weil er entweder die Reflexposition des Individuums auf der Völkerrechtsebene aufhebt oder aber die innerstaatliche Rechtsposition des Bürgers gefährdet, indem er das spätere Enteignungsgesetz gestattet oder das vorangehende Enteignungsgesetz völkerrechtlich abdeckt.

Auf S. 358 führt das BVerfG aus, »etwaige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen könnten nur durch das dem Vertrag zustimmende Gesetz erfolgt sein, nicht durch den Vertrag«. Diese Ausführungen finden sich zwar unmittelbar im Anschluß an die Feststellung, Gegenstand des Normenkontrollverfahrens könne nur das Zustimmungsgesetz, nicht aber der Vertrag sein [siehe unten Nr. 19], betreffen ihrem Inhalt nach aber deutlich nicht mehr diese Verfahrensfrage, sondern umgrenzen den Enteignungsakt im Sinne des Art. 14 GG. Zusammen mit der Tatsache, daß

das BVerfG auf S. 360 im Rahmen des Enteignungstatbestands eine Definition der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verträge gibt und auf S. 361 fordert, daß das Zustimmungsgesetz im Verhältnis Staat-Bürger enteignende Wirkung haben muß, folgt hieraus, daß die betreffende Vertragsbestimmung innerstaatlich gelten und innerstaatlich anwendbar sein muß, um einen Enteignungsakt im Sinne des Art. 14 GG darstellen zu können. Der Grund hierfür ist offensichtlich, daß nur solche Akte die innerstaatlichen Rechtspositionen der Bürger berühren können. Dann können aber nach Ansicht des BVerfG Rechtsreflexe der Bürger auf der Völkerrechtsebene vermögenswerte Rechte im Sinne des Art. 14 GG nicht darstellen. Es bleiben nur die Fragen, ob nicht echte völkerrechtliche Individualrechte vermögenswerte Rechte im Sinne des Art. 14 GG sind, die durch rein völkerrechtliche Akte aufgehoben werden können, ob nicht die Gefährdung der innerstaatlichen Rechte durch einen nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbaren Vertrag eine Enteignung darstellen könne, und ob die Wirkung des Enteignungsaktes immer in der BRD gelegen sein muß.

Zuzustimmen ist dem BVerfG schließlich, wenn es für die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit generell stärker auf die objektive Eignung der Vertragsbestimmung zum Vollzug als auf den Willen der Vertragspartner abhebt und auf eine starke Parallelität des Problems der Anwendbarkeit bei Verträgen und innerstaatlichen Gesetzen hinweist. Falsch dürfte es dagegen sein, die für Gesetze geltenden Regeln unbesehen allgemein auch auf Völkerrechtsverträge anzuwenden, abweichende Regeln bei Verträgen also auszuschließen. Richtig ist auch, daß Rechte und Pflichten der Staatsbürger in der innerstaatlichen Rechtsordnung nur entstehen, wenn der Vertrag unmittelbar anwendbar ist. Auf der anderen Seite stellt das BVerfG für die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit zu Recht generell auf »innerstaatliche Wirkungen« ab und nicht auf die zu enge Wirkung der Begründung von Rechten und Pflichten der Individuen allein.

11. Nach Art. 5 des VI. Teils des ÜblV wird die BRD »Vorsorge treffen«, daß gewisse Personen entschädigt werden. Nach Ansicht des BGH (13.10.1969, BGHZ 52, 372 ff., 383 = NJW 1970, 191 = DÖV 1970, 129 = DVBl. 1970, 146 [98]) können diese Personen schon wegen des Wortlauts aus dem Vertrag keine innerstaatlichen Entschädigungsansprüche ableiten. Zu der vergleichbaren Bestimmung des Art. 297 i des Versailler Vertrages (»Deutschland verpflichtet sich, seine Angehörigen wegen... zu entschädigen«) habe bereits das RG entschieden, ein Einzelner könne aus dem Versailler Vertrag als einem völkerrechtlichen Vertrag »Ansprüche nur herleiten, soweit sich das mit voller Klarheit aus dem Vertrag selbst ergibt, wenn nämlich... die einzelne Vorschrift nach Inhalt, Zweck und

Fassung, ohne daß es noch völker- und staatsrechtlicher Akte bedarf, privatrechtliche Wirkung auszuüben geeignet ist«, was aber bei Art. 297 i des Versailler Vertrages nicht der Fall sei (RGZ 121, 7 ff., 9). Das gleiche müsse auch für die genannte Bestimmung des ÜblV gelten. In diesem Zusammenhang weist der BGH darauf hin, daß der österreichische Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 4. 2. 1960 (JBl. 83 [1961], 27) zwar in der ebenfalls vergleichbaren Bestimmung des Art. 27 des österreichischen Staatsvertrages vom 15. 5. 1955 eine Grundlage für Individualansprüche gesehen, dazu jedoch im Hinweis auf Art. 5 Teil VI ÜblV bemerkt habe, daß »die Bundesrepublik in einer vorsichtigen Formulierung sich nur verpflichtet hat, Vorsorge treffen zu wollen«, während sich die österreichische Regierung in Art. 27 bereits konkret und eindeutig für die Leistung an die österreichischen Staatsbürger verpflichtet habe.

Die vom BGH zitierte, die innerstaatliche Anwendbarkeit umreißende Formel des RG (vgl. auch RGZ 117, 284; 119, 156 ff.; 124, 204 ff., 105) stellt auf die objektive Eignung der Norm zum innerstaatlichen Vollzug ab. Der BGH hat diese Formel zunächst unverändert übernommen (BGHZ 11, 135 ff., 138), sie in neueren Entscheidungen aber stark subjektiviert (BGHZ 17, 309; 18, 22 ff., 25: »Die in dem Abkommen enthaltenen Vorschriften können danach unmittelbar privatrechtliche Wirkungen ausüben, wenn Inhalt, Zweck und Fassung der einzelnen Vorschriften mit voller Klarheit die Annahme zuläßt, daß eine solche Wirkung gewollt sei«). Es ist nicht anzunehmen, daß die kommentarlose Verweisung auf die Rspr. des RG im vorliegenden Urteil eine Rückkehr zur Rspr. des RG beinhaltet. Dem BGH kam es nur darauf an zu zeigen, daß schon nach der alten Formel des RG die unmittelbare Anwendbarkeit ausgeschlossen war.

12. Nach Ansicht des LG Frankfurt (5. 11. 1970, JZ 1971, 234 [89]) geben völkerrechtliche Verträge normalerweise den Angehörigen der Signatarstaaten keinen unmittelbaren Rechtsanspruch gegen ihren Staat oder irgendwelche internationale Instanzen. Vertragsverletzungen pflegen im Normalfall nur völkerrechtliche und außenpolitische Konsequenzen zwischen den Signatarstaaten zu haben. Dagegen verleihe die MRK den Individuen innerstaatliche, vor den nationalen Gerichten durchsetzbare Rechte (*arg. aus Art. 1 und 13*). Dieser Vertrag sei also auch durch das Zustimmungsgesetz innerstaatlich geltendes Recht geworden. Es handle sich nicht nur um eine Norm allein für den Gesetzgeber, der daraus nach seinem Ermessen die notwendigen Konsequenzen erst noch zu ziehen habe, sondern sie gewähre den Bewohnern der Signatarstaaten einen persönlichen Anspruch gegen ihren Staat und garantiere ihnen zugleich Wege zur Durchsetzung dieses Anspruchs.

Hier findet man also erneut die zu enge Auffassung, innerstaatliches Recht entstehe nur insoweit, als der Vertrag durch innerstaatliche Gerichte anwendbar sei, die innerstaatliche Anwendbarkeit setze die Begründung von Rechten und Pflichten der Individuen voraus, und solche Rechte und Pflichten seien aus dem Vertragswillen abzuleiten. Damit logisch kaum vereinbar ist die These, die MRK binde (innerstaatlich?) auch den Gesetzgeber. Derselben Auffassung ist übrigens das BVerfG im Beschluß vom 3. 12. 1969 (E 27, 253 ff., 283 = DOV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799 [3, 20, 49, 94, 99]) für Art. 3 Abs. 3 des IX. Teils des ÜblV: Diese Bestimmung verpflichte den Gesetzgeber zum Erlaß einer Regelung von Besatzungsschäden. Als Völkerrechtsnorm verpflichten die Verträge aber nur die BRD. Eine innerstaatliche Verpflichtung des Bundesgesetzgebers setzt nicht nur die innerstaatliche Geltung der Vertragsbestimmung, also deren Transformation in deutsches Recht voraus. Ganz abgesehen davon, daß die Verletzung innerstaatlicher Gesetzgebungspflichten nur in Ausnahmefällen zu einer Sanktion durch den Richter führt, müßte diese Pflicht einen übergesetzlichen Rang haben, der ihr infolge der Transformation durch ein Zustimmungsgesetz gerade fehlt. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, daß dem Überleitungsvertrag, der Besatzungsrecht ablösen soll, derselbe übergesetzliche Rang wie dem Besatzungsrecht selbst zukommt.

13. Nach Art. VIII Abs. 2 (b) Satz 1 des IWF-Abkommens kann aus Devisenkontrakten, welche die Währung eines Mitgliedstaates berühren und die im Gegensatz stehen zu den von dem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Abkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenbestimmungen, in den Gebieten der Mitgliedstaaten nicht geklagt werden. Nach der richtigen Ansicht des BGH (11. 3. 1970 = AWD 1970, 274 = JZ 1970, 727 = NJW 1970, 1002 [88]) ist diese völkerrechtliche Verpflichtung der BRD durch das Zustimmungsgesetz in unmittelbar anwendbares deutsches Recht transformiert worden. Mithin bedürfe »auch nach deutschem Recht die Bürgschaft der Beklagten einer Genehmigung durch die Niederländische Bank«. Diese Folgerung erscheint unrichtig. Das in deutsches Recht transformierte Vertragsrecht knüpft nur an die Verletzung des niederländischen Rechts eine bestimmte Rechtsfolge.

14. Völkerrechtsverträge werden durch die Transformation zu innerstaatlichem Recht. Sie sind deshalb im Rahmen des die Anwendung fremden Rechts und die Anerkennung fremder Hoheitsakte ausschließenden deutschen *ordre public* zu berücksichtigen, soweit ihre Bestimmungen zu den Grundlagen des staatlichen und sozialen Lebens in der BRD gehören. So gehört etwa nach BGH, 27. 2. 1969 (AWD 1969, 231 = BB 1969, 692 = NJW 1969, 978 = Warn. 1969 I, 174), Art. 85 EWGV zum deutschen

ordre public, ist die Anerkennung von hiergegen verstößenden Verträgen also ausgeschlossen. Nach Ansicht des OLG München (1. 6. 1970, FamRZ 1970, 656 [47]) bestätigt der mit dem Gesetz vom 7. 2. 1969 (BGBl. II, 161) vollzogene Beitritt der BRD zu dem Übereinkommen vom 10. 12. 1962 über die Erklärung des Ehwillens, des Heiratsmindestalters und die Registrierung von Eheschließungen, dessen Präambel unter Verweis auf die internationalen Grundrechtserklärungen das Recht zur Heirat ohne Rücksicht auf die religiösen Verschiedenheiten verankert, die Auffassung, die Freiheit des religiösen Bekenntnisses sei heute zu einem so fundamentalen Satz unserer Rechtsordnung geworden, daß die Anerkennung eines auf die Religionsverschiedenheit abstellenden ausländischen Ehehindernisses in Deutschland nicht mehr möglich sei.

Sind die Verträge als deutsches Recht im Rahmen des *ordre public* zu berücksichtigen, öffnen sie auf der anderen Seite häufig die starr auf innerstaatliche Verhältnisse ausgerichteten deutschen Fundamentalnormen auf die internationalen Verhältnisse, zeigen sie also an, daß bestimmte Regelungen oder Tatbestände in einem anderen Staat nicht gegen den deutschen *ordre public* verstoßen. So geht es nach Auffassung des BGH (26. 6. 1969, Z 52, 184 = NJW 1969, 2093) nicht an, Schiedssprüche in osteuropäischen Ländern allein wegen des dort herrschenden Systems der staatlich gelenkten Wirtschaft auf Grund des deutschen *ordre public* (§ 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht anzuerkennen. Insofern könne das Europäische Übereinkommen vom 21. 4. 1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (BGBl. 1964 II, 425, 22 A 265) nicht außer Acht gelassen werden, dessen Sinn und Bedeutung gerade auf dem Gebiet des Osthandels liege. In ihm seien ständige Schiedsgerichte vorgesehen. Als das Abkommen in Kraft trat, seien Einsetzung und Einrichtung der in den osteuropäischen Ländern bei der Handelskammer und anderen staatlichen Stellen gebildeten Schiedsgerichte längst bekannt gewesen. Habe also die BRD in Kenntnis der Lage in den osteuropäischen Staaten das Übereinkommen in Kraft gesetzt, so sei damit schlechthin unvereinbar, allgemein die Schiedssprüche der dort bestehenden ständigen Schiedsgerichte mit der Begründung nicht anzuerkennen, diese Gerichte seien wegen des staatlichen Einflusses auf alle Institutionen nicht hinreichend unabhängig und verstießen deshalb gegen den *ordre public*.

15. Art. 104 Abs. 1 GG verlangt für jede Freiheitsbeschränkung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Eine solche Grundlage bietet das innerstaatliche deutsche Recht und insbesondere der die Auslieferungshaft regelnde § 10 DAG für die eine Rücklieferung sichernde Haft nach Ansicht des BVerfG (E 29, 183 ff. = MDR 1971, 196 [71]) nicht. Dagegen reicht nach dieser Entscheidung für solche Haftanordnungen im Verkehr mit

Österreich die durch das Zustimmungsgesetz zu innerstaatlichem Recht gewordene Bestimmung in Art. 22 Abs. 2 des deutsch-österreichischen Auslieferungsvertrages vom 22. 9. 1958 (BGBl. 1960 II, 1342)¹²⁾ aus. Zwar ist auch hierin eine Freiheitsentziehung durch Haft nicht eindeutig vorgesehen. Die Rückgabeverpflichtung schließe aber eindeutig die Ermächtigung zur Haftanordnung ein, da sonst in den Fällen, in denen der Betroffene sich widersetze, die Rücklieferung nicht zu verwirklichen sei. Dies sei auch den den Vertrag abschließenden Regierungen und dem deutschen Gesetzgeber bei Erlass des Zustimmungsgesetzes bewußt geworden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche stillschweigende Ermächtigung zum Freiheitsentzug dem Art. 104 GG wirklich genügt. Wäre dies nicht der Fall, schlosse Art. 104 GG die innerstaatliche Anwendbarkeit der Vertragsbestimmung selbst dann aus, wenn sie den vom BVerfG festgestellten Inhalt hätte. Interessanter ist hier, daß diese Entscheidung der Vertragsbestimmung auf innerstaatlicher Ebene einen Inhalt beilegt, den sie auf völkerrechtlicher Ebene entgegen den Ausführungen des BVerfG kaum besitzt. Es mag sein, daß eine Reihe von Klauseln in Auslieferungsverträgen neben völkerrechtlichen Rechten und Pflichten der Vertragspartner nach dem Willen dieser Partner entsprechende innerstaatliche Ermächtigungen für die Gerichte und die Verwaltung enthalten. Die zitierte Vorschrift des deutsch-österreichischen Auslieferungsvertrages selbst enthält aber eine solche Ermächtigung kaum, weil die dort geregelten Rechte und Pflichten der Staaten selbst innerstaatlich keiner Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Einer solchen Ermächtigung bedürfen vielmehr nur die einzelnen innerstaatlichen Maßnahmen, die der Durchführung dieser völkerrechtlichen Pflicht im nationalen Rechtsraum dienen. In einem solchen Falle ist kaum anzunehmen, daß die Vertragspartner auch eine generelle Ermächtigung für alle innerstaatlichen Vollzugsmaßnahmen aufstellen wollten. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß bei der Auslieferungspflicht die innerstaatlichen Haftermächtigungen in den Vertrag ausdrücklich aufgenommen werden. Trotzdem ist der Entscheidung zuzustimmen, weil die Vertragsklausel mit ihrer Transformation teilweise ihren Inhalt ändert und hinsichtlich der Ermächtigungen wie eine innerstaatliche Norm ausgelegt werden muß.

¹²⁾ Art. 22. Aufschub der Übergabe: »(1) Der ersuchte Staat kann die Übergabe der auszuliefernden Person aufschieben, wenn sie wegen einer anderen gerichtlich strafbaren Handlung zu verfolgen oder an ihr eine Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung zu vollstrecken ist;

(2) wird die Übergabe aufgeschoben, so kann der ersuchte Staat zeitweilig zur Durchführung bestimmter Prozeßhandlungen, insbesondere der Hauptverhandlung, übergeben. Nach Durchführung dieser Prozeßhandlungen gibt der ersuchende Staat die Person ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit dem ersuchten Staat zurück«.

16. Im einzelnen haben die Gerichte im Berichtszeitraum ohne Prüfung der innerstaatlichen unmittelbaren Anwendbarkeit Niederlassungsverträge¹³⁾, insbesondere auch Meistbegünstigungsklauseln in Niederlassungsabkommen¹⁴⁾, Auslieferungsverträge¹⁵⁾, Vollstreckungs-¹⁶⁾ und Schiedsgerichtsabkommen¹⁷⁾, Abkommen über Herkunftsangaben¹⁸⁾, Sozialversicherungsabkommen¹⁹⁾, das Genfer Flüchtlingsabkommen²⁰⁾, das Warschauer Abkommen über die Zivilluftfahrt²¹⁾ und Art. VIII Abschn. 2 (b) des Vertrages über den IWF²²⁾ angewendet. Bei Doppelbesteuerungsabkommen werden nicht nur die Bestimmungen über den Ausschluß des nationalen Besteuerungsrechts²³⁾, sondern auch Progressionsvorbehalte²⁴⁾ und Diskriminierungsverbote²⁵⁾ unmittelbar angewendet.

c) Rang

17. Nach Auffassung der Transformations- und der Vollzugslehre erwirbt der Vertragsinhalt den Rang des Aktes, der ihn in innerstaatliches Recht

¹³⁾ BVerwG 24. 4. 1969, VerwRspr. 20 Nr. 231, S. 847; 28. 8. 1969, VerwRspr. 21 Nr. 79, S. 335; 18. 12. 1969, VerwRspr. 21 Nr. 82, S. 347 = BayVbl. 1970, 137; 20. 8. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 81, S. 359 = DVBl. 1970, 870 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158; BayVGh 30. 6. 1970, BayVbl. 1970, 368; OLG Lüneburg 17. 2. 1970, NJW 1970, 1515; BayVGh 9. 12. 1969, BayVbl. 1970, 297; OVG Münster 8. 1. 1971, GewA 1971, 117; OVG Rheinland-Pfalz 26. 3. 1969, AS 11, 65 = VerwRspr. 20 Nr. 230, S. 844; 30. 6. 1969, AS 11, 151; VG München 12. 8. 1970, DVBl. 1971, 364.

¹⁴⁾ BVerwG 24. 4. 1969, VerwRspr. 20 Nr. 231, S. 847; BayVGh 30. 6. 1970, BayVbl. 1970, 368; OLG Lüneburg 17. 2. 1970, NJW 1970, 1515.

¹⁵⁾ BGH 18. 11. 1969, St 23, 151 = MDR 1970, 160 = NJW 1970, 393.

¹⁶⁾ BGH 25. 3. 1970, Z 53, 357 = MDR 1970, 837 = NJW 1970, 1004; OLG Karlsruhe 15. 12. 1969, FamRZ 1970, 410.

¹⁷⁾ BGH 26. 6. 1969, Z 52, 184 = NJW 1969, 2093.

¹⁸⁾ BGH 25. 6. 1969, NJW 1969, 2087; 7. 1. 1970, GRUR Int. 1970, 290.

¹⁹⁾ BSozG 18. 12. 1969, E 30, 226; 27. 2. 1970, E 31, 54.

²⁰⁾ BGH 30. 1. 1969, RzW 1969, 273.

²¹⁾ BGH 24. 6. 1969, Z 52, 194; 24. 6. 1969, Z 52, 213; OLG Düsseldorf 24. 6. 1969, Warn. 1969 II 475.

²²⁾ BGH 24. 6. 1970, DStR 1970, 668; 11. 3. 1970, NJW 1970, 1002 = JZ 1970, 727 = AWD 1970, 274; OLG Oldenburg 27. 4. 1970, Warn. 1970 I, 230; BGH 27. 4. 1970, AWD 1970, 272 = JZ 1970, 328 = MDR 1970, 913 = NJW 1970, 1507.

²³⁾ BFH 4. 3. 1970, DStR 1970, 469; 4. 3. 1970, HFR 1970, 426; 11. 3. 1970, E 98, 427 = AWD 1970, 328 = DStR 1970, 462 = HFR 1970, 323; 9. 9. 1970, HFR 1971, 6; FG Berlin 31. 7. 1970, EFG 1971, 58; FG Bremen 18. 2. 1970, EFG 1970, 381 = HFR 1970, 556; FG Hamburg 9. 2. 1970, EFG 1970, 487; FG Baden-Württemberg 3. 9. 1970, EFG 1971, 126; FG Münster 16. 1. 1970, EFG 1970, 380; Niedersächsisches FG 26. 6. 1970, EFG 1970, 593.

²⁴⁾ BFH 11. 3. 1970, BStBl. 1970 II, 588 = AWD 1970, 422; 25. 5. 1970, HFR 1970, 476; 25. 5. 1970, HFR 1970, 475 = AWD 1970, 422 = DStR 1970, 573 = NJW 1971, 339; Niedersächsisches FG 17. 11. 1969, EFG 1970, 213; Schleswig-Holsteinisches FG 7. 8. 1969, EFG 1969, 482; vgl. zum Begriff ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 287 ff.

²⁵⁾ FG Hamburg 29. 10. 1969, EFG 1970, 145; 1. 12. 1969, EFG 1970, 196 = AWD 1970, 278; FG München 10. 12. 1969, EFG 1970, 144.

verwandelt. Ein durch ein Zustimmungsgesetz transformierter Vertrag erwirbt somit Gesetzesrang. Im Verhältnis der Verträge zueinander und zu anderem Gesetzesrecht gilt also die *lex posterior*-Regel, soweit nicht einerseits, wie etwa bei Doppelbesteuerungs-²⁶⁾ und Auslieferungsverträgen²⁷⁾ das nationale Recht ausdrücklich oder stillschweigend zurücktritt oder sich die Anwendung des Vertragsrechtes ausdrücklich oder stillschweigend vorbehält oder aber umgekehrt das Vertragsrecht — wie in den meisten Niederlassungsabkommen²⁸⁾ — die Anwendung bestimmter nationaler Gesetze vorbehält. Allerdings können Völkerrechtsverträge auch Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten²⁹⁾ oder nach Ansicht einiger Entscheidungen³⁰⁾ auch als Vertragsrecht allgemeine Regeln des Völkerrechts darstellen, die nach Art. 25 GG zumindest über den Bundesgesetzen stehen.

18. Da die Verträge im Rang unter dem Grundgesetz stehen, ist ihr Inhalt am GG zu messen. So führt etwa der BGH in seiner Entscheidung vom 25. 6. 1969 (Z 52, 216 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [18, 30, 73, 76, 80, 83]) aus, die Frage der Prüfungsbefugnis der unteren Gerichte in Bezug auf die Vereinbarkeit von Staatsverträgen mit dem inländischen Recht, insbesondere dem Verfassungsrecht, werde nicht in allen Staaten übereinstimmend beantwortet. Das BVerfG habe entschieden, daß nach deutschem Recht auch völkerrechtliche Abkommen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz von jedem Gericht zu prüfen sind (E 1, 396, 410; 4, 157, 162; 6, 309, 326): Das Abkommen vom 8. 3. 1960 zwischen der BRD und der französischen Republik über den Schutz von Herkunftsangaben, Ursprungsbezeichnungen und anderen geographischen Bezeichnungen (BGBl. II, 22) enthalte aber in der Auslegung des Gerichts, nach der die Bezeichnung »Champagner« für ein obergäriges hefefreies Bier in der BRD nicht mehr verwertet werden dürfe, keine Enteignung, weil die vorherige Verwendung zwar frei gewesen sei, damit aber noch kein Vermögensrecht im Sinne des Art. 14 GG bestanden habe (vgl. auch BGH 25. 6. 1969, NJW 1969, 2087). Die Entscheidung läßt erkennen, daß wenn der Vertrag in der

²⁶⁾ Siehe oben Nr. 16 Anm. 23—25. Das FG Bremen (18. 2. 1970, EFG 381 = HFR 1970, 556; vgl. auch FG Baden-Württemberg 3. 9. 1970, EFG 1971, 126) greift unter Verweisung auf BFH 18. 9. 1968 (BStBl. 1968 II, 797) auf die *lex specialis*-Regel zurück, um den Doppelbesteuerungsverträgen den Vorrang vor nationalem Steuerrecht zu gewähren. Richtiger ist, daß das nationale Steuerrecht auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung in § 9 des Steueranpassungsgesetzes vom 16. 10. 1934 (RGBl. I, 925) hinter das Doppelbesteuerungsrecht zurücktritt.

²⁷⁾ Vgl. OLG München 10. 9. 1970, NJW 1970, 2175.

²⁸⁾ Diese Vorbehalte werden von der Rspr. (siehe unten Nr. 59) sehr weit ausgedehnt.

²⁹⁾ Siehe oben Nr. 1 und 2.

³⁰⁾ Siehe oben Nr. 4.

Auslegung des BGH eine Enteignung enthalten hätte, das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung vorgezogen hätte (vgl. unten Nr. 83).

19. Gegenstand der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ist nicht der Vertrag, sondern das den Vertragstext in sich aufnehmende, ihn in deutsches Recht transformierende Zustimmungsgesetz. Für die Zuständigkeit und das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gelten deshalb die allgemeinen Bestimmungen über die Verfassungskontrolle der Gesetze:

Im Beschluß des BVerfG vom 9. 12. 1970 (E 29, 348 ff., 358 [10, 43, 92]) wurde dem Gericht vom BGH die Frage vorgelegt, ob bestimmte Vorschriften des Finanzvertrages zwischen der BRD und den Niederlanden vom 8. 4. 1960 (BGBl. 1963 II, 629) mit Art. 14 GG übereinstimmen. Das BVerfG führte aus, nach der ständigen Rspr. könne nur ein formelles Gesetz Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG sein (BVerfGE 17, 208, 209 f.). Zu diesen Gesetzen gehörten auch die in Form eines Bundesgesetzes ergehenden Beschlüsse, in denen die gesetzgebenden Körperschaften gemäß Art. 59 Abs. 2 GG die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag erklären. Daher könne in dem Vorlageverfahren nicht der deutsch-niederländische Finanzvertrag als solcher, sondern nur das hierzu ergangene Zustimmungsgesetz vom 10. 6. 1963 (BGBl. II, 458) Gegenstand der Prüfung sein (vgl. BVerfGE 12, 281, 288). Etwaige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen könnten nur durch das dem Vertrag zustimmende Gesetz erfolgt sein, nicht aber unmittelbar durch den Vertrag. Im vorliegenden Verfahren komme es hiernach darauf an, ob das Vertragsgesetz insoweit mit dem GG vereinbar sei, als es die Zustimmung zu Vorschriften des Finanzvertrages enthalte.

20. In den Entscheidungen des BVerfG vom 3. 12. 1969 (E 27, 253 ff., 281 ff. = DÖV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799) und vom 15. 1. 1970 (E 27, 326 ff., 339 = DVBl. 1971, 63 = NJW 1970, 1035; vgl. auch BGH 13. 10. 1969, Z 52, 371 ff. = DÖV 1970, 129 = DVBl. 1970, 146 = NJW 1970, 191 [11, 98]) wurde die Verfassungsmäßigkeit eines Vertrages dagegen *incidenter* im Rahmen einer gegen ein anderes Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde überprüft.

Das BVerfG untersuchte die Frage, ob das Gesetz über die Abgeltung von Besetzungsschäden vom 1. 12. 1955 vorherige Vermögenspositionen im Sinne des Art. 14 GG entzogen habe, und ging dabei auf die Frage ein, ob durch den im Art. 3 Abs. 2 des IX. Teils des ÜblV enthaltenen Verzicht vorherige Vermögenspositionen entzogen wurden, so daß insofern dem Abgeltungsgesetz vorhergehende und durch dieses Gesetz beschränkte Entschädigungsansprüche bestanden. Das Gericht stellt fest, daß die Kläger für den Schaden nach Besatzungsrecht keine Entschädigungsansprüche besaßen,

weder die Individuen noch die BRD gegen die Besatzungsmacht weitergehende völkerrechtliche Ansprüche hatten, solche Ansprüche aber jedenfalls weder von den Individuen noch von der BRD durchzusetzen waren, so daß es schon an einer Vermögensposition gefehlt habe. Nach der tatsächlichen und politischen Situation beim Vertragsschluß habe die BRD zudem als besiegter und unterworfenen Staat den Siegermächten gegenübergestanden. Sie habe erst durch das Vertragswerk über die Beendigung des Besatzungsregimes ihre Souveränität und damit den Status eines gleichgeordneten Vertragspartners erhalten sollen. An dem Zustandekommen des Vertrages, besonders an der Ablösung des Besatzungsregimes und der Befreiung des deutschen Gesetzgebers von den besatzungsrechtlichen Schranken habe ein überragendes Interesse der deutschen staatlichen Gemeinschaft bestanden. Es liege aber auf der Hand, daß die Alliierten in der Verzichtserklärung eine wesentliche Voraussetzung für die Beendigung der Besatzungsherrschaft sahen. Unter diesen Umständen könne den deutschen Staatsorganen kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie den Verzicht auf möglicherweise bestehende, praktisch aber nicht durchsetzbare Ansprüche in Kauf nahmen, um durch den Abschluß des Vertragswerkes insgesamt einen Rechtszustand zu erreichen, der wesentlich »näher am Grundgesetz« war als die Ausgangslage (vgl. BVerfGE 4, 157, 168 ff.). Es könne aber auch keine Rede davon sein, daß dieser Verzicht den Besatzungsgeschädigten ein besonderes Opfer im Gesamtinteresse auferlegt habe, da ihre Lage im Verhältnis zu den Besatzungsmächten hierdurch mindestens faktisch nicht verschlechtert worden sei.

Die Tendenz des BVerfG, die Staatsorgane in auswärtigen Angelegenheiten bei schwierigen Situationen von der strikten Einhaltung der Grundrechte freizustellen, geht also weiter: Hervorzuheben ist in diesem Rahmen auch, daß nach Ansicht des BGH Kriegereignisse im weiten Sinn nicht als Enteignungen unter Art. 14 GG fallen (siehe unten Nr. 98).

