

## Abschlußklausur (Sachverhalt)

**Frage 1:** Erörtern Sie die Verteilung der auswärtigen Gewalt in der Bundesrepublik (vertikale und horizontale Verteilung, Zuständigkeiten und Mitwirkungsrechte, auswärtige Gewalt in der Praxis, besondere Regelungen, Problemstellungen).

**Frage 2:** Westliche Geheimdienste haben einen jemenitischen Bürger, der verdächtigt wird, Spendengelder für Al-Quaida zu sammeln, mit dem falschen Versprechen, ihn mit einem potenten Geldgeber zusammenzubringen, nach Deutschland gelockt. Dort wird er festgenommen und soll aufgrund eines Auslieferungsersuchens an die USA ausgeliefert werden. Sein Heimatstaat hätte ihn aufgrund eines verfassungsrechtlichen Auslieferungsverbotes für eigene Staatsbürger nicht ausgeliefert. Unter den Experten des Völkerrechts ist umstritten, ob die Auslieferung durch die Bundesrepublik Deutschland unter diesen Umständen gegen weltweit anerkannte Regeln des Völkergewohnheitsrechts verstoßen würde. Auch unter den Richtern eines Oberlandesgerichts, das in einem Verfahren über die Auslieferung entscheiden muß, bestehen Zweifel. Einer der Richter, ein habilitierter Völkerrechtslehrer, der nur wegen der Stellenknappheit an den Universitäten Strafrichter geworden ist, ist von der Völkerrechtswidrigkeit überzeugt.

Welche Entscheidung wird das Oberlandesgericht treffen?

**Frage 3:** Die Bundesrepublik Deutschland hat mit dem afrikanischen Staat X ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen. Danach erhalten Arbeitnehmer bestimmter Berufe aus dem Staat X nach Kriterien, die in einer Rechtsverordnung eines Bundesministeriums festzulegen sind, eine besondere Art der Arbeitsgenehmigung in Deutschland. Die Verordnung sollte bis Ende 2003 erlassen werden, existiert aber bis heute nicht. Auch wurden die Vorschriften des Ausländer- und Arbeitsrechts nicht an das Freizügigkeitsabkommen angepaßt. Im Januar 2005 stellt schließlich ein aus X stammender Bürger den Antrag, ihm die in dem Freizügigkeitsabkommen vereinbarte Arbeitsgenehmigung besonderer Art zu erteilen. Mehrere deutsche Unternehmen sind sehr an ihm interessiert.

Wie wird die zuständige Behörde entscheiden?

**Frage 4:** Nach einem neuen Bundesgesetz dürfen Fremdenführungen an bestimmten Touristenattraktionen von besonderer historischer oder kultureller Bedeutung nur von Personen vorgenommen werden, welche eine Bescheinigung über einschlägige Sachkenntnisse bei sich tragen. Dies gilt auch für ausländische Reisebegleiter, die mit ausländischen Reisegruppen in die Bundesrepublik einreisen. Die Bescheinigung wird von deutschen Bildungsinstituten nach dem Besuch eines kurzen Fortbildungskurses erteilt. Als ein niederländischer Reisebegleiter einer niederländischen Reisegruppe diese Vorschriften ignoriert, untersagt ihm die zuständige Behörde förmlich die Durchführung von Fremdenführungen an den von ihm bereisten einschlägigen Orten. Auf seine Anfechtungsklage<sup>I</sup>, deren Erfolgsaussichten maßgeblich von der Anwendung jenes neuen Gesetzes abhängen, kommen dem letztinstanzlichen Gericht Zweifel, ob dieses Gesetz mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV vereinbar ist. Manche Juristen sind indessen der Ansicht, die Dienstleistungsfreiheit sei hier nicht betroffen. Andere meinen, darauf komme es gar nicht an, denn schließlich gehe es um ein deutsches Gesetz.

a) Welche Entscheidung wird das Gericht treffen?

b) Wie wird das Gericht entscheiden, wenn der EuGH bereits in einer anderen Angelegenheit, bei der es um gleiche Regelungen in einem griechischen Gesetz ging, entschieden hat, daß Art. 49 ff. EGV derartige Beschränkungen nicht zulassen, und wie wird es seine Entscheidung begründen?

c) Abwandlung: Nach dem neuen Bundesgesetz können die Behörden Führungen ohne die Sachkenntnis-Bescheinigung ausnahmsweise dulden, wenn "besonders gewichtige öffentliche Interessen einer Untersagung entgegenstehen". Die zuständige Behörde teilt die Bedenken im Hinblick auf die europarechtlich gewährleistete Dienstleistungsfreiheit, ist aber der Ansicht, daß eine Duldung bei allen ausländischen Reise-

---

<sup>I</sup> Anmerkung: Bei einer Anfechtungsklage hebt das Verwaltungsgericht die angegriffene behördliche Verfügung auf, wenn diese rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

begleitem aus EU-Mitgliedstaaten die Ziele des neuen Bundesgesetzes letztlich vereiteln würde. Außerdem gehe es doch wohl in erster Linie um die Interessen der Reisebegleiter, also lediglich um private Interessen. Wie wird die Behörde in den Fällen der Fremdenführung durch ausländische Unionsbürger (richtigerweise) reagieren?

