

Lösungsskizze

Liebe Korrektor:innen,

bitte gewichten Sie bei der Benotung die Aufgaben wie folgt:

Aufgabe 1: 20%, Aufgabe 2: 30%, Aufgabe 3: 25%, Aufgabe 4: 15%, Aufgabe 5: 10%.

Ausführungen in Kästen wie diesen sind Anmerkungen für die Korrektor:innen oder enthalten zusätzliche Ausführungen, die von den Studierenden nicht erwartet werden.

Aufgabe 1

Vorüberlegung:

Hier wird kein einzelnes Mitglied einer Mission/Vertretung persönlich verklagt, sodass §§ 18, 19 GVG nicht einschlägig sind. § 20 Abs. 2 GVG sieht weitere Ausnahmen von der deutschen Gerichtsbarkeit vor. Diese sind aber nur deklaratorisch, wenn sich die Ausnahme von der Gerichtsbarkeit schon aus allgemeinen Regeln des Völkerrechts ergibt. Von den Studierenden kann die Kenntnis der GVG-Vorschriften nicht erwartet werden.

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes (Art. 25 GG). Ist in einem Rechtsstreit zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt, so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen (Art. 100 Abs. 2 GG).

Die Aufgabe zielt auf ein Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG ab.

Bei „Vorlage“ könnte zwar auch an eine konkrete Normenkontrolle gedacht werden, allerdings gibt es keine Anhaltspunkte dafür, welche konkrete Gesetzesnorm verfassungswidrig sein sollte. Die konkrete Normenkontrolle wäre daher fernliegend. Das Normverifikationsverfahren wurde in der Vorlesung behandelt und ist den Studierenden bekannt.

A. Zulässigkeit des Normverifikationsverfahrens (Art. 100 Abs. 2 GG)

I. Vorlageberechtigung und Vorliegen eines Rechtsstreits

Vorlageberechtigt ist ein „Gericht“, d.h. wie bei Art. 100 Abs. 1 GG jeder staatliche Spruchkörper, der gesetzlich mit Aufgaben der Rechtsprechung betraut wurde und sachlich unabhängig ist.¹ Hier handelt ein Amtsgericht durch einen Einzelrichter, also unproblematisch ein „Gericht“.

Ein Rechtsstreit i.S.d. Art. 100 Abs. 2 GG ist durch das vor dem Amtsgericht anhängige Verfahren gegeben.

II. Zweifel

Art. 100 Abs. 2 GG setzt voraus, dass *zweifelhaft* ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt. Eine Überzeugung von der Existenz einer solchen Regel ist nicht erforderlich.

Die Zweifel müssen auch nicht beim Gericht selbst vorliegen, objektive, ernstzunehmende Zweifel außerhalb des Gerichts sind ausreichend, um einen Anspruch auf Vorlage auszulösen.² Hier hat die Botschaft in Zweifel gezogen, ob sie vor dem AG verklagt werden darf und der Richter selbst ist sich nun unsicher (= hat Zweifel).

III. Vorlagegegenstand

Eine Vorlage ist geboten, wenn Zweifel bestehen über Existenz, Rechtscharakter, Tragweite und Bindungskraft einer Regel des Völkerrechts.³ Es geht, anders als bei Art. 100 Abs. 1 GG, nicht um die Frage der Vereinbarkeit einer Norm mit höherrangigem Recht. Der Sachverhalt lässt offen, worauf sich die „Unsicherheit“ des Richters bezieht, bei problemorientierter Auslegung steht hier jedoch die Frage im Raum, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts *existiert*, die die Klageabweisung zur Folge hätte, ob sie Bestandteil des Bundesrechts ist und für den Einzelnen Rechte und Pflichten erzeugt. Eine solche Regel könnte lauten: *„Die inländische Gerichtsbarkeit ist für Klagen gegen einen ausländischen Staat ausgeschlossen.“* oder *„Die inländische Gerichtsbarkeit ist für Klagen gegen einen ausländischen Staat in bezug auf seine nicht-hoheitliche Betätigung ausgeschlossen.“*

Hier kann also bereits auf die Unterscheidung von hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln eingegangen werden. Dies kann aber auch erst in der materiellen Prüfung erfolgen.

¹ Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 55. Aufl. Stand 15.05.2023, GG Art. 100 Rn. 34.

² Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, Rn. 172 f.

³ Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 176; vgl. auch BVerfG 15, 25 (31); BVerfGE 118, 124 (132 f.) spricht von „Existenz oder Tragweite“.

Denkbar ist auch, dass die potenzielle Regel noch konkreter gefasst wird, etwa „*Die inländische Gerichtsbarkeit ist für Klagen gegen einen ausländischen Staat in Bezug auf Verträge über (Reparatur-)Arbeiten am Botschaftsgebäude ausgeschlossen.*“ Dies wäre eine Frage der Tragweite der Regel.

IV. Entscheidungserheblichkeit

Die Frage, ob die allgemeine Regel des Völkerrechts besteht oder nicht, muss entscheidungserheblich sein. Dies ist eine ungeschriebene Voraussetzung des Art. 100 Abs. 2 GG, die sich aber aus Sinn und Zweck des Verfahrens ergibt.⁴

Wenn eine allgemeine Regel des Völkerrechts bestünde, der zufolge die Botschaft (ggf. bezüglich nicht-hoheitlichen Handelns) nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, müsste die Klage abgewiesen werden.

Vorliegend ist davon auszugehen, dass der H einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Zahlung gegen den Staat S, bzw. dessen Botschaft, hat und das AG seiner Klage stattgeben müsste, sofern die Botschaft vor dem AG verklagt werden darf. Es kann allerdings offenbleiben, ob die Klage des H begründet wäre. Denn eine Klageabweisung wegen Unzulässigkeit ist eine andere Entscheidung als eine Klageabweisung aus sachlichen Gründen.⁵ Daher ist die Frage, ob eine solche allgemeine Regel des Völkerrechts besteht, entscheidungserheblich.

Schlaich/Korioth behandeln *Zweifel* und *Vorlagegegenstand* als zwei getrennte Zulässigkeitsvoraussetzungen, m.E. ist es aber auch gut vertretbar, beide unter einem Punkt (z.B. „Zweifel über die Existenz / die Tragweite einer allgemeinen Regel des Völkerrechts“) zusammenzufassen, da ansonsten auch der Bezugspunkt der Zweifel unklar wäre. Da es für dieses selten geprüfte Verfahren u.U. kein „etabliertes“ Prüfungsschema gibt, sollten Abweichungen vom hiesigen Aufbau großzügig behandelt werden, solange die relevanten Zulässigkeitskriterien besprochen werden.

B. „Begründetheit“: Bestehen einer allgemeinen Regel des Völkerrechts

Fraglich ist, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, die es ausschließt, dass ein ausländischer Staat vor einem Gericht der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf seine privatrechtliche Betätigung im Inland verklagt werden kann.

⁴ BVerfGE 15, 25 (30); 96, 68 (79); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 177.

⁵ BVerfGE 22, 106 (109); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 149.

Dies hat das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1963 verneint.⁶ Auf diese Entscheidung bezieht sich die folgende Argumentation.

Art. 25 GG inkorporiert allgemeine Regeln des Völkerrechts in das Bundesrecht. Gemeint sind damit Regeln des universellen Völkergewohnheitsrechts⁷ oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts.⁸

I. Regel aus Völkergewohnheitsrecht

Eine völkergewohnheitsrechtliche Regel setzt einen für längere Zeit von der weitaus größeren Zahl der Staaten im Bewusstsein rechtlicher Verpflichtung (*opinio iuris*) geübten Brauch voraus.⁹ Es ist dabei nicht notwendig, dass auch Deutschland diesen Brauch teilt.