3. Europäisches Gemeinschaftsrecht

In der Berichtsperiode läßt sich eine deutliche Zurückhaltung der Gerichte in den bisher die Szene beherrschenden Fragen des Verhältnisses zwischen dem Europarecht und dem deutschen Recht (Übereinstimmung der Verordnungsgewalt des Rats und der Kommission der Gemeinschaften mit den Prinzipien der Gewaltenteilung und der Demokratie; fehlende Bindung der Gemeinschaftsgewalt an dem Grundgesetzkatalog entsprechende Grundrechte; dem Art. 19 Abs. 4 GG nicht voll entsprechender Gerichtsschutz gegen Akte der europäischen Exekutive; grundsätzliches Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht mit den bekannten Auswirkun-

gen auf die innerstaatliche Geltung, den innerstaatlichen Rang und die innerstaatliche Anwendbarkeit) feststellen. Dafür rückten zahlreiche neue Fragen des Verhältnisses zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Recht in den Vordergrund, die auf die Vielfältigkeit dieser Problematik ein neues Licht warfen:

21. Der BayVGh hat in einem Urteil vom 5. 11. 1969 (BayVBl. 1970, 168) überprüft, ob die Verwaltung bei der Ausübung ihres nach dem deutschen Ausländergesetz vom 28. 4. 1965 (BGBl. I, 353) bestehenden Ermessens bei der Ausweisung der EWG-Richtlinie Nr. 64/20/EWG vom 25. 2. 1964 (ABLEG 1964, 845) entsprochen hat. Dieselbe Prüfung nahm das OVG Rheinland-Pfalz (26. 3. 1969, AS 11, 65 = VerwRspr. 20 Nr. 230, S. 844) vor. Schon vor dem Leber-Pfennig-Urteil des EuGH vom 6. 10. 1970 (Europarecht 1972, 31) haben deutsche Gerichte also die Einhaltung bestimmter Richtlinien durch die Verwaltung überprüft³¹⁾.

22. Gemäß BVerwG 12. 6. 1970 (E 35, 277 = AWD 1970, 468 = NJW 1970, 630 = VerwRspr. 22 Nr. 86, S. 276; vgl. auch BVerwG 14. 2. 1969, E 31, 279 = NJW 1969, 999) stellt das EWG-Recht *revisibles Bundesrecht* im Sinne des § 137 Abs. 1 VerwGO dar. Das Gericht stellt ausdrücklich dahin, ob das EWG-Recht Bundesrecht »im grundsätzlichen«, d. h. wohl im staatsrechtlichen Sinne sei. § 137 Abs. 1 VerwGO verwende den Begriff des Bundesrechts als das auf Grund einheitlicher Kompetenzen im ganzen Bundesgebiet geltende Recht.

23. In zwei Beschlüssen vom 13. 10. 1970 (E 29, 198 = BayVBl. 1970, 18 = DÖV 1970, 818 = HFR 1970, 604 = MDR 1971, 111 = NJW 1970, 2155; BVerfGE 29, 213) steckte das BVerfG die äußersten Grenzen ab, innerhalb deren es im Rahmen einer auf die Verletzung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) gestützten Verfassungsbeschwerde die Verletzung der aus Art. 177 EWGV fließenden Pflicht der obersten Gerichte überprüfen kann, Fragen der Auslegung und der Gültigkeit von EWG-Recht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG schütze nicht gegen Verfahrensfehler, die infolge eines Irrtums unterlaufen, sondern nur gegen Willkür. Von Willkür könne aber nur die Rede sein, wenn die Entscheidung sich bei der Anwendung und Auslegung der Normen über die gerichtliche Zuständigkeit, zu denen auch die Vorschriften über die Vorlage an ein anderes Gericht gehören, so weit von dem diese Normen beherrschenden Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernte, daß die Entscheidung nicht mehr zu rechtfertigen sei, sie bei verständiger Würdi-

³¹⁾ Zur vorliegenden deutschen Rspr. vgl. A. Bleckmann, in: Balladore-Palieri / G. Sperduti, *La libertà d'establishment et la libre prestation des services dans les Pays de la CEE* (1970), S. 160 ff., 112 ff.

gung der das GG beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheine und offenbar unhaltbar sei. In den konkreten Fällen habe der BFH die Vorlage an den EuGH nach Art. 177 EWGV jedenfalls nicht willkürlich unterlassen. Die Ausführungen des BFH ließen erkennen, daß er über Inhalt und Tragweite der einschlägigen Bestimmungen des EWG-Rechts (hier: der Agrarmarkt-VOen) nicht im Zweifel gewesen sei. Dem BFH hätten auch keine Zweifel an der Richtigkeit seiner Auffassung kommen müssen. Er sei nicht von Entscheidungen anderer innerstaatlicher Gerichte oder des EuGH abgewichen. Da ein Verstoß gegen die Grundsätze des gesetzlichen Richters nicht festzustellen sei, könne offen bleiben, ob der EuGH, wie der Kläger behauptet hatte, durch die Übertragung rechtsprechender Gewalt im Rahmen des supranationalen Zusammenschlusses einem deutschen Gericht gleichzustellen sei, auf das sich Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG allein beziehe.

Es blieb also offen, ob das BVerfG im Falle der willkürlichen Verletzung des Art. 177 EWGV die hierauf beruhenden Urteile deutscher Obergerichte aufheben würde. Da das BVerfG nur feststellt, daß bei bestimmten Voraussetzungen eine Willkür nicht vorliegt, können die diesbezüglichen Ausführungen zwar auch nicht zur Festlegung der schwierigen Voraussetzungen der Vorlagepflicht herangezogen werden. Die Ausführungen des BVerfG lassen den Gerichten bei Art. 177 EWGV aber einen weiteren Spielraum als bei der Vorlagepflicht an das BVerfG nach Art. 101 Abs. 2 GG³²⁾; sie stützen im Ergebnis ferner die Auffassung, daß die Gerichte nur Zweifelsfälle dem EuGH vorzulegen haben, und damit die auch in der BRD neuerdings stark verbreitete *acte clair*-Doktrin.

24. Wenn das BVerfG es im Rahmen des Art. 101 GG wie gezeigt noch ablehnt, die Folgen aus dem engen Interdependenzverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht zu ziehen, solange der Sachverhalt hierzu keinen zwingenden Anlaß bietet, hat es doch gerade aus dieser Interdependenz Schlüsse bei der Auslegung des Art. 80 GG gezogen (BVerfG 13. 10. 1970, E 29, 198 ff. = BayVBl. 1970, 18 = DÖV 1970, 818 = HFR 1970, 604 = MDR 1971, 111 = NJW 1970, 2155 [23]):

Art. 1 der VO Nr. 19 des Rates der EWG über die schrittweise Errichtung einer gemeinsamen Marktorganisation für Getreide vom 4. 4. 1962 (ABl. EWG 6 [1962], 933) sieht die Einführung von Abschöpfungsbeträgen durch Gesetze der Mitgliedstaaten vor, deren Betrag bei Einfuhren aus Drittländern nach Art. 10 Abs. 2 VO sich aus der Differenz zwischen dem günstigsten Weltmarktpreis und dem nach Art. 4 oder 8 von den Staaten festgesetzten Schwellenpreis berechnet. In Ausführung dieser Verpflichtun-

³²⁾ ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 61; 31 (1971), S. 279.

gen hat der deutsche Gesetzgeber das Abschöpfungsgesetz vom 25. 7. 1962 (BGBl. I, 453) und das Gesetz zur Durchführung der VO Nr. 19 vom 26. 7. 1962 (BGBl. I, 455) erlassen. Art. 1 des Gesetzes vom 25. 7. 1962 führt eine Abschöpfung auf die Einfuhr ein, soweit eine solche Abschöpfung in den auf Art. 42 oder 43 EWGV gestützten Verordnungen des Rates vorgesehen oder zugelassen ist. Die Höhe der Abschöpfung berechnet sich nach den Verordnungen des Rats und den hierzu ergangenen Ausführungsverordnungen. § 5 des Gesetzes vom 26. 7. 1962 ermächtigt den Bundesminister für Landwirtschaft, Ernährung und Forsten, für die in Art. 1 a und c der VO Nr. 19 bezeichneten Produkte Schwellenpreise festzulegen. Diese Festsetzung erfolgte durch die SchwellenpreisVO vom 30. 7. 1962 (BGBl. I, 473).

Das BVerfG stellte fest, daß die SchwellenpreisVO in § 5 des Gesetzes vom 26. 7. 1962 eine dem Art. 80 GG entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage findet. Diese Bestimmung definiere zwar weder den Begriff des Schwellenpreises noch umschreibe es dessen Funktion. Die Überschrift des Gesetzes und der Text des § 5 verwiesen aber ausdrücklich auf die VO Nr. 19; das Gesetz sei Teil der in Art. 23 Abs. 1 der VO vorgeschriebenen Anpassung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, welche die Anwendung der VO Nr. 19 ermöglichen sollen. Auch mit Hilfe einer Verweisung auf andere Rechtsvorschriften könnten aber Inhalt, Zweck und Ausmaß einer gesetzlichen Ermächtigung bestimmt werden. Der Gesetzgeber könne in dieser Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen auch auf Normen und Begriffe des Rechts der europäischen Gemeinschaften verweisen. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht der Mitgliedstaaten seien zwar zwei verschiedene Rechtsordnungen (BVerfGE 22, 293, 294). Die beiden Rechtsordnungen stünden aber nicht unverbunden nebeneinander, griffen vielmehr auf mannigfaltige Weise ineinander. Diese vielfältige Verschränkung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht verböte es, Verweisungen auf Gemeinschaftsrecht anders zu beurteilen als Verweisungen auf nationales Recht, etwa bundesrechtliche Verweisungen auf Landesrecht. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungen würden aber durch die VO Nr. 19 hinreichend bestimmt.

25. Im Bereich des Zivilprozeßrechts erkennt die h. M. in der deutschen Literatur und Rspr. das Institut der internationalen Rechtshängigkeit an: in der Berichtsperiode hat das OLG Karlsruhe (15. 12. 1969, FamRZ 1970, 410) sich dieser Auffassung mit der Begründung angeschlossen, in einer Welt enger werdender internationaler Rechtsbeziehungen hätten die Gerichte der Staaten mit ebenbürtiger Rechtspflege die Tätigkeit fremder Gerichte zu respektieren. Ist ein Verfahren vor einem ausländischen Gericht anhängig, können deutsche Gerichte also mit derselben Sache zumindest dann nicht

befast werden, wenn das fremde Urteil in Deutschland anerkannt würde. Anders gilt im Strafrecht das Verbot der Doppelbestrafung und Doppelverfolgung (*ne bis in idem*, Art. 103 Abs. 3 GG) nur im Verhältnis zwischen deutschen Gerichten (BVerfGE 12, 62; BGHSt 6, 172; 12, 36; BayVerfGE 16, 15). Nach BGH 30. 4. 1969 (NJW 1969, 1542) muß hieran jedenfalls solange festgehalten werden, als nicht die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Strafurteilen in zwischenstaatlichen Rechtshilfeverträgen geregelt ist. Ein Verbot der Doppelbestrafung oder Doppelverfolgung im Verhältnis der Gerichte verschiedener Staaten zueinander könne auch nicht aus Art. 27 oder Art. 3 MRK gefolgert werden.

Auf diesem Hintergrund ist die Entscheidung des BGH vom 17. 12. 1970 (BGHSt 24, 54 = MDR 1971, 316 = NJW 1971, 521) zu lesen, die sich mit der Frage befaßt, ob das Kartellstrafverfahren vor dem nationalen Richter durch ein entsprechendes Verfahren vor dem EuGH ausgeschlossen wird. Das europäische Recht verbietet das nationale Verfahren nur unter bestimmten engen Voraussetzungen (EuGH 13. 2. 1969, RS 14/68, Rspr. EuGH XV, 1), die hier nicht vorlagen. Hinsichtlich Art. 103 Abs. 3 GG stellte sich die vom Gericht verneinte Frage, ob der EuGH ein ausländisches Gericht im Sinne der bisherigen Rspr. sei: Die Organe der Europäischen Gemeinschaften üben nach Ansicht des BGH durch den EWGV geschaffene »supranationale« öffentliche Gewalt aus. Ihnen stünden Hoheitsrechte zu, deren sich die Mitgliedstaaten zugunsten der von ihnen gegründeten Gemeinschaft entäußert hätten (Art. 24 Abs. 1 GG). Zwar werde allgemein angenommen, daß dadurch eine neue öffentliche Gewalt entstanden sei (BVerfGE 22, 293, 296). Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten seien jedoch in der Ausübung ihrer Hoheitsbefugnisse eng miteinander verbunden. Die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts seien Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung der BRD (BVerfG 13. 10. 1970, E 29, 198). Verfahrensrechtlich sei die Anwendung des Gemeinschaftsrechts und des nationalen deutschen Rechts nicht grundsätzlich streng voneinander geschieden, sondern werde teilweise als Einheit betrachtet. Gerade auf dem Gebiet des Kartellrechts sehe die EWG-VO Nr. 17 eine enge Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den Behörden der Mitgliedstaaten vor. Die Entscheidungen des EuGH könnten in den Mitgliedstaaten vollstreckt werden. Die vielfältige Verschränkung von nationaler Gerichtsbarkeit und Gerichtsbarkeit der Gemeinschaften verböte es, die Grundsätze anzuwenden, die der BGH (St 6, 176) für das Verhältnis zu den ehemaligen Besatzungsmächten entwickelt habe. Mit der »supranationalen« Gerichtsbarkeit, die der Gerichtshof der Gemeinschaft ausübe, sei eine im Prozeß fortschreitender Integration befindliche zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit geschaffen

worden, die sich der Einordnung nach der geläufigen Unterscheidung zwischen ausländischer und inländischer Gerichtsbarkeit entziehe. Dennoch könne das Verbot der Doppelbestrafung im vorliegenden Fall nicht eingreifen. Die europäischen Organe hätten das europäische, die deutschen Organe das deutsche Kartellrecht anzuwenden. Die entsprechenden Tatbestände deckten sich nur teilweise und hätten unterschiedliche Schutzrichtungen: Art. 85 EWGV beziehe sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, Art. 1 GWB auf den inländischen Markt. Verletze eine Handlung gleichzeitig beide Bestimmungen, bestehe an sich Idealkonkurrenz, die eine einheitliche Strafe fordere. Art. 103 Abs. 2 GG habe aber zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß das Gericht, welches die einheitliche Buße festsetze, die idealkonkurrierenden Vorschriften selbst anwenden oder den Fall an ein Gericht verweisen dürfe, das für die Anwendung beider Vorschriften zuständig sei. Hier aber seien weder die europäischen noch die nationalen Organe zu einer erschöpfenden rechtlichen Würdigung des Unrechtsgehalts der Tat im Hinblick auf die Vorschriften des europäischen und des nationalen Rechts befugt. Deshalb stehe Art. 103 Abs. 3 GG der deutschen Strafverfolgung nicht entgegen. Rechtsstaatliche Grundsätze verlangten aber, daß bei der Festsetzung der deutschen Sanktion die europäische Buße berücksichtigt werde.

In den Entscheidungen Nr. 23—25 wird also im Rahmen von Bestimmungen des deutschen Rechts der EuGH den deutschen Gerichten, das Europarecht dem deutschen Recht gleichgestellt. Wenn bei der Rspr. über das Verhältnis der Rechtsordnungen der BRD und der DDR zueinander (siehe unten Nr. 104 ff.) die faktische Spaltung zu einer Beschränkung des Inlandscharakters ostdeutscher Behörden, Gerichte, Individuen und Gebiete führt, kommen diese Entscheidungen umgekehrt auf Grund der neuen rechtlichen und faktischen Einheit zwischen der europäischen und der deutschen Rechtsordnung zu einer automatischen Ausdehnung der einschlägigen deutschen Rechtssätze und damit ohne Rückgriff auf das Europarecht zu einer rechtlichen Angleichung, die eines Tages dahin führen kann, daß im Rahmen der Materien des Europarechts auch das Gebiet, die Organe und die Angehörigen der Mitgliedstaaten Inlandscharakter erhalten.

26. Nach der zahlreichen Urteilen zugrunde liegenden Auffassung der deutschen Gerichte schließt weder die abstrakte Zuweisung bestimmter Materien an die europäische Gesetzgebung noch die konkrete europarechtliche Regelung dieser Materien die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers aus. Selbst im Rahmen der meist ins Detail gehenden Agrarmarktorganisationen bleibt dem nationalen Gesetzgeber und der vorherigen deutschen Recht also häufig ein gewisser Spielraum. So ist die Rücknahme von Aus-

fuehrerstattungsbescheiden nach den Regeln des deutschen Verwaltungsrechts zu behandeln, obwohl das materielle Erstattungsrecht durch das Europarecht geregelt wird (BFH 8. 5. 1970, HFR 1970, 428 = AWD 1970, 576), gilt für die Ersatzansprüche gegen die BRD, die aus der nationalen Durchführung der europäischen Erstattungsregelung erwachsen, das deutsche Recht (BVerwG 12. 6. 1970, E 35, 268: Plangewährleistungsanspruch, Folgenbeseitigungsanspruch, Vertrauensschutz, Garantiehaftung), ist nach deutschem Recht das Bundeskartellamt für die rückwirkende Nichtigkeitserklärung bestimmter Kartellvereinbarungen zuständig (BGH 9. 4. 1970, Z 54, 154 = AWD 1970, 416 = NJW 1970, 2157). Da die Abgrenzung der Zuständigkeiten in diesem Bereich sehr schwierig ist, blieben Überschreitungen dieser Grenzlinie in der Rspr. nicht aus. Umstritten war in der Berichtsperiode etwa, ob bestimmte Begriffe des Gemeinschaftsrechts vom deutschen Gesetzgeber authentisch interpretiert werden dürfen. So hat der BFH in einer Entscheidung vom 8. 5. 1970 (E 99, 281 = HFR 1970, 428) die Ansicht vertreten, der deutsche Gesetzgeber habe die in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 der VO 19/62/EWG vom 4. 4. 1962 (ABl.EG 1962, 933) verwendeten Begriffe »Ausfuhr nach dritten Ländern« festlegen können. In der Entscheidung vom 15. 12. 1970 (E 101, 188) hat er dagegen die Frage der Auslegung dieses Begriffs dem EuGH vorgelegt. Ebenfalls dem EuGH vorgelegt hat der BFH die Frage, ob man nationalen Erläuterungsvorschriften die Wirkung einer verbindlichen Auslegung der Tarifstellen des Gemeinsamen Zolltarifs (VO Nr. 950/68 des Rats vom 28. 6. 1968, ABl.EG Nr. L 172/1) zuerkennen könne (25. 2. 1970, E 98, 378: für die VO Nr. 22 vom 4. 4. 1962: 30. 7. 1969, E 96, 252). Zu weit geht es sicherlich, wenn das FG München (21. 10. 1970, EFG 1971, 84) für die Auslegung des europäischen Finanzrechts im deutschen Steuerrecht entwickelte Auslegungsprinzipien (zur »ergänzenden« und »abändernden« Rechtsfindung) heranzieht oder das FG Hamburg (6. 5. 1970, EFG 1970, 615) die im deutschen öffentlichen Recht entwickelten Prinzipien von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes ohne nähere Prüfung für die Abgrenzung des zeitlichen Anwendungsbereichs der europäischen Verordnungen bemüht.

27. Soweit das europäische Recht dem nationalen Gesetzgeber bestimmte Regelungen nur gestattet und nicht gebietet, ist das im Rahmen dieser Gestattung verbleibende Gesetz am GG und an in nationales Recht transformiertes Völkerrecht zu messen. So untersuchte etwa das FG München (10. 12. 1969, EFG 1970, 144 [4, 9]) und das FG Hamburg (29. 10. 1969, EFG 1970, 145; 1. 12. 1969, EFG 1970, 196), ob die Festsetzung von Durchschnittssätzen für die deutsche Umsatzausgleichsteuer nach Art. 97 EWGV, die nach der Rspr. des EuGH (3. 4. 1968, RS 28/67, Rspr. EuGH 1968, Bd.

XIV, S. 215) zur Folge hat, daß der nationale Richter die Übereinstimmung dieser Sätze mit den Diskriminierungsverboten des Art. 95 EWGV nicht überprüfen darf, mit den in Art. 7 und 40 EWGV, III GATT und 3 GG enthaltenen Diskriminierungsverboten übereinstimmt und ob der Ausschluß der Prüfungsbefugnis am Art. 95 EWGV mit Art. 19 Abs. 4 GG zu vereinbaren ist.

28. Nach Ansicht des FG Baden-Württemberg (Außensenate Freiburg, 19. 2. 1970, EFG 1970, 312) folgt aus der Präambel sowie aus den Art. 2, 3, 5 Abs. 2, 75 und 76 EWGV eine Beschränkung des EWG-Rechts und insbesondere des europäischen Verkehrs- und Steuerrechts auf Fälle, die unmittelbar oder mittelbar die gemeinschaftliche Sphäre berühren. Jeder Mitgliedstaat habe im nationalen Bereich somit Spielraum für die Gesetzgebung seiner Organe. Insbesondere die Besteuerung der entgeltlichen Beförderungsleistungen im Güterverkehr von Inländern für Inländer, die lediglich im Inland, also nicht im grenzüberschreitenden Verkehr ausgeführt werden, stehe den Mitgliedstaaten frei.

Es ist fraglich, ob eine solche den *domaine réservé* aussparende Begrenzung des EWG-Rechts allgemein besteht. Die Frage, ob die einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechts mit Rücksicht auf diese Beschränkung eng ausgelegt oder aber nichtig sind, muß aber dem EuGH vorgelegt werden.

29. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG kann im Zusammenwirken des europäischen mit dem deutschen Recht zahlreiche bisher nicht vorhergesehene Folgen haben, wie mehrere Urteile in der Berichtsperiode zeigen:

Einerseits ist es nicht willkürlich, wenn der Gesetzgeber bei einer nationalen Regelung von den ihm international auferlegten Verpflichtungen ausgeht (BVerfG 3. 12. 1969, E 27, 253 ff., 287 = DÖV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799) und etwa angesichts der Beschränkung des nationalen wirtschaftspolitischen Instrumentariums durch das Gemeinschaftsrecht wirtschaftliche Zielsetzungen nunmehr mit dem ihm verbleibenden Instrument des Umsatzsteuerrechts anstrebt (BVerfG 8. 12. 1970, E 29, 337).

Auf der anderen Seite schafft das Gemeinschaftsrecht besonders im Bereich der Niederlassung und der Freizügigkeit für die Angehörigen der Mitgliedstaaten in einem anderen Mitgliedstaat bestimmte Erleichterungen, die für die Angehörigen dieses Mitgliedstaats weder nach europäischem noch nach nationalem Recht eingreifen. So befreit etwa die in Durchführung der europäischen Richtlinie vom 7. 7. 1964 (ABl. EWG 1964, 186/3) ergangene deutsche Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der EWG geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Hand-

werksrolle vom 4. 8. 1966 (BGBl. I, 469) die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten von der nach der Handwerksordnung vom 28. 12. 1965 (BGBl. 1966 I, 1) allgemein geforderten Meisterprüfung. Das BVerwG bezweifelt, ob eine in Durchführung von EWG-Verordnungen erlassene deutsche VO überhaupt am GG gemessen werden könne, nimmt hierzu aber nicht Stellung, weil nach seiner Ansicht diese Unterscheidung nicht willkürlich ist, der deutsche Normgeber also das für deutsche Staatsangehörige geltende Handwerksrecht nicht deshalb zu ändern brauchte, weil er zur Ausführung der EWG-Richtlinien die Rechtsstellung ausländischer Handwerker verbesserte. Sowenig der Gleichheitssatz allein dadurch verletzt werde, daß Ausländer nicht dieselbe Rechtsstellung wie Inländer genießen, sei er dadurch verletzt, daß der Gesetzgeber das für Inländer geltende Recht nicht dem für Ausländer geltenden Recht angepaßt habe. Einerseits hätten nunmehr auch die deutschen Handwerker im Ausland Vorteile, zum anderen sehe auch die Handwerksordnung gewisse Ausnahmen von der Meisterprüfung vor: Angesichts des Leistungsstands des deutschen Handwerks und der in diesem Wirtschaftszweig notwendigen engen und persönlichen Bindungen an den Kundenkreis komme es überdies nur in beschränktem Umfang zur Niederlassung ausländischer Handwerker. Diese befänden sich schließlich in einer Sonderlage, weil ihnen in ihrem Heimatstaat eine zur Meisterprüfung führende Ausbildung nicht zur Verfügung stehe.

Das deutsche Ausländergesetz vom 28. 4. 1965 (BGBl. I, 353) gewährt den ausländischen Familienangehörigen eines Deutschen kein Aufenthaltsrecht. Auch Art. 6 GG und Art. 8 MRK führen nur in Ausnahmefällen zu einem solchen Recht (siehe unten Nr. 60). Dagegen wird nach § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 2 des auf den einschlägigen europäischen Verordnungen und Richtlinien beruhenden Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EWG vom 22. 7. 1969 (BGBl. I, 927) Familienangehörigen von Ausländern, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind und in der BRD eine Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellte ausüben, auf Antrag eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, wenn die Person, deren Familienangehörige sie sind, eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und ihr eine angemessene Wohnung zur Verfügung steht. Das VG München (12. 8. 1970, DVBl. 1971, 364) sieht in dieser Beschränkung auf Angehörige aus anderen Mitgliedstaaten einen Verstoß gegen Art. 3 GG. Wenn nämlich schon die Familienangehörigen der EWG-Ausländer ohne Rücksicht auf deren Staatsangehörigkeit zum Aufenthalt berechtigt seien, so müsse dies um so mehr gelten, wenn es um den Aufenthalt ausländischer Familienangehöriger von Deutschen gehe. Denn die aufenthaltsrechtliche Stellung der Inländer sei trotz des EWGV stärker als die

Stellung von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EWG. Auf Grund verfassungskonformer Auslegung und durch den Schluß *a fortiori* erstreckt das VG deshalb das Gesetz auf die Angehörigen von Deutschen, obwohl dieser Auslegung der Wortlaut strikt entgegensteht.

4. Befugnisse des nationalen Richters

30. Gemäß dem Urteil des BGH vom 25. 6. 1969 (Z 52, 216 ff., 219 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [7, 17, 73, 76, 80, 83]) besteht nach der deutschen Rechtstradition kein Zweifel, daß die inländischen Gerichte zur Auslegung eines Staatsvertrages jedenfalls dann uneingeschränkt berufen sind, wenn der Vertrag wie im vorliegenden Fall wesentlich die privatrechtlichen Interessen und Beziehungen der Angehörigen der Vertragsstaaten regelt (Mosler, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 32/33, S. 13). Die in der französischen Rechtspraxis bestehende Ausnahme für die Auslegung gewisser internationaler Verträge anderen Inhalts (vgl. Bayer, RabelsZ Bd. 20, S. 603) habe deshalb schon vom Gegenstand des Abkommens her für den vorliegenden Rechtsstreit keine Bedeutung.

Der Hinweis auf die Beschränkung der richterlichen Auslegungsbefugnisse auf sogenannte *traités de droit privé* im französischen Recht kann wohl nicht bedeuten, für die Anwendung der Verträge als deutsches Recht seien die im Lande des Vertragspartners geltenden Regeln heranzuziehen. Im selben Urteil hat der BGH nämlich festgestellt, daß die Frage, ob die deutschen Gerichte die Vereinbarkeit von Staatsverträgen mit dem Verfassungsrecht prüfen dürften, nicht in allen Staaten übereinstimmend beantwortet werde, daß jedenfalls aber nach deutschem Recht eine solche Prüfungskompetenz vorliege (siehe oben Nr. 18). Angesichts der ständigen Auslegung auch öffentlich-rechtlicher Verträge (etwa von Auslieferungs- und Niederlassungsabkommen, siehe unten Nr. 59 ff., 69 ff.) durch den deutschen Richter zweifelte der BGH wohl auch nicht, ob nach deutschem Recht der Richter zur Auslegung solcher Verträge befugt sei. Der doppelte Hinweis auf die französische Regelung kann angesichts der starken Unterstreichung der Gegenseitigkeit im übrigen Urteilstext wohl nur beinhalten, daß die Einschränkung der Befugnisse des französischen Richters bei Klagen deutscher Staatsangehöriger eine Beschränkung der Befugnisse des deutschen Richters bei Klagen von Franzosen nach sich ziehen könnte: Dem deutschen Richter verbietet aber der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte, bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge wie sein französischer Kollege bindende Gutachten der zuständigen Ministerien einzuholen.

31. Das Auswärtige Amt der BRD hatte mit Verbalnote vom 12.12.1968 der Botschaft von Panama mitgeteilt, daß es sich nicht in der Lage sehe, einen bei dieser Botschaft beschäftigten Attaché als Mitglied des diplomatischen Personals dieser Botschaft anzuerkennen. Das Auswärtige Amt und das Bundesjustizministerium waren der Auffassung, daß diese Verbalnote als eine die Beendigung der dienstlichen Tätigkeit als Diplomat herbeiführende Notifizierung nach Art. 9 Abs. 2 WÜD anzusehen sei. Das LG Heidelberg (6.4.1970, NJW 1970, 1514) hielt sich an diese Auffassung nicht für gebunden und qualifizierte die Verbalnote als eine die diplomatische Tätigkeit nicht beendende Notifizierung nach Art. 9 Abs. 1 WÜD: die Gerichte hätten die Frage der Exterritorialität einer Person in jedem einzelnen Fall eigenverantwortlich zu prüfen und zu entscheiden. Deshalb komme auch der Ausstellung oder Nichtausstellung eines Diplomatenpasses durch das Auswärtige Amt eine verbindliche Wirkung für die Gerichte nicht zu.

IV. Staat und Regierung

1. Immunität

32. Nach BFH 16.9.1970 (E 100, 102 ff., 104 = HFR 1970, 582) begründet das Abkommen über die steuerliche Behandlung der Streitkräfte und ihrer Mitglieder in der BRD (BGBl. 1955 II, 469) für die Mitglieder der Streitkräfte und ihre Angehörigen nicht eine Art steuerliche Exterritorialität. Auch diese Personen seien grundsätzlich steuerpflichtig, sofern sie in der BRD Einkünfte erzielten (Art. 2 Abs. 1). Nur soweit nach deutschem Steuerrecht die Begründung des Wohnsitzes oder die Tatsache des gewöhnlichen Aufenthalts in der BRD für die Begründung einer Steuerpflicht bestimmend sei, gelte »die Tatsache, daß eine Person sich als Mitglied der Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, nicht als Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Bundesgebiet« (Art. 2 Abs. 3 Buchst. a).