**Bearbeiterhinweis:** Die Frage 1 ist umfassend zu erörtern.

Die Fragen 2 - 4 erfordern eine Sachantwort, keine detaillierte Fall-Lösung. Beachten Sie dabei *genau* die Fragestellung und begründen Sie Ihre Antwort umfassend (auch anhand der einschlägigen Rechtsnormen)!

Die *Besprechung und Rückgabe* der Klausur findet *voraussichtlich im März* statt. Der genaue Termin wird auf der Webseite zu dieser Lehrveranstaltung (unter [www.jura.uni-goettingen.de/schmitz](http://www.jura.uni-goettingen.de/schmitz)) bekanntgegeben. Dort wird auch eine Lösungsskizze bereitgestellt. Die Klausuren können nach der Rückgabe auch in Raum 126/127 im Juridicum abgeholt werden.

STAATSRECHT III

**Abschlußklausur**  
(Besprechung)

**THEMA:** Auswärtige Gewalt nach dem GG; Verifikationsverfahren über völkerrechtliche Normen, Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, Vorrang des Unionsrechts, unionsrechtskonforme Auslegung.

**LÖSUNGSSKIZZE:**

**Zu Frage 1: Die Verteilung der auswärtigen Gewalt in der Bundesrepublik**

- Begriff: Auswärtige Gewalt ist die Summe aller staatl. Kompetenzen, welche sich auf die Teilnahme des Staates am völkerrechtlichen Verkehr beziehen, also den Kontakt mit anderen Völkerrechtssubjekten wie anderen Staaten und internat. Organisationen auf völkerrechtlicher Ebene zum Gegenstand haben. Der Begriff bezieht sich nicht nur die Außenkontakte selbst sondern auch auf die ggf. erforderlichen innerstaatlichen Mitwirkungsakte (Zustimmungen etc.).

Der Begriff der auswärtigen Gewalt ist ein dogmatischer Begriff aus der Lehre. Das GG selbst spricht von der "Pflege der Beziehungen zu den auswärtigen Staaten" (Art. 32 I) bzw. den "auswärtigen Angelegenheiten" (Art. 73 Nr. 1).

*I. Die vertikale Verteilung der auswärtigen Gewalt*

1) Die auswärtige Gewalt des Bundes

a) Die grundsätzliche auswärtige Gewalt des Bundes nach Art. 32 I GG

- umfaßt insbes. die *Pflege der diplomatischen Beziehungen* zu anderen Staaten und internat. Organisationen, die Unterhaltung eines *Auswärtigen Dienstes* mit eigenem Verwaltungsunterbau (Art. 87 I 1), die *ausschließliche Gesetzgebung in auswärtigen Angelegenheiten* (Art. 73 Nr. 1) und den *Abschluß völkerrechtlicher Verträge* (vgl. Art. 32 II).
- aber: die Verpflichtung zur Anhörung des betr. Landes vor dem Abschluß eines Vertrages, der seine besonderen Verhältnisse berührt (Art. 32 II GG)

b) Die auswärtige Gewalt des Bundes nach besonderen Regelungen für bestimmte Formen der Zusammenarbeit und Integration

- das Recht zur Übertragung (Delegation zur Ausübung) von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (= supranationale Organisationen) (Art. 24 I GG)
- das Recht zur Einordnung in Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit (Art. 24 II GG, Beispiele: UN, NATO und WEU [BVerfG]) und das bislang leerlaufende Recht zum Beitritt zu Vereinbarungen über eine allgemeine obligatorische internationale Gerichts- und Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 24 III GG)
- das Recht zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (Art. 23 I 2 GG) - aber: die Mitwirkung der Länder in (laufenden) Angelegenheiten der Europäischen Union nach Art. 3 II, IV - VI, EUZBLG

2) Die ergänzende auswärtige Gewalt der Länder

a) Das Recht der Länder zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bereich ihrer Gesetzgebungszuständigkeit (Art. 32 III GG)

- bei Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung nur, solange der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hat
- nur *mit Zustimmung der Bundesregierung*, die in deren politischem Ermessen liegt
- umfaßt das Recht zu allen Vorbereitungs-, Durchführung- und Vertragsbeendigungshandlungen