Da es hier um eine Frage der Ausübung der Gerichtsbarkeit handelt, wird der Brauch primär aus der Praxis der Gerichte ermittelt, ergänzend können die sonstige Staatenpraxis, Versuche der Kodifikation von Völkerrecht und die Lehren anerkannter Autoren herangezogen werden.¹⁰

Diese Quellen stehen den Studierenden in der Klausur nicht zur Verfügung.

Bis 1945 gewährten deutsche Gerichte ausländischen Staaten (abgesehen von engen Ausnahmen) unbeschränkt Immunität, also sowohl in Bezug auf hoheitliches Handeln (*acta iure imperii*) als auch auf nicht-hoheitliches Handeln (*acta iure gestionis*, beispielsweise privatrechtliche Ansprüche).¹¹ Nach 1945 lässt sich die Tendenz feststellen, dass deutsche Gerichte die Staatenimmunität zunehmend einschränken, indem sie Gerichtsbarkeit über ausländische Staaten ausüben, wenn diese als Subjekt privatrechtlicher Rechte und Pflichten in Betracht kommen.¹²

Dies entspricht auch der Praxis der Gerichte in einer nicht geringen Zahl von anderen Staaten.¹³ Im Jahr 1963 (zum Zeitpunkt der BVerfG-Entscheidung) gab es zwar noch eine Reihe von Staaten, die vom Grundsatz der unbeschränkten Staatenimmunität ausgingen. Auch in diesen bestanden jedoch teilweise schon Bestrebungen, nicht-hoheitliche Akte von der Immunität auszunehmen. Im Laufe der Zeit rückten noch mehr Staaten von der Praxis der unbeschränkten Staatenimmunität ab.¹⁴

⁶ BVerfGE 16, 27.

⁷ Heintschel von Heinegg/Frau, in: Epping/Hillgruber, 55. Edition Stand 15.05.2023, GG Art. 25 Rn. 19.

⁸ Heintschel von Heinegg/Frau (Fn. 7), Rn. 21.

⁹ BVerfGE 16, 27 (34).

¹⁰ BVerfGE 16, 27 (34).

¹¹ BVerfGE 16, 27 (34); z.B. RGZ 62, 165.

¹² BVerfGE 16, 27 (35 f.).

¹³ BVerfGE 16, 27 (36 ff.).

¹⁴ So in 1977: BVerfGE 46, 342 (364).

Hintergrund dieses Wandels war die zunehmende wirtschaftliche Betätigung der Staaten. Ein wirtschaftlich handelnder Staat begibt sich auf eine Ebene der Gleichordnung mit anderen Marktakteuren und soll sich nicht mehr auf seine Souveränität berufen können und unter Verweis auf seine Immunität seinen vertraglichen Verpflichtungen entziehen.¹⁵

Weiterhin gab es zahlreiche völkerrechtliche Verträge, die die Frage der Staatenimmunität regelten und bestätigten, dass die Immunität nicht mehr für Akte *iure gestionis* gelten sollte.¹⁶ Auch die Äußerungen von Institutionen und der Völkerrechtslehre deuteten schon im Jahr 1963 in diese Richtung.

II. Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts

Besteht dem BVerfG zufolge nicht.¹⁷

III. Abgrenzung von hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit.

Das BVerfG hat weiterhin (Rn. 151 ff.) Vorgaben dafür gemacht, wie hoheitliche von nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit abzugrenzen ist.

Maßgeblich ist die Natur der staatlichen Handlung oder des entstandenen Rechtsverhältnisses, nicht Motiv oder Zweck der Staatstätigkeit. Es kommt darauf an, ob der ausländische Staat die ihm zustehende Hoheitsgewalt ausgeübt hat, also öffentlich-rechtlich oder wie eine Privatperson, also privatrechtlich, tätig geworden ist.¹⁸

Diese Abgrenzung ist nach Kriterien des nationalen Rechts vorzunehmen, da das Völkerrecht dafür keine Kriterien vorsieht. Es existiert ein Kernbereich der hoheitlichen Tätigkeit, zu dem u.a. die Betätigung der auswärtigen und militärischen Gewalt, die Gesetzgebung, die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege gehören.¹⁹

Den Abschluss eines Vertrages für Reparaturen am Botschaftsgebäude sieht das BVerfG als nicht-hoheitliche Betätigung an, da dieser „offensichtlich“ nicht in den Kernbereich der Staatsgewalt fällt, selbst wenn die Reparatur für die ordnungsgemäße Abwicklung der Botschaftsgeschäfte notwendig war.²⁰

¹⁵ Lorz, Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten, Tübingen 2017, S. 13.

¹⁶ BVerfGE 16, 27 (52).

¹⁷ BVerfGE 16, 27 (33).

¹⁸ BVerfGE 16, 27 (62).

¹⁹ BVerfGE 16, 27 (63).

²⁰ BVerfGE 16, 27 (64).

IV. Ergebnis

Eine Regel des Völkerrechts, nach der die inländische Gerichtsbarkeit für Klagen gegen einen ausländischen Staat in Bezug auf seine nicht-hoheitliche Betätigung ausgeschlossen ist, ist nicht Bestandteil des Bundesrechts.²¹

Fazit: Die detaillierte Argumentation des BVerfG kann in der Klausur nicht erwartet werden. Relevant ist aber, dass die Studierenden die folgenden Punkte erkennen und ansprechen:

- Ursprünglich wurde Staaten unbeschränkte Immunität zuerkannt, dies wurde aus einem umfassenden Souveränitätsverständnis abgeleitet.
- Im Falle der wirtschaftlichen Tätigkeit von Staaten erscheint diese Privilegierung ungerechtfertigt, daher wurde zunehmend zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* unterschieden und letztere nicht mehr von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten ausgenommen.
- Die Abgrenzung ist davon abhängig, ob der Staat seine Hoheitsrechte nutzt oder wie ein Privater tätig wird.

Weitere BVerfGE zur Staatenimmunität:

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv015025.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016027.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv046342.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv064001.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096068.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv117141.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv118124.html>

²¹ BVerfGE 16, 27.

Aufgabe 2

Auslandseinsätze der Bundeswehr sind im GG nicht ausdrücklich geregelt. Gesetzliche Voraussetzungen ergeben sich aus dem Parlamentsbeteiligungsgesetz, das Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts umsetzt.²²

I. Voraussetzung 1: Grundsätzliche Zulässigkeit von Auslandseinsätzen

Zunächst müsste der Einsatz der Bundeswehr im Ausland überhaupt zulässig sein.

Das GG ist grundsätzlich zurückhaltend gegenüber dem Gewalteinsatz, wenn nicht gar pazifistisch und antimilitaristisch angelegt, wofür insb. Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 4 Abs 3 S. 1, Art. 24 Abs. 2, Art. 25, 26 und 139 GG sprechen.²³

Jedenfalls Handlungen nach Art. 26 GG sind verboten.

Hinzu kommt das völkerrechtliche Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta), das unter dem Grundgesetz als allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG Rechtswirkung entfaltet.

Davon gibt es allseits konsentiert wie auch umstrittene Ausnahmen:

- Das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta)
- Interventionen auf der Grundlage eines Beschlusses des Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta
- bilaterale Hilfe²⁴
- Umstritten: Humanitäre Intervention bei Menschenrechtsverletzungen

Unabhängig von der völkerrechtlichen Zulässigkeit muss der Einsatz allerdings auch verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen.

Gem. Art. 87a Abs. 2 GG dürfen die Streitkräfte zur *Verteidigung* eingesetzt werden und wenn das GG es *ausdrücklich* zulässt.