Den »umgekehrten« Fall hatte das FG Berlin (22.12.1970, EFG 1971, 370) zu entscheiden. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 des deutschen Vermögensteuergesetzes sind beschränkt steuerpflichtig Personen, die im Geltungsbereich des GG oder in Berlin (West) weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Nach allgemeinem Völkerrecht gälten die Besatzungstruppen zwar als extraterritorial und seien sie auf Grund ihres besonderen Status auch von jeglicher Steuerpflicht gegenüber dem Staat befreit, dessen Gebiet sie besetzen. Das bedeute aber nicht, daß die Angehörigen von Besatzungstruppen in jeder Hinsicht so zu behandeln seien, als wenn sie sich au-

ßerhalb des Staatsgebiets befänden. Der Begriff der Exterritorialität enthalte vielmehr eine Fiktion, die nichts über den tatsächlichen Aufenthalt einer Person aussage, sondern lediglich diese Person in mancher Beziehung ebenso von der Gesetzgebung des Aufenthaltsstaats freistelle, wie dies für andere Personen gelte, die sich in diesem Staat nicht befänden. Auf Grund des allgemeinen Völkerrechts oder des Besatzungsrechts werde § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Vermögensteuergesetzes also nicht dahin erweitert, daß Angehörige von Besatzungstruppen auch dann als beschränkt steuerpflichtig behandelt werden könnten, wenn sie ihren Wohnsitz im Bundesgebiet haben.

33. In seiner Entscheidung vom 14. 7. 1969 (E 25, 91) untersuchte das OVG Münster, ob ein Deutscher wegen der Aufstellung von Geldspielautomaten in den Klubräumen der britischen Streitkräfte zur Vergnügungssteuer veranlagt werden könne. Bei der indirekten Steuer sei der Steuerträger mit dem Steuerschuldner nicht identisch. Der zur Zahlung der Steuer verpflichtete Steuerschuldner wälze die Steuer auf einen anderen, den Steuerträger über, der sie aus seinem Einkommen oder Vermögen tatsächlich leiste. Die Überwälzung vollziehe sich also nur im (wirtschaftlichen) Bereich des Steuerschuldners. Die Exemption vom deutschen Steuerrecht richte sich aber nicht nach der Nationalität des Steuerträgers, sondern des Steuerschuldners. Dieses Ergebnis entspreche einer völkerrechtlichen Übung, nach der Exterritoriale grundsätzlich der indirekten Besteuerung im Aufenthaltsstaat unterliegen. Es zeige sich überdies in neuester Zeit immer mehr die Tendenz, die Exterritorialität von Truppenkörpern und deren Mitgliedern auf fremdem Staatsgebiet in Friedenszeiten zugunsten des Aufenthaltsstaats durch besondere Verträge zu beschränken.

34. In seiner Entscheidung vom 30. 10. 1962 (E 15, 25 = NJW 1963, 435) hatte das BVerfG festgestellt, daß es keine Regel des Völkerrechts gebe, nach welcher die inländische Gerichtsbarkeit für Klagen gegen einen ausländischen Staat in Bezug auf sein Gesandtschaftsgrundstück in jedem Fall ausgeschlossen sei; für Klagen gegen einen ausländischen Staat auf Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Eigentums an seinem Gesandtschaftsgrundstück sei die deutsche Gerichtsbarkeit nicht durch eine allgemeine Regel des Völkerrechts ausgeschlossen³³). Der BGH (23. 10. 1963, Z 40, 197) hatte daraufhin im konkreten Fall die deutsche Gerichtsbarkeit bejaht. In seinem Urteil vom 31. 1. 1969 (Warn. 1969 § I Nr. 145, S. 291 = VerwRspr. 20 Nr. 193, S. 662) hat der BGH diese Rechtsauffassung nunmehr erneut bestätigt. Auch aus Art. 31 Abs. 1 Buchst. a WÜD fließe keine abweichende Lösung. Diese Vorschrift gewähre den Di-

³³) ZaöRV Bd. 24 (1964), S. 279.

plomaten Immunität auch von der Zivilgerichtsbarkeit des Empfangsstaates, wobei sie dingliche Klagen in Bezug auf privates, im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates gelegenes unbewegliches Vermögen ausnimmt, sofern der Diplomat es nicht im Auftrag des Entsendestaates für die Zwecke der Mission in Besitz hat. Aus einer dem Diplomaten eingeräumten persönlichen Immunität könne jedoch nicht auf einen entsprechenden Umfang der Immunität des Entsendestaates geschlossen werden (BVerfGE 16, 27, 55). Entscheidend für die Umgrenzung der Staatenimmunität gegenüber nur dinglichen, ein Grundstück betreffenden Klagen bleibe auch nach Inkrafttreten der WÜD die Frage, ob durch einen Erfolg der Klage die Mission in der Ausübung ihrer diplomatischen Funktionen beeinträchtigt werde. Diese Frage sei entsprechend der vom BVerfG in der Begründung seines Beschlusses vom 30.10.1962 (E 15, 25) vertretenen Auffassung für den Antrag auf Grundbuchberichtigung und ebenso für den Zahlungsantrag zu verneinen.

Die Entscheidung befriedigt nicht ganz. Wenn auch aus dem Umfang der persönlichen Immunität des Diplomaten nicht auf den Umfang der Immunität des Entsendestaates geschlossen werden kann, beruht doch die Immunität des Diplomaten hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens, das er im Auftrag des Entsendestaates für die Zwecke der Mission besitzt, offensichtlich auf dem Gedanken, daß die Funktionsfähigkeit der Mission nicht allein dadurch in Frage gestellt werden darf, daß formell nicht der Entsendestaats, sondern der Diplomat Eigentümer des Grundstücks ist. Die WÜD geht in Art. 31 Abs. 1 Buchst. a also von einer bestimmten Konzeption der Immunität des Entsendestaates nach Völkergewohnheitsrecht aus. Umfaßt diese Vorschrift auch die Grundbuchberichtigungsklage, hätte der BGH dem BVerfG durch eine Vorlage Gelegenheit zur Prüfung geben müssen, ob die in dieser Bestimmung enthaltenen Indizien nicht für von der bisherigen Rspr. abweichendes Völkergewohnheitsrecht sprechen.

35. Ein Staatsangehöriger der Republik Panama war durch die Republik Panama am 24. 1. 1966 als Attaché bei der Botschaft von Panama in der BRD ernannt worden. Er besaß auch einen vom Außenministerium der Republik Panama ausgestellten Diplomatenpaß. Durch Verbalnote vom 7. 12. 1968 hatte die Botschaft der Republik Panama dem Auswärtigen Amt der BRD diese Ernennung mitgeteilt. In seiner Verbalnote vom 12. 12. 1968 teilte das Auswärtige Amt der Botschaft mit, es sehe sich nicht in der Lage, den Attaché als Mitglied des diplomatischen Personals der Botschaft anzuerkennen, da dieser nicht in der Botschaft tätig, sondern als Student an einer deutschen Universität immatrikuliert sei. Es ist nicht ersichtlich, ob die Republik Panama nunmehr den Attaché abberufen oder seine dienst-

liche Tätigkeit bei der Mission beendet hat; jedenfalls hat die Republik Panama dies dem Auswärtigen Amt nicht notifiziert. Auch das Auswärtige Amt hatte nichts mehr unternommen.

Das LG Heidelberg (7. 4. 1970, NJW 1970, 1514 [31, 46]) stellte fest, daß der Angeklagte seit der Notifizierung seiner Ernennung die diplomatische Immunität besaß (Art. 39 Abs. 1 WÜD) und diese Immunität seither nicht verloren hat. Die Verbalnote des Auswärtigen Amts vom 12. 12. 1968 sei als Notifikation anzusehen, daß der Angeklagte der BRD als Mitglied der Mission nicht genehm sei (Art. 9 Abs. 1 Satz 1). Da die Republik Panama der BRD die Abberufung oder die Beendigung der dienstlichen Tätigkeit nicht gemäß Art. 10 Abs. 1 notifiziert habe, sei vom Fortbestand dieser Tätigkeit auszugehen. Das Gericht hielt sich nicht für befugt, zu prüfen, ob der Angeklagte tatsächlich eine diplomatische Tätigkeit bei der Botschaft ausübt. Die BRD habe diese Tätigkeit zwar nach Art. 9 Abs. 2 WÜD durch eine Notifikation beenden können, eine solche Notifikation sei aber nicht erfolgt. Die Verbalnote vom 12. 12. 1968 könne nicht in eine Notifikation nach Art. 9 Abs. 2 WÜD umgedeutet werden, die nach Art. 39 Abs. 2 WÜD die diplomatische Mission beende.

Nach Art. 39 Abs. 2 WÜD endet die Immunität einer Person, deren dienstliche Tätigkeit beendet ist, mit dem Zeitpunkt der Ausreise oder nach Ablauf einer hierfür gesetzten angemessenen Frist. Im vorliegenden Fall war der Attaché weder ausgereist noch hatte die BRD (oder die panamaische Botschaft) ihm hierfür eine Frist gesetzt. Diese Tatsache stützt die Entscheidung. Aus dem WÜD geht nicht hervor, daß eine Notifizierung nach Art. 9 Abs. 2 WÜD oder gar nach Art. 9 Abs. 1 die Immunität beendet. Eine solche Notifikation scheint nur klarzustellen, daß der Diplomat eine dienstliche Tätigkeit im Sinne des Art. 39 Abs. 2 WÜD nicht (mehr) ausübt.

2. Gesandtschaftsrecht

36. Das BVerwG hatte in seinem Urteil vom 9. 6. 1967 (NJW 1967, 1627) festgestellt, daß die Aufstellung eines Parkverbots mit dem Zweck, Räume für Behördenfahrzeuge freizuhalten, durch § 4 Abs. 1 Satz 1 der Straßenverkehrsordnung nicht gedeckt ist, da ein solches Verbot nicht »aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erforderlich« sei. Das OLG Frankfurt (20. 6. 1969, NJW 1969, 1917 [1]) und das OLG Hamburg (8. 5. 1970, JZ 1970, 586) haben nunmehr in Anwendung dieser Grundsatzentscheidung Parkverbote für rechtswidrig angesehen, die Parkplätze für die Fahrzeuge ausländischer Konsulate und Missionen freihalten sollen. Nach Ansicht des OLG Frankfurt läßt sich das Parkverbot auch nicht aus

völkerrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen. Eine allgemeine Regel des Völkerrechts, daß vor diplomatischen Missionen oder Konsulaten auf öffentlichen Straßen Parkverbote mit Erlaubnisvorbehalt zugunsten der Angehörigen der jeweiligen diplomatischen Mission oder des Konsulats einzurichten seien, existiere nicht. Auch das WÜD biete für ein solches Parkverbot keine Rechtsgrundlage. Es heiße zwar in Art. 25, daß der Empfangsstaat der ausländischen Mission jede Erleichterung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gewähre. Darin müsse man eine allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts erblicken mit der Folge, daß sie gemäß Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sei. Das bedeute aber nicht, daß sich die Straßenverkehrsbehörden über die Straßenverkehrsordnung hinwegsetzen könnten, um der Mission einen Parkplatz zu schaffen. Vielmehr seien die Erleichterungen im Rahmen der Rechtsordnung zu gewähren, wie sich aus Art. 21 WÜD ergebe, nach dem der Empfangsstaat nach Maßgabe seiner Rechtsvorschriften dem Entsendestaat den Erwerb der für dessen Mission in seinem Hoheitsbereich benötigten Räumlichkeiten erleichtert oder ihm hilft, sich auf andere Weise diese Räumlichkeiten zu verschaffen. Das könne, soweit Botschafts- oder Konsulatsangehörige auf Parkmöglichkeiten angewiesen seien, auf dem Wege der Grundstücks- oder Garagemiete geschehen, nicht jedoch durch gesetzwidrige Privilegierung von Parkplätzen auf öffentlichen Straßen. Auch die Angehörigen der diplomatischen Missionen seien nach Art. 41 WÜD dem Empfangsstaat gegenüber verpflichtet, dessen Gesetze und andere Rechtsvorschriften zu beachten. Wenn das Verhalten eines Angehörigen der diplomatischen Mission oder konsularischen Vertretung einen rechtswidrigen Angriff gegen die Ordnung des Aufenthaltsstaates enthalte, seien die Behörden zur Abwehr berechtigt. Zu den zu beachtenden Rechtsvorschriften gehörten auch die Verkehrsbestimmungen. Ebenso wenig wie die Angehörigen einer diplomatischen Mission sich im fließenden Verkehr über die Verkehrsregeln hinwegsetzen dürften, könnten sie beanspruchen, daß ihnen entgegen bestehender Gesetze oder Rechtsvorschriften Sonderrechte zum Parken von Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Straßen eingeräumt würden.

So richtig diese Entscheidung im Ergebnis ist, so wenig überzeugt ihre Begründung. Angesichts der Verkehrsverhältnisse vor den meisten Botschaften und Konsulaten und der Tatsache, daß diese heute für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf Kraftfahrzeuge dringend angewiesen sind, könnte man zwar entgegen der Ansicht des OLG aus Art. 25 WÜD eine Pflicht der BRD ableiten, den Missionen oder Konsulaten die notwendigen Parkmöglichkeiten zu verschaffen. Soweit dies durch Kauf, Miete oder Entwidmung öffentlicher Straßen nicht möglich ist, könnte diese Pflicht sich auch auf die Aufstellung von Parkverbotschildern für andere Wagen er-

strecken: Weder aus Art. 21 noch aus Art. 41 WÜD läßt sich eine Begrenzung dieser Pflicht auf die nach dem bestehenden innerstaatlichen Recht und insbesondere nach der Straßenverkehrsordnung bestehenden Möglichkeiten folgern. Entgegen der Ansicht des OLG enthält Art. 25 WÜD aber weder als Vertragsrecht noch als Gewohnheitsrecht innerstaatlich unmittelbar anwendbare Bestimmungen, die als Rechtsgrundlage für ein entsprechendes Parkverbot dienen könnten. Geht man davon aus, daß die BRD in bestimmten Fällen zur Errichtung solcher Parkverbote verpflichtet ist, müßte vielmehr zunächst der Gesetzgeber eine entsprechende innerstaatliche Rechtsgrundlage schaffen.

3. Gleichheit der Staaten

37. Der BGH (9. 7. 1969, Z 52, 251 = NJW 1969, 2091 [92]) hat dem Urteil eines südafrikanischen Gerichts, das im Gerichtsstand des Vermögens und des Erfüllungsortes ergangen war, nach § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Anerkennung mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit verweigert, weil das südafrikanische Recht diese Gerichtsstände zwar als nationale Gerichtsstände kennt, aber nicht als internationale Gerichtsstände gelten läßt und somit in diesen Gerichtsständen ergangene deutsche Urteile nicht anerkennt. Zwar sei mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des internationalen Verkehrs und Handels das Erfordernis der Gegenseitigkeit aufzulockern. Auch könne die BRD nicht erwarten, daß im Ausland seine Gerichtsstände des Vermögens und des Erfüllungsortes anerkannt würden, weil diese Gerichtsstände international nicht erwünscht seien. Es könne schließlich auch sein, daß in Verträgen ein Vertragspartner einen Gerichtsstand als internationalen Gerichtsstand anerkenne, den es nach seinem innerstaatlichen Recht nicht gebe und dessen Anerkennung deshalb nur Bedeutung für den anderen Partner habe; dafür möge der andere Partner einen Gerichtsstand als internationalen anerkennen, den es in seiner Zuständigkeitsordnung als internen Gerichtsstand nicht gibt. Es sei aber wegen der Gleichberechtigung der Vertragspartner bei einer vertraglichen Regelung ausgeschlossen, daß dann, wenn beide Partner nach ihrer Zuständigkeitsordnung denselben Gerichtsstand kennen, nur der eine die in diesem Gerichtsstand ergangenen Urteile des anderen Staates anerkenne, der andere ihm aber die Anerkennung versage; das liefe auf eine Diskriminierung des einen Vertragspartners hinaus. Wenn — so ist dieser Gedankengang angesichts des Ergebnisses zu ergänzen — eine solche vertragliche Regelung gegen Prinzipien des Völkerrechts verstieße, kann man sie auch nicht im Verhältnis zu Südafrika annehmen, mit dem ein Vollstreckungsvertrag nicht besteht.

4. Völkerrechtliche Haftung

38. Das BEG lehnt sich eng an die Regeln der völkerrechtlichen Haftung an. Dementsprechend gewährt das Gesetz in seinen §§ 1 und 2 Schadensausgleich grundsätzlich nur Personen, denen der deutsche Staat durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen Unrecht zugefügt hat, sei es, daß er handelnd einzelnen Personen Unrecht zugefügt hat, sei es, daß er pflichtwidrig Unrecht hat geschehen lassen; keine Entschädigung wird daher grundsätzlich für solche Schäden gewährt, die Einzelnen außerhalb der Grenzen des deutschen Rechts durch Maßnahmen eines unabhängigen und in seiner Willensbildung freien Staates zugefügt worden sind, selbst wenn der ausländische Staat durch deutsche Stellen zu seinen Unrechtsmaßnahmen veranlaßt worden ist. Deutsches Staatsunrecht stellen Verfolgungsmaßnahmen eines ausländischen Staates nur dann dar, wenn der fremde Staat in seiner Judenpolitik derart unfrei war, daß er insoweit nicht mehr als ein souveräner und in seiner Entscheidung freier Staat angesehen werden konnte³⁴).

Deshalb haben in der Berichtsperiode wieder mehrere Urteile die Souveränität der Balkanstaaten während des zweiten Weltkrieges geprüft. Nach Ansicht des OLG Zweibrücken waren so Rumänien (9. 7. 1969, RzW 1969, 541; 12. 3. 1969, RzW 1969, 325) und Bulgarien (29. 1. 1969, RzW 1969, 324; 25. 2. 1970, RzW 1970, 258), nach Ansicht des BGH (13. 3. 1969, MDR 1969, 663) war Ungarn während des zweiten Weltkrieges ein souveräner Staat. Nach der Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 12. 3. 1969 vermögen weder die Tatsache, daß die in ihrem innenpolitischen Kampf gegen die Regierung König Karols von deutschen Parteidienststellen unterstützte »Eiserne Garde« durch die Mitbeteiligung an der Machtausübung Gelegenheit erhielt, ihre schon vorher unabhängig von deutschen Einflüssen erstrebten antisemitischen Ziele zu verwirklichen, noch der Umstand, daß die rumänischen Machthaber sich aus staatlichen oder politischen Zweckmäßigkeitsgründen dem Deutschen Reich durch diese Maßnahmen erbötig zeigen wollten, die Ansicht zu rechtfertigen, daß Rumänien bei der Judenverfolgung als unfreier Staat gehandelt habe.

V. Staatsgebiet

39. Die Gesetzeslage in Böhmen und Mähren während des zweiten Weltkriegs stellt die Entscheidung des ORG Berlin vom 15. 1. 1970 (RzW 1970, 252) dar.

40. Das OLG München (6. 7. 1970, RzW 1970, 496) untersuchte, ob ein

³⁴) ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 88 ff.; 31 (1971), S. 297 ff.

durch das von der deutschen Verwaltung errichtete »Deutsche Gericht in Warschau« erlassenes Scheidungsurteil in der BRD gilt. Das »Generalgouvernement Polen« habe nicht zum Reichsgebiet gehört (BVerwG RzW 1969, 228) und sei deshalb staatsrechtlich Ausland gewesen. Daraus müsse jedoch nicht der Schluß gezogen werden, das deutsche Gericht in Warschau sei ein ausländisches Gericht gewesen und habe ausländische Urteile erlassen. Es komme vielmehr auf die Ausgestaltung des von den deutschen Besatzungsbehörden eingerichteten Gerichtswesens an. Unter grundsätzlicher Beibehaltung des polnischen Rechts habe die VO vom 26. 10. 1939 (Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1939, 4) je eine deutsche und eine polnische Gerichtsorganisation aufgebaut. Für die im Generalgouvernement lebenden Volksdeutschen seien deutsche Gerichte eingerichtet worden, die im Namen der Besatzungsmacht unter Anwendung deutschen Rechts Recht gesprochen hätten. Grundsätzlich sei zwar davon auszugehen, daß das Besatzungsrecht eine eigene Normengruppe darstelle, die ihren Rechtsgrund im Kriegsrecht habe. Hieraus ergäben sich im Hinblick auf Art. 43 HLKO eine Reihe von Begrenzungen vor allem auch hinsichtlich des zivilen Behördenapparats. Diese völkerrechtlichen Pflichten habe das Deutsche Reich gegenüber Polen aber nicht beachtet, da es sich nicht als bloße Besatzungsmacht, sondern als Gebietsherr betrachtet habe. Das Generalgouvernement sei als sogenanntes Nebenland übernommen worden, das in ein lockeres Verhältnis zur allgemeinen Reichsverwaltung getreten sei. Praktisch bedeute dieses Vorgehen eine mindere Art der Annexion. Da aber mit der Annexion wesensmäßig eine Ausdehnung der eigenen Souveränität auf das betreffende Gebiet verbunden sei, stelle die Errichtung der deutschen Gerichtsbarkeit nicht lediglich eine besatzungsrechtliche Maßnahme dar, sondern eine — wenn auch angemaßte — Ausübung deutscher Hoheitsgewalt. Es gebe in der deutschen Rechtsordnung keinen dem allgemeinen Völkerrecht entnommenen Satz, daß alle Hoheitsakte, die ein Staat in rechtswidriger Ausübung seiner Souveränität auf dem Gebiet eines anderen Staates erläßt, nichtig seien. Es gebe auch keine umfassende Regelung der Fortwirkung gerichtlicher Entscheidungen, die von deutschen Gerichten während der Besetzung ausländischer Territorien erlassen wurden. Bei Gebietsänderungen gälten die von den deutschen Gerichten erlassenen Urteile im jetzigen Teil des Inlands fort. Die polnische Nachkriegsgesetzgebung habe auf die Rechtsbeständigkeit des Urteils im deutschen Gebietsbereich keinen Einfluß. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsbeständigkeit eines staatlichen Hoheitsaktes beseitigt werden kann, stehe bei dem Staat, der ihn erlassen hat. Polen könne zwar für sein Gebiet die Anerkennung von Urteilen der deutschen Gerichte versagen, nicht aber für das Gebiet der BRD.

Daß in Ausübung deutscher Hoheitsgewalt im Ausland völkerrechtswidrig erlassene Urteile eines deutschen Gerichts inländische Urteile darstellen und weitergelten, wird man zugestehen müssen. Trotz der eingehenden Darlegungen des Gerichts bleibt allerdings fraglich, ob die »deutschen Gerichte« im Generalgouvernement tatsächlich deutsche Hoheitsgewalt ausgeübt haben. In aller Regel wird die durch die Besatzungsmacht ausgeübte Gewalt formell selbst dann nicht der Hoheitsgewalt des Besatzungsstaats zugeschrieben, wenn die in Anspruch genommenen Befugnisse durch das Völkerrecht nicht mehr gedeckt sind³⁵⁾. Richtig ist zwar, daß auch ohne Annexion des fremden Gebiets in Einzelfällen die dort ausgeübte Hoheitsgewalt formell dem besetzenden Staat zugerechnet werden kann³⁶⁾. Nicht ausreichend dafür ist allerdings schon die Bezeichnung des Gerichts und die Tatsache, daß dieses Gericht auf Deutsche deutsches Recht anwendet. Erforderlich ist vielmehr eine enge Einordnung in die Gerichts- und Verwaltungsorganisation des Deutschen Reichs, die nach den Feststellungen des Gerichts gerade fehlte. Ein entscheidendes Kriterium dürfte in diesem Zusammenhang sein, ob die Urteile des »deutschen Gerichts in Warschau« vor Kriegsende als inländische Urteile anzusehen waren oder ob das für ausländische Urteile vorgesehene Anerkennungsverfahren eingeschaltet war.

VI. Jurisdiktion

1. Gebietshoheit

41. Das vorangehende Urteil des OLG München vom 6.7.1970 hat richtig festgestellt, daß nur der Staat, der einen Hoheitsakt erlassen hat, zu dessen Änderung befugt ist, daß aber alle anderen Staaten die Wirkung dieses Aktes auf ihrem Gebiet regeln können. Das diesem Urteil zugrunde liegende Territorialitätsprinzip findet auch in der Berichtsperiode wieder in zahlreichen Entscheidungen Anwendung:

42. Nach mehreren Entscheidungen (BGH 20.5.1969, Z 52, 123 = FamRZ 1969, 480 = MDR 1969, 738 = NJW 1969, 1428 [58]; OLG Celle 14.8.1969, OLGZ 1970, 89 = NJW 1969, 2099; OLG München, 6.7.1970, RzW 1970, 496) decken sich die Grenzen der Gerichtsgewalt grundsätzlich mit denen des Staatsgebiets. Dieser Rechtsgedanke bedarf allerdings der Präzisierung, weil er zwei verschiedene Fälle umfaßt. In der Entscheidung des OLG München handelte es sich um die Ausübung deutscher Gerichtsgewalt durch ein deutsches Gericht mit Sitz im Ausland: Die Rechtsprechung auf fremdem Staatsgebiet ist vorbehaltlich besonderer Re-

³⁵⁾ Vgl. zu diesen Fragen A. Bleckmann, *Fremdherrschaft und Dekolonisierung in rechtlicher Sicht, Verfassung und Recht in Übersee* 1971, S. 237 ff., 242 ff., 250.

³⁶⁾ Vgl. Anm. Bleckmann (a.a.O. Anm. 35), S. 248 f.

gelung völkerrechtswidrig. Dagegen handelte es sich in den Entscheidungen des BGH und des OLG Celle um die ganz andere Frage, in welchem Umfang in der BRD ansässige Gerichte über Fälle mit ausländischen Anknüpfungspunkten Recht sprechen dürfen. Das Völkerrecht zieht dieser internationalen Gerichtsbarkeit nur insoweit Grenzen, als hinreichende Anknüpfungspunkte zum Inland vorliegen müssen, welche die Ausübung der Gerichtsbarkeit nicht als willkürlich erscheinen lassen. Erst das nationale Recht zieht diese Grenzen im Einzelfall möglicherweise enger. Mangels solcher nationaler Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit der BRD im Verhältnis zur DDR versuchten der BGH und das OLG Celle diese Grenzen unmittelbar aus dem Völkerrecht abzuleiten. Nach Ansicht insbesondere des BGH kann die BRD nicht über alle deutschen Staatsangehörigen Hoheitsgewalt ausüben. § 73 Abs. 2 FGG, der dem AG Berlin-Schöneberg die Zuständigkeit für die Erteilung von Erbscheinen zuweist, wenn ein deutscher Erblasser im Ausland verstorben ist, dürfe also nicht dahin ausgelegt werden, daß er alle Erblasser deutscher Staatsangehörigkeit, also auch Deutsche mit Wohnsitz in der DDR, umfasse. Wenn hier von »Deutschen« die Rede sei, könnten nur die Deutschen gemeint sein, die der Hoheitsgewalt der BRD unterstehen. Sei der Erblasser in der DDR wohnhaft gewesen und befinde sich der gesamte Nachlaß in der DDR oder im staatsrechtlichen Ausland, etwa in der Schweiz, werde durch die Erteilung eines Erbscheins durch westdeutsche Gerichte auf einem Gebiet Gerichtsgewalt ausgeübt, für das den westdeutschen Gerichten Hoheitsgewalt nicht zustehe.

Richtig ist, daß den Gerichten der BRD völkerrechtlich und staatsrechtlich Hoheitsgewalt nur auf dem Gebiet der BRD zusteht. Nicht ohne weiteres kann dem BGH dagegen darin gefolgt werden, daß das Völkerrecht der BRD die Erteilung von Erbscheinen verbiete, wenn der deutsche Erblasser in der DDR wohnhaft gewesen ist und sich in der BRD kein Nachlaßvermögen befindet. In dieser Konkretisierung fließt die Regel nicht aus dem Völkerrecht, sondern aus dem deutschen internationalen Zivilprozeßrecht. Das Völkerrecht selbst zieht der internationalen Gerichtsbarkeit nur insoweit Grenzen, als die ausgeübte Gerichtsbarkeit nicht willkürlich sein darf. Ob die Anknüpfung der Erbscheinserteilung nur an die Staatsangehörigkeit und den Wohnsitz des Erben willkürlich ist, läßt sich wohl nur auf Grund einer umfassenden Vergleichung der in den einzelnen Staaten geltenden Regeln des internationalen Zivilprozeßrechts feststellen.

43. Nach Völkerrecht erstreckt sich die Enteignung nur auf das Vermögen, das auf dem Gebiet des enteignenden Staates belegen ist. Das auf fremdem Gebiet belegene Vermögen wird nur erfaßt, wenn der fremde Staat

die Wirkung der Enteignung auf sein Gebiet erstreckt. Die Konkretisierung dieser Grundsätze hat der deutschen Rspr. bekanntlich vor allem dann Schwierigkeiten bereitet, wenn es sich um die Enteignung, die Auflösung oder die Sequestrierung juristischer Personen mit Sitz im Enteignungsstaat handelte. Nach ständiger Rspr.³⁷⁾ erfaßt diese Enteignung nicht das im Ausland belegene Vermögen der juristischen Person. Die der juristischen Person zustehenden Rechte sind also nicht notwendig am Sitz dieser Person belegen, für jede Vermögenskategorie ist die Belegenheit vielmehr unabhängig zu bestimmen. Soweit nach diesen Regeln das Vermögen der juristischen Person im Ausland belegen ist, besteht hier die juristische Person weiter (Spaltgesellschaft).

Diese Regeln wurden im Berichtszeitraum vom BGH (30. 1. 1969, Warn. 1969 I Nr. 84, S. 162) und vom BayObLG (12. 2. 1969, BayObLGZ 1969, 54) erneut bestätigt. Der BGH führte aus, daß die Zweiteilung Deutschlands auch die bisher im ganzen Reichsgebiet geltenden Warenzeichen gespalten habe. Ist eine Aktiengesellschaft in der DDR staatlicher Verwaltung unterstellt, stehen ihr die Altwarenzeichen nur im Gebiet der DDR zu; im Gebiet der BRD gehören diese Warenzeichen dagegen der Spaltgesellschaft. Nach der Entscheidung des BayObLG lebt eine Volksbank eGmbH trotz der in der Tschechoslowakei verfügten Enteignung ihres gesamten Vermögens und ihrer dortigen Auflösung mit ihrem in der BRD belegenen, in der Mitgliedschaft zur Zentralkasse verkörperten Vermögen als Restgenossenschaft weiter; damit habe sie hier jedoch nicht automatisch ihren Sitz erworben, vielmehr bedürfe es zur Begründung eines solchen Sitzes eines ausdrücklichen Akts der Genossenschaft und der Eintragung in das Genossenschaftsregister.