- umfaßt nach GANZ HM auch das Recht zu Auslandsbesuchen und zum Empfang ausländ. Staatsgäste, wenn politische Positionen der Bundesregierung dadurch nicht beeinträchtigt werden und im Kern Themen aus dem Bereich der Landeskompetenzen erörtert werden
  - b) Das Recht der Länder zur Übertragung von Hoheitsrechten an grenzüberschreitende (= transnationale) Einrichtungen (Art. 24 Ia GG)
  - c) Das Recht der Länder zur Unterhaltung von Verbindung zur Europäischen Union, insbes. von Verbindungsbüros (§ 8 EUZBLG)
- 3) Das Problem der völkerrechtlichen Verträge des Bundes im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder
- a) Problemstellung: Vertragsschlußkompetenz der Länder nach Art. 32 III GG in den Angelegenheiten ihrer ausschl. Gesetzgebung ausschließlich oder nur konkurrierend? Im letzteren Fall könnte der Bund in Kernangelegenheiten der Länder (z.B. Schulpolitik) völkerrechtl. Verträge schließen, welche die Länder dann (nach dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens) transformieren und ausführen müßten, selbst wenn sie inhaltlich der Landespolitik zuwiderlaufen.
  - b) Streit in der Lehre
    - aa) ZENTRALISTISCHE THEORIE (HM): Vertragsschlußkompetenz der Länder ist nur eine konkurrierende, welche die Kompetenz des Bundes (nach Art. 32 I GG) nicht in Frage stellt
      - Begründung: Art. 32 III ist lediglich ein Zusatz (kein *lex specialis*) zu Art. 32 I, der dem Bund die Pflege der auswärt. Beziehungen ohne jede Einschränkung zuweist; Wortlautargument ("können sie", nicht "können *nur* sie"); es entspricht den Gepflogenheiten der internat. Zusammenarbeit, daß bei Bundesstaaten nach außen (vornehmlich) der Bund und nicht die Gliedstaaten in Erscheinung treten. In den großen internat. Organisationen kann ohnehin nur die Bundesrepublik Vertragspartner sein.
    - bb) FÖDERALISTISCHE THEORIE: Die Vertragsschlußkompetenz der Länder ist ausschließlich
      - Begründung: nur so läßt sich effektiv verhindern, daß der Bund die Länderkompetenzen auf dem Umweg über die internat. Zusammenarbeit vollständig aushöhlt. Diese Lösung entspricht auch dem (allerdings nur rechtspolitischen) Konvergenzprinzip, nach dem im Bundesstaat Abschlußkompetenz und innerstaatl. Erfüllungskompetenz (insbes. Transformationskompetenz) nicht auseinanderfallen sollten.
    - cc) VERMITTELNDE AUFFASSUNG: Zwas konkurrierende Abschlußkompetenz des Bundes, doch darf der Bund keine Verpflichtungen eingehen, welche notwendigerweise gesetzgeberische Maßnahmen oder Verwaltungsmaßnahmen der Länder fordern.
  - c) Pragmatische Lösung durch das *Lindauer Abkommen* von 1957<sup>2</sup>
    - Danach nimmt der Bund die Abschlußkompetenz wahr, "soll" (!) aber das Einverständnis der Länder vor Verbindlichwerden der Verpflichtung herbeiführen (vgl. Nr. 3). Die Länder sollen möglichst frühzeitig beteiligt bzw. unterrichtet werden (Nr. 3, 4). Bund und Länder halten dabei an ihren unterschiedlichen Rechtsauffassungen fest. Entspr. Nr. 4b haben die Länder eine *Ständige Vertragskommission* als beratendes Gremium und Gesprächspartner für den Bund gebildet.
    - Die rechtl. Bewertung des Lindauer Abkommens ist - je nach der in dem zugrundeliegenden Streit vertretenen Auffassung - unterschiedlich. Beachte aber jedenfalls, daß die verfassungsrechtliche Rechtslage durch dieses Abkommen nicht geändert werden kann!

## II. Die horizontale Verteilung der auswärtigen Gewalt

- KORREKTURHINWEIS: ggf. 1 Zusatzpunkt, wenn kurze Erörterung der Verteilung der auswärtigen Gewalt in den Ländern (z.B. nach Art. 35 I, II Nds. Verf)
- 1) Allgemeine Verteilung der auswärtigen Gewalt
- a) Nach der Regelung im Grundgesetz: Auswärtige Gewalt des *Bundespräsidenten* (Art. 59 I)
    - völkerrechtliche Vertretung (auch Auslandsbesuche und Empfang von Staatsgästen), Abschluß völkerrechtl. Verträge, Beglaubigung u. Empfang von Gesandten (Art. 59 I 1, 2)
  - b) Nach der unangefochtenen Praxis: weitgehende Vertretung durch die Bundesregierung
    - insbes. Auslandsbesuche und Empfang von Staatsgästen (neben BPräs.), Aushandeln und Unterzeichnung völkerrechtlicher Verträge (siehe dazu *Schema 2* aus der Vorlesung) sowie Mitwirkung in internationalen Organisationen

<sup>2</sup> Verständigung zw. der Bundesregierung u. den Staatskanzleien der Länder über das Vertragsschließungsrecht d. Bundes vom 14.11.1957, abgedruckt z.B. bei *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 32 Rdnr. 17a.