Umstritten ist, ob diese Vorschrift nur für den Einsatz im Inneren gilt oder sich auch auf Auslandseinsätze bezieht.²⁵

- **Ansicht 1:** Art. 87a Abs. 2 GG bezieht sich nur auf den Einsatz im Inneren, Auslandseinsätze benötigen keine Ermächtigungsgrundlage. Dies hat historische Gründe, da bei der Einfügung des Artikels im Jahr 1968 die Diskussion um den Einsatz im Inneren kreiste und systematische Gründe, weil Art. 87a Abs. 2 GG die Kompetenzverteilung zwischen Polizeibehörden und Bundeswehr regelt.

²² BVerfGE 90, 286.

²³ Fischer, Militärische Sicherheit unter dem pazifistischen Grundgesetz, NJOZ 2022, 1153 (1154 ff.); vgl. auch Fassbender, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2013, § 244 Rn. 48.

²⁴ Fischer, NJOZ 2022, 1153 (1158).

²⁵ Hierzu und im Folgenden: Calliess, Staatsrecht III, S. 192 f.

- **Ansicht 2:** Da Auslandseinsätze nicht anderweitig im GG geregelt sind, sind sie auch von Art. 87a Abs. 2 GG umfasst. Daher benötigt ein Einsatz im Ausland außerhalb der (Bündnis-)Verteidigung eine Ermächtigungsgrundlage im GG.
- **BVerfG:** Entschied diese Frage nicht, sieht aber in Art. 24 Abs. 2 GG die verfassungsrechtliche Grundlage für Auslandseinsätze.²⁶ Dieser Artikel war bereits in der ursprünglichen Fassung des GG enthalten und ermöglicht die Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zur Wahrung des Friedens. Die Mitwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der UN sollten nicht durch die Einfügung des Art. 87a Abs. 2 GG beschränkt werden.²⁷

Auslandseinsätze sind also zulässig:

- Zur Verteidigung (Art. 87a Abs. 1 und 2):²⁸
 - Innerhalb des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts
 - Auch zum Zweck kollektiver Verteidigung zur Abwehr von Angriffen auf andere Staaten
 - Auch zur Abwehr von bewaffneten Angriffen auf Einheiten der Bundeswehr außerhalb des Bundesgebietes
 - Verteidigung richtet sich grundsätzlich gegen andere Staaten, ob auch Verteidigung gegen nichtstaatliche Akteure gestattet ist, ist umstritten:
 - E.A., nein, Friedensverpflichtung des GG gebietet enge Auslegung
 - A.A. Ja, wenn der Angriff militärähnlich ist
 - Umstritten ist weiterhin, ob die Evakuierung einzelner Staatsangehöriger als „Verteidigung?“ anzusehen ist.
 - Wohl nein, da dies schon nicht vom völkerrechtlichen Begriff der Verteidigung gedeckt ist und kein bewaffneter Angriff gegen die BRD vorliegt²⁹
 - Aber jedenfalls erlaubt mit Zustimmung des betreffenden Staates
 - Eine Evakuierung soll aber aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 2 möglich sein.³⁰

²⁶ BVerfGE 90, 286 (344).

²⁷ BVerfGE 90, 286 (355 ff.)

²⁸ Hierzu und im Folgenden: *Fassbender*, § 244 Rn. 50.

²⁹ *Fassbender*, § 244 Rn. 75.

³⁰ *Fassbender*, § 244 Rn. 77.

- Im Rahmen von Systemen der kollektiven Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG), dazu gehören z.B.
 - die Vereinten Nationen, Einsätze sind im Rahmen von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zulässig³¹
 - Verteidigungsbündnisse wie die NATO³²
 - mittlerweile auch die EU.³³
 - (Im Lissabon-Urteil stellte das BVerfG noch fest, dass die EU noch kein System gegenseitiger kollektiver Selbstverteidigung sei).³⁴

Jenseits dieser Systeme ist die Beteiligung Deutschlands problematisch, daher ist wohl keine bilaterale militärische Unterstützung einzelner Staaten möglich.³⁵

Umstritten ist auch, ob ein Einsatz zur humanitären Intervention bei schweren Menschenrechtsverletzungen zulässig ist. Dies wurde vom BVerfG indirekt abgelehnt.³⁶

Katastrophenhilfe ist jedenfalls mit Zustimmung des betroffenen Staates möglich.³⁷

II. Voraussetzung 2: Formal korrekte Anordnung des Einsatzes

Weiterhin muss der Einsatz formal verfassungsmäßig bzw. rechtmäßig angeordnet sein. Insbesondere stellt sich die Frage, wann es einer Zustimmung des Bundestages bedarf. Das BVerfG entnimmt dem GG einen konstitutiven Parlamentsvorbehalt für den Einsatz von bewaffneten Streitkräften.³⁸ Es stellt sich also zunächst die Frage, wann ein solcher Einsatz vorliegt.

1. **Abgrenzung von „Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte“ und sonstiger „Entsendung“.**

a) Verfassungsrechtlich

Der Begriff des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ ist ein auslegungsbedürftiger verfassungsrechtlicher Begriff.³⁹ Mögliche Ansatzpunkte könnten sein:

³¹ BVerfGE 90, 286 (387).

³² BVerfGE 90, 286 (349 ff.).

³³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 - 2 BvE 2/16 - http://www.bverfg.de/e/es20190917_2bve000216.html, Rn. 52.

³⁴ Fassbender, § 244 Rn. 72.

³⁵ Fischer, NJOZ 2022, 1153 (1158).

³⁶ Fassbender, § 244 Rn. 67.

³⁷ Fassbender, § 244 Rn. 80 ff.

³⁸ BVerfGE 90, 286 (383).

³⁹ BVerfGE 121, 135 (156); Kulick/Mayer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht – Auslandseinsatz der Bundeswehr, JuS 2016, 929 (932).

- Es besteht die bloße Möglichkeit, dass es zur Gewaltanwendung kommt. => Diese Ansicht ist zu weitgehend, da sich die bloß theoretische Möglichkeit einer bewaffneten Auseinandersetzung nie ausschließen lässt; der Bundestag damit immer zustimmen müsste.⁴⁰
- Es wird tatsächlich militärische Gewalt ausgeübt. => Diese Ansicht würde bedeuten, dass es immer nur eine nachträgliche Beteiligung des Bundestages gibt, die Gefahr des Rückrufs wird erhöht, was die Bündnisfähigkeit der BRD in Zweifel zieht.⁴¹
- Mittlerer Weg: Für den konkreten Einsatz besteht die Erwartung, dass Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen verwickelt werden.⁴² Es müssen Anhaltspunkte bestehen, dass der Einsatz in die Anwendung von Waffengewalt münden kann. Eine Prognose muss ergeben, dass die Verwicklung in bewaffnete Auseinandersetzungen so naheliegt, dass sie unmittelbar zu erwarten ist.⁴³ Dies ist z.B. der Fall, wenn Soldaten ihre Waffen nicht nur zur Selbstverteidigung einsetzen dürfen.

Es kann zudem eine Erheblichkeitsschwelle diskutiert werden. Traditionell war der Parlamentsvorbehalt für den Kriegseintritt gedacht, heutzutage können auch kleinere Auseinandersetzungen in länger währende Konflikte umschlagen.⁴⁴

Die Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland bedarf nicht der Zustimmung des Bundestages, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind.⁴⁵

b) Gesetzlich

Das ParlBetG regelt Form und Ausmaß der Beteiligung des Bundestages beim Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland (§ 1 ParlBetG). Ein solcher liegt vor, wenn Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist. (§ 2 Abs. 1 ParlBetG). Andere Aktionen der Bundeswehr sind nicht als Einsatz im Sinne des Gesetzes anzusehen, z.B. vorbereitende Maßnahmen und Planungen und humanitäre Hilfsdienste und Hilfeleistungen der Streitkräfte, bei denen Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mitgeführt werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Soldatinnen oder Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen werden (§ 2 Abs. 2 ParlBetG).