In der Entscheidung des BVerfG vom 9. 12. 1970 (E 29, 348 [10, 19, 92]) ging es um die Frage, ob die im Besitz einer niederländischen Aktiengesellschaft befindlichen Geschäftsanteile an einer in der BRD seßhaften GmbH in der BRD oder in den Niederlanden belegen waren. Der BGH war in Anwendung seiner ständigen Rspr. zur Spaltgesellschaft zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Anteile am Sitz der GmbH und nicht in den Niederlanden belegen waren, so daß sie durch die niederländische Feindvermögensgesetzgebung nicht erfaßt werden konnten. In seiner Auslegung ist diese Rechtslage durch Art. 10 Abs. 1 des deutsch-niederländischen Finanzvertrages vom 8. 4. 1960 (BGBl. 1963 II, 629) dahin geändert worden, daß diese Konfiskation nunmehr auch in der BRD wirkt. Da er hierin einen Verstoß gegen Art. 14 GG sah, legte der BGH dem BVerfG die Frage vor, ob

³⁷⁾ ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 100 ff.; Bd. 31 (1971), S. 303.

das Zustimmungsgesetz zum Finanzvertrag insoweit nichtig ist, als es Art. 10 des Vertrages betrifft.

Nach Ansicht des BVerfG enthält Art. 10 Abs. 1 FinV eine solche Enteignung nicht, weil er einerseits in der BRD nicht unmittelbar anwendbar ist, andererseits aber auch nur eine Verpflichtung der Niederlande enthält, das in der BRD noch vorhandene Vermögen solcher niederländischer Aktiengesellschaften, deren ganzes ausgegebenes Kapital auf die Niederlande übergegangen ist, den vormaligen Aktionären oder ihren Rechtsnachfolgern zurückzugeben. Die Abrede enthalte keinerlei völkerrechtlichen Verzicht der BRD auf Rechte der betroffenen deutschen Aktionäre. Ein solcher Verzicht im Außenverhältnis wäre aber die Voraussetzung dafür, daß das Zustimmungsgesetz im Verhältnis Staat-Bürger enteignende Wirkung hätte. Das BVerfG stellte ferner fest, daß auch Art. 16 FinV, nach dem sich die Bestimmungen des VI. Teils des ÜblV auch auf Maßnahmen beziehen, die das Königreich der Niederlande auf Grund des Feindvermögensgesetzes getroffen hat, nicht gegen Art. 14 GG verstößt. Denn die Betroffenen hätten im Zeitpunkt des Eingriffs eine enteignungsfähige Rechtsposition nicht besessen. Die einschlägigen Bestimmungen des ÜblV gingen von der Fortgeltung des von der alliierten Hohen Kommission erlassenen »Gesetzes Nr. 63 zur Klarstellung der Rechtslage in bezug auf deutsches Auslandsvermögen und andere im Wege der Reparation oder Rückerstattung erfaßten Vermögensgegenstände« vom 31. 8. 1951 (AHK-ABl. S. 1107) aus. Nach diesem Gesetz sollen die Rechtsentziehungen, die in Bezug auf deutsches Vermögen von nichtdeutschen Regierungen ergriffen worden seien, endgültige und unanfechtbare Rechtswirksamkeit in der BRD haben. Erfaßt werden Vermögensgegenstände, die in dem enteignenden Staat belegen waren. Die Frage, wo die Geschäftsanteile an einer im Bundesgebiet seßhaften GmbH im Sinne dieses Gesetzes belegen waren, bildete den Hauptgegenstand der Entscheidung. Das BVerfG ließ die Frage offen, ob das alliierte Gesetz mit diesem Begriff auf das »nach der deutschen Rechtsordnung und dem zu ihr gehörenden IPR« verweise. Da es sich nicht um ein in die Zukunft weisendes Recht, sondern um ein Maßnahmegesetz handle, das der Absicherung von Rechtsvorgängen diene, die sich bereits vor seiner Inkraftsetzung verwirklicht hätten, könne zur Auslegung dieses Begriffs nur auf die zur Zeit seines Erlasses geltenden Rechtsvorstellungen zurückgegriffen werden. Damals habe die deutsche Rspr. aber die Spaltungstheorie noch nicht entwickelt. Die damalige deutsche Rechtsauffassung decke sich mit der Auffassung der Westalliierten, wie sie insbesondere in der (geheimen!) Entwicklungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen zum Ausdruck gelangt sei. Danach wären diese Geschäftsanteile in den Niederlanden belegen.

44. Das System des internationalen Rechtsschutzes für Warenzeichen, wie es sich auf Grund der Pariser Verbandsübereinkunft und des Madrider Abkommens entwickelt hat, beruht auf der territorialen Begrenzung des Warenzeichenschutzes, geht also davon aus, daß dieselben Zeichen gleichzeitig in verschiedenen Staaten für dieselben Waren benutzt werden dürfen. Nach Ansicht des BGH (2. 4. 1969, NJW 1969, 1534 = MDR 1969, 733) würde es auf eine extraterritoriale Erstreckung des Schutzes internationaler Warenzeichen hinauslaufen, wenn man die inländische Anmeldung im Ausland benutzter Zeichen bei Kenntnis dieser Benutzung ohne Vorliegen besonderer Umstände als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 (RGBl. 1909 I, 499) ansehen würde. Da weder die genannten Abkommen noch das allgemeine Völkerrecht eine solche nationale Erstreckung des Warenzeichenschutzes im internationalen Raum verbieten, kann dieses Urteil nur dahin ausgelegt werden, daß es eine Vermutung dafür aufstellt, der deutsche Gesetzgeber wolle den Schutz ausländischer Rechte nicht über das völkerrechtlich Gebotene erstrecken.

45. Nach BSozG 28. 8. 1970 (E 31, 288) steht das Territorialitätsprinzip, das die Ausübung staatlichen Zwangs grundsätzlich auf das eigene Staatsgebiet beschränkt, der Zahlung von Versicherungsleistungen in das Ausland nicht entgegen. Ein Zwang irgendwelcher Art, der die Ausübung staatlicher Gewalt kennzeichne, sei mit der Zahlung von Leistungen nicht verbunden, zumal wenn diese nur auf Antrag gewährt würden. Da die hier in Frage stehenden Zuschüsse den Begünstigten nur die Möglichkeit geben sollten, im Ausland einen angemessenen Krankenversicherungsschutz zu erwerben, werde mit ihnen die innerstaatliche Rechtsordnung nicht auf ausländisches Gebiet ausgedehnt. Die deutsche Sozialversicherung kenne auch keinen allgemeinen, d. h. für alle Versicherungszweige gültigen und gelegentlich aus dem Territorialitätsprinzip abgeleiteten Grundsatz des Inhalts, daß Leistungen an Berechtigte im Inland zu erbringen seien, bei Auslandsaufenthalt also ruhten.

Dieses Urteil zeigt deutlich, daß das Territorialitätsprinzip in der Literatur und in der Rspr. in einem doppelten Sinne verwendet wird: Einmal dient es zur völkerrechtlichen Abgrenzung der staatlichen Hoheitsgewalt. Zum anderen kann das nationale Recht in diesem Rahmen die Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt unter Bezugnahme auf das Territorialitätsprinzip in einem engeren Sinne stärker begrenzen.

2. Acts of State

a) Überprüfung fremden Rechts und fremder Hoheitsakte

46. Das LG Heidelberg (7. 4. 1970, NJW 1970, 1514 [31, 35]) führte aus, daß nach Art. 39 Abs. 2 WÜD die Immunität ausländischer Diplomaten erst ende, wenn der Entsendestaat nach Art. 10 Abs. 1 dem Empfangsstaat die Abberufung oder die Beendigung der dienstlichen Tätigkeit notifiziert habe oder aber der Empfangsstaat dem Entsendestaat nach Art. 9 Abs. 2 notifiziert habe, er lehne es ab, den Diplomaten als Mitglied der Mission anzuerkennen. Das LG hält sich nicht für befugt zu prüfen, ob der Diplomat tatsächlich eine diplomatische Tätigkeit für die betreffende Botschaft ausübt.

47. In der Berichtsperiode ergingen wieder mehrere Urteile zu der Frage, inwieweit die deutschen Kollisionsregeln des IPR und das hiernach anwendbare fremde Recht am Grundgesetz und insbesondere an dessen Grundrechten zu messen sind³⁸⁾.

Daß die Normen des deutschen IPR selbst unmittelbar an den deutschen Grundrechten zu messen sind, ist einhellige Auffassung. Insoweit wird aber in der Regel wegen der wertneutralen Technizität der Bestimmungen ein Verstoß gegen das GG ausscheiden. Insbesondere wurde bestätigt, daß die Anknüpfung an das Recht des Ehemannes nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstößt (so etwa allgemein OLG Hamm 20. 8. 1970, StAZ 1971, 26; für Art. 18 Abs. 1 EGBGB: BayObLG 28. 1. 1970, Z 1970, 6 ff., 12; für Art. 19 EGBGB: BGH 18. 6. 1970, Z 54, 124 = FamRZ 1970, 547 = MDR 1970, 916 = NJW 1970, 1503 = StAZ 1970, 336; BayObLG 21. 2. 1969, FamRZ 1969, 341 = MDR 1969, 486 = NJW 1969, 988; für Art. 22 Abs. 1 EGBGB: OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 220).

Nach der ständigen Rspr. des BGH ist das GG auf das materielle Zivilrecht unmittelbar nur insoweit anzuwenden, als das deutsche IPR auf deutsches Recht verweist (BGHZ 42, 7 ff., 12 ff.); allerdings verlangt das GG, daß der deutsche Gesetzgeber den Geltungsbereich der deutschen Rechtsordnung so abgrenzt, daß den deutschen Staatsangehörigen die Sicherung ihrer Grundrechte garantiert ist (BGH 20. 5. 1969, Z 52, 123 = FamRZ 1969, 480 = MDR 1969, 738 = NJW 1969, 1428 [42, 58]; OLG Celle 14. 8. 1969, OLGZ 1970, 89 = NJW 1969, 2099).

Das ausländische materielle Recht ist dagegen nach dieser Rspr. am GG nicht unmittelbar, sondern über den Vorbehalt des *ordre public* (Art. 30 EGBGB) nur mittelbar am GG zu messen. Die Anwendung der Verfassung

³⁸⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 304 ff.

führt so zu wesentlich flexibleren Ergebnissen. Im einzelnen haben die Gerichte im Berichtszeitraum in Bestätigung der vorherigen Rspr. hervorgehoben, daß die Abweichung der ausländischen Regelung von den Normen der deutschen Verfassung für sich noch keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* darstellt. Vielmehr sei entscheidend, ob im Einzelfall das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in einem so schwerwiegenden Widerspruch stehe, daß seine Anwendung für untragbar angesehen wird (BGH 18. 6. 1970, Z 54, 124 = FamRZ 1970, 547 = MDR 1970, 916 = NJW 1970, 2160 = StAZ 1970, 336; 18. 6. 1970, Z 54, 132 = FamRZ 1970, 550 = NJW 1970, 2160 = StAZ 1970, 338; BayObLG 21. 2. 1969, FamRZ 1969, 341 = MDR 1969, 486 = NJW 1969, 988; 28. 1. 1970, Z 1970, 6; OLG Hamm 17. 11. 1970, StAZ 1971, 86 = FamRZ 1971, 26), wenn die Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm gegen Verfassungsgrundsätze, die eine unverzichtbare Grundlage des deutschen staatlichen und sozialen Lebens bilden, verstoßen würde (OLG Stuttgart 7. 2. 1969, FamRZ 1969, 220). Im einzelnen haben sich die Gerichte insbesondere mit der Übereinstimmung des ausländischen Familienrechts mit Art. 3 und 6 GG befaßt. Interessant sind zwei Entscheidungen, die das Eheverbot der Religionsverschiedenheit am deutschen *ordre public* messen (OLG Hamm 7. 11. 1970, StAZ 1971, 86 = FamRZ 1971, 26, nimmt einen solchen Verstoß an; anderer Ansicht OLG München 1. 6. 1970, FamRZ 1970, 656 [14]).

Das BayObLG (21. 2. 1969, FamRZ 1969, 341 = MDR 1969, 486 = NJW 1969, 988) führte schließlich aus, eine Prüfung, ob die einschlägigen Bestimmungen des italienischen Familienrechts mit der italienischen Verfassung und insbesondere mit deren Gleichheitssatz übereinstimmen, sei dem deutschen Richter verwehrt. Denn für die in Art. 137 der italienischen Verfassung vorgesehene Vorlegung der Sache an den italienischen Verfassungsgerichtshof sei in einem Verfahren vor deutschen Gerichten kein Raum; eine Vorlage an den italienischen Verfassungsgerichtshof sei unvereinbar mit dem Grundsatz, daß die Gerichtshoheit an den Grenzen des Staates ende, und könne allenfalls durch einen Staatsvertrag für zulässig erklärt werden. Der Richter habe das ausländische Recht so anzuwenden, wie es im Ursprungsland gerade gelte. Zur Fortbildung des Rechts sei er nur insoweit berufen, als Gesetze des eigenen Staates davon berührt werden³⁹⁾.

48. Auch die Anerkennung fremder Urteile kann durch das GG nach der ständigen Rspr. deutscher Gerichte nur ausgeschlossen werden, wenn

³⁹⁾ Zur Literatur und Rspr. vgl. Bleckmann (a.a.O. Anm. 6), S. 136 Anm. 41.

diese Anerkennung gegen den deutschen *ordre public* verstößt⁴⁰⁾. In diesem Rahmen hat der BGH (25. 3. 1970, Z 53, 357 = MDR 1970, 837 = NJW 1970, 1004 in Bestätigung des Urteils BGHZ 48, 327 ff., 331) die Frage geprüft, ob eine Entscheidung des britischen High Court of Justice im summarischen Verfahren gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößt. Der BGH führte aus, das deutsche Recht nehme es grundsätzlich hin, daß die Gerichte jeden Staates ihr eigenes Verfahrensrecht anwendeten. Gegen den deutschen *ordre public* verstoße also nicht schon ein Verfahren, das von zwingenden Vorschriften des deutschen Prozeßrechts abweiche. Nur wenn das Urteil auf Grund eines Verfahrens ergangen sei, das von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße abweiche, daß nach der deutschen Rechtsordnung das Urteil nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könne, sei ein Verstoß gegen den *ordre public* zu bejahen.

b) Deutsche Akte der auswärtigen Gewalt

Nach der ständigen Rspr. des BVerfG kann zwar nicht der Vertrag, wohl aber das sich hierauf beziehende Zustimmungsgesetz in demselben Umfang und in denselben Verfahren wie andere Gesetze am GG gemessen werden. Es wurde oben (Nr. 18 f.) gezeigt, daß die Notwendigkeit, die auswärtige Gewalt in stärkerem Maße als nach innen gerichtete Akte von der innerstaatlichen Rechtsbindung freizustellen, hier nicht über das Verbot der Überprüfung von »Regierungsakten«, sondern über eine größere Flexibilität des Verfassungsrechts gesucht wird, die der auswärtigen Gewalt einen größeren Ermessensspielraum beläßt. Derselben Lösung folgten einige Entscheidungen der Berichtsperiode für andere Akte im Bereich der auswärtigen Gewalt:

49. In dem Beschluß des BVerfG vom 3. 12. 1969 (E 27, 253 ff., 276 = DÖV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799) hatte der Beschwerdeführer u. a. aus dem Verhalten der BRD beim Abschluß des ÜblV, insbesondere dem in Art. 3 Abs. 2 des IX. Teils des Vertrages erklärten Verzicht auf alle Ansprüche wegen der Besetzungsschäden, die Verpflichtung der BRD hergeleitet, sie nunmehr durch Leistung des vollen Wertersatzes für die erloschenen Ansprüche gegen die Besatzungsmächte schadlos zu halten. Obwohl es nahelag, auch für diese Frage auf das Zustimmungsgesetz abzustellen, beziehen sich die Ausführungen des BVerfG auf »das Verhalten der BRD beim Abschluß des Überleitungsvertrages«, also wohl auf das Verhalten der Bundesregierung beim Vertragsschluß selbst. Nach Ansicht

⁴⁰⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 305, Nr. 58.

des BVerfG »mögen Zweifel bestehen, ob die von den Beschwerdeführern für einen solchen Anspruch herangezogenen Rechtsgrundlagen der Amtshaftung, Enteignung und Aufopferung, die im Hinblick auf innerstaatliche Vorgänge entwickelt worden sind, sich ohne weiteres auf die Betätigung der auswärtigen Gewalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge anwenden lassen«. Dies bedürfe jedoch keiner Entscheidung, weil der von der BRD erklärte Verzicht, soweit er sich auf Individualansprüche der ihrer Herrschaftsgewalt unterliegenden Personen erstrecke, ihnen keine vermögenswerten Rechtspositionen entzogen habe, die in all diesen Anspruchsgrundlagen vorausgesetzt würden.

Bemerkenswert ist, daß das BVerfG hier offensichtlich auch die Anwendung des Art. 14 GG in Frage stellt. Es ist nicht auszuschließen, daß damit auch die Bindung der Zustimmungsgesetze an die Grundrechte noch weiter als bisher (»näher am Grundgesetz«-Formel) beschränkt wird, obwohl es sich hierbei in der Terminologie des BVerfG möglicherweise um »innerstaatliche Vorgänge« handelt, im Hinblick auf welche die betreffenden Rechte entwickelt worden sind.

50. Das BVerfG hält es also für möglich, daß die genannten Anspruchsgrundlagen und insbesondere die Vorschriften über die Amtshaftung auf die auswärtige Gewalt generell keine Anwendung finden. Nach Ansicht des BGH (23. 11. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 74, S. 323 = MDR 1971, 200) finden dagegen auf Verhandlungen über den Interzonenhandel zwischen der Treuhandstelle für Interzonenhandel und dem sowjetzonalen Ministerium für Außen- und Innenhandel zwar an sich die Grundsätze der Amtshaftung Anwendung. Die Verhandlungen und die dafür gegebenen ministeriellen Weisungen lägen aber in einem Bereich staatlicher Tätigkeiten, in dem nach seiner Natur und seinem Zweck nur Amtspflichten der handelnden Beamten gegenüber dem Staat und der Allgemeinheit bestünden, nicht aber gegenüber einzelnen Staatsbürgern oder einer bestimmten Gruppe. Darüber, ob und in welcher Weise derartige Verhandlungen zu führen seien, hätten die dafür verantwortlichen Stellen ausschließlich im Blick auf das allgemeine Staatsinteresse zu befinden, und sie hätten sich bei ihren Erwägungen — für die außer den handels- und wirtschaftspolitischen auch rein politische Gesichtspunkte und Erwägungen maßgeblich sein könnten — allein vom Interesse des Staatsganzen leiten zu lassen. Demgegenüber könnten die Interessen von Einzelnen und bestimmten Wirtschaftsgruppen nur im Rahmen und als Bestandteil des Allgemeininteresses Bedeutung gewinnen. Damit aber würden — gemessen an dem Zweck des in Rede stehenden staatlichen Aufgabenbereichs — diese Einzelnen und bestimmte Gruppen noch nicht zu »Dritten« im Sinne des § 839 BGB, deren Interessen wahrzu-

nehmen und zu berücksichtigen für die verantwortlichen Beamten zum Inhalt ihrer Amtspflichten würde. Dies habe selbst dann zu gelten, wenn die interzonalen Verhandlungen über Gegenstände geführt würden, welche die Interessen bestimmter Einzelner oder bestimmter Gruppen konkret berührten⁴¹⁾.

VII. Staatsangehörigkeit

51. Das BVerfG hat in seinem Beschluß vom 28. 5. 1952 (E 1, 322) dargelegt, der Umstand, daß die im März 1939 erfolgte Besetzung von Landesteilen der tschechoslowakischen Republik durch deutsche Truppen völkerrechtswidrig war, führte nicht dazu, daß die mit den Annexionen zusammenhängenden Zwangsverleihungen der deutschen Staatsangehörigkeit rechtsunwirksam seien⁴²⁾. Unter Berufung auf diese Entscheidung geht das BayObLG (21. 3. 1969, DÖV 1969, 639 = NJW 1969, 997) davon aus, daß diejenigen Bewohner des Sudetenlandes, welche die deutsche Staatsangehörigkeit 1938 oder später durch Geburt erworben haben und diese nicht wieder durch Ausschlagung, Entlassung oder Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit verloren haben, die deutsche Staatsangehörigkeit auch heute noch besitzen. Sehr wesentlich sei in diesem Zusammenhang der Umstand, daß die Tschechoslowakei als der betroffene Staat nach Wiedererlangung seiner staatlichen Unabhängigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit der heimatvertriebenen Sudetendeutschen nie bezweifelt, sondern sie im Gegenteil durch das Dekret des Staatspräsidenten vom 2. 8. 1945 (Nr. 33 Sb), das diesen Personengruppen die tschechoslowakische Staatsangehörigkeit entzog, ausdrücklich anerkannt habe. Daher bestünden gegen das Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22. 2. 1955 (BGBl. 1955 I, 65), das die deutsche Staatsangehörigkeit der deutschen Volkszugehörigen, denen die deutsche Staatsangehörigkeit in den Jahren 1938 bis 1945 durch Sammeleinbürgerung verliehen worden ist, in seinem § 1 ausdrücklich bestätigt hat, weder völkerrechtliche noch verfassungsrechtliche Bedenken. Daß diese Regelung — ebenso wie der durch Art. 116 GG geschaffene Rechtszustand — bis zu einem gesamtdeutschen Friedensvertrag oder einem Staatsvertrag mit der Tschechoslowakei nur vorläufig sein könne, das Heimatrecht der Vertriebenen und etwaige, sich aus ihnen künftig ergebende neue Regelungen ihrer Staatsangehörigkeit nicht berührt werden, habe das StAngRegG in seinem § 25 selbst anerkannt.

⁴¹⁾ Vgl. auch BGH 31. 1. 1966, ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 306, Nr. 59.

⁴²⁾ Vgl. auch ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 106 ff.; ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 307 ff.

Von der Wirksamkeit der Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit an diese Personengruppen und deren Fortbestand geht auch das KG (24. 3. 1969, OLGZ 1969, 285) aus. Diese Entscheidung stellt fest, daß angesichts der ausdrücklichen Anerkennung der deutschen Staatsangehörigkeit durch das Dekret vom 2. 8. 1945 die Wiedereinbürgerung dieser Personengruppen durch das tschechoslowakische Gesetz vom 24. 4. 1953 (Nr. 3452 Sb) unbeachtlich sei. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die deutsche Rechtsordnung die grundsätzlich völkerrechtswidrige Zwangswiedereinbürgerung deshalb beachten müsse, weil auch die Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit zwangsweise erfolgt sei.

52. Das OLG München (25. 6. 1969, RzW 1970, 72) ist der Auffassung, daß ein gebürtiger Österreicher, der diese Staatsangehörigkeit bei der Besetzung Österreichs durch das Deutsche Reich im Jahre 1938 noch besaß, auf Grund der Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 3. 7. 1938 (RGBl. I, 790) die deutsche Staatsangehörigkeit rückwirkend vom 13. 3. 1938 erwarb, selbst wenn er zur Zeit der Besetzung in Österreich nicht domiziliert war. Das Gericht zitiert in diesem Rahmen die Auffassung von Seeler (Das Staatsangehörigkeitsrecht Österreichs, Bd. 2 der Geltenden Staatsangehörigkeitsgesetze), nach der die in Österreich wohnhaften Österreicher die deutsche Staatsangehörigkeit infolge der Staatensukzession automatisch, die außerhalb Österreichs wohnhaften Österreicher die Staatsangehörigkeit des Deutschen Reichs dagegen auf Grund der VO erworben hätten.

53. Das OLG Karlsruhe (15. 12. 1969, FamRZ 1970, 410) beruft sich auf den Satz, nach dem Doppelstaater von den deutschen Gerichten ausschließlich als Deutsche zu behandeln sind.

54. Das BayObLG (28. 1. 1970, Z 1970, 6) lehnt die in der Lehre (Scheffler, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV/1, S. 300 f. und FamRZ 1965, 471; Schätzle, Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, 2. Aufl., Anm. 2 am Ende zu Art. 3 GG) vertretene Auffassung ab, auf Grund des Art. 3 Abs. 2 GG übertrage auch die deutsche Ehefrau entgegen dem Wortlaut des § 4 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes ihre deutsche Staatsangehörigkeit auf ihre ehelichen Kinder (Berufung auf BayObLG 27. 10. 1969, BReg 1 bZ 52/69). Bei der Ableitung der Staatsangehörigkeit der Kinder vom Vater gehe es nicht um die Gleichberechtigung der Geschlechter, sondern um die staatsrechtliche Ordnung des Verhältnisses von deutschstammigen Kindern zum deutschen Staatsverband. Es handle sich dabei nicht um die Ordnung von Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern, sondern um einen lediglich objektiven tatbestandlichen Anknüpfungspunkt (Berufung auf Seifert,

DÖV 1963, 472; Makarov, DÖV 1963, 469; Hoffmann, StAZ 1964, 35; Matz, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Anm. II 2c bbb zu Art. 3 GG).

55. Daß die Staatsangehörigkeit nur einen »objektiven tatbestandlichen Anknüpfungspunkt« darstellt, übersieht dagegen der BGH in seinem Urteil vom 29.10.1970 (RzW 1971, 116), nach dem das Rückkehrrecht in die Heimat, das nach der gemeinsamen Rechtsüberzeugung aller freiheitlichen Völker vom Heimatstaat nicht verweigert werden dürfe, und das Recht auf diplomatischen Schutz der Staatsangehörigkeit »entspringen«. Richtig ist vielmehr, daß die Normen des Völkerrechts und des nationalen Rechts, welche das Heimkehrrecht und das Recht auf diplomatischen Schutz verankern, als Tatbestandselement auf die Staatsangehörigkeit abstellen.

56. Diese Problematik wird auch in der Entscheidung des BGH vom 26.11.1970 (RzW 1971, 118 [57]) nicht richtig gesehen. Der BGH führt aus, die rückwirkende Verleihung der slowakischen Staatsangehörigkeit zum 14.3.1939 verstoße nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze; eine solche Rückwirkung werde vom Völkerrecht allgemein anerkannt, soweit dadurch nicht in Rechte anderer Staaten eingegriffen werde. Unbedenklich sei eine solche Rückwirkung insbesondere dann, wenn beim Auseinanderbrechen eines Gesamtstaates die Staatsangehörigkeit des neuen Teilstaates rückwirkend verliehen werde.

Es bleibt zumindest fraglich, ob man diese Problematik allein von der Staatsangehörigkeit aus lösen kann, ob es nicht vielmehr erforderlich ist, durch Auslegung der einzelnen völkerrechtlichen und nationalen Rechtssätze festzustellen, ob die dort an die Staatsangehörigkeit geknüpften Rechtsfolgen auch bei einer Rückwirkung der Staatsangehörigkeitsverleihung eingreifen sollen und angesichts des Rückwirkungsverbots in der Verfassung dies auch können, ob also im vorliegenden Fall der diplomatische Schutz des Deutschen Reichs nach Sinn und Zweck der einschlägigen deutschen und völkerrechtlichen Normen rückwirkend fortgefallen ist.

VIII. Diplomatischer Schutz

57. Nach den §§ 1, 2 BEG haftet die BRD grundsätzlich nur für den Schaden, der durch deutsche Verfolgungsmaßnahmen entstanden ist. Das Deutsche Reich haftet in diesem Rahmen auch, wenn die Verfolgung von einem fremden Staat ausging, der in seiner Judenpolitik nicht souverän, sondern nur ein »Handlanger« des Deutschen Reichs war (siehe oben Nr. 38). Handelt es sich dagegen um eine Maßnahme eines fremden souveränen

Staates, gewährt § 43 Abs. 1 Satz 2 BEG eine Entschädigung für Freiheitschäden, die von dem ausländischen Staat unter Mißachtung rechtsstaatlicher Grundsätze herbeigeführt wurden, nur, wenn das Deutsche Reich den Freiheitsentzug entweder veranlaßt oder durch Nichtgewährung des diplomatischen Schutzes ermöglicht hat. Mit diesem Schutz ist nach der ständigen Rspr. des BGH (RzW 1963, 368), die vom BGH in zwei Entscheidungen der Berichtsperiode (29. 10. 1970, RzW 1971, 116; 26. 11. 1970, RzW 1971, 118 [56]) bestätigt wurde, »der Schutz gemeint, den das Reich auch völkerrechtlich gesehen seinen Staatsangehörigen und Schutzbefohlenen zu gewähren berechtigt ist«. Jeder Staat habe gegenüber seinen Staatsangehörigen und anderen seinem Schutz unterworfenen Personen, die im Ausland leben, eine Schutzpflicht (§ 112 II WRV). Diese Schutzpflicht begründe die Pflicht, im Falle drohender Kriegsgefahr den Staatsangehörigen die Rückkehr in den Heimatstaat zu ermöglichen oder, wenn sie dies nicht wollten oder könnten, die Möglichkeit zu verschaffen, sich in das neutrale Ausland zu begeben. Schon das Gesetz des Norddeutschen Bundes über die Organisation der Bundeskonsulate vom 8. 11. 1867 (RGBl. 1867, 114) habe in § 26 die Verpflichtung der Bundeskonsuln vorgesehen, hilfsbedürftigen Bundesangehörigen die Mittel zur Milderung augenblicklicher Not oder zur Rückkehr in die Heimat zu gewähren. Im Falle eines drohenden Kriegausbruchs sei die diplomatische Vertretung des Reichs in erster Linie verpflichtet gewesen, die deutschen Staatsangehörigen rechtzeitig zu warnen.