- c) Rechtliche Erklärung der abweichenden Praxis: zulässige *stillschweigende Delegation der Vertretungsbefugnis*
- Einen förmlichen Delegationsakt gibt es nicht, die Bundespräsidenten haben die außenpolit. Vertretung durch die Bundesregierung aber immer geduldet. Manche Stimmen deuten vor allem die Genehmigung der GOBReg, welche auch den Empfang von Deputationen und die Verhandlungen mit dem Ausland regelt (§§ 10 f.), als konkludente Genehmigung.
- 2) Verteilung beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge
- a) Verhandlung und Unterzeichnung durch die Bundesregierung (bzw. der Mitglieder)
- b) Ggf. innerstaatliches Zustimmungsgesetz nach Art. 59 II GG
- nur bei Staatsverträgen, d.h. • Verträgen über die politischen Beziehungen des Bundes (bei denen die Existenz des Staates, sein territor. Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgeb. Gewicht in der Staatengemeinschaft unmittelbar durch den Vertrag selbst berührt werden) oder • Verträge über Gegenstände der Bundesgesetzgebung (die sich nicht ohne Maßnahmen des Bundesgesetzgebers vollziehen lassen)
    - Erforderlichkeit der Zustimmung des Bundesrates ist UMSTR. bei Verträgen, welche die polit. Beziehungen des Bundes regeln
  - Verwaltungsabkommen (Regierungsabkommen und Ressortabkommen) können ohne Beteiligung von Bundestag oder Bundesrat geschlossen und umgesetzt werden.
  - In der Praxis häufig nur *ein* Gesetz: Das *Zustimmungsgesetz* (auch Ratifikationsgesetz genannt, weil es den Bundespräsidenten zur Ratifikation ermächtigt), transformiert, wenn möglich, den völkerrechtl. Vertrag zugleich in innerstaatliches Recht (d.h. fungiert auch als *Transformationsgesetz*).
- c) Ratifikation durch den Bundespräsidenten
- Begriff: förmliche Erklärung des Staates, durch den völkerrechtl. Vertrag gebunden zu sein
  - Verfahren: Ausstellen der Ratifikationsurkunde (nach Gegenzeichnung des Außenministers, vgl. Art. 58 S. 1 GG) und Austausch oder Hinterlegung der Ratifikationsurkunde

## Zu Frage 2: Welche Entscheidung wird das OLG treffen?

### I. Unmittelbare Entscheidung über die Auslieferung unter impliziter eigener Prüfung der umstrittenen Frage der Vereinbarkeit der Auslieferung mit dem Völkerrecht

Möglicherweise könnte das OLG unmittelbar über die Auslieferung entscheiden und dabei implizit selbst die Vereinbarkeit der Auslieferung mit dem Völkerrecht prüfen. Diese Vorgehensweise liegt hier insbes. deswegen nahe, weil das Gericht aufgrund der Beteiligung eines im Völkerrecht habilitierten Richters, der dieselbe fachliche Qualifikation wie ein Universitätsprofessor für Völkerrecht aufweist, selbst über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt. Parallelen dazu sind aus dem öffentlichen Recht bekannt. So können etwa Verwaltungsrichter bei der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung der Korrektur einer Examenshausarbeit im Verwaltungsrecht selbst entscheiden, ob der Prüfer Aussagen zum Verwaltungsrecht in der Arbeit vertretbar als richtig oder falsch beurteilt hat. Die Frage, ob eine Auslieferung des jemenitischen Staatsbürgers an die USA gegen weltweit anerkannte Regeln des Völkergewohnheitsrechts verstoßen würde, ist hier deswegen relevant, weil solche Regeln (anders als die Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge) zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechtes zählen, die nach Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sind und den Gesetzen vorgehen. Eine Auslieferung, die gegen solche Regeln verstößt, ist damit nicht nur völkerrechtswidrig sondern verletzt auch deutsches Recht.

Eine unmittelbare Entscheidung über die Auslieferung kommt jedoch deswegen nicht in Betracht, weil das Grundgesetz in Art. 100 II die *verbindliche Entscheidung* darüber, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, *dem BVerfG vorbehalten* hat. Das schließt auch die Einschätzung ein, ob eine bestimmte Regel des Völkerrechts überhaupt als rechtliche Norm existiert. Nach Art. 100 II GG hat das Gericht zunächst die Entscheidung des BVerfG einzuholen und darf erst später auf der Grundlage dieser Entscheidung in der Sache entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn unter den Richtern des BVerfG anders als hier unter denen des Gerichts im Ausgangsverfahren kein Spezialist des Völkerrechts vertreten sein sollen. Das Grundgesetz hat dem BVerfG unabhängig von der tatsächlichen fachlichen Kompetenz seiner Richter ein *innerstaatliches Monopol zur verbindlichen Beurteilung dieser völkerrechtlichen Fragen* eingeräumt.