⁴⁰ BVerfGE 121, 135 (165); *Kulick/Mayer*, JuS 2016, 929 (933).

⁴¹ *Kulick/Mayer*, JuS 2016, 929 (933).

⁴² BVerfGE 121, 135 (163 f.); hierzu und im Weiteren: *Kulick/Mayer*, JuS 2016, 929 (933).

⁴³ BVerfGE 121, 135 (166 ff.).

⁴⁴ *Kulick/Mayer*, JuS 2016, 929 (933).

⁴⁵ BVerfGE 90, 286 (388).

2. Zuständigkeit von Bundestag oder Bundesregierung

a) Verfassungsrechtlich

Gegen eine *Kompetenz* des Bundestages (bzw. für eine Kompetenz der Regierung) spricht:

- Nach Art. 65a GG liegt die Befehls- und Kommandogewalt über die Bundeswehr beim Verteidigungsminister, gem. Art. 115b GG geht diese im Verteidigungsfall auf den Bundeskanzler über.⁴⁶
- Beim Einsatz von Streitkräften handelt es sich um einen Teil der vollziehenden Gewalt.⁴⁷
- Auswärtige Gewalt ist nach dem GG grundsätzlich der Exekutive zugeordnet.⁴⁸
- Eine Fortentwicklung der vertraglichen Grundlagen, denen der Bundestag nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG zugestimmt hat, ist auch durch die Bundesregierung möglich.⁴⁹

Für eine Kompetenz des Bundestages spricht:

- Einsatz militärischer Gewalt ist eine besonders weitreichende Entscheidung. Der Gestaltungsspielraum der Exekutive endet dort.⁵⁰ Leben und Gesundheit der Soldaten sind betroffen => Wesentlichkeitslehre.⁵¹
- Wehrrechtliche Vorschriften des GG sehen Kontrolle durch den Bundestag vor (z.B. Art. 45a, 45b, 87a Abs. 1 S. 2, 115a GG)⁵² und konzipieren die Bundeswehr als „Parlamentsheer“.⁵³

Die Kompetenz für die Anordnung des Auslandseinsatzes liegt also grundsätzlich beim Bundestag.

Ausnahme: Bei Gefahr im Verzug kann die Bundesregierung den Einsatz bewaffneter Streitkräfte vorläufig selbst anordnen, da die Wehr- und Bündnisfähigkeit der BRD nicht beeinträchtigt werden soll.⁵⁴

- Gefahr im Verzug liegt vor, „wenn die vorherige Einholung der parlamentarischen Zustimmung den Erfolg des Einsatzes gefährden würde“⁵⁵
- Die Auslegung dieses Begriffs ist gerichtlich überprüfbar (kein Beurteilungsspielraum).

⁴⁶ Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (932).

⁴⁷ Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (932).

⁴⁸ Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (932).

⁴⁹ BVerfGE 121, 135 (157 f.).

⁵⁰ BVerfGE 121, 135 (161).

⁵¹ BVerfGE 121, 135 (161); Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (932).

⁵² BVerfGE 90, 286 (384 ff.).

⁵³ BVerfGE 90, 286 (381 f.); Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (932).

⁵⁴ BVerfGE 90, 286 (388); 121, 135 (154); Kulick/Mayer, JuS 2016, 929 (933).

⁵⁵ Fischer/Ladiges: Evakuierungseinsätze der Bundeswehr künftig ohne Parlamentsvorbehalt, NVwZ 2016, 32 (33).

- Die Bundesregierung muss dann auch den Bundestag nachträglich um Zustimmung ersuchen und bei Verweigerung der Zustimmung die Streitkräfte zurückrufen.⁵⁶
 - Allerdings nicht, wenn der Einsatz zum frühestmöglichen Zeitpunkt einer nachträglichen Parlamentsbefassung bereits abgeschlossen ist.⁵⁷

Die Kompetenz für Ausarbeitung und Durchführung des Einsatzes bleibt bei der Bundesregierung.⁵⁸

b) Gesetzlich

Nach dem *Gesetz* ist die Zustimmung des Bundestages erforderlich (§ 1 Abs. 2 ParlBetG), es besteht also eine *Organkompetenz* des Bundestages.

Das ParlBetG macht weiterhin Vorgaben zum *Verfahren*.

- Die Bundesregierung übersendet dem Bundestag den Antrag rechtzeitig und mit den in § 3 Abs. 2 ParlBetG genannten Angaben.
- Der Bundestag kann zustimmen oder ablehnen, Änderungen sind nicht zulässig. (§ 3 Abs. 3 ParlBetG)
- Bei Einsätzen von geringer Intensität und Tragweite kommt ein vereinfachtes Verfahren nach § 4 ParlBetG in Betracht. Die Bundesregierung muss darlegen, warum der Einsatz von geringer Intensität und Tragweite ist. Definition und Anhaltspunkte dafür in § 4 Abs. 2, 3 ParlBetG.
- Einsätze bei Gefahr im Verzug, die keinen Aufschub dulden und ggf. Einsätze zur Rettung von Menschen aus besonderen Gefahrenlagen bedürfen keiner vorherigen Zustimmung, es ist dann eine nachträgliche Zustimmung einzuholen. Wird diese abgelehnt, ist der Einsatz zu beenden (§ 5 ParlBetG).
- Das vereinfachte Verfahren ist auch bei Verlängerungsanträgen anwendbar (§ 7 ParlBetG).
- Die Zustimmung darf nicht widerrufen worden sein (§ 8 ParlBetG).

Das ParlBetG ist offenbar nicht in den Basistexten Öffentliches Recht enthalten. Die einzelnen §§ können daher von den Studierenden nicht verlangt werden. Allerdings wurden einige Inhalte des ParlBetG in der Vorlesung besprochen. Wichtig ist, dass die Studierenden

⁵⁶ BVerfGE 121, 135 (154).

⁵⁷ BVerfGE 140, 160 (199 ff.).

⁵⁸ *Kulick/Mayer*, JuS 2016, 929 (932).

wissen, dass das ParlBetG existiert und dass es nähere Vorgaben für das Zustimmungsverfahren enthält.

III. Voraussetzung 3: Einsatzbefugnisse und Grundrechtsbindung

Weitere Vorgaben betreffen den Einsatz selbst.

1. **Verfassungsrechtlich**

Zu diskutieren ist, ob die Grundrechte des GG auch bei Auslandseinsätzen gelten. Sie gelten grundsätzlich auch außerhalb Deutschlands.⁵⁹ Insbesondere können sich solche Personen auf Grundrechte berufen, die der deutschen Staatsgewalt untergeordnet sind, z.B. Kriegsgefangene und Bewohner von Orten, die von der Bundeswehr besetzt sind und in denen sie die Verantwortung für die öffentliche Ordnung trägt.⁶⁰

Für militärische Kampfhandlungen ohne eine solche Unterordnung ist umstritten, ob die Grundrechte gelten. Ein vollständiger Ausschluss dürfte allerdings aufgrund der besonderen Stellung der Grundrechte nicht möglich sein.⁶¹

Die konkreten Schutzwirkungen der Grundrechte im Ausland können vom Inland abweichen.⁶²

2. **Gesetzlich / Völkerrechtlich**

Humanitäres Völkerrecht ist anwendbar.⁶³

Soweit sich dieses aus völkerrechtlichen Verträgen ergibt, hat es den Status eines Gesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG, soweit es sich um eine allgemeine Regel handelt, steht es zwischen Gesetz und Verfassung (Art. 25 GG).

Es besteht eine Bindung an die EMRK und weitere Verträge zum Schutz von Menschenrechten,⁶⁴ die ebenfalls den Status eines Gesetzes haben.