Diese Ausführungen trennen das den fremden Staaten gegenüber bestehende völkerrechtliche Schutzrecht des Staates nicht hinreichend von seiner im innerstaatlichen Recht begründeten Pflicht zum Schutz seiner Angehörigen. Beide Institutionen haben nicht nur eine unterschiedliche Rechtsquelle, sondern auch einen unterschiedlichen Umfang. Das völkerrechtliche Schutzrecht bezieht sich in erster Linie auf Maßnahmen des Schutzstaates gegenüber dritten Staaten, die Schutzpflicht betrifft zwar auch diese Maßnahmen, geht aber, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, im einzelnen weit darüber hinaus, erfaßt also auch etwa Hilfsmaßnahmen im reinen Innenbereich zwischen dem Schutzstaat und seinen Angehörigen. Auch soweit die Schutzpflicht auf Maßnahmen gegenüber einem anderen Staat gerichtet ist, geht sie u. U. über das völkerrechtliche Schutzrecht hinaus. So ist etwa, wenn ein Individuum die Staatsangehörigkeit beider Staaten besitzt, das völkerrechtliche Schutzrecht ausgeschlossen. Für die innerstaatliche Schutzpflicht ist dagegen bei mehrfacher Staatsangehörigkeit das Individuum allein als Angehöriger des Schutzstaates zu betrachten. Die Schutzpflicht kann in einem solchen Fall zwar nicht Maßnahmen verlangen, die mangels

völkerrechtlichen Schutzrechtes unmöglich sind, wohl aber alle Fürsorgemaßnahmen, die möglich bleiben. Wie gezeigt, faßt der BGH unter der allgemeinen Schutzpflicht in diesem Sinne alle Hilfsmaßnahmen gegenüber dem Staatsangehörigen im Ausland zusammen. In einem noch weiteren Sinne fallen auch die Schutzmaßnahmen für im Inland sesshafte Deutsche gegenüber dem Ausland (etwa das Verbot der Auslieferung Deutscher, siehe unten Nr. 58) unter diesen Begriff. Angesichts der Tatsache, daß diese Maßnahmen völkerrechtlich und innerstaatlich nicht einheitlich geregelt sind, auf gewisse Maßnahmen abweichend von der allgemeinen Regel je nach dem einschlägigen innerstaatlichen Recht sogar ein Rechtsanspruch bestehen kann, dürften Aussagen über die innerstaatliche Schutzpflicht, die sich auf alle Staaten und auf alle in Frage kommenden Maßnahmen beziehen, entgegen der Auffassung des BGH kaum möglich sein.

58. Nach Ansicht des BGH (20. 5. 1969, Z 52, 123 F ff., 143 ff. = FamRZ 1969, 480 = MDR 1969, 738 = NJW 1969, 1428 [42, 58]) verlangt das GG eine Abgrenzung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte und Behörden, die den der BRD zugeordneten Personen den Schutz ihrer Grundrechte gewährleistet. Auch das Verbot der Auslieferung Deutscher (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG) ist nach Ansicht des BVerfG (13. 10. 1970, E 29, 183 = MDR 1971, 196 [71]) Ausfluß einer innerstaatlichen Schutzpflicht des Staates gegen das Ausland im weiteren Sinn.

IX. Fremdenrecht

1. Aufenthalts- und Niederlassungsrecht

59. Zahlreiche Entscheidungen insbesondere der Verwaltungsgerichte stellen in der Berichtsperiode fest, daß den Ausländern weder auf Grund des deutschen Rechts noch auf Grund des allgemeinen Völkerrechts oder der einzelnen Niederlassungsverträge ein Rechtsanspruch auf Aufenthalt und insbesondere auf den Aufenthalt zum Zwecke einer bestimmten Gewerbeausübung zusteht:

Unter Berufung auf das BVerwG (10. 4. 1956, NJW 1956, 1046) führte der BayVG (30. 6. 1970, BayVBl. 1970, 368 [60]) aus, daß es keinen allgemeinen Rechtssatz des Völkerrechts gebe, nach dem Ausländer ohne weiteres dieselben Aufenthalts- und Niederlassungsrechte wie die Inländer haben. Insbesondere gebe es auch keinen völkerrechtlichen Grundsatz, nach dem ein Staat verpflichtet wäre, fremden Staatsangehörigen das Recht zum dauernden Aufenthalt in seinem Gebiet zu gewähren.

Bei Niederlassungsverträgen bestätigte sich in der Berichtsperiode die Tendenz, einerseits trotz des unterschiedlichen Wortlauts zu einer gewissen Typisierung zu gelangen, welche die Anwendung der zu bestimmten Klauseln in einem konkreten Niederlassungsvertrag ergangenen Urteile auf ähnliche Klauseln in einem anderen Niederlassungsvertrag gestattet, andererseits Vertragsklauseln, die eine dem Ausländer günstigere Rechtsstellung zu gewähren scheinen, möglichst restriktiv auszulegen. Diese restriktive Auslegung findet sich in drei Bereichen:

Mehrere Niederlassungsabkommen enthalten einerseits Klauseln über den Aufenthalt, welche in vollem Umfang die Anwendung des betreffenden nationalen Rechts vorbehalten, andererseits Bestimmungen über die Niederlassung, die ohne einen solchen Vorbehalt die Ausländer weitgehend den Inländern gleichstellen. Die deutschen Ausländerbehörden haben nun die Übung entwickelt, den Aufenthalt durch Auflagen oder Bedingungen in der Aufenthaltsgenehmigung nur für eine bestimmte Berufstätigkeit zu gestatten. Nach Ansicht der Rspr. verstößt diese nach dem deutschen Ausländergesetz mögliche Regelung nicht gegen die Niederlassungsbestimmungen der einzelnen Verträge. Die Aufenthalts- und Niederlassungsbestimmungen seien in den Verträgen so klar voneinander getrennt, daß die Niederlassungsbestimmungen auf die Aufenthaltzulassung keine Anwendung fänden. Für die Gewährung der Aufenthaltserlaubnis seien also allein die aufenthaltsrechtlichen Vertragsbestimmungen maßgebend. Eine Aufenthaltserlaubnis sei auch dann eine rein aufenthaltsrechtliche Maßnahme im Sinne der Aufenthaltsklauseln, wenn sie mit einer Auflage verbunden ist, nach welcher der Erlaubnisinhaber eine bestimmte Erwerbstätigkeit zu unterlassen hat. Diese ergebe sich u. a. aus der Tatsache, daß Ermächtigungsgrundlage hier das Ausländergesetz, nicht das Wirtschaftsverwaltungsrecht sei (vgl. BVerwG 18. 12. 1969, VerwRspr. 21 Nr. 82, S. 347 = BayVBl. 1970, 137; 20. 8. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 81, S. 359 = DVBl. 1970, 870 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158; BayVGh 30. 6. 1970, BayVBl. 1970, 368; OVG Rheinland-Pfalz 30. 6. 1969, AS 11, 151; vgl. zu allem auch Nr. 82).

Auch die in mehreren Verträgen enthaltene Meistbegünstigungsklausel für den Aufenthalt hilft nicht weiter, weil, wie das anschauliche Beispiel OVG Lüneburg 17. 2. 1970 (NJW 1970, 1515) zeigt, kein Niederlassungsabkommen der BRD einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt gewährt. Solche Ansprüche enthält zwar das europäische Gemeinschaftsrecht und die hierzu ergangenen nationalen Ausführungsbestimmungen. Gemäß BayVGh 30. 6. 1970 (BayVBl. 1970, 368 [60]) zeigt aber die besondere, auf die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes gerichtete Aufgabenstellung, daß es sich bei den

Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der EWG und den Beziehungen der BRD zu anderen Staaten um völlig verschiedene Fakten handelt. Eine ausländer- und aufenthaltsrechtliche Gleichstellung der Angehörigen dritter Staaten mit Angehörigen der EWG-Staaten laufe dem Sinn und Zweck der EWG schlechthin zuwider (*sic!*); es könne deshalb nicht angenommen werden, daß die Partner des Niederlassungsvertrages bei der Festlegung der Meistbegünstigungsklausel auch eine solche Gleichstellung beabsichtigt hätten. So läuft also die aufenthaltsrechtliche Meistbegünstigungsklausel leer. Zu allem Überfluß besteht auch hier die Tendenz, dem Vorbehalt des nationalen Rechts in anderen Bestimmungen des Vertrages gegenüber der Meistbegünstigungsklausel den Vorrang zu geben und dabei unter das »nationale Recht« sogar Verwaltungsverordnungen einzuordnen (OVG Lüneburg 17. 2. 1970, NJW 1970, 1515 [75]; BVerwG 24. 4. 1969, VerwRspr. 20 Nr. 231, S. 847).

Eine Minderung der in den Niederlassungsverträgen enthaltenen Rechtspositionen tritt schließlich auch dadurch ein, daß die Rspr. den in allen Niederlassungsabkommen enthaltenen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit weder im engeren Sinne des deutschen Polizeirechts oder in dem etwas weiteren Sinne des Europarechts (vgl. hierzu BVerwG 24. 4. 1969, VerwRspr. 20 Nr. 231, S. 847), sondern — unter Rückgriff auf das insoweit klarere Europäische Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955 (BGBl. 1959 II, 997, 24 A 277; 1965 II, 1099) — in dem Sinne versteht, wie er allgemein in den kontinentaleuropäischen Staaten benutzt wird; er umfaßt dann alle im § 10 des Ausländergesetzes vom 28. 4. 1965 (BGBl. I, 353) aufgezählten Belange der BRD, ohne daß eine Abwägung dieser Belange mit den Interessen des Ausländers verlangt wird.

60. Wenn es auch unrichtig ist, daß die MRK in keinem Fall ein Niederlassungsrecht einräumt (so BayVGh 30. 6. 1970, BayVbl. 1970, 368 [59]), führt doch der in Art. 8 MRK ebenso wie in Art. 6 GG verankerte Schutz der Familie nach der auch in der Berichtsperiode mehrfach bestätigten Rspr. der Verwaltungsgerichte⁴³⁾ nur in extremen Ausnahmefällen zu einem Aufenthaltsericht. Zwar wird in dieser Rspr. ständig unterstrichen, daß bei der Ausweisung eines Ausländers das öffentliche Interesse an der Ausweisung mit der hierdurch herbeigeführten faktischen Auflösung der Familie abzuwägen ist. Es wird aber angenommen, daß diese Trennung nicht durch den staatlichen Ausweisungsakt, sondern durch die Familienangehörigen selbst verursacht wird, wenn diesen die Übersiedlung zugemutet werden kann. Mit Rücksicht auf die Tatsache, daß die Ehefrau auf Grund der Ehe mit

⁴³⁾ Für die vorherige Rspr. vgl. ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 118; Bd. 31 (1971), S. 314.

einem Ausländer infolge ihrer Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit einer solchen Übersiedlung in das Heimatland ihres Mannes rechnen mußte, wird die Unzumutbarkeit fast nie bejaht (BVerwG 20. 8. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 81, S. 359 = DVBl. 1970, 870 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158; VGH Baden-Württemberg 9. 3. 1970, ESVGH 21, 80 = VerwRspr. 21 Nr. 241, S. 982 = DVBl. 1971, 361 = NJW 1970, 2178; BayVGH 5. 11. 1969, BayVBl. 1970, 168). Im einzelnen sind im Berichtszeitraum folgende Fragen entschieden worden:

Nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg (a.a.O.) kann auch die deutsche Ehefrau die Ausweisung ihres Mannes unter Berufung auf Art. 6 GG und Art. 8 MRK anfechten (anderer Ansicht BayVGH a.a.O.). Das BVerwG (a.a.O.) hat klargestellt, daß Art. 6 GG nicht nur bei der Ausweisung, sondern auch bei der Entscheidung über die Aufenthaltsgenehmigung zu beachten sei. Ein außereheliches Verhältnis fällt nach BVerwG 20. 1. 1970 (JR 1970, 234) selbst dann nicht unter Art. 6 GG, wenn seine Legalisierung nur deshalb nicht erfolgt ist, weil das Heimatland des Ehemanns die Scheidung der noch bestehenden, aber völlig zerrütteten Ehe nicht gestattet. Ist aus diesem eheähnlichen Zusammenleben ein Kind hervorgegangen, werde die Trennung von Vater und Kind durch Art. 6 GG nicht verboten, weil einerseits nach dem zur Zeit der Entscheidung über die Aufenthaltsgenehmigung noch geltenden deutschen Recht ohne Widerspruch zu Art. 6 Abs. 5 GG Vater und Kind nicht als verwandt galten und andererseits der uneheliche Vater seinen gesetzlichen Pflichten gegenüber dem in Deutschland verbleibenden Kind auch von Italien aus nachkommen könne.

61. Art. 6 GG und Art. 8 MRK führen also grundsätzlich nur bei der Ehe eines Deutschen mit einer Ausländerin zu einer Verstärkung des Aufenthaltsrechts. Die hiergegen aus Art. 3 GG fließenden Bedenken sind bisher von der Rspr. nicht beachtet worden. Eine völlig neue Lage könnte sich für die ausländischen Angehörigen einer deutschen Staatsangehörigen aus der Entscheidung des VG München (12. 8. 1970, DVBl. 1971, 364 [29]) ergeben, die über Art. 3 GG das dem ausländischen Angehörigen des Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates der EWG verliehene Aufenthaltsrecht auf die ausländischen Angehörigen eines Deutschen erstreckt.

62. Das BVerwG (20. 8. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 81, S. 359 = DVBl. 1970, 870 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158) definiert den in einzelnen Niederlassungsabkommen verwendeten Begriff der Einwanderung als »Gegenstück zur Auswanderung«. Nach heutiger Anschauung wandere nicht nur derjenige aus, der seine Heimat verlasse und sich im Ausland ohne Hoffnung oder Absicht, später in die Heimat zurückzukehren, niedergelassen hat. Der Tatbestand der Auswanderung könne schon durch eine Nieder-

lassung im Ausland für längere Zeit begründet werden. Eine Einwanderung liege also schon dann vor, wenn die Niederlassung in dem anderen Staat eine gewisse Dauerhaftigkeit habe.

2. Politische Betätigung der Ausländer

63. Nach Ansicht des VGH Mannheim (14.7.1969, DÖV 1970, 95 = DVBl. 1970, 34 = NJW 1969, 2109) war der Staatsbesuch des iranischen Kaiserpaares im Frühjahr 1967 geeignet, ausländerpolizeiliche Maßnahmen nach § 6 Abs. 2 des Ausländergesetzes gegen einzelne Perser auszulösen, die sich damals in Deutschland aufhielten. Im Schrifttum (Tomuschat, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik [1968], S. 49; Kanein, Ausländergesetz § 6 Anm. 2; Marxen, Deutsches Ausländerrecht § 6 Rdnr. 12; Klösel-Christ, Deutsches Ausländerrecht § 6 Anm. 2) bestehe Einigkeit, daß die guten Beziehungen der BRD mit einem anderen Staat zu den Belangen gehörten, deren Schutz § 6 Abs. 2 des Ausländergesetzes bezwecke. Ob die von Bayer (DÖV 1968, 706, 716) vertretene Ansicht richtig sei, nach der schon allein diese Beziehungen ein Bestandteil der öffentlichen Sicherheit sind, könne hier auf sich beruhen, denn jedenfalls gehörten sie zu den »sonstigen erheblichen Belangen«, die der Gesetzgeber der öffentlichen Sicherheit in den Schutzbereich des § 6 Abs. 2 einbezogen habe.

3. Rechte der Ausländer

64. In seiner Entscheidung vom 21.9.1970 (NJW 1970, 2172) stellt das OLG Frankfurt fest, daß der Ausschluß der Amtshaftung gegenüber Ausländern bei fehlender Gegenseitigkeit durch § 7 des Preußischen Gesetzes über die Haftung des Staates und andere Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1.8.1909 (Preußische Gesetzessammlung [PreußGS], S. 691) weder durch Art. 131 WRV noch durch Art. 34 GG aufgehoben worden ist und auch nicht gegen den Gleichheitssatz verstößt. Einerseits verlange der Gleichheitssatz keineswegs eine völlige Gleichstellung von Deutschen und Ausländern, zumal dann nicht, wenn die rechtliche Gleichstellung lediglich von einer Gegenseitigkeitserklärung abhängig gemacht werde. Ob Haftungsbeschränkungen gegenüber Ausländern angesichts des Wachstums des grenzüberschreitenden Verkehrs, der Inanspruchnahme ausländischer Arbeitskräfte für die eigene Volkswirtschaft und der Tendenz zu fortschreitender internationaler Kommunikation heute noch zeitgemäß sei, möge zweifelhaft erscheinen. Dies sei jedoch eine Frage, die sich allein dem Gesetzgeber, nicht aber der Rspr. stelle. Die Be-

schränkung der Staatshaftung widerspreche dem Gleichheitssatz auch insofern nicht, als sie zu verschiedener Behandlung des Beamten führe, je nachdem, ob er einen Deutschen oder einen Ausländer geschädigt habe (anderer Ansicht Frowein, JZ 1964, 409 ff.; vgl. auch Wiese, DVBl. 1964, 571, 573). Richtig sei, daß infolge des Haftungsausschlusses des Staates die persönliche Haftung des Beamten gegenüber dem Ausländer nach § 839 BGB bestehen bleibe. Im Ergebnis bleibe es sich aber gleich, ob der Beamte unmittelbar vom Geschädigten oder über den Rückgriff von seinem Dienstherrn zum Ersatz herangezogen werde. Benachteiligt werde der Beamte nur insofern, als er im ersten Fall das Prozeßrisiko zu tragen habe. Diese Ungleichbehandlung sei durch die Erwägung, auf Grund der Gegenseitigkeit eine günstige Regelung für Deutsche auch durch dritte Staaten zu erreichen, hinreichend gedeckt. Die Rücksichtnahme auf allgemeine politische Belange sei aber gerade für den Beamten keine unbillige Zumutung. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz könne höchstens bei leichter Fahrlässigkeit vorliegen, für die zwar § 839 BGB die Haftung begründe, auf die sich aber der Rückgriffsanspruch nicht erstreckt.

Das Urteil befriedigt nicht. Im Rahmen der Verletzung des Gleichheitssatzes gegenüber dem Beamten sieht das Gericht, daß das öffentliche Interesse an der Gegenseitigkeit die Ungleichbehandlung im Ergebnis nur deswegen rechtfertigt, weil dem Beamten »die Rücksichtnahme auf allgemeine politische Belange« zuzumuten sei. Das öffentliche Interesse allein rechtfertigt also die Diskriminierung nicht. Dann hätte das Gericht aber auch prüfen müssen, ob es in einem Rechtsstaat sachlich gerechtfertigt ist, das öffentliche Interesse an der Gegenseitigkeit unmittelbar dem individuellen Ausländer entgegenzuhalten, ob Art. 3 und 20 GG es also gestatten, den Kampf um die Gegenseitigkeit auf dem Rücken des Individuums auszufechten. Fraglich bleibt überdies, ob auch dem Beamten eine solche »Rücksichtnahme« wirklich zuzumuten ist. Könnte dem zumindest im Einzelfall nicht die Fürsorgepflicht des Dienstherrn entgegenstehen, die auch den Rückgriffsanspruch ausschließen könnte? Auch die Frage, ob es mit rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vereinbar ist, daß die Haftung erst mit der Feststellung der Gegenseitigkeit durch die Exekutive eingreift, bleibt offen. Wäre dies nicht der Fall, könnte auch der Richter diese politische Entscheidung kaum fällen. Damit wird ein weiterer Aspekt der Gegenseitigkeit fraglich.

65. Nach BFH 13.1.1970 (E 98, 334) findet der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auf ausländische juristische Personen keine Anwendung. Diese Rspr. stimmt zwar mit den Entscheidungen des BVerfG zu den Grundrechten der juristischen Personen überein⁴⁴⁾, kaum aber mit der Ansicht, der

⁴⁴⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 315 ff.

Gleichheitssatz verankere das Prinzip der Gerechtigkeit. Denn ein Rechtsstaat darf auch dann nicht ungerecht handeln, wenn sich dieses Handeln auf ausländische juristische Personen bezieht.

X. Flüchtlinge

66. In einer früheren Entscheidung (RzW 1968, 571) hatte der BGH ausgeführt, Flüchtling sei auch derjenige, der gleich aus welchen Gründen seinen Heimatstaat verlassen habe und in seinem Aufenthaltsland frei von Furcht vor Verfolgung durch seinen Heimatstaat oder auch dessen Bevölkerung lebt, dem aber nach den in der BRD maßgeblichen Anschauungen nicht hätte zugemutet werden können, in seinen Heimatstaat zurückzukehren, weil in diesem Staat aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, sozialen Stellung oder politischen Überzeugung Menschen in solchen Rechtsgütern gefährdet oder verletzt werden, die für ein menschenwürdiges Dasein als grundlegend anzusehen seien. Es sei nicht erforderlich, daß der Verfolgte der Gruppe angehöre, deren Rechtsgüter in seinem Heimatstaat verletzt werden. Unzumutbar sei eine Rückkehr insbesondere, wenn im Gebiet des Heimatstaates aus den genannten Gründen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die wirtschaftliche Existenz ernsthaft bedroht wären. Es genüge, wenn der Heimatstaat nicht in der Lage sei, die Verletzung solcher Rechtsgüter einer Bevölkerungsgruppe durch eine andere zu verhindern.

Nach der Entscheidung des BGH vom 30. 1. 1969 (RzW 1969, 273) gelten diese Grundsätze nicht nur für die Beurteilung der Frage, ob einem *refugié sur place* die Rückkehr in die Heimat nicht zugemutet werden könne. Sie seien in gleicher Weise bei der Entscheidung darüber anzuwenden, ob einem Verfolgten das Verbleiben in der Heimat mit Rücksicht auf die dort herrschenden Verhältnisse zugemutet werden könne. Sei die Zumutbarkeit zu verneinen und habe der Verfolgte nicht aus anderen Gründen sein Heimatland verlassen, so sei er als Flüchtling im Sinne des Art. 1 A Nr. 2 der Genfer Konvention anzusehen.

67. Nach Art. 1 A Nr. 1 der Genfer Konvention ist Flüchtling, wer vor dem Abschluß des Genfer Abkommens nach den früher geltenden Vereinbarungen, Abkommen und Statuten als Flüchtling anerkannt war. Personen, die eine IRO-Bescheinigung von 1950 besitzen, gehören nach BGH 26. 6. 1969 (RzW 1969, 495) zu diesem Personenkreis. Nach den in RzW 1968, 575 Nr. 35 dargelegten Grundsätzen solle die Anerkennung der Flüchtlings-eigenschaft durch einen Vertragsstaat der Genfer Konvention ohne beson-

deren Anlaß nicht in Zweifel gezogen werden. Eine Überprüfung komme nur in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, daß die Bescheinigung erschlichen oder der Anerkennung ein im wesentlichen unzutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt worden sei. Diese Grundsätze gälten insbesondere auch für eine IRO-Bescheinigung. Denn die Vertragspartner der Genfer Konvention hätten die Tätigkeit dieser Organisation in Art. 1 A Nr. 1 Abs. 1 als für sich verbindlich anerkannt.

68. Mit der Auswirkung des Art. 12 der Genfer Flüchtlingskonvention auf § 606 b Nr. 1 ZPO (Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidung einer ausländischen Ehe) befaßt sich LG Hamburg 6. 5. 1970 (NJW 1970, 2168).

XI. Auslieferung

1. Zulässigkeit

69. Nach allen Auslieferungsverträgen und nach § 4 Nr. 2 DAG ist eine Auslieferung zwecks Strafvollstreckung nur zulässig, wenn die Strafvollstreckung auch nach deutschem Recht noch zulässig, insbesondere nicht verjährt sein würde. Gemäß BGH 18. 12. 1969 (St 23, 151 = MDR 1970, 160 = NJW 1970, 393) ist der Untersuchung der Zulässigkeit nach deutschem Recht ein entsprechend umgekehrter Sachverhalt zugrunde zu legen. Eine etwa abweichende Beurteilung dieses Sachverhalts nach dem Recht des betreffenden fremden Staates habe dabei außer Betracht zu bleiben. Das fremde Recht dürfe insbesondere auch nicht insoweit herangezogen werden, als die Prüfung, ob die Vollstreckung verjährt sein würde, von den Vorfragen abhängt, ob und wie lange die Verjährung geruht hat und unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Frist eine Strafaussetzung zur Bewährung widerrufen werden konnte. Auch solche Vorfragen seien nur nach deutschem Recht zu beurteilen. Dazu sei es wie auch sonst im Auslieferungsrecht notwendig, von dem entsprechend umgekehrten Sachverhalt auszugehen. Diese Auslegung entspreche allein dem Sinn der einschlägigen Bestimmungen. Diese beruhten auf dem allgemeinen Grundsatz, daß eine Auslieferung nur bewilligt wird, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Kein Vertragsteil liefere einen Verfolgten an den anderen Vertragsstaat aus, wenn er selbst bei entsprechend umgekehrter Sachlage die Auslieferung nicht verlangen könnte, weil nach seinem Recht die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung unzulässig wäre. Nur in dem Rahmen, in dem nach dem Recht beider Staaten eine Strafverfolgung oder Strafvollstreckung im konkreten Fall überhaupt oder noch zulässig sei, bestehe eine gegenseitige vertragliche Pflicht zur Auslieferung.

2. Spezialitätsgrundsatz⁴⁵⁾

70. Der 1. Senat des BGH befaßte sich in einer Entscheidung vom 20. 12. 1968 (NJW 1969, 995) mit der Reichweite der den Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich vom 24. 1. 1874 (RGBl. 113) einschränkenden Vereinbarung vom 6./23. 3. 1936 (RGBl. II, 151), nach welcher der Ausgelieferte ohne Zustimmung des ersuchten Teils wegen einer vor der Auslieferung begangenen Tat, für welche die Auslieferung nicht bewilligt ist, weder »zur Untersuchung gezogen« noch bestraft werden kann. Er stellte mit der ständigen Rspr. (RGSt 65, 106, 111; BGH NJW 1965, 1672; BGHSt 10, 396, 397 = NJW 1957, 1809) fest, daß als »Tat« im Sinne des Auslieferungsrechts die Tat im prozeßrechtlichen Sinn des § 264 StPO zu verstehen ist, nämlich der einheitliche geschichtliche Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht habe. Daß der Angeklagte wegen eines in einzelnen Punkten vom Haftbefehl, auf den die Auslieferungsbewilligung sich bezieht, abweichenden Sachverhalts verurteilt worden ist, sei deshalb unbeachtlich.

Daß dieser Sachverhalt die in der Auslieferungsbewilligung angezogenen Straftatbestände des Rechts des ersuchten Staates nicht erfülle, sei ebenfalls unerheblich. Ob die Auslieferung nach dem Recht des ersuchten Staates zulässig ist, also auch, ob es sich nach diesem Recht um eine »Auslieferungstat« handelt, hätten die Behörden des ersuchten Staates zu beurteilen. Das erkennende deutsche Gericht habe grundsätzlich nicht mehr zu prüfen, ob die Auslieferung nach dem Recht des ausländischen Staates zu Recht erfolgt sei (RGSt 42, 309, 311; BGHSt 18, 218, 220). Nur soweit — im Rahmen des § 264 StPO — ein wesentlich anderer Sachverhalt festgestellt worden sei, als er der Auslieferungsbewilligung zugrunde lag, sei eine Prüfung geboten, ob auch nach dem jetzt festgestellten Sachverhalt die Tat nach dem Recht des ersuchten Staates zur Auslieferung verpflichte (RGSt 29, 63, 64; 65, 106, 112).

Das Spezialitätsprinzip sei auch nicht dadurch verletzt, daß das Gericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten auch auf Tatsachen gestützt habe, die möglicherweise zum Tatbestand weiterer vom Angeklagten vor der Auslieferung begangener Straftaten gehörten. »Zur Untersuchung ziehen« bedeute, daß wegen der Tat selbst gegen den Ausgelieferten als Beschuldigten Untersuchungshandlungen vorgenommen würden. Hier sei gegen den Angeklagten ein Strafverfahren nur wegen der Taten durchgeführt worden, zu deren Verfolgung er ausgeliefert worden sei. Nur insoweit sei er zur Untersuchung gezogen worden. Würden bei der Beweis-

⁴⁵⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 131 ff.; Bd. 31 (1971), S. 323 f.

erhebung in der Hauptverhandlung Umstände festgestellt, die eine Straftat darstellen, auf welche die Auslieferung sich nicht erstreckt, so dürfe zwar die Anklage auf diese Taten nicht erstreckt werden; es sei aber nicht unzulässig, daß der Tatrichter diese Umstände bei seiner Überzeugungsbildung hinsichtlich der Auslieferungstat als Indiz berücksichtigt.

Der 2. Senat des BGH hat in seinem Urteil vom 19. 2. 1969 (St 22, 318 = MDR 1969, 406 = NJW 1969, 995) Zweifel geäußert, ob selbst die Feststellung einer Straftat, auf welche die Auslieferung sich nicht bezieht, als Indiz für die Auslieferungstat dem Grundsatz der strikten Spezialität entspricht. Jedenfalls verstoße aber die strafschärfende Berücksichtigung dieser Taten gegen das Verbot des Bestrafens. Demnach sei nicht nur die Festsetzung selbständiger Strafen für andere als die Auslieferungstaten ausgeschlossen, sondern auch die Mitbestrafung auf dem Wege der Erhöhung der für die Auslieferungstat verwirkten Strafen. Allerdings stehe der Grundsatz der Spezialität nicht auch der Berücksichtigung von Vorstrafen entgegen. Sie ständen bereits rechtskräftig fest, eine Untersuchung wegen der ihnen zugrunde liegenden Taten finde also nicht mehr statt. Strafschärfend sei auch nicht die Tatsache, daß der Angeklagte diese früheren Taten begangen habe, sondern seine höhere Schuld, die sich aus der Nichtbeherzigung der Vorstrafen ergebe.

3. Rücklieferung

71. In seinem Beschluß vom 13. 10. 1970 (E 29, 183 = MDR 1971, 196 [15]) hat das BVerfG entschieden, daß die Rücklieferung eines Deutschen nicht gegen das Verbot der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG) verstößt. Abweichend vom BGH (St 5, 396; 22, 58) stützte sich das Gericht dabei nicht auf die Tatsache, daß bei der Rücklieferung der deutsche Staatsangehörige sich anders als bei der Auslieferung nicht völlig in der Hoheitsgewalt der BRD befinde, sondern auf den Sinn und Zweck des Art. 16 GG selbst. Der dort verwendete Begriff der Auslieferung ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte. Da der Verfassungsgeber auch nicht einen in der WRV oder im historisch gewachsenen Rechtssystem vorgeformten und feststehenden Begriff vorgefunden und verwendet habe — die Verfassungsmäßigkeit der Rücklieferung war auch unter der Geltung des Art. 112 Abs. 3 WRV umstritten —, müsse die Auslegung von einer vergleichenden Betrachtung der beiden Lebensvorgänge »Auslieferung« und »Rücklieferung« ausgehen und diese am Sinn und Zweck des Auslieferungsverbots messen. Das Auslieferungsverbot beruhe auf dem Recht des Staatsbürgers, sich in seinem Heimatland aufzuhalten.

ten, und auf der Pflicht des Staates, seine im Staatsgebiet lebenden Bürger in jeder Weise zu schützen. Dazu gehöre insbesondere, daß er sie davor bewahre, zwangsweise in fremde Hoheitsgewalt verbracht und dort vor Gericht gestellt zu werden. Zweck des Auslieferungsverbots sei es nicht, den Betroffenen einer gerechten Bestrafung zu entziehen, sondern ihn, soweit er im Staatsgebiet lebe, vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen zu bewahren. Weitergehende Folgerungen, wie etwa die Inanspruchnahme ausschließlich deutscher Strafgewalt für die Straftaten Deutscher im Ausland, würden aus dem Auslieferungsverbot nicht gezogen. Sinn des Auslieferungsverbots sei es insbesondere nicht, die deutsche Strafverfolgung zu erschweren. Darauf laufe es aber hinaus, wenn die Rücklieferung unzulässig wäre. Vorläufige Auslieferung mit anschließender Rücklieferung komme nur in Betracht, wenn auch im Ausland eine schwere Strafe zu erwarten oder schon verhängt sei. Gerade in Fällen der schweren Kriminalität bestünde aber bei Verzicht auf die zeitweilige Überstellung Gefahr, daß sie später nicht mehr aufzuklären seien. Die wirksame Aufklärung solcher Straftaten sei aber ein wesentlicher Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens, der im Konfliktfall auch bei der Interpretation von Grundrechten herangezogen werden könne. Demgegenüber büße der Betroffene durch eine vorläufige Auslieferung nichts von seinem Schutzanspruch gegen den Heimatstaat ein. Wäre die Rücklieferung unzulässig, wäre er der ausländischen Staatsgewalt im selben Maße unterworfen. Nur die deutsche Strafrechtspflege wäre also gefährdet, weil das Strafverfahren in vielen Fällen nicht zur Klärung führen könne. Weder eine allgemeine Vereinbarung mit dem fremden Staat noch das Ersuchen um vorläufige Auslieferung gegen spätere Rücklieferung noch die Ausführung dieser Rücklieferung selbst verstießen also gegen das Auslieferungsverbot.