## II. Richtervorlage an das BVerfG nach Art. 100 II GG, §§ 13 Nr. 12, 83 f. BVerfG

Das OLG muß die umstrittene völkerrechtliche Frage, die wegen der generellen Transformation der allgemeinen Regeln des Völkerrechts in das Bundesrecht über Art. 25 S. 1 GG zugleich eine Frage des Bundesrechts darstellt, also dem BVerfG vorlegen. Ein solcher Antrag im Verifikationsverfahren über völkerrechtliche Normen nach Art. 100 II GG, §§ 13 Nr. 12, 83 f. BVerfG ist dann *statthaft*, wenn - wie hier - in einem Rechtsstreit zweifelhaft ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechtes ist (bzw. ob eine best. Regel überhaupt existiert) oder ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt. *Vorlageberechtigt* ist jedes deutsche Gericht. Der vorausgesetzte *Vorlagegrund* ist hier gegeben, denn es bestehen (innerhalb und außerhalb des Gerichts) *ernsthafte Zweifel* über die Existenz und Tragweite einer Regel des Völkergewohnheitsrechts, welche es verbietet, ausländische Staatsangehörige mit einer List aus ihrem Heimatstaat herauszulocken und sie dann festzunehmen und ggf. an einen Drittstaat auszuliefern und so ein verfassungsrechtliches Auslieferungsverbot des Heimatstaates zu umgehen. Die Frage ist hier auch *entscheidungserheblich*, da der jemenitische Staatsbürger ggf. nach übergesetzlichem Bundesrecht (vgl. Art. 25 S. 2 GG) nicht an die USA ausgeliefert werden darf.

Das OLG wird also als Entscheidung einen Beschluß treffen, der das *Verfahren* über die Auslieferung *aussetzt* und die Entscheidung des BVerfG zu der umstr. Frage einholt. Dabei sind die Schriftform (vgl. § 23 I 1 BVerfGG) sowie die strikten Begründungsanforderungen nach §§ 84, 80 II BVerfGG einzuhalten.

ANMERKUNG: Das BVerfG hat in einem ähnlichen Fall<sup>3</sup> eine Verfassungsbeschwerde eines jemenitischen Staatsangehörigen abgewiesen. Der Beschwerdeführer hatte eine Verletzung seines Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) gerügt, weil das OLG in seinem Fall unmittelbar über die Auslieferung entschieden hatte, ohne zuvor die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Die VB war erfolglos, weil das BVerfG die Auffassung des OLG teilte, daß hier keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts der Auslieferung entgegenständen und die angegriffene Entscheidung des OLG damit nicht auf einer Verletzung der Vorlagepflicht beruhte. Das BVerfG betonte jedoch, daß das OLG nach Art. 100 II GG zur Vorlage verpflichtet war.<sup>4</sup>

### Zu Frage 3: Wie wird die zuständige Behörde entscheiden?

Die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung besonderer Art, wie sie in dem Freizügigkeitsabkommen vereinbart worden ist, ist nicht zulässig, weil es dafür *an den notwendigen innerstaatlichen rechtlichen Grundlagen fehlt*. Zum einen stehen der Behörde keine materiellen Kriterien zur Verfügung, anhand derer sie entscheiden könnte, ob eine Arbeitsgenehmigung erteilt wird oder nicht. Nach dem Freizügigkeitsabkommen sollten nicht alle Bürger des Staates X sondern nur diejenigen, welche bestimmte Kriterien erfüllen, in den Genuß der Genehmigung gelangen können. Die Rechtsverordnung, die diese Kriterien festlegen sollte, existiert noch nicht. Außerdem sind die notwendigen Anpassungen des Ausländer- und Arbeitsrechts noch nicht erfolgt, sodaß es das rechtliche Institut jener Arbeitsgenehmigung besonderer Art noch nicht gibt. Darin liegt zwar eine Verletzung des völkerrechtlichen Vertrages mit dem Staat X, doch ergeben sich daraus für die entscheidende Behörde keine Konsequenzen. Denn dieser Vertrag ist mangels sog. *self-executing Normen*, die ohne innerstaatliche Durchführungsvorschriften vollzogen werden können, nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbar. Es handelt sich bei völkervertragsrechtlichen Normen auch nicht um allgemeine Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG.

Die Behörde wird den Antrag des Bürgers aus dem Staat X also ablehnen.

### Zu Frage 4: Fremdenführungen und Dienstleistungsfreiheit

#### I. Zu Frage 4a: Welche Entscheidung wird das Gericht treffen?

Möglicherweise könnte das Gericht ungeachtet der möglichen Zweifel an der Vereinbarkeit des neuen Bundesgesetzes mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV unmittelbar über die Anfechtungsklage des niederländischen Reisebegleiters entscheiden, denn schließlich ist hier die Rechtslage nach dem einschlägigen deutschen Gesetz eindeutig und betrifft die europarechtliche Frage Recht aus einer fremden Rechtsordnung. Hier stellt sich die europarechtliche Frage indessen bei einem *letztinstanzlichen Gericht*, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des deutschen Rechts angefochten werden können. Zudem geht es bei dieser Frage wesentlich um die *Aus-*

<sup>3</sup> BVerfGE 109, 13 ff.; BVerfGE 109, 38 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 109, 13 (22 ff.); 38 (48 ff.).