Verstöße gegen Vorschriften des humanitären Völkerrechts sind auch Gegenstand des Strafrechts.

Weitere Anforderungen ergeben sich aus dem Wehrrecht.⁶⁵

⁵⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, http://www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html, Rn. 88 ff.; *Fassbender*, § 244 Rn. 150 ff.

⁶⁰ *Fassbender*, § 244 Rn. 154.

⁶¹ *Fassbender*, § 244 Rn. 156.

⁶² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17 -, http://www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html, Rn. 104.

⁶³ *Fassbender*, § 244 Rn. 130 ff.

⁶⁴ *Fassbender*, § 244 Rn. 139.

⁶⁵ *Fassbender*, § 244 Rn. 152.

Fazit: Abweichende Darstellungen sind möglich, z.B. I. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen, II. Gesetzliche Voraussetzungen mit einer Unterscheidung der Einsatzarten innerhalb dieser Punkte.

Wichtig ist, dass folgende Punkte angesprochen werden:

- Diskussion, ob Auslandseinsätze grundsätzlich zulässig sind
 - Jedenfalls zur Verteidigung.
 - Jedenfalls innerhalb kollektiver Sicherungssysteme nach Art. 24 Abs. 2 GG.
 - Umstritten für Evakuierung und humanitäre Intervention.
- Abgrenzung von „bewaffneten Einsätzen“ und sonstigen Einsätzen als Voraussetzung des Parlamentsvorbehalts.
- Herleitung des Parlamentsvorbehaltes aus den genannten GG-Vorschriften und Wesentlichkeit.
- Ausnahme von Parlamentsvorbehalt für Gefahr im Verzug.
- Existenz des ParlBetG und Grundzüge seines Regelungsgegenstandes werden genannt.
- Bindung an Grundrechte und humanitäres Völkerrecht.

Relevante Rechtsprechung:

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090286.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121135.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv104151.html>

http://www.bverfg.de/e/es20190917_2bve000216.html

Aufgabe 3

In Betracht kommt eine Nichtigkeitsklage der Tschechischen Republik gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV.

I. Zulässigkeit

1. Klageberechtigung / Beteiligtenfähigkeit

Die Tschechische Republik ist als Mitgliedstaat aktiv beteiligtenfähig (Art. 263 Abs. 2 AEUV). Passiv beteiligtenfähig sind hier Kommission, Rat und Parlament (Art. 263 Abs. 1 AEUV) als die Urheber des angefochtenen Rechtsaktes.

Anmerkung: Es ist ausreichend, wenn die Bearbeiter:innen die aktive Beteiligtenfähigkeit / Klageberechtigung des Mitgliedstaats ansprechen.

2. Klagegegenstand

Gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV überwacht der EuGH die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der weiteren dort aufgeführten Handlungen. Gesetzgebungsakte sind Rechtsakte, die gemäß einem Gesetzgebungsverfahren angenommen werden (Art. 289 Abs. 3 AEUV). Hier wurde die Richtlinie auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt. In diesem Rahmen kommt das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung (Art. 114 Abs. 1 S. 2). Es handelt sich also bei der Richtlinie um einen Gesetzgebungsakt und damit um einen tauglichen Klagegegenstand.

3. Klagebefugnis

Die privilegierten Kläger i.S.d. Art. 263 Abs. 2 AEUV müssen keine Klagebefugnis nachweisen. Es handelt sich um ein objektives Beanstandungsverfahren.⁶⁶

4. Klagegründe

Ferner muss ein Klagegrund i.S.d. Art. 263 Abs. 2 AEUV vorliegen. Dazu gehören u.a. Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften und Verletzung der Verträge. Der Klagegrund der *Unzuständigkeit* umfasst u.a. die Verbandskompetenz, also die Aufgabenverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten.⁶⁷ Die Tschechische Republik macht geltend, dass die Union über keine ausreichende Kompetenzgrundlage für den Erlass der Richtlinie verfügt. Eine solche wäre aber wegen Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV erforderlich. Daher ist der Klagegrund der Unzuständigkeit gegeben.

⁶⁶ Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2019, S. 108.

⁶⁷ Thiele, S. 109.

In die Kategorie „wesentliche Formvorschriften“ gehören u.a. Beteiligungs- und Anhörungsrechte der Unionsorgane,⁶⁸ aber auch andere Anforderungen an das Beschlussverfahren.⁶⁹

Hinsichtlich der Rügen, dass dem Initiativmonopol der Kommission nicht genügt wurde und dass der Rat in der Ratsformation Umwelt entschieden hat, kommt ggf. eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften in Betracht, jedenfalls aber erscheint eine Verletzung der Verträge, genauer: der Vorschriften über das Initiativmonopol der Kommission und die Beschlussfassung im Rat, denkbar.

Damit sind zulässige Klagegründe gegeben.

5. Klagefrist

Die Klagefrist beträgt 2 Monate (Art. 263 Abs. 6 AEUV). Mangels Angaben im Sachverhalt ist zu unterstellen, dass diese gewahrt wurde.

II. Begründetheit

Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn die Richtlinie nicht mit dem Primärrecht vereinbar ist. Insoweit ist zwischen den verschiedenen vorgebrachten Klagegründen zu unterscheiden.

1. Kompetenz zum Erlass der Richtlinie

Die geänderte Waffenrichtlinie könnte aufgrund einer fehlenden Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass der Norm formell rechtswidrig sein. Die Union kann nur innerhalb der ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Kompetenzen tätig werden (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1, 2 EUV). Hier stützt sich die Kommission auf die allgemeine Harmonisierungsvorschrift des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Danach kann die Union Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben, treffen.

Die Waffenrichtlinie führt wegen der Verbindlichkeit der Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) zur Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften über die Regulierung des Besitzes von und Handels mit Waffen.

Hier stellen sich jedoch verschiedene Fragen:

- Dient die Richtlinie der Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten?
- Fördert die Richtlinie den Binnenmarkt?

⁶⁸ Thiele, S. 110.

⁶⁹ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 263 AEUV Rn. 92.

- Findet eine unzulässige Harmonisierung statt, weil ein ausdrückliches Harmonisierungsverbot umgangen wird?

a) Rechtsangleichung als vorrangige Zielsetzung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die Wahl der Rechtsgrundlage eines Unionsrechtsakts auf *objektiven und gerichtlich nachprüfbaren* Umständen beruhen, zu denen das *Ziel und der Inhalt* des Rechtsakts gehören.

Verfolgt ein Rechtsakt mehrere Ziele und ist eines davon das Hauptziel, während das andere nur als Nebeneffekt verfolgt wird, ist der Rechtsakt nur auf eine Rechtsgrundlage zu stützen, und zwar auf die, die von der hauptsächlichen Regelung gefordert wird.⁷⁰

Vorliegend gibt es bereits einen harmonisierenden Rechtsakt, der nun geändert wird. Die Regulierung wird verschärft. Man könnte daher annehmen, dass eine Harmonisierung nicht mehr nötig ist und das eigentliche Ziel des Rechtsaktes die verschärfte Regulierung ist.

Es stellt sich daher die Frage, ob bei der Bestimmung der Rechtsgrundlage Zielsetzung und Inhalt nur des ändernden oder auch des geänderten Rechtsakts zu berücksichtigen sind.

Nach dem EuGH ist auch in Fällen, in denen ein auf Art. 114 AEUV gestützter Rechtsakt bereits jedes Handelshemmnis beseitigt hat, der Unionsgesetzgeber berechtigt diesen Rechtsakt den Umständen oder neuen Erkenntnissen anzupassen.⁷¹ Nur so kann der Unionsgesetzgeber seine Aufgabe erfüllen, über den Schutz der im Vertrag anerkannten allgemeinen Interessen zu wachen.