4. Weiterlieferung

72. Der Auslieferungsvertrag zwischen der BRD und der Republik Österreich vom 22. 9. 1958 (BGBl. II, 1342, 2319) und § 31 DAG sehen für die Weiterlieferung eines Ausgelieferten an einen dritten Staat die Zustimmung des Auslieferungsstaates vor. Diese Zustimmung wird nach dem DAG nur erteilt, wenn die Auslieferung zulässig wäre. Fraglich ist, ob, wenn ein Angeschuldigter von der BRD an Österreich ausgeliefert worden ist und Österreich ihn an Italien weiterliefern will, in der BRD die Zulässigkeit der Auslieferung als Voraussetzung der Zustimmung nach dem Vertrag zwischen der BRD und Österreich oder nach dem Auslieferungsvertrag

zwischen dem Deutschen Reich und Italien vom 12. 6. 1942 (RGBl. 1943 II, 73) zu beurteilen ist. Nach Ansicht des OLG München (10. 9. 1970, NJW 1970, 2175) ist diese Frage nach dem deutsch-österreichischen Vertrag zu entscheiden. Der BGH (16. 10. 1970, St 23, 348 = NJW 1971, 335 [2, 77]) will dagegen auf den deutsch-italienischen Vertrag abstellen. Wenn in früheren Auslieferungsverträgen des Deutschen Reichs die Lösung des OLG München ausdrücklich verankert worden ist, zeige die bewußte abweichende Fassung der neueren Verträge der BRD, daß die Vertragspartner die alte Regelung jedenfalls heute nicht mehr als allgemeinen Grundsatz des Auslieferungsrechts ansähen. Da im deutsch-österreichischen Vertrag diese Frage nicht geregelt werde, sei auf das deutsche Recht zurückzugreifen. Auch Art. 31 DAG bestimme nicht, nach welchem Vertrag diese Zulässigkeit zu beurteilen sei. § 31 DAG solle aber der BRD in Zusammenhang mit dem Spezialitätsprinzip die Kontrolle darüber sichern, welche Zwangsmaßnahmen gegen den Verfolgten in dem Staat ergriffen werden, an den er ausgeliefert worden ist oder an den er weitergeliefert werden soll. Diesen Zweck erfülle das Zustimmungserfordernis nur dann vollständig und sinnvoll, wenn im Falle der Weiterlieferung geprüft werden kann und muß, ob sich der dritte Staat ebenfalls in rechtlich bindender Weise verpflichtet habe, den Spezialitätsgrundsatz zu beachten, und wenn ihm gegenüber die Gegenseitigkeit verbürgt sei. Dieser Gesichtspunkt zwingt zu dem Schluß, daß sich die Voraussetzungen für die Zustimmung zur Weiterlieferung mangels einer entgegengesetzten ausdrücklichen Vertragsregelung ausschließlich nach dem Rechtsverhältnis zu dem Staat bestimmen, an den der Verfolgte weitergeliefert werden soll. Nur diese Auslegung vermeide einerseits, daß die Zustimmung zur Weiterlieferung an einen dritten Staat verweigert wird, obwohl die unmittelbare Auslieferung zulässig wäre, andererseits, daß der Weiterlieferung in einem Fall zugestimmt wird, in dem die direkte Auslieferung nicht möglich wäre.

Das Urteil übersieht, daß Italien weder auf Grund seines Vertrages mit der BRD noch auf Grund seines Vertrages mit Österreich gegenüber der BRD oder gegenüber Österreich verpflichtet ist, den Weitergelieferten nur wegen der Taten zu bestrafen, auf welche die deutsche Zustimmung sich bezieht. Das Zustimmungserfordernis sichert der BRD also nur dann vollständig und sinnvoll die Kontrolle über die Einhaltung des im deutsch-italienischen Vertrag festgelegten Spezialitätsprinzips, wenn Österreich auf Grund seines Vertrages mit der BRD verpflichtet ist, die Auslieferung an Italien von den Sicherungen abhängig zu machen, die im Vertrag zwischen der BRD und Italien festgelegt sind, und im Falle der Nichteinhaltung dieser Übereinkunft durch Italien auf Verlangen der BRD gegen Italien ein-

zuschreiten. Derartige Pflichten Österreichs gegenüber der BRD können wohl nicht aus der Weiterlieferungsklausel im deutsch-österreichischen Vertrag, sondern nur aus einer konkreten Weiterlieferungsvereinbarung zwischen Deutschland und Österreich fließen. Dafür, daß § 31 DAG die Zustimmung zur Weiterlieferung von einer solchen Vereinbarung abhängig macht, bietet sein Wortlaut keinen Anhaltspunkt. Obwohl der deutsch-österreichische Auslieferungsvertrag die Zustimmung scheinbar in das freie Ermessen der BRD stellt, wird die BRD überdies von Österreich kaum verlangen können, seinen Auslieferungsvertrag mit Italien zu brechen. Im Verhältnis zwischen Österreich und Italien stellt sich nämlich die Weiterlieferung als Auslieferung im Sinne des Vertrages zwischen diesen beiden Staaten dar, deren Zulässigkeit und Sicherungen sich nach dem italienisch-österreichischen Vertrag bestimmen. Es bliebe für die BRD dann nur die Möglichkeit, die Zustimmung zur Weiterlieferung davon abhängig zu machen, daß einerseits Österreich die Auslieferung an Italien auf die Straftaten beschränkt, auf die die Zustimmung sich bezieht, und andererseits der Vertrag zwischen Italien und Österreich eine hinreichende Sicherung des Spezialitätsprinzips im Sinne des DAG enthält.

XII. Völkerrechtliche Verträge

1. Auslegung

73. Nach BGH 25. 6. 1969 (Z 52, 216 ff., 220 ff. = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [7, 18, 30, 76, 80, 83]) sind bei der Auslegung internationaler Verträge die Grundsätze zu berücksichtigen, die das Völkerrecht entwickelt hat (BVerfGE 4, 157, 168; Mosler, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 32/33, S. 13; M. Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands [3. Aufl.], S. 29; Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1, S. 122 ff.). Der Senat schließt sich der ständigen Rspr. des RG an, wonach für die Auslegung von Staatsverträgen in erster Linie der aus dem Gesamtinhalt, dem Zweck und der Entstehungsgeschichte zu ermittelnde übereinstimmende Wille der Vertragsparteien maßgebend ist (RG JW 1932, 243; RGZ 104, 352, 356; 130, 220, 221). Dabei sei keine Buchstabenauslegung einzelner Worte statthaft, sondern der wahre Wille aus dem Gesamtinhalt zu erforschen. Bei Zweifeln komme jedoch dem Wortlaut regelmäßig eine ganz besondere Bedeutung zu (RGZ 130, 220, 221; Zacharias, DJZ 1929, Sp. 1370, 1374), und zwar nicht nur bei Staatsverträgen, die dritten Staaten den Beitritt offen-

halten, sondern auch bei zweiseitigen Staatsverträgen, in denen wechselseitig Rechtspositionen gleichen Inhalts eingeräumt werden. Nur bei Zweifeln über den Wortsinn spreche eine Vermutung zugunsten der Freiheit der Vertragspartner und damit für die restriktive Auslegung.

74. Dem Wortlaut der Staatsverträge kommt nach BGH 25.6.1969 (NJW 1969, 2087 [90]) besondere Bedeutung bei der Auslegung zu. Da dem deutsch-französischen Abkommen über den Schutz von Herkunftsangaben vom 8.3.1960 (BGBl. 1961 II, 23) keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen seien, daß es den französischen Interessenten einen Anspruch auf Löschung eingetragener Warenzeichen gewähren will, die nach diesem Abkommen verbotene Herkunftsbezeichnungen enthalten, erscheine eine ausdehnende Auslegung umso weniger angängig, als bei der Auslegung von Staatsverträgen im Zweifel Zurückhaltung geboten sei, soweit damit ein Eingriff in bestehende Privatrechte begründet werde. Überdies wahre das Verbot der Benutzung der Herkunftsbezeichnung die nach dem Abkommen zu schützenden Interessen hinreichend, zumal nach deutschem Warenzeichenrecht allein schon die Nichtbenutzung während bestimmter Frist zur Löschung des Zeichens führe.

Die anfängliche unterstrichene Bedeutung des Wortlauts wird also dadurch abgeschwächt, daß einmal ein »Anhaltspunkt« für eine bestimmte Auslegung für ausreichend angesehen, zum anderen das Ergebnis durch andere Auslegungsmittel abgesichert wird. Interessant ist hier die Restriktion zum Schutz bestehender Privatrechte, welche angesichts der Tatsache, daß die Verfassungskonformität der erzielten Auslegung erst später untersucht wird, einem Prinzip des Völkerrechts entfließen muß, zum anderen die Einführung der »Interessenjurisprudenz« im Rahmen des Abkommenszwecks.

Auch alle übrigen Entscheidungen der Berichtsperiode, die auf den Wortlaut abstellen⁴⁶⁾, berücksichtigen stets auch den Sinn und Zweck der Abkommen (vgl. etwa BFH 25.5.1970, DStR 1970, 668; BGH 18.11.1969, St 23, 151 = MDR 1970, 160 = NJW 1970, 393; BVerwG 12.6.1970, E 35, 262; OVG Lüneburg 17.2.1970, NJW 1970, 1515).

75. In den bisher aufgeführten Entscheidungen war auch der deutsche Wortlaut authentisch. Die Gerichte decken meist nicht auf, ob sie bei der Auslegung nur vom deutschen oder auch vom fremden authentischen Text ausgehen und ob sie dabei die anderen Texte mitberücksichtigt haben. Nur das OVG Lüneburg (17.2.1970, NJW 1970, 1515 [59]) überprüft die aus dem deutschen Wortlaut gewonnene Auslegung ausdrücklich am fremden Text.

⁴⁶⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 328 ff.

Das OLG Oldenburg (27. 4. 1970, Warn. 1970 I, 230) und der BGH (27. 4. 1970, AWD 1970, 272 = JZ 1970, 728 = MDR 1970, 913 = NJW 1970, 1507 [13, 81]) sprechen ausdrücklich auch dem Wortlaut der deutschen Übersetzung des Art. VIII Abschn. 2 (b) Satz 1 des IWF-Abkommens Bedeutung bei der Auslegung zu, überprüfen das Ergebnis aber an Hand der »maßgeblichen englischen Fassung«.

76. Dem Zusammenhang und der Struktur der Verträge wird im allgemeinen große Bedeutung zugemessen⁴⁷⁾. Einzelne Entscheidungen greifen auf den Gedanken zurück, daß die Vertragspartner sich und ihren Staatsangehörigen gegenseitig gleiche Rechte zubilligen wollten (vgl. etwa BGH 18. 11. 1969, St 23, 151 = MDR 1970, 160 = NJW 1970, 393). Nach BGH 25. 6. 1969 (Z 52, 216 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [7, 18, 30, 73, 80, 83]) muß das Ziel der Auslegung eines Abkommens, das den beiden Vertragspartnern und deren Staatsangehörigen wechselseitig genau entsprechende Rechte und Pflichten einräumt, ein effektiv möglichst gleichwirkender Schutz auf beiden Seiten sein; die Auslegung müsse daher den Grundsatz der Harmonie der Rechtsanwendung in beiden Staaten beachten. Das sei besonders bei der Heranziehung innerstaatlicher Rechtsbegriffe zu beachten.

77. Im Niederlassungs- (BVerwG 24. 4. 1969, VerwRspr. 20 Nr. 231, S. 847; BayVerwGH 30. 6. 1970, BayVBl. 1970, 368), Doppelbesteuerungs- (BFH 13. 1. 1970, E 98, 334), Sozialversicherungs- (BSozG 27. 2. 1970, E 31, 54) und im Auslieferungsrecht (siehe oben Nr. 69 ff.) läßt sich eine deutliche Tendenz feststellen, im Wortlaut unterschiedliche, aber dem Sinn nach ähnliche Klauseln gleich zu interpretieren und für jede Vertragskategorie und bestimmte Klauseln einheitliche Prinzipien zu entwickeln. Die einschlägigen Entscheidungen stützen sich dann häufig für eine bestimmte Auslegung auf Urteile, die zu ähnlichen Klauseln in anderen Verträgen ergangen sind, ohne auf die Unterschiede im Wortlaut einzugehen.

78. Verhältnismäßig häufig wird andererseits durch den Vergleich zwischen verschiedenen Verträgen der BRD mit demselben Vertragspartner oder aber mit anderen Vertragspartnern auf die Auslegung eines bestimmten Vertrages geschlossen.

Einerseits wird so zur Auslegung bestimmter Verträge auf »Musterverträge« zurückgegriffen, etwa im Niederlassungsrecht auf das Europäische Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955 (BGBl. 1959 II, 997, 1965 II, 1099, 24 A 277, BVerwG 18. 12. 1969, VerwRspr. 21 Nr. 82, S. 347 = BayVBl. 1970, 137), im Doppelbesteuerungsrecht auf den Musterentwurf

⁴⁷⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31, S. 228 ff.

eines Doppelbesteuerungsabkommens der OECD aus dem Jahre 1963 (Banz Nr. 76/1964: BFH 8.1.1969, HFR 1969, 371; 13.1.1970, E 98, 334; Niedersächsisches FG 17.11.1969, EFG 1970, 213; 26.6.1970, EFG 1970, 593) oder auf das deutsch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen (so das Schleswig-Holsteinische FG 7.8.1969, EFG 1969, 482, da hiermit »ein neuer Abschnitt der deutschen Doppelbesteuerung auch hinsichtlich des Vertragstyps eingeführt wurde«: deshalb könne für diesen Typ allgemein auf die Verwaltungsanordnung vom 21.2.1957 über Richtlinien für die Anwendung des deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens — BStBl. 1957 I, 160 — zurückgegriffen werden).

Auf der anderen Seite wird aus der Änderung des Inhalts von aufeinanderfolgenden Verträgen mit denselben (FG Bremen, EFG 1970, 381 = HFR 1970, 556) oder mit anderen Vertragspartnern (BGH 16.10.1970, BGHSt 23, 348 = NJW 1971, 335 [2, 72]) auf den Inhalt der neueren Verträge geschlossen, wobei manchmal aus dieser Änderung unmittelbar Folgen gezogen werden (FG Bremen), manchmal festgestellt wird, die älteren Verträge enthielten angesichts der Änderung kein heute noch gültiges Wohnheitsrecht oder allgemeines Rechtsprinzip (BGH).

2. Rückgriff auf nationales Recht zwecks Auslegung ⁴⁸⁾

79. Mehrere Entscheidungen der Berichtsperiode lehnten es ausdrücklich ab, zur Auslegung von in Staatsverträgen verwendeten Begriffen auf die deutsche Rechtsordnung zurückzugreifen.

So hat etwa der BGH im Urteil vom 24.6.1969 (Z 52, 194 ff., 205; vgl. auch 24.6.1969, Z 52, 213; OLG Düsseldorf 24.6.1969, Warn. 1969 II, 475 [86]) die im Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929 (RGBl. 1933 II, 1039, 21 A 239) enthaltenen Begriffe »Luftfrachter« und »entgeltliche Luftbeförderung« aus dem Abkommen selbst unter Rückgriff auch auf die ausländische Literatur und Rspr. ausgelegt. Was insbesondere als »entgeltlich« oder »unentgeltlich« im Sinne des Art. 1 anzusehen ist, sei dem Abkommen selbst nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Da es sich um die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages handle, könne der im deutschen Recht verwendete Begriff der »Unentgeltlichkeit« (etwa § 8 a des Straßenverkehrsgesetzes vom 19.12.1959, BGBl. I, 837; § 1 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961, BGBl. I, 241) nicht herangezogen werden. Auch ein Rückgriff auf das deutsche Luftverkehrsgesetz in der Fassung vom 4.11.1968 (BGBl. I, 1113) sei nicht statthaft. Diese

⁴⁸⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31, S. 332 f.

Entscheidungen sind um so richtiger, als der deutsche Text nur eine nicht authentische Übersetzung enthält.

80. Authentisch ist — neben dem französischen — dagegen der deutsche Text des Abkommens vom 8. 3. 1960 zwischen der BRD und der französischen Republik über den Schutz von Herkunftsangaben, Ursprungsbezeichnungen und anderen geographischen Bezeichnungen (BGBl. II, 22). Der BGH (25. 6. 1969, Z 52, 216 ff., 220 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [7, 18, 30, 73, 83]) stellte fest, daß dieses Abkommen beiden Vertragspartnern und ihren Angehörigen genau entsprechende Rechte einräume und Pflichten auferlege. Ziel eines solchen Abkommens müsse ein effektiv möglichst gleichwirkender Schutz auf beiden Seiten sein. Die Auslegung müsse daher den Grundsatz der Harmonie der Rechtsanwendung in beiden Staaten in Rechnung stellen. Das sei besonders bei der Heranziehung innerstaatlicher Rechtsbegriffe wie der »Verwechslungsgefahr« und der »Warengleichartigkeit« zu beachten, die nicht unbesehen als dem Abkommen zugrunde liegend angesehen werden dürften. Konkret handelte es sich um die Frage, ob der Schutz der französischen Herkunftsbezeichnung (hier: »Champagner«) entgegen dem unbeschränkten Wortlaut des Abkommens sich nur auf den Bereich von Waren erstreckt, die im Sinne des deutschen Warenzeichenrechts den entsprechenden französischen Produkten »gleichartig« sind (»Schaumwein«, nicht aber Bier), mit diesen also verwechselt werden können. Im Unterschied zum vorhergehenden Urteil sollte hier also nicht ein im Abkommen enthaltenes Wort unter Rückgriff auf einen deutschen Begriff ausgelegt werden, sondern der Bereich des Abkommens unter Rückgriff auf deutsche Rechtsgedanken eingeengt werden. Der BGH führte aus, eine restriktive Auslegung der einschlägigen Vertragsbestimmungen sei, wie bei völkerrechtlichen Verträgen allgemein, zulässig, wenn festgestellt werden könne, daß der wirkliche Wille der Vertragsparteien sich nicht mit dem weitergehenden Wortlaut decke. Es sei auch richtig, daß im Zweifel eine Auslegung vermieden werden müsse, die zu unangemessenen Ergebnissen führen würde. Zweck des Abkommens sei der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb in einem weiteren Umfang als nach dem bisherigen innerstaatlichen Recht. Einerseits erstrecke sich dieser Schutz also nicht auf alle denkbaren Warengebiete. Andererseits decke sich dieser Schutz nicht mit dem deutschen Warenzeichenrecht, zumal das Abkommen im wesentlichen dem Schutz von bestimmten Herkunftsangaben, nicht von betrieblichen Kennzeichnungsrechten diene und damit einen anderen Zweck als das Warenzeichenrecht verfolge. Es sei auch nicht angängig, bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Abkommens, das eine Materie des Wettbewerbsrechts regle, zu Lasten des Vertragspartners auf einen innerstaatlichen Rechtsbe-

griff aus einem anderen Rechtsgebiet zurückzugreifen. Der Begriff der »Beeinträchtigung des geschäftlichen Werbewerts«, auf den der BGH schließlich zurückgreift, sei dagegen allgemein und nicht auf eine Rechtsordnung beschränkt; er könne deshalb zur einschränkenden Auslegung herangezogen werden.

Dieser Auslegungsmethode ist grundsätzlich zuzustimmen. Wenn es auch denkbar ist, daß die Vertragspartner für die innerstaatliche Anwendung auf die in jedem Vertragsstaat geltenden Rechtsbegriffe verweisen, ist doch in der Regel — und insbesondere dann, wenn die Gegenseitigkeit so stark wie hier im Vordergrund steht — eine einheitliche Auslegung geboten. Im Einzelfall kommt man zu einer einheitlichen Auslegung zwar auch dann, wenn der Vertrag auf die nur in einer der beteiligten Rechtsordnungen geltenden Begriffe hin in beiden Vertragsstaaten ausgelegt werden soll. Dann ist zwar die Harmonie der Rechtsanwendung gesichert, es kommt aber zur Diskriminierung der Rechtsordnung des anderen Vertragspartners. Deshalb erscheint es richtig, wenn der BGH eine Vermutung gegen einen solchen Vertragswillen aufstellt.

81. Nach BGH 27. 4. 1970 (AWD 1970, 272 = JZ 1970, 728 = MDR 1970, 913 = NJW 1970, 1507; vgl. auch 11. 3. 1970, AWD 1970, 274 = JZ 1970, 727 = NJW 1970, 1002; OLG Oldenburg 27. 4. 1970, Warn. 1970 I, 230) muß Art. VIII Abschn. 2 (b) Satz 1 des Abkommens über den Internationalen Währungsfonds angesichts des Wortlauts der deutschen Übersetzung und der maßgeblichen englischen Fassung dahin ausgelegt werden, daß die Klage aus nicht genehmigten, nach der betreffenden Rechtsordnung aber genehmigungsbedürftigen Devisenkontrakten ausgeschlossen ist; der öffentlich-rechtliche Zweck dieser Bestimmung, in Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten die Stabilität der Währung zu fördern, geordnete Währungsbeziehungen aufrecht zu erhalten und in diesem Rahmen auch beim Schutz der Devisenregelungen gegenseitig mitzuwirken, verlange, daß die Gerichte ohne Rücksicht auf das an sich geltende Vertragsstatut und den Grundsatz der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts die Nichtklagbarkeit *ex officio* berücksichtigen. Dieser Schutz reiche einerseits aus, der Zweck des Abkommens verlange also nicht die Unwirksamkeit nicht-genehmigter Verträge. Er begnüge sich andererseits nicht damit, daß die Gerichte die Nichtklagbarkeit erst auf Grund einer entsprechenden Einwendung einer Partei berücksichtigen. Deshalb könne trotz der Maßgeblichkeit der englischen Wortfassung nicht darauf zurückgegriffen werden, daß im anglo-amerikanischen Rechtskreis der Wortlaut *shall be unenforceable* es den Parteien überlasse, sich auf die entsprechenden Bestimmungen zu berufen.

Hier wird also unter Berufung auf den Zweck des Abkommens der Rück-

griff auf die Rechtsvorstellungen des Vertragspartners abgelehnt, dessen Sprache für den Vertrag authentisch ist. Schaut man genauer hin, legt das Urteil den Vertrag aber nur scheinbar aus sich selbst aus. Die Frage, ob der Richter die Vertragsbestimmung *ex officio* oder nur auf Berufung der Parteien berücksichtigen muß, wird nämlich an Hand eines Kriteriums entschieden, das zwar in Deutschland, nicht aber notwendig auch etwa in den angelsächsischen Staaten für diese Entscheidung herangezogen wird.

82. Zahlreiche Niederlassungsverträge der BRD behalten hinsichtlich des Aufenthaltsrechts die nationalen Regeln vor, während sie im Bereich des Niederlassungsrechts Inländergleichheit gewähren. Für die Frage, ob die Beschränkung der Aufenthaltsgenehmigung auf bestimmte Tätigkeiten unter die Aufenthalts- oder die Niederlassungsklauseln dieser Verträge fällt, greifen mehrere Urteile darauf zurück, daß diese Beschränkung im deutschen Ausländergesetz und nicht im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht ihre Grundlage findet (BVerwG 18. 12. 1969, VerwRspr. 21 Nr. 82, S. 347; 20. 8. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 81, S. 359 = DVBl. 1970, 870 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158; BayVG 6. 3. 1967, GewA 1968, 45; 30. 6. 1970, BayVBl. 1970, 368; OVG Rheinland-Pfalz 30. 6. 1969, AS 11, 151).

Entgegen diesen Urteilen ist daran festzuhalten, daß die Qualifizierung als Aufenthalts- oder Niederlassungsrecht nicht vom deutschen, sondern nur vom Vertragsrecht her vorgenommen werden kann. Es ist unwahrscheinlich, daß der Vertrag hinter allen Rechtsbestimmungen zurücktreten will, die von der deutschen Literatur oder Gesetzgebung als aufenthaltsrechtlich qualifiziert werden. Der nationale Gesetzgeber hätte dann nämlich völlig freie Hand, das Niederlassungsabkommen beiseite zu schieben. Die deutsche Qualifikation ist überdies nicht auf die einschlägigen Vertragsklauseln hin entwickelt worden und bleibt viel zu unbestimmt.

83. In zwei Entscheidungen vom 25. 6. 1969 (NJW 1969, 2087 und Z 52, 216, 220 = GRUR Int. 1970, 357 = NJW 1969, 2083 [7, 18, 30, 73, 76, 80]) hat der BGH überprüft, ob seine Vertragsauslegung zu einer Verletzung des Art. 14 GG führen würde. Zweck dieser Prüfung war nicht, das Zustimmungsgesetz insoweit für nichtig zu erklären. Der BGH führte vielmehr aus, »unter verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten sei schließlich diejenige vorzuziehen, bei der der Staatsvertrag mit der innerstaatlichen Verfassung in Einklang zu bringen sei, da im Zweifel davon ausgegangen werden muß, daß die Organe der Vertragsstaaten nicht grundgesetzwidrige Bindungen hätten eingehen wollen« (BVerfGE 4, 168).

84. Für die Auslegung der Begriffe von Doppelbesteuerungsabkommen griffen auch im Berichtszeitraum⁴⁹⁾ wieder zahlreiche Entscheidungen auf

⁴⁹⁾ Vgl. ZaöRV Bd. 31, S. 332 f.

das deutsche Steuerrecht zurück, soweit der Vertrag selbst die entsprechenden Begriffe nicht definierte (BFH 11.3.1970, E 98, 430 = AWD 1970, 328 = DStR 1970, 462 = HFR 1970, 323; Schleswig-Holsteinisches FG 7.8.1969, EFG 1969, 482). Andere Entscheidungen haben das Abkommen aus sich selbst heraus ausgelegt (FG Baden-Württemberg 15.7.1969, EFG 1969, 583; FG Berlin 3.12.1969, EFG 1970, 327; FG Düsseldorf 13.1.1970, EFG 1970, 380; FG Hamburg 9.2.1970, EFG 1970, 487; Niedersächsisches FG 17.11.1969, EFG 1970, 213; 26.6.1970, EFG 1970, 593). Dabei wird vereinzelt auf die Rechtslage im anderen Vertragsstaat (Niedersächsisches FG 17.11.1969, EFG 1970, 213) oder in beiden Vertragsstaaten (BFH 8.1.1969, HFR 1969, 371) zurückgegriffen, manchmal auch auf den Musterentwurf der OECD (siehe oben Nr. 78) oder auf allgemeine Prinzipien des Doppelbesteuerungsrechts (BFH 11.3.1970, E 98, 427, 430 = AWD 1970, 328 = DStR 1970, 462; FG Hamburg 5.12.1969, EFG 1970, 270; 9.2.1970, EFG 1970, 487).

85. Das FG Düsseldorf (8.4.1970, EFG 1970, 546) ist der Auffassung, daß wenn ein Doppelbesteuerungsabkommen zu unerwünschten Wirkungen führt, die beim Abschluß des Doppelbesteuerungsabkommens nicht voraussehbar waren, nicht vorausgesehen oder in ihrer Bedeutung unterschätzt wurden, es bei den betreffenden Regierungen liege zu entscheiden, ob sie mit politischen Mitteln oder durch Kündigung des Abkommens ihre geänderten Vorstellungen verwirklichen wollen. Es könne nicht Sache der innerstaatlichen Gerichte sein, diese Aufgabe durch Auslegung der Abkommen allein nach den wirtschaftspolitischen Zweckvorstellungen der inländischen Steuerverwaltung zu übernehmen.

Bei dieser Entscheidung bleibt unklar, ob der Auslegung diese Grenze durch Prinzipien des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts gezogen wird. Der Hinweis auf die dann notwendige Kündigung impliziert, daß das Völkerrecht eine solche »hypothetische« Auslegung verbietet. Vorher wies das FG aber darauf hin, daß die Doppelbesteuerungsabkommen einerseits Mittel der Außenpolitik, andererseits als innerstaatliches Recht die Grundlage der wirtschaftlichen Dispositionen der Individuen über die Grenze darstellen. Es könnte also sein, daß — auch — innerstaatliche Grundsätze (Gewaltenteilung und Vertrauensschutz) punktuell eine an sich im Völkerrecht gestattete Auslegungsmethode bei der innerstaatlichen Anwendung verbieten. Solche Probleme stellen sich nicht nur im Steuerrecht, sondern etwa auch im internationalen Strafrecht, weil dort auf der Völkerrechtsebene die Auslegung nicht in demselben Umfang beschränkt wird wie auf der innerstaatlichen Ebene durch den Grundsatz *nulla poena sine lege*.

3. Zusammenwirken des Vertragsrechts mit dem nationalen Recht bei der innerstaatlichen Anwendung

Das Zusammenwirken des Völkerrechts mit dem nationalen Recht im innerstaatlichen Rechtsraum wirft zahlreiche Probleme auf. Für das Europarecht wurde unter den Nr. 21 ff. über die in der Berichtsperiode aufgetretenen Fragen schon berichtet. Es bleibt die Berichterstattung über das allgemeine Vertragsrecht:

a) Lückenfüllung

86. Es gibt zahlreiche Verträge, welche bestimmte Rechtsverhältnisse nur punktuell regeln, sie aber im übrigen in der Zuständigkeit der einschlägigen staatlichen Rechtsordnung belassen. Insoweit entsteht kein eigentliches Problem der Lückenfüllung. Eine solche partielle Regelung enthält etwa das Warschauer Abkommen (21 A 239), das nur einzelne, besonders wichtige Fragen des Luftbeförderungsvertrages regelt, im übrigen aber weiterhin das nationale Recht zur Anwendung gelangen läßt. Der Luftbeförderungsvertrag ist nach deutschem Recht als Werkvertrag zu qualifizieren, auf den die §§ 631 ff. BGB Anwendung finden. Nur soweit das Warschauer Abkommen reicht, treten dessen Regeln an die Stelle der entsprechenden deutschen Bestimmungen (OLG Düsseldorf 24. 6. 1969, Warn. 1969 II, 475). Hier kann man also von einer »Überlagerung« eines deutschen Rechtsinstituts durch sich auf dieses Rechtsinstitut beziehende Völkerrechtsregeln sprechen.