*legung des EGV*, nämlich darum, ob die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV auch dann einschlägig ist, wenn der Dienstleistende und der Dienstleistungsempfänger zur Vornahme der Dienstleistung gemeinsam die Grenze zu einem anderen EU-Mitgliedstaat überschreiten; außerdem geht es darum, ob die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ggf. durch die Schranken der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt ist. Die *europarechtliche Frage* ist auch *entscheidungserheblich*, denn im Falle der Unvereinbarkeit des neuen Bundesgesetzes mit der Dienstleistungsfreiheit darf das Gericht das Gesetz wegen des *Vorranges des Unionsrechts* nicht anwenden, was hier dazu führen würde, daß die Anfechtungsklage des niederländischen Reisebegleiters begründet wäre und das Gericht die Untersagungsverfügung der Behörde aufheben müßte. In solchen Fällen sind letztinstanzliche Gerichte nach Art. 234 UA 3 EGV verpflichtet, zunächst die Entscheidung des EuGH im sog. Vorabentscheidungsverfahren einzuholen, und dürfen erst später auf der Grundlage dieser Entscheidung in der Sache entscheiden. Der EuGH entscheidet dabei ausschließlich über die europarechtliche Fragestellung ("über die Auslegung dieses Vertrages", vgl. Art. 234 UA 1 lit. a EGV). Er ist nicht etwa befugt, das nationale Gesetz aufzuheben oder für nichtig zu erklären.

Das Gericht wird also als Entscheidung einen Beschluß treffen, der das *Verfahren aussetzt* und den *EuGH zur Entscheidung darüber anruft*, ob die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit in *Art. 49 EGV mitgliedstaatliche Regelungen zuläßt*, welche ausländischen Reisebegleitern, die mit einer ausländischen Reisegruppe in die Bundesrepublik einreisen, die Beschränkung auferlegt, Führungen an bestimmten Touristenattraktionen nur vorzunehmen, wenn sie eine Bescheinigung über einschlägige Sachkenntnisse bei sich tragen, die nur bei deutschen Bildungsinstituten erworben werden kann.

## II. *Zu Frage 4b: Wie wird das Gericht entscheiden und wie wird es seine Entscheidung begründen?*

Das Gericht wird die angegriffene behördliche *Untersagungsverfügung aufheben*, weil diese mangels rechtlicher Grundlage rechtswidrig ist und den niederländischen Bürger in seiner beruflichen Freiheit (hier nach Art. 2 I GG) verletzt. Das Gericht wird in seiner Begründung anführen, daß das *neue Bundesgesetz* nicht mit Art. 49 ff. EGV vereinbar ist und daher wegen des Vorranges des Unionsrechts gegenüber dem staatlichen Recht *nicht angewendet* werden darf. Das Gericht wird sich *nicht* in einem *erneuten Vorabentscheidungsverfahren* an den EuGH wenden, denn dieser hat die europarechtliche Fragestellung bereits geklärt. Da er nur über die "Auslegung dieses Vertrages" entscheidet und nicht etwa selbst Gesetze aufhebt oder für nichtig oder unanwendbar erklärt, sind wiederholte Vorabentscheidungsverfahren bei gleichen Regelungen in verschiedenen Gesetzen nicht erforderlich; insofern unterscheidet sich das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV konzeptionell von dem Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG.

## III. *Zu Frage 4c: Wie wird die Behörde in den Fällen der Fremdenführung durch ausländische Unionsbürger (richtigerweise) reagieren?*

Die Behörde wird Fremdenführungen durch ausländische Unionsbürger, die mit ausländischen Reisegruppen einreisen, *dulden* (also nicht untersagen). Sie wird dies damit begründen, daß eine Untersagung nach ihrer eigenen Einschätzung nicht mit Art. 49 ff. EGV vereinbar wäre und der Ausnahmetatbestand in dem neuen Bundesgesetz im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung möglichst so ausgelegt werden muß, daß ein Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union vermieden wird. Eine unionsrechtskonforme Auslegung ist hier jedenfalls möglich (wenn auch eigentlich sachlich nicht überzeugend), denn das *Interesse, Verstöße gegen das Unionsrecht zu vermeiden*, ist angesichts der *wesentlichen Bedeutung der einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten für die europäische Integration* und im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip, das die Befolgung aller innerstaatlich anwendbaren Rechtsnormen fordert, *von besonderem Gewicht*. Es handelt sich bei diesem Interesse auch um ein *öffentliches Interesse*, auch wenn damit im Effekt auch die privaten Interessen der ausländischen Reisebegleiter verfolgt werden. Gegenüber diesen grundsätzlichen Erwägungen müssen die von der Behörde angeführten Gründe, die in der Sache eher für eine andere Auslegung des Ausnahmetatbestandes sprechen, weichen.