Anderenfalls käme es zu einer „Versteinerung“ des Rechts auf der Grundlage des Erkenntnisstandes zum Zeitpunkt der erstmaligen Harmonisierung⁷² und das „hohe Schutzniveau“, das gem. Art. 114 Abs. 3 AEUV im Bereich (u.a.) der Sicherheit angestrebt werden soll, wäre nicht langfristig gewährleistet. Auch wäre es grds. möglich, die ursprüngliche Richtlinie aufzuheben und eine neue auf dem aktuellen Erkenntnisstand zu erlassen. Dann muss es aber auch möglich sein, den erstmaligen Harmonisierungsakt zu ändern.

Für die Bestimmung der Rechtsgrundlage einer Regelung, die eine bestehende Regelung ändert, ist daher auch die bestehende Regelung und vor allem deren Ziel und Inhalt zu berücksichtigen.⁷³ Vorliegend hatte die ursprüngliche Waffenrichtlinie die Harmonisierung des

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2019, Tschechische Republik / Parlament und Rat C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 31.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2019, Tschechische Republik / Parlament und Rat C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 38; auch schon EuGH, Urteil vom 8. Juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 34.

⁷² *Gundel*, EuGH: Waffenrecht: Verschärfung des Waffenrechts in der EU – Klage Tschechiens - Anmerkungen, EuZW 2020, 105 (120).

⁷³ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2019, Tschechische Republik / Parlament und Rat C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 42; *Streinz*, Europarecht: Harmonisierung des Binnenmarkts durch Verbote, JuS 2020, 577 (578).

Waffenmarktes zum Ziel. Diesem Ziel dient auch die geänderte Waffenrichtlinie, welche die bestehende Harmonisierung des Waffenrechts fortentwickeln und an neue Erkenntnisse anpassen will.

Somit ist hier die Rechtsangleichung das Hauptziel der angefochtenen Richtlinie.

b) Binnenmarktförderung

Fraglich ist weiterhin, ob die geänderte Waffenrichtlinie den Binnenmarkt fördern will.

Einerseits führt die Einführung eines Waffenregisters in jedem Mitgliedstaat dazu, dass die Standards für die Waffenkontrolle in den Mitgliedstaaten vereinheitlicht werden, sodass beim grenzüberschreitenden Handel bzw. bei der grenzüberschreitenden Verbringung von Waffen von einem ähnlichen Schutzniveau in den Mitgliedstaaten ausgegangen werden kann.

Fraglich ist allerdings, ob das vollständige Verbot von halbautomatischen Waffen dem entgegensteht, da ein Verbot den Binnenmarkt nicht fördert, sondern gerade den freien Handel verhindern will.

Insofern hat der EuGH ein vollständiges Verbot von Werbung für Tabakerzeugnisse als nicht förderlich für den Binnenmarkt angesehen, so dass es nicht auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden konnte.

Allerdings hat der Unionsgesetzgeber einen Ermessensspielraum, welche „Maßnahmen“ zur Angleichung der Rechtsvorschriften er erlassen will. Zur Aufrechterhaltung eines beschränkten freien Verkehrs von Feuerwaffen im Binnenmarkt kann es sinnvoll sein, bestimmte Waffen zu verbieten.⁷⁴ Somit ist dieser Ermessensspielraum hier nicht überschritten.

c) Harmonisierungsverbot

Weiterhin könnte dem Plan der Kommission, die Verordnung auf Art. 114 AEUV zu stützen, Art. 84 AEUV entgegenstehen. Dieser ermächtigt Parlament und Rat, unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen festzulegen, um das Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der Kriminalprävention zu fördern und zu unterstützen.

Zwar will die Kommission Ereignissen wie Amokläufen mit (halbautomatischen) Waffen vorbeugen und insofern Kriminalität verhindern.

„Kriminalprävention“ i.S.d. Art. 84 AEUV zielt aber, wie die Einbettung in die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zeigt, eher auf organisatorische Maßnahmen, Informationsaustausch usw. ab. Sie zielt nicht auf die Regulierung von Waren, die für

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2019, Tschechische Republik / Parlament und Rat C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 62.

kriminelle Zwecke genutzt werden können. Danach steht Art. 84 AEUV hier der Harmonisierung nicht entgegen.

Kenntnisse dieser Norm und ihrer Interpretation können selbstredend nicht erwartet werden. Insoweit kommt es an dieser Stelle nur darauf an, den Hinweis aus dem Sachverhalt aufzunehmen und die Norm einer verständigen, am Wortlaut orientierten Argumentation zuzuführen.

Der EuGH ging in der Entscheidung ECLI:EU:C:2019:1035 nicht auf Art. 84 AEUV ein. Es war ausreichend, dass die Voraussetzungen des Art. 114 AEUV erfüllt waren, dann konnten auch die in Art. 114 Abs. 3 AEUV angesprochenen Aspekte der Sicherheit geregelt werden.⁷⁵

d) Maßnahmen

Die Union kann gem. Art. 114 I AEUV „Maßnahmen“ ergreifen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Maßnahmen sind jedenfalls alle Handlungsformen des Art. 288 AEUV, also auch Richtlinien.

e) Zwischenergebnis

Die Europäische Union hat – je nach Argumentation – (k)eine Kompetenz zum Erlass der geänderten Waffenrichtlinie.

2. Verletzung des Initiativmonopols der Kommission

Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV sieht vor, dass ein Gesetzgebungsakt der Union nur auf Vorschlag der Kommission erlassen werden darf.

Sie hat das Initiativrecht. Es stellt sich die Frage, ob sie sich dieses Initiativrechts unzulässigerweise begeben hat, als sie den Entwurf der Mitgliedstaaten Belgien und Frankreich zur Grundlage des Gesetzgebungsverfahrens gemacht hat.

Soweit ersichtlich, wurde dieser Fall bisher noch nicht entschieden, bzw. ist nicht aufgetreten. Gegen die Zulässigkeit der Übernahme eines Gesetzesentwurfs der Mitgliedstaaten spräche, dass das Initiativrecht anderer Organe kontrovers diskutiert wurde, aber sich im Vertrag von Lissabon nicht durchsetzen konnte.⁷⁶ Wenn aber schon ein Initiativrecht des Rates nicht vorgesehen ist, dann kann erst recht kein Initiativrecht einzelner Mitgliedstaaten existieren.

⁷⁵ Streinz, JuS 2020, 577 (578).

⁷⁶ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EUV Rn. 5.

Außerdem soll die Kommission, ein stark supranational ausgestaltetes Organ, die allgemeinen Interessen der Union fördern und zu diesem Zweck Initiativen ergreifen (Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV).

Das Initiativrecht beruht auf dem Gedanken, dass die Kommission am besten geeignet ist, ausgeglichene Gesetzesinitiativen zu unterbreiten, die die Interessen der Mitgliedstaaten und Unionsbürger am besten berücksichtigen.⁷⁷

Dies könnte beeinträchtigt werden, wenn Mitgliedstaaten der Kommission die Details ihrer Initiativen vorschreiben.

Für die Zulässigkeit der Übernahme eines Gesetzesentwurfs der Mitgliedstaaten spricht aber, dass es letztendlich immer noch die Kommission ist, die den Vorschlag für den Gesetzgebungsakt einbringt. Sie entscheidet selbst, ob sie dafür den Vorschlag der Mitgliedstaaten verwendet oder ob sie ihn abändert. Übernimmt sie den Vorschlag der Mitgliedstaaten, macht sie ihn sich selbst zu eigen. Sie hat auch gem. Art. 293 Abs. 2 AEUV das Recht, ihren Vorschlag bis zum Beschluss des Rates abzuändern. Es besteht daher keine reale Gefahr, dass die Mitgliedstaaten der Kommission die Entscheidung über die Gesetzesinitiative aus der Hand reißen.