87. Andere Verträge regeln ein — dem nationalen Recht häufig unbekanntes — Rechtsinstitut oder ein bestimmtes Rechtsverhältnis in ihren Grundlagen selbst, lassen aber Einzelfragen offen. Hier ist es häufig möglich und erforderlich, zur Ergänzung der internationalen Regelung auf das nationale Recht zurückzugreifen. Das setzt meist zunächst eine Qualifizierung des im innerstaatlichen Recht unbekannten Rechtsinstituts oder Rechtsverhältnisses nach deutschem Recht, eine Annäherung an bestimmte deutsche Rechtsinstitute voraus, deren Regeln dann entweder verändert oder dem neuen Rechtsinstitut angepaßt übernommen werden können.

So untersuchte das OLG Düsseldorf (20. 11. 1969, Warn. 1970 I, 105), wie die im Art. 11 Abs. 1 des deutschen Zustimmungsgesetzes zum NATO-Truppenstatut vom 18. 8. 1961 (BGBl. II, 1183) enthaltene, auf das vorherige Besatzungsrecht zurückgehende »Entschließung« des Amtes für Verteidigungslasten nach deutschem Recht zu qualifizieren ist, mit der die Entschädigung für Stationierungsschäden festgesetzt wird. Zu diesem Zweck versucht das Gericht, die Entschließung unter die deutschen Begriffe des

Anerkennnisses, des Vergleichs, des Schuldanerkenntnisses, des Urteils, des Verwaltungsakts und des Vertrages einzuordnen, um bestimmte Rechtsfolgen abzuleiten.

88. Häufig stellt sich vor innerstaatlichen Gerichten die Frage, welche Rechtswirkungen ein Vertrag oder die Verletzung dieses Vertrages vor innerstaatlichen Gerichten hat. Diese Sanktion kann entweder im Vertrag oder im innerstaatlichen Recht geregelt sein oder sich aus dem Zusammenspiel des Vertrages mit dem nationalen Recht ergeben:

Verletzt ein Devisenkontrakt die Devisenbestimmungen eines fremden Staates, so hat diese Verletzung nach der Rechtsordnung dieses Staates eine bestimmte Rechtsfolge. In den anderen Staaten ist diese Rechtsfolge grundsätzlich unbeachtlich, weil deren Rechtsordnung nur an die Verletzung des eigenen öffentlichen Rechts bestimmte Sanktionen knüpft. Die Verletzung des fremden Devisenrechts führt nur dann zur Anwendung der fremden Sanktion, wenn das eigene IPR auch insoweit auf das Recht dieses fremden Staates verweist. Art. VIII Abs. 2 (b) Satz 1 des IWF-Abkommens änderte diese Rechtslage dahin ab, daß aus Devisenkontrakten, die die Währung eines Mitglieds berühren und die im Gegensatz stehen zu den von dem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Abkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenbestimmungen, in den Gebieten der Mitgliedstaaten nicht geklagt werden kann. Nach Auffassung des BGH (11. 3. 1970, NJW 1970, 1002 = JZ 1970, 727 = AWD 1970, 274 [13]) ist diese völkerrechtliche Verpflichtung der BRD durch das Zustimmungsgesetz vom 28. 7. 1952 (BGBl. II, 637) in innerdeutsches Recht transformiert worden. Mithin »bedürfe auch nach deutschem Recht die Bürgschaft der Beklagten einer Genehmigung durch die niederländische Bank«. Daran ist sicherlich richtig, daß diese Bestimmung durch das Zustimmungsgesetz innerstaatliche Geltung erlangte und daß sie nach dem Willen der Vertragspartner innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist. Falsch ist dagegen, daß das ausländische Devisenrecht zu deutschem Recht wurde. Der in deutsches Recht transformierte Vertrag knüpft vielmehr an die Verletzung des Devisenrechts eines Mitgliedstaates eine neue Sanktion. Er verdrängt damit einerseits die Regeln des deutschen IPR, das entweder die fremde Sanktion zur Anwendung kommen ließ oder eine Sanktion völlig ausschloß. Richtig untersucht deshalb der BGH (27. 4. 1970, AWD 1970, 272 = JZ 1970, 728 = MDR 1970, 913 = NJW 1970, 1507 [75, 81]; vgl. OLG Oldenburg 27. 4. 1970, Warn. 1970 I, 230), durch Auslegung des Vertrages selbst die Sanktion zu bestimmen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Zweck des Vertrages nicht die Unwirksamkeit, sondern nur die Unklagbarkeit aus gegen das fremde Devisenrecht verstoßenden Rechtsakten verlange, daß diese Unklagbarkeit

aber *ex officio* festgestellt werden müsse. Damit ist auch die prozessuale Behandlung dieser Rechtsfolge im wesentlichen durch den Vertrag schon festgelegt. Nur um diese Rechtsfolge in das System des deutschen Zivilprozeßrechts einzuordnen, stellt der BGH anschließend fest, daß es sich nicht um ein Prozeßhindernis, sondern um den Mangel einer allgemeinen Prozeßvoraussetzung im Sinne der deutschen ZPO handle.

89. Das LG Frankfurt (5. 11. 1970, JZ 1971, 234 [12]) stellte fest, daß in einem vor ihm anhängigen Strafverfahren der Art. 6 MRK dadurch verletzt worden war, daß das Verfahren weit über die nach dieser Vorschrift angemessene Frist dauerte. Die MRK bestimmte nicht, was in einem solchen Fall zu geschehen habe. Nach Ansicht des LG ist die MRK aber nicht dahin auszulegen, daß diese Verletzung ohne Folgen bleiben dürfe. Eine solche Auslegung werde dem Gewicht und der Bedeutung dieser Norm nicht gerecht. Die Pflicht zum Abschluß des Verfahrens in angemessener Frist gehöre zu den Grundsätzen des fairen Verfahrens, die zu den wesentlichsten Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens gehörten. Die in der MRK normierten Rechte seien Teil eines Mindeststandards an Freiheitsrechten. Ein Gesetz dieses hohen Ranges wäre seines Inhalts beraubt und damit ohne praktische Bedeutung, wenn seine Verletzung im Einzelfall keine Folgen hätte. Überdies müßten die Gerichte im Verfahren dann immer wieder Art. 6 verletzen, das Beschwerderecht bei nationalen Instanzen und internationalen Instanzen wäre ohne jeden Sinn. Ein Zwang für Gerichte, rechtswidrig zu handeln, verstoße überdies gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Das Gericht sieht eine gewisse Ähnlichkeit der Lage mit der Verfolgungsverjährung, nimmt also ein Prozeßhindernis im Sinne der deutschen StPO an und greift auf deren prozessuale Rechtsfolgen zurück. Etwas unklar bleibt, ob diese Rechtsfolge grundsätzlich der MRK entnommen oder diese nur darauf untersucht wird, ob sie jede Sanktion ausschließt, ob also auf der anderen Seite die Annäherung an das Prozeßhindernis im Sinne der StPO nur die Einzelheiten einer grundsätzlich von der MRK geregelten Rechtsfolge festlegen soll oder ob die Rechtsfolge ganz der deutschen StPO entnommen wurde.

90. In seiner Entscheidung vom 25. 6. 1969 (NJW 1969, 2087 [74]) untersucht der BGH den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 des deutsch-französischen Abkommens über den Schutz von Herkunftsangaben vom 8. 3. 1960 (BGBl. 1961 II, 23). Seiner Auffassung nach wendet sich diese Bestimmung nur gegen die Benutzung bestimmter Bezeichnungen. Die Eintragung eines Warenzeichens stelle an sich eine solche Benutzung nicht dar. Das Verbot der Benutzung wahre auch die nach dem Abkommen zu schützenden Interessen. Das Abkommen verleihe also keinen Anspruch auf Löschung des Warenzeichens.

In diesem Urteil wird somit untersucht, ob nach dem Zweck des Abkommens eine bestimmte deutschrechtliche Folge eintreten soll. Eine Ergänzung oder Präzisierung der Rechtsfolgen aus dem deutschen Recht wird nicht vorgenommen, weil das Abkommen eine solche Rechtsfolge zwar nicht ausschließt, aber auch nicht verlangt.

b) Sonstige Fälle

91. Die Bundesregierung hat mit mehreren auswärtigen Regierungen Anwerbungsvereinbarungen (vgl. etwa die deutsch-türkische Vereinbarung über die Vermittlung von türkischen Arbeitnehmern — Benachrichtigung des Bundesinnenministers vom 12.12.1961, GMBI. 1962, 10) geschlossen, die das Verfahren der Einreise und Anstellung sowie den Aufenthalt von Gastarbeitern in der BRD regeln. Dem Zweck dieser Vereinbarungen widerspricht es, wenn Angehörige des betreffenden Staates außerhalb dieses Verfahrens in der BRD eine Arbeit aufnehmen oder in diesem Verfahren eingeschleuste Ausländer eine andere Tätigkeit ergreifen. Diese Vereinbarungen sind weder durch ein Gesetz noch durch eine Rechtsverordnung in die deutsche Rechtsordnung eingeführt worden und können folglich von den deutschen Behörden und Gerichten nur wie eine Verwaltungsverordnung angewendet werden: Die deutschen Ausländerbehörden machen im Rahmen des ihnen vom Ausländergesetz verliehenen Ermessens die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung von der Einhaltung dieser Abkommen abhängig und sichern es so mittelbar rechtlich ab. Die Verwaltungsgerichte halten diese Ermessensausübung für rechtmäßig (BVerwG 18.12.1969, VerwRspr. 21 Nr. 82, S. 347 = BayVBl. 1970, 137; 15.1.1970, VerwRspr. 21 Nr. 83, S. 353; 20.8.1970, VerwRspr. 22 Nr. 82, S. 359 = DVBl. 1970, 877 = FamRZ 1970, 643 = MDR 1971, 158; OVG Lüneburg 17.2.1970, NJW 1970, 1515; OVG Rheinland-Pfalz 30.6.1969, AS 11, 151).

92. Bei der Auslegung deutscher Gesetze greifen die Gerichte nicht nur auf allgemeines Völkerrecht (so für das Territorialitätsprinzip: BSozG 28.8.1970, E 31, 288), sondern auch auf das Vertragsrecht zurück. Häufig wird es sich dabei um den Fall der vertragskonformen Auslegung handeln, die den Widerspruch des nationalen Rechts mit den internationalen Verpflichtungen des Staates verhindern soll. Eine solche Auslegung ist vor allem möglich und erforderlich, wenn das Gesetz internationale Verträge innerstaatlich durchführen soll. Diese Fälle sind im Europarecht häufig (siehe oben Nr. 21 ff.). Nach Ansicht des BVerfG (9.12.1970, E 29, 348 ff., 369 ff. [19, 43]) ist ferner bei der Auslegung des Gesetzes Nr. 63 der Alliierten Hohen Kommission zur Klarstellung der Rechtslage in Bezug auf deutsches Auslandsvermögen und andere im Wege der Reparation oder

Rückerstattung erfaßten Vermögensgegenstände vom 31.8.1951 (AHK ABL, S. 1107) wegen des Zwecks und der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes auf die Rechtsauffassungen zurückzugreifen, die den in Abs. 1 der Präambel genannten zwischenstaatlichen Abkommen zugrunde liegen, welche die alliierten Mächte hinsichtlich der Liquidation des deutschen Auslandsvermögens zu Reparationszwecken geschlossen haben.

Auf internationale Verträge wird aber manchmal zur Auslegung deutscher Gesetze auch dann zurückgegriffen, wenn eine Kollision mit internationalen Pflichten nicht vorliegt. So hat etwa das BVerfG (3.10.1969, E 27, 71 ff., 82) eingehend dargelegt, daß und wie die Informationsfreiheit in der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 14.12.1946, in Art. 19 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 und in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 der MRK garantiert wird, um »die besondere Bedeutung, die der Informationsfreiheit auch im internationalen Bereich zugemessen wird«, aufzuzeigen. Diese besondere Bedeutung führt dann im Urteil zu einer umfassenden Aktualisierung dieses selbstständig neben der Meinungsfreiheit stehenden Grundrechts des GG.

Die mit mehreren Staaten abgeschlossenen Verträge über den Schutz von Herkunftsangaben sollen diese Herkunftsbezeichnungen über das bestehende innerstaatliche Recht hinaus schützen. Der BGH (27.2.1969, NJW 1969, 978) lehnt es ab, aus dieser Tatsache den Schluß zu ziehen, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß ein Schutz der Herkunftsangaben nach § 3 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb an sich nicht in Betracht komme. Andererseits ist er der Auffassung (2.4.1969, NJW 1969, 1534 = MDR 1969, 733), das nationale Warenzeichenrecht wolle den internationalen Schutz fremder Warenzeichen nicht über das internationale Vertragsrecht hinaus erweitern.

Die Entscheidung des BGH vom 9.7.1969 (Z 52, 251 = NJW 1969, 2091 [37]) schließlich untersucht, welche internationalen Gerichtsstände in internationalen Verträgen üblicherweise anerkannt werden, um die in § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO für eine Anerkennung fremder Urteile festgelegte Voraussetzung der Gegenseitigkeit zu konkretisieren.

93. Nach Ansicht des OLG München (19.12.1968, NJW 1970, 1236) enthalten die Internationalen Gesundheitsvorschriften vom 25.5.1961 (BGBl. II, 1062), die eine Beobachtung und Quarantäne bei Reisen aus orientalischen Ländern gestatten, eine psychologische Einwirkung, die dem Zwang zur Pockenimpfung nahekommt. Deshalb bestehe bei Impfschäden nach deutschem Recht ein Aufopferungsanspruch.

94. Im Streit um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Abgeltung von Reparations-, Restitutions-, Zerstörungs- und Rückerstattungsschäden

vom 12. 2. 1969 (BGBl. I, 105) hatten sich die Kläger u. a. darauf berufen, ihnen hätten auf Grund der deutschen Vorschriften über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung ein Ersatzanspruch gegen die BRD zugestanden, weil die Inanspruchnahme der Häuser und Wohnungen von Privatpersonen durch die Besatzungsmächte den nach Völkerrecht zur Unterbringung verpflichteten deutschen Staat entlastet und insoweit bereichert habe; zugleich hätten die Besatzungsmächte deswegen ein Geschäft der deutschen Staatsorgane besorgt. Das BVerfG (3. 12. 1969, E 27, 253 ff., 274 [3, 12, 20, 49, 99]) und der BGH (13. 10. 1969, Z 52, 371 = DÖV 1970, 129 = DVBl. 1970, 146 = NJW 1970, 191) lehnen die Ansprüche ab, weil eine Bereicherung bzw. Geschäftsführung nicht vorliege. Die interessante Frage, ob eine Völkerrechtspflicht Deutschlands gegenüber anderen Staaten im Rahmen solcher deutschrechtlichen Ansprüche überhaupt berücksichtigt werden kann, bleibt also offen.

4. Anwendungsbereich der Verträge

95. Nach Ansicht des BVerfG (12. 6. 1970, E 35, 262 [6, 8, 102]) verbietet Art. 1 Abs. 2 LSchA der BRD Zahlungen auch an Nichtvertragsstaaten und deren Angehörige. Diese Bestimmung sei durch das Zustimmungsgesetz in deutsches Recht transformiert worden und wirke damit auf der Landesrechtsebene auch gegenüber Angehörigen von Nichtvertragsstaaten. In diesem Fall verboten der klare Zweck und Wortlaut des Vertrages, der Tatsachen, daß der Vertrag auf der Völkerrechtsebene Rechte und Pflichten nur zwischen den Mitgliedstaaten begründet, innerstaatlich dadurch gerecht zu werden, daß man den Anwendungsbereich und damit den transformierten Inhalt des Vertrages auf die Mitgliedstaaten begrenzt oder neben dem Vertrag auf das Gegenseitigkeitsprinzip zurückgreift, wie dies etwa in anderen Entscheidungen (etwa BGH 11. 3. 1970, AWD 1970, 274 = JZ 1970, 727 = NJW 1970, 1002; BSozG 18. 12. 1969, E 30, 226) geschehen ist⁵⁰⁾. Bei beiden Methoden wird vorausgesetzt, daß der Vertrag bestimmte Rechtsbeziehungen zwischen Individuen oder zwischen Individuen und dem Staat, dessen Behörden oder Gerichte den Vertrag anwenden, nur erfaßt, wenn auch ein bestimmter anderer Staat Vertragspartner ist. Dabei wird meist auf die Staatsangehörigkeit des Individuums abzustellen sein, für den der Vertrag Rechte oder Pflichten begründen soll. Der Vertrag greift dann nur ein, wenn der Staat, dessen Angehörige sich auf den Vertrag berufen oder gegen dessen Angehörige der Vertrag wirken soll, Partner dieses Ver-

⁵⁰⁾ Vgl. hierzu oben Nr. 8.

trages ist. Es können aber auch andere Anknüpfungspunkte maßgeblich sein. So erstrecken sich etwa Auslieferungsverträge ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Auszuliefernden auf den gesamten Auslieferungsverkehr zwischen den Vertragspartnern. Soweit diese Fragen im Vertrag selbst nicht geklärt sind, entstehen manchmal erhebliche Auslegungsschwierigkeiten, selbst bei bilateralen Verträgen, wie etwa das Urteil des FG Berlin vom 17. 9. 1970 (EFG 1971, 59) zeigt, das erst nach schwierigen Auslegungsarbeiten zu dem Ergebnis kommt, daß das betreffende Doppelbesteuerungsabkommen nur die Staatsangehörigen der beiden Vertragspartner erfaßt.

Wie schwierig die Feststellung der erheblichen Anknüpfungspunkte bei multilateralen Verträgen sein kann, zeigt die Entscheidung des BSozG vom 18. 12. 1969 (E 30, 226). Ein polnischer Staatsangehöriger war am 17. 3. 1947 bei einem Arbeitsunfall in der BRD getötet worden. Die polnische Ehefrau wanderte 1949 nach Australien aus und erwarb 1961 die australische Staatsangehörigkeit. Sie forderte auf Grund des Art. 1 des Übereinkommens Nr. 19 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Gleichbehandlung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer bei Entschädigung aus Anlaß von Betriebsunfällen vom 5. 6. 1925 (RGBl. 1928 II, 509, 29 A 389) eine Überweisung der Rente nach Australien, was § 615 Abs. 1 der Reichsversicherungsordnung grundsätzlich ausschließt. Das BSozG stellte fest, daß das Übereinkommen für Polen und Deutschland 1928 in Kraft getreten war. Nach dem späteren Austritt Deutschlands aus der Internationalen Arbeitsorganisation und dem Zusammenbruch des Deutschen Reichs habe die Bundesregierung in einer Erklärung vom 12. 6. 1951 anerkannt, daß die Verpflichtungen aus den vom Deutschen Reich ratifizierten Übereinkommen — soweit sie im Hoheitsbereich der BRD entstanden sind — für die BRD verbindlich seien. Dies bedeute, daß das Übereinkommen Nr. 19 bei inländischen Arbeitsunfällen für die deutschen Versicherungsträger als ununterbrochen geltend anzusehen sei. Die deutschen Unfallversicherungsträger dürften das Fehlen der faktischen Gegenseitigkeit im Verhältnis zu Polen von sich aus nicht ohne weiteres zum Anlaß nehmen, die Rentenzahlung ins Ausland zu verweigern. Die zeitliche Abgrenzung der von Art. 1 erfaßten Arbeitsunfälle bestimme sich grundsätzlich nach dem Datum der Ratifikation durch das Deutsche Reich bzw. durch den anderen Signatarstaat. Es komme also auf den Zeitpunkt der letzten jeweils in Betracht kommenden Ratifikation an, auf vor diesem Zeitpunkt eingetretene Arbeitsunfälle finde Art. 1 keine Anwendung. Während der Zeit ihrer polnischen Staatsangehörigkeit habe die Klägerin einen Gleichbehandlungsanspruch auf Grund der polnischen Ratifikation. Nach dem Staatsangehörigkeits-

wechsel bleibe dieser Anspruch auf Grund der vor diesem Wechsel liegenden australischen Ratifikation bestehen. Daß Australien allein den Vertrag erst nach dem Arbeitsunfall ratifiziert habe, ändere hieran nichts.

Der Fall zeigt, daß man bei multilateralen Verträgen, die Rechtsbeziehungen mit vielfachen internationalen Anknüpfungspunkten regeln, zwei verschiedene Dinge zu beachten hat: Zunächst ist festzustellen, ob die in Frage stehende Rechtsbeziehung überhaupt vom Wortlaut erfaßt wird. Im vorliegenden Fall begründet das Übereinkommen einen Anspruch von Ausländern auf Überweisung von Versicherungsleistungen ins Ausland für Unfälle, die ein bei einem deutschen Versicherungsträger versicherter Ausländer auf dem Gebiet der BRD erlitten hat. Dann sind in einem zweiten Schritt die Anknüpfungspunkte für die Rechtsbeziehungen zu suchen, deren vertragliche Regelung die Mitgliedschaft der Staaten voraussetzt, auf welche diese Anknüpfungspunkte sich beziehen. Hier handelt es sich um ein Abkommen, das ausländische Rentenbezieher begünstigen will. Es kommt also nicht auf die Staatsangehörigkeit des Verunglückten, sondern auf die des Rentenbeziehers an. Da der Vertrag nicht die Versicherungsträger des Aufenthaltsstaates begünstigt, spielt die Mitgliedschaft des Staates, in dem der Rentenbezieher sich aufhält, keine Rolle. Da die Rentenleistungen in bestimmten Zeitabschnitten überwiesen werden, muß in jedem Abschnitt die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates vorliegen.

5. Einwirkung des Krieges auf Verträge

96. Art. 28 Abs. 2 des Handelsvertrages zwischen den Staaten des Deutschen Zoll- und Handelsvereins und Frankreich vom 2. 8. 1862 (PreußGS 1865, 333), der das Vorbenutzungsrecht bei Fabrikzeichen regelt, wurde nach dem deutsch-französischen Krieg 1870/71 durch Art. 11 der Zusatzübereinkunft vom 12. 10. 1871 (RGBl. 1871, 365) ausdrücklich wieder in Kraft gesetzt. Auch nach dem ersten Weltkrieg erging gemäß dem Vorbehalt in Art. 289 des Versailler Vertrages, wonach die alliierten Mächte die Wiederinkraftsetzung zweiseitiger Verträge verlangen könnten, eine entsprechende Bekanntmachung vom 10. 5. 1920 (RGBl. 1920, 946). Nach dem zweiten Weltkrieg ist eine erneute Wiederinkraftsetzung nicht erfolgt. Gemäß BGH 12. 2. 1969 (E 51, 330 = MDR 1969, 548 = NJW 1969, 980) kann diese Vorschrift heute nicht mehr angewendet werden. Der BGH läßt offen, welche Wirkungen kriegserische Auseinandersetzungen im allgemeinen auf internationale Verträge ausüben und ob Verträge privatrechtlichen Inhalts im allgemeinen nach faktischer Beendigung der Feindseligkeiten und Wiederaufnahme geregelter Beziehungen *ipso iure* wieder aufleben. Denn

bei dem hier vorliegenden Vertrag lägen Besonderheiten formeller und inhaltlicher Art vor. Einerseits habe nach Abschluß des Handelsvertrages im Jahre 1883 die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums (17 A 206) und im Jahre 1891 das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken (25 A 299) eine Regelung gebracht, die ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse am Vorbenutzungsrecht in Frage gestellt habe. Auf der anderen Seite seien 1927 und 1934 zwischen dem Deutschen Reich und Frankreich erneut Handelsverträge über dieselben Materien geschlossen worden, die das Vorbenutzungsrecht nicht erwähnten. Die Weitergeltung von Art. 28 Abs. 2 des Handelsvertrages von 1862 sei also fraglich. Sollte diese Bestimmung trotzdem formell weitergelten, sei sie durch den Ausbruch des zweiten Weltkrieges suspendiert worden. Ein automatisches Wiederaufleben nach Einstellung der Kampfhandlungen und Wiederherstellung geregelter Beziehungen könne nicht angenommen werden, weil der vorherige Fortbestand zweifelhaft war und die mit der Anwendung des Vorbenutzungsrechts verbundenen Nachteile für die Sicherheit des Rechtsverkehrs um so gewichtiger wurden, je enger sich die wirtschaftlichen Handelsbeziehungen zwischen den beiden Staaten entwickelten. Unter diesen Umständen müsse zumindest verlangt werden, daß die Fortgeltung durch die zuständigen Organe der Vertragspartner ausdrücklich festgestellt worden sei. Das französische Außenministerium habe sich überdies gegen die Anwendung ausgesprochen, so daß auch die in Abs. 1 ausdrücklich vereinbarte Gegenseitigkeit nicht mehr gewährt sei.

XIII. Kriegsrecht

1. Besatzungsrecht

97. Das Urteil des BVerwG vom 22. 10. 1969 (E 34, 113) untersucht die Rechtmäßigkeit einer Auslieferung durch die britische Besatzungsmacht an Polen. Diese Auslieferung sei am damals geltenden Besatzungsrecht zu messen. Das einschlägige Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 3. 11. 1949 (ABl.AHK 1949, 30) lege die Form und das Verfahren der Auslieferung nicht fest. Britische und polnische (?) Vorschriften über die Auslieferung könnten zur Ergänzung des Besatzungsrechts nicht herangezogen werden. Überdies könnten ungewöhnliche Verhältnisse, wie sie nach Kriegsende vorgelegen hätten, nicht mit Verfahrens- und Formvorschriften bewältigt werden, denen normale Verhältnisse zugrunde liegen.

98. Nach Ansicht des BGH (13. 10. 1969, Z 52, 371 = DÖV 1970, 129 = DVBl. 1970, 146 = NJW 1970, 191 [11]) verstößt das Gesetz zur Ab-

geltung von Reparations-, Restitutions-, Zerstörungs- und Rückerstattungsschäden (Reparationsgesetz) vom 12. 2. 1969 (BGBl. I, 105) nicht dadurch gegen das GG, daß es für bestimmte Reparationsschäden keine Entschädigung durch die BRD vorsieht. Die Reparationsmaßnahmen seien eine unmittelbare Folge des mit dem völligen Zusammenbruch des Deutschen Reichs geendeten zweiten Weltkrieges, der in seinen Auswirkungen das Reich in den Zustand des Staatsbankrotts gebracht habe. Deshalb gehöre die Regelung der Reparationsschäden mit zu dem Bereich der Aufgaben, die der Bundesgesetzgeber zur Beseitigung der Zusammenbruchssituation und des Staatsbankrotts im Rahmen der Schaffung und Fundamentierung einer staatlichen Neuordnung zu schaffen hatte. Der Umfang der vom Reich hinterlassenen Verbindlichkeiten und der durch den Krieg und seine unmittelbaren Folgen verursachten Schäden sei so groß gewesen, daß an eine Erfüllung der Reichsverbindlichkeiten und an einen vollen Ausgleich der gesamten Schäden nicht zu denken gewesen sei. Das Bemühen des Bundesgesetzgebers habe deshalb nur dahin gehen können, unter den Gläubigern des Reichs sowie den durch Krieg und Zusammenbruch mit ihren Folgen Geschädigten einen Ausgleich herbeizuführen, der einerseits nach seinem finanziellen Ausmaß auf die Leistungsfähigkeit des neuen Staatswesens Rücksicht nehmen mußte und einem geordneten Neuaufbau des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens nicht hindernd im Wege stehen durfte und andererseits am Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit ausgerichtet sein mußte. Bei der Regelung dieser Schäden und Verbindlichkeiten habe der Gesetzgeber verhältnismäßig freie Hand gehabt. Art. 14 GG habe den Gesetzgeber angesichts des Staatsbankrotts nicht gebunden. Überdies hätten die Kläger gegen die BRD keine Entschädigungsansprüche besessen, die das Reparationsschädengesetz entzogen habe:

Nicht alle Maßnahmen, die ihrem Wesen nach eine Enteignung darstellen können, fielen unter Art. 14 GG. Aus der historischen Entwicklung dieser Bestimmung gelte dies insbesondere für Kriegsschäden einschließlich der Requisitionen durch die Besatzungsmacht. Überdies setze Art. 14 GG das Eingreifen deutscher Stellen in das Eigentum voraus (BGHZ 12, 52, 57; 29. 5. 1967, NJW 1967, 1861, 1863; 11. 7. 1968, WM 68, 1218; 16. 9. 1968, WM 1968, 1357). Bei der Durchführung der Reparationsmaßnahmen hätten die Besatzungsmächte in eigener Sache und nicht in Ausübung deutscher Hoheitsgewalt gehandelt. Die Reparationen hätten nach Ziff. 2 b des Besatzungsstatuts vom 10. 4. 1949 (ABl. AHK, S. 2) zu den Besatzungszwecken und zu den ausdrücklich vorbehaltenen Rechten gehört. Die spätere »Anerkennung« der BRD, daß grundsätzlich Reparationen an die Siegermächte zu leisten seien, habe nicht zur Folge gehabt, daß die Reparationsmaßnah-

men im »wohlverstandenen deutschen Interesse« gelegen hätten. Auch die Regeln über den enteignungsgleichen Eingriff setzten deutsches Handeln voraus (BGHZ 12, 52, 57). Die Regelung der Reparationsschäden im Art. 3 des VI. Teils des ÜblV stellten keine Enteignung dar, weil bereits auf Grund der Art. 2 und 3 des AHK-Gesetzes Nr. 63 vom 30. 8. 1951 (ABLAHK 1951, 1107) die Rechte der früheren Eigentümer als erloschen galten und Klagen unzulässig gewesen seien. Die Ansprüche der Reparationsgeschädigten seien somit zumindest in Deutschland nicht durchsetzbar gewesen und insoweit kein Eigentum im Sinne des Art. 14 GG (BVerfGE 6, 290, 700). Für die Durchsetzbarkeit eventueller Ansprüche gegen die Besatzungsmacht außerhalb Deutschlands fehlten Anhaltspunkte. Auch Art. 5 des VI. Teils des ÜblV, nach dem die BRD für bestimmte Entschädigungen Vorsorge treffen wird, habe angesichts seines Inhalts keine Ansprüche gegen die BRD begründen wollen. Ein allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz, aus dem ein von einem Kriegsschaden Betroffener unabhängig von einer entsprechenden innerstaatlichen Anspruchsgrundlage einen unmittelbaren Anspruch auf Entschädigung gegen seinen Heimatstaat ableiten könne, bestehe nicht (Scheuner, DÖV 1957, 681, 683; Erler, JZ 1962, 48, 50; BGHZ 12, 52, 61). Die Besatzungsmächte hätten auch bei den Reparationsmaßnahmen kein Geschäft der BRD im Sinne der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag betrieben. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, daß die Maßnahmen dem wirklichen oder vermutlichen Willen der BRD entsprochen hätten oder daß ohne diese Maßnahmen eine Pflicht der BRD nicht rechtzeitig erfüllt worden sei. Es fehle schließlich auch an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung oder Leistung im Sinne der öffentlich-rechtlichen ungerechtfertigten Bereicherung.