KORREKTURHINWEIS: ggf. 1 Zusatzpunkt, wenn das (in der Vorlesung nicht behandelte aber naheliegende) Problem der Inländerdiskriminierung angesprochen wird; ein anderes Ergebnis läßt sich damit aber nicht rechtfertigen.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter [www.jura.uni-goettingen.de/schmitz](http://www.jura.uni-goettingen.de/schmitz). Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich bis März 2005 im Verfügungsgebäude, Zimmer 208 (Tel. 39-46.37, E-mail [tschmit1@gwdg.de](mailto:tschmit1@gwdg.de)) erreichbar.

<b>Endnote:</b>	<b>Name:</b>
-----------------	--------------

<p><b>(8 Pkte)</b></p> <p>(1 P.)</p> <p>(1 P.)</p> <p>(2,5 P.)</p> <p>(1 P.)</p> <p>(2,5 P.)</p>	<p><b>Frage 1: Die Verteilung der auswärtigen Gewalt in der Bundesrepublik</b></p> <p><i>I. Vertikale Verteilung</i></p> <p>1) Auswärtige Gewalt des Bundes</p> <p>a) Grundsatz (<i>Art. 32 I GG</i>) (→ Art. 73 Nr. 1, 87 I 1 erwähnt?)</p> <p>b) nach besonderen Regelungen (<i>Art. 24 I, II, III, 23 I 2 GG</i>)</p> <p>2) Ergänzende auswärtige Gewalt der Länder</p> <p>a) Abschluß völkerrechtl. Verträge (<i>Art. 32 III GG</i>)</p> <p>b) Übertragung von Hoheitsrechten (<i>Art. 24 Ia GG</i>)</p> <p>c) Verbindungen zur EU, insbes. Verbindungsbüros (§ 8 EUZBLG)</p> <p>3) Problem: <i>Verträge des Bundes im Bereich aussch. Landesgesetzgebungskomp.?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Streit in der Lehre, → <i>Lindauer Abkommen</i></li> </ul> <p><i>II. Horizontale Verteilung</i></p> <p>1) Allgemein (<i>Art. 59 I GG</i>, Praxis, → stillschweigende Delegation)</p> <p>2) beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verhandlung und Unterzeichnung durch BReg</li> <li>• ggf. <i>Zustimmungsgesetz nach Art. 59 II GG</i> (→ Unterscheidung und Definition Staatsverträge - Verwaltungsabkommen)</li> <li>• Ratifikation durch BPräs (→ Begriff, Gegenzeichnung, Ratifikationsurkunde)</li> </ul>
<p><b>(3 Pkte)</b></p>	<p><b>Frage 2: Entscheidung des OLG</b></p> <p><i>I. Unmittelbare Entscheidung über Auslieferung unter impliziter eigener Prüfung der völkerrechtl. Frage: (-)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Relevanz der vörl. Frage nach Art. 25 GG, aber Beurteilungsmonopol des BVerfGG</li> </ul> <p><i>II. Richtervorlage an das BVerfG nach Art. 100 II GG, § 13 Nr. 12, 83 f. BVerfGG: (+)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• statthaft, OLG vorlageberechtigt, Vorlagegrund (ernsthafte Zweifel, Entscheidungserheblichkeit)</li> </ul>
<p><b>(1 Pkt)</b></p>	<p><b>Frage 3: Entscheidung der Behörde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• keine Erteilung der Arbeitsgenehmigung, da es an den innerstaatl. rechtl. Grundlagen fehlt</li> <li>• vörl. Verträge (die keine self-executing Normen enthalten), können vor ihrer innerstaatl. Umsetzung nicht innerstaatl. binden</li> </ul>
<p><b>(6 Pkte)</b></p> <p>(3 P.)</p> <p>(1,5 P.)</p> <p>(1,5 P.)</p>	<p><b>Frage 4: Fremdenführungen und Dienstleistungsfreiheit</b></p> <p><i>I. Frage 4a: Entscheidung des Gerichts</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Richtervorlage an EuGH im <u>Vorabentscheidungsverfahren</u> nach Art. 234 EGV</li> <li>• Frage der Auslegung des EGV (<i>Art. 234 UA 1 lit. a</i>) entscheidungserheblich in schwebendem Verfahren vor letztinstanzl. mitgliedstaatl. Gericht (vgl. <i>Art. 234 UA 3</i>)</li> <li>• Entscheidung nur über die europarechtl. Frage (keine Aufhebung oder Nichtig- oder Unanwendbarerklärung des mitgliedstaatl. Gesetzes)</li> </ul> <p><i>II. Frage 4b: Entscheidung des Gerichts und Begründung</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aufhebung der Untersagungsverfügung, Begründung mit Unanwendbarkeit des neuen Bundesgesetzes wegen des <u>Vorranges des Unionsrechts</u></li> </ul> <p><i>III. Frage 4c: Reaktion der Behörde</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Duldung (keine Untersagung) der Fremdenführungen durch ausländ. Unionsbürger, die mit ausländ. Reisegruppen einreisen</li> <li>• <u>unionsrechtskonforme Auslegung</u> des Ausnahmetatbestandes in dem neuen Bundesgesetz</li> </ul>
<p><b>(auffallende Abweichungen nach Gesamteindruck)</b></p>	<p>0 Aufbau der Darstellung, Gewichtung</p> <p>0 klare Gedankenführung</p> <p>0 Nähe zur Fragestellung</p> <p>0 präzise Ausdrucksweise, Stil</p> <p>0 Sonstiges:</p>



### **ANMERKUNG ZUR KORREKTUR:**

Diese Lösungsskizze dient der gründlichen Nachbereitung der Klausur. Bei der Korrektur wurde selbstverständlich der begrenzte Zeitraum von 90 Minuten berücksichtigt und auf dem Semester angemessene Anforderungen geachtet.

Bei der Korrektur fiel auf, daß *viele Klausuren unter drei Mängeln leiden*:

Erstens wurde die zu Recht ausführliche Antwort zu Frage 1 häufig nicht oder logisch widersprüchlich gegliedert. Die Folge war dann ein seitenlanger "Brei" von Ausführungen, bei dem zwar viele Ausführungen richtig waren, in dem sich der Leser aber nicht orientieren konnte und der insgesamt mitunter keinen Sinn mehr ergab. Insbesondere wurden die Ausführungen zur vertikalen und horizontalen Verteilung der auswärtigen Gewalt oft vermischt. Hier zeigt sich, daß viele Bearbeiter die *Methode der Abfassung eines wissenschaftlichen Textes* nicht genügend verinnerlicht haben. Es ist dringend anzuraten, schon *vor* Beginn der Niederschrift ein detailliertes Konzept zu den Ausführungen zu erstellen (Gliederung, Gedankenführung, Schwerpunkte etc.).

Zweitens wurden in der Antwort zu Frage 3 mitunter Ausführungen zum Recht der Europäischen Union und insbes. zum Vorrang des Unionsrechts gemacht, obwohl in dem geschilderten Fall eindeutig kein Bezug zur Europäischen Union besteht (es geht um die Nichtumsetzung eines völkerrechtlichen Vertrages mit einem afrikanischen Staat). Da hier ein Irrtum ausgeschlossen ist (die Europäische Union wurde im Sachverhalt nicht erwähnt; außerdem dürfte kein Vorlesungsteilnehmer davon ausgehen, daß afrikanische Staaten Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind), läßt diese Vorgehensweise den Schluß zu, daß es dem Bearbeiter von vornherein nicht darum ging, die gestellte Frage zu beantworten, sondern irgendwelches gelerntes Wissen "abzuladen". Eine solche *offene Mißachtung der Fragestellung* fällt bei der Bewertung der Arbeit erheblich ins Gewicht - zumal im Bearbeiterhinweis und zusätzlich mündlich zu Beginn der Klausur ausdrücklich darauf hingewiesen worden war, daß die Fallfrage *genau* zu beachten war. Den betr. Bearbeitern wurden daher nicht nur keine Punkte für ihre Ausführungen zu Frage 3 erteilt, sondern darüber hinaus 1 Punkt abgezogen.

Drittens wurden die Antworten zu Frage 4 von einigen Teilnehmern nicht nach den Teilfragen ("a", "b", "c") untergliedert und wurde auch nicht durch andere Hinweise klargestellt, auf welche der Teilfragen sich welche Ausführungen bezogen. Deswegen war es in einigen Fällen nicht möglich, die Ausführungen den Teilfragen zuzuordnen. In diesen Fällen konnten die Ausführungen bei der Bewertung der Arbeit nicht berücksichtigt werden.

Die geschilderten Mängel führten dazu, daß viele Klausuren schlechter ausfielen, als es dem Wissensstand des Bearbeiters entsprach. Das hätte sich vermeiden lassen! Achten Sie bei Ihren Klausuren auf Lösungen, die sich hart an der Aufgabenstellung orientieren, logisch und inhaltlich richtig und leicht nachvollziehbar gegliedert sind und Ihre exakt auf die Fallfrage bezogene Gedankenführung klar erkennen lassen! Das reine Lernen des Stoffes ist (auch) wichtig, kann aber eine seriöse, methodisch korrekte Arbeitsweise nicht ersetzen!

Für *Rückfragen* stehe ich bis zum 17. März und ab dem 1. April gern zur Verfügung (Tel. 39-46.37, E-mail [tschmit1@gwdg.de](mailto:tschmit1@gwdg.de)). *Einwände gegen die Bewertung* sind mit *kurzer schriftlicher Begründung* in Raum 126/127 im Juridicum oder bei Frau Stefanie Armbrecht (MZG 413, Tel. 39-91.233, E-mail [s.armbrecht@web.de](mailto:s.armbrecht@web.de)) abzugeben.