Daher liegt eine Verletzung des Initiativmonopols der Kommission nicht vor.

Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation ggf. vertretbar.
--

3. Beschlussfassung durch den Rat

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren muss neben dem Parlament der „Rat“ tätig werden (Art. 294 AEUV). Es stellt sich die Frage, ob diese Kompetenzvoraussetzung hier gewahrt wurde, da die Ratsformation „Umwelt“ über eine Thematik des Binnenmarkts bzw. des Waffenrechts entschieden hat.

In Art. 16 Abs. 6 EUV ist anerkannt, dass der Rat in verschiedenen Zusammensetzungen tagt. Es gilt allerdings ein „Prinzip der Einheit des Rates“: Jede Ratsformation verfügt über sämtliche Befugnisse „des Rates“, kann jede Aufgabe des Rates wahrnehmen und somit auch über Gegenstände entscheiden, die im Zuständigkeitsbereich einer anderen Ratsformation lägen.⁷⁸ So ist es üblich, dass die als entscheidungsreif angesehenen sog. „A-Punkte“ auf der

⁷⁷ Schmidt/Schmitt von Sydow, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 17 EUV Rn. 75.

⁷⁸ Calliess, in: ders./Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 Rn. 35.; Geiger/Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 16 Rn. 14.

Tagesordnung des Rates von der nächsten tagenden Ratsformation behandelt werden, unabhängig von der Sachmaterie.⁷⁹

Daher hat hier der Rat ordnungsgemäß am Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt.

III. Ergebnis

Die Nichtigkeitsklage ist zulässig, aber unbegründet (oder begründet bei entsprechender Argumentation).

⁷⁹ *Ziegenhorn*, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023, Art. 16 EUV Rn. 62.

Aufgabe 4

Der Fall weist keinen hohen Schwierigkeitsgrad auf. Hier kommt es vor allem auf eine saubere und begrifflich einwandfreie Prüfung an, die entsprechend honoriert werden sollte.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56, 57 AEUV.

Vorrangig zu prüfendes Sekundärrecht ist nicht ersichtlich.

I. Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

1. **Sachlicher Anwendungsbereich**

a) Begriff der Dienstleistung und Subsidiarität

Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen (Art. 57 Abs. 1 AEUV). Die Dienstleistungsfreiheit ist also subsidiär zu den anderen Grundfreiheiten.

Vorliegend betreibt die Strandbad-GmbH ein Strandbad und gestattet die Nutzung desselben gegen Entgelt. Es liegt also eine Dienstleistung vor. Die anderen Grundfreiheiten sind hier nicht relevant, also ist die Dienstleistungsfreiheit grds. anwendbar.

b) Dimensionen

Die Dienstleistungsfreiheit ist in verschiedenen Dimensionen geschützt. Hier einschlägig ist die Dienstleistungsempfangsfreiheit / passive Dienstleistungsfreiheit / negative Dienstleistungsfreiheit, d.h. die Freiheit eines Unionsbürgers, sich zur Entgegennahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Diese ist nicht von Art. 56, 57 AEUV ausdrücklich erfasst, aber in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.⁸⁰ S begibt sich zur Nutzung des Strandbads von Polen, wo sie lebt, nach Deutschland und macht damit von ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch.

2. **Persönlicher Anwendungsbereich**

Da S polnische Staatsangehörige (= Unionsbürgerin) ist, ist auch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet; sie nimmt grenzüberschreitend eine Dienstleistung in Anspruch.

3. **Verpflichtete der Dienstleistungsfreiheit**

Adressaten der Grundfreiheiten sind grundsätzlich die Mitgliedstaaten und ihre Organe, dazu gehören z.B. auch die Kommunalverwaltungen und öffentliche Unternehmen.⁸¹ Hier handelt

⁸⁰ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 57 AEUV Rn. 32.

⁸¹ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 56 AEUV, Rn. 61.

eine GmbH, also eine privatrechtlich organisierte Einrichtung. Fraglich ist, inwiefern diese an die Grundfreiheiten gebunden sein kann.

Jedenfalls, wenn eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft im öffentlichen Eigentum steht bzw. der Staat auf sie beherrschend Einfluss nimmt, ist sie an die Grundfreiheiten gebunden, da die Mitgliedstaaten sich nicht durch die Wahl ihrer Handlungsformen ihrer Bindung an die Grundfreiheiten entledigen dürfen.

Hier sind vier Gemeinden die (alleinigen) Gesellschafter der GmbH, es haben also öffentliche Stellen Einfluss auf die Tätigkeit der GmbH. Sie ist daher auch an die Dienstleistungsfreiheit gebunden.

4. Ausnahme des Art. 62 iVm Art. 51 AEUV

Eine Ausnahme nach Art. 62 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AEUV kommt nicht in Betracht. Der Begriff „Ausübung öffentlicher Gewalt“ wird eng ausgelegt und betrifft nur einen Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit. Das Betreiben eines Schwimmbades gehört jedenfalls nicht dazu.

II. Beeinträchtigung

Die Dienstleistungsfreiheit der S müsste beeinträchtigt worden sein. Art. 56, 57 AEUV verbieten sowohl offene / direkte Diskriminierungen als auch versteckte / mittelbare Diskriminierungen und Beschränkungen.

In Betracht kommt eine Diskriminierung, weil S den vollen Eintrittspreis zahlen muss, während Einwohner der Gemeinden G, H, I oder J nur die Hälfte zahlen müssen. Würde S in den Gemeinden G, H, I oder J wohnen, müsste auch sie nur die Hälfte zahlen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Eine direkte Diskriminierung - aus Gründen der Staatsangehörigkeit - besteht daher nicht.

In Betracht kommt eine mittelbare Diskriminierung, wenn eine Regelung nicht formal zwischen Inländern und sonstigen Normadressaten unterscheidet, aber nachteilige Auswirkungen eher für andere Unionsbürger als für Inländer zu erwarten sind⁸² und sie insofern wirkt wie eine direkte Diskriminierung. Dies ist bei Wohnsitzerfordernissen der Fall.⁸³ Es ist zu erwarten, dass Wohnsitzerfordernisse eher von Inländern als von anderen Unionsbürgern erfüllt werden können. Daher liegt hier eine mittelbare Ungleichbehandlung der S vor.

III. Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung könnte gerechtfertigt sein.

⁸² Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 57 AEUV Rn. 58.

⁸³ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Januar 2003, KOM / Italien, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, Rn. 14.

Einerseits können unterschiedliche Regelungen nach Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein.

Die Gemeinde will das Freizeitangebot für ihre Einwohner:innen verbessern. Dies zeigt keinen Bezug zu einem der Rechtfertigungsgründe.

Zwar kann erwogen werden, dass die Verbesserung des Freizeitangebots die Gesundheit fördert, die Beschränkung des Rabattes auf Einwohner:innen wäre aber nicht erforderlich, dieses Ziel zu erfüllen, sodass die Beeinträchtigung nicht gerechtfertigt wäre.

Für mittelbare Diskriminierungen ist umstritten, ob sie aufgrund von zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können.⁸⁴

Der EuGH lehnte dies in der Rechtssache *Ciola*⁸⁵ ab, prüfte aber am Maßstab der zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls in dem Vertragsverletzungsverfahren zum *Dogenpalast*⁸⁶.

Die Rechtfertigung aufgrund von zwingenden Erfordernissen (*Cassis de Dijon*⁸⁷) wurde entwickelt, nachdem der EuGH den Grundfreiheiten (zunächst für die Warenverkehrsfreiheit) neben dem Diskriminierungsverbot auch ein Beschränkungsverbot entnommen hatte (*Dassonville*⁸⁸).