99. Zwei Verfassungsbeschwerden gegen das Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden (Abgeltungsgesetz) vom 1. 12. 1955 (BGBl. I, 734) warfen ähnliche Probleme auf, die das BVerfG weitgehend in Übereinstimmung mit dem BGH entschieden hat (3. 12. 1969, E 27, 253 = DÖV 1970, 382 = DVBl. 1971, 58 = NJW 1970, 799 [3, 12, 20, 49, 94]; 15. 1. 1970, E 27, 326 = DVBl. 1971, 63 = NJW 1970, 1035). Hier wurde gerügt, daß der Ausschluß vollen Wertersatzes für von den Besatzungsmächten verursachten Sachschaden bzw. der völlige Entschädigungsausschluß für einen Freiheitsentzug durch die Besatzungsmächte gegen Art. 14 GG verstoße. Nach Ansicht des BVerfG bestanden auch insoweit vor dem Gesetz keine Entschädigungsansprüche gegen die BRD.

Nach dem Beschluß vom 3. 12. 1969 haben Ansprüche gegen die BRD wegen Zerstörung oder Beschädigung von Sacheigentum durch die Besatzungsmächte aus Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff, Aufopferung

oder Amtspflichtverletzung nicht bestanden, weil alle diese Ansprüche voraussetzen, daß das Sachopfer auf dem Eingriff einer deutschen Stelle beruhe. Die Besatzungsschäden seien aber allein durch Handlungen oder Unterlassungen der alliierten Streitkräfte verursacht worden. Diese hätten nicht der deutschen Rechtsordnung unterstanden; für sie sei vielmehr das Völkerrecht und das von den Alliierten gesetzte Besatzungsrecht maßgebend gewesen, welches das deutsche Recht überlagert habe. Für ihre Eingriffe könne die deutsche öffentliche Hand grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden (BVerfGE 3, 4, 11 f.; BGHZ 12, 52, 56 ff.; BGH NJW 1970, 191; BVerwGE 8, 4, 6, 8). Eine Verpflichtung der deutschen Seite zum Entstehen für diese Eingriffe könne auch nicht damit begründet werden, die Besatzung habe nicht allein den Charakter einer *occupatio bellica*, sondern auch den einer politischen Intervention gehabt, und die Alliierten hätten neben ihren völkerrechtlichen Befugnissen als Besatzungsmächte zugleich als Treuhänder die deutsche Staatsgewalt ausgeübt (vgl. dazu Stoedter, Deutschlands Rechtslage [1948], S. 185 ff.; Schmoller-Maier-Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts [1957] § 7, S. 1 ff.). Denn eine solche treuhänderische Wahrnehmung der Befugnisse des besetzten Staates, die diesem selbst zuzurechnen wäre, könne allenfalls in Betracht kommen, soweit es sich um die »normale« Ausübung staatlicher Gewalt im ausschließlichen Interesse des vertretenen Staates und für dessen Zwecke handelte. Die Beschlagnahme von Häusern und Wohnungen für Zwecke der alliierten Streitkräfte und die dadurch verursachten Schäden fielen aber in den Bereich der Hoheitsbefugnisse, die den Alliierten als Besatzungsmächte kraft der *occupatio bellica* nach Völkerrecht zustanden. Daß bei der Belegung der Grundstücke und der Festsetzung der Entschädigung deutsche Stellen mitgewirkt hätten, ändere nichts am Ergebnis, weil diese nur Ausführungsorgane der Besatzungsmächte gewesen seien. Schließlich könnten die schädigenden Handlungen auch nach Völkerrecht nicht der deutschen Staatsgewalt als eigene zugerechnet werden. Es gebe keine Regel des Völkerrechts, wonach der besetzte Staat unabhängig von der innerstaatlichen Rechtslage verpflichtet wäre, für die durch die Besetzung seines Gebiets den Bewohnern verursachten Schäden einzutreten (Scheuner, DOV 1957, 681, 683; BGH NJW 1970, 191).

Aus den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag könnten keine Ansprüche abgeleitet werden, weil einerseits eine Bereicherung der BRD fehle, andererseits die Besatzungsmächte kein Geschäft der deutschen öffentlichen Hand wahrgenommen hätten.

Es könne dahingestellt bleiben, ob die Übernahme der Verantwortlichkeit für die Regelung der Besatzungsschäden durch die BRD in Art. 3 Abs. 3 des

IX. Teils des ÜblV Individualansprüche der Besatzungsgeschädigten begründet oder ob diese Vorschrift nur Rechte und Pflichten zwischen den Vertragspartnern erzeugt habe. Denn die Verpflichtung der BRD beziehe sich nur auf die im AHK-Gesetz Nr. 47 über Entschädigung von Besatzungsschäden vom 8.2.1951 (ABl.AHK 767) vorgesehenen Entschädigungen. Das Abgeltungsgesetz bleibe hinter dieser Regelung hinsichtlich der Sachschäden nicht zurück. Auch der in Art. 3 Abs. 2 des IX. Teils des ÜblV erklärte Verzicht der BRD auf alle Ansprüche wegen Besatzungsschäden verstoße mangels vorheriger Rechtspositionen der Betroffenen nicht gegen Art. 14 GG. Nach Völkerrecht komme als Grundlage einer Entschädigungspflicht der Besatzungsmächte nur Art. 52 HLKO in Betracht. Es könne dahingestellt bleiben, ob diese Bestimmungen ohne weiteres auch für die Besatzung Deutschlands galten und ob sie nur Ansprüche von Staat zu Staat oder auch Individualansprüche der Betroffenen begründeten. Die Alliierten hätten mit dem AHK-Gesetz Nr. 47 die Verpflichtung zum Ersatz der Besatzungsschäden zumindest faktisch anerkannt und durch diese Regelung konkretisieren wollen. Im vorliegenden Fall sei unbestritten, daß die Bemessung des Schadensumfangs vor der Währungsreform dem Völkerrecht entsprach. Auch die Umstellung im Verhältnis 10 zu 1 durch das AHK-Gesetz Nr. 1 entspreche dem Völkerrecht. Die allgemeine Währungsreform von 1948 habe mit Art. 43 HLKO grundsätzlich in Einklang gestanden. Die deutsche Rspr. habe Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche zwar als Geldwertansprüche angesehen, die nach den allgemeinen Umstellungsgesetzen im Verhältnis 1 zu 1 umgestellt wurden. Wenn die Alliierten dagegen die Entschädigungen für Besatzungsschäden als Geldsummenansprüche behandelten und folglich im Verhältnis 10 zu 1 umstellten, liege hierin kein Verstoß gegen das Völkerrecht. Die Besatzungsmächte seien zu einer Spezialregelung der Besatzungsschäden befugt gewesen. Angesichts des Streits über die Einordnung der vergleichbaren deutschen Entschädigungsansprüche gegen die BRD könne man nicht davon ausgehen, daß schon die Natur der Sache die Behandlung von Entschädigungsansprüchen als Geldwertansprüche verlange. Selbst wenn schließlich die Regelung der Besatzungsschäden durch die Alliierten gegen das Völkerrecht verstoßen hätte, habe doch keine Aussicht bestanden, etwaige weitergehende Entschädigungsansprüche der BRD oder der Inländer gegen die Besatzungsmächte durchzusetzen. Demgegenüber habe ein überragendes Interesse der deutschen staatlichen Gesellschaft an der Beendigung des Besatzungsregimes durch die Verträge bestanden. Der Verzicht auf Ansprüche gegen die Besatzungsmächte sei eine wesentliche Voraussetzung dieses Vertragswerks gewesen. Unter diesen Umständen könne den deutschen Staatsorganen kein Vorwurf gemacht werden, wenn

sie den Verzicht auf möglicherweise bestehende, praktisch aber nicht durchsetzbare Ansprüche in Kauf nahmen, um durch den Abschluß des Vertragswerks insgesamt einen Rechtszustand zu erreichen, der wesentlich »näher am Grundgesetz« war als die Ausgangslage (BVerfGE 4, 157, 168 ff.).

Der Gesetzgeber sei zwar durch Art. 3 Abs. 3 des IX. Teils des ÜblV und durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verpflichtet gewesen, eine Regelung für die Besatzungsschäden zu erlassen. Dabei habe er aber verhältnismäßig freie Hand gehabt. Ansprüche seien erst durch das Gesetz selbst entstanden. Der innerstaatliche Ausgleich für Besatzungsschäden gehöre zu der allgemeinen Abwicklung der Kriegs- und Kriegsfolgeschäden, welche die BRD bei ihrer Entstehung als Hinterlassenschaft der nationalsozialistischen Herrschaft vorfand, weil sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Krieg und der politischen und militärischen Niederlage des Deutschen Reichs standen.

Der Beschluß des BVerfG vom 15. 1. 1970 folgt weitgehend dieser Begründung. Hervorgehoben werden soll, daß nach Ansicht des Gerichts die Zeugenhaft in einem Spionageprozeß nur dem Schutz der amerikanischen Besatzungsmacht gedient haben könne, da bis 1951 das deutsche Recht die Spionage nicht bestrafte. Die Inhaftierung falle damit nicht in den Bereich der treuhänderischen Wahrung deutscher Staatsgewalt, sondern eindeutig in den Bereich der Hoheitsbefugnisse, die den Alliierten als Besatzungsmächte nach Völkerrecht zustanden. Ansprüche aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 des IX. Teils des ÜblV seien nicht entstanden, da die Übernahme der Verantwortung sich nur auf die im damaligen Besatzungsrecht vorgesehene Entschädigung beziehe. Zwar sei für das insoweit recht unklare AHK-Gesetz Nr. 47 teilweise angenommen worden, daß auch Eingriffe in die Freiheit Ersatzansprüche begründeten. Diese Auffassung sei nach Erlaß der Durchführungsverordnung Nr. 1 zum AHK-Gesetz Nr. 47 vom 6. 2. 1952 (ABl. AHK, S. 1498) nicht mehr vertreten worden. Da Personenschäden durch Freiheitsentziehung in dieser VO nicht mehr erwähnt würden, müsse geschlossen werden, daß die Besatzungsmächte hierfür keine Entschädigung gewähren wollten. Die Durchführungsverordnung enthalte auch keine unzulässige und dadurch rechtlich unbeachtliche Einschränkung des Gesetzes. Die weite und vielfach unbestimmte Fassung des Gesetzes habe eine nähere Regelung notwendig vorausgesetzt. Abgesehen davon, daß sich die deutschen Rechtsvorstellungen über das Verhältnis von Gesetz und Durchführungsverordnung nicht ohne weiteres auf das Besatzungsrecht übertragen ließen, beruhe die VO nicht auf einer speziellen Ermächtigung im Gesetz, sondern sei von denselben Organen der Besatzungsmächte, nämlich dem Rat der Alliierten Hohen Kommission, erlassen worden wie das Gesetz selbst.

Ferner gestatte die Begrenzung der Prüfungsbefugnis deutscher Stellen bei Besatzungsrecht grundsätzlich nicht, die Rechtswirksamkeit einer besatzungsrechtlichen VO wegen Unvereinbarkeit mit dem betreffenden besatzungsrechtlichen Gesetz in Frage zu stellen (BVerfG NJW 1969, 1651).

2. Sonstiges Kriegsrecht

100. Im Urteil des BGH vom 15. 8. 1969 (St 23, 104 = NJW 1969, 2105) war die Erschießung von vier Norwegern durch die Gestapo in Norwegen rechtlich zu würdigen. Nach Ansicht des Gerichts gilt der Völkerrechtsgrundsatz der Gleichheit und Gegenseitigkeit (*tu quoque*) zwischen den Staaten, hindert jedoch einen Staat nicht, seine eigenen Staatsangehörigen zur Verantwortung zu ziehen (BGHSt 15, 214, 215 = NJW 1961, 373). Es handelte sich nicht um eine Kriegshandlung, weil solche Handlungen grundsätzlich Sache der Militärmacht seien; die Rechte und Pflichten des Krieges gälten nur für die bewaffnete Macht (Art. 1 und 3 HLKO; vgl. dazu L a u n, Die Haager Landkriegsordnung, 5. Aufl., S. 98; S c h ä t z e l, Zeitschrift für Wehrrecht 40/41, 209). Freischärler seien überdies in kriegsgerichtlichen Verfahren abzuurteilen (§ 1 Abs. 4, § 2 Nr. 4 b Kriegsstrafverfahrensordnung). Die Tötung von Freischärlern ohne Gerichtsverfahren sei nur dann eine rechtmäßige Kriegshandlung, wenn der Freischärler beim Kampf betroffen oder auf der Flucht ergriffen werde. Auch als Kriegsrepräsentation sei die Tötung nicht gerechtfertigt gewesen. Eine solche Maßnahme sei jetzt durch Art. 33 des IV. Genfer Abkommens zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. 8. 1949 (BGBl. 1954 II, 781, 917, 5 A 41) verboten. Es könne offen bleiben, ob zur Tatzeit eine Kriegsrepräsentation erlaubt gewesen sei als Beugemittel gegenüber einem Gegner, der sich nicht völkerrechtsmäßig verhält, ob also auch unschuldige Einwohner eines besetzten Gebiets getötet werden durften, um dadurch illegale Kombattanten zur Aufgabe völkerrechtswidriger Kampfhandlungen zu veranlassen. Unbestritten sei die Kriegsrepräsentation eine Völkerrechtshandlung, die nur von einem Völkerrechtssubjekt (hier dem Deutschen Reich als Besatzungsmacht) vorgenommen werden durfte. Dieses müsse als Urheber erkennbar bleiben, selbst wenn es die veranlaßte Maßnahme nicht von sich aus bekanntgab; d. h. der verantwortliche Staat durfte nicht, wie es hier geschehen sei, seine Urheberschaft leugnen und die Tötung der Opfer als das Werk unbekannter Täter darstellen. Sonst wäre er der Verantwortung vor dem Gegner und vor der Weltöffentlichkeit enthoben, um derentwillen die außerordentlich harte und schwer erträgliche Maßnahme schließlich hingenommen worden sei. Außerdem würde der Beugezweck verfehlt, den Feind von weiterem

völkerrechtswidrigem Verhalten abzuschrecken, der den eigentlichen Rechtfertigungsgrund der Kriegsrepressalie bilde.

101. Nach BGH 8.7.1970 (RzW 1970, 567) verstieß die Zwangsverschickung der polnischen Ostarbeiter nach Deutschland und ihr Festhalten dort gegen das Völkerrecht und bedeutete eine Mißachtung der Menschenrechte.

102. Nach BVerwG 12.6.1960 (E 35, 262) stellt der von einem polnischen Kriegsgefangenen geltend gemachte Anspruch auf Arbeitsentgelt zwar keine Reparationsforderung dar, weil dies Wiedergutmachungsansprüche seien, die ein völkerrechtswidrig angegriffener Staat von dem Angreifer verlangen könne. Er falle trotzdem unter Art. 5 Abs. 2 LSchA, weil diese Bestimmung sich nicht auf Reparationsforderungen im engeren Sinne beschränke. Sie stelle nämlich auch Forderungen von Staatsangehörigen der mit Deutschland im Kriegszustand gewesenen oder von ihm besetzten Staaten zurück. Da Einzelpersonen aber der Natur der Sache nach niemals ein völkerrechtlicher Reparationsanspruch zustehen könne, ergebe sich eindeutig, daß hier Individualansprüche der Staatsangehörigen gemeint seien, die sie — ursprünglich durch den Krieg bedingt — gegen das Deutsche Reich erworben hätten (*Féaux de la Croix*, NJW 1960, 2268, 2270). Die am LSchA beteiligten Staaten gehörten zum größten Teil auch zu den Staaten, die das Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 27.7.1929 (RGBl. 1934 II, 227, 31 A 416) ratifiziert haben. Habe das Reich diesen Staaten gegenüber die Verpflichtung zur Zahlung von Arbeitsentgelt aus Art. 34 verletzt, seien diese Ansprüche durch Art. 5 Abs. II LSchA ausgeschlossen. Dieser Zweck werde aber umgangen, wenn nunmehr das Individuum aus Art. 47 des Genfer Abkommens mit Erfolg klagen könne.

103. Das BSozG (20.3.1969, E 29, 197) stellte fest, daß nach den Bestimmungen des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen die in deutschem Gewahrsam befindlichen Kriegsgefangenen auch dann auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses zum Deutschen Reich und nicht auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne der Reichsversicherungsordnung zum privaten Arbeitgeber tätig waren, wenn sie in der Landwirtschaft arbeiteten. Der Gewahrsamsstaat könne zwar eine andere Regelung treffen. Das sei aber durch die auf der Grundlage des Abkommens ergangenen Erlasse (Zusammenstellung des Reichsarbeitsministeriums im Reichsarbeitsblatt 1940 I Amtl. Teil, S. 384; ferner Runderlaß des Reichsarbeitsministers vom 7.4.1942 — Va 5135/718) nicht geschehen. Da sie nicht in einem privaten Beschäftigungsverhältnis standen, wurden die Kriegsgefangenen nicht als in der gesetzlichen Renten-

versicherung versicherungspflichtig angesehen. Die Versicherung der Kriegsgefangenen gegen Arbeitsunfälle (Gesetz vom 3. 9. 1940, BGBl. I, 1201) habe sich nicht aus dem Beschäftigungsverhältnis, sondern aus Art. 27 Abs. 4 des Genfer Abkommens ergeben. Die Verpflichtung der Unternehmer, für die Kriegsgefangenenarbeit eine Vergütung zu zahlen, sei ebenfalls nicht Ausfluß eines Beschäftigungsverhältnisses gewesen, sondern beruhe auf dem in Anwendung des Genfer Abkommens mit dem Stammlager abgeschlossenen Überlassungsvertrag. Der Anspruch des Kriegsgefangenen auf Lohn nach Art. 34 Abs. 2 des Abkommens richte sich nicht gegen den Unternehmer, sondern gegen den Gewahrsamsstaat.

XIV. Rechtslage Deutschlands

1. Deutsche Demokratische Republik

104. Der fortschreitende Zerfall der ehemals einheitlichen deutschen Rechtsordnung in zwei verschiedene, durch voneinander unabhängige Herrschaftszentren getragene Rechtsordnungen wird in der Rspr. in wachsendem Maße anerkannt:

In den beiden weitgehend übereinstimmenden Entscheidungen des BGH vom 20. 5. 1969 (Z 52, 123 = FamRZ 1969, 480 = MDR 1969, 728 = NJW 1969, 1428 [42, 58]) und des OLG Celle vom 14. 8. 1969 (OLGZ 1970, 89 = NJW 1969, 2099 [42]) wurden in Fortführung der Lehre von den »funktionellen« Begriffen die DDR als Ausland, die in der DDR wohnhaften Deutschen als Ausländer im Sinne des § 73 FGG einerseits, des § 36 FGG andererseits angesehen. Diese Vorschriften regeln die örtliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Erteilung von Erbscheinen bzw. für die Anordnung vormundschaftlicher Maßnahmen. Sie sind weitgehend gleich aufgebaut: Der jeweils erste Absatz betrifft den Fall des in Deutschland wohnhaften Deutschen, der zweite Absatz den im Ausland wohnhaften Deutschen, der dritte Absatz den im Ausland wohnhaften Ausländer. Fraglich war jeweils, welche der drei Absätze auf einen in der DDR wohnhaften Deutschen anwendbar ist.

Beide Urteile gehen von der »Normsituation« bei Erlass des FGG aus. Dieses Gesetz habe im ganzen Deutschen Reich gegolten, das damals ein Gebiet mit einheitlicher Gerichtsverfassung und Verfahrensordnung gewesen und in dem die Gerichtsgewalt auf der Grundlage einer einheitlichen Rechtsordnung ausgeübt worden sei. »Inland« im Sinne dieser Bestimmung sei das ganze deutsche Reichsgebiet gewesen, es habe sich räumlich mit dem Geltungsbereich des einheitlichen Verfahrens völlig gedeckt. »Deutscher«

habe den dem Deutschen Reich, also dem »Inland« als Staatsbürger Zugeordneten bezeichnet, so daß sich eine Deckungsbeziehung zwischen den Anknüpfungspunkten »Inland« und »Deutscher« ergeben habe. Eine entsprechende Beziehung im umgekehrten Sinn habe der Begriff des Ausländers zum Ausland besessen.

Nach Ansicht der obersten Gerichte der BRD sei die staatsrechtliche Einheit Deutschlands durch die Besatzungsmächte zwar nicht beseitigt worden, vielmehr bestehe Deutschland als Einheit weiter (BVerfGE 5, 85, 118; BGH 11. 4. 1956, FamRZ 1956, 183), könne die sowjetische Besatzungszone im Verhältnis zur BRD grundsätzlich nicht als Ausland angesehen werden (BVerfGE 1, 332, BGHZ 20, 323, 330). Trotz der durch die Besatzungsmächte herbeigeführten *de facto*-Trennung in zwei Hälften, von denen jede tatsächlich eine eigene Hoheitsgewalt besitze, seien doch die in der Sowjetischen Besatzungszone mit der Rechtspflege betrauten Organe deutsche Gerichte und Behörden, dem von ihnen angewandten Recht könne der Charakter deutschen Rechts nicht abgesprochen werden (BGH 11. 3. 1956; Z 12, 309, 312).

Bei der Auslegung der §§ 34 und 78 FGG müsse aber die in der Normsituation begründete Zuordnung der Begriffe und Anknüpfungspunkte zum ganzen deutschen Reichsgebiet in seiner Bedeutung als ein Gebiet einheitlicher Gerichtsverfassung berücksichtigt werden. Wenn die Rechtseinheit im Bereich des FGG heute nicht mehr gewährleistet sei, könne das auf die Anwendbarkeit der Zuständigkeitsregeln nicht ohne Einfluß bleiben. Die Bestimmungen regelten die örtliche Zuständigkeit für den Geltungsbereich der damals einheitlichen Verfahrensordnung. Welche Zuständigkeiten eintreten, wenn innerhalb Deutschlands verschiedene Verfahrensordnungen gelten, regelten sie nicht. Sie enthielten folglich kein Kollisionsrecht. Bestehe die Einheit nicht mehr, so könnten die Zuständigkeitsregelungen jedenfalls unmittelbar insoweit nicht mehr herangezogen werden, als damit auch das Spannungsverhältnis der verschiedenen Verfahrensordnungen zueinander betroffen wird. Würden die DDR als Inland, die dort wohnhaften Deutschen als Deutsche im Sinne des FGG betrachtet, begründeten diese Bestimmungen darüber hinaus eine über die Gerichtsbarkeit der BRD hinausreichende Zuständigkeit ihrer Gerichte.

Aus dem Sinn und Zweck der §§ 34 und 78 FGG folge unter Berücksichtigung der veränderten Normsituation, daß das Gebiet der DDR nicht Inland im Sinne dieser Bestimmungen sei. Angesichts der Beziehung auch des Begriffs des Deutschen zur anfänglichen Normsituation und der Beziehungen der Begriffe »Inland« und »Deutscher« zueinander folge, daß auch der »Inländer« im verfahrensrechtlichen Sinne, d. h. als der einem

Gebiet gleichen Rechts und gleicher Rechtsordnung Angehörnde zu verstehen ist. Deshalb sei der Abs. 3 der beiden Regelungen entsprechend anzuwenden.

105. Nach §§ 41 der Bundeslaufbahnverordnung vom 27. 4. 1970 (BGBl. I, 422) gilt als Befähigung für eine bestimmte Laufbahn im Sinne des Beamten- und Laufbahnrechts nur die im Bundesgebiet nach den dort geltenden beamten- und laufbahnrechtlichen Vorschriften erworbene Befähigung. Das Bundespersonalamt, welches auf Grund dieser Vorschrift die Anerkennung einer bei der sowjetzonalen Reichsbahn abgelegten Prüfung als Befähigung für die Beamtenlaufbahn im Bundesdienst ablehnt, handelt nach BVerwG 11. 6. 1969 (ROW 1970, 81) nicht ermessensfehlerhaft, wenn es den Fortbestand Gesamtdeutschlands und den vor allem in der Präambel des GG zum Ausdruck gekommenen Gedanken der Wiedervereinigung des gespaltenen Deutschlands bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt. Denn diese Gesichtspunkte vermöchten nichts daran zu ändern, daß die Entwicklung der staatspolitischen Verhältnisse des Gesamtbereichs der Exekutive einschließlich der Struktur des öffentlichen Dienstes und des Dienstrechts in beiden Teilen Gesamtdeutschlands seit dem Zusammenbruch fortschreitend und grundlegend verschiedene Wege gegangen sind.

2. Deutsche Ostgebiete

106. Nach BSozG 12. 12. 1968 (E 29, 57) ist der südliche Teil Ostpreußens, der zu den unter polnischer Verwaltung stehenden Ostgebieten gehört, völker- und staatsrechtlich nicht Bestandteil Polens, also kein Gebiet eines auswärtigen Staates und kein Ausland im Sinne der Reichsversicherungsordnung (BSozGE 3, 286; 8, 195, 197).

3. Berlin

107. Unter Berufung auf das BVerfG (NJW 1957, 1273) entschied der BGH (31. 1. 1969, Warn. 1969 I Nr. 49, S. 93), daß das GG in und für Berlin gilt, soweit nicht aus der Besatzungszeit stammende und noch heute aufrechterhaltene Maßnahmen seine Anwendung beschränken. Eine solche Beschränkung gebe es für Art. 135 Abs. 1 GG nicht; im Gegenteil enthielten amerikanische und britische Gesetze in Berlin dieselbe Bestimmung.

108. Selbst wenn ein Haftbefehl in einem Verfahren wegen Fahnenflucht in Berlin nicht vollstreckt werden könne, kann ihn nach OLG Karlsruhe 17. 7. 1969 (NJW 1969, 1546) ein Gericht der BRD erlassen. Mit dem Vollzug eines solchen Haftbefehls in Berlin befassen sich zwei Beschlüsse

des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten vom 1. 10. 1969 (NJW 1970, 1281 ff.) und vom 16. 2. 1970 (NJW 1970, 1283):

Nach § 115 a in Verbindung mit § 114 a StPO obliege es dem Rechtshilferichter lediglich, den Haftbefehl zu verkünden und die Inhaftierung des Vorgeführten zu veranlassen. Eine Befugnis, den Haftbefehl außer Vollzug zu setzen oder aufzuheben, habe er nicht. Diese Grundsätze seien an sich auch im Lande Berlin anwendbar. Der Berliner Richter sei jedoch nicht lediglich dem deutschen Gesetz unterworfen. Gemäß § 3 des Gesetzes Nr. 7 der Alliierten Kommandatur vom 17. 3. 1950 (VOBl. Berlin I, 89) in der Fassung vom 20. 2. 1952 (GVBl. Berlin, S. 148) darf kein deutsches Gericht eine Entscheidung fällen, welche die Gültigkeit eines Gesetzes, einer Verordnung, Richtlinie, Entscheidung oder Anordnung verneint, die durch die Besatzungsbehörden veröffentlicht worden sind. Dadurch sei zum Ausdruck gebracht, daß sich die deutsche Souveränität im Lande Berlin nicht völlig frei entfalten könne, sondern nur insoweit bestehe, wie die alliierten Schutz-mächte sie zulassen. Eine solche Einschränkung der Befugnisse des Berliner Richters sei hinsichtlich gewisser Haftbefehle im Strafverfahren wegen Verstoßes gegen das Wehrstrafgesetz durch die Berlin Kommandatura Letter (BK/L [69] 29) der Alliierten Kommandatura Berlin vom 8. 8. 1969 gegeben. Nach ihrem Wortlaut habe diese BK/L eindeutig normativen Charakter. Daß eine Veröffentlichung auf dem sonst für alliiertes Recht üblichen Wege unterblieb, beseitige den Rechtscharakter nicht. Der Gesetzgebungssouverän bestimme auch die Art der Bekanntgabe seiner Akte. Das die Veröffentlichung der alliierten Gesetzgebung im Amtsblatt anordnende Gesetz Nr. 1 der Alliierten Kommandatura vom 9. 2. 1950 (VOBl. Berlin I, 64) habe keinen höheren Rang und könne also jederzeit abgeändert werden. Auch Bedenken aus überpositivem Recht hinsichtlich der Anwendbarkeit der BK/L beständen nicht. Das AG lege die BK/L dahin aus, daß im Haftbefehl gegen einen Einwohner der BRD auch dann nicht vollstreckt werden darf, wenn der Einberufungsbescheid nicht vor ihrem tatsächlichen Aufenthalt in Berlin zugestellt worden ist. Dies gelte auch, wenn der Beschuldigte später aus der Bundeswehr ausgeschieden sei.

4. Saarland

109. Nach der ständigen Rspr. des BGH erlangt ein Ausländer Schutz für seinen Firmennamen im Inland regelmäßig erst dann, wenn er diese Bezeichnung im Inland in Gebrauch nimmt. Der BGH (21. 11. 1969, NJW 1970, 997) ist der Auffassung, daß die Ingebrauchnahme im Saarland vor deren Beitritt zur BRD nicht genüge, um einen Firmenschutz für das gesamte Bundesgebiet zu begründen. Das Saarland sei zwar im Jahre 1948

völkerrechtlich und staatsrechtlich noch ein Teil des deutschen Reichsgebiets gewesen und es habe dort deutsches Recht gegolten. Entscheidend sei aber, daß im Jahre 1948 das Saarland und das übrige Westdeutschland keinen einheitlichen Wirtschaftsbereich mit ungehindertem Geschäftsverkehr dargestellt hätten. Dies sei aber die Voraussetzung für die Begründung eines Firmenrechts in der gesamten BRD gewesen, da nur bei einer solchen Sachlage die inländischen Wettbewerber auf Grund der Inanspruchnahme mit einem Kennzeichnungsmonopol für das gesamte Bundesgebiet haben rechnen müssen.

Albert Bleckmann