Nimmt man an, dass eine Rechtfertigung aufgrund von zwingenden Erfordernissen grds. möglich ist, stellt sich die Frage, welchem Erfordernis die Diskriminierung dienen soll. Rein administrative oder wirtschaftliche Interessen kommen nicht in Betracht.⁸⁹

Die Gewährleistung eines Freizeitangebots im Sinne einer Daseinsvorsorge mag ein zwingendes Erfordernis darstellen (es gibt keinen abschließenden Katalog der zwingenden Erfordernisse). Es ist aber nicht erkennbar, dass das gesamte System der kommunalen Freizeit-Daseinsvorsorge gefährdet wäre, wenn gleiche Eintrittspreise für Einwohner und Nicht-Einwohner gelten würden. Derartiges wurde auch nicht von den Gemeinden behauptet.

In der Entscheidung zum „*Dogenpalast*“ prüfte der EuGH auch den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems. Italien argumentierte, dass die Ermäßigung ein Ausgleich für die Zahlung von Steuern der Gebietsansässigen sei.⁹⁰ Der EuGH sah diesen Rechtfertigungsgrund nicht als gegeben an, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Besteuerung und den günstigeren Eintrittspreisen bestand.

⁸⁴ Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49 AEUV Rn. 73.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 29. April 1999, *Ciola*, C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 16. Januar 2003, KOM / Italien, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, *Rewe-Zentral-AG, Köln / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, *Dassonville*, Rs. 8-74, ECLI:EU:C:1974:82.

⁸⁹ Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49 AEUV Rn. 74.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 16. Januar 2003, KOM / Italien, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, Rn. 18.

Die Einzelheiten der Rechtsprechung können von den Studierenden nicht erwartet werden. Wichtig ist, dass in diesem Abschnitt folgende Punkte diskutiert werden: Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Frage der Anwendbarkeit der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen, Ablehnung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes.

Aufgabe 5

Studierende sollten die im folgenden Absatz genannten Entscheidungen zur Begründung heranziehen. Weitere Rechtsprechungskennntnisse werden nicht erwartet und hier nur zur Erläuterung/Vertiefung aufgeführt. Studierende sollten die unterschiedlichen Optionen erkennen und mit den hier aufgezeigten Begründungen erläutern können.

Nach der Entscheidung des EuGH im Fall *Van Gend & Loos*⁹¹ gilt das EU-Vertragsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar in den Mitgliedstaaten. Im Anschluss daran hat der EuGH in der Sache *Costa/ENEL*⁹² entschieden, dass dem EU-Recht Vorrang vor den nationalen Gesetzen zukommt. Dies wird begründet mit:

- der Gründung einer Gemeinschaft für eine unbegrenzte Zeit,
- mit eigenen Organen, Rechts- und Geschäftsfähigkeit und internationaler Handlungsfähigkeit.
- Der Vertrag ist eine autonome Rechtsquelle, dem aus ihm fließenden Recht können keine innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen.
- Sonst wäre die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt.
- Mitgliedstaaten haben ihre Hoheitsrechte dauerhaft beschränkt und können dies nicht einseitig zurücknehmen.

Es handelt sich allerdings bloß um einen Anwendungsvorrang, keinen Geltungsvorrang, das entgegenstehende nationale Recht wird nicht ungültig, sondern ist bloß im konkreten Fall nicht anwendbar.⁹³ Die streitentscheidenden Normen des BAFöG sind nach Auffassung der Kammer nicht mit den europäischen Grundfreiheiten und den Rechten aus der Unionsbürgerschaft vereinbar. Die Kammer müsste sie daher unangewendet lassen. Konkret ist es denkbar, die Norm, die eine Zulassung des Studiengangs vorschreibt, unangewendet zu lassen, oder die Norm, die einen „Besuch“ der Hochschule vorschreibt.

In Betracht kommt weiterhin eine unionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts.⁹⁴

Diese hat ihren Ursprung in der richtlinienkonformen Auslegung, die in der Rs. *Von Colson und Kamann*⁹⁵ begründet wurde. In Fällen, in denen eine Norm aus einer nicht umgesetzten

⁹¹ EuGH, Urteil vom 5. Februar 1963, *Van Gend en Loos*, Rs. 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

⁹² EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, *Costa / E.N.E.L.*, Rs. 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁹³ Dies wurde in der Rs. *Simmenthal* (Rs. 106/77) entschieden und in der Rs. *IN.CO.GE (C-10/97)* klarge stellt.

⁹⁴ Eine solche wird in einem ähnlichen Fall praktiziert vom VG Braunschweig, Urteil vom 26. Januar 2023 - 3 A 287/19.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 10. April 1984, *Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153

Richtlinie nicht hinreichend klar und präzise ist und eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie daher nicht in Betracht kommt, kann dem Inhalt der Norm zur Anwendung verholfen werden, indem das nationale Recht im Lichte der Richtlinie ausgelegt wurde. Die nationalen Gerichte sind insofern Adressaten der Kooperationspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV.⁹⁶ Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wurde später zu einer Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung weiterentwickelt.⁹⁷

Die unionsrechtskonforme Auslegung ist allerdings nicht schrankenlos möglich. Eine Auslegung *contra legem* wird vom Unionsrecht nicht gefordert.⁹⁸ Die Kammer könnte also die Normen auch so auslegen, dass der „Besuch“ einer Hochschule auch die Teilnahme an ausschließlichen Online-Studiengängen umfasst. Eine Auslegung, die dahin geht, dass das Zulassungserfordernis nach dem Fernunterrichtsschutzgesetz nicht für Hochschulen im EU-Ausland gilt, könnte schon eher in die Nähe einer *contra legem* Auslegung gelangen.

Da hier die konkreten Normtexte nicht bekannt sind, kann nicht abschließend entschieden werden, ob eine unionsrechtskonforme Auslegung zu einer Auslegung *contra legem* führen würde. Beide Lösungen – „unionsrechtskonforme Auslegung“ oder „Norm unangewendet lassen“ – sind vertretbar. Die Bearbeiter:innen sollten jedoch die Problematik der *contra legem* Auslegung erkennen.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Kammer das Verfahren aussetzen und dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit der streitentscheidenden Normen mit dem EU-Recht vorlegen muss (Art. 267 AEUV). Grundsätzlich sind Gerichte berechtigt, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn sich im Verfahren eine Frage ergibt über die Auslegung der Verträge oder die Gültigkeit von EU-Recht. Zur Vorlage verpflichtet sind letztinstanzliche Gerichte, bei denen sich eine solche Frage stellt. Dabei ist auf eine konkrete Betrachtungsweise abzustellen,⁹⁹ d.h. darauf, ob das Gericht in diesem konkreten Fall das letztinstanzliche Gericht ist.

Das VG Berlin ist jedoch kein letztinstanzliches Gericht in diesem Sinne, da seine Entscheidungen mit Rechtsmitteln angefochten werden können.

⁹⁶ Haltern, Bd. II, S. 308.

⁹⁷ Haltern, Bd. II, S. 313; Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art- 4 EUV Rn. 117.

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 15. April 2008, Impact, Rs. C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 100; Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 4 EUV Rn. 118.

⁹⁹ Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 Rn. 28.

Ein nicht-letztinstanzliches Gericht ist zur Vorlage grds. nicht verpflichtet. Eine Ausnahme besteht, wenn das Gericht Unionsrecht für ungültig hält und unangewendet lassen will.¹⁰⁰ Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

Die Kammer sollte daher – je nach Argumentation – entweder die Normen des BAföG und des Fernunterrichtsschutzgesetzes unionsrechtskonform auslegen oder sie unangewendet lassen.

¹⁰⁰ Zu weiteren hier nicht einschlägigen Konstellationen, in denen eine Vorlagepflicht besteht: *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 Rn. 29 